

ISTITUZIONI DEL FEDERALISMO

Rivista di studi giuridici e politici

2

2021 · ANNO XLII
aprile/giugno

LA DISCIPLINA DEL LAVORO PUBBLICO
A VENT'ANNI DALL'APPROVAZIONE
DEL D.LGS. N. 165/2001

ISTITUZIONI DEL FEDERALISMO

Rivista di studi giuridici e politici

2

2021 · ANNO XLII
aprile/giugno

LA DISCIPLINA DEL LAVORO PUBBLICO
A VENT'ANNI DALL'APPROVAZIONE
DEL D.LGS. N. 165/2001

RUBETTINO

DIRETTORE DELLA RIVISTA

Gianluca Gardini
COMITATO SCIENTIFICO
Gianluca Gardini (Direttore)
Marcos Almeida Cerreda

Jean-Bernard Auby
Brunetta Baldi
Francesco Bilancia
Enrico Carloni
Stefano Civitarese Matteucci
Chiara Cudia
Marzia De Donno
Justin Orlando Frosini
Alfredo Galán Galán
Giancarlo Gasperoni
Tommaso Francesco Giupponi
Peter Leyland
Marco Magri
Andrea Morrone
Alessandra Pioggia
Giuseppe Piperata
Claudia Tubertini

COMITATO DI REDAZIONE

Marina Caporale
Edoardo Nicola Fragale
Giulia Massari
Roberto Medda



REDAZIONE E GESTIONE SITO WEB

presso Regione Emilia-Romagna
Viale Aldo Moro, 52 – 40127 Bologna
Tel. 051 5275475 – 051 5277658
E-mail: istituzionidelfederalismo@regione.emilia-romagna.it
Sito web: http://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/federalismo

REFERENTE REGIONE EMILIA-ROMAGNA

Francesca Paron
Gabinetto Presidente della Giunta regionale
Viale Aldo Moro, 52 – 40127 Bologna
francesca.paron@regione.emilia-romagna.it

EDITORE

Rubbettino editore
Viale Rosario Rubettino, 10
88049 Soveria Mannelli (CZ)
tel. 0968 6664209
Servizio Abbonamenti: tel. 0968 6664209
Sito web: www.rubbettinoeditore.it
E-mail: commerciale@rubbettino.it

STAMPA

Rubbettino print
nel mese di novembre 2021
88049 Soveria Mannelli (Catanzaro)
www.rubbettinoprint.it

Condizioni di abbonamento

La quota di abbonamento alla Rivista per tutto il 2021 è di € 136,00 da versare sul c.c. postale 15062888 intestato a Rubbettino editore – Periodici, causale abbonamento IdF 2021. La Rivista è disponibile in libreria. Il prezzo di vendita per singoli numeri è di € 35,00. I prezzi indicati si intendono Iva inclusa. L'abbonamento decorre dal 1° gennaio con diritto al ricevimento dei fascicoli arretrati ed avrà validità per un anno. La Casa Editrice comunque, al fine di garantire la continuità del servizio, in mancanza di esplicita revoca, da comunicarsi in forma scritta entro il trimestre seguente alla scadenza dell'abbonamento, si riserva di inviare il periodico anche per il periodo successivo. La disdetta non è comunque valida se l'abbonato non è in regola con i pagamenti. Il rifiuto o la restituzione dei fascicoli della Rivista non costituiscono disdetta dell'abbonamento a nessun effetto. I fascicoli non pervenuti possono essere richiesti dall'abbonato non oltre 20 giorni dopo la ricezione del numero successivo.



Indice

285 Presentazione

SAGGI E ARTICOLI

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

Stefano Battini

337 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

391 L'agenda di riforma del lavoro pubblico nell'era digitale

Fabrizio Di Mascio, Alessandro Natalini

417 Il principio del pubblico concorso e l'insuperabile specialità del reclutamento nelle pubbliche amministrazioni

Barbara Gagliardi

449 Una visione multilivello della distinzione tra politica e amministrazione: i due "centri di potere" alla luce e all'ombra delle evoluzioni-involuzioni normative e delle prassi applicative

Daniela Bolognino

467 Le principali criticità nel rapporto tra politica e amministrazione a vent'anni dal "Testo Unico" del pubblico impiego

Simone Neri

- 483 Tra organizzazione degli uffici e rapporto di lavoro.
Il contratto (collettivo) tra politica e amministrazione,
vent'anni dopo
Marco Ragusa
- 499 I codici di comportamento dei dipendenti pubblici:
la tensione tra la disciplina privatistica e quella
pubblicistica nel solco delle riforme del pubblico impiego
Francesco Merenda
- 517 La valorizzazione del merito nel pubblico impiego:
frammenti di un percorso a ostacoli lungo un sentiero
senza fine?
Marcello Salerno
- 535 La responsabilità dirigenziale al cospetto del giudice
ordinario
Cristiano Celone
- 553 Lavoro agile e pubblico impiego dopo la legge Madia:
quali prospettive future?
Antonietta Lupo
- 569 La dirigenza degli enti locali tra legge, autonomia
normativa e contrattazione collettiva
Mario Cerbone
- 593 Ridefinendo la disapplicazione. Spunti di riflessione su
lavoro pubblico e giurisdizione ordinaria
Ambrogio De Siano
- 613 Table of contents and abstracts
- 621 Autori

Presentazione

La riforma dell'organizzazione pubblica, come delineata negli anni Novanta del secolo scorso e sintetizzata poi nel d.lgs. n. 165/2001, disegna un modello di amministrazione largamente tributario delle dottrine sul c.d. *New Public Management*. Il cardine della riforma è costituito dalla dirigenza pubblica, chiamata oramai ad esercitare poteri organizzativi comparabili a quelli dei datori di lavoro privati. La privatizzazione del rapporto di lavoro dei funzionari (e di parte dell'organizzazione) rappresenta il corollario naturale di questa premessa: attraverso questa nuova leva, si voleva consentire alla dirigenza di operare responsabilmente in funzione del conseguimento del "risultato". La presenza di una dirigenza responsabile costituisce, altresì, snodo essenziale per inverare anche un nuovo criterio di distribuzione delle competenze. Attraverso la valutazione del "risultato", inoltre, si sarebbe permesso alla politica di mantenere il controllo dell'amministrazione secondo modalità diverse dalla stretta gerarchia: da qui l'investimento del legislatore sul principio della c.d. distinzione funzionale tra politica e amministrazione, affidato al potere di indirizzo ministeriale e a successivi momenti di verifica. Le prassi successive hanno, tuttavia, segnalato debolezze, insufficienze, necessità di ripensamenti in relazione a ciascuna delle idee guida del modello originario.

Volendo dedicare a questi temi un numero monografico celebrativo della ricorrenza del ventennale del d.lgs. n. 165/2001, il Comitato scientifico della Rivista ha chiesto ad alcuni studiosi riconosciuti di svolgere alcune riflessioni generali sulle riforme dell'organizzazione pubblica e sull'esperienza applicativa successiva. Nel contempo, ha deciso di indire una *call for papers*, rivolta a studiosi di generazioni ed estrazione diverse, per sollecitare l'emersione di ulteriori spunti di analisi su profili più specifici. L'iniziativa ha raccolto un grande successo, trovando una risposta quasi inaspettata da parte della comunità scientifica.

Il numero monografico costituisce, dunque, il frutto di queste diverse iniziative. Il fascicolo si apre con tre diversi saggi, espressione di sensibilità e saperi diversi, che tracciano un quadro generale delle riforme, offrendo un bilancio complessivo delle stesse. I contributi che seguono, selezionati tra quelli proposti nella *call*, offrono, invece, un'analisi calibrata su temi o profili più specifici delle riforme: la giurisdizione e il potere di disapplicazione, il principio di distinzione, la dirigenza pubblica (anche

nei livelli di governo locale), l'etica dei funzionari, il lavoro agile, il ruolo della contrattazione collettiva, la responsabilità dirigenziale e il merito.

La Redazione

Saggi e articoli

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

Stefano Battini

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

1. Premessa

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. La riforma della Costituzione amministrativa

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

2.1 Le radici politiche ed economiche

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2 Le basi giuridiche

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

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

2.2.1 Politica e amministrazione

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

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

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

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

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

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

2.2.2 *Legge e contratto*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2.3 *Diritto pubblico e privato*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁴ Cfr. fra le molte pronunce di una giurisprudenza costante, C. cost. n. 81 del 2019: «la disciplina del rapporto di impiego alle dipendenze della Regione e i profili relativi al trattamento economico del personale pubblico privatizzato vengono ricondotti alla materia dell'ordinamento civile, di competenza esclusiva del legislatore nazionale, che in tale materia fissa principi che costituiscono tipici limiti di diritto privato, fondati sull'esigenza, connessa al precetto costituzionale di eguaglianza, di garantire l'uniformità nel territorio nazionale delle regole fondamentali di diritto che disciplinano i rapporti tra privati e, come tali si impongono anche alle Regioni a statuto speciale».

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

2.2.4 Gli elementi della nuova Costituzione amministrativa

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

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

3. Crisi e deformazione della nuova Costituzione amministrativa

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

3.1 Il problema della dirigenza

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

3.1.1 Precarizzazione, politicizzazione e discontinuità

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

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

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

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

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

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

³⁹ C. cost. n. 103 e n. 104 del 2007

⁴⁰ C. cost. n. 233 del 2006.

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

⁴¹ C. cost. n. 23 del 2019

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

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

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

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

3.1.2 *Privatizzazione, sindacalizzazione e legalismo manageriale*

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

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

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

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

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

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

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

3.1.3 *Responsabilizzazione, responsabilità e burocrazia difensiva*

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

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

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

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

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

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

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

⁵² C. cost. n. 371 del 1998.

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

⁵³ Art. 7, comma 5-*bis*, TULP.

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

⁵⁵ Art. 55-*septies* TULP.

⁵⁶ Art. 55-*sexies*, comma 3, TULP.

⁵⁷ Art. 57, comma 05, TULP.

⁵⁸ Art. 57, comma 1-*bis*, TULP.

⁵⁹ Art. 60-*bis*, comma 7, TULP.

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

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

⁶² Art. 46, d.lgs. n. 33 del 2013.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2 *Il problema delle fonti*

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

3.2.1 *Dal sovereign employer all'unilateralismo sindacale*

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

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

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

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

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

⁷⁰ Cfr. art. 2, c. 2, TULP (versione originaria): «Eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata non sono ulteriormente applicabili, salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario».

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

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

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

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

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

3.2.2 2009: *il ritorno della legge*

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

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

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

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

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

3.2.3 2017: *La vendetta del sindacato*

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

⁷⁴ Cfr. art. 33 del d.lgs. n. 150 del 2009, che ha aggiunto il comma 3-*bis* all'art. 2 TULP: «Nel caso di nullità delle disposizioni contrattuali per violazione di norme imperative o dei limiti fissati alla contrattazione collettiva, si applicano gli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile».

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

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

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

⁷⁶ Intesa Governo-sindacati del 30 novembre 2016.

3.3 Il problema della convivenza fra concorso pubblico e lavoro privatizzato

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

3.3.1 Concorso, carriera, mobilità: lose-lose situations

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸⁸ Vedi Corte cost. n. 351 del 2008.

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

4. Conclusioni

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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 futuro¹.

¹ 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 165/2001².

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 costituzionale³. 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 regionale⁴.

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)⁵, 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

² 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.

³ 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.

⁴ 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.

⁵ 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)⁶; 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 Consiglio⁷.

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

⁶ 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.

⁷ 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 lavoro⁸. 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»⁹. 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

⁸ 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.

⁹ 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 convenzionale¹⁰. 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»¹¹.

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-

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

¹¹ 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 sindacale¹². 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. 150/2009¹³. Non mancarono, tuttavia, resistenze al recepimento della chiara indicazione normativa¹⁴; tant'è che il legislatore intervenne con il d.lgs. n. 141/2011 specificando che le disposizioni applicabili dalla

¹² 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.

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

¹⁴ 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 collettiva¹⁵; 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.

¹⁵ 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-

verno¹⁶. 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 legislatore¹⁷. I contratti d'area 2016-2018 hanno,

¹⁶ 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.

¹⁷ 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 Costituzione¹⁸, che obbliga le pubbliche

¹⁸ 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 senso¹⁹. 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

¹⁹ 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" depona 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»²⁰.

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

²⁰ 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 dipendente²¹. 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)²², ancorché in quel provvedimento limitatamente agli enti locali. Non viene modificata la previsione introdotta dalla riforma del 2009 che

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

²² 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)²³.

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

²³ 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 normativo²⁴. 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 economico²⁵. 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 quarantacinque²⁶.

²⁴ 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.

²⁵ 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.

²⁶ 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 dà 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 amministrazioni²⁷ e le diverse funzioni che i dirigenti sono chiamati a svolgere nei vari enti²⁸. 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

²⁷ 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).

²⁸ 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-responsabilità²⁹. 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

²⁹ 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 trasparenza³⁰; 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)³¹, con il successivo ritiro da parte del Governo del decreto delegato già approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri

³⁰ 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.

³¹ 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 contenuti³²), 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*³³; 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

³² 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.

³³ 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'atto³⁴. 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

³⁴ 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")³⁵. 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-

³⁵ 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 interpellò", 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)³⁶; 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

³⁶ 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 risarcibile³⁷. Il decreto delegato approvato a novembre

³⁷ 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 anni³⁸. 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 possieda 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.

³⁸ 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 dirigenziale³⁹. 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

³⁹ 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)⁴⁰. Sul piano dell'esercizio della funzione amministrativa si assiste al già evidenziato diffuso amministrare per legge che ha condotto all'adozione di leggi

⁴⁰ 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 amministrativi⁴¹. 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

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

propedeutica) fase di programmazione del fabbisogno di personale⁴². 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 spesa⁴³. 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 scelta⁴⁴. 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

⁴² 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.

⁴³ 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.

⁴⁴ 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 costituzionali⁴⁵.

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,

⁴⁵ 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 dirigenza⁴⁶. 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 via⁴⁷.

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 1996⁴⁸ 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. 165/2001⁴⁹. A ciò si aggiunge la predeterminazione di alcuni comportamenti inadempienti per i quali è previsto che si applichi comunque la sanzione disciplinare

⁴⁶ 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.

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

⁴⁸ 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*.

⁴⁹ 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 informali⁵⁰. 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

⁵⁰ 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 orientamento⁵¹. La specialità della disciplina⁵² 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'analogia 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

⁵¹ 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.

⁵² 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 lavoro⁵³. 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

⁵³ 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 inamovibilità⁵⁴. 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

⁵⁴ 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'emana-zione 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.

L'agenda di riforma del lavoro pubblico nell'era digitale

*Fabrizio Di Mascio,
Alessandro Natalini*

Il d.lgs. n. 165/2001 avrebbe dovuto consolidare la privatizzazione del lavoro pubblico realizzata dagli interventi normativi degli anni Novanta riducendo drasticamente il numero delle disposizioni vigenti, delimitando l'ambito di operatività delle norme speciali e sancendo l'affermazione dei precetti del New Public Management che si era diffuso a livello globale. L'articolo muove da una ricostruzione delle ragioni che hanno determinato i modesti esiti di questo intervento di riforma per poi provare a tracciare la strada delle modernizzazioni da intraprendere nei prossimi anni in un contesto in cui la crisi pandemica ha innescato spinte alla modernizzazione burocratica e in cui il repentino passaggio dal lavoro in presenza al lavoro a distanza nelle amministrazioni pubbliche ha evidenziato la necessità di progettare un processo di cambiamento imperniato sulla trasformazione digitale.

1. Premessa

Il d.lgs. n. 165/2001 avrebbe dovuto consolidare la privatizzazione del lavoro pubblico realizzata dagli interventi normativi dell'inizio degli anni Novanta (d.lgs. n. 20/1993) e della seconda metà dello stesso decennio (d.lgs. n. 80/1998). Nel contempo, avrebbe dovuto unificare, potare e mettere a sistema le troppe disposizioni sul pubblico impiego che si erano disordinatamente assommate nel corso del tempo. L'attesa che si era generata era per un testo unico che si collocasse nella scia dei tre che lo avevano preceduto (1918, 1923 e 1957), ma operando un rovesciamento copernicano: laddove le disposizioni del passato avevano rappresentato una protezione della specialità del pubblico impiego, il nuovo codice avrebbe dovuto ridurre drasticamente l'ambito di operatività delle nor-

me speciali accomunando la disciplina del lavoro pubblico a quella del privato. Ci si attendeva anche che il nuovo testo unico ovviasse a una perenne instabilità della disciplina giuridica del pubblico impiego la quale spingeva le amministrazioni a procrastinare l'attuazione di ogni nuova disposizione di legge nell'attesa che ne venisse adottata una di segno contrario. La perenne alluvione di leggi, infatti, aveva non solo reso opinabile e difficoltosa ogni ricostruzione e interpretazione delle disposizioni vigenti, ma anche incerto e precario il quadro normativo di riferimento ostacolando l'attuazione di ogni tentativo di riforma.

Sul piano organizzativo il d.lgs. n. 165/2001 avrebbe dovuto sancire il cambio di paradigma che si era fatto strada con il progressivo smantellamento del modello weberiano in cui la burocrazia è ancorata al principio di legalità e di specialità in favore dell'applicazione anche in Italia dei precetti del *New Public Management* che si era diffuso a livello globale¹. Le ricette di questo paradigma erano infatti state fatte proprie dalle leggi di riforma degli anni Novanta che avevano, da un lato, introdotto la distinzione tra politica e amministrazione, enfatizzando il ruolo manageriale della dirigenza pubblica messa alla guida di una amministrazione per obiettivi; dall'altro lato, avevano affidato all'ARAN il ruolo di soggetto tecnico che avrebbe dovuto negoziare con i sindacati il rinnovo dei contratti collettivi, evitando commistioni improprie tra rappresentanti dei lavoratori e politici, sempre a caccia di consensi nelle micro-corporazioni del pubblico impiego, con la prospettiva di ancorare le retribuzioni dei dirigenti e dei dipendenti pubblici alla valutazione delle prestazioni².

Se a venti anni dall'adozione del d.lgs. n. 165/2001 provassimo a valutarlo utilizzando come parametro il grado di soddisfazione delle attese che all'epoca essa aveva suscitato, giungeremmo immediatamente alla conclusione che queste attese sono state tradite. Molte disposizioni sul pubblico impiego hanno continuato a essere disperse in altri testi di legge mentre nel decreto legislativo sono finite molte norme sull'organizzazione che solo indirettamente riguardano la disciplina sul rapporto di lavoro pubblico. Inoltre, una minuta disciplina del processo di contrattazione non

¹ C. POLLITT, G. BOUCKAERT, *Public Management Reform: A Comparative Analysis – Into the Age of Austerity*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

² G. MELIS, *La burocrazia*, Bologna, Il Mulino, 2015.

ha impedito che nei fatti i sindacati negoziassero il rinnovo dei contratti collettivi direttamente con i politici mentre la dirigenza non ha acquistato uno *status* rilevante negli apparati pubblici in quanto, a causa del sistema della precarizzazione degli incarichi, è stata asservita a una logica fiduciaria. Questi caratteri del rapporto politica-amministrazione che si è venuto nei fatti a configurare hanno contribuito a rendere la valutazione della *performance* un inutile adempimento in un contesto in cui il vertice politico non vuole o non è in grado di indicare gli obiettivi che dovrebbero essere perseguiti, rendendo così vano ogni tentativo di rendere più selettiva la distribuzione delle risorse premiali. La disciplina contrattuale nel corso degli anni si è stratificata e mescolata a quella legislativa e sono stati anche fatti passi indietro volti a ripristinare il primato della fonte normativa unilaterale. Le norme sul pubblico impiego non solo hanno continuato a restare in parte fuori dal d.lgs. n. 165/2001, ma il quadro normativo è anche rimasto altamente instabile in quanto negli anni successivi sono stati adottati 104 interventi correttivi che hanno modificato quasi tutti i singoli commi delle disposizioni originarie (e alcuni di essi anche più volte).

Tuttavia, lo scopo delle pagine che seguono non è quello di dare pagelle alle leggi di riforma o ai loro artefici, attribuire colpe per quanto accaduto nel passato o recriminare sulle attuali condizioni del pubblico impiego. L'obiettivo è invece quello di provare a individuare le ragioni che hanno determinato i modesti esiti di queste politiche di riforma del lavoro pubblico anche in relazione all'evoluzione di un contesto molto turbolento³. Questa ci sembra essere la corretta premessa per trarre dalle esperienze degli ultimi decenni una lezione che possa aiutarci a tracciare la strada delle riforme del lavoro pubblico da intraprendere nei prossimi anni in un contesto caratterizzato dalla crisi pandemica. Quest'ultima, da un lato, ha innescato spinte alla modernizzazione burocratica che trovano impulso nel livello europeo e nelle richieste delle forze economiche e sociali; dall'altro lato, a causa dell'improvvisa necessità di passare a forme di lavoro da remoto, ha evidenziato la necessità di progettare un processo di cambiamento che tenga conto delle implicazioni legate alla trasformazione digitale.

³ S. BATTINI, S. GASPARRINI, *Miserie delle politiche del pubblico impiego in Italia*, in *Sinapsi*, 1, 2020, p. 3 ss.

2. *L'influenza delle crisi e delle idee sul lavoro pubblico*

I reiterati tentativi degli ultimi decenni di riformare il lavoro pubblico non possono essere letti prescindendo dalla dinamica del contesto che ha impresso impulsi contraddittori. Queste spinte, da un lato, hanno generato opportunità per il lancio delle riforme; dall'altro lato, hanno rappresentato un vincolo all'attuazione dei provvedimenti in materia di lavoro pubblico.

A partire dagli anni Novanta l'Italia è stata investita da crisi politiche, economiche e finanziarie che hanno lasciato il loro segno sulla traiettoria del cambiamento delle amministrazioni pubbliche⁴. Le crisi sono infatti eventi che catalizzano l'attenzione dei governanti e dell'opinione pubblica verso problemi che entrano nell'agenda delle riforme grazie all'azione dei promotori del cambiamento. Questi attori sfruttano l'incertezza che accompagna ogni crisi per evidenziare l'urgenza di interventi volti a ripristinare un adeguato livello di funzionamento delle istituzioni. Perché l'azione riformatrice in risposta alle crisi risulti efficace, è però necessaria la disponibilità di nuove idee la cui attuazione deve essere sostenuta nel medio-lungo termine dal consenso di una stabile coalizione di forze politiche e sociali. In assenza di questi requisiti, prevale invece l'avversione al rischio dei governanti che li induce a rispondere alle crisi con interventi volti a ripristinare lo *status quo ante* nel breve termine⁵. Nel caso italiano le idee messe a disposizione dalla circolazione globale delle ricette del *New Public Management* sono state recepite da promotori domestici del cambiamento che hanno potuto contare però solo sul sostegno effimero offerto da coalizioni di Governo affette da cronica instabilità. Ciò ha determinato la compressione degli orizzonti temporali degli sforzi di riforma focalizzati sull'adozione di provvedimenti normativi di breve termine a scapito della progettazione di meccanismi volti a sostenere il percorso di attuazione di riforme di medio-lungo termine⁶.

⁴ F. DI MASCIÒ, D. GALLI, A. NATALINI, E. ONGARO, F. STOLFI, *Learning-shaping Crises: A Longitudinal Comparison of Public Personnel Reforms in Italy, 1992-2014*, in *Journal of Comparative Policy Analysis*, 19, 2017, p. 119 ss.

⁵ A. BOIN, P. T. HART, E. STERN, B. SUNDELIUS, *The Politics of Crisis Management: Public Leadership Under Pressure*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

⁶ V. MELE, E. ONGARO, *Public Management Reform in a Context of Political Instability: Italy 1992-2007*, in *International Public Management Journal*, 17, 2014, p. 1 ss.; A. NATALINI, *Il tempo*

L'instabilità delle coalizioni di Governo è il prodotto della crisi politica che ha investito il sistema di partito all'inizio degli anni Novanta, aprendo una lunga transizione che ancora oggi non può dirsi conclusa⁷. Gli effetti del bipolarismo innescato dall'introduzione di sistemi elettorali misti con una forte componente maggioritaria sono stati vanificati dal ricambio frequente dei Governi in un contesto in cui le organizzazioni di partito sono ridotte a fluide raccolte di pezzi di ceto politico attorno a *leader* proiettati sulla ribalta dei mezzi di comunicazione. La frammentazione del sistema di partito non è stata corretta dalle riforme elettorali del 2005 e del 2016 che hanno attenuato la componente maggioritaria. Per rafforzare i Governi si è anche tentata la via di modificare l'assetto dei poteri con due tentativi di riforma costituzionale del 2006 e del 2016, i quali però in ambedue i casi non sono stati confermati dal referendum popolare. La debolezza di Governi sostenuti da coalizioni rissose ha determinato nel corso degli anni una forte ambiguità del disegno delle politiche pubbliche che ha inficiato la loro attuazione e ha determinato la loro ciclica sovversione in occasione del ricambio totale della maggioranza politica⁸. A partire dal 1992, e poi in misura maggiore nel 2008 e nel 2020, l'Italia si è anche trovata di fronte alla necessità di fronteggiare crisi economiche e finanziarie che hanno inciso profondamente sulla dinamica del lavoro pubblico⁹. Infatti, se da un lato le crisi sono state uno stimolo per avviare gli interventi di riforma, dall'altro lato esse hanno costretto i Governi che si sono succeduti alla guida del Paese a introdurre misure "lineari" di austerità basate sul blocco del *turn over* e sul congelamento degli stipendi che hanno ridotto la numerosità del pubblico impiego e le sue retribuzioni innalzando l'età media dei dipendenti¹⁰.

delle riforme amministrative, Bologna, Il Mulino, 2006.

⁷ L. MORLINO, *La transizione impossibile*, in R. D'ALIMONTE, A. CHIARAMONTE (a cura di), *Proporzionale ma non solo. Le elezioni politiche del 2006*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 11 ss.

⁸ G. CAPANO, A. NATALINI, *Introduzione. L'età delle riforme incompiute*, in G. CAPANO, A. NATALINI (a cura di), *Le politiche pubbliche in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2020, p. 9 ss.

⁹ S. BACH, L. BORDOGNA (a cura di), *Public service management and employment relations in Europe. Emerging from the crisis*, London, Routledge, 2016.

¹⁰ F. DI MASCIÒ, A. NATALINI, *Austerity and public administration: Italy between modernization and spending cuts*, in *American Behavioural Scientists*, 58, 2014, p. 1634 ss.

La terza crisi che ha influito sulla traiettoria del lavoro pubblico è stata quella relativa al *deficit* di legittimazione della pubblica amministrazione. L'aumento della insoddisfazione per i servizi ricevuti dalle burocrazie si è unito alla sfiducia verso l'imparzialità del loro agire e alla diffusa percezione di un elevato livello di corruzione. Questo ha portato a un irrigidimento dei vincoli normativi, all'esercizio della discrezionalità amministrativa abbinato all'espansione e all'inasprimento delle forme di responsabilità dei dipendenti pubblici che ha rafforzato la loro paura per la firma dei provvedimenti amministrativi¹¹. L'insoddisfazione dei cittadini ha rappresentato anche il presupposto per una campagna di stampa volta a stigmatizzare l'assenteismo dei dipendenti pubblici che ha indotto i Governi dal 2009 in poi ad adottare misure (per lo più simboliche) per combattere i nullafacenti che hanno molto contribuito a svilire ulteriormente l'immagine della burocrazia agli occhi dell'opinione pubblica. Infine, il continuo ripresentarsi delle inchieste giudiziarie relative a illegalità e malamministrazione ha indotto i Governi a introdurre a partire dal 2012 un inedito sistema di prevenzione della corruzione, facendo però ricorso a modalità che hanno finito per rendere ancora più macchinoso lo svolgimento del lavoro pubblico¹².

Il *deficit* di legittimazione è stato acuito dall'ascesa di forze populiste che hanno avuto accesso ricorrente al Governo nel corso degli ultimi due decenni. Come accaduto anche in altri contesti, l'esperienza dei partiti populistici al Governo è stata connotata da scarsa attenzione per i grandi paradigmi della riforma amministrativa come manifestazione di un generalizzato disinteresse per il coinvolgimento degli esperti nei processi decisionali¹³. L'attenzione è invece caduta, da un lato, sulla gestione del potere assicurata dalla distribuzione degli incarichi e, dall'altro lato, sull'investimento a livello simbolico in iniziative come la lotta all'assenteismo e al malaffare la cui concretezza è facilmente avvertibile

¹¹ S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1, 2019, p. 1 ss.; S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1, 2019, p. 293 ss.

¹² M. DELSIGNORE, M. RAMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1, 2019, p. 61 ss.

¹³ B.G. PETERS, G. PIERRE, *Populism and Public Administration: Confronting the Administrative State*, in *Administration & Society*, 51, 2019, p. 1521 ss.

dall'elettorato poco interessato agli aspetti più tecnici della riforma del lavoro pubblico.

In combinazione con l'ascesa del populismo, la scomparsa di un paradigma di riferimento delle riforme manageriali del settore pubblico è stata determinata da alcuni sviluppi a livello globale. In primo luogo, la crisi dell'Eurozona ha spinto la Commissione europea a varare inediti interventi intrusivi nell'ambito del pubblico impiego in Paesi come l'Italia caratterizzati dalla vulnerabilità della finanza pubblica. Questi interventi, però, hanno avuto come unico l'obiettivo il contenimento della spesa pubblica e ciò ha fatto venir meno l'attenzione per la ricerca di un nuovo paradigma capace di indicare la rotta per la modernizzazione dei servizi pubblici come misura strutturale di ripristino della competitività dei Paesi colpiti dalla crisi del debito sovrano¹⁴.

In secondo luogo, a livello globale la crisi del *New Public Management* – dovuta anche al *deficit* diffuso di attuazione nei sistemi diversi da quelli anglosassoni – si è tradotta nella frammentazione e nell'ibridazione di paradigmi alternativi¹⁵. Alcuni nuovi paradigmi che sono emersi in seguito come la *New Public Governance* non potevano costituire un punto di riferimento per ideare le riforme nel contesto italiano in quanto rappresentavano una risposta specifica all'eccesso di frammentazione del sistema amministrativo che si era verificata solo nei Paesi in cui il *New Public Management* aveva trovato piena attuazione. Altri nuovi paradigmi come quello dell'*Open Government*, che si è affermato negli USA sotto la Presidenza Obama, hanno maggiormente attecchito in Italia ma subendo una torsione orientata a dare salienza alla trasparenza come fattore di prevenzione della corruzione a scapito della partecipazione diffusa e della collaborazione pubblico-privato. Infine, il paradigma del *Digital Era Governance* ha faticato a imporsi prima della crisi Covid-19 in quanto la digitalizzazione non è stata intesa come il *driver* di una riorganizzazione complessiva delle amministrazioni pubbliche.

¹⁴ F. DI MASCIÒ, A. NATALINI, *Fiscal Retrenchment in Southern Europe: Changing patterns of governance in Greece, Italy, Portugal and Spain*, in *Public Management Review*, 17, 2015, pp. 129-148.

¹⁵ J. TORFING, L.B. ANDERSEN, C. GREVE, K.K. KLAUSEN, *Public Governance Paradigms: Competing and Co-Existing*, Cheltenham, 2020.

La quarta crisi che ha influito sul lavoro pubblico è stata quella collegata alla pandemia in quanto il passaggio repentino e non strutturato dal lavoro in presenza a quello da remoto potrebbe almeno in potenza rappresentare il prodromo di una trasformazione in linea con le attese del paradigma *Digital Era Governance* e nella scia di quanto si sta già verificando nel settore privato¹⁶. Affinché questa trasformazione avvenga nel settore pubblico, però, non è sufficiente acquisire nuove dotazioni tecnologiche né reclutare nuove competenze digitali. Queste nuove risorse devono essere infatti inserite all'interno di un processo di riforma che vada a incidere sulla distribuzione e integrazione delle funzioni pubbliche e sulla definizione dei disegni organizzativi e dei processi nella cornice di una nuova concezione del tempo e dello spazio in cui operano le burocrazie determinata dall'utilizzo delle tecnologie¹⁷.

3. Il percorso che ha condotto all'introduzione del d.lgs. n. 165/2001

Nel secondo dopoguerra le ipotesi di riforma formulate dalle Commissioni Forti e dall'Ufficio per la riforma dell'amministrazione guidato da Lucifredi non portarono grandi innovazioni. La scelta fu invece quella di riaffermare il principio di separatezza del pubblico impiego con l'adozione del T.U. n. 3/1957 che al fondo rappresentava un ripristino dello stato giuridico introdotto da De Stefani nel 1923. Il modello dell'impiego pubblico a livello statale, a cui con il tempo si sono adeguati gli ordinamenti degli apparati pubblici non statali, era quello weberiano che vedeva la burocrazia come espressione di un potere legale-razionale. Questo modello, a causa dell'emergere delle nuove funzioni dello Stato in materia di *welfare* e della necessità di rispondere attraverso le assunzioni ai problemi occupazionali specie nel Meridione, risultava inadatto alle nuove funzioni da svolgere ma anche ad un contesto politico in cui i dirigenti dei partiti si interessavano al pubblico impiego in una logica di consenso con provvedimenti estemporanei volti a soddisfare specifici interessi micro-corporativi. L'esito complessivo è stato rappresentato da

¹⁶ F. DI MASCO, S. ANGELETTI, A. NATALINI, *Lo smart working nelle pubbliche amministrazioni centrali ai tempi del COVID-19*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, 1, 2021, p. 95 ss.

¹⁷ G. MELIS, *Riformare l'amministrazione pubblica a partire dallo smart-working*, in *Il Mulino*, 4, 2020, p. 629 ss.

una crescita impetuosa del numero dei dipendenti pubblici abbinata alla moltiplicazione degli interventi parlamentari *ad hoc* sul lavoro pubblico e alla espansione di una vera e propria giungla retributiva¹⁸.

Alla fine degli anni Settanta il Rapporto Giannini¹⁹, mentre per il personale pubblico non direttivo o dirigenziale ipotizzava l'adozione di uno statuto particolare per conferire a queste categorie maggiori poteri organizzativi, per le altre qualifiche propose di superare il principio di specialità accomunando la disciplina del lavoro pubblico a quella del lavoro privato. Al fondo dell'agenda di riforma promossa da Giannini vi era l'idea di innervare il modello burocratico con una robusta dose di taylorismo, anticipando in parte le ricette che negli anni successivi sarebbero state suggerite a livello globale dai promotori del *New Public Management*.

In questa prospettiva l'enfasi cadeva sulle tecniche di amministrazione, sui modi della comunicazione dentro e fuori l'amministrazione, sulle modalità di decisione, sul rispetto dei tempi, sulla analisi dei costi e in generale sulla crescita della produttività del lavoro²⁰. L'organizzazione del lavoro nella proposta di Giannini avrebbe dovuto essere finalizzata all'aumento dell'efficienza e dell'efficacia delle amministrazioni pubbliche. Si ipotizzava, in particolare, di introdurre uffici di organizzazione che avrebbero dovuto progettare e realizzare le innovazioni nel settore pubblico. Il Rapporto Giannini metteva al centro dell'agenda di riforma anche il ricorso alle tecnologie che nei decenni successivi avrebbero dovuto diventare (ma così è stato solo in parte) uno dei punti dirimenti di ogni politica di organizzazione del lavoro con riflessi immediati sulla gestione del personale.

La proposta di Giannini incontrò molti ostacoli, scarsissimo *commitment* politico e una modesta attuazione. La dirigenza continuò ad avere un ruolo marginale nelle organizzazioni pubbliche, l'informatica pubblica restò confinata e dispersa nei molti Centri Elaborazioni Dati - CED che nelle singole amministrazioni sorsero in assenza di una visione di insie-

¹⁸ E. GORRIERI, *La giungla retributiva*, Bologna, Il Mulino, 1972.

¹⁹ M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato, trasmesso alle Camere dal Ministro della funzione pubblica il 16 novembre 1979*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1982, p. 715 ss.

²⁰ G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, Il Mulino, 2020.

me del processo di digitalizzazione, con compiti meramente serventi di processi decisionali che restavano sostanzialmente quelli concepiti per una amministrazione cartacea, mentre la legge quadro del 1983 non riuscì a ribaltare l'impostazione unilaterale della disciplina del pubblico impiego²¹.

La riforma del lavoro pubblico avviata all'inizio degli anni Novanta da Sabino Cassese Ministro della funzione pubblica nel Governo Ciampi riprese in molti punti le proposte contenute nel Rapporto Giannini. In questa stagione si è avvertita però maggiormente l'influenza delle dottrine del *New Public Management* che erano state già adottate dai Paesi anglosassoni e che, per effetto della circolazione globale delle idee agevolata dall'azione di organismi internazionali come l'OCSE, cominciavano a filtrare anche in Italia. Nel contesto italiano, come del resto anche negli altri Paesi del Sud Europa che si ispiravano al modello napoleonico, l'attuazione dei principi della nuova cultura manageriale comportava peraltro un notevole dispendio di risorse legali per la necessità di introdurre dense catene di atti normativi²².

Nel Rapporto sulle condizioni delle pubbliche amministrazioni del 1993 la diagnosi dei problemi del pubblico impiego poneva in risalto aspetti critici quali: la meridionalizzazione e il centralismo del pubblico impiego; l'unitarietà della disciplina che non consentiva una effettiva distinzione tra tecnici e burocrati; il progressivo aumento dei dipendenti pubblici intervallato da periodici blocchi del *turn over*; il ricorso diffuso alla precarizzazione del rapporto di lavoro che conduceva poi nel tempo a stabilizzazioni che si risolvevano in assunzioni senza concorso; la macchinosa articolazione del personale in qualifiche e livelli. Si metteva in rilievo, inoltre, che le politiche di reclutamento erano volte più a risolvere crisi occupazionali che ad approvvigionare le amministrazioni delle risorse umane necessarie a svolgere le diverse funzioni. Si riscontrava la cattiva distribuzione sul territorio dei dipendenti pubblici per l'esigenza

²¹ M. RUSCIANO, T. TREU, *La legge quadro sul pubblico impiego*, Padova, Cedam, 1985.

²² E. ONGARO, *Public Management Reform and Modernization: Trajectories of Administrative Change in Italy, France, Greece and Portugal*, Cheltenham, Edward Elgar, 2009; W. KICKERT, *Distinctiveness of Administrative Reform in Greece, Italy, Portugal and Spain. Common Characteristics of Context, Administrations and Reforms*, in *Public Administration*, 89, 2011, p. 801 ss.

dei lavoratori meridionali assunti al settentrione di avvicinarsi a casa. Si registrava la forte carenza di strumenti per aumentare la produttività del lavoro²³.

Per affrontare questi problemi, la Commissione per la politica del personale nel settore pubblico presieduta da Bruno Dente nel 1994 avanzò una serie di raccomandazioni: a) definire maggiormente le missioni delle pubbliche amministrazioni passando da una concezione dell'attività burocratica come svolgimento di procedimenti amministrativi ad una che individui i differenti soggetti organizzativi come realizzatori di processi di servizio a cui deve essere collegata la gestione delle risorse umane; b) orientare le missioni della pubblica amministrazione verso la *service idea* identificando chiaramente il sistema di offerta dei servizi e individuando univoche responsabilità di gestione; c) ridefinire la politica del personale sulla base delle missioni introducendo *budget* globali di spesa, una programmazione delle assunzioni del personale volta ad anticipare i cambiamenti esterni, una più flessibile organizzazione del lavoro superando la rigida definizione dei ruoli e riducendo i livelli gerarchici; d) introdurre ordinamenti differenziati per professionisti e dirigenza; e) professionalizzare il reclutamento e la formazione del personale inserendo forme di valutazione delle motivazioni dei candidati e test psico-attitudinali; e) prevedere forme di valutazione delle prestazioni a cui ancorare i passaggi di carriera; f) rendere la retribuzione svincolata dai passaggi di carriera introducendo forme di flessibilità legate ai ruoli svolti e alla produttività del lavoro; g) rivedere le relazioni sindacali superando la concertazione, riducendo la frammentazione della rappresentanza e i livelli di contrattazione²⁴.

Sul piano normativo, queste proposte di riforma contribuirono all'introduzione di novità significative nella disciplina del lavoro pubblico. Il ruolo della dirigenza pubblica venne rafforzato nell'ambito di un nuovo modello ispirato alla distinzione della sfera della politica da quella dell'amministrazione. Le modalità di definizione delle dotazioni organi-

²³ PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI - DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA, *Rapporto sulle condizioni delle pubbliche amministrazioni*, Roma, IPZS, 1993.

²⁴ DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA, *La riforma della pubblica amministrazione, Vol. II Il nuovo rapporto di lavoro del personale nelle amministrazioni pubbliche*, Roma, IPZS, 1994.

che vennero riviste prevedendo l'adozione della analisi dei carichi di lavoro e di un sistema di valutazione del personale. Infine, venne dato avvio alla contrattualizzazione del pubblico impiego in piena coerenza con le relazioni consensuali tra Governi e forze sindacali che nel 1993 erano state intrecciate per supplire alla carenza di una base sociale di consenso per le riforme in un contesto caratterizzato dall'improvviso crollo dei partiti storici.

Nella seconda metà degli anni Novanta l'agenda delle riforme del pubblico impiego promossa dal Ministro della funzione pubblica Franco Bassanini nelle sue linee generali si è mantenuta nel solco delle riforme di Giannini e Cassese, seppur con accenti diversi²⁵. È stato rafforzato il controllo politico sulla dirigenza pubblica con una parziale precarizzazione degli incarichi mentre è stato esteso l'ambito della contrattazione relativamente alla disciplina del personale pubblico, segnando così il passaggio alla c.d. "seconda privatizzazione"²⁶. Inoltre, sulle ali dell'avvento di Internet è stata posta maggiore enfasi sulla promozione della trasformazione digitale che è stata però declinata relativamente all'incremento della diffusione delle infrastrutture tecnologiche nel settore pubblico con scarse ricadute sui processi e quindi sull'organizzazione del lavoro pubblico. È tuttavia da segnalare che in questa fase, in anticipo anche rispetto al settore privato, sono state adottate le prime disposizioni in materia di lavoro da remoto. Infine, con l'adozione del d.lgs. n. 286/1999 si è cercato di rendere più efficaci i sistemi di valutazione introdotti dal d.lgs. n. 29/1993 attraverso una maggiore articolazione funzionale dei controlli interni abbinata ad una riforma degli uffici di diretta collaborazione, i quali, dall'essere tradizionalmente il centro effettivo di direzione delle burocrazie e il punto di raccordo tra queste e la politica, avrebbero dovuto trasformarsi in snelle unità organizzative che fissano gli obiettivi e valutano i risultati²⁷.

²⁵ A. ZUCARO, *L'attuazione della riforma del pubblico impiego*, Milano, Ipsa, 2000.

²⁶ M. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle Leggi Bassanini*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 1, 1998, p. 35 ss.

²⁷ G. MELIS, A. NATALINI, *Nascita, ascesa (e declino?) dei gabinetti ministeriali. 1861-2018*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2020, p. 639 ss.

Al termine di questo periodo ha visto la luce il d.lgs. 165/2001 il quale traeva origine dalla delega contenuta nella prima legge di semplificazione (l. n. 50/1999) poi reiterata nella seconda legge di semplificazione (l. n. 340/2000). Già nella fase di gestazione di questo provvedimento molti degli impulsi che avevano animato negli anni Novanta il processo di riforma avevano perso vigore²⁸. La maggioranza di centro-sinistra nel periodo finale della XIII legislatura, dopo aver conseguito l'obiettivo primario della entrata nell'euro, aveva infatti perso coesione, propulsione riformista e consensi nel Paese.

Nel complesso, il provvedimento ha rappresentato una rinuncia a operare una radicale potatura e riconduzione a unità delle norme sparse sul pubblico impiego e ha rappresentato una mera ricognizione delle disposizioni introdotte nell'ambito delle due precedenti privatizzazioni. Esso inoltre ha un contenuto promiscuo in quanto a fianco delle disposizioni sul lavoro pubblico (distinzione tra personale contrattualizzato e non contrattualizzato, gestione risorse umane, partecipazione sindacale, disciplina della dirigenza pubblica e del personale, lavoro flessibile, contratti collettivi e nazionali e integrativi, poteri disciplinari e regime delle incompatibilità, codice di comportamento e mobilità) ne contiene anche altre rilevanti in tema di organizzazione (separazione tra politica e amministrazione, organizzazione degli uffici, dotazioni organiche, gestione risorse umane e funzioni degli Uffici per le relazioni con il pubblico).

4. *Il lavoro pubblico dopo l'introduzione del d.lgs. n. 165/2001*

L'agenda dei Governi di centrodestra della XIV legislatura non ha accordato un elevato livello di salienza ai temi della riforma amministrativa. In questo periodo sono stati due gli sviluppi degni di nota. Il primo ha interessato la dirigenza pubblica che è stata oggetto di provvedimenti che hanno ampliato il perimetro dello *spoils system* nonché sostanzialmente rimosso ogni collegamento tra valutazione della *performance* e

²⁸ V. TALAMO, *Il d.lgs n.165 del 2001 fra tradizione e discontinuità: guida ad un testo unico "meramente compilativo"*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, suppl. n. 2, 2001, p. 9 ss.; L. ZOPPOLI, *Alla ricerca della razionalità sistematica della riforma del pubblico impiego. Considerazioni su "un testo unico che non c'è"*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, suppl. n. 2, 2001, p. 107 ss.

conferimento degli incarichi dirigenziali²⁹. Il secondo ha riguardato la dinamica accelerata delle retribuzioni del pubblico impiego, contrapposta al rallentamento delle retribuzioni private, determinata da rinnovi contrattuali lasciati alle trattative tra Governi di turno e organizzazioni sindacali che hanno finito per aggirare il filtro tecnico dell'ARAN.

L'asimmetria pubblico-privato nella dinamica delle retribuzioni ha contribuito ad accentuare il *deficit* di legittimazione delle pubbliche amministrazioni presso l'opinione pubblica già molto insoddisfatta dei servizi pubblici ricevuti. Questa situazione di contesto è stata sfruttata dal Ministro della pubblica amministrazione Renato Brunetta durante il Governo Berlusconi IV per avanzare proposte di riforma che hanno segnato una discontinuità rispetto a quelle introdotte da Giannini e poi riviste e integrate da Cassese e Bassanini³⁰. L'enfasi in questa fase è stata focalizzata sul recupero della produttività del lavoro pubblico da realizzarsi attraverso un inasprimento della lotta all'assenteismo e la introduzione di un sistema che avrebbe dovuto spingere un incremento delle *performance* del lavoro pubblico attraverso la introduzione di Organismi Indipendenti della Valutazione in ogni pubblica amministrazione e della Commissione indipendente la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche con funzione di vigilanza, nonché mediante la fissazione per legge di una quota delle retribuzioni dei dipendenti e dei dirigenti agganciata ai risultati conseguiti che avrebbe dovuto essere necessariamente attribuita in misura differenziata. Inoltre, è stata impressa una inversione di rotta al percorso avviato negli anni Novanta riaffermando il ruolo della legge rispetto al contratto al fine di ingabbiare con le norme le amministrazioni per costringerle ad essere maggiormente efficienti³¹. Questa sovversione delle riforme precedenti è

²⁹ S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione: Un bilancio*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1, 2012, p. 39 ss.

³⁰ S. BATTINI, *Il lavoro pubblico dopo la "riforma Brunetta": una prima valutazione*, in R. PEREZ (a cura di), *Il "Piano Brunetta" e la riforma della pubblica amministrazione*, Rimini, Maggioli, 2010, p. 21 ss.

³¹ S. CASSESE, *Dall'impiego pubblico al lavoro con le pubbliche amministrazioni: la grande illusione?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2013, p. 313 ss.; B.G. MATTARELLA, *Il lavoro pubblico*, in B.G. MATTARELLA, E. D'ALTERIO (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione. Commento alla legge 124/2015 (Madia) e ai decreti attuativi*, Milano, Edizioni Il Sole 24

avvenuta nel più ampio contesto del passaggio da uno stile di Governo consensuale a uno di carattere impositivo in cui i contenuti delle riforme non sono stati negoziati con i sindacati le cui basi di potere sono state indebolite dall'austerità conseguente alla crisi dell'Eurozona che ha posto in contraddizione le pretese dei dipendenti pubblici con gli obiettivi di consolidamento fiscale e ha portato il Governo Berlusconi IV ad adottare un blocco della contrattazione collettiva e del *turn over* successivamente protrattosi fino al 2018.

Nel metodo anche l'azione del Governo Renzi è stata caratterizzata in una prima fase dalla disintermediazione del processo decisionale³². Da una parte, l'iniziativa del Ministro per la pubblica amministrazione Marianna Madia ha continuato a percorrere la crociata del Ministro Brunetta contro l'assenteismo nel pubblico impiego. Dall'altra parte, gran parte della agenda delle riforme si poneva nel solco segnato dalla stagione riformatrice degli anni Novanta³³. Hanno infatti trovato spazio in questa fase politica interventi innovativi su temi specifiche (dirigenza, reclutamento, contrattazione, valutazione della *performance*) accompagnati da un ambizioso progetto di codificazione delle disposizioni sul lavoro pubblico. L'attenzione si è inizialmente concentrata in particolare sul ricambio generazionale limitando il trattenimento in servizio e il conferimento di incarichi a dipendenti in pensione per creare spazi utili a immettere giovani nei ranghi delle amministrazioni pubbliche³⁴. In seguito, il d.lgs. n. 75/2017 ha mirato a introdurre un sistema più centralizzato e più razionale di programmazione delle assunzioni e reclutamento. Con riguardo alla disciplina della *performance*, il presidio del sistema di valutazione delle *performance* è stato trasferito dall'Autorità

Ore, 2017, p. 319 ss.; L. ZOPPOLI, *Bentornata realtà: il lavoro pubblico dopo la fase onirica*, in *Jus*, 2, 2013, p. 259 ss.

³² F. DI MASCO, P. FELTRIN, A. NATALINI, *I sindacati del settore pubblico e la riforma Madia della pubblica amministrazione*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, 2, 2019, p. 213 ss.

³³ B.G. MATTARELLA, *Burocrazia e riforme. L'innovazione nella pubblica amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2017; L. ZOPPOLI, *La Riforma Madia del lavoro pubblico*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2018; B. CARUSO, *Le riforme e il lavoro pubblico: la legge Madia e oltre. Miti, retoriche, nostalgie e realtà dell'"eterno ritorno" allo statuto speciale del lavoro pubblico*, in B. CARUSO (a cura di), *La quarta riforma del lavoro pubblico ed oltre*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019.

³⁴ S. BATTINI, *La riforma della pubblica amministrazione: le norme sul personale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5, 2015, p. 645 ss.

nazionale anticorruzione (che lo aveva ereditato a partire dal 2012 dalla Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità) al Dipartimento della funzione pubblica, istituendo un Albo degli Organismi Indipendenti della Valutazione - OIV e introducendo nuove forme di partecipazione diretta dei cittadini. Infine, è stato predisposto un decreto legislativo di riforma della dirigenza pubblica nel tentativo di trovare una difficile mediazione tra l'esigenza di mantenere un saldo controllo della politica sulla distribuzione degli incarichi di vertice con quello di aumentare complessivamente le garanzie a presidio del merito e dell'imparzialità dell'azione amministrativa. Successivamente, il Governo Renzi ha cercato di riguadagnare il consenso dei dipendenti pubblici in vista del referendum costituzionale siglando una intesa con i sindacati per il rilancio della contrattazione collettiva che non è valso a evitare la sconfitta nella consultazione del dicembre 2016. In parallelo, la riforma Madia ha subito una brusca battuta d'arresto a seguito della sentenza n. 251/2016 della Corte costituzionale che ha dichiarato illegittime alcune disposizioni della l. n. 124/2015. A giudizio della Consulta, l'adozione di alcuni dei decreti legislativi previo parere della Conferenza Stato-Regioni (o unificata, a seconda della materia su cui incidevano le norme di delega) si poneva infatti in contrasto con il principio di leale collaborazione. La sconfitta referendaria di Renzi e la decisione della Corte costituzionale hanno indotto il Governo Gentiloni ad abbandonare il proposito di adottare un nuovo codice del lavoro pubblico e di rivedere la disciplina della dirigenza pubblica. Inoltre, alla disintermediazione, praticata per larghi tratti dal Governo Renzi, ha fatto seguito il pieno ripristino della concertazione con i sindacati del pubblico impiego che ha contrassegnato il processo di adozione dei d.lgs. n. 74 e 75 di attuazione della legge Madia e il riavvio della contrattazione collettiva³⁵.

5. Un bilancio degli esiti della traiettoria di riforma

Dopo circa tre decenni di intensa attività normativa il lavoro pubblico in Italia continua a distinguersi tra i Paesi avanzati per l'assenza di una *élite* burocratica al vertice dello Stato a dispetto della particolare

³⁵ P. MASTROGIUSEPPE, V. TALAMO, *Contrattazione collettiva nel lavoro pubblico e concertazione sociale. Stato dell'arte e prospettive*, in *Sinapsi*, 1, 2020, p. 55 ss.

attenzione riservata dalle riforme alla dirigenza pubblica³⁶. Quest'ultima avrebbe dovuto fungere da architrave su cui far poggiare il circuito della valutazione della *performance* finalizzato a far recuperare produttività al lavoro pubblico. Il progressivo ampliamento della precarizzazione degli incarichi dirigenziali ha finito per accentuare la distanza tra la retorica del cambiamento e la realtà del sistema amministrativo in cui si è riprodotto sotto mutate forme lo scambio sicurezza-potere tra élites politiche e amministrative³⁷. Il mondo della dirigenza pubblica non è più cristallizzato ma la distribuzione di incarichi dirigenziali a tempo determinato non ha fatto venir meno la stabilità del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni³⁸. Attraverso le nuove forme della subalternità della dirigenza pubblica rispetto ai vertici politici e ai loro uffici di diretta collaborazione la neutralità dell'alta burocrazia è stata così ceduta in cambio della sicurezza del posto abbinata a ragguardevoli incrementi retributivi.

Un altro elemento che ha contribuito a svuotare le riforme amministrative del lavoro pubblico è la chiara tendenza alla de-specializzazione in un contesto che sconta la debolezza dei corpi tecnici³⁹. Ciò ha reso il pubblico impiego non attraente per i saperi specialistici, come evidenziato dalle ridotte percentuali di dipendenti pubblici in possesso di una formazione in discipline come la ingegneria, l'architettura o la geologia o di una cultura digitale avanzata. Da un lato, ciò ha accentuato la distanza tra sistema amministrativo e società, così contribuendo al *deficit* di legittimazione da cui hanno tratto linfa gli interventi lanciati dalle formazioni populiste al Governo. Dall'altro lato, ha reso poco credibile ogni ipotesi di trasformazione del sistema amministrativo come macchina a supporto dello Stato promotore dell'innovazione⁴⁰.

³⁶ S. CASSESE, A. MARI, *L'oscuro ruolo dell'alta dirigenza italiana*, in *Politica del diritto*, 1, 2001, p. 3 ss.

³⁷ F. DI MASCIÒ, *Partiti e Stato in Italia: Le nomine pubbliche tra clientelismo e spoils system*, Bologna, Il Mulino, 2012.

³⁸ S. CASSESE, *L'alta dirigenza italiana: Un mondo cristallizzato*, in *Politica del diritto*, 1, 1998, p. 155 ss.

³⁹ L. FIORENTINO, *I corpi tecnici nelle amministrazioni: problemi attuali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 2013, p. 479 ss.

⁴⁰ M. MAZZUCATO, *Lo Stato innovatore*, Roma-Bari, Laterza, 2018.

Poco credibili e privi di esiti soddisfacenti appaiono anche gli sforzi dedicati alla promozione della trasformazione digitale in seno al settore pubblico. Il Governo Renzi, inserendosi nella scia della rotta tracciata da alcuni Paesi avanzati, ha introdotto il *Team* per la trasformazione digitale guidato dal Commissario straordinario Diego Piacentini che in seguito è stato stabilizzato con la istituzione del Dipartimento per trasformazione digitale⁴¹. Non è risultato però sufficiente affidare la *leadership* del processo di digitalizzazione ad un *manager* di successo dal settore privato per superare lo storico ritardo di politiche di digitalizzazione inficiate dalla frammentazione della *governance* che si è tradotta nell'introduzione di nuove tecnologie all'interno di un vecchio disegno organizzativo in cui operano dipendenti in larga misura privi di competenze digitali⁴². Emblematico al riguardo è stato lo scarso impatto della legge n. 81/2017 che ha introdotto nel settore pubblico le forme del lavoro agile. Alla marginalità del lavoro da remoto prima della pandemia è corrisposta nel 2020 la sostanziale invarianza dei contenuti delle prestazioni burocratiche in occasione della transizione coatta a forme di lavoro a distanza a seguito della dichiarazione dello stato di emergenza: la maggior parte dei dipendenti pubblici ha continuato a svolgere da casa lo stesso lavoro normalmente svolto in presenza, replicando le stesse logiche di continuità e di esecuzione di compiti senza garantire gli attesi incrementi di produttività. In estrema sintesi il susseguirsi dei tentativi di riforma del lavoro pubblico degli ultimi decenni ha prodotto una stratificazione di interventi circoscritti che si sono sovrapposti tra loro in assenza di una visione di insieme dei problemi del lavoro pubblico. In gran parte questi episodici e reiterati tentativi di cambiamento operati dai riformatori hanno avuto una modesta attuazione: gli interventi introdotti in materia di dirigenza pubblica, contrattazione collettiva, valutazione della *performance*, sistemi di reclutamento, analisi dei fabbisogni assunzionali e formativi sono ancora oggi in gran parte meri simulacri che non hanno prodotto gli effetti innovativi sperati.

⁴¹ I. MERGEL, *Digital service teams in government*, in *Government Information Quarterly*, 4, 2019, p. 101389 ss.

⁴² E. CARLONI, *Algoritmi su carta: Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Diritto Pubblico*, 2, 2019, p. 363 ss.

6. *Un metodo per il cambiamento*

Quale lezione dobbiamo trarre dall'analisi dell'esperienza ormai ventennale di attuazione del d.lgs. n. 165/2001? Dobbiamo ritenere che le istanze di sistematizzazione, semplificazione e stabilizzazione della disciplina del pubblico impiego che avrebbero dovuto essere alla base di quel provvedimento siano ancora vive e che quindi occorra perseverare su questa strada? Occorre quindi promuovere una nuova codificazione nonostante anche l'esperienza della delega contenuta nella l. n. 124/2014 abbia mostrato tutti i problemi che si incontrano inoltrandosi ancora una volta su questa strada?

Se guardiamo al complesso della disciplina del lavoro pubblico la risposta non può che essere positiva. Come già rilevato, l'affastellarsi di emendamenti al d.lgs. n. 165/2001 e il continuo fiorire di disposizioni relegate nei commi delle leggi di bilancio rende complicata e ambigua la stessa conoscibilità delle norme in vigore. Per dare una risposta a questi interrogativi, non ci si può però limitare a evidenziare che la riforma sarebbe necessaria. Occorre ragionare su quanto essa sia fattibile in un contesto politico, sociale ed economico segnato dalla crisi pandemica e quali effetti è prevedibile essa produca.

In questa prospettiva si può ritenere che la attuale necessità di contrastare la diffusione del Coronavirus e di far ripartire il Paese sia una leva su cui fare forza per riformare finalmente il lavoro pubblico⁴³. Le intemperie che ha dovuto attraversare la nostra sanità pubblica e i problemi creati dalla burocrazia nella realizzazione dei molti interventi di sostegno alle famiglie e alle imprese hanno reso palese agli occhi dell'opinione pubblica che la logica dei tagli lineari ai costi per il pubblico impiego senza riforme produce un risparmio di spesa pubblica ma inficia la qualità del servizio pubblico. Per questa ragione, la richiesta di modernizzare la burocrazia che viene dalla società civile e dall'economia in effetti non è mai stata forte come in questo momento. Inoltre, il livello europeo a cui dobbiamo fare riferimento per disporre dei fondi necessari al rilancio della economia esercita in questa fase una maggiore pressione per operare una seria riforma amministrativa. È vero che già da anni le

⁴³ G. D'ALESSIO, *Il reclutamento e la formazione del personale delle pubbliche amministrazioni*, in *Astrid Rassegna*, 5, 2001.

raccomandazioni specifiche che venivano da Bruxelles nell'ambito della procedura del Semestre europeo ci spingevano in questa direzione con scarso esito⁴⁴. In questa nuova fase, però, la Commissione europea può contare su condizionalità economiche che le consentono di essere molto più incisiva nella definizione dei Piani nazionali di riforma.

A nostro giudizio, le nuove condizioni di contesto non devono però indurre a lanciare l'ennesima tornata di riforme del pubblico impiego. Di seguito proviamo ad indicare le ragioni che suggeriscono di non percorrere almeno nel breve termine questa strada già battuta più volte nel corso degli ultimi decenni.

La prima ragione è legata alla necessità di dare una risposta celere ai bisogni del Paese generati dalla pandemia mentre la riforma del pubblico impiego ha per sua natura tempi di gestazione lunghi. Non è un intervento che si può realizzare per decreto legge ma richiede l'adozione di leggi delega e decreti legislativi che necessitano di essere concertati tra le composite forze politiche che formano la attuale coalizione di maggioranza, con i diversi livelli di governo e con le categorie economiche e sociali. Le esperienze passate insegnano che ci vogliono anni per portare a compimento questo percorso a ostacoli mentre la crisi che stiamo attraversando richiede risposte molto più rapide.

La seconda ragione concerne la configurazione particolarmente composta della maggioranza che sostiene l'attuale Governo Draghi, la quale determina un elevato rischio che le finalità di una eventuale riforma siano ambigue e contraddittorie. L'esigenza di mediare tra i fautori del contenimento della spesa per il lavoro pubblico e quelli che predicano la necessità di aumentare la capacità amministrativa del Paese, tra coloro che spingono per un rafforzamento del controllo politico della burocrazia e quelli che invece chiedono che sia dilatata la sua discrezionalità e si dia spazio al merito più che alla fiduciarità degli incarichi dirigenziali, tra i partigiani di un recupero della centralità dello Stato nel governo complessivo del pubblico impiego e quelli che invece sostengono le ragioni di un decentramento che lasci spazio all'autonomia di enti pubblici, autorità

⁴⁴ F. DI MASCIÒ, *Semestre europeo e riforme amministrative in Italia*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, 2, 2020, p. 227 ss.

indipendenti ed enti territoriali rischia di rendere impossibile l'adozione di scelte chiare che diano coerenza al progetto di cambiamento.

La terza ragione è che il Governo Draghi per poter guidare la ripartenza del Paese ha bisogno di un forte consenso che, almeno in una prima fase, si è cercato di conseguire con un ritorno alla concertazione con le forze sindacali basata sulle promesse di un rinnovo dei contratti, di nuove assunzioni e di una ipotesi di scivolo pensionistico non bilanciate dalla richiesta di alcun impegno volto a rilanciare la produttività del settore pubblico. Una seria riforma amministrativa non potrebbe assecondare questa strategia e sarebbe destinata a provocare diffidenze, timori e probabili conflitti. Questo potrebbe rallentare o comunque ostacolare la realizzazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza erodendone la base di consenso.

La quarta ragione è che, nonostante il reiterarsi dei tentativi di riforma nel corso degli anni e la proliferazione di proposte innovative sottoposte all'attenzione del dibattito pubblico, non disponiamo al momento di una dettagliata diagnosi dei problemi del lavoro pubblico. È vero che rispetto al passato disponiamo di una maggiore messe di dati, ma purtroppo questo patrimonio informativo non rappresenta ancora un vero sistema conoscitivo che sostenga la progettazione, il monitoraggio e la valutazione di un progetto di riforma. Questi dati sono infatti raccolti e resi disponibili da diversi soggetti (Ragioneria generale dello Stato, Dipartimento della funzione pubblica, ARAN e ISTAT ma anche dalle singole amministrazioni pubbliche) seguendo criteri diversi che rendono molto complesso operare analisi comparative approfondite. Inoltre, molto spesso questi dati non sono aggiornati o sono di scarsa qualità a fronte del permanere di evidenti vuoti informativi (ad esempio in materia di analisi delle competenze e di formazione). Infine, solo l'ARAN e in parte la Ragioneria generale dello Stato si sono finora impegnate nell'elaborazione delle informazioni disponibili per cui siamo privi di una diagnosi empiricamente fondata dei molti e diversi problemi che affliggono un mondo vasto e altamente differenziato al suo interno come quello del pubblico impiego. Ma somministrare terapie senza avere un chiaro e fondato quadro clinico del caso da curare non è mai una buona idea: abbiamo appreso dal passato che, se si prescinde da una analisi delle capacità delle singole amministrazioni di utilizzare in modo proficuo questi

strumenti gestionali e se non si avviano preventivamente azioni specifiche per far crescere dove necessario questa capacità, prescrivere normativamente soluzioni apparentemente innovative (come la rilevazione dei carichi di lavoro o l'analisi dei fabbisogni assunzionali) produce solo nuova burocrazia senza migliorare la funzionalità del settore pubblico. Per queste ragioni non è questo il momento di avviare una nuova riforma del lavoro pubblico. Ciò però non implica che la finestra di opportunità generata dalla necessità di far ripartire il Paese non debba essere colta. Gli sforzi devono però essere mirati nell'immediato a creare le condizioni per una effettiva realizzabilità del Piano nazionale di ripresa e resilienza nei tempi ristretti previsti dal livello europeo. In questo occorre scongiurare il rischio che la improvvisa disponibilità finanziaria porti ad effettuare assunzioni di massa non conseguenti a processi di riallocazione delle funzioni e alla ridefinizione dei disegni organizzativi che sono resi necessari dalla digitalizzazione.

Gli interventi previsti nel Piano nazionale di ripresa e resilienza devono invece essere attribuiti alla responsabilità di amministrazioni di cui sia stata previamente accertata la capacità effettiva di svolgere queste funzioni e, nel caso in cui vi siano delle carenze, queste devono essere previamente colmate con misure di acquisizione mirata e tempestiva delle competenze che mancano. L'attribuzione degli incarichi ai dirigenti deve avvenire sulla base di una valutazione delle loro esperienze e competenze e la loro *performance* deve essere misurata sulla base di un monitoraggio e di una valutazione periodica dei risultati conseguiti in relazione al rispetto delle scadenze fissate dai programmi di realizzazione degli interventi del Piano.

In questo modo gli interventi del Piano possono diventare preziosi laboratori del cambiamento in cui sperimentare un nuovo modo di fare le riforme meno attento a recepire le idee globali e più orientato a trarre dall'analisi delle buone pratiche in ambito domestico le lezioni essenziali per progettare iniziative più ambiziose di modernizzazione rivolte anche ai contesti meno predisposti all'innovazione⁴⁵. Poggiando sulla valorizzazione delle esperienze di innovazione realizzate nel Piano nazionale

⁴⁵ F. DI MASCO, A. NATALINI, *Oltre il New Public Management: Le riforme amministrative tra meccanismi e contesti*, Roma, Carocci, 2018.

di ripresa e resilienza (e sperabilmente anche nell'utilizzo degli altri fondi europei), infatti, si può puntare nel medio termine a una riforma di sistema basata su un'agenda che muova da assunti diversi da quelli del passato in un contesto profondamente modificato dalle opportunità offerte dalla digitalizzazione.

Il primo assunto è che la modernizzazione del lavoro pubblico deve porsi come scopo quello di costruire la capacità di svolgere funzioni che per essere funzionali a realizzare una innovazione tecnologica dovranno essere diverse dal passato. L'individuazione di queste funzioni e la loro attribuzione a specifiche organizzazioni è il presupposto per poter poi passare a determinare con quale e quanta dotazione di personale esse possano essere svolte. In questo occorre fare i conti con l'ipocrisia di ritenere gli apparati pubblici a prescindere qualificati a svolgere ogni tipo di funzione indipendentemente dalle risorse di cui dispongono e dai modelli organizzativi che adottano. Come nel Piano nazionale di ripresa e resilienza così in tutto il sistema amministrativo, le funzioni devono essere attribuite ad uffici che abbiano le capacità di realizzare la specifica missione ad esse attribuite o che si ritiene possano essere dotate di queste capacità con interventi mirati delle risorse necessarie a colmare eventuali carenze. In altri termini, una riforma del lavoro pubblico non deve essere concepita come un insieme di nuove norme misurate solo sul grado di consensi generati nel Paese, sulla loro attitudine a non suscitare malcontenti negli amministratori pubblici e di apparire innovative o intimamente coerenti agli esperti di settore, ma anche (e forse soprattutto) sul grado di miglioramento effettivo che producono sulle prestazioni di servizio del settore pubblico. Per far questo si deve ripartire dalle scelte sulla individuazione e l'allocazione delle funzioni: come insegnava Giannini la provvista di personale per svolgerle non può che seguire e non può essere la sua premessa.

Il secondo assunto è che la riforma del lavoro pubblico deve essere tutt'uno con la trasformazione digitale. Questa infatti non può essere ridotta a una serie di interventi volti ad automatizzare alcune specifiche funzioni amministrative o a rendere interoperabili le banche dati o a rendere telematiche le interazioni con i cittadini. Questa concezione meramente ancillare e circoscritta dell'innovazione tecnologica nel settore pubblico, la quale colloca il processo di digitalizzazione su un piano diverso da

quello della riforma del lavoro pubblico, è frutto di un approccio strabico che porta ad attribuire la cura dei due ambiti a Ministri diversi, supportati da Dipartimenti ministeriali diversi e che adottano agende di riforma diverse. La trasformazione digitale implica una radicale ri-dislocazione dei poteri all'interno delle amministrazioni pubbliche in quanto essa presuppone sul piano organizzativo una maggiore integrazione e un più forte coordinamento che sono in netto contrasto con la logica frammentata e a canne d'organo che è alla base dell'attuale conformazione degli apparati pubblici. Comporta un ripensamento degli spazi di lavoro e una reingegnerizzazione dei processi che consenta di offrire ai cittadini servizi pubblici ritagliati sulle loro specifiche esigenze così come ormai accade nel mondo dei servizi privati. Impone sul piano della gestione delle risorse umane, da un lato, di poter disporre di nuove competenze digitali per svolgere funzioni direzionali e operative; dall'altro lato, di eliminare un'ampia gamma di figure professionali ormai inutilizzabili come quelle che attualmente provvedono all'acquisizione, alla trasmissione, al trattamento e all'archiviazioni di dati, informazioni e documenti nell'ambito di processi ancora non compiutamente informatizzati.

Il terzo assunto è che non dobbiamo concepire la riforma del lavoro pubblico in vista del ritorno a una presunta "normalità" di medio-lungo periodo che seguirà alla fine dello stato di eccezione determinato dalla pandemia. Il contesto in cui agiscono i pubblici poteri è per sua natura turbolento e le crisi (economiche, finanziarie, politiche, sanitarie, ambientali) non sono un fattore straordinario ma ricorrente. Per cui le amministrazioni devono essere pensate per essere in grado di anticipare e affrontare queste crisi adattandosi di volta in volta a una realtà che si trasforma⁴⁶. Non è più sostenibile l'approccio adottato finora per cui un repertorio di soluzioni di emergenza viene attivato in risposta alle crisi per ovviare alla lentezza dell'amministrazione in tempi normali. Sono le procedure ordinarie a dover essere rese più flessibili per adattarsi alle continue perturbazioni determinate da crisi ricorrenti. Anche sotto questo profilo, l'esperienza della pandemia può portare molti insegnamenti circa il ricorso alle soluzioni digitali non solo per rendere più flessibile

⁴⁶ A. BOIN, M. LODGE, *Designing resilient institutions for transboundary crisis management: A time for public administration*, in *Public Administration*, 2, 2016, p. 289 ss.

l'organizzazione del lavoro ma anche per rafforzare la capacità analitica delle amministrazioni riguardo alla previsione degli scenari di rischio. Il quarto assunto è che una seria riforma del lavoro pubblico richiede una robusta *governance* che la guidi nel tempo e, ancora prima, una complessiva cornice di senso. Per far questo è necessario costruire un sistema conoscitivo integrato e continuamente aggiornato sul personale pubblico che sia fruibile dai cittadini e dalle imprese, che offra un'adeguata base informativa su cui far poggiare i processi di cambiamento, che consenta di operare raffronti nel tempo e tra diverse amministrazioni e settori di intervento pubblico e che alimenti (e sia alimentato da) i processi di gestione delle risorse umane nelle singole amministrazioni pubbliche. Occorre inoltre prevedere l'adozione di un rapporto annuale del Governo al Parlamento sulle condizioni del lavoro pubblico che attraverso un processo trasparente e partecipato offra una diagnosi dei principali problemi e monitori l'attuazione dei progetti di costruzione della capacità amministrativa che devono essere il cuore della riforma. Sulla base delle risultanze di questo rapporto annuale andrebbero adottati e rivisti periodicamente gli indirizzi di riforma amministrativa per rendere riconoscibili ai lavoratori pubblici e anche ai cittadini una visione d'insieme e una tempistica complessiva del processo di cambiamento individuando le responsabilità e fissando scadenze.

Il principio del pubblico concorso e l'insuperabile specialità del reclutamento nelle pubbliche amministrazioni

Barbara Gagliardi

La contrattualizzazione d'inizio anni '90 non ha alterato la dimensione di pubblico potere del reclutamento nei pubblici uffici, ove è specialmente la giurisprudenza ad aver riaffermato con forza il carattere di principio inderogabile del pubblico concorso, a tutela di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.) e avverso i tentativi di elusione a beneficio specialmente di peculiari categorie di personale pubblico. I medesimi principi determinano i caratteri essenziali delle procedure concorsuali, delineando un potere tuttora soggetto al tradizionale sindacato del giudice amministrativo. Tali caratteri – che neanche i più recenti tentativi di riforma paiono mettere in discussione – si ritrovano in altre esperienze europee, ove le critiche più frequenti al modello concorsuale hanno tuttavia origine prevalentemente nella supposta incapacità di selezionare candidati provenienti da tutte le componenti sociali.

1. Il reclutamento del personale delle pubbliche amministrazioni tra New Public Management e dimensione pubblicistica

È noto che la contrattualizzazione d'inizio anni '90 ha inteso ridefinire il ruolo del dirigente pubblico sulla falsariga del modello dell'impresa, attribuendogli «le capacità e i poteri del privato datore di lavoro» nell'organizzazione degli uffici (c.d. micro-organizzazione), cui corrispondono autonomi poteri di gestione finanziaria, tecnica e amministrativa (d.lgs. n. 165/2001, art. 4, c. 2 e art. 5, c. 2)¹.

¹ P. CERBO, *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 2007, p. 220 ss.

Tale impostazione, ispirata alle teorie del c.d. *New Public Management*², ha cercato di scalzare anche il principio del pubblico concorso a beneficio di un dirigente pubblico capace di scegliere il proprio personale, superando le supposte rigidità di un modello di selezione basato su criteri oggettivi, che si dicevano disancorati dalle reali necessità organizzative delle pubbliche amministrazioni³. L'assunto di partenza era che l'utilizzazione di modelli e strumenti del diritto privato avrebbe consentito inedite opportunità di implementazione del buon andamento dell'amministrazione, seppur con un ragionevole sacrificio del principio di imparzialità⁴. La valorizzazione della dimensione fiduciaria ha ricevuto – come si vedrà – peculiare riconoscimento in sede di attribuzione degli incarichi dirigenziali, anche ove conferiti con la stipulazione di contratti a tempo determinato, dunque pur nell'ipotesi in cui la selezione sia preordinata alla costituzione del rapporto di servizio oltre a quello di immedesimazione organica, secondo un'evoluzione che ha segnato anzitutto il settore sanitario, come noto particolarmente investito dal *New Public Management* nel contesto dell'aziendalizzazione, ma cui non sono estranei anche settori caratterizzati da modelli di organizzazione più "tradizionale" (enti locali, università)⁵.

Nel senso di un reclutamento non *stricto sensu* concorsuale ha in certa misura deposto la stessa prima versione della norma dedicata alle assunzioni nel d.lgs. n. 29 del 1993 (art. 36), che forse non a caso ometteva di menzionare i concorsi per riferirsi a più generiche "selezioni"⁶.

² M. BARZELAY, *The New Public Management, Improving Research and Policy Dialogue*, Oakland (CA), University of California Press, 2001; C. POLLITT, S. VAN THIEL, V. HOMBURG, *The New Public Management in Europe, Adaptation and Alternatives*, Palgrave, 2007.

³ Così ad es. L. FIORILLO, *Il reclutamento del personale pubblico: forme contrattuali stabili e flessibili*, in F. CARINGI, M. D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 1032 ss.; V. LUCIANI, *Selezione del personale e contratto di lavoro pubblico e privato*, Napoli, Jovene, 2002, p. 63 ss.

⁴ Corte cost. 25 luglio 1996, n. 313.

⁵ Vedi *infra*, § 6.

⁶ Cfr. G. D'ALESSIO, B. NERI, *Crisi e sistemi di reclutamento del personale delle pubbliche amministrazioni. Aspetti problematici e prospettive di riforma*, in *Poteri pubblici e mercati*, 2, 2009, p. 2 ss. Il lemma "concorso" compare nelle successive versioni della disposizione, pur non sostituendo il riferimento alle "selezioni" (ad es. al c. 3-*bis*, 3-*quater*, 4-*bis* dell'art. 35).

V'è da dire che talora la discussione sul potere del dirigente di scegliere i propri collaboratori si è sovrapposta a quella sull'inadeguatezza delle prove concorsuali, spesso disancorate dalle mansioni associate ai posti a bando, per un difetto di aggiornamento o per la soverchiante preoccupazione di prevenire il contenzioso, che – secondo taluno – ha prevalso sulle finalità di gestione del personale⁷.

Alla valorizzazione del ruolo dirigenziale si è accompagnata la suggestione circa l'attribuzione del relativo sindacato al giudice del lavoro, che tuttavia non ha superato la dimensione *de iure condendo*, trovando accoglimento solo nei casi poc'anzi richiamati, relativi agli incarichi dirigenziali conferiti a personale non di ruolo, anche in ragione di un evidente parallelismo con il contenzioso su quelli attribuiti ai dipendenti (d.lgs. n. 165 del 2001, art. 65, c. 1).

Al contrario è la qualità di *manager* del dirigente pubblico a essere stata investita da un certo ripensamento, a fronte della non trascurabile rilevanza giuridica nei confronti del terzo dei poteri da questi esercitati, che fa dell'assimilazione alla corrispondente figura dell'organizzazione imprenditoriale una mera *fiction*⁸.

Così, le riforme dell'impiego pubblico degli ultimi trent'anni hanno in definitiva lasciato tendenzialmente inalterata la dimensione pubblicistica del reclutamento, cui dà fondamento la previsione costituzionale che individua nel (pubblico) concorso il canale prevalente di accesso agli uffici (art. 97, c. 4, Cost.).

Tale dimensione pubblicistica si traduce in un'attuazione del principio costituzionale rimessa all'ordinamento speciale della pubblica ammini-

⁷ Così J.L. SILICANI, *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique: faire des services publics et de la fonction publique des atouts pour la France* (2008), trad. it. a cura di R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *Libro bianco sull'avenire dei funzionari pubblici*, Napoli, Jovene, 2011, p. 184.

⁸ M. RUSCIANO, *Organizzazione pubblica e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2008, p. 59 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Codice di comportamento e sistema disciplinare*, 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, FrancoAngeli, 2018, p. 143 ss.; F. SAITTA, *Organizzazione e dirigenza dei pubblici uffici*, in *Lav. pubbl. amm.*, 5, 2008, p. 760 ss. Si consenta inoltre il rinvio a R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *La dirigenza pubblica al servizio degli amministratori*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2014, p. 309 ss.

strazione, con norme di legge e regolamenti di organizzazione⁹, cui si giustappone un limitato apporto della contrattazione collettiva¹⁰. Ancor più determinante ai fini della qualificazione di diritto pubblico è il mantenimento del contenzioso sui concorsi al giudice amministrativo¹¹, contro alla generale devoluzione delle controversie sui rapporti di impiego nelle pubbliche amministrazioni al giudice ordinario¹².

Di tale dimensione di diritto pubblico si vogliono in questa sede ripercorrere i tratti salienti: si analizzeranno così anzitutto gli elementi essenziali del concorso nella sua qualità di procedimento amministrativo, quale forma dell'esercizio di un potere preordinato alla tutela di interessi pubblici fondati direttamente in Costituzione (artt. 97, c. 2 e c. 4, art. 51 Cost.), ove la selezione meritocratica si pone a garanzia dell'imparzialità dell'assunzione – e con essa dell'esclusivo «servizio della Nazione» (art. 98 Cost.) – e allo stesso tempo a dimostrazione della professionalità idonea a legittimare l'esercizio della funzione (§ 2).

L'individuazione di tali elementi essenziali consente di adattare lo stesso modello alle esigenze di rinnovamento della pubblica amministrazione, a fronte dell'incedere del ricambio generazionale e della necessità di ripensare fabbisogni e profili professionali.

Il principio costituzionale non si risolve di necessità nel concorso per titoli e prove di stampo “accademico”, spesso tacciate di inadeguatezza rispetto al mercato del lavoro e ancor più alla tutela degli interessi pubblici affidati ad amministrazioni che si vogliono sempre più flessibili, digitalizzate, inclusive, attente ai temi ambientali e in genere innovative¹³. Al contrario esso pare aperto alle migliori e più adeguate tecniche di

⁹ La qualità di pubblico potere del reclutamento ne consente la disciplina con legge regionale (non è ordinamento civile), da ultimo: Corte cost., 12 febbraio 2021, n. 20; Corte cost., 21 dicembre 2018, n. 241.

¹⁰ Specialmente nella definizione dei requisiti correlati ai profili descritti nelle c.d. “declatorie”.

¹¹ Così già S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, Cedam, 2000, p. 557.

¹² Oltre al contenzioso sui concorsi, rimangono al giudice amministrativo le controversie relative al personale in regime di diritto pubblico: d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 63, c. 4

¹³ Così da ultimo si veda il *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* (PNRR), p. 44-47, trasmesso dal Governo al Parlamento il 25.04.2021.

selezione, attingendo dai “vivai” universitari o dall’impresa, senza che la tutela di imparzialità e trasparenza debba per forza tradursi in una rinuncia all’efficacia e con essa al buon andamento dell’amministrazione, secondo caratteri che possono trovare supporto nelle nuove tecnologie. Concorso, dunque, come espressione di pubblico potere non per questo meno capace di adattarsi alle esigenze pubbliche emergenti, secondo un’espressione di autonomia pubblica che trova corrispondenza in un sindacato giurisdizionale assestato sul tradizionale controllo dell’eccesso di potere e del principio di proporzionalità, in cui, come si vedrà, il giudice né arriva a sovrapporre i propri convincimenti a quelli dell’amministrazione, né afferma una tutela capace in qualche misura di “trasfigurare” l’interesse legittimo del ricorrente (§ 3).

Lo stesso principio del concorso è quindi preso in considerazione quale norma tipica delle organizzazioni “sostanzialmente” pubbliche, correlandosi non solo alla forma giuridica degli enti pubblici, ma direttamente all’esercizio di attività di servizio pubblico o comunque strumentali ai fini istituzionali delle amministrazioni (§ 4).

La qualità di norma imperativa del concorso non è stata scalfito dai tentativi di superamento di tale modello originati dalla difesa di interessi particolari (concorsi interni, stabilizzazioni, e così via)¹⁴, imponendosi l’apertura delle selezioni a *tutti* i cittadini in condizioni di eguaglianza (art. 51 Cost.), secondo quello che è tuttora un diritto politico, di partecipazione alla gestione della *res publica* fondato sull’appartenenza a una medesima *societas*. Solo le esigenze di contenimento della finanza pubblica sono state capaci di limitare tale principio a beneficio del più rapido – ed economico – scorrimento di graduatorie preesistenti (§ 5). La qualità di pubblico potere si ritrova altresì nello *spoils system*, considerato per definizione il modello alternativo al *merit system*¹⁵, ove anzi la dimensione pubblicistica del reclutamento sembra raggiungere la sua apoteosi (§ 6). I medesimi principi di imparzialità e trasparenza ispirano le esperienze europee più vicine a quella italiana per sensibilità e tradizione giuridica

¹⁴ Da ultimo S. CASSESE, *Buone pratiche in vetrina*, in *Il Foglio*, 16 marzo 2021.

¹⁵ S. CASSESE, J. PELLEW, *The introduction of merit system in various bureaucracies: a comparative account*, in S. CASSESE, J. PELLEW (dir.) *Le système du mérite - The merit system*, Bruxelles, IISA, 1987, p. 13-14.

(Francia, § 7), ma anche quelle che se ne distanziano maggiormente per il modo d'intendere il lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione (Regno Unito, § 8), dando evidenza a quella che è stata definita come la doppia genesi, franco-britannica, del modello meritocratico¹⁶. Esperienze accomunate dai medesimi principi ispiratori, ma anche dalla messa in discussione della capacità del concorso di consentire l'accesso a tutte le componenti della società, secondo una contrapposizione tra principio meritocratico e principio democratico, che addebita al primo la responsabilità della "riproduzione delle élites"¹⁷.

2. Il procedimento amministrativo concorsuale e i suoi elementi essenziali

Il principio costituzionale del concorso è strettamente correlato a quelli di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione (art. 97, c. 2, Cost.), secondo un carattere in ragione del quale la selezione del personale assume una dimensione di interesse pubblico che non si risolve nell'interesse della pubblica amministrazione all'individuazione del miglior candidato nella sua qualità di datore di lavoro – quale primo atto di gestione delle risorse umane – ma al contrario assume una rilevanza generale, invocabile anche dai terzi¹⁸.

Il fondamento costituzionale si traduce dunque in un potere di reclutamento che – come tutti i poteri pubblici – è funzionalizzato ed espressione di un'autonomia il cui carattere permane eterogeneo rispetto a quella dell'imprenditore, come ben si coglie dall'analisi del corrispondente sindacato giurisdizionale¹⁹.

¹⁶ F. DREYFUS, *La double genèse franco-britannique du recrutement au mérite: les concours et l'open competition*, in *RFAP*, 142, 2012, p. 332.

¹⁷ Da ultimo: M. SALERNO, *Contributo allo studio del principio costituzionale del merito*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 87 ss.; R. MEDDA, *Il concorso pubblico tra eguaglianza di diritto e diseguaglianze di fatto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2020, p. 727 ss.; B.G. MATTARELLA, *Il principio del merito e i suoi oppositori*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2007, p. 642 ss.; J.H. GOLDTHORPE, *I problemi della meritocrazia*, in *Stato e mercato*, 40, 1994, p. 7 ss.

¹⁸ Sulla contrapposizione tra l'interesse pubblico sottostante al principio del concorso e le esigenze strumentali della pubblica amministrazione connesse alla gestione del personale, ad es.: Corte cost., 18 febbraio 2011, n. 52.

¹⁹ Vedi *infra*, § 3.

A tale dimensione d'interesse pubblico si giustappone, senza contraddirla, quella che coglie nel concorso lo strumento di attuazione del diritto politico dei cittadini all'eguaglianza nell'accesso agli impieghi (art. 51 Cost.), ove il potere pubblico si pone, come spesso accade, a garanzia di un diritto soggettivo che in questo caso è di cittadinanza, dunque secondo una prospettiva pubblicistica utile al corretto funzionamento della *res publica*.

Il carattere pubblico del potere esercitato dall'amministrazione nella fase di selezione del personale – che sfocia nell'emanazione della graduatoria e nel provvedimento di proclamazione dei vincitori – non è alterato dall'attrazione alla sfera del diritto privato del rapporto costituito con la stipulazione del contratto di assunzione, così come in materia di appalti resta distinta la fase pubblicistica preordinata all'aggiudicazione da quella successiva di esecuzione del contratto.

Nonostante tale simile scansione, non si dà per i concorsi un'evoluzione del tipo di quella conosciuta dai contratti pubblici, ove la lesione della posizione delle imprese che abbiano partecipato alla gara ha dato adito al riconoscimento di una responsabilità precontrattuale per violazione del dovere di correttezza nelle trattative – con lesione del diritto dell'impresa di «autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali»²⁰ – anche nei casi in cui la scorrettezza non si identifichi con l'illegittimità dei provvedimenti che scandiscono la procedura²¹.

Nei concorsi, la posizione giuridica dell'interessato a fronte del potere esercitato dall'amministrazione mantiene la tradizionale qualificazione di interesse legittimo, con una preminenza dell'interesse pubblico che non sembra venir meno neanche con l'approvazione della graduatoria²², senza che possa osservarsi quella “promozione” al rango di diritto soggettivo che è stata rilevata, anche per effetto delle norme europee a tutela della

²⁰ Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5. In tema G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, Jovene, 2000, p. 68 ss.

²¹ In tema di concorsi esclude la configurabilità di una responsabilità da perdita di *chances* nel caso di revoca legittima del bando di concorso: Cass., sez. lav., 20 giugno 2016, n. 12679. Vedi anche Cons. Stato, sez. V, 29 novembre 2018, n. 6779.

²² Vedi *infra*, nt. 37.

concorrenza, in materia di procedure d'appalto²³. In quanto tale, essa legittima al ricorso al giudice amministrativo per la verifica della ragionevolezza nell'esercizio del potere, secondo un sindacato che presenta tuttora i caratteri tradizionali del controllo sull'eccesso di potere e la cui *ratio* si correla alla rilevanza giuridica del terzo insita nelle norme che segnano il fondamento costituzionale del principio concorsuale (art. 97, c. 2 e 4, art. 51, Cost.).

L'approccio non cambia nemmeno nel sindacato della Corte europea dei diritti dell'uomo, ove pure si ammette la tutela del "giusto procedimento" ex art. 6 CEDU nel caso di violazione del «*right to equal participation in a competition for public office*» nel senso di «*right to a lawful and fair promotion procedure*». Tutela che non dà comunque fondamento a un diritto al reclutamento, ove la pretesa del ricorrente assurge al più al rango di "*privilege*" assistito da mere garanzie procedurali²⁴.

A tale dimensione di pubblico potere consegue la proceduralizzazione del suo esercizio, capace di dare rilevanza e offrire tutela agli interessi pubblici a esso sottostanti, secondo un carattere che è invece venuto meno rispetto agli atti di gestione del rapporto, in ragione della sussunzione nell'ambito della capacità e i poteri di diritto privato del datore di lavoro.

Le norme costituzionali danno così fondamento a precisi vincoli di procedimento che segnano il perimetro essenziale della nozione di pubblico concorso²⁵, entro la quale possono ammettersi selezioni diversificate, con la valorizzazione di titoli di "alta professionalità", la combinazione con la formazione universitaria o presso la Scuola nazionale dell'amministrazione²⁶, o ancora secondo procedimenti "semplificati", eventualmente da giustapporre alla valorizzazione del periodo di prova²⁷.

²³ A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, p. 1 ss.; *Id.*, *Sono risarcibili, ma perché devono essere interessi legittimi*, nt. a Cass., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, col. 3222.

²⁴ ECHR, First sect., 8 February 2019, *Frezadou v. Greece*.

²⁵ Principi che trovano anzitutto accoglimento nel testo unico del pubblico impiego (art. 35, d.lgs. n. 165/2001) e nelle relative norme di attuazione (d.p.r. 9 maggio 1994, n. 487).

²⁶ In tal senso ancora si veda il PNRR, pp. 44-47.

²⁷ Si veda quanto previsto da ultimo per il reclutamento del personale del Ministero della salute: d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. in l. 24 aprile 2020, n. 27 (c.d. "cura Italia").

Così, al principio di buon andamento si riconduce la necessità di assicurare una verifica di professionalità minima²⁸, garantendo la selezione del migliore tra quanti si siano iscritti, secondo un giudizio “relativo”, che all’evidenza pone la questione dell’attrattività dei concorsi e, più ampiamente, dello stesso impiego pubblico. Verifica di professionalità minima che legittima ovviamente la selezione di un numero di candidati inferiore ai posti a bando. Ciò importa la definizione delle professionalità da selezionare – e delle prove a tal fine necessarie – in corrispondenza ai fabbisogni dell’amministrazione, ove si ricorda come le prime sperimentazioni del “*merit system*” intendessero innanzitutto accertare che i candidati sapessero «scrivere una lettera e utilizzare le quattro prime regole dell’aritmetica»²⁹. Di recente si è affermata l’esigenza di una più decisa valorizzazione dei profili tecnici³⁰, dagli esperti delle *Information and Communication Technologies*, a ingegneri, geologi ed esperti di sistemi complessi, quasi a volersi superare il tradizionale *Juristenmonopol*³¹.

Alla stessa tutela del buon andamento si correla l’obbligo di comporre le commissioni di concorso con “esperti” nelle materie di selezione, che siano funzionari, docenti, o professionisti esterni, mentre è la tutela dell’imparzialità a escludere che possano farne parte gli organi politici o i rappresentanti sindacali³².

Lo stesso principio di imparzialità impone la trasparenza della selezione, e cioè l’obbligo di pubblicare il bando e i criteri di valutazione delle prove, di rendere disponibili con l’accesso documentale i verbali – salvo il differimento alla conclusione delle selezioni – e di svolgere gli orali “a porte aperte”, o, ancora quello di garantire l’anonimato degli scritti, con divieto di apporre segni di riconoscimento³³.

²⁸ Così Corte cost., 27 luglio 2020, n. 166.

²⁹ F. DREYFUS, *L’invention de la bureaucratie*, Paris, Éditions La Découverte, 2000, p. 175 ss.

³⁰ G. MELIS, *La fuga dall’amministrazione. Ascesa e declino dei tecnici nell’amministrazione dell’Italia unita*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2013, p. 469 ss.

³¹ M.B. VINCENT, *Serviteurs de l’Etat: les élites administratives en Prusse de 1871 à 1933*, Paris, Belin, 2006, p. 17.

³² Corte cost., 25 novembre 1993, n. 416; Corte cost., 11 giugno 1993, n. 333; Corte cost., 15 ottobre 1990, n. 453.

³³ Cons. Stato, Ad. plen., 20 novembre 2013, n. 26.

I principi di pubblicità e trasparenza si traducono altresì nell'obbligo di motivare le valutazioni, ove tuttavia è l'esigenza di preservare il buon andamento dell'amministrazione a legittimare un'interpretazione "riduttiva" della motivazione, che si contenta della mera espressione numerica, purché ancorata a criteri di valutazione più o meno dettagliati³⁴.

Il medesimo obbligo di motivazione richiede che il concorso abbia carattere comparativo, cioè che si traduca in una graduatoria finale elaborata secondo il merito dei candidati, con ciò distinguendo esami professionali ed altre selezioni "a ruoli aperti" dal modello concorsuale, che viceversa dà accesso a posti contingentati.

Non mancano peraltro esempi di reclutamento nella pubblica amministrazione fondati su esami professionali, come in Germania, o su concorsi che si concludono con l'elaborazione di liste in ordine alfabetico, da cui le amministrazioni attingono più o meno liberamente: così ad es. il reclutamento nella *fonction publique territoriale* francese o quello nelle istituzioni dell'Unione europea. Sono quest'ultimi modelli ove il principio di imparzialità funzionale alla protezione del diritto d'accesso all'impiego in condizioni di eguaglianza è contemperato con altri valori e principi³⁵, mantenendosi la comparazione soltanto all'esterno, cioè verso gli esclusi, e non internamente, tra gli idonei.

3. Il concorso come esercizio di pubblico potere nel sindacato di legittimità del giudice amministrativo

Al carattere di pubblico potere del concorso corrisponde, come già anticipato, l'attribuzione del sindacato al giudice amministrativo in sede di legittimità³⁶, in forza della riconosciuta natura di interesse legittimo della posizione soggettiva invocata dal ricorrente. Benché si ritenga che l'iscrizione in graduatoria nella qualità di vincitore fondi un diritto soggettivo "all'assunzione", in ragione del carattere di "offerta al pubblico" del bando (art. 1336 cod. civ.), tale diritto è comunque subordinato all'attualità

³⁴ Da ultimo: Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2018, n. 1860; Cons. Stato, sez. IV, 15 febbraio 2010, n. 835.

³⁵ Cfr. *infra*, § 8.

³⁶ Così già A. ROMANO, *Un (eterodosso) auspicio di un' almeno parziale controriforma*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2, 2003, 266 ss.

dell'interesse pubblico che ha determinato l'indizione della procedura, sicché nemmeno l'approvazione della graduatoria esclude l'esercizio legittimo dell'autotutela amministrativa ove le nuove assunzioni «non corrispondano più alle oggettive necessità di incremento del personale»³⁷. Allo stesso tempo, l'invalidità del concorso condiziona quella del successivo contratto di lavoro subordinato, determinandone la nullità per violazione di norma imperativa, secondo un effetto che si ripercuote automaticamente sul rapporto costituito (art. 1418, c. 1, c.c.)³⁸.

È la già richiamata rilevanza giuridica del terzo, cui danno fondamento i principi costituzionali summenzionati (artt. 51, c. 2 e 97 Cost.), a imporre di necessità un controllo con effetti costitutivi quale quello del giudice amministrativo.

Il sindacato del giudice amministrativo mantiene per l'effetto in tale sede i propri caratteri tradizionali: sia che siano investiti atti espressione di discrezionalità “pura” sia che si tratti di decisioni derivanti dall'esercizio di discrezionalità tecnica, il giudice si arresta a un controllo estrinseco, che non arriva a ripetere le valutazioni dell'amministrazione³⁹.

L'atteggiamento del giudice è così di “deferenza” nei confronti degli atti ispirati a una mera logica di opportunità (come nel caso, ad. es., della decisione di indire un nuovo concorso in luogo dello scorrimento di una graduatoria⁴⁰), come di quelli fondati su criteri tecnico-scientifici, o comunque propri di un peculiare ramo del sapere (come nel caso delle valutazioni della commissione).

Tale orientamento coincide con l'amplissima discrezionalità dell'amministrazione – e specialmente della commissione che ne è organo straordinario – che caratterizza tutti gli atti della procedura: dalla decisione di indire il concorso, alla scelta del tipo di selezione (per esami, titoli ed esami, solo titoli), alla definizione e successivo accertamento

³⁷ In tal senso ad es. da ultimo Cass. civ., sez. lav., 25 novembre 2020, n. 26838; Cass. civ., sez. lav., 15 dicembre 2017, n. 30238.

³⁸ Da ultimo Cass., sez. lav., 16 febbraio 2021, n. 4057.

³⁹ Si consenta il rinvio a R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *Discrezionalità, discrezionalità tecnica e impiego pubblico*, in E. MALARET GARCIA (dir.), *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi (Thomson Reuters), 2019, p. 395 ss.

⁴⁰ Cass. civ., sez. un., 22 agosto 2019, n. 21607; Cass. civ., sez. un., 20 ottobre 2017, n. 24878; Cass. civ., sez. un., 29 dicembre 2016, n. 27460.

dei requisiti⁴¹ – ove, in presenza di elementi *prima facie* discriminatori resta ferma la verifica di proporzionalità insita nell'identificazione delle c.d. “*bona fide occupational qualifications*”⁴² –, alla determinazione dei criteri da parte della commissione, sino alla valutazione di titoli e prove. Così, fatti salvi i casi di violazione di leggi e altre norme scritte sulla scansione del procedimento⁴³, è pronunciato l'annullamento per eccesso di potere solo ove si ravvisi l'irragionevolezza manifesta, l'irrazionalità, l'arbitrarietà, il palese travisamento dei fatti, come nel caso di “errore madornale” nell'interpretazione della traccia delle prove o di disconoscimento dei titoli dei candidati, di estrema genericità o immotivata violazione dei criteri⁴⁴, e così via, secondo un catalogo di ipotesi che si verificano invero piuttosto di rado.

L'approccio non cambia ove le prove di concorso siano in ambito giuridico, implicando conoscenze possedute dal giudice, o al contrario siano espressione di saperi tecnico-scientifici propri delle c.d. scienze dure, per valutare le quali si dovrebbe disporre la consulenza tecnica d'ufficio, istituto di cui non si rinviene traccia nel processo amministrativo sul reclutamento.

Diversamente nel caso della verifica, talora disposta per la riprova dei requisiti fisici di accesso all'impiego⁴⁵, ove tuttavia ciò che rileva è il diverso carattere della valutazione rimessa all'amministrazione, che in questo caso coincide con un accertamento di fatto, di per sé disomogeneo rispetto a quelle espressioni di discrezionalità tecnica⁴⁶.

È proprio il carattere di pubblico potere del reclutamento, espressione dell'autonomia istituzionale dell'amministrazione, a giustificare tale arretramento del giudice, secondo un sindacato non solo “esterno”, cioè di

⁴¹ Cons. Stato, sez. IV, 18 maggio 2017, n. 2353.

⁴² Ad es. sui requisiti di età massima: C. giust., 13 novembre 2014, C-416/13, *Vital Perez c. Ayuntamiento de Oviedo*; Cons. Stato, sez. III, 29 gennaio 2016, n. 345; sui requisiti fisici (altezza, *visus*, ecc.): Cons. Stato, sez. V, 2 dicembre 2002, n. 6606; sui titoli di studio: Cons. Stato, sez. VI, 24 gennaio 2020, n. 590.

⁴³ Es. Cons. Stato, sez. IV, 14 marzo 2016, n. 1011; Cons. Stato, sez. V, 22 maggio 2015, n. 2584.

⁴⁴ Da ultimo Cass. civ., sez. un., 13 febbraio 2020, n. 3562; Cons. Stato, 23 marzo 2018, n. 1860.

⁴⁵ Per l'irripetibilità di un accertamento medico: Cons. St., sez. IV, 20 luglio 2020, n. 4641.

⁴⁶ Diversamente si veda F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 1, 2018, p. 1 ss.

mero annullamento, ma anche e sempre “estrinseco”, che non impinge, come si è detto, nel merito delle valutazioni.

Ciò non esclude, ovviamente, il rigoroso sindacato sul rispetto delle “forme”, che come noto si caratterizzano per una scansione predeterminata e correlata a quegli essenziali caratteri di pubblicità e trasparenza di cui si è detto poc’anzi. Anzi può dirsi che sono proprio tali forme a consentire l’esercizio di una discrezionalità tanto ampia.

La dimensione di pubblico potere viene meno, come noto, con riferimento agli atti di gestione del rapporto, ritenuti ormai assimilabili a quelli che caratterizzano il lavoro nell’impresa, dunque non più riconducibili alla “supremazia speciale” dell’amministrazione⁴⁷.

Per l’effetto essi sono attribuiti alla giurisdizione del giudice ordinario, che esercita un controllo solo in parte “adattato” alla natura pubblica del datore di lavoro e ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, che anche in tale sede impongono un’attenzione particolare⁴⁸. Oltre al perimetro di tale limitata specialità, si afferma la cultura del contenzioso giuslavoristico, di per sé preordinata alla tutela dei diritti soggettivi e che – nonostante l’espressa attribuzione al giudice di «tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi e di condanna»⁴⁹ – si risolve essenzialmente in pronunce risarcitorie.

4. *Il concorso come principio d’organizzazione degli enti pubblici. Il caso delle società partecipate.*

Il concorso si afferma come norma di organizzazione tipica delle pubbliche amministrazioni in senso stretto (i “pubblici uffici” dell’art. 97, c. 4, Cost.), come di organizzazioni pur formalmente private, ma che presentano un carattere “sostanzialmente pubblico”, come nel caso delle società a controllo pubblico.

⁴⁷ Per la ricostruzione delle teorie d’inizio ’900: S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., p. 254 ss.

⁴⁸ Tra le molte si veda Cass., sez. lav., 26 febbraio 2014, n. 4583: «la riconduzione della disciplina del lavoro pubblico alle regole privatistiche del contratto e dell’autonomia privata (...) non ha eliminato la perdurante particolarità del datore di lavoro pubblico che (...) resta pur sempre condizionato da vincoli strutturali di conformazione al pubblico interesse».

⁴⁹ D.lgs. n. 165/2001, art. 63, c. 2.

Trattasi, come noto, di organizzazioni istituite in larga misura trasformando preesistenti enti pubblici, secondo processi di privatizzazione formale che, tra le altre cose, volevano sottrarre la gestione delle risorse umane ai vincoli del diritto pubblico, anche nella versione “minore” elaborata con la contrattualizzazione. Secondo un’evoluzione nota, la natura sostanzialmente pubblica di tali organizzazioni – che sono solo formalmente “privatistiche” – ha determinato la riaffermazione di molte regole organizzative di diritto pubblico: dalla disciplina degli appalti (con l’elaborazione della nozione di organismo di diritto pubblico, ma anche con l’affermazione dell’obbligo di gara per le società *in house* in quanto tali), alla responsabilità amministrativa per danno erariale⁵⁰, o ancora i principi sul reclutamento nei ruoli dell’amministrazione⁵¹.

Più precisamente si impone oggi alle società in mano pubblica di prevedere «criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità» e di quelli posti dal testo unico del pubblico impiego (art. 35), cioè di quei vincoli procedurali in diretta attuazione dei principi costituzionali di imparzialità, buon andamento e del pubblico concorso⁵². Ciò pur ammettendosi che le stesse società applichino per la disciplina dei rapporti con i propri dipendenti esclusivamente il codice civile e le altre norme sul lavoro nell’impresa.

L’obbligo del concorso così affermato si distingue dalla tradizione degli enti pubblici economici che pure assumono secondo procedure concorsuali (c.d. concorsi privati): per questi si tratta di un vincolo autoimposto ed espressione di autonomia privata⁵³. Per le società costituite per l’erogazione di servizi pubblici o altri scopi riconducibili alle finalità istituzionali degli enti controllanti, l’obbligo discende invece dall’interesse pubblico dell’attività svolta, che è ragione giuridica dell’istituzione

⁵⁰ Secondo un’evoluzione da ultimo recepita nel d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, art. 12.

⁵¹ D.lgs. n. 175/2016, art. 19, con norma anticipata da: d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, art. 25, c. 6, conv. in l. 24 marzo 2012, n. 24; d.l. 13 agosto 2011, n. 138, art. 4, c. 17, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148; d.l. 25 giugno 2008, n. 112, art. 18, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133.

⁵² G. PIPERATA, *A proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche: anatomia di una riforma e patologia di un sistema*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2009, 3/4, 2009, p. 631 ss.

⁵³ Da ultimo: Cass., sez. un., 17 aprile 2007, n. 9095; Cass., sez. lav., 10 gennaio 2007, n. 251.

della società o dell'affidamento ad essa della medesima attività, da cui deriva l'affermazione di una disciplina differenziata capace di garantirne il perseguimento⁵⁴.

Il dato offerto dal diritto positivo conferma per l'effetto la rilevanza pubblicistica del modello di reclutamento, che si correla al tipo di attività esercitata in quanto preordinato a garantire l'adeguatezza dell'organizzazione all'esercizio della funzione (art. 118, c. 1, Cost.).

Seppur a fini di completezza, occorre rilevare come il vincolo del concorso ormai imposto anche a tali organizzazioni "privatistiche" non sia comunque sufficiente a consentire il diretto assorbimento del relativo personale nei ruoli degli enti controllanti, non foss'altro perché sovente è stato assunto prima dell'entrata in vigore della previsione suddetta, senza trascurare la differenza in sede di attribuzione del contenzioso, atteso che su tali procedure è competente il giudice ordinario. Per tali ragioni non di rado si afferma l'illegittimità costituzionale delle previsioni di legge regionale che dispongono l'assorbimento nei ruoli dell'amministrazione di personale già impiegato nelle società partecipate sciolte o dismesse⁵⁵.

5. Il concorso come norma imperativa e la giurisprudenza costituzionale sul principio di pubblicità

La norma costituzionale, come noto, ammette la derogabilità del principio del pubblico concorso nei «casi previsti dalla legge» (art. 97, c. 4, Cost.) e le previsioni in tal senso non sono certo mancate, con norme specialmente intese a dar soddisfazione a specifiche platee di dipendenti, rimediando a croniche situazioni di "precarariato", od offrendo aspettative di carriera a un personale in genere poco valorizzato⁵⁶.

⁵⁴ R. CAVALLO PERIN, *La Corte dei Conti di fronte alla privatizzazione ed all'esternalizzazione della funzione amministrativa*, in *Riv. Corte Conti*, 5-6, 2013, p. 657 ss.

⁵⁵ Da ultimo: Corte cost., 28 gennaio 2020, n. 5; Corte cost., 2 marzo 2018, n. 40; Corte cost., 30 gennaio 2015, n. 7; Corte cost., 23 luglio 2013, n. 227; Corte cost., 1° luglio 2013, n. 167. Nel caso di personale già assunto da organizzazioni di diritto privato in forma associativa o da ONLUS: Corte cost., 27 febbraio 2020, n. 36; Corte cost., 25 novembre 2016, n. 248.

⁵⁶ Il livello medio delle retribuzioni nel settore pubblico si assesta per lo più al di sotto di quella dei paesi OCSE comparabili all'Italia: OCDE, *Panorama des administrations publiques 2017*, Paris, Éditions OCDE, 2017, p. 108 ss. Vedi anche: Corte dei Conti, sez. riun. contr., *Relazione sul costo del lavoro pubblico 2020*, Roma, luglio 2020, p. 33 ss. Per un'analisi: S. BATTINI, S. GASPARRINI, *Miseria delle politiche del pubblico impiego in Italia*, in *Rivista quadr. Inapp*, 1, 2020, p. 11 ss.

L'esperienza degli ultimi vent'anni evidenzia così tentativi di superamento del modello concorsuale che solo di rado sono sorretti dalle logiche di valorizzazione del ruolo manageriale della dirigenza richiamato in apertura e molto più spesso trovano propulsione in spinte corporative o in tentativi di ricerca del consenso.

Si è tuttavia con forza ribadita l'eccezionalità di tali deroghe, ammettendone la giustificazione nei soli casi in cui dia ad esse fondamento un interesse pubblico «peculiare e straordinario»⁵⁷: non è in altre parole sufficiente invocare il dovere di solidarietà a beneficio del personale – stabile o precario che sia – così come non bastano le esigenze strumentali dell'amministrazione riferite alla gestione delle risorse umane, ma occorre sia perseguita la realizzazione di un fine capace di assurgere al rango di interesse pubblico⁵⁸.

Il dovere di solidarietà (art. 2 Cost.) basta di per sé solo a legittimare l'eccezione al concorso solo in ipotesi particolarissime, come quando si tratti di compensare chi ha il merito del "sacrificio estremo" a beneficio della collettività (coniuge e figli di membri delle forze dell'ordine caduti in servizio, delle vittime del terrorismo, e così via), o nel caso di chi versi in un'irrimediabile situazione di diseguaglianza di partenza (disabili)⁵⁹. Si è così con forza affermato il principio di pubblicità del concorso, nel senso di apertura al pubblico della selezione, cui debbono essere ammessi a partecipare tutti coloro che siano in possesso dei requisiti richiesti. Tale lettura dà senz'altro attuazione al principio costituzionale di eguaglianza formale (art. 51, c. 2, Cost.), ma trova fondamento altresì in quello di buon andamento dell'amministrazione (art. 97, c. 2, Cost.). Consente infatti di attingere a un vivaio di candidati quanto più possibile ampio e dunque capace di permettere il reperimento di professionalità anche formatesi all'esterno della sfera pubblica, secondo una contaminazione culturale che è stata spesso preconizzata, a torto o a ragione, come utile all'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, oltretutto funzionale

⁵⁷ Da ultimo Corte cost., 9 marzo 2020, n. 43

⁵⁸ Corte cost., 18 febbraio 2011, n. 52; Corte cost., 4 giugno 2010, n. 195; Corte cost., 4 novembre 2009, n. 293; Corte cost., 2 aprile 2012, n. 90.

⁵⁹ D.lgs. n. 165/2001, art. 35, c. 2. Sui testimoni di giustizia: l. 11 gennaio 2018, n. 6, art. 7, lett. h.

a quel ricambio generazionale invocato a piè sospinto dall'inizio degli anni '10⁶⁰.

Il principio di pubblicità è stato ribadito avverso i concorsi interni utilizzati per le progressioni del personale, secondo un modello tipico dell'amministrazione "di carriera" e che tuttora si ritrova nella disciplina del personale in regime di diritto pubblico, ma che a partire dagli anni '90 è stato a più riprese censurato per quello contrattualizzato⁶¹ anche in ragione del sovrapporsi di esigenze di organizzazione e istanze di categoria⁶².

Il principio del pubblico concorso deve pertanto informare qualsiasi accesso "per la prima volta" a un nuovo posto nell'organico di un ente, a nulla rilevando che esso riguardi personale già in servizio, poiché a importare è qualunque "novazione oggettiva" del rapporto. Al più, l'aspettativa di carriera – pur meritevole di tutela secondo una logica premiale funzionale al buon andamento dell'amministrazione – può tradursi nella previsione di quote riservate nei concorsi, comunque non superiori al 50% dei posti a bando⁶³, secondo una puntuale indicazione del giudice costituzionale poi fedelmente trasposta in legge⁶⁴.

Solo incidentalmente si rileva come tale orientamento abbia fornito un argomento a supporto della giurisdizione del giudice amministrativo, che sull'invocazione del principio di pubblicità della selezione ha fondato l'affermazione del proprio potere di conoscere le controversie sulle progressioni, ritenendo che il carattere concorsuale ne determini l'attrazione alla giurisdizione di legittimità⁶⁵. Ad esso ha risposto una giurisprudenza ordinaria viceversa decisa nel ribadire la propria competenza in ragione

⁶⁰ Si veda il Conto annuale 2020 della Ragioneria generale dello Stato (<https://www.conto-annuale.mef.gov.it/struttura-personale/eta>).

⁶¹ Da ultimo Corte cost., 31 ottobre 2012, n. 245; Corte cost., 30 luglio 2012, n. 212; Corte cost., 12 aprile 2012, n. 90; Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 30; Corte cost., 1° aprile 2011, n. 108; Corte cost., 5 gennaio 2011, n. 7.

⁶² S. BATTINI, *Le fonti della disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni: da una regolamentazione unilaterale all'altra?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2007, p. 627 ss.

⁶³ Corte cost., 13 maggio 2010, n. 169; Corte cost., 23 luglio 2002, n. 373; Corte cost., 6 giugno 1994, n. 234.

⁶⁴ D.lgs. n. 165/2001, art. 52, c. 1-bis.

⁶⁵ Cons. Stato, sez. VI, 29 settembre 2003, n. 5495.

dell'attinenza del contenzioso alla gestione del rapporto, secondo un conflitto sfociato in un salomonico – quanto artificioso – “concordato”: al giudice amministrativo spettano le progressioni verticali, mentre al giudice ordinario sono attribuite quelle orizzontali, che, avendo carattere esclusivamente economico, non sono “concorsi”⁶⁶.

L'approvazione della norma di legge di recepimento della giurisprudenza sull'apertura dei concorsi interni, in uno con i rigori imposti dalla crisi economico-finanziaria, sembra aver diradato il relativo contenzioso. La tentazione di superare il principio di pubblicità si è tuttavia riproposta nelle diverse ondate di stabilizzazioni, per l'amministrazione statale e forse ancor più per quella regionale.

Anche in tal caso l'equilibrio tra le istanze del personale precario e i principi costituzionali di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione è sfociato in una norma generale del testo unico del pubblico impiego. Il riconoscimento dell'interesse dell'amministrazione a giovare di professionalità formatesi al proprio interno si è così tradotto nella previsione secondo cui è possibile la riserva di posti, nel limite massimo del 40 per cento di quelli banditi, a favore dei titolari di rapporto di lavoro subordinato a tempo determinato con almeno tre anni di servizio (d.lgs. n. 165/2001, art. 35, c. 3 bis, lett. *a*)⁶⁷.

La stessa norma generale, tuttavia, è stata derogata da una sequela di previsioni “straordinarie”, che sembrano quasi aver prevalso sulla prima per intensità di applicazione. Così sono riapparse le selezioni “a domanda” o i concorsi integralmente riservati ai precari⁶⁸, benché la soluzione in favore della riserva nell'ambito di un concorso aperto al pubblico si fondi sul presupposto che la selezione per l'accesso al rapporto a termine non possa ritenersi equipollente a quella indetta per un posto stabile, per capacità di attrazione e livello di competizione, come per la difficoltà e selettività delle prove somministrate.

⁶⁶ Cass., sez. un., 26 febbraio 2004, n. 3948; Cass., sez. un., 10 dicembre 2003, n. 18886.

⁶⁷ Introd. con l. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, c. 401. Per l'apertura agli altri contratti di lavoro “flessibile” (con l'esclusione della c.d. parasubordinazione): d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75, art. 20, c. 2.

⁶⁸ D.lgs. n. 75/2017, art. 20; l. 27 dicembre 2013, n. 147, art. 1, c. 529; d.l. 31 agosto 2013, n. 101, art. 4, c. 6, conv. in l. 30 ottobre 2013, n. 125.

Ancor più le deroghe sono frequenti nella legislazione regionale⁶⁹, ove si sono spesso estesi i limiti delle stabilizzazioni ben oltre i contorni definiti dalle norme statali, il cui carattere vincolante è ricondotto alla competenza concorrente in tema di coordinamento della finanza pubblica⁷⁰.

Più precisamente non sono infrequenti i casi di estensione del beneficio alla dirigenza a contratto o al personale “di *staff*”, dunque a soggetti di norma esclusi dal perimetro degli stabilizzandi. Non soltanto risulta difficile invocare a vantaggio di tali figure il già richiamato dovere di solidarietà, ma è lo stesso fine di interesse pubblico a essere direttamente violato, poiché si tratta di soggetti selezionati secondo logiche fiduciarie, e dunque privi della legittimazione tecnico-professionale che caratterizza il personale di ruolo.

Nel caso dello scorrimento delle graduatorie concorsuali si è invece registrata un'evoluzione inversa a quelle poc'anzi descritte, poiché in tale ipotesi il principio del concorso ha ceduto innanzi alla forza insuperabile del contenimento della finanza pubblica.

L'approccio tradizionale configurava l'indizione di un nuovo concorso come la regola e lo scorrimento di una preesistente graduatoria come l'eccezione⁷¹: benché quest'ultima costituisca l'esito di un concorso, è l'abitudine di prorogare graduatorie risalenti ben oltre il termine ordinario⁷² a determinare la sostanziale violazione del principio. Lo scorrimento infatti si risolve in un beneficio a vantaggio degli idonei (pur non vincitori) con esclusione di tutti coloro che abbiano nel frattempo maturato i requisiti, o l'interesse, a partecipare ad un'analoga selezione.

⁶⁹ Corte conti, sez. riun. contr., *Relazione 2011 sul costo del lavoro pubblico*, Roma, maggio 2011, p. 74, ove si evidenzia il «lento e difficile adeguamento da parte delle Regioni ai principi affermati dalla Corte, tanto da arrivare addirittura a configurare, nelle ipotesi estreme, rischi per il mantenimento dei saldi di finanza pubblica».

⁷⁰ Si veda ad es. la vicenda pugliese, ove le norme regionali sulle stabilizzazioni sono state investite da plurime dichiarazioni di illegittimità, da ultimo: Corte cost., 12 maggio 2017, n. 110; Corte cost., 23 aprile 2013, n. 73; Corte cost., 3 marzo 2011, n. 67 e n. 68; Corte cost., 11 febbraio 2011, n. 42. Sempre in tema di stabilizzazioni da ultimo: Corte cost., 23 aprile 2013, n. 72; Corte cost., 20 aprile 2012, n. 99; Corte cost., 5 marzo 2012, n. 51; Corte cost., 11 aprile 2011, n. 123; Corte cost., 1^o aprile 2011, n. 108; Corte cost., 23 febbraio 2011, n. 69; Corte cost., 3 marzo 2011, n. 68 e n. 67; Corte cost., 7 luglio 2010, n. 235.

⁷¹ Es. Cons. Stato sez. IV, 03 dicembre 2010, n. 8519.

⁷² Di recente divenuto biennale: d.lgs. n. 165/2001, art. 35, c. 5-ter, mod. dall'art. 6-bis, c. 1, lett. a e b, d.l. 3 settembre 2019, n. 101, conv. in l. 2 novembre 2019, n. 128.

È l'elementare considerazione del minor costo dello scorrimento ad aver provocato il *revirement* dell'originario rapporto regola-eccezione: l'amministrazione deve ormai in via prioritaria utilizzare le graduatorie, sopportando un obbligo di motivazione "rafforzata" nel caso in cui intenda assumere attraverso un nuovo concorso⁷³. Ciò benché non si giunga ad affermare il carattere di "diritto" soggettivo della pretesa degli idonei allo scorrimento, pur tante volte sostenuto dal giudice ordinario al fine di dar fondamento alla propria giurisdizione⁷⁴.

V'è da dire che a ciò ha corrisposto il tentativo di "contenere" l'utilizzazione delle graduatorie: dapprima con l'affermazione di un principio di delegazione legislativa⁷⁵, poi con la radicale esclusione dello scorrimento⁷⁶, infine con l'abbreviazione del relativo termine di durata, che purtuttavia non ha sinora arginato l'abitudine di disporre la proroga.

6. La valorizzazione dell'elemento fiduciario nella selezione della dirigenza

Il modello concorsuale recede ove si affermino logiche "fiduciarie", talora proprie dei modelli di *spoils system*, talaltra ricondotte a quel ruolo datoriale dell'organo titolare della nomina già affermato dalle teorie ispirate al *New Public Management*.

Lo *spoils system*, come noto, si pone tradizionalmente in contrapposizione al reclutamento meritocratico, individuando nella legittimazione politica un'alternativa a quella fondata sulla professionalità.

Non a caso negli Stati Uniti d'America la piena affermazione dell'"*open competition system*" – e dunque del concorso pubblico – è di norma ricondotta all'emergere della convinzione di aver ecceduto nel contrap-

⁷³ Così Cons. Stato, Ad. Plen., 28 luglio 2011, n. 14, di recente ripresa da Corte cost., 28 gennaio 2020, n. 5 e da Cass. civ., sez. lav., 31 gennaio 2020, n. 2316.

⁷⁴ Es. Cass., sez. un., 16 novembre 2017, n. 27194.

⁷⁵ L. 7 agosto 2015, n. 124, art. 17, c. 1, lett. c, per la fissazione di «limiti assoluti e percentuali» agli idonei non vincitori, poi trasformatasi in una mera "facoltà" in sede di esercizio della delega (d.lgs. n. 165/2001, art. 35, c. 3, lett. e-bis), introd. dall'art. 6, c. 1, lett. a), d.lgs. n. 75/2017), con una previsione infine abrogata dalla l. 30 dicembre 2018, n. 145, art. 1, c. 364.

⁷⁶ L. n. 145/2018, art. 1, c. 361.

posto sistema del *political patronage* (*Pendleton Civil Service Reform Act* del 1883)⁷⁷.

Nell'ordinamento italiano una giurisprudenza ormai consolidata ne circoscrive la legittimità alla dirigenza c.d. "apicale", cioè a quanti si collocano per posizione e funzioni allo snodo tra politica e amministrazione, assolvendo a un irrinunciabile compito di "trasmissione" dell'indirizzo politico alla dirigenza professionale, in guisa di elemento di raccordo tra i due livelli⁷⁸.

L'annullamento delle previsioni che fanno discendere l'automatica decadenza della dirigenza dall'avvicendamento degli organi di governo limita la legittimazione fiduciaria, rafforzando per l'effetto il contrapposto modello meritocratico.

Le logiche fiduciarie e di comune appartenenza politica che ispirano tali norme si pongono spesso in alternativa alla verifica di professionalità dei funzionari, affermatasi negli stati nazionali d'epoca moderna quale titolo di legittimazione sostitutivo della venalità o ereditarietà delle cariche, per offrire risposta alle cresciute esigenze di un'amministrazione le cui attività si sono nel tempo progressivamente diversificate.

Per la dirigenza non "apicale", dunque, è la professionalità il titolo di esercizio delle funzioni, ove specularmente si richiede la contestazione dei risultati della gestione a giustificazione di un'eventuale decadenza, cui provvedere nel rispetto delle garanzie del contraddittorio. Professionalità che è perciò elemento legittimante il servizio della Nazione (art. 98 Cost.) e che è verificata anzitutto in sede concorsuale.

Così circoscritto e ricondotto a sistema, lo *spoils system* non è in contraddizione con la dimensione pubblicistica del reclutamento, anzi pare

⁷⁷ Con l'omicidio del Presidente Garfield da parte di un sostenitore deluso: F. DREYFUS, *L'invention de la bureaucratie*, cit., p. 172 ss.

⁷⁸ Da ultimo Corte cost., 22 febbraio 2019, n. 23; Corte cost., 10 marzo 2017, n. 52; Corte cost., 24 gennaio 2017, n. 15; Corte cost., 22 novembre 2016, n. 269; Corte cost., 11 febbraio 2016, n. 20; Corte cost., 17 marzo 2015, n. 37. Cfr. C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed enti locali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 183 ss.; G. GARDINI, *Sulla costituzionalità delle disposizioni in materia di dirigenza pubblica (spoils system) contenute nelle recenti manovre finanziarie*, in G. GARDINI (a cura di), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la Riforma Brunetta*, Bologna, Bononia University Press, 2012, p. 193 ss.; F. MERLONI, *L'autonomia professionale della dirigenza pubblica*, *ivi*, p. 135 ss.; S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2012, p. 39 ss.

collocarsi all'apice di essa nella misura in cui le nomine assurgono al rango di "atti politici", in quanto tali sottratti al sindacato giurisdizionale. Suscita maggiori perplessità il riconoscimento della dimensione fiduciaria – o comunque di una discrezionalità quasi illimitata – ove si tratti non di incarichi apicali nel senso anzidetto, ma della selezione di dirigenti cui sono attribuiti compiti di gestione, dunque necessariamente sorretti da una legittimazione tecnico-professionale.

Il riferimento è agli incarichi attribuiti con contratti a tempo determinato a dirigenti non di ruolo⁷⁹, ove si è ammesso che le selezioni si concludano con elenchi (spesso "terne") di idonei in ordine alfabetico, entro cui l'organo di indirizzo, o quello amministrativo investito della nomina, sceglie più o meno liberamente. L'assenza di comparazione – o una comparazione limitata – determina il disconoscimento del carattere concorsuale e la conseguente affermazione della giurisdizione ordinaria. In tal modo gli incarichi sono assimilati ad atti di gestione del rapporto d'impiego assunti con le "capacità e i poteri" di diritto privato del datore di lavoro, senza che rilevi il fatto che in tali ipotesi si costituisce direttamente il rapporto di servizio, per di più con una procedura aperta al pubblico. Ciò che si persegue è l'affermazione di una giurisdizione speculare a quella sugli incarichi attribuiti al personale di ruolo, espressamente attratti all'orbita del giudice ordinario perché relativi a un rapporto già in essere⁸⁰, più che in ragione del carattere di diritto soggettivo della pretesa vantata.

Ciò che manca è, ovviamente, un sindacato attento ai profili di interesse pubblico, secondo i caratteri offerti dal vizio di eccesso di potere. E ciò benché l'attenzione comunque prestata agli interessi pubblici sottesi alla

⁷⁹ Per la dirigenza sanitaria (d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 102, art. 15, c. 7-*bis*) da ultimo: Cass., sez. lav., 1° dicembre 2017, n. 28880; Cass., sez. lav., 31 gennaio 2017, n. 2511; Cass., sez. lav., 9 maggio 2016, n. 9281. Sui direttori dei musei: Cass., sez. un., 18 gennaio 2019, n. 1413; Cass., sez. un., 5 aprile 2017, n. 8799. Sui dirigenti gli enti locali ex d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, art. 110, da ultimo: Cass., sez. un., 4 settembre 2018, n. 21600; Cass., sez. un., 30 settembre 2014, n. 20571; Cons. Stato, sez. V, 10 ottobre 2017, n. 4684; Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2017, n. 1367. Per il direttore dell'università: Cass., sez. un., 21 settembre 2018, n. 22431. Si consenta il rinvio a B. GAGLIARDI, *La libertà di circolazione dei dirigenti pubblici europei*, in *Dir. amm.*, 1, 2020, p. 185.

⁸⁰ D.lgs. n. 165/2001, art. 63, c. 1, su cui da ultimo: Cass., sez. un., 23 marzo 2017, n. 7483 e n. 7484; Cass., sez. un., 8 giugno 2016, n. 11713; Cass. sez. lav., 30 ottobre 2014, n. 23062. In tema G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, Milano, Giuffrè, 2003.

scelta dei dirigenti si sia tradotta nell'affermazione anche da parte del giudice ordinario di obblighi di pubblicità e trasparenza certo estranei alla cultura del lavoro nell'impresa⁸¹.

La tutela riconosciuta è tuttavia prevalentemente di tipo risarcitorio⁸², ove l'assenza di pronunce costitutive è correlata alla difficoltà di affermare un diritto soggettivo in senso stretto in capo al dirigente, la cui posizione è per lo più definita come "interesse legittimo di diritto privato"⁸³.

7. Il modello francese e la crisi del sistema delle Écoles tra diritto dell'Unione europea e tutela della "diversità" nella fonction publique

Può risultare utile accennare ad alcune esperienze europee che presentano elementi comuni con quella italiana: anzitutto è senz'altro d'interesse l'ordinamento francese, non foss'altro perché offre spunti capaci di favorire la comprensione del modello di carriera tipico dell'Europa continentale.

La Costituzione francese non pone espressamente il principio del concorso, ma si limita all'affermazione del diritto d'eguaglianza nell'accesso agli impieghi, con una norma che impone di non prendere in considerazione null'altro oltre alle "virtù e ai talenti" dei candidati. Tale previsione della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789 (art. VI) – tutt'oggi inserita nel preambolo della Costituzione della V Repubblica (1958) – è invero l'archetipo di tutte quelle poste con termini più o meno coincidenti nelle Costituzioni di quasi tutta l'Europa, secondo un principio che può dirsi espressione delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri dell'Unione europea (art. 6, § 3, TUE)⁸⁴.

⁸¹ Cass., sez. lav., 10 novembre 2017, n. 26694.

⁸² Per la disapplicazione di un atto di macro-organizzazione da cui sia conseguita la revoca di un incarico dirigenziale, con condanna della p.a. a ripristinare l'incarico precedente: Cass., sez. un., 16 febbraio 2009, n. 3677. Per l'esclusione del potere di annullamento: Cass., sez. lav., 26 marzo 2014, n. 7107. Viceversa spetta al giudice amministrativo la giurisdizione sul ricorso (esperito da un'organizzazione sindacale) per l'annullamento degli atti di macro-organizzazione con cui si la p.a. abbia discrezionalmente scelto di conferire un incarico dirigenziale all'esterno invece che al personale di ruolo: Cass., sez. un., 13 novembre 2018, n. 29080 e n. 29081.

⁸³ Così Cass., sez. lav., 1° luglio 2019, n. 17636; Cass., sez. lav., 21 febbraio 2019, n. 5191; Cass., sez. un., 17 dicembre 2018, n. 32625; Cass., sez. un., 4 settembre 2018, n. 21599.

⁸⁴ Tra le molte, si vedano la Costituzione spagnola del 1978, art. 23, c. 2 e art. 103, c. 3; la Legge Fondamentale della Repubblica Federale Tedesca, art. 33, c. 2; la Costituzione dei Paesi

Benché la Costituzione non dia esplicita evidenza alla dimensione di “*intérêt général*” sottostante al modello meritocratico, si considera che il concorso sia il principale – se non esclusivo – strumento di attuazione del diritto politico all’assunzione nei “corpi” dell’amministrazione, riconoscendosi così ad esso un indiretto fondamento costituzionale⁸⁵.

Anche se la Francia è stata investita dall’“ondata” del *New Public Management* solo di recente⁸⁶, le critiche al modello concorsuale non sono mancate, pur senza minacciare seriamente la tradizionale configurazione del reclutamento nella *fonction publique* come un pubblico potere quasi insindacabile, ove si arriva a qualificare come “sovrana” la commissione di concorso («*le jury de concours est souverain*»)⁸⁷.

In tale ordinamento la “crisi” del principio del concorso – almeno apparentemente – è stata provocata dalla necessità di adeguamento al diritto dell’Unione europea, ove tuttavia le esigenze di accoglimento delle istanze da questo poste hanno più che altro rappresentato l’occasione per mettere in discussione il modello d’impiego pubblico di carriera.

Il vero elemento peculiare del reclutamento nell’amministrazione pubblica francese è, come noto, il sistema delle *Écoles Administratives* affermatosi dal dopoguerra⁸⁸ per l’alta dirigenza pubblica e i ruoli intermedi⁸⁹ dei numerosi corpi dell’amministrazione statale e sanitaria, ivi comprese le forze di polizia, l’amministrazione penitenziaria e la magistratura.

Si accede alle *Écoles* in qualità di “*fonctionnaire stagiaire*” con il superamento di un esame molto competitivo, spesso dopo anni e anni

Bassi, art. 3; quella del Portogallo, art. 47, c. 2; quella ungherese, art. XXIII; quella del Belgio, art. 10; quella della Repubblica Ellenica, art. 4, c. 4; quella polacca, art. 60.

⁸⁵ Cons. const., 30 août 1984, n° 84-178 DC. Cfr. F. EDEL, *Deux siècles de principe d'égalité admissibilité aux emplois publics*, in *RFAP*, 142, 2012, p. 343 ss.,

⁸⁶ Sulla recente «*déviaton contractualiste*» di cui alla *loi n° 2019-828 du 6 août 2019, de transformation de la fonction publique* (c.d. “*loi Dussopt*”): A. TAILLEFAIT, *Transformer n'est pas bifurquer: à propos de la “loi Dussopt”*, in *AJFP*, 6, 2019, p. 314 ss.

⁸⁷ I limiti del sindacato non sono tuttavia dissimili da quelli affermati dal giudice amministrativo in Italia: A. ZARCA, *Le contrôle juridictionnel des décisions des organes indépendants composés selon des critères de professionnalisation*, in E. MALARET GARCIA (dir.), *Autonomia administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial*, cit., p. 378 ss.

⁸⁸ Ancor prima occorre ricordare l’istituzione di Sciences Po Paris (1871): F. DREYFUS, *L'invention de la bureaucratie*, cit., p. 175.

⁸⁹ Reclutati attraverso gli *Instituts Régionaux d'Administration* (IRA).

di preparazione; anche per tale ragione, la frequenza è veicolo di un potente senso di appartenenza⁹⁰, oltre a consentire l'instaurarsi di reti di relazioni interpersonali che favoriscono l'alta dirigenza nello svolgimento delle funzioni.

Un peculiare canale di reclutamento è rappresentato dai c.d. concorsi "di terza via", finalizzati ad attirare quanti abbiano già maturato esperienze professionali in altri settori, a partire dall'impresa⁹¹, mentre marcatamente speciale è l'accesso alla *fonction publique territoriale*. Quest'ultimo si basa su procedure svolte a livello dipartimentale che si concludono con l'elaborazione di liste di idonei in ordine alfabetico a validità temporaneamente limitata, cui le *collectivités locales* attingono senza vincoli: è in tal modo preservato il principio di "*libre administration*" (art. 72 *Const.*), pagandosi tuttavia il prezzo della delusione dell'aspettativa dei "*reçu-collés*", cioè di quanti non vengano selezionati, benché iscritti in graduatoria.

A mettere in crisi i concorsi è stato anzitutto il giudice europeo con l'affermazione della violazione del principio di proporzionalità nel caso di una dirigente già in servizio nella sanità portoghese e interessata ad analoga assunzione in Francia, cui era stato richiesto di frequentare l'*École des Hautes Etudes en Santé Publique*, senza prenderne in considerazione né la previa esperienza, né la formazione professionale⁹². Secondo la Corte di giustizia, il principio di mutuo riconoscimento impone di valutare l'equipollenza del "diploma" acquisito nello stato di provenienza – benché non si tratti di un titolo di studio in senso proprio – oltretutto l'anzianità di servizio.

La conclusione è persa minacciare l'esclusiva delle scuole nel consentire l'accesso agli impieghi pubblici, forse anche in ragione del timore di

⁹⁰ M.C. KESSLER, *L'esprit de corps dans les grands corps de l'Etat en France*, in G.J. GUGLIELMI, C. HAROCHE (dir.) *Esprit de corps, démocratie et espace public*, Paris, PUF, 2005, p. 277.

⁹¹ *Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984*, art. 19, al. 1, n. 3.

⁹² C. giust., 9 settembre 2003, C-285/01, *Burbaud*. In tema: H. OBERDOFF, *L'influence du droit communautaire sur la fonction publique*, in J.B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 1041 ss.; J. BOURDON, *Vers une banalisation du droit de la fonction publique?*, in *AJFP*, 6, 2005, p. 284 ss.; M. POCHARD, *Les implications de la libre circulation: plus qu'une banalisation, la normalisation du droit de la fonction publique*, in *AJDA*, 36, 2003, 1906 ss.

veder invocata un'analoga equipollenza a beneficio di formazioni interne, magari erogate dalle università.

Benché il legislatore abbia ovviato alla questione aprendo i concorsi interni ai funzionari di altri Stati membri⁹³, la vicenda sembra aver aperto una breccia nel sistema delle scuole che da allora non ha fatto che allargarsi⁹⁴. Allo stesso tempo, i concorsi sono stati indeboliti dal recepimento delle norme europee sul contratto a tempo determinato, che si è tradotto in una prima contrattualizzazione della *fonction publique*, con l'introduzione di inediti contratti di lavoro a tempo indeterminato per il caso di rinnovo abusivo dei rapporti a termine⁹⁵. Anche questa evoluzione è stata intesa come una messa in discussione del concorso, e non solo perché la conversione automatica del rapporto costituisce di per sé un canale di accesso in deroga (diversamente da quanto previsto ad es. nel nostro ordinamento)⁹⁶. La tradizione dell'impiego di carriera individua infatti nel concorso lo strumento per il reclutamento dei funzionari in regime di diritto pubblico, mentre esso è ritenuto in certa misura superabile ove si tratti di assumere agenti contrattuali. Solo da ultimo, a seguito della riforma che ha dato spazio al contratto nella *fonction publique* anche oltre i bisogni temporanei dell'amministrazione⁹⁷, il procedimento di reclutamento degli *agents contractuels* è stato disciplinato in maniera più rigorosa e con attenzione a pubblicità e parità di trattamento, pur restando «molto più leggero rispetto all'organizzazione di un concorso»⁹⁸.

⁹³ Loi n° 2009-972 du 3 août 2009, *relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique*, art. 26.

⁹⁴ *La fin de l'ENA, une étape vers le renouveau de l'Etat*, in *Le Monde*, 9 avril 2021.

⁹⁵ Dir. 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999 *relativa all'accordo quadro CES, UNI-CE e CEEP sul lavoro a tempo determinato*, in Francia recepita con loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005, *portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique*, art. 13; F. MELLERAY, *Les réformes contemporaines de la fonction publique remettent-elles en cause le compromis de 1946?*, in *RDJ*, 1, 2006, p. 185 ss.; D. JEAN-PIERRE, *Comment déroger au concours d'accès à la fonction publique en trois leçons*, in *Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Paris, Montchrestien, 2007, p. 367.

⁹⁶ In Italia è proprio il principio del concorso a dar fondamento al regime del rinnovo abusivo del contratto a termine, su cui da ultimo: C. giust., 25 ottobre 2018, C-331/17, *Sciotto*; C. giust., 7 marzo 2018, C-494/16, *Santoro*.

⁹⁷ Cfr. *supra*, nt. 77.

⁹⁸ Ch. FORTIER, *Droit de la fonction publique*, Paris, Dalloz, 2020, p. 135.

La crisi del modello concorsuale insieme a quella dell'impiego di carriera – di cui il concorso, è elemento caratterizzante in quanto espressione di un pubblico potere – si sono infine combinate con le già menzionate critiche sull'inadeguatezza delle prove, troppo lontane dai bisogni quotidiani dell'amministrazione⁹⁹. A esse si sommano quelle che rimproverano alle scuole di essere eccessivamente selettive e incapaci di rendere la *fonction publique* lo “specchio” di una società sempre più frammentata, nonostante i correttivi intesi a favorire la “diversità” anche nei “*grands corps*”¹⁰⁰.

8. Le “open and fair competitions” nell'ordinamento del Regno Unito

Se la comparazione con il modello francese è agevole in ragione di una comune tradizione, non può dirsi lo stesso per l'ordinamento del Regno Unito, ove una peculiare attenzione s'impone anzitutto nell'individuazione dei “*civil servants*”. Anche in tal caso possono tuttavia rintracciarsi alcuni principi generali condivisi, secondo la già richiamata “doppia genesi” franco-britannica del reclutamento meritocratico.

La prima esperienza europea¹⁰¹ di selezione meritocratica è spesso individuata nel Collegio di Haileybury, istituito per il reclutamento dei funzionari della Compagnia Britannica delle Indie¹⁰². A partire dal rapporto Northcote-Trevelyan (1854), l'“*open competitive examination*” è stata estesa al resto del *Civil Service* sostituendo il “*patronage and purchase*”¹⁰³,

⁹⁹ J.L. SILICANI, *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, cit., p. 184.

¹⁰⁰ Min. de l'Action et des Comptes Publics, Arrêté du 20 avril 2020 *relatif au régime des allocations pour la diversité dans la fonction publique*. Da ultimo: R. SÉNAC, *La promotion de la diversité dans la fonction publique: de l'héritage républicain à une méritocratie néolibérale*, in *REAP*, 153, 2015, p. 165.

¹⁰¹ L'origine del concorso è in genere ricondotta al mandarino cinese: S. CASSESE, *L'ideale di una buona amministrazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, p. 18; G. BERTUCCIOLI, *Come l'Europa vide la Cina nel secolo XVIII*, in *Mondo cinese*, 54, 1986, p. 27 ss.

¹⁰² J.S. MILL, *Considerations on representative government*, London, Parker, Son, and Bourn, 1861, p. 260; E. BLUNT, *The I.C.S., The Indian Civil Service*, London, Faber & Faber Limited, 1938, p. 35.

¹⁰³ Cfr. da ultimo R. LOWE, *The Official History of the British Civil Service, Reforming the Civil Service, Volume 1: The Fulton years, 1966-81*, London and New York, Routledge, 2011, p. 18; J. BURNHAM, R. PYPER, *Britain's Modernised Civil Service*, New York, Palgrave Macmillan, 2008, p. 14-15; C. PINELLI, *Il 3° comma dell'art. 97, L'accesso ai pubblici impieghi*, in *La Pubblica Am-*

secondo un'evoluzione giunta a compimento negli anni '20 del secolo scorso¹⁰⁴.

La nozione di “*civil servant*” è tuttavia riferibile a una minoranza dei dipendenti pubblici, e più precisamente ai “*servants of the Crown*” impiegati nei Ministeri e nelle Agenzie statali, in posti caratterizzati da uno «*spirit of vocational service to the State, of dedication to the service of the Community*»¹⁰⁵. Questi soli sono destinatari di una speciale disciplina, mentre si applica il diritto del lavoro alla maggioranza degli impiegati pubblici, che siano assunti nel servizio sanitario, negli enti locali o nelle società in mano pubblica.

Un ruolo preminente è attribuito alla *Civil Service Commission*, un'agenzia istituita a livello centrale quale organo strumentale del *Cabinet Office*, cui erano in origine affidate tutte le assunzioni. Nel tempo, il reclutamento è stato decentrato, riconoscendo autonomia a dipartimenti e agenzie nella definizione dei procedimenti, purché nel rispetto dei principi – invero “generalissimi” – fissati dalla stessa Commissione, che esercita dunque essenzialmente compiti di regolazione e controllo. Più specificamente, essa svolge controlli periodici sui reclutamenti disposti dalle singole articolazioni organizzative ed è competente sugli eventuali reclami. Restano invece centralizzate e affidate alla stessa Commissione le selezioni per i posti di livello più alto (tra cui quelli di “*Permanent Secretary*” e “*Director General*”).

L'elaborazione dei principi generali sull'*open competition* si inserisce in un più ampio intervento di codificazione culminato nell'adozione del *Constitutional Reform and Governance Act* (2010), con cui il *Civil Service* è per la prima volta assoggettato a un'espressa disciplina statutaria¹⁰⁶. Tale *Act*, oltre a stabilire espressamente il principio di una selezione

ministrazione, Art. 97-98, *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzofusso, Bologna-Roma, Zanichelli – Soc. Editrice del Foro italiano, 1994, p. 323.

¹⁰⁴ F. DREYFUS, *La double genèse franco-britannique du recrutement au mérite*, cit., p. 335.

¹⁰⁵ C. DEMMKE, T. MOILANEN, *Civil Services in the EU of 27*, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, 2010, p. 60; A. DE BECKER, *The Legal Status of Public Employee or Public Servants*, in *Comparative Labour Law and Policy Journal*, vol. 32, 4, 2011, p. 949 ss.

¹⁰⁶ J. CURRAN, *The United Kingdom*, in J.P. DUNAND, P. MAHON, S. PERRENOUD (dir.), *Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins: Convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique*, Genève, Zurich, Bâle, Schulthess, 2016, p. 444.

meritocratica, corretta e “aperta”, rinvia ai “*recruitment principles*” adottati dalla *Civil Service Commission* (artt. 10-11)¹⁰⁷. Trattasi di principi generali, che non si risolvono in un procedimento unitario¹⁰⁸, ma confermano l’autonomia dell’amministrazione – e sinanco del singolo “*panel*” di selezione – di stabilirne modalità di svolgimento e di pubblicazione, anche esternalizzando parte delle operazioni, e purché vi sia una chiara assunzione di responsabilità in capo al presidente della commissione in merito al risultato e al rispetto dei principi.

Benché si affermino i principi di pubblicità e trasparenza e il carattere comparativo del reclutamento, non è obbligatoria la redazione di una graduatoria finale in ordine di merito. Il diritto di eguale accesso dei candidati – riconducibile all’obbligo di un reclutamento «*fair, objective and impartial*» – cede innanzi alla tutela dell’efficienza della pubblica amministrazione: nel caso di assunzioni massive i candidati più meritevoli possono essere immediatamente immessi in servizio, purché vi sia la garanzia che alla conclusione della procedura non resti escluso chi ha fatto ancor meglio.

Il principio meritocratico non viene meno nemmeno nell’ipotesi in cui un ministro abbia “interesse” alla selezione, atteso che questi può esclusivamente dare “raccomandazioni” alla commissione e al più invitarla a rivedere la graduatoria finale¹⁰⁹.

Fanno eccezione all’obbligo della “*full competition*” – spesso subordinatamente all’approvazione della *Civil Service Commission* – alcuni impieghi a tempo determinato, correlati a situazioni d’urgenza, al fabbisogno di professionisti ad alta specializzazione, alle esperienze pregresse dei candidati (ove si tratti di funzionari a riposo), al riassorbimento dei dipendenti di organizzazioni accreditate dalla stessa *Commission* e le cui funzioni siano state assunte dal governo centrale, o ancora ai c.d. *Life Chances Programmes*, che consentono il reclutamento diretto di persone in peculiari condizioni di fragilità¹¹⁰.

¹⁰⁷ Civil Service Commission, *Recruitment Principles*, April 2018.

¹⁰⁸ Civil Service Commission, *Recruitment Principles*, cit., § 8: «*there is no single ‘right’ process for all appointments; processes can and should vary and be proportionate to the nature of the appointment*».

¹⁰⁹ Civil Service Commission, *Recruitment Principles*, cit., § 39 ss.

¹¹⁰ Civil Service Commission, *Recruitment Principles*, cit., § 81 ss.

Similmente a quanto visto le “grandi scuole” francesi, il reclutamento nel *Civil Service* britannico è da tempo investito dalla critica di un eccessivo elitarismo, in ragione della preminente provenienza dei vincitori dalle selezioni per i posti di livello superiore (c.d. “*Fast stream*”) dal sistema universitario di “*Oxbridge*” (c.d. “*Oxbridge bias*”), oltreché dell’accesso generalmente insufficiente delle minoranze etniche e di genere¹¹¹. Tali censure, unitamente a quelle sull’inadeguatezza delle prove e sulla scarsa valorizzazione delle professionalità tecniche, non sembrano tuttavia capaci di mettere in crisi il modello nella sua conformazione di principio.

9. *Principi comuni, applicazioni divergenti?*

Non stupisce osservare come il dibattito sul carattere di diritto pubblico o privato del reclutamento sembri assente – o solo marginale – nelle esperienze prese in considerazione: senz’altro mal si attaglia all’ordinamento del Regno Unito, mentre in Francia non sembra in alcun modo messo in discussione il ruolo del *Conseil d’Etat* di «*juge de la fonction publique*»¹¹², anche ove si tratti di “*agents contractuels*”.

Forse è di maggior interesse osservare come, nonostante la diversità degli ordinamenti presi in considerazione, comuni siano i principi che li ispirano, che sono poi quelli del modello meritocratico cui è proprio l’esperienza franco-britannica ad aver dato origine.

Ancor più merita attenzione l’omogeneità delle critiche ad essi rivolte. Si è detto infatti che in entrambi i contesti è stata sostenuta la necessità di una rivisitazione della tipologia delle prove di concorso, spesso tacciate di inadeguatezza rispetto ai profili di cui l’amministrazione necessita, secondo un elemento di criticità rilevato da molti anche nell’esperienza italiana.

La tradizione anglosassone non è quella del *Juristenmonopol*, ma al contrario essa ha premiato più di tutte le altre la formazione letteraria dei candidati (non a caso spesso detti «*gifted amateurs*»)¹¹³, né forse lo

¹¹¹ In tal senso si veda già il Fulton Report (1968): C. PINELLI, *Il 3° comma dell’art. 97*, cit., p. 325. Da ultimo *Who gets on to the civil service fast stream?*, *The Guardian.com*, September 2018.

¹¹² CONSEIL D’ETAT, *Le juge administratif, juge de la fonction publique, dossier thématique*, 2 mai 2017.

¹¹³ E.C. PAGE, *Political authority and bureaucratic power*, trad. it. *Burocrazia, amministrazione, politica*, il Mulino, 1990, Bologna, p. 40.

è quella francese, dove un ruolo di rilievo è sempre stato svolto dalle scienze politiche e dell'amministrazione¹¹⁴. Quali che siano gli elementi predominanti della cultura d'amministrazione, è inevitabile che essi subiscano l'impatto dell'affermazione di nuove esigenze e di nuovi saperi capaci di interpretarle e dare ad esse risposta, che si correlano inevitabilmente a questioni di rilevanza mondiale (dalla rivoluzione digitale al cambiamento climatico).

Nel confronto con l'Italia è invece di peculiare interesse la critica di un eccessivo "elitarismo" delle selezioni concorsuali, che si ritrova tanto nel Regno Unito quanto in Francia forse non solo perché si tratta in entrambi i casi di società drammaticamente frammentate e caratterizzate da un'elevata conflittualità sociale, ma anche in ragione della tradizionale minor attrattività della pubblica amministrazione italiana affermatasi a partire dal secondo dopoguerra.

In Francia e nel Regno Unito la critica spesso rivolta alla meritocrazia è quella di essere insufficientemente democratica perché incapace di tener conto delle diseguglianze di partenza¹¹⁵, sicché occorre ad essa porre rimedio con quote o altre azioni positive che avvantaggino le minoranze, consentendo a chi proviene da contesti svantaggiati, o appartiene a gruppi per altre ragioni sottorappresentati, di beneficiare di canali d'accesso privilegiati.

Non stupisce osservare come in Italia una tal osservazione sia stata formulata solo di recente nel dibattito sulle riforme della pubblica amministrazione, a fronte dei tentativi di accelerare le selezioni concorsuali privilegiando la valutazione dei titoli in luogo (o a completamento) delle prove¹¹⁶. Tuttavia, se in prima battuta la valutazione dei titoli è parsa privilegiare chi abbia avuto l'opportunità di accedere a costose formazioni post-laurea, un'analisi più attenta paventa il dubbio che – ove non circoscritta a professionalità specifiche – si tratti di un ulteriore strumento

¹¹⁴ E.R.L. LABOULAYE, *De l'enseignement et du noviciat administratif en Allemagne*, in *Revue de législation et de jurisprudence*, 1839, p. 578.

¹¹⁵ Da ultimo V. PELLIGRA, *È illusione di un mondo giusto la trappola della meritocrazia*, in *Avvenire.it*, 14 maggio 2021.

¹¹⁶ Specialmente in occasione della conversione in legge del d.l. 1° aprile 2021, n. 44, art. 10, in attesa di conversione.

di elusione di quel principio di pubblicità delle prove nel senso descritto poc'anzi, specialmente ove i titoli siano intesi come "titoli di servizio" e dunque come coincidenti con pregresse esperienze di lavoro (precario) nella pubblica amministrazione.

Il rischio insito in tali selezioni non è dunque tanto di un carattere iniquo o anti democratico nel senso già richiamato, quanto di una deroga al principio di pubblicità capace di arrecare un nocimento a quell'interesse pubblico che si è detto fondare il pubblico potere di cui il concorso è espressione, escludendo anzitutto i più giovani.

Una visione multilivello della distinzione tra politica e amministrazione: i due “centri di potere” alla luce e all’ombra delle evoluzioni-involuzioni normative e delle prassi applicative

Daniela Bolognino

La distinzione politica amministrazione è stata caratterizzata in questi venti anni di d.lgs. n. 165/2001 da un confine altalenante, con la coesistenza di interazioni fisiologiche e interferenze patologiche tra questi due centri di potere. L'articolo mette in luce sia la crescente dinamica-dialettica tra politica e dirigenza apicale nella definizione degli obiettivi strategici, anche in virtù della dimensione eurocentrica della programmazione economico finanziaria; sia alcune interferenze patologiche, quali il sovradimensionamento degli istituti fiduciari e l'ampliamento improprio di "istituti cuscinetto di garanzia" per la dirigenza, in particolare sotto il profilo retributivo. La sensazione è che sia necessario un nuovo intervento volto a correggere il tiro alla luce dell'esperienza di questi anni, anche tenendo maggiormente conto della dimensione multilivello dell'assetto costituzionale.

1. Premessa

Il principio di “distinzione” tra politica ed amministrazione sancito da ultimo dall’articolo 4, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ha teoricamente inteso esprimere la volontà del legislatore di avviare un circolo virtuoso per la riappropriazione delle rispettive sfere di competenza, dove alla politica spetterà a monte l’individuazione degli obiettivi e a valle la valutazione dei risultati, mentre alla dirigenza spetterà, in piena autonomia, la gestione concreta delle risorse per il raggiungimento degli obiettivi, anche avvalendosi di metodologie privatistiche. In questi venti anni (e più) la «distinzione politica-amministrazione»¹ ha visto però

¹ G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione, Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, Milano, Giuf-

emergere una serie di interazioni fisiologiche e di interferenze patologiche, dirette e indirette.

Nelle pagine che seguono, fotografando alcuni specifici interventi legislativi, contrattuali o prassi applicative, si darà conto sia dell'interazione fisiologica tra politica e dirigenza apicale nella definizione degli obiettivi strategici in sede di predisposizione dei principali documenti di programmazione economico finanziaria, anche in virtù della dimensione eurocentrica degli strumenti e dei contenuti della programmazione; sia di alcune interferenze patologiche, che sono rafforzate – per chi scrive – dalla consapevolezza, bilaterale, che la dirigenza rappresenta il momento attuativo delle scelte dell'esecutivo; il che porta a una serie di tensioni tra i due “centri di potere”, politica e amministrazione. Si è assistito quindi da una parte al sovradimensionamento degli istituti fiduciari, dall'altra ad un ridimensionamento degli istituti meritocratici anche presupposto della responsabilità manageriale e all'ampliamento di “istituti cuscinetto di garanzia” per la dirigenza, in particolare sotto il profilo retributivo.

Si precisa tuttavia che lo spazio destinato a ciascun contributo di questo numero ha determinato la necessità di circoscrivere i temi di approfondimento sulle interferenze patologiche tra politica e amministrazione. Non si darà dunque conto delle distonie che produce la perdurante inattuazione del concorso per l'accesso alla prima fascia *ex art. 28-bis* TUIPI, che sembra avere come conseguenza l'emersione di una logica più fiduciaria che meritocratica anche per il conferimento di tali incarichi² e dei problemi applicativi legati alle difficoltà attuative e agli interventi normativi e contrattuali che hanno congelato la parte incentivante dei sistemi di valutazione delle *performances*³, che hanno rafforzato e am-

fré, 2003; S. CASSESE, M. SACCONI, V. TALAMO, L. LANZILLOTTA, *La dirigenza di vertice tra politica e amministrazione: un contributo alla riflessione*, in *LPA*, 6, 2005, pp. 1039-1066; G. D'ALESSIO, *La dirigenza: imparzialità amministrativa e rapporto di fiducia con il datore di lavoro* in *LPA*, 2, 2007, pp. 349-373; M. INTERLANDI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione: una storia difficile*, in *Diritti fondamentali*, 1, 2018, p. 26 ss.

² G. D'ALESSIO, *Il reclutamento del personale e della dirigenza nelle pubbliche amministrazioni*, in *LPA*, 4, 2020, pp. 3-52.

³ D. BOLOGNINO G. D'ALESSIO, *Il dirigente come soggetto “attivo” e “passivo” della valutazione. La responsabilità dirigenziale legata al sistema di valutazione e la responsabilità per omessa vigilanza su produttività ed efficienza*, in F. PIZZETTI, A. RUGHETTI (a cura di), *La riforma del lavoro*

piato le tensioni tra i due centri di potere politica e amministrazione. Si concentrerà invece l'attenzione sull'ampliamento degli istituti fiduciari e contrattuali di garanzia, le distonie applicative, i rimedi legislativi incostituzionali e le disparità di trattamento tra Stato e Regioni, passate – spesso – sotto traccia.

2. *L'interazione fisiologica tra politica e dirigenza apicale nella pianificazione strategica*

È noto che la direttiva annuale del Ministro rappresenta «l'atto politico per eccellenza – libero nei fini e soggetto solo agli artt. 95 e 97 Cost., laddove indica i fini essenziali cui deve ispirarsi l'attività amministrativa, amorfa se non programmata»⁴. Sin dalle riforme degli anni '90 questo momento di decisione strategica della politica non è del tutto unilaterale, emerge infatti dal quadro normativo una dinamica-dialettica tra politica e dirigenza apicale. Dalla c.d. seconda privatizzazione si rafforza la “cooperazione” tra politica e dirigenza apicale alla luce del combinato disposto degli artt. 4, 14, c. 1 del d.lgs. n. 165/2001 e dell'art. 8, c. 3, del d.lgs. n. 286/1999. La definizione dell'indirizzo politico-amministrativo del Ministro avviene con la possibile attività propositiva dei dirigenti generali; infatti nell'individuazione di obiettivi, priorità, piani e programmi da attuare la politica opera «anche sulla base delle proposte dei dirigenti di cui all'art. 16»⁵, previsione di cui era totalmente sprovvista la formulazione della prima contrattualizzazione⁶. Non manca inoltre

pubblico, collana Studi CIS ANCI, EDK, 2010, pp. 166-182; F. CARINCI, S. MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico. Commentario al D.Lgs. 27 ottobre 2019, n. 150, aggiornato al Collegato lavoro*, Milano, Ipsoa, 2011; G. NICOSIA, *I soggetti della valutazione (percorsi di apprendimento organizzativo)*, in M. ESPOSITO, V. LUCIANI, L. ZOPPOLI, A. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 329 ss.; M. INTERLANDI, *Buon andamento e “performance” pubblica amministrazione nella dinamica evolutiva dei controlli*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012.

⁴ S. RUSSO, *Il Management amministrativo. Ruolo unico, controllo e responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 134.

⁵ M. LANOTTE, *Il licenziamento del dirigente pubblico*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 17; A. FIORITO, *La funzione di indirizzo politico-amministrativo*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni Pubbliche*, II ed., Milano, Giuffrè, 2000, p. 650.

⁶ «Costituisce infatti un dato di esperienza quello per cui nella pratica il dirigente non si presenta mai come passivo esecutore delle scelte che promanano dall'autorità politica, ma in alcuni casi appare come codecisione, in altri contribuisce fattivamente alla determinazione dei fini

una collaborazione di tipo circolare⁷ e ascendente laddove il processo decisionale è idoneo a ricevere un impulso dal basso dalla dirigenza di base, che a sua volta può partecipare all'attività decisionale del dirigente apicale, con la formulazione di proposte nelle sue materie di competenza (art. 17, c. 1, lett. a) TUPD)⁸.

Negli ultimi dieci anni poi il quadro teorico che porta alla definizione della direttiva annuale del Ministro si è innestato nella dimensione eu-rocentrica che caratterizza gli strumenti di programmazione economico-finanziaria e si esprime nel fondamentale intreccio tra il d.lgs. n. 165 del 2001, il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 e la legge di contabilità 31 dicembre 2009, n. 196. Sicché alla direttiva annuale (art. 14, n. 165/2001), da adottare entro 10 giorni dalla pubblicazione della legge di bilancio, si affianca il Piano delle *performances* (art. 10, n. 150/2009), ossia il documento programmatico pluriennale redatto ogni anno entro il 31 gennaio dal vertice politico di ogni Ministero in collaborazione con i vertici dell'amministrazione, in cui sono stabiliti indirizzi e obiettivi strategici e operativi e si definiscono gli indicatori per la misurazione e la valutazione della *performance* dell'amministrazione in base alle risorse stanziare, assegnando obiettivi alla dirigenza.

Si ricorderà inoltre che il d.lgs. 25 maggio 2017, n. 74⁹, nella consapevolezza della osmosi tra i contenuti del DEF e gli obiettivi della pianificazione strategica, ha stabilito che l'avvio dell'attività di predisposizione del Piano delle *performances* deve avvenire a seguito della presentazione alle Camere del DEF e, ai fini della sua adozione, deve essere coerente con le note integrative al bilancio di previsione e con il piano degli indicatori

della propria attività amministrativa». V. TALAMO, *Le funzioni dei dirigenti*, in F. CARINGI, M. D'ANTONA (a cura di) *Il lavoro*, cit., p. 699.

⁷ E. ALES, *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro. Un'interpretazione giuslavoristica del rapporto tra indirizzo e gestione*, Milano, Giuffrè, 2002; B. VALENSISE, *La dirigenza statale, alla luce delle disposizioni normative contenute nella l. 15 luglio 2002, n. 145*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 81.

⁸ H. BONURA, *L'organizzazione degli uffici*, in V. AMOROSO, V. DI CERBO, L. FIORILLO, A. MARESCA (a cura di), *Lavoro pubblico*, Milano, Giuffrè, 2019, pp. 85-146.

⁹ B.G. MATTARELLA, *La l. n. 124 del 2015 e i suoi decreti attuativi: un bilancio*, in *GDA*, 5, 2017, p. 565 ss.; S. BATTINI, *Al servizio della Nazione? Verso un nuovo modello di disciplina della dirigenza e del personale pubblico*, in *ASTRID Rassegna*, 2016.

e dei risultati attesi di bilancio¹⁰. È noto che il DEF è il principale documento “politico” di programmazione economico-finanziaria che stabilisce gli obiettivi “macro” che troveranno una quantificazione specifica nella legge di bilancio. Inoltre, sul piano contenutistico, la programmazione strategica che il DEF esprime, negli ultimi dieci anni, è stata effettuata in linea con la Strategia Europa 2020, ossia la strategia decennale per la crescita e l’occupazione adottata dall’Unione europea nel 2010 per superare la grave crisi economica del 2007 e colmare le distanze dei modelli di crescita dei Paesi dell’Eurozona, puntando ad una crescita comune intelligente, sostenibile e solidale¹¹.

Sicché la necessità di mantenere una continuità tecnica nella programmazione strategica in linea con quanto indicato dalla Commissione europea, la crescente tecnicità degli strumenti di questa programmazione, unitamente al quadro normativo suesposto che delinea una collaborazione circolare ascendente tra politica e amministrazione, ha favorito una prassi applicativa, da guardare con favore, in cui la decisione politica degli obiettivi strategici è costruita insieme alla dirigenza apicale, che è portatrice della necessaria tecnicità richiesta dagli strumenti di programmazione economico-finanziaria.

3. Alcune interferenze patologiche. Il sovradimensionamento dell’ampiezza e della portata degli istituti fiduciari e le asimmetrie dello Stato multilivello

3.1 Spoils system: il caso degli incarichi ex art. 19, c. 6, TUPI. Quando il “rimedio” illegittimo è causato dall’uso distorto di un istituto

In questi venti anni (e più) di vigenza del TUPI, nel rapporto politica-amministrazione, si è assistito ad un sovradimensionamento degli istituti di natura fiduciaria, fuori dalla logica originaria che ha mosso il legislatore del 1998 (si ricorderà infatti che il d.lgs. n. 165/2001 è meramente compilativo)¹².

¹⁰ Si fa riferimento ai principi dell’articolo 19 del decreto legislativo 31 maggio 2011, n. 91.

¹¹ D. BOLOGNINO, *Manuale di Contabilità di Stato*, Bari, Cacucci editore, 2019, pp. 91-100.

¹² V. TALAMO, *Il d.lgs. n. 165 del 2001 fra tradizione e discontinuità: guida ad un testo unico “meramente compilativo”*, in *LPA*, suppl. al fascicolo 2, 2001, pp. 9-24.

Bisogna partire da un dato di fatto: è fisiologico che debba esserci un rapporto di fiducia tra politica e vertice dell'amministrazione; lo richiede o non lo impedisce la Costituzione (a seconda della interpretazione che si voglia dare)¹³, è fondamentale per garantire che vi sia un "anello di congiunzione" tra politica e amministrazione¹⁴.

Lo strumento principe che ha consacrato questo rapporto di fiducia è certamente lo *spoils system* all'italiana, nella sua versione a regime di cui all'art. 19, c. 8, d.lgs. n. 165 del 2001. L'istituto comparve con la c.d. seconda privatizzazione, quando anche i dirigenti generali, abbandonato lo *status* pubblicistico, furono destinatari di incarico a termine, nella prospettiva della possibile revocabilità «nel caso in cui cambi il vertice politico che li ha conferiti»¹⁵. L'art. 19, c. 8, d.lgs. n. 165/2001 originario stabiliva la possibilità, entro novanta giorni dal voto di fiducia del Governo, di conferma, revoca, modifica o rinnovo degli incarichi dirigenziali apicali di Segretario generale di Ministeri, di incarichi di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali e di livello equivalente (ossia gli incarichi *ex art.* 19, c. 3, d.lgs. n. 165/2001). Ove nessun provvedimento fosse stato posto in essere nel periodo in questione, gli incarichi si intendevano confermati sino alla loro naturale scadenza. Con la legge 15 luglio 2002, n. 145¹⁶ si rafforzò ulteriormente il legame di fiduciarità che intercorre tra politica e vertice amministrativo, prevedendo che gli incarichi di funzione dirigenziale di cui al c. 3 cessino decorsi 90 giorni dal voto di fiducia al Governo. Tale riformulazione dell'art. 19, c. 8, TUPI è attualmente in vigore.

Ragionando *a contrario* in riferimento alle pronunce della Corte costituzionale che si sono susseguite, possiamo ritenere pacificamente legittimo il meccanismo di *spoils system* a regime. Si ricorderà infatti che la sentenza (madre), ossia la n. 103 del 2007, ha dichiarato costituzionalmente illegit-

¹³ D. BOLOGNINO, *La dirigenza pubblica statale tra autonomia e responsabilità (dalla legge delega n. 421/92 alle prospettive di riforma*, Padova, Cedam, 2007, pp. 1-16.

¹⁴ Si vedano Corte cost., sentenza n. 313 del 1996 e n. 103 del 2007.

¹⁵ M. D'ANTONA, *La disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni dalla legge al contratto*, in S. BATTINI, S. CASSESE (a cura di), *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 11.

¹⁶ C. D'ORTA, *Gli incarichi dirigenziali nello stato dopo la l. n. 145 del 2002*, in *LPA*, 2002, p. 929 ss.

timo il solo c. d. *spoils system* “*una tantum*” introdotto con l’art. 3, c. 7, della l. n. 145/2002, perché prevedeva la cessazione automatica, *ex lege* e generalizzata degli incarichi dirigenziali di livello generale (art. 19, c. 4, d.lgs. n. 165 del 2001) al momento dello spirare del termine di sessanta giorni dall’entrata in vigore della legge n. 145 del 2002 (quindi incarichi altri e diversi da quelli apicali di cui all’art. 19, c. 3, d.lgs. n. 165 del 2001, per una sola volta in capo a quel Governo, ecco perché *una tantum*). Se così è, *a contrario*, è da ritenersi legittimo lo *spoils system* riferito “a posizioni apicali” del cui supporto l’organo di governo «si avvale per svolgere l’attività di indirizzo politico-amministrativo».

Il legislatore però effettua una serie di interventi legislativi incurante di questo orientamento della Corte costituzionale, con quella che a guardarla isolatamente potrebbe sembrare una vera e propria espansione dell’ampiezza della platea dei soggetti coinvolti dai meccanismi di *spoils system*, a regime e *una tantum*¹⁷. Allargando però lo sguardo ci si accorge che quella fu la risposta legislativa all’improprio ampliamento degli istituti fiduciari, sia sul piano applicativo, sia sul piano normativo; si fa in particolare riferimento allo stravolgimento della *ratio* originaria del conferimento degli incarichi dirigenziali *ex art. 19, c. 6, d.lgs. n. 165/2001*. Si ricorderà infatti che nell’anno 2006 l’art. 2, c. 159, l. n. 286/2006 è intervenuto modificando l’art. 19, c. 8, d.lgs. n. 165/2001 con l’estensione della cessazione degli incarichi dirigenziali (decorsi novanta giorni dal voto di fiducia), anche agli incarichi di funzione dirigenziale di cui all’art. 19, c. 5-*bis*, limitatamente al personale non appartenente ai ruoli di cui all’art. 23, e agli incarichi *ex art. 19, c. 6, d.lgs. n. 165/2001*.

Per comprendere esattamente questa scelta (discutibile e, come vedremo, costituzionalmente illegittima) del legislatore del 2006, occorre guardare alle modifiche che sono avvenute in relazione al testo dell’art. 19, c. 6, d.lgs. n. 165/2001 ed all’uso distorto che dello stesso è stato fatto. La versione originaria dell’art. 19, c. 6, d.lgs. n. 165/2001 prevedeva infatti

¹⁷ D. BOLOGNINO, *Nuove ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale: alcune riflessioni sulle “estensioni” legislative dello spoils system e sulla valutazione del personale con incarico dirigenziale*, in *LPA*, 2008, pp. 58-103; G. GARDINI, *Sulla costituzionalità delle disposizioni in materia di dirigenza pubblica (spoils system) contenute nelle recenti manovre finanziarie*, in *Il Foro amministrativo TAR*, 2011, p. 2968-2977.

la possibilità di conferimento dell'incarico dirigenziale a soggetti "esterni all'amministrazione" quale ipotesi di apporto eccezionale dall'esterno per quelle professionalità di cui la p.a. fosse al suo interno sprovvista. La legge n. 145/2002 è intervenuta su un duplice versante, ampliando sia le percentuali sia i "soggetti" cui è possibile conferire un incarico dirigenziale, sia prevedendo la possibilità di conferire incarichi tanto a dirigenti delle altre amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, c. 2, d.lgs. n. 165/2001, che a dirigenti di organi costituzionali (previo collocamento fuori ruolo, comando o analogo provvedimento secondo i rispettivi ordinamenti)¹⁸, nonché ai soggetti che abbiano maturato i requisiti di cui all'art. 19, c. 6, d.lgs. n. 165/2001 «all'interno delle amministrazioni statali». Al netto delle disposizioni derogatorie del 2019 e 2020 collocate fuori dal TUPI si aggiunga: *i*) da una parte, l'intervento della legge n. 350/2003 che ha innalzato al 70% della dotazione, la misura entro la quale è possibile conferire incarichi di funzione dirigenziale di livello generale, oltre che ai dirigenti di prima fascia dei ruoli di cui all'art. 23, anche a persone con specifiche qualità di cui al c. 6 (con contratto a tempo determinato) (art. 19, c. 3, TUPI); *ii*) dall'altra, l'intervento della legge n. 168/2005, che è intervenuta ampliando ulteriormente i papabili dell'art. 19, c. 6, facendo seguire alle parole «anche presso amministrazioni statali» le parole «ivi comprese quelle che conferiscono gli incarichi».

Queste modifiche legislative, ed in particolare in quest'ultima, rappresentano lo «stravolgimento di quello che, oramai impropriamente, continua ad essere definito come l'affidamento di incarichi ad esterni»¹⁹, garantendo un'ampia "discrezionalità" nella scelta dei soggetti cui conferire l'incarico dirigenziale. Si aggiunga che il quadro normativo appena delineato fu aggravato da una prassi applicativa della normativa distorta in base alla quale incarichi di natura tecnica sono stati utilizzati come incarichi di natura fiduciaria, una prassi applicativa distorta che va avversata perché contraria alla *ratio* della norma (di grande interesse le delibere in sede

¹⁸ Art. 19, c. 5-bis, d.lgs. n. 165/2001.

¹⁹ G. D'ALESSIO, *Nuove norme sulla dirigenza: il legislatore miope e le voci amiche*, in *LPA*, 2005, p. 449.

di controllo preventivo della Corte dei conti *ex art. 3, c. 1, lett. b), l. n. 20/1994*)²⁰.

A fronte di tale situazione “anomala” sul piano normativo, voluta e creata dal legislatore, e sul piano applicativo, causata in parte dal soggetto politico in parte dalla dirigenza apicale e generale, si è intervenuti nel 2006 buttando il bambino con l’acqua sporca. La risposta all’ampliamento dell’utilizzo distorto degli incarichi dirigenziali a soggetti esterni alla p.a., che avrebbero dovuto essere incarichi tecnici, è stata infatti consacrarli come incarichi fiduciari, sottoponendoli a *spoils system*. La Corte costituzionale²¹ ha però costantemente ribadito che il meccanismo dello *spoils system* non deve coinvolgere chi non sia titolare di un incarico di cui all’art. 19, c. 3, d.lgs. n. 165/2001; estendere tale meccanismo di *spoils system* anche a tutti gli incarichi conferiti ai sensi dell’art. 19, c. 5-*bis* e c. 6, d.lgs. n. 165/2001, non appare “coerente”, se si ritiene che la disposizione normativa abbia diritto di permanenza nel nostro ordinamento in quanto volta a consentire l’apporto di figure “professionali/tecniche” di cui la p.a. risulti al suo interno sprovvista. Laddove invece si ritenga che la norma costituisca, di fatto, il mezzo per effettuare “nomine fiduciarie e non tecniche”, non saremmo qui a discutere della legittimità costituzionale dell’estensione dello *spoils system* di cui all’art. 19, c. 8, d.lgs. n. 165/2001, ma, a monte, della legittimità costituzionale di una disposizione che permetterebbe di aggirare il principio del concorso pubblico (*ex art. 97, c. 3, Cost.*) per l’accesso alla dirigenza nelle strutture di *linea*²².

²⁰ A titolo esemplificativo e non esaustivo si vedano le delibere della Corte dei conti, sez. Centrale di controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle amministrazioni centrali sulla sussistenza o meno dei requisiti per il conferimento dell’incarico *ex art. 19, c. 6, d.lgs. n. 165/2001*: Corte dei conti, deliberazione n. 5 del 2002; Corte dei conti, deliberazione n. 7 del 2002, Corte dei conti deliberazione n. 3 del 2003; Corte dei conti, deliberazione n. 7 del 2003; Corte dei conti, deliberazione n. 10 del 2006; Corte dei conti, deliberazione n. 17 del 2009; Corte dei conti, deliberazione n.18 del 2010; Corte dei conti, deliberazione n. 30 del 2011; Corte dei conti, deliberazione n. 36 del 2014; Corte dei conti, deliberazione n. 4 del 2015; Corte dei conti, deliberazione n. 5 del 2018; Corte dei conti, deliberazione n. 5 del 2020.

²¹ Corte cost. sentenze n. 103 del 2007, n. 161 del 2008, n. 81 del 2010, n. 304 del 2010, n. 124 del 2011, n. 246 del 2011, n. 15 del 2017.

²² Fanno ovviamente eccezione per loro stessa natura le strutture di *staff*. Sul punto Corte cost., sentenza n. 304 del 2010.

3.2 Percentuali di incarichi dirigenziali conferibili ex art. 19, c. 6, d.lgs. n. 165/2001: tra apparente uniformità, penalizzazione delle Regioni e fuga dal TUPI

Particolarmente interessante è poi l'analisi di un profilo specifico della disciplina degli incarichi dirigenziali *ex art. 19, c. 6, d.lgs. n. 165/2001*, ossia quello dei limiti "percentuali" per il loro conferimento.

Si ricorderà che l'art. 40, d.lgs. n. 150/2009 introdusse anche il c. 6-*ter* all'art. 19, d.lgs. n. 165/2001 che stabilisce tutt'ora che le previsioni di cui ai commi 6 e 6-*bis* sono «applicabili alle amministrazioni di cui all'art. 1, c. 2 del d.lgs. 165/2001», tra cui dunque anche le Regioni e gli enti locali. Questa previsione normativa ha indotto le Regioni Piemonte, Toscana e Marche a sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 40, c. 1, lett. *f*), d.lgs. n. 150/2009, ritenendo che l'applicazione alle Regioni dell'art. 19, commi 6 e 6-*bis* violerebbe gli articoli: *a*) 76, Cost. perché la disposizione non è stata oggetto di intesa o di parere in sede di Conferenza unificata, come richiesto dall'art. 2, c. 2, della legge delega 4 marzo 2009, n. 15; *b*) 117, c. 4, Cost. perché la materia apparterebbe alla competenza residuale delle regioni (organizzazione); *c*) 117, c. 3, Cost. ed art. 119 Cost. in quanto la norma pone un vincolo puntuale all'autonomia finanziaria delle Regioni e non è idonea a realizzare l'effetto di contenimento della spesa pubblica.

Si ricorderà che la Corte costituzionale, con sentenza del 12 novembre 2010, n. 324, ha dichiarato non fondate le questioni sollevate, stabilendo che l'estensione a Regioni ed enti locali delle disposizioni impugnate è legittima in quanto le norme intervengono su materia riconducibile all'ordinamento civile di cui all'art. 117, c. 2, lettera *d*), Cost.. Per la Consulta le disposizioni non riguardano né procedure concorsuali pubblicistiche per l'accesso al pubblico impiego, né la scelta delle modalità di costituzione di quel rapporto giuridico bensì «il conferimento di incarichi dirigenziali a soggetti esterni, che si realizza mediante la stipulazione di un contratto di lavoro di diritto privato. Conseguentemente, la disciplina della fase costitutiva di tale contratto, così come quella del rapporto che sorge per effetto della conclusione di quel negozio giuridico, appartengono alla materia dell'ordinamento civile». Non sussisterebbe, dunque, violazione degli artt. 117, c. 3 e 4, e 119 Cost., perché la norma impugnata non attiene a materie di competenza concorrente (coordinamento della

finanza pubblica) o residuale regionale (organizzazione delle Regioni e degli uffici regionali, organizzazione degli enti locali), bensì alla materia dell'ordinamento civile di competenza esclusiva statale.

Quand'anche ne fosse condivisibile il fine (ossia arginare lo straripare di conferimenti di incarichi dirigenziali a soggetti esterni attraverso l'imposizione di un limite percentuale anche a Regioni ed autonomie locali), l'iter interpretativo fornito dalla Corte costituzionale per affermare la competenza legislativa dello Stato non è particolarmente convincente. Far rientrare la fissazione delle percentuali per il conferimento di incarichi dirigenziali a soggetti "esterni" nella materia «dell'ordinamento civile» desta perplessità a chi ha piena consapevolezza del complesso intreccio di fonti privatistiche, pubblicistiche sia *ante* che *post* d.lgs. n. 150/2009 in tema di lavoro pubblico. Si rinvia ad altri scritti per l'approfondimento della ricostruzione dell'assetto delle fonti del lavoro pubblico e della sua ripercussione sul quadro delle competenze legislative emergente dal nuovo Titolo V, parte seconda, Cost., dove convive un intreccio di fonti appartenenti ai diversi livelli di governo²³. Certo è che appare difficile ricondurre l'imposizione di limiti percentuali agli incarichi conferibili a "soggetti esterni" nell'ambito del rapporto di lavoro per attrarla all'«ordinamento civile» come afferma la Consulta (sentenza n. 324 del 2010). Questi limiti non hanno nulla a che vedere con il fatto che «gli incarichi dirigenziali a soggetti esterni, si realizzi mediante la stipulazione di un contratto di lavoro di diritto privato» (Corte cost. n. 324 del 2010), ma si trovano in fase necessariamente antecedente alla stipula del contratto e rientrano piuttosto «nei modi di conferimento della titolarità» degli incarichi, dunque è macro-organizzazione.

L'argomentazione della Corte costituzionale, per quanto claudicante, non è mai più stata messa in discussione, con il fantasma della necessità della "tenuta unitaria" della disciplina del lavoro pubblico in un sistema multilivello, ma in questo modo si impone una "uniformità" non richiesta a livello costituzionale e che è concetto differente da quello di "unità" del sistema, non messo in dubbio dal legislatore costituzionale nel garantire

²³ D. BOLOGNINO, *Corte costituzionale - sentenza del 12 novembre 2010, n. 324: problemi di applicabilità dell'art. 19, comma 6 e 6-bis, alle regioni ed agli enti locali in uno Stato multilivello*, in *LPA*, 2011, p. 144-152.

la valorizzazione delle Regioni e delle autonomie locali in applicazione dell'art. 5 Cost.

Al di là delle critiche di impostazione, è bene evidenziare che per i limiti percentuali di utilizzo di questo istituto il TUPI rischia di essere il “dito” a cui guardare per non accorgersi che la luna è piena di macchie. Infatti tutta questa rigidità verso le Regioni non trova altrettanto rigore al centro, dove assistiamo da un paio d'anni ad una fuga dal TUPI che porta al 12% (invece che all'8%) “la percentuale per gli incarichi di livello dirigenziale non generale” da conferire solamente al personale in servizio presso il MEF²⁴. Dunque promozione dei funzionari interni e solo per un Ministero. L'effetto emulativo non si è fatto attendere e a un anno di distanza, l'aumento di tale percentuale è reso legislativamente possibile anche al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (oggi della mobilità sostenibile)²⁵. Il tutto in legge di bilancio e fuori dal TUPI; come si dice: “occhio non vede e cuore non duole”.

Il quadro sopra descritto è del tutto distonico; impone una uniformità non necessaria alle Regioni e consente solo a poche e specifiche amministrazioni nazionali eccezioni e ampliamenti delle percentuali di incarichi conferibili, creando disparità di trattamento nel sistema multilivello.

È comprensibile che da parte delle amministrazioni vi sia una aspirazione a far crescere professionalmente i dipendenti dall'interno, evitando che si buttino sempre nel calderone di un concorso esterno senza poter valutare la professionalità acquisita sul posto di lavoro. Si dovrebbe però più onestamente ragionare su una riforma mirata del TUPI, ripristinando la vice dirigenza, con ingresso dall'interno, e per i vice dirigenti prevedere un accesso dedicato alla dirigenza con corso-concorso SNA.

Parimenti andrebbe garantito lo spazio delle Regioni di intervenire in quelle che sono norme di macro-organizzazione, pena la mortificazione del Titolo V, parte II Cost. e della loro autonomia.

²⁴ L'aumento della percentuale è avvenuta ad opera dell'art. 1, c. 352, legge 30 dicembre 2018, n. 145.

²⁵ Art. 1, c. 158, legge 27 dicembre 2019, n. 160.

4. *L'ampliamento improprio degli istituti di "garanzia". Il caso del trattamento economico accessorio: tra illuminismo della teorica e contaminazione della prassi*

Da ultimo, una riflessione sulla deriva eccessivamente garantista che la contrattazione collettiva ministeriale (oggi CCNL funzioni centrali) ha preso verso la dirigenza, o parte di essa, sul piano retributivo. Si ricorderà che anche il trattamento economico accessorio della dirigenza pubblica è stato modellato nel TUPI in chiave manageriale, con l'obiettivo di rispecchiare, attraverso le voci retributive, la fisionomia professionale, funzionale, organizzativa e la capacità di raggiungere i risultati dei dirigenti. Nello specifico, il trattamento economico della dirigenza è articolato in una parte fissa, ossia il trattamento tabellare di base (distinto per la dirigenza "ministeriale" in prima e seconda fascia), che è l'elemento della retribuzione dirigenziale che funge da controprestazione «minima per l'attività lavorativa svolta per il fatto di ricoprire la qualifica dirigenziale»²⁶; e in una parte variabile, ossia la retribuzione accessoria, fortemente legata alla logica riformatrice summenzionata²⁷. Il trattamento economico accessorio è composto da due voci: la retribuzione di posizione e la retribuzione di risultato (art. 24, c. 1, d.lgs. n. 165 del 2001), la prima collegata alla complessità – sul piano organizzativo – della struttura a capo della quella è posto il dirigente, ha carattere oggettivo e ne rimangono estranee le competenze dimostrate in sede di svolgimento dell'incarico e le esperienze maturate; la seconda, ossia la retribuzione (accessoria) legata al risultato, ha come presupposto la valutazione delle *performances*, e i suoi risultati si riverberano e determinano (anche e non solo)²⁸ il *quantum* di retribuzione di risultato spettanti al singolo dirigente. Se questo è il quadro teorico, guardando alla contrattazione collettiva dei giorni nostri emergono alcuni articoli che danno vita ad «un eccesso

²⁶ G.Z. GRANDI, *Il trattamento economico dei dirigenti pubblici tra legge, contrattazione e giurisprudenza*, in *Lavoro e diritto*, 2002, p. 558.

²⁷ S. MAINARDI, *La valorizzazione delle risorse umane nelle p.a. Trattamenti accessori e fondi per la contrattazione integrativa*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2018, p. 12 ss.

²⁸ D. BOLOGNINO, *Una lettura giuridica della valutazione della performance individuale nel c.d. decreto Brunetta: ruolo del dirigente, garanzie "procedimentali" e conseguenze derivanti dalla conclusione dell'iter valutativo*, in G. URBANI (a cura di), *Valutare le pubbliche amministrazioni: tra organizzazione ed individuo*, Milano, Franco Angeli, 2010.

di garanzia»²⁹; si segnala quale articolo macroscopico, l'art. 32 del CCNL dell'area funzioni centrali del 9 marzo 2020, relativo al trattamento economico del personale dirigenziale in distacco sindacale. La disposizione stabilisce che tali dirigenti, che dunque non hanno un incarico in quanto in distacco sindacale, percepiscono un trattamento economico composto da: «a) stipendio tabellare nonché degli eventuali assegni *ad personam* o RIA in godimento; b) un elemento di garanzia della retribuzione, in una percentuale non inferiore al 60% e non superiore al 90% delle voci retributive conseguite dall'interessato nell'ultimo anno solare di servizio che precede l'attivazione del distacco, corrisposte a carico del corrispondente fondo, tra quelli di cui agli artt. 48, 51, 68, 80, 89, 97, 105, con esclusione dei compensi correlati ad incarichi *ad interim* e aggiuntivi e di quelli previsti da disposizioni di legge». Le voci retributive a cui si fa riferimento sono anche quelle accessorie, che devono essere collegate e commisurate all'effettivo svolgimento di un incarico dirigenziale e al raggiungimento di specifici risultati. La clausola di salvaguardia fa riferimento non solo alla retribuzione di posizione, ma anche alla retribuzione di risultato, quest'ultima è la parte accessoria del trattamento economico erogata a fronte dello svolgimento dell'incarico e dell'avvenuta positiva valutazione delle *performances* (obiettivi mai assegnati nel caso in esame). Si aggiunga poi che la disposizione contrattuale prevede che tali voci retributive siano erogate «in maniera fissa e continuativa su base mensile» (c. 3) e tale natura (fissa e continuativa) «non subisce modifiche, agli effetti pensionistici e dei trattamenti di fine servizio e di fine rapporto, rispetto alle voci retributive precedentemente attribuite all'interessato» (c. 4). Emerge così un'assenza di sinallagmaticità tra prestazione e retribuzione, peraltro con un conseguente effetto di trascinamento anche a fini pensionistici; si trasforma parte del trattamento accessorio in un elemento fisso e continuativo della retribuzione, aggirando anche l'art. 7, c. 5, d.lgs. n. 165/2001.

A fronte di questo ingiustificato garantismo in sede contrattuale centrale (e forse anche in odore di nullità per violazione di norme imperative,

²⁹ D. BOLOGNINO, *Storie di figli e figliastri tra le righe delle disposizioni contrattali e normative dedicate alla retribuzione accessoria della dirigenza pubblica (con osservazioni a margine della sentenza della corte cost. n. 138/2019)*, in *LPA*, 2020, 4, p. 87 ss.

con la possibile applicazione degli artt. 1339 e 1419, c. 2, c.c.), colpisce la penalizzazione del modello autonomistico, cui viene negata anche solo la mera riproduzione del modello retributivo contrattuale ministeriale vigente sin dal 2002 nel CCNL di area dirigenziale per i Ministeri. La recente sentenza n. 138 del 2019 della Corte costituzionale ha dichiarato in parte costituzionalmente illegittime³⁰ le leggi delle Province Autonome di Trento e di Bolzano in tema di indennità della dirigenza pubblica e ordinamento del personale in maniera *tranchant* rispetto alla collocazione in «ordinamento civile» (art. 117, c. 2, lett. *l*) Cost.) della materia «trattamento economico» senza aver confrontato, nei fatti, i modelli giuridici contrattuali e legislativi «Stato-Provincia Autonoma».

Si noterà che il CCNL di area dirigenziale per i Ministeri (rea funzioni centrali) dal 2002 ad oggi fa emergere un modello generale in cui la parte di retribuzione accessoria di posizione, in sede di contrattazione collettiva, è stata suddivisa in due parti, una parte «fissa» e una «variabile». Per effetto di questa suddivisione e del combinato disposto con altro articolo contrattuale³¹, nel caso in cui la dirigenza ministeriale sia collocata a disposizione dei ruoli, dunque in assenza di svolgimento dell'incarico dirigenziale, percepirà per contratto oltre al tabellare, anche la retribuzione di posizione parte fissa, che invece dovrebbe essere una parte accessoria (e non fissa) della retribuzione.

Il modello provinciale aveva riprodotto tale modello, prevedendo che il personale iscritto all'albo (dirigenti e aspiranti dirigenti) che rientra nella posizione funzionale precedente, percepisca l'assegno personale pensionabile composto dalla percentuale di retribuzione di posizione di «parte fissa», ove ne ricorrano i presupposti per la trasformazione (art. 1, c. 1, l.p. Bolzano n. 9/2017). La trasformazione in assegno è solo la conseguenza del modello organizzativo provinciale, che consente una

³⁰ La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 1, c. 3, 2 e 17, c. 2, della legge della Provincia autonoma di Bolzano 6 luglio 2017, n. 9 («Disciplina dell'indennità di dirigenza e modifiche alla struttura dirigenziale dell'Amministrazione provinciale»); dell'art. 1 della legge della Provincia autonoma di Bolzano 9 febbraio 2018, n. 1 («Norme in materia di personale») e dell'art. 4, c. 1, terzo periodo e c. 3, della legge della Regione autonoma Trentino-Alto Adige 18 dicembre 2017, n. 11 («Legge regionale di stabilità 2018») per violazione dell'art. 81 e dell'art. 117, c. 2, lett. *l*, Cost.

³¹ Raccolta sistematica ARAN CCNL Area I – dirigenza Ministeri - art. 4, CCNL del 12/02/2010 –2006/2009.

utilizzo flessibile delle sue risorse umane e del personale iscritto all'albo dei dirigenti, prevedendone – in assenza di incarico – non la messa a disposizione del ruolo del modello statale, ma l'impiego nelle funzioni di provenienza, evitandone l'inattività, per altro con ampi risparmi di spesa sul trattamento economico tabellare. Dall'altro lato, e conseguentemente, riconosce a questo personale – anche economicamente – lo specifico percorso professionale, esattamente come fa il CCNL area Ministeri vigente all'epoca della disposizione.

A vent'anni dal TUPI però registriamo un modello contrattuale nazionale con deviazioni rispetto a *ratio* e contenuti della normativa TUPI, con disposizioni contrattuali eccessivamente garantiste (se non in odore di nullità per violazione di norme imperative) dall'altro lato si nega alle autonomie speciali (costituzionalmente garantite) anche la mera riproduzione del modello nazionale.

5. Conclusioni

La lettura dell'evoluzione-involuzione normativa degli istituti e la loro prassi applicativa – esaminati in questo breve articolo – fa emergere un quadro complesso e critico del rapporto politica-amministrazione, soprattutto per chi lo guarda con gli occhi del modello originario preso sul serio³². Il confine tra politica e amministrazione non è mai fisso, ma è un continuo altalenare a favore dell'uno o dell'altro centro di potere; la "mobilità" di questo confine dipende a monte dalla maggiore forza o maggiore debolezza dell'uno o dell'altro³³.

A livello di amministrazione ministeriale certamente un ruolo importante lo gioca lo spirito di corpo e la crescente competenza tecnica dei dirigenti da una parte, e la maggiore o minore consapevolezza del ruolo istituzionale degli attori politici. Non è una nota critica, ma una presa d'atto che a quadro normativo dato, il gioco lo conducono gli attori e questo si ripercuote sulla tenuta dell'assetto del TUPI.

³² A. BOSCATI, *La riforma mancata: il ruolo della dirigenza pubblica nei nuovi assetti*, in *LPA*, 2017, pp. 46-83.

³³ G. GARDINI, *La dirigenza pubblica in cerca di identità. Riflessioni alla luce di una riforma interrotta*, in *Diritto Pubblico*, 2017, pp. 155-194.

Nel rapporto Stato-Regioni, sul piano legislativo è innegabile che, per gli istituti presi in esame, le Regioni hanno quasi sempre “giocato in difesa”, a fronte di una legislazione nazionale spesso incurante dell’assetto del Titolo V, parte II, Cost³⁴. e con una Corte costituzionale che in tema di lavoro pubblico ha spesso difeso l’uniformità (che è ben diversa dall’unità di cui all’art. 5 Cost.), anche ove non necessitata dall’assetto costituzionale, a scapito dell’autonomia costituzionalmente garantita delle Regioni (anche di quelle a Statuto speciale). La sensazione è che per i livelli territoriali pesi la parte “mancante” della riforma del Titolo V³⁵, ossia la trasformazione del Senato in Camera delle Regioni e delle autonomie locali.

Strada ne è stata fatta tanta e gli studi sull’applicazione delle norme potrebbero certamente aiutare a perfezionare un TUPI³⁶ e l’idea di pubblico impiego contrattualizzato preso sul serio, che sia davvero Testo unico, abrogando tutte la ragnatela di norme e norme disfunzionali che stanno riemergendo e inserendo i rimedi alle distorte prassi applicative... in chiusura servirebbe dunque un incoraggiante «ricomincio da tre»³⁷.

³⁴ B.G. MATTARELLA, *La riforma del Titolo V: bilancio e prospettive*, in *GDA*, 6, 2015, pp. 731-73; G.C. DE MARTIN, *Autonomie e policentrismo normativo prima e dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Studi in onore di Fausto Cuocolo*, Milano, 2005, pp. 391-408.

³⁵ F. CORTESE, *La nuova stagione del regionalismo differenziato: questioni e prospettive, tra regola ed eccezione*, in *Le Regioni*, 2017, pp. 689-709; R. BIFULCO, *L’onda lunga della sentenza n. 251/2016 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 3, 2017.

³⁶ L. ZOPPOLI, *La stagione delle riforme: pubblico e privato a confronto*, in *LPA*, 2017, pp. 25-38.

³⁷ M. TROISI, *Ricomincio da tre*, Italian International Film, 1981.

Le principali criticità nel rapporto tra politica e amministrazione a vent'anni dal “Testo Unico” del pubblico impiego

Simone Neri

A vent'anni dalla completa riformulazione delle regole sul pubblico impiego i rapporti giuridicamente prestabiliti tra la politica e gli apparati burocratici sembrano ancora assai incerti, in quanto posizionati in un cono d'ombra foriero di tensioni e malfunzionamenti. Sulla base di questa premessa il contributo mira a dare conto di tale dinamica relazionale e delle sue più evidenti criticità. Si proverà a mettere a fuoco, per sommi capi, le criticità di un sistema che non è riuscito, sia sul piano legislativo che specularmente su quello amministrativo, a tracciare un adeguato modello che sia stato in grado di coniugare il principio democratico con quello dell'imparzialità nell'azione delle pubbliche amministrazioni. Pertanto il testo evidenzierà i maggiori nodi problematici sul tema, prospettando altresì alcuni e determinati correttivi al fine di creare un sistema all'interno del quale la dirigenza amministrativa possa essere più autonoma dai vertici politici e questi ultimi possano realmente concentrarsi sulla definizione degli obiettivi e degli indirizzi strategici.

1. Introduzione

Uno dei più importanti studi sul rapporto tra politica e amministrazione ci ricorda come già nel 1846 Tocqueville evidenziava la mancanza di una chiara definizione tra “*droit administratif*” e “*droit politique*”¹. Anche

¹ A. DE TOCQUEVILLE, *Relazione sull'opera di Macarel intitolata «Corso di diritto amministrativo»* (1846), trad. it., in ID., *La Rivoluzione democratica in Francia*, Torino, Utet, 2007, p. 234, ripreso da L. CASINI, *Venti anni di “politica e amministrazione” in Italia*, in *IRPA Working Paper – Policy Papers Series*, 1, 2014, p. 10.

Mortati in Assemblea costituente, durante i lavori preparatori riguardanti l'organizzazione delle pubbliche amministrazioni, affermava perentoriamente che, in virtù dell'assenza di una nitida separazione tra le due sfere, «lo sforzo di una costituzione democratica, oggi che al potere si alternano i partiti, deve tendere a garantire una certa indipendenza ai funzionari dello Stato, per avere un'amministrazione obiettiva della cosa pubblica e non un'amministrazione dei partiti»².

A più di venti anni dalla completa riformulazione delle regole sul pubblico impiego i rapporti giuridicamente prestabiliti tra la politica e gli apparati burocratici sembrano ancora assai incerti, in quanto posizionati in un cono d'ombra foriero di tensioni e malfunzionamenti³.

A partire dai primi anni Novanta del secolo scorso, le diverse tappe legislative si sono susseguite nell'affannosa ricerca di un sistema che riuscisse a coniugare esigenze talvolta inconciliabili: rafforzare, da un lato, la posizione e l'autonomia del dirigente, quale soggetto scelto attraverso sistemi meritocratici e in grado di garantire l'imparzialità delle pubbliche amministrazioni e consentire, allo stesso tempo, una maggiore integrazione organizzativa e funzionale tra i vertici burocratici e i rappresentanti della sovranità popolare⁴. La radicale trasformazione del rapporto tra l'apparato amministrativo ed il Governo è stata resa possibile

² C. MORTATI, in commissione per la Costituzione, Il sottocommissione, I sezione, durante la seduta del 14 gennaio 1947. Il testo integrale dell'intervento è disponibile in *La Costituzione della repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, Camera dei deputati - Segretariato Generale, vol. VIII, Roma, 1971, p. 1863 ss. Della presenza di un rapporto organico tra i vertici politici e gli apparati amministrativi, in chiave storica e letteraria, si v. il contributo di L. VANDELLI, *Tra carte e scartoffie*, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 150 ss.

³ Parla di «tormentata storia del principio di separazione fra politica e amministrazione» S. BATTINI, *L'invasione degli apicali: la Corte costituzionale riabilita lo spoils system*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2019, p. 269 ss. Sulle zone di incertezza della normativa nel rapporto tra politica e amministrazione Cfr. E. D'ALBERGO, *Il rapporto fra politica e amministrazione come oggetto di ricerca*, in E. D'ALBERGO (a cura di), *L'amministrazione sta cambiando?*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 1-22.

⁴ Sul bilanciamento tra queste due contrapposte esigenze si rimanda alla lettura della monografia di G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, Milano, Giuffrè, 2003. In relazione alla c.d. prima privatizzazione del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, intrapresa con il decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, cfr. su tutti M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Torino, Utet, 1993. Sulla c.d. seconda privatizzazione si v. su tutti M. D'ANTONA, *La seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle "Leggi Bassanini"*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1, 1998, p. 45 ss. e S. CASSESE, *Il nuovo regime*

da una disciplina costituzionale che ha riservato al legislatore ordinario un margine di discrezionalità assai ampio.

2. La flessibilità del modello costituzionale nel quadro dei rapporti tra politica e amministrazione

Come autorevolmente sostenuto, una più netta distinzione tra il Governo e la pubblica amministrazione si impone in seguito all'estensione del suffragio elettorale e in virtù della conclamata centralità del Parlamento, che reca con sé l'affermazione del principio di legalità e la conseguente sottoposizione dell'agire amministrativo alla legge. In questo modo per l'amministrazione si determina un rapporto di «dipendenza organica dal Governo», in quanto suo braccio operativo, e specularmente uno di «dipendenza funzionale» dal Parlamento, che ne stabilisce i metodi dell'organizzazione e della funzione⁵. Il triangolo relazionale (dipendenza organica, funzionale e imparzialità nell'agire) è stato accolto nella nostra Costituzione con disposizioni e principi che sembrano ravvisare, da una prima lettura, una tensione e delle possibili antinomie tra norme non perfettamente complementari⁶. Se da un lato, infatti, si pone in capo ad ogni singolo ministro la responsabilità individuale per gli atti scaturenti dal dicastero da esso diretto (art. 95, secondo comma, Cost.), allo stesso tempo si demanda alla legge il compito di strutturare organizzativamente, e ancor prima funzionalmente, la fisionomia delle pubbliche amministrazioni, per assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione (art. 97, secondo comma, Cost.)⁷. L'imparzialità nell'agire

dei dirigenti pubblici italiani: una modifica costituzionale, in *Giornale di diritto amministrativo*, 12, 2002, p. 1341 ss.

⁵ Tale ricostruzione è di S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 173 ss. L'A. afferma che lo sdoppiamento tra Governo e amministrazione ha dato luogo ad uno «strabismo» per il quale «l'amministrazione è in rapporto di dipendenza organica dal Governo e di dipendenza funzionale dal Parlamento, ma deve nello stesso tempo, essere imparziale».

⁶ Sulle antinomie tra le disposizioni costituzionali riguardanti la pubblica amministrazione v. C. D'ORTA, *La riforma della dirigenza: dalla sovrapposizione alla distinzione fra politica e amministrazione?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, p. 151 ss. e L. PALADIN, *I contributi di Aldo Sandulli su politica e amministrazione nell'ordinamento repubblicano*, in *Dir. amm.*, 1994, p. 318 ss.

⁷ In questo modo la Costituzione ha risolto l'antica questione se la materia riguardante l'organizzazione e il funzionamento delle pubbliche amministrazioni fosse una competenza legisla-

amministrativo è poi ribadita all'articolo 98, primo comma, Cost., secondo cui i pubblici impiegati sono al servizio dell'intera Nazione e non già alle dipendenze del Governo⁸. Sembra in ogni caso possibile affermare che la Carta costituzionale, pur non stabilendo chiaramente il principio di separazione tra indirizzo politico e gestione amministrativa, contenga al suo interno le basi di una amministrazione dotata di funzioni e responsabilità autonome dalla politica⁹.

Proprio in relazione al principio di distinzione tra politica e amministrazione la dottrina ha a lungo dibattuto circa la sua validità e sul suo specifico contenuto¹⁰. Da un lato, molti studiosi hanno sostenuto sia l'impossibilità di una distinzione tra indirizzo politico e gestione amministrativa e sia affermato una reale incapacità per il vertice politico di esprimere un indirizzo politico coerente¹¹. Tra i sostenitori, invece, della necessità di una più chiara distinzione tra politica e amministrazione si registrano due principali posizioni, che sono il frutto dei due più incisivi interventi normativi intrapresi negli anni Novanta del secolo scorso e che vanno sotto il nome di prima e di seconda privatizzazione¹². Secondo il

tiva o regolamentare. Sul punto v. M. CANTUCCI, *La pubblica amministrazione*, in P. CALAMANDREI, A. LEVI, *Commentario sistematico alla costituzione*, Vol. II, Firenze, Barbera Editore, 1950, p. 157.

⁸ Per una disanima sui principi costituzionali riguardanti la pubblica amministrazione la letteratura è assai ampia. Cfr. su tutti S. CASSESE, *Il diritto amministrativo e i suoi principi*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, IV edizione, Milano, Giuffrè, pp. 1-22 e di recente C. NAPOLI, *Spoils system e Costituzione. Contributo allo studio dei rapporti tra politica ed amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2017.

⁹ Il presidente della "Commissione dei 75", Meuccio Ruini, nella *Relazione al progetto di Costituzione* afferma che: «il Governo si vale dell'apparato amministrativo e lo dirige; ma non sono una sola ed identica cosa; ed anche democraticamente giova che l'amministrazione abbia funzioni e responsabilità proprie e definite». Sulla presenza in Costituzione del principio di separazione tra politica e amministrazione insiste molto nella sua opera monografica A. PATRONI GRIFFI, *Dimensione costituzionale e modelli legislativi nella dirigenza pubblica*, Napoli, Jovene, 2002.

¹⁰ Dà ampiamente conto del dibattito dottrinario A. MARRA, *L'amministrazione imparziale*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 65 ss.

¹¹ Così M. NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, III, Bologna, Il Mulino, 1997, p. 9 e l'argomentazione contenuta in B. DENTE, *In uno stato diverso*, Bologna, Il Mulino, 1999. Sull'incapacità della politica di tradurre le sue scelte in obiettivi chiari e precisi si v., invece, G. AZZARITI, *Modelli di amministrazione e trasformazione dello Stato*, in *Politica del diritto*, 4, 1996, pp. 529-549.

¹² La c.d. prima privatizzazione fu intrapresa dalla legge 23 ottobre 1992 n. 421, in attuazione del quale venne emanato il decreto legislativo 3 febbraio 1993 n. 29. La seconda privatizzazione ebbe luogo con la legge 15 marzo 1997, n. 59, in attuazione della quale sono stati ema-

primo orientamento tra politica e amministrazione dovrebbero sussistere quattro ordini distinti di separazione: una separazione di funzioni; una separazione strutturale; una separazione tra le funzioni di indirizzo politico e quelle di datore di lavoro pubblico; e, infine, una distinzione di responsabilità, una politica e un'altra amministrativa, ossia dirigenziale¹³. Un secondo filone dottrinario parte dal presupposto che alla distinzione di funzioni tra gli organi politici e quelli amministrativi debba inevitabilmente seguire una sorta di continuità strutturale tra le due componenti, al fine di garantire un controllo democratico sull'amministrazione¹⁴. Il decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (o più semplicemente e impropriamente Testo unico del pubblico impiego o ancora TUIPI) condensa al suo interno queste due complementari ma per certi versi opposte visioni, con soluzioni legislative che hanno comportato una stratificazione normativa, determinando così un quadro poco chiaro e spesso contraddittorio. Più in generale rimandando in altra sede l'analisi semantica dei lemmi "politica" e "amministrazione", come è stato giustamente osservato essa permette di distinguere due diverse relazioni: la relazione tra attività (attività politica e attività amministrativa); la relazione tra organi o uffici (tra organi appunto politici e organi amministrativi)¹⁵.

3. La distinzione funzionale tra politica e amministrazione

Il TUIPI recepisce al suo interno le riforme intraprese sin dall'inizio della fine secolo precedente e che riguardano la distinzione funzionale tra politica e amministrazione. Anche se timide innovazioni riguardanti la perimetrazione dei compiti tra la classe politica e quella burocratica vengono da lontano: già, infatti, il decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1972, n. 748 (adottato sulla base delle leggi 18 marzo 1968, n.

nati altri tre decreti legislativi: il decreto legislativo 4 novembre 1997, n. 396, il decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80 ed il decreto legislativo 29 ottobre 1998, n. 387, tutti a modifica ed integrazione del decreto legislativo n. 29 del 1993. Per i riferimenti bibliografici si v. la nota n. 4.

¹³ Sul punto si v. S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2012, p. 42 ss.

¹⁴ Così G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, cit. e C. D'ORTA, *La riforma della dirigenza pubblica tre anni dopo: alcuni nodi irrisolti*, in *Lavoro e diritto*, 2, 1996, pp. 283-303.

¹⁵ Così F. FOLLIERI, *Politica e amministrazione*, in *Pers. e amm.*, 1, 2019, pp. 118-119.

249 e 28 ottobre 1970, n. 775 riguardanti il riordino dell'amministrazione dello Stato) affida alla dirigenza alcuni compiti di gestione, seppur in ambiti limitati e fermi restando i poteri di intervento e di sostituzione in capo agli organi politici¹⁶. Con più forza e compiutezza, però, la legge 23 ottobre 1992, n. 421 e il conseguente decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 riscrivono i rapporti tra politica e amministrazione, facendo della natura degli atti di volta in volta in considerazione (gestori o di indirizzo) il discrimine attraverso il quale affidarne la competenza ora all'amministrazione, ora alla politica¹⁷. Si assiste così al definitivo superamento del modello gerarchico-ministeriale, imponendo al vertice politico di adottare atti di indirizzo nel rispetto dei compiti gestori dell'amministrazione. I decreti legislativi 31 marzo 1998, n. 80 e 29 ottobre 1988, n. 387 completano la separazione funzionale tra politica e amministrazione nel verso, da un lato, di introdurre specifiche tutele in relazione ai nuovi compiti della dirigenza e, dall'altro, di introdurre una elencazione tassativa dei compiti della politica e dell'amministrazione.

Sulla base di questa stratificazione normativa il TUPI recepisce il percorso legislativo sommariamente descritto, cristallizzando la c.d. distinzione funzionale all'interno degli articoli 4 e 14. Nello specifico agli organi di governo è assicurato l'esercizio delle funzioni di indirizzo politico-amministrativo che si esplicano nella definizione degli obiettivi e dei programmi da attuare e nella verifica e nella rispondenza dei risultati dell'attività e della gestione amministrativa rispetto agli indirizzi preliminarmente stabiliti. Al corpo dirigenziale, invece, secondo il comma 2 del medesimo articolo 4, spetta l'adozione di atti e provvedimenti amministrativi, nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa da esercitarsi mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle

¹⁶ Si v. M. D'ALBERTI (a cura di), *La dirigenza pubblica*, Bologna, Il Mulino, 1990 e V. UCCELLATORE, *Osservazioni sui riflessi della nuova disciplina delle funzioni dirigenziali degli impiegati civili dello Stato sugli atti della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1973, p. 1699 ss.

¹⁷ Sul punto si v. art. 3, d.lgs. n. 29 del 1993, che riprende e sviluppa a livello statale il principio della distinzione tra politica e amministrazione già introdotto negli enti locali dall'art. 51 della legge 8 giugno 1990, n. 142. Sul punto cfr. F. CARINCI, *La c.d. privatizzazione del pubblico impiego*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, p. 8 ss.

risorse umane, di funzioni strumentali e di controllo¹⁸. Gli stessi sono responsabili, in via esclusiva, dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati e tali attribuzioni possono essere derogate soltanto espressamente e per mezzo di specifiche disposizioni legislative¹⁹. La suddivisione delle competenze tra la politica e l'amministrazione viene, così, distinta a monte da un atto di indirizzo proprio dell'organo politico (direttiva) e a valle dall'attività procedimentale volta all'emanazione di un provvedimento amministrativo puntuale affidata alla dirigenza²⁰. Al di là di quanto espressamente contenuto all'interno dell'articolo 4 del TUIPI, però, la direttiva non è l'unico strumento di controllo della politica sull'amministrazione. Ad essa si affiancano, infatti, il potere di normazione proprio della politica e quello di programmazione finanziaria e di bilancio²¹.

Al quadro normativo esposto, si aggiunge l'intervento della Corte costituzionale che a più riprese ha "costituzionalizzato" la distinzione funzionale tra politica e amministrazione che è diretta emanazione, secondo le parole del Giudice delle leggi, dei principi di imparzialità e buon andamento sanciti all'interno dell'articolo 97 della Costituzione²².

Il principio di distinzione funzionale tra politica e amministrazione nei fatti, però, non ha realmente funzionato. Questo perché «(...) l'autorità politica si è rivelata poco interessata se non incapace di tradurre le proprie scelte in termini di programmazione strategica, di definizione di obiettivi e di risultati da raggiungere; e, per converso, assai restia

¹⁸ Si v. il contributo di F. MERLONI, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 1, 2009, pp. 57-100.

¹⁹ La distinzione funzionale tra politica e amministrazione è messa ben a fuoco da M. RIDOLFI, *La distinzione tra politica e amministrazione nella struttura e nell'organizzazione della P.A.*, in *Rivista Italiana di Public Management*, 1, 2019, pp. 97-120, spec. p. 106 ss.

²⁰ Si v. S. DE GOTZEN, *La distinzione tra politica e amministrazione. Funzioni di indirizzo, funzioni di gestione e potere deliberativo dell'organo politico*, in *Le Regioni*, 4, 2013, p. 863 ss.

²¹ Ce lo ricorda V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti "politici" e atti "di alta amministrazione"*, in *Diritto pubblico*, 1, 2009, pp. 101-133, spec. p. 110.

²² Si v. sul punto la sent. della Corte cost., 3 maggio 2013, n. 81. Si v. anche le sentenze 20 maggio 2008, n. 161 e 28 ottobre 2010, n. 304. Nello stesso verso, poi, vanno le sentenze 28 novembre 2008, n. 390; 23 marzo 2007, n. 103; 23 marzo 2007, n. 104.

ad abbandonare le vecchie pratiche di ingerenza diretta nella gestione dell'amministrazione e di impiego clientelare degli apparati pubblici²³. Rispetto alla distinzione funzionale tra gli organi di governo e l'amministrazione, le criticità più stringenti appaiono connesse all'incapacità o allo scarso interesse dell'organo politico di esercitare le funzioni di indirizzo e di controllo così come stabilite dal TUPI. Tale lacuna ha così comportato un rinnovato interesse per la politica sulle nomine dei dirigenti e non già sulla perimetrazione e sul controllo delle loro attività. Le direttive annuali ministeriali sono, infatti, spesso proposte dagli stessi organi dirigenziali di *linea* e l'incapacità della politica di definire obiettivi strategici e chiari, ossia di una capacità di pianificazione dell'azione amministrativa, ha comportato spesse volte la cattura della politica a vantaggio dell'amministrazione. A tale incapacità si aggiunge, poi, quella di strutturare un idoneo e adeguato sistema di valutazione e di controllo dell'attività amministrativa²⁴. Il punto centrale del modello della separazione tra politica e amministrazione, sul versante funzionale, al fine di assicurare l'adeguato bilanciamento tra il principio democratico, da un lato, e quello dell'imparzialità, dall'altro, si fonda proprio sul concetto di responsabilità dirigenziale. L'ineffettività del modello della responsabilità dirigenziale è causa dell'insuccesso del principio di distinzione tra politica e amministrazione²⁵. Queste mancanze sono poi accompagnate dalla frequente difficoltà nello stabilire un criterio generale per la distinzione funzionale tra amministrazione e politica. Come è stato osservato, le due sfere, o per meglio dire i due ambiti di competenza, sono individuati in relazione alla politicità della decisione o più precisamente dal contenuto e dalla misura della discrezionalità²⁶. Non può, però, postularsi la rigida separazione tra indirizzo e gestione sull'assunto della divisione mezzi-fini. Ben può accadere, poi, sulla scorta di quanto afferma lo stesso articolo

²³ Così F. BASSANINI, *Indirizzo politico, imparzialità della P.A. e autonomia della dirigenza. Principi costituzionali e disciplina legislativa*, Testo della relazione al Convegno su *Il ruolo del dirigente quale garante dell'imparzialità amministrativa*, Firenze, 13 giugno 2008 e pubblicato in *Nuova Rassegna*, 21, 2008, p. 7.

²⁴ Si v. in proposito E.N. FRAGALE, *La distinzione tra politica e amministrazione: un modello da perfezionare?*, in *Diritto pubblico*, 3, 2018, pp. 827-872.

²⁵ A. MARRA, *L'amministrazione imparziale*, cit., p. 99.

²⁶ Sempre A. MARRA, *L'amministrazione imparziale*, cit., p. 31.

4 del TUPI, che la legge possa affidare all'organo politico anche la competenza volta all'adozione di atti amministrativi puntuali. Il discrimine tra indirizzo e gestione sfugge, così, ad «un'univoca determinazione»²⁷. Una ricerca a venti anni dalle prime misure legislative riguardanti i rapporti tra politica e amministrazione ha perfettamente messo in rilievo questi nevralgici punti. Secondo tale studio i problemi riguardanti la divisione tra attività di indirizzo e attività di gestione derivano da quattro diversi profili. Il primo è che residuano, allo stato attuale, «atti di incerta qualificazione». Il secondo profilo è connesso alla persistente presenza in seno alla pubblica amministrazione di organi e organismi (comitati, commissioni, ecc.) che si sovrappongono alle competenze dirigenziali e che spesso ne limitano il raggio di azione. In terzo luogo, gli atti a rilevanza interna dei dirigenti risentono di una forte limitazione proveniente, da un lato, dalla forte ingerenza di poteri sindacali sulle libere scelte dirigenziali e, dall'altro, dalla rigidità del bilancio pubblico. Infine, manca un reale raccordo funzionale tra gli uffici di *staff* del Ministro e la dirigenza di *line* nella redazione delle direttive riguardanti l'azione amministrativa²⁸. In relazione a questi ultimi, l'articolo 14 del d.lgs. n. 165 del 2001 stabilisce che il Ministro «si avvale di uffici di diretta collaborazione, aventi esclusive competenze di supporto e di raccordo con l'amministrazione»²⁹. Il sistema cooperativo e di raccordo immaginato dal legislatore è sfociato, nella prassi, in sovrapposizioni di compiti e strutture³⁰.

4. *La distinzione strutturale tra politica e amministrazione*

Come detto nel paragrafo precedente, è solo con il decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 che si impone, per le pubbliche amministrazioni dello Stato, un principio di netta distinzione tra le funzioni di gestione, assegnate alla dirigenza pubblica, e le funzioni di indirizzo proprie

²⁷ Così V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti "politici" e atti "di alta amministrazione"*, cit., p. 31.

²⁸ B. CIMINO, *I profili funzionali: l'indirizzo e la gestione*, in *Venti anni di "politica e amministrazione" in Italia*, cit., pp. 27-75.

²⁹ Sul punto cfr. S. CASSESE, B.G. MATTARELLA (a cura di), *Gli uffici di staff nelle pubbliche amministrazioni italiane e straniere*, Roma, Irpa, 2007.

³⁰ Così M. MACCHIA, *Le strutture di raccordo: lo snodo degli uffici di staff*, in *Venti anni di "politica e amministrazione" in Italia*, in *IRPA Working Paper*, cit., pp. 163-230.

delle autorità politiche³¹. L'intervento del legislatore delegato assegna in questo modo alla dirigenza pubblica una autonoma legittimazione e allo stesso tempo una diretta responsabilità per l'adozione degli atti di sua competenza. In questo quadro, il citato decreto legislativo crea un unico ruolo dirigenziale suddiviso in due livelli: il dirigente generale e il semplice dirigente. L'autorità politica è competente nel conferire al singolo dirigente un incarico corrispondente alla qualifica posseduta.

Il sistema così delineato subisce una drastica rivisitazione con l'emanazione dei decreti legislativi 31 marzo 1998, n. 80 e 29 ottobre 1998, n. 387. All'interno di una più complessiva volontà riformatrice delle pubbliche amministrazioni (riordino della disciplina dei ministeri e decentramento delle funzioni amministrative)³² si inquadra il tentativo di riscrivere il rapporto tra la pubblica dirigenza e la politica. Questo avviene mediante quattro linee direttrici. La prima si configura quale completamento del processo di privatizzazione del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione. Si estende, infatti, la disciplina del rapporto di lavoro privato anche ai dirigenti generali rimasti fuori dalla c.d. prima privatizzazione e le funzioni dirigenziali vengono distinte in tre diverse tipologie in ragione della loro rilevanza e del loro grado di coesione con l'organo politico: i dirigenti apicali; gli incarichi di direzione degli uffici dirigenziali generali e, infine, gli incarichi di direzione degli altri uffici di livello dirigenziale³³. La seconda prevede il principio, prima estraneo nel nostro ordinamento, della temporaneità degli incarichi dirigenziali³⁴. La terza area di intervento riguarda il profilo soggettivo per l'attribuzione degli incarichi dirigenziali: da un lato,

³¹ Il decreto, recante «Razionalizzazione della organizzazione delle Amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego», è stato emanato a norma dell'articolo 2, della legge 23 ottobre 1992, n. 421.

³² Per una analisi dell'impianto complessivo della legge n. 59 del 1997 v. S. PAJNO, L. TORCHIA (a cura di), *La riforma del Governo*, Bologna, Il Mulino, 2000.

³³ Il sistema previgente aveva infatti escluso dal processo di privatizzazione l'alta dirigenza. In virtù di questa iniziale esclusione qualcuno in proposito ha parlato di «grave distonia giuridica». Sul punto v. R. ALESSE, *Il lento e inarrestabile declino della dirigenza dello Stato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 45, 2000, p. 1931 ss.

³⁴ Il principio della temporaneità degli incarichi è oggi contenuto all'articolo 19, comma 2, del TUIP.

viene stabilita a possibilità, entro determinate percentuali, di conferire un incarico dirigenziale di livello superiore ad un dirigente con una qualifica inferiore e, dall'altro, la previsione secondo cui un incarico dirigenziale di qualsiasi livello può essere attribuito, in possesso di specifiche e comprovate qualità professionali, ad un soggetto esterno all'amministrazione³⁵. Infine, viene stabilito che i soli incarichi di vertice di ciascuna amministrazione (segretario generale, capo dipartimento ed equiparati) possono essere confermati, revocati, modificati o rinnovati nel loro incarico entro novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo, decorsi i quali il silenzio equivale a conferma fino alla data di naturale scadenza³⁶.

Le innovazioni legislative sommariamente descritte hanno comportato due fondamentali punti di svolta della disciplina. Per un verso si segna la scissione tra il rapporto di impiego, che afferisce allo stato del dirigente all'interno di una pubblica amministrazione, e il rapporto organico, che attiene, invece, all'esercizio di un determinato incarico. In altre parole, si separa il rapporto di servizio, vale a dire l'impiego presso l'amministrazione, dal rapporto d'ufficio, ossia l'incarico da svolgere³⁷. Per altro verso, si fa più marcato il nesso fiduciario tra la politica e i vertici dell'amministrazione per il tramite di tre diverse misure: il conferimento dell'incarico a tempo determinato; la previsione, in seguito alla riorganizzazione dei ministeri, di figure di snodo tra attività di indirizzo politico e quelle di gestione amministrativa³⁸ e, infine, l'inserimento di una sorta di "spoils

³⁵ Si v. l'articolo 19, comma 6, del TUPI. Sul punto cfr. F. BACCHINI, *Lo spoils system e l'elemento della fiduciarietà: profili problematici e spunti di riflessione fra Corte Costituzionale ed evoluzione normativa*, in *Lav. pubbl. amm.*, 5, 2012, pp. 801-803.

³⁶ Sul piano normativo lo *spoils system* all'italiana, ai sensi dell'articolo 19, comma 8, del TUPI, è limitato oggi, in virtù della copiosa giurisprudenza costituzionale e dei recenti interventi del legislatore, ai soli incarichi di segretario generale, capo dipartimento e equivalenti (comma 3 del medesimo articolo). Solo, infatti, in relazione ai medesimi incarichi è ammessa la cessazione automatica della funzione dirigenziale decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo.

³⁷ In merito cfr. F. LISO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, vol. III, parte III, Milano, Giuffrè, 2000, p. 73 ss. ma anche S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, Cedam, 2000.

³⁸ In relazione alle riforme del 1997-98 qualcuno ha parlato di «tradimento legislativo del modello di separazione autentica fra politica e amministrazione». Così S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, cit., p. 14.

system all'italiana"³⁹ prima di allora solo marginalmente conosciuto nel nostro sistema ordinamentale⁴⁰.

Da questo momento in poi le riconfigurazioni dei rapporti tra politica e amministrazione si sono concentrate maggiormente sul versante strutturale (nomina e revoca degli incarichi), tralasciando invece quello funzionale. Così lo strumento dello *spoils system*, limitato inizialmente ai soli dirigenti apicali di ciascuna amministrazione, ha conosciuto successivamente forme più ampie.

Fuori da tali meccanismi automatici vi sono poi quegli istituti di cessazione non automatica delle funzioni dirigenziali espressamente tipizzate: a) dal combinato disposto dell'articolo 19, comma 1-*ter* e dell'articolo 21 del TUPI. In questi casi la revoca deve essere ancorata a dati oggettivi e valutabili, prevedendo adeguate garanzie procedurali, nel rispetto soprattutto dei principi del giusto procedimento, e non potendo quindi essere esercitata *ad nutum*; b) in virtù della scadenza dell'incarico; c) in casi di processi di riorganizzazione con conservazione del trattamento economico⁴¹.

La separazione strutturale tra politica e amministrazione soffre ancora della mancanza di adeguati strumenti e procedure per una obiettiva valutazione dei dirigenti. Le misure legislative riportate nel testo hanno tentato di disancorare la nomina e la revoca degli incarichi da strumenti oggettivi di valutazione, inserendo meccanismi discrezionali nella scelta dei dirigenti ad opera del vertice politico. Le sentenze della Corte, a partire dalla pronuncia del 2007, hanno invece fatto leva, all'opposto, sulla necessità di adeguati strumenti di valutazione per la nomina e la sostituzione dei dirigenti dalle loro funzioni⁴². Resta in piedi però il re-

³⁹ La fortunata definizione è di V. TALAMO, *Lo spoils system all'italiana: tra legge Bassanini e legge Frattini*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2, 2003, pp. 237-244.

⁴⁰ Il collegamento tra le sorti del Governo e le carriere dei prefetti e dei diplomatici era già presente dagli inizi del 1900. Sul punto v. C. DI ANDREA, *Lo spoils system: noterelle sulla disciplina della dirigenza pubblica in Italia e spunti comparativistici*, in *Rassegna parlamentare*, 2003, p. 583 ss.

⁴¹ Sul punto si v. V. TALAMO, *Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5, 2009, p. 468 ss.

⁴² La Corte costituzionale è intervenuta a più riprese per limitare l'uso generalizzato del sistema delle spoglie. Sul punto si v. M. INTERLANDI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione: una "storia difficile"*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2018.

gime di libera recedibilità secondo cui l'amministrazione, per motivate esigenze organizzative, possa in ogni momento disporre per il dirigente il passaggio ad altro incarico fatto salvo il diritto alla conservazione del trattamento economico in godimento fino alla scadenza del termine⁴³. In questo modo si spezza l'equilibrio e le garanzie che si erano venute a creare, dopo le sentenze della Corte, tra il conferimento degli incarichi e i processi di valutazione. Nel coniugare maggiormente il conferimento degli incarichi con i sistemi di valutazione delle attività amministrative, andrebbero altresì razionalizzate le misure riguardanti le ipotesi di responsabilità dirigenziale per mancato raggiungimento degli obiettivi⁴⁴. In linea generale in tema di responsabilità due sono i criteri secondo cui il legislatore dovrebbe prendere le mosse: da un lato, il riordino delle disposizioni legislative relative alle ipotesi di responsabilità dirigenziale, amministrativo-contabile e disciplinare dei dirigenti; dall'altro, la ridefinizione del rapporto tra responsabilità dirigenziale e responsabilità amministrativo-contabile, con particolare riferimento alla esclusiva imputabilità ai dirigenti per l'attività gestionale e con la limitazione della responsabilità dirigenziale alle sole ipotesi previste dall'articolo 21 del TUPI.

5. Conclusioni

Il tentativo di introdurre nel nostro ordinamento un più marcato principio di distinzione è stato, nella prassi applicativa, ampiamente disatteso⁴⁵. Questo per tre principali ragioni: per una mancanza, da parte del vertice politico, di delineare concreti obiettivi e di strutturare idonei programmi per la realizzazione dell'indirizzo politico; per l'incapacità di creare modelli organizzativi, sul piano istituzionale, idonei a separare la dirigenza pubblica dalla politica; infine, ed è forse il punto più nevralgico, perché

⁴³ Sulle riorganizzazioni dei Ministeri mirate alla sostituzione dei dirigenti "scomodi" si v. L. CASINI, *Politica e amministrazione: «the Italian style»*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1, 2019, p. 28.

⁴⁴ Per un inquadramento della disciplina relativa alla responsabilità del pubblico dipendente, ed in particolar modo per quanto concerne la responsabilità dirigenziale, cfr. su tutti B. MARZOCCHI BURATTI, L. PALAMARA, V. TENORE (a cura di), *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, Milano, Giuffè, 2013.

⁴⁵ A. PIOGGIA, *La riforma dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni: i profili organizzativi, la dirigenza e le ulteriori riforme in itinere*, in M. CERRETA, M. RIOMMI (a cura di), *Le recenti riforme dei rapporti di lavoro delle pubbliche amministrazioni e della scuola pubblica*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 3 ss.

si è insistito negli ultimi anni solo sull'introduzione di meccanismi di *spoils system*, provando a recuperare sul piano strutturale quella relazione fiduciaria che sul piano funzionale, invece, era stata persa⁴⁶.

L'aver inserito elementi fiduciari all'interno di un modello che si presumeva essere di completa separazione, come è stato prospettato, ha avuto due ineliminabili conseguenze. La prima che la politica, ossia il *political patronage*, continua ad essere l'unico strumento attraverso il quale poter raggiungere i vertici più elevati dell'amministrazione. L'ibridazione dei modelli, inoltre, (ossia separazione di compiti ed influenza politica), assume i connotati del "delitto perfetto", in quanto «il vero autore della decisione può sottrarsi alla relativa responsabilità, a meno che il suo comportamento sia illecito per altre ragioni. Questo regime rischia di scardinare la corrispondenza tra chi concepisce l'atto e chi ne risponde. Rischia cioè di scardinare il principio di responsabilità, fondamento essenziale di ogni stato di diritto»⁴⁷.

In conclusione è possibile indicare alcuni punti sui quali poter intervenire per rendere più armonico il rapporto tra gli organi politici e la classe burocratica⁴⁸. In prima battuta, sia la legislazione generale (il TUPI) che le diverse normative di settore, dovrebbero sciogliere le rimanenti sovrapposizioni funzionali tra la classe politica e i dirigenti. A quest'ultimi andrebbe, poi, garantita una reale disponibilità nell'uso delle risorse finanziarie. In seconda battuta andrebbero individuare in maniera più lineare le c.d. aree della "fiduciarità", ossia verso quali figure e con quali criteri applicare lo *spoils system*. Sempre sul versante strutturale, andrebbe ripensato l'attuale sistema del conferimento e della durata degli incarichi dirigenziali. Per quanto riguarda il conferimento degli incarichi dirigenziali una più stringente trasparenza nelle procedure selettive, una adeguata pubblicità di queste ultime e la possibilità che a decidere siano soggetti veramente indipendenti, sono tutti elementi che porterebbero a rilanciare la dirigenza pubblica e a porre al centro il principio merito-

⁴⁶ Così sempre L. CASINI, *Venti anni di "politica e amministrazione" in Italia*, cit.

⁴⁷ F. FOLLIERI, *Politica e amministrazione*, cit., p. 129.

⁴⁸ G. D'ALESSIO, *La disciplina politica della dirigenza pubblica e i rapporti tra politica e amministrazione*, in AA.VV., *La classe dirigente pubblica. ruoli di governo e capacità amministrativa*, Roma, Ediesse, 2013, pp. 51-67, spec. p. 66.

cratico. Per quanto attiene, invece, alla durata degli incarichi dirigenziali andrebbe stabilita una “congrua durata” e individuare meccanismi che incidano sulla mobilità orizzontale⁴⁹. Infine, andrebbe razionalizzato il sistema della responsabilità dirigenziale.

Il punto centrale della separazione tra politica e amministrazione è infatti quello di fare della valutazione e del principio di responsabilità il perno attraverso il quale strutturare l'azione dei pubblici uffici.

Al di là dei diversi punti appena menzionati, nello studiare l'organizzazione e il funzionamento del sistema amministrativo del nostro Paese le criticità maggiori sembrano risiedere nell'individuazione della figura (politica o burocratica) intorno alla quale costruire il perno centrale dell'agire amministrativo. Come autorevolmente sostenuto, infatti, il vero e grande nodo irrisolto attiene alla completa definizione su chi sia, all'interno delle pubbliche amministrazioni, il datore di lavoro pubblico⁵⁰.

In linea generale si può concludere che qualunque sia il modello prefigurato dal legislatore, non può non considerarsi che «quanto al buon funzionamento dell'amministrazione, politici e dirigenti formano una specie di *tandem*, con la conseguenza che l'amministrazione può funzionare bene soltanto se la coppia è affiatata e ciascuno svolge abilmente il proprio compito, e ovviamente se ciascuno a modo suo pedala»⁵¹.

⁴⁹ In merito a tale considerazione si v. il contributo di B. CIMINO, *Le troppe nomine politiche nello stato e negli enti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5, 2018, p. 549 ss. il quale afferma che «Per altro verso, il conferimento degli incarichi e la progressione in carriera dei dirigenti devono essere sottratte alla discrezionalità politica e affidate a valutazioni oggettive di organi tecnici; il principio di temporaneità deve essere superato; le nomine esterne vietate o limitate a casi eccezionali. Presupposto per il superamento della selezione politica è l'adozione di sistemi di misurazione dei risultati conseguiti e delle capacità professionali possedute dai dirigenti: in assenza, l'unico criterio valido cui fare ricorso per l'affidamento degli incarichi resterà quello della consonanza personale tra nominato e nominante».

⁵⁰ M. D'ANTONA, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva*, in *Lav. Pubbl. amm.*, 1997, p. 42

⁵¹ G. FALCON, *Riforma della pubblica amministrazione e responsabilità della dirigenza*, in *Le Regioni*, 5, 1998, p. 14.

Tra organizzazione degli uffici e rapporto di lavoro. Il contratto (collettivo) tra politica e amministrazione, vent'anni dopo

Marco Ragusa

L'articolo affronta il tema del rapporto tra contrattazione collettiva e organizzazione amministrativa. Ripercorrendo le tappe della legislazione nei vent'anni di vigenza del d.lgs. n. 165/2001, l'analisi si concentra sul ruolo assunto dalla contrattazione collettiva nazionale e integrativa nella definizione del rapporto tra politica e amministrazione. La disciplina contrattuale relativa agli incarichi dirigenziali e ai poteri organizzativi del dirigente, nelle conclusioni, è esaminata per tirare le somme del percorso fino a oggi intrapreso dalla legislazione.

1. La contrattazione collettiva all'indomani della "seconda privatizzazione"

L'emanazione del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165¹ segna un parziale punto di approdo della riforma del pubblico impiego avviata dall'inizio degli anni '90: il sistema di principi e norme dettati dal testo unico, in particolare, rappresenta il suggello della c.d. seconda privatizzazione, cioè del processo di revisione che, alla fine del precedente decennio, aveva interessato almeno due profili strutturali dell'impianto originario del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, relativi all'estensione – rispettivamente, (i) soggettiva e (ii) oggettiva – delle competenze della contrattazione collettiva. (i) Il primo di essi è costituito dal rapporto di lavoro dei dirigenti generali, il quale – ricondotto dal d.lgs. n. 80/1998 al paradigma contrattuale – viene assoggettato, come quello della dirigenza non generale, al concorso tra disciplina legislativa e pattizia².

¹ D'ora innanzi anche "testo unico" o "TUPI".

² L'art. 2, c. 2, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80 ha infatti modificato il testo dell'art. 2, c. 4, del d.lgs. n. 29/1993, espungendo dal novero dei rapporti di lavoro non contrattualizzati (ai sensi dei precedenti commi 2 e 3), quello dei «dirigenti generali nominati con decreto del Presidente della Repubblica previa deliberazione del Consiglio dei Ministri e quelli a questi stessi equiparati [...]». In forza delle modifiche apportate all'art. 23 del d.lgs. n. 29/1993 dall'art. 15

La scelta del 1998 rappresenta una presa di distanza di massimo grado rispetto all'orientamento espresso, alla vigilia della "prima privatizzazione", dall'Adunanza generale del Consiglio di Stato³. In questa occasione, della privatizzazione era stato innanzitutto criticato – già con riferimento alla dirigenza non generale (e addirittura alle qualifiche non dirigenziali dell'ordinamento del personale) – l'intento di proiettare sul rapporto di pubblico impiego il sinallagma che contraddistingue il contratto di lavoro subordinato⁴: «pare impossibile», aveva evidenziato il Consiglio di Stato, «ridurre la posizione soggettiva della pubblica amministrazione ad un mero interesse economico-privatistico a conseguire l'effettuazione della prestazione lavorativa da parte del dipendente; laddove è preminente l'interesse, pubblicistico e generale, al corretto esercizio delle pubbliche funzioni a vantaggio della collettività».

Al legislatore di fine anni '90 questa assimilazione è apparsa tutt'altro che «impossibile»: la privatizzazione è stata infatti estesa ai dirigenti originariamente esclusi dalla riforma nonostante la «più elevata qualifica» da essi posseduta fosse, all'evidenza, indissociabile dalle «pubbliche funzioni» esercitate⁵.

Il modello del rapporto di lavoro dei dirigenti che, dal 1998, viene esteso a quelli generali è un modello modificato nella struttura, a causa della

del d.lgs. n. 80/1998, l'intera dirigenza delle amministrazioni statali confluisce in un ruolo unico, articolato in due fasce: da qui la modifica della rubrica e del primo comma dell'art. 15 d.lgs. n. 29/1993 operata dall'art. 10 d.lgs. n. 80/1998.

³ Parere reso dal Consiglio di Stato, Ad. gen., 31 agosto 1992, n. 146 (in *Il Foro Italiano*, 1993, III, p. 4 ss.) sul disegno di legge delega per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità, di pubblico impiego, di previdenza e di finanza territoriale, poi divenuto il testo della l. 23 ottobre 1992, n. 421.

⁴ In argomento M. BARBIERI, *Il sinallagma nei contratti di lavoro per le pubbliche amministrazioni: un percorso storico-critico*, Bari, Cacucci, 2018.

⁵ A tale specialità delle funzioni della dirigenza generale aveva peraltro fatto riferimento Corte cost. 25 luglio 1996, n. 313, nel rigettare la questione di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3 e 97 Cost., degli artt. 2, comma 1, lett. a) della legge, n. 421/1992, e 2, commi 2 e 4, 12, commi 2 e 4, 16, 17 e 20, comma 1, d. lgs. n. 29/1993, «nella parte in cui mantengono il rapporto pubblicistico di servizio per i soli dirigenti generali e privatizzano viceversa lo status degli altri dirigenti»: sulla relatività della distinzione tra dirigenza generale e non generale v. E. GRAGNOLI, *Imparzialità del dipendente pubblico e privatizzazione del rapporto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1, 1997, II, p. 36 ss.

generalizzazione del principio di temporaneità degli incarichi⁶, rispetto alla sua conformazione originaria. Al rapporto (necessariamente) a tempo determinato, costituito dall'incarico dirigenziale, è peraltro attribuita dalla legge la stessa natura di quello a tempo indeterminato a cui esso accede: ben al di là di ogni timore del Consiglio di Stato, non solo il possesso della qualifica dirigenziale, ma anche la titolarità delle funzioni trova così espresso fondamento in una fonte contrattuale⁷.

A un contratto individuale, in altri termini, resta affidato il rapporto tra le (ormai distinte) competenze del vertice politico e del vertice burocratico. È pacifico che il rapporto-base, al quale è ancorato il possesso della qualifica dirigenziale, sia soggetto alla disciplina contrattuale collettiva ai sensi dei commi 2 e 3 dell'art. 2 del d.lgs. n. 29/1993 (nel testo modificato dal d.lgs. n. 80/1998, trasfuso, nel 2001, all'art. 2 del testo unico): non altrettanto chiaro è però se (o in che misura) i contratti collettivi abbiano competenza a regolare anche il rapporto individuale costitutivo dell'incarico dirigenziale. La soluzione del problema è strettamente collegata al tema qui d'appresso affrontato.

(ii) L'altro profilo strutturale dell'impianto originario del d.lgs. n. 29/1993 interessato dalla seconda privatizzazione, al quale si accennava in apertura, è infatti relativo all'estensione oggettiva delle competenze della contrattazione collettiva.

Il ruolo di quest'ultima all'interno del sistema delle fonti, a seguito delle modifiche apportate all'art. 2, c. 2, del d.lgs. n. 29/1993, era senz'altro divenuto un ruolo da protagonista⁸: alla fonte pattizia è stata attribuita una capacità derogatoria di ampia portata (poiché non confinata ai trat-

⁶ L'art. 13 d.lgs. n. 80/1998 sostituisce il testo dell'art. 19 d.lgs. n. 29/1993, introducendo al comma 2 la previsione secondo cui tutti gli incarichi di direzione degli uffici delle amministrazioni dello Stato «sono conferiti a tempo determinato, secondo le disposizioni del presente articolo [...]».

⁷ L'art. 19, cc. 3 e 4, d.lgs. n. 29/1993, come modificato dall'art. 13 d.lgs. n. 80/1998, stabilisce che gli incarichi sono conferiti «con contratto a tempo determinato».

⁸ A seguito della modifica disposta dall'art. 2, c. 1, d.lgs. n. 80/1998, la norma recitava: «Eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili, salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario». Per l'analisi delle modifiche nel tempo intervenute a disciplinare il rapporto tra legge e contrattazione collettiva v. da ultimo L. ZOPPOLI, *Il rapporto tra legge e contratto collettivo e il nuovo modello di relazioni sindacali «partecipate»*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 3, 2018, p. 408 ss.

tamenti economici, ai quali è specificamente riferito il comma 3 dell'art. 2 cit.) rispetto alla disciplina legale. Ulteriori modifiche di fine anni '90, confluite nel testo unico, sembravano peraltro estendere, rispetto al passato, l'ambito delle competenze della contrattazione collettiva (e dunque il perimetro entro il quale la nuova efficacia derogatoria avrebbe potuto trovare uno spazio operativo).

L'art. 40 del TUPI, nella sua prima formulazione, recepiva infatti la scelta del d.lgs. 4 novembre 1997, n. 396 (art. 1), il quale, modificando la definizione delle materie rimesse alla disciplina pattizia (art. 45, c. 1, d.lgs. n. 29/1993) aveva fatto venire meno l'esplicito richiamo ai limiti fissati dall'art. 2, c. 1, lett. c), l. n. 421/1992⁹.

Con il d.lgs. n. 80/1998, peraltro, il rinvio alle sette materie – che la legge di delega del 1992 (al fine di escludere l'ingerenza dei contratti collettivi nella materia dell'organizzazione degli uffici) riservava alla disciplina per legge o per atti unilaterali dell'amministrazione – era stato espunto anche dal testo dell'art. 2 d.lgs. n. 29/1993¹⁰.

Cosicché, se il citato parere del Consiglio di Stato aveva evidenziato la necessità che, nella definizione delle materie sottratte alla contrattazione collettiva, il legislatore delegato specificasse i troppo vaghi limiti individuati dalla l. n. 421/1992, le riforme di fine anni '90 si erano mosse in senso opposto, rendendo il confine tra disciplina dei rapporti di lavoro e disciplina dell'organizzazione degli uffici ancora più vago e instabile. Al riguardo, le interpretazioni dottrinarie hanno condiviso, in linea di massima, una astratta cornice comune, ritenendo che l'omesso riferimen-

⁹ Si trattava, com'è noto, delle seguenti materie: «1) le responsabilità giuridiche attinenti ai singoli operatori nell'espletamento di procedure amministrative; 2) gli organi, gli uffici, i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; 3) i principi fondamentali di organizzazione degli uffici; 4) i procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro e di avviamento al lavoro; 5) i ruoli e le dotazioni organiche nonché la loro consistenza complessiva. Le dotazioni complessive di ciascuna qualifica sono definite previa informazione alle organizzazioni sindacali interessate maggiormente rappresentative sul piano nazionale; 6) la garanzia della libertà di insegnamento e l'autonomia professionale nello svolgimento dell'attività didattica, scientifica e di ricerca; 7) la disciplina della responsabilità e delle incompatibilità tra l'impiego pubblico ed altre attività e i casi di divieto di cumulo di impieghi e incarichi pubblici».

¹⁰ Anteriormente alla modifica operata dall'art. 2 d.lgs. n. 80/1998, il rinvio alle sette materie era contenuto all'art. 2, c. 2-bis, del d.lgs. n. 29/1993 (come modificato dall'art. 2 del d.lgs. 23 dicembre 1993, n. 546). Sul «mistero delle sette materie» cfr. F. CARINCI, *Le fonti della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *Arg. Dir. Lav.*, 5, 2000, p. 52.

to, da parte degli artt. 2 e 40 d.lgs. n. 165/2001, ai limiti di cui all'art. 2 l. n. 421/1992 non attenuasse il vincolo funzionale posto dall'art. 97 Cost. tra organizzazione di uffici e organi, da un lato, e interesse pubblico, dall'altro: vincolo che giustifica, a monte, la riserva di legge relativa e che impone, a valle, la necessità che la decisione organizzativa sia assunta unilateralmente, nel discrezionale orientamento dell'attività organizzativa agli interessi pubblici¹¹.

Questa lettura – suffragata dalla giurisprudenza costituzionale¹² – era però, appunto, tanto pacifica quanto astratta: idonea a escludere la diretta partecipazione della fonte contrattuale collettiva all'adozione di scelte univocamente riconducibili all'ambito della c.d. macro-organizzazione, essa era d'altronde passibile di ben differenti declinazioni nell'applicazione concreta.

Tra i dubbi che restavano irrisolti, due meritano una menzione.

Il primo riguarda il reflusso della contrattualizzazione del pubblico impiego (e delle sue fonti di disciplina) sul rapporto tra politica e amministrazione in via indiretta.

La separazione tra indirizzo e gestione aveva ricevuto una inequivoca proiezione sulla stessa attività di organizzazione con il nuovo testo dell'art. 4 d.lgs. n. 29/1993¹³ (rifuso nell'art. 5 del testo unico), il quale stabiliva che,

¹¹ Cfr., anche per un'ampia ricostruzione degli orientamenti dottrinari in materia, A. BELLA-VISTA, *Lavoro pubblico e contrattazione collettiva*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2, 2007, p. 334 ss.

¹² «L'organizzazione, nel suo nucleo essenziale, resta necessariamente affidata alla massima sintesi politica espressa dalla legge nonché alla potestà amministrativa nell'ambito di regole che la stessa pubblica amministrazione previamente pone; mentre il rapporto di lavoro dei dipendenti viene attratto nell'orbita della disciplina civilistica per tutti quei profili che non sono connessi al momento esclusivamente pubblico dell'azione amministrativa» (Corte Cost. 16 ottobre 1997 n. 309, in *Riv. it. dir. lav.*, 1, 1998, II, p. 33 ss., con note di G. PERA, *La contrattazione collettiva a dominio confederale per il pubblico impiego*, p. 39 ss. e di A. VALLEBONA, *Alchimie del legislatore e occhiali del giurista nella riforma della contrattazione collettiva con le pubbliche amministrazioni*, p. 51 ss.; ma v. già Corte cost. n. 313/1996 cit. e, nella stessa prospettiva discrezionale, Corte costituzionale, 30 luglio 1993, n. 359). Sul tema, A. GARILLI, *La privatizzazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni e l'art. 97 Cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2, 2007, p. 301 ss. Sulla giurisprudenza costituzionale in materia di pubblico impiego cfr. F. CARINCI, *Giurisprudenza costituzionale e c.d. privatizzazione del pubblico impiego*, in *Lav. nelle P.A.*, 3-4, 2006, p. 499 ss.; v. anche M. CICALA, *La privatizzazione della dirigenza pubblica nella giurisprudenza costituzionale*, in *Amministrazione in Cammino* (www.amministrazioneincammino.luiss.it), 2006.

¹³ Come modificato dall'art. 4 del d.lgs. n. 80 del 1998.

sebbene nel rispetto della legge e degli atti di macro-organizzazione «le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro».

Si è dunque posto il dubbio se tale potere di micro-organizzazione, affidato ai dirigenti, fosse possibile oggetto di negoziazione con la controparte sindacale, in sede di contrattazione integrativa¹⁴, o se invece le citate prerogative dirigenziali fossero «*managerial rights* privatizzati assoggettabili a partecipazione ma non a contrattazione»¹⁵.

Il secondo dubbio, invece, riguardava direttamente il rapporto tra politica e amministrazione o, per meglio dire, la capacità della contrattazione collettiva di incidere sulla fisionomia di tale rapporto. Ferma restando l'estromissione della fonte pattizia dalle scelte di macro-organizzazione e pur ritenendo che a tale classe di attività di organizzazione fosse riferibile, almeno in parte, la materia dell'affidamento e della revoca degli incarichi dirigenziali, infatti, non v'era dubbio che quest'ultima materia costituisse, al contempo, il cuore della disciplina del «rapporto di lavoro»

¹⁴ In questo senso sembrava deporre, peraltro, la sostituzione dell'originaria previsione dell'art. 10 del d.lgs. n. 29 del 1993 disposta dall'art. 6, c. 1, d.lgs. n. 80 del 1998, con il testo confluito nel testo unico, all'art. 9. La norma prevedeva che i contratti collettivi nazionali «disciplinano i rapporti sindacali e gli istituti della partecipazione anche con riferimento agli atti interni di organizzazione aventi riflessi sul rapporto di lavoro». Alla contrattazione collettiva, come agli altri istituti di partecipazione sindacale, sembrava così aprirsi un nuovo ambito di intervento, per definizione estraneo alla materia del «rapporto di lavoro» (poiché incidente su di esso di «riflesso»). Cfr. M. BARBIERI, *La contrattazione collettiva*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal D.Lgs. 29/1993 ai D.Lgs. nn. 396/1997, 80/1998 e 387/1998*, Giuffrè, Milano, 2000, II, p. 1124 ss.; C. SPINELLI, *La contrattazione collettiva e il contratto collettivo nazionale*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Diritto del Lavoro. Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, V - I, Torino, Utet, 2004, p. 374 ss.

¹⁵ Così F. CARINCI, *Le fonti della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 5, 2000, p. 77. Veniva in proposito rimarcato, innanzitutto, come il legislatore delegante (art. 11, c. 4, lett. b), l. n. 59 del 1997) avesse autorizzato il Governo a «prevedere procedure di consultazione delle organizzazioni sindacali firmatarie dei contratti collettivi dei relativi comparti prima dell'adozione degli atti interni di organizzazione aventi riflessi sul rapporto di lavoro»: si riteneva necessaria, da questa angolatura, l'interpretazione restrittiva della citata previsione di cui all'art. 9 del d.lgs. n. 165 del 2001 al fine di salvaguardarne la conformità all'art. 77 della Costituzione (cfr. A. GARILLI, *Profili dell'organizzazione e tutela della professionalità nelle pubbliche amministrazioni*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 101, 2004, p. 135). Poiché, infatti, la legge di delega aveva limitato il potere del Governo alla previsione di una forma tenue di partecipazione (la «consultazione»), l'art. 9 d.lgs. n. 165 del 2001 sarebbe stato costituzionalmente illegittimo se letto nel senso di consentirne, in ambito micro-organizzativo, manifestazioni più intense e volte alla conclusione di accordi.

dei dirigenti e che, conseguentemente, essa potesse essere ricondotta, sotto altro profilo, anche all'ambito di competenza definito dal primo comma dell'art. 40 d.lgs. n. 165/2001.

2. La contrattazione collettiva nei primi dieci anni di vigenza del TUI: nuove certezze e perduranti ambiguità

Come per l'epoca precedente, anche per quella successiva all'entrata in vigore del d.lgs. n. 165/2001, un'analisi della riforma del pubblico impiego può essere utilmente condotta dall'angolo visuale della contrattazione collettiva, il quale consente di individuare (con buona approssimazione) i profili di costanza e discontinuità riferibili alle tante modifiche del quadro normativo intervenute negli ultimi vent'anni, ma permette anche di analizzare tale evoluzione sotto la lente di entrambi gli aspetti-cardine della riforma avviata dal 1993: da un lato, la distinzione tra politica e amministrazione, dall'altro, la contrattualizzazione dei rapporti di lavoro (e in particolare di quello dei dirigenti).

Sotto il primo aspetto, è noto che il primo decennio di vigenza del testo unico vede in un precoce intervento riformatore l'occasione per l'apertura di un campo di confronto su vecchi problemi, grosso modo riconducibili al tema sintetizzato al punto (i) del precedente paragrafo.

Con la c.d. riforma Frattini¹⁶, infatti, viene innanzitutto introdotta la prima forma di *spoils system*: disponendo la decadenza automatica degli incarichi dei dirigenti generali, anteriormente alla naturale scadenza, entro un termine di sessanta giorni dall'entrata in vigore della legge (c.d. *spoils system una tantum*), quest'ultima dà la stura a una serie di interventi, per la gran parte dei legislatori regionali, con i quali si stabilisce un analogo meccanismo di cessazione *ante tempus* di incarichi dirigenziali (non solo *una tantum*, ma anche "a regime"), svincolato dai presupposti della responsabilità dirigenziale.

La Corte costituzionale, nel dichiarare – dopo una iniziale esitazione¹⁷ – l'illegittimità di una serie di siffatte norme, accerta la violazione degli artt. 97 e 98 Cost. non solo sotto il profilo (oggettivo) della continu-

¹⁶ Legge 15 luglio 2002, n. 145.

¹⁷ Corte cost. 16 giugno 2006, n. 233.

ità che il principio di buon andamento impone all'azione amministrativa, ma anche sotto il profilo (soggettivo) della continuità dell'investitura del dirigente incaricato; della stabilità, cioè, del rapporto di lavoro instaurato dall'incarico dirigenziale¹⁸.

È vero che, anche nelle ipotesi in cui i giudici rimettenti avevano dubitato della legittimità costituzionale dello *spoils system* con riferimento alla protezione costituzionale della stabilità dei contratti di lavoro, la Corte non ha fatto espresso riferimento, ai fini dell'accoglimento della questione, agli artt. 4, 33, 35 e 36 Cost.; come è vero che, anziché richiamare le garanzie del lavoratore subordinato, le pronunce mettono piuttosto in luce la tutela che all'amministrato deve essere offerta nell'ambito del giusto procedimento amministrativo.

Ma altrettanto vero è che, da un lato, la proiezione "soggettiva" del principio di continuità, espressamente riferita al rapporto di ufficio, viene argomentata sul rilievo che la cessazione del rapporto (di servizio) è disposta dalla legge in difetto di un «inadempimento» della «prestazione» oggetto dell'incarico¹⁹; come è vero che un espresso riferimento alla natura contrattuale dell'incarico avrebbe richiesto alla Corte costituzionale una presa di posizione su un'altra modifica apportata dalla legge Frattini, la cui interpretazione non era affatto univoca alla luce della Carta fondamentale ed esorbitava quindi, probabilmente, dal possibile oggetto di un giudizio di costituzionalità.

La legge n. 145/2002 (art. 3, c. 1, lett. *b*)), infatti, ha modificato l'art. 19 del testo unico, sostituendo all'originaria previsione secondo cui, per tutti gli incarichi dirigenziali, «l'oggetto, gli obiettivi da conseguire, la durata» sono «definiti contrattualmente», quella a mente della quale «l'oggetto dell'incarico e gli obiettivi da conseguire [...]» sono individuati con un «*provvedimento* di conferimento», rimettendo a un contratto individuale la sola definizione del «corrispondente trattamento economico».

Si è così posto il dubbio se la novella avesse inteso modificare il regime giuridico del rapporto di incarico, rendendolo pubblicistico al pari del suo atto costitutivo.

¹⁸ Fra le prime pronunce v. Corte cost. 23 marzo 2007, n. 103 e n. 104 e 20 maggio 2008, n. 1613.

¹⁹ Così in particolare Corte cost. n. 103/2007 cit.

È noto che al dibattito apertosi sul tema hanno posto fine le sezioni unite della Corte di cassazione che, affrontando una delle principali conseguenze nascenti dal menzionato dubbio (quelle in materia di riparto di giurisdizione) hanno escluso la possibilità di riconnettere alla locuzione «provvedimento» la natura amministrativa di quest'ultimo²⁰.

Smentendo uno dei troppo sbrigativi argomenti posti a fondamento del parere dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato del 1992 – il quale attribuiva indiscriminata natura paritetica agli atti del datore di lavoro privato – la Suprema Corte ha rilevato come la «necessaria struttura unilaterale dell'atto di conferimento risulti perfettamente compatibile con la natura privatistica del potere»: i «provvedimenti» contemplati dal novellato art. 19, in altri termini, sono stati qualificati come atti di diritto privato aventi a oggetto la gestione del rapporto di lavoro dirigenziale (e non invece la sfera dell'organizzazione riservata ad atti amministrativi dall'art. 2, c. 2, d.lgs. n. 165 del 2001).

È interessante ricordare, peraltro, l'*argumentum a fortiori* che la Corte ha tratto dal comma 12-*bis* dell'art. 19 cit. (anch'esso introdotto dalla l. n. 145 del 2002): se tale norma escludeva la derogabilità delle disposizioni di cui al precedente comma 2 da parte della contrattazione collettiva, ciò significava che, in difetto di tale divieto, la disciplina legale del conferimento degli incarichi dirigenziali sarebbe stata passibile di deroghe da parte della fonte pattizia. Ai fini della nostra analisi, tale argomento rileva perché, giusta la natura negoziale del rapporto di incarico, la contrattazione collettiva avrebbe dovuto ritenersi abilitata a disciplinarlo, sebbene nel rispetto del limite costituito dal divieto di «deroga» alla disciplina di legge.

3. Il secondo decennio di vigenza del TUPI: ragioni e caratteri dei nuovi limiti posti alla contrattazione collettiva

È noto quanto, a fronte del contesto normativo e giurisprudenziale a cui si è sopra accennato, la contrattazione collettiva si sia caratterizzata per la tendenza a ingerire nella materia organizzativa anche al di là dei limiti che la legge poneva in modo inequivoco alle sue competenze.

²⁰ Cass. civ., sez. un., 9 febbraio 2009, n. 3054.

Limitando l'esame alle due questioni descritte, per sintesi, al punto (ii) del precedente § 1, deve innanzitutto rilevarsi come la partecipazione sindacale abbia trovato il modo di negoziare pressoché ogni aspetto dei «poteri del privato datore di lavoro» attribuiti agli organi dirigenziali dall'art. 5, c. 2, del TUPI: sia estendendo *de facto* la contrattazione integrativa a materie non riconducibili alla competenza di tale fonte, sia impiegando, al fine della conclusione di accordi (sostanzialmente assimilabili a contratti collettivi), forme più deboli di partecipazione sindacale²¹.

Gli effetti di siffatte prassi sull'equilibrio del rapporto tra politica e amministrazione sono, come s'è detto, indiretti (anche se per nulla secondari): la salvaguardia di ambiti di necessaria unilateralità nell'esercizio delle prerogative dirigenziali a carattere organizzativo, infatti, è strumentale a sottrarre queste ultime al confronto, su un piano paritario, con «controparti tendenzialmente portate a flirtare con il potere politico, in modo da imporre alla dirigenza accordi già raggiunti mediante circuiti informali [...] del tutto *extra ordinem*»²².

Quanto alla seconda questione, relativa alla soggezione della materia degli incarichi dirigenziali alla regolamentazione pattizia, la contrattazione collettiva nazionale delle aree dirigenziali si è contraddistinta per la tendenza a disciplinare – talvolta in via diretta, più spesso per mezzo di «clausole di salvaguardia» contenute nella parte economica dei contratti, ovvero mediante clausole relative alla responsabilità dirigenziale – non tanto il momento del conferimento o della revoca, quanto piuttosto l'istituto del rinnovo. Introducendo surrettizi meccanismi di continuità (quanto meno retributiva) tra la cessazione e l'affidamento di un nuovo incarico, i CCNL sono riusciti a vulnerare il divieto di applicazione dell'art. 2103 c.c. che proprio il d.lgs. n. 80/1998 aveva univocamente introdotto²³. Questa premessa illustra per sintesi il senso della riforma (o contro-riforma) che vede la luce alla vigilia del secondo decennio di vigenza del testo unico.

²¹ A. GARILLI, *Profili dell'organizzazione*, cit., p. 434 ss.

²² A. BELLAVISTA, *Lavoro pubblico e contrattazione collettiva*, cit., p. 340.

²³ Sul tema M. RAGUSA, *Contrattazione collettiva e responsabilità dirigenziale*, in *Dir. econ.*, 3, 2019, p. 223 ss.

La c.d. riforma Brunetta²⁴ interviene sul d.lgs. n. 165/2001 con modifiche ad ampio spettro, molte delle quali animate da una profonda diffidenza nei confronti della contrattazione collettiva: basti dire che di quest'ultima viene portata al minimo storico la forza derogatoria rispetto alla disciplina legale, invertendo il percorso espansivo intrapreso sin dalla prima privatizzazione²⁵.

Quello che qui più preme osservare è che una serie di cautele adottate dal legislatore del 2009 sono animate dal precipuo intento di inibire l'ingerenza della contrattazione nella materia organizzativa.

All'art. 5, c. 2, del testo unico viene introdotta una radicale limitazione (alla forma della sola informazione) della partecipazione sindacale alle decisioni organizzative rimesse alla dirigenza «in via esclusiva»²⁶.

L'esclusione della contrattazione collettiva dal predetto ambito è ribadita dall'art. 40 riformato che, dopo una definizione delle competenze della fonte pattizia assai più ridotta che in passato²⁷, contiene l'elencazione di una serie di materie del tutto precluse alla regolamentazione in via negoziale-collettiva: oltre a quella delle prerogative organizzative di competenza dirigenziale, l'esclusione riguarda espressamente la materia del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali, nonché le sette materie di cui all'art. 2, c. 1, lett. c) della legge n. 421 del 1992, la cui perdurante funzione-limite viene così chiarita una volta per tutte.

Alla riforma Brunetta, com'è noto, ha fatto seguito un lungo periodo di "congelamento" della contrattazione, di modo che il secondo decennio di vigenza del testo unico, anziché da contratti collettivi (nazionali e integrativi) conformi al nuovo paradigma legale, è stato per la gran parte contraddistinto dall'ultravigenza delle disposizioni dei contratti collettivi stipulati anteriormente²⁸.

²⁴ L. 4 marzo 2009, n. 15 e d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150.

²⁵ Ai sensi del riformato art. 2, c. 2, la capacità derogatoria è ammessa «solo qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge».

²⁶ Sulla dirigenza nella riforma del 2009 cfr. G. GARDINI, *L'autonomia della dirigenza nella (contro) riforma Brunetta*, in *Lav. nelle P.A.*, 3-4, 2010, p. 579 ss.

²⁷ «La contrattazione collettiva determina i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, nonché le materie relative alle relazioni sindacali [...]».

²⁸ Sull'immediata applicabilità dei limiti, introdotti nel 2009, alla contrattazione collettiva in materia organizzativa v. però Cass. civ., sez. lav., 24 giugno 2019, n. 16837.

Altrettanto noto è che lo “sblocco” della contrattazione collettiva è stato disposto dalla sentenza della Corte costituzionale n. 178/2015²⁹, alla quale ha fatto immediato seguito la legge di delega 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. riforma Madia), con la quale il Governo è stato incaricato di provvedere al riordino e alla semplificazione della disciplina del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e dei sistemi di valutazione introdotti dal d.lgs. n. 150/2009 (artt. 16 e 17), nonché alla modifica della normativa in materia di dirigenza pubblica (art. 11).

I primi CCNL successivi alla pronuncia della Corte costituzionale sono stati stipulati, tuttavia, soltanto all'indomani dell'esercizio delle deleghe di cui alla legge Madia³⁰ e, soprattutto, previa sottoscrizione tra Governo e Confederazioni sindacali dell'Accordo del 30 novembre 2016³¹: all'interno di questa (atipica) intesa, la parte pubblica si è impegnata, ai fini della ripresa delle (tipiche) relazioni sindacali, a provvedere al «riequilibrio del rapporto tra legge e contratto», a «rivedere gli ambiti di competenza, rispettivamente, della legge e della contrattazione, privilegiando la fonte contrattuale quale luogo naturale per la disciplina del rapporto di lavoro, dei diritti e delle garanzie dei lavoratori, nonché *degli aspetti organizzativi* a questi direttamente pertinenti».

Ai fini di questa breve analisi, la principale novità che contraddistingue il d.lgs. n. 75 del 2017 – in adempimento dell'accordo del novembre 2016 (e oltre i limiti della delega disposta dalla legge Madia³²) – è rappresentata

²⁹ Corte cost. 23 luglio 2015, n. 178 (in *Giur. cost.*, 5, 2015, con nota di L. FIORILLO, *Contrattazione collettiva e lavoro pubblico: una nuova interpretazione sistematica della Corte costituzionale*, p. 1679 ss.), con la quale è stata dichiarata l'illegittimità «sopravvenuta», per contrasto con l'art. 39 Cost., delle disposizioni di fonte regolamentare e legale con le quali era stato disposto il «congelamento» della contrattazione collettiva a far data dal 2010.

³⁰ Il CCNL 2016-2018 del Comparto Funzioni Centrali è stato sottoscritto il 12 febbraio 2018, quello dell'Area dirigenziale Istruzione e Ricerca per il medesimo triennio in data 8 luglio 2019. Le deleghe di cui alla l. n. 124 del 2015 sono state esercitate con i dd.lgs. 25 maggio 2017 n. 74 (contenente modifiche al d.lgs. n. 150 del 2009) e n. 75 (relativo al riordino del lavoro pubblico mediante modifiche al d.lgs. n. 165 del 2001).

³¹ Il testo è consultabile all'indirizzo www.funzionepubblica.gov.it/articolo/ministro/02-12-2016/laccordo.

³² A. BELLAVISTA, *Gli infiniti tormenti del lavoro pubblico*, in AA.VV., *La quarta riforma del lavoro nelle pubbliche amministrazioni (parte prima)*, numero monografico di *Lav. nelle P.A.*, num. un. 2017, p. 42; M. RICCI, F. DI NOIA, *Relazioni sindacali e contrattazione collettiva nel settore pubblico dopo la Riforma Madia e i rinnovi contrattuali*, *ibid.*, p. 6.

dal ripristino dell'efficacia derogatoria della fonte contrattuale rispetto alla legge (art. 1, c. 1, d.lgs. n. 75/2017).

Meno netta è, invece, l'inversione di tendenza con riferimento al riparto delle competenze tra fonte legale e fonte pattizia: limitando l'esame ai profili di possibile ingerenza della contrattazione sull'organizzazione analizzati *supra*, può osservarsi che resta limitata la negoziabilità dei poteri dirigenziali di cui all'art. 5 TUPI³³ e, soprattutto, che l'art. 40 mantiene, tra le materie escluse dalla possibile disciplina per CCNL, quella dell'affidamento e della revoca degli incarichi dirigenziali.

4. *Brevi osservazioni conclusive*

Da una lettura dei CCNL dell'ultima tornata, si può rilevare come l'intento escludente della riforma Brunetta sia stato senz'altro ridimensionato dall'interpretazione offerta dalle parti sociali alla successiva riforma Madia, anche in relazione a profili che questa ha formalmente mantenuto invariati.

Quanto alla negoziabilità dei poteri dirigenziali di cui all'art. 5 del TUPI, è interessante osservare che i contratti collettivi nazionali di comparto prevedono competenze del livello integrativo su diversi aspetti della materia micro-organizzativa; altri aspetti sono invece rimessi alla neo-introdotta forma partecipativa del «confronto» che, a dispetto delle previsioni della dottrina (che ne aveva messo in luce i profili di strutturale distinzione rispetto alla vecchia concertazione), è stata già impiegata, a livello decentrato, anche come strumento per la conclusione di accordi³⁴. Più interessante è l'esame degli ultimi CCNL delle aree dirigenziali.

Questi contengono, come in passato, clausole dirette a disciplinare aspetti della materia «incarichi dirigenziali»; come in passato, al di là della previsione generica (e di difficile attuazione) secondo cui «tutti i dirigenti

³³ Sulla portata del limite v. L. ZOPPOLI, *Il rapporto tra legge e contratto*, cit., p. 414 ss.

³⁴ Sulle nuove forme partecipative M. RICCI, F. DI NOIA, *Relazioni sindacali*, cit., p. 22 ss.; evidenzia le differenze tra concertazione e confronto A. BELLAVISTA, *I rinnovi contrattuali*, in A. GARILLI, A. RICCOBONO, C. DE MARCO, A. BELLAVISTA, M. MARINELLI, M. NICOLOSI, A. GABRIELE, *Il lavoro alle dipendenze della p.a. dopo la "riforma Madia"*, Milano, Wolters Kluwer, 2018, 162; per un esempio di verbali di accordo sottoscritti all'esito di procedure di confronto cfr. la sezione «Contrattazione integrativa» della Città metropolitana di Milano del 2020, consultabile nella sezione «Amministrazione trasparente» del sito istituzionale.

hanno diritto a un incarico», una delle principali attenzioni dei CCNL è offrire garanzie di continuità retributiva in ipotesi di mancato rinnovo di un incarico cessato.

Non sembra, a dire il vero, che possa ragionevolmente ritenersi precluso alla contrattazione collettiva, in astratto, qualsivoglia intervento in materia organizzativa.

Con riferimento alla sfera “micro”, ove i CCIL e altre forme di partecipazione predispongano criteri generali da rispettare nell’adozione delle scelte gestionali del dirigente (anziché sostituirsi a queste ultime) esse possono offrire un parametro per sindacare l’esercizio dei poteri descritti dall’art. 5, c. 2, TUIPI, riducendo il rischio della loro “cattura” (da parte politica o sindacale).

Quanto al rapporto di incarico, escludere da tale ambito la fonte pattizia equivarrebbe a negarle *tout court* la competenza a disciplinare «il rapporto di lavoro» (art. 40, c. 1, TUIPI), poiché è l’incarico, non il rapporto-base a cui esso accede, a descrivere il sinallagma del contratto di lavoro del dirigente. E, anche con riferimento all’incarico, la fonte collettiva potrebbe costituire una garanzia aggiuntiva di trasparenza e imparzialità rispetto alla disciplina dell’art. 19 TUEL.

Ma è realistico, in concreto, attendersi simili effetti virtuosi dalla contrattazione collettiva (come ritenuto da Governo e sindacati, da ultimo, all’interno dell’Accordo del novembre 2016)?

Analizzando la vigente disciplina contrattuale-collettiva degli incarichi, non può non stupire come essa risulti “appiattita” sul dato di legge quanto a modalità e criteri da rispettare in sede di conferimento: momento in cui emergono e si sovrappongono la dialettica (propria del rapporto di servizio) tra il datore di lavoro e il dirigente-lavoratore e quella (riferibile al rapporto di ufficio) tra politica e amministrazione.

Spicca, in particolare, l’assenza di una previsione di obblighi di trasparenza nella definizione *ex ante* degli obiettivi che di ogni incarico formeranno oggetto: obiettivi che per l’art. 19, c. 1, TUIPI costituiscono un criterio di scelta tra gli aspiranti, ma dei quali il successivo comma 1-bis non impone espressamente la indicazione negli avvisi con cui prendono avvio le procedure di conferimento. Nella prassi, in tali avvisi, la descrizione degli obiettivi si riduce spesso alla mera elencazione delle competenze della struttura oggetto di affidamento.

L'obbligo di predeterminare – e di specificare *ex ante* la pesatura di – tali obiettivi, peraltro, consentirebbe alla contrattazione collettiva di disciplinare in modo appagante rilevanti aspetti della fase di esecuzione del rapporto di incarico, univocamente rientranti tra le sue competenze regolatorie: primo fra tutti l'istituto del licenziamento per responsabilità dirigenziale (art. 21, c. 1, TUPD). Istituto in relazione al quale la contrattazione collettiva ha invece tradizionalmente preferito non integrare il vago dato di legge, dal quale il Giudice ordinario ha tratto (sulla scorta di un percorso argomentativo non proprio convincente) la più rigorosa delle interpretazioni nei confronti del dirigente pubblico³⁵.

Chi si interroghi sulle ragioni di tali silenzi dei CCNL potrebbe forse constatare che, nel settore pubblico, la contrattazione collettiva è chiamata a esercitare una funzione “distributiva” che le è tendenzialmente estranea nel settore privato e a cui è dunque poco adusa: se si fa eccezione per la regolamentazione dei criteri da rispettare in materia di trasferimento o a pochi altri istituti, è raro che un CCNL del settore privato, il cui scopo è risolvere il conflitto tra datori di lavoro e lavoratori, assuma anche la funzione (o l'effetto) di regolare i conflitti potenziali tra lavoratori, ciò che invece i contratti collettivi del lavoro pubblico dovrebbero fare introducendo regole di carattere formale per vincolare la scelta della p.a. in occasione di ogni procedura di conferimento di incarico (o, a livello micro-organizzativo, per la ripartizione della retribuzione accessoria tra il personale del comparto).

Non è peregrino, d'altronde, il dubbio che la contrattazione collettiva difetti non solo (e non tanto) dell'esperienza, ma anche dell'interesse a definire regole impiegabili nell'adozione di puntuali decisioni di competenza del politico o del dirigente: come la politica, anche il sindacato vedrebbe forse in una dettagliata predeterminazione di criteri, forme e procedure una scomoda limitazione alla propria azione di pressione in occasione dell'adozione di scelte puntuali dell'amministrazione.

Ben venga, allora, l'apporto della fonte pattizia al miglioramento e all'innovazione dell'organizzazione amministrativa: a condizione, però, che il legislatore mantenga il ruolo di protagonista nella soluzione dei problemi

³⁵ Da ultimo, cfr. Cass. civ., sez. lav., 10 gennaio 2018, n. 11161. In argomento M. RAGUSA, *Contrattazione collettiva e responsabilità dirigenziale*, cit., p. 216 ss.

degli apparati pubblici, senza possibilità di scaricare le responsabilità (politica) di una disciplina inefficiente sulle colpe del sindacato. Come condivisibilmente affermato dalla Corte di cassazione³⁶, infatti, le rappresentanze dei lavoratori non sono affatto portatrici di funzioni dirette al perseguimento degli interessi pubblici: ignorare tale insegnamento porterebbe a deresponsabilizzare la politica, nascondendo (e aggravando) i problemi dell'organizzazione amministrativa.

³⁶ Cass. civ., sez. un., 14 luglio 2015, n. 14689. In argomento v. A. BELLAVISTA, *La Cassazione nega la responsabilità dei rappresentanti sindacali per il cosiddetto danno da contrattazione collettiva*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 4, 2015, p. 629 ss.

I codici di comportamento dei dipendenti pubblici: la tensione tra la disciplina privatistica e quella pubblicistica nel solco delle riforme del pubblico impiego

Francesco Merenda

L'articolo parte da un breve excursus sulle trasformazioni che i codici di comportamento hanno subito in seguito alle riforme che si sono avvicinate dagli anni Novanta fino a giungere all'attuale versione che presenta fattori innovativi, ma anche alcuni elementi problematici. Successivamente, ci si vuole soffermare su due questioni che incidono negativamente sull'efficacia della disciplina dei codici di comportamento: la sovrapposizione tra alcuni obblighi contrattuali e doveri comportamentali; il complesso esercizio della responsabilità disciplinare per la tipizzazione delle sanzioni a causa della difficile convivenza tra la fonte unilaterale e quella negoziale, nonché per fattori intrinseci al procedimento disciplinare stesso. Anche per queste ragioni, nella parte finale si ribadisce la determinante e necessaria funzione dei codici di amministrazione.

1. *Brevi cenni circa l'evoluzione dello strumento*

Nel quadro delle riforme del pubblico impiego la disciplina dei codici di comportamento è stata più volte modificata. La questione risulta però radicalmente innovata dopo la legge 190 del 2012: ora, infatti, la materia dei codici si colloca a metà tra la legislazione anticorruzione e quella sul rapporto di lavoro pubblico, in quanto alcune disposizioni della legge anticorruzione hanno innovato e modificato il d.lgs. n. 165/2001¹.

Il quadro dei doveri dei dipendenti pubblici ha registrato una profonda trasformazione che ha coinciso con la privatizzazione del pubblico impiego. In quel periodo venivano approvate una serie di riforme con-

¹ G. D'ALESSIO, *La legislazione anticorruzione: l'impatto sui rapporti di lavoro pubblico*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, fascicolo unico, 2017.

traddistinte dalla depubblicizzazione² del rapporto di lavoro pubblico e dalla formalizzazione giuridica del modello ispirato al *New Public Management*³, culminate poi nel TUPI del 2001.

I primi due codici di comportamento hanno teso a codificare alcuni princìpi di etica pubblica in doveri giuridici, al fine di migliorare il funzionamento delle amministrazioni pubbliche⁴. Entrambi i codici avevano un rilievo giuridico⁵, al quale tuttavia non corrispondeva una diretta valenza disciplinare per la violazione delle prescrizioni in essi contenute. Per tale motivo, quindi, la natura di questi strumenti era caratterizzata da una debole coerenza e, di conseguenza, da una scarsa assimilazione dei princìpi prescritti da parte dei pubblici dipendenti.

Il primo codice di comportamento è stato approvato con d.m. 30 marzo 1994, adottato sulla base delle previsioni dell'art. 58-*bis* del d.lgs. n. 29/1993⁶. Il codice era formato da 14 articoli contenenti una serie di princìpi e doveri comportamentali, i quali servivano come indirizzo per il corretto esercizio della funzione pubblica. Sin da questa prima versione, il ruolo della contrattazione collettiva risultava essere determinante: i sindacati venivano consultati durante la procedura di formazione e, soprattutto, spettava ai CCNL il compito di recepire il codice come "allegato" al loro interno.

L'approvazione del primo codice, quindi, era emblematica della tensione che si renderà ancora più evidente nelle versioni successive: da un lato vi era la necessità di fare salve alcune peculiarità tipiche del lavoro al servizio dell'amministrazione pubblica che non potevano essere assorbite dalla contrattazione; dall'altro vi era la penetrante cultura della

² V. TENORE, *Privatizzazione del rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione: storia, fonti normative e natura degli atti di gestione del personale*, in V. TENORE (a cura di), *Manuale del pubblico impiego privatizzato*, Roma, EPC, 2011, p. 21.

³ R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Rimini, Maggioli, 2016, p. 251.

⁴ Sui due codici si rinvia a E. CARLONI, *Ruolo e natura dei cd. "codici etici" delle amministrazioni pubbliche*, in *Diritto pubblico*, 1, 2002, pp. 319-360; C. GREGORATTI, R. NUNIN, *I codici di comportamento*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004, p. 827 ss.

⁵ E. CARLONI, *Ruolo e natura dei cd. "codici etici" delle amministrazioni pubbliche*, cit., 2002; B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, Bologna, Il Mulino, 2007.

⁶ Aggiunto dall'art. 26 del d.lgs. n. 546/1993.

privatizzazione del pubblico impiego che affidava l'apparato disciplinare e sanzionatorio alla fonte contrattuale.

La seconda versione del codice di comportamento veniva approvata con d.P.C.M. 28 novembre 2000, con il quale veniva consolidata la supremazia disciplinare della contrattazione⁷. In effetti, veniva sancito che i CCNL avrebbero dovuto provvedere a coordinare le disposizioni in materia disciplinare (art. 1, comma 2).

In séguito, con l'approvazione del d.lgs. n. 165/2001 era stata confermata la struttura e la valenza del codice all'art. 54, ma veniva ribadita la competenza della contrattazione in materia disciplinare e istituiti gli uffici procedimenti disciplinari. Una novità rilevante, sebbene fosse già presente nel codice del 2000, era la previsione che le singole amministrazioni avrebbero potuto adottare codici integrativi (art. 1, comma 5). Nel 2009, invece, iniziava un nuovo ciclo in controtendenza con la *ratio* riformistica che aveva caratterizzato gli anni precedenti. Le materie di competenza contrattuale erano state ridotte significativamente (decontrattualizzazione)⁸ e veniva riaffermata l'autorità della legge rispetto alla precedente convinzione basata sull'efficienza del contratto⁹. Nonostante i significativi cambiamenti apportati dalla riforma del 2009, non era stato effettuato nessun intervento sulla materia dei codici di comportamento. L'esperienza dei primi codici è stata caratterizzata da una serie di criticità, una parte delle quali sono state risolte dalla normativa del 2012, altre invece persistono nell'odierna disciplina vigente. Innanzitutto, la contrattazione non ha attuato un'opera di differenziazione e di adattamento alle singole realtà amministrative, per di più ha tradotto alcune regole in figure astratte e difficilmente rilevabili¹⁰. Tali codici non prevedevano un processo partecipativo condiviso dal basso, come l'attuale, con il risultato che erano poco conosciuti e rispettati dai dipendenti stessi. Hanno

⁷ Già sancito con la riscrittura dell'art. 58-*bis* del d.lgs. n. 80/1998.

⁸ F. CARINCI, *Contrattazione e contratto collettivo nell'impiego pubblico "privatizzato"*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 191, 2013, p. 5.

⁹ V. TALAMO, *Il rapporto tra legge e contrattazione collettiva ai tempi della legge Brunetta*, in G. GARDINI (a cura di), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, Bologna, Bononia University Press, 2012, p. 57.

¹⁰ E. D'ALTERIO, *I codici di comportamento e la responsabilità disciplinare*, in B.G. MATTARELLA, M. PELLISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 218.

influito molto inoltre il mancato collegamento tra doveri e sanzioni, il campo di applicazione limitato al solo personale dell'amministrazione e la poca attenzione prestata alle figure dirigenziali. Ultimo, ma non meno rilevante, fattore è stato lo scarso ricorso generale ai procedimenti disciplinari e, ancor peggio, per violazione dei codici di comportamento¹¹. Il codice del 2013, a differenza delle precedenti versioni, è un regolamento governativo approvato con d.P.R. n. 62/2013, segnando così un importante rafforzamento in virtù della diversa fonte del diritto. Questo elemento, anche se non il solo, marca una grande differenza rispetto a tante altre esperienze dove i codici sono configurati come codici etici e con normative di *soft law*. L'intervento compiuto dal legislatore del 2012 ha voluto soprattutto recuperare la centralità, di rilievo costituzionale¹², dell'attività di servizio svolta dai funzionari pubblici per l'amministrazione¹³, ponendo particolare attenzione all'imparzialità soggettiva¹⁴ degli stessi. I dipendenti, attraverso il rispetto dei doveri fissati nel codice, danno diretta attuazione al dettato costituzionale ed esercitano la funzione in modo imparziale e con disciplina e onore. Lo stretto collegamento tra i principi generali (art. 3) e le singole norme vincola i destinatari del codice al rispetto dei diversi momenti del rapporto dell'attività che svolgono. Infatti, sono sancite regole specifiche in relazione alla posizione (dipendente o dirigente) e alla peculiare attività svolta (contratti, relazioni con il pubblico e incarichi dirigenziali), ma anche in virtù delle attività extra-lavorative che potrebbero ledere l'imparzialità richiesta e la buona reputazione dell'amministrazione.

¹¹ E. CARLONI, *Il nuovo Codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in questa Rivista, 2, 2013.

¹² G. SIRIANNI, *I profili costituzionali. Una nuova lettura degli articoli 54, 97 e 98 della Costituzione*, in F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa*, Firenze, Passigli, 2010, p. 129 ss.; R. CAVALLO PERIN, *L'etica pubblica come contenuto di un diritto degli amministratori alla correttezza dei funzionari*, in F. MERLONI, R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, Franco Angeli, 2009, p. 154; R. CARIDÀ, *Codice di comportamento dei dipendenti pubblici e principi costituzionale*, in *Federalismi.it*, 25, 2016.

¹³ F. MERLONI, A. PIRNI, *Etica per le istituzioni. Un lessico*, Roma, Donzelli, 2021, p. 149.

¹⁴ F. MERLONI, *La legge anticorruzione e le garanzie dell'imparzialità soggettiva dei funzionari pubblici*, in F. CINGARI (a cura di), *Corruzione: strategie di contrasto (legge 190/2012)*, Firenze, Firenze University Press, 2013; E. CARLONI, *Il nuovo Codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, cit.

Rispetto ai primi due codici è stata dedicata una specifica norma alla «prevenzione della corruzione» (art. 8), dato che il codice è considerato come un pilastro coesenziale per la realizzazione del sistema anticorruzione¹⁵. I codici sono strettamente legati a PNA/PTPCT¹⁶, con i quali hanno in comune lo snodo centro-periferico attraverso il quale l'attività preventiva si dipana dall'ANAC alle singole amministrazioni che debbono adottare misure ed azioni mirate.

Alla luce di quanto detto, la responsabilità disciplinare continua ad essere regolata dalla legge (artt. 54, 55-*bis*, comma 7, 55-*quater*, 55-*sexies* del d.lgs. n. 165/2001), dalla fonte privatistica (art. 2106 c.c.) e dalla contrattazione collettiva (art. 40 del d.lgs. n. 165/2001), ma anche dal codice di comportamento. A quest'ultimo è stata riconosciuta un'autonoma valenza disciplinare, sebbene la contrattazione preservi un ruolo centrale nella fissazione di infrazioni e sanzioni. L'art. 16 del d.P.R. n. 62/2013 infatti consente alle due fonti di stabilire le sanzioni da poter applicare, inoltre autorizza la contrattazione a stabilire un ulteriore allineamento tra doveri e sanzioni del codice stesso (art. 16, comma 2). Per tali motivi, di conseguenza, ne deriva una vera e propria concorrenza tra le due fonti. Un ulteriore rafforzamento è stato effettuato dal d.lgs. n. 175/2017 che ha incluso all'art. 55-*quater* il licenziamento senza preavviso per «gravi o reiterate violazioni dei codici di comportamento»¹⁷.

Occorre infine tenere presente che, nonostante di séguito siano trattate alcune problematiche, le questioni aperte sono molteplici: la difficile coesistenza di codici dal diverso grado di giuridicità, ad esempio tra codici etici e di comportamento nelle università; l'assenza di adeguati strumenti istruttori in ambito disciplinare; le diverse categorie di personale tenute al rispetto del codice; il ruolo e la natura degli uffici procedimenti disciplinari.

¹⁵ Altre norme del codice che rafforzano la prevenzione della corruzione sono gli artt. 4, 6 e 9.

¹⁶ C. TUBERTINI, *Piani di prevenzione della corruzione e organizzazione amministrativa*, in *Jus*, 3, 2016, pp. 135-152; R. CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 81-84.

¹⁷ Per una lettura critica si veda U. GARGIULO, *Il licenziamento disciplinare*, in M. ESPOSITO, V. LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 262-263.

2. *La sovrapposizione tra gli obblighi contrattuali ed i doveri comportamentali*

Il pubblico impiego è costituito da un rapporto di lavoro bilaterale dal quale derivano una serie di regole da rispettare. I doveri del dipendente pubblico sono suddivisi in due categorie: una di carattere pubblicistico legata direttamente ai principi di rilevanza costituzionale; l'altra è legata a doveri di stampo privatistico (artt. 2104-20105 c.c.). La determinazione dei doveri spetta sia alla contrattazione collettiva sia al codice di comportamento: il CCNL è di natura pattizia e deve stabilire gli obblighi afferenti alla prestazione lavorativa; il codice di comportamento, invece, è di natura unilaterale e quindi è abilitato a sancire i doveri che hanno a che fare con il rapporto di ufficio e con l'integrità del dipendente pubblico. Quello che appare come un sistema chiaramente suddiviso in due distinte sfere di competenza è in realtà caratterizzato da un vero e proprio rapporto conflittuale, a causa del difficile bilanciamento tra l'attenzione alla prestazione e l'esercizio della funzione pubblica. Tale tensione si evince, soprattutto, attraverso il confronto tra gli obblighi sanciti nei CCNL di comparto¹⁸ e i doveri stabiliti nei codici di comportamento.

Ci sono doveri del codice di comportamento che sembrerebbero più coerenti con la prestazione vera e propria e, al contrario, obblighi disciplinari che invadono la fonte pubblicistica con il risultato di ridurre il valore dei codici di comportamento stessi.

Le disposizioni incluse nel codice nazionale alla sezione «Comportamento in servizio» (art. 11) sono specificate in modo dettagliato nei CCNL e dovrebbero appartenere più alla micro organizzazione, in quanto espressione della prestazione di lavoro vera e propria. Un esempio è l'utilizzo dei permessi di astensione dal lavoro, del materiale e delle attrezzature di proprietà dell'amministrazione.

Altre sovrapposizioni sono presenti alla sezione «Rapporti con il pubblico» del codice nazionale (art. 12), dove si impone al dipendente di espletare alcuni compiti prestazionali, i quali sono specificati in modo ancora più dettagliato in alcuni codici integrativi¹⁹.

¹⁸ Cfr. L. GALANTINO, *Diritto del lavoro pubblico*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 33-35.

¹⁹ Si vedano: l'art. 15, commi 3,4,5 e 6 del codice del Ministero degli interni; l'art. 10, comma 2 del codice del Comune di Genova; l'art. 13 del codice dell'INFN; l'art. 11 del codice del

Questi precetti, è da notare che, sebbene siano importanti per la prestazione di lavoro pubblico lo sono altresì per il settore privato. Per cui, alcune prescrizioni presenti agli artt. 11 e 12 del codice nazionale non sono peculiari della specialità del rapporto di lavoro pubblico, bensì sono relativi a qualunque rapporto di lavoro che si instaura tra un dipendente e il suo datore.

Merita una riflessione anche il dovere sancito nel codice nazionale che prescrive al dipendente di dover assicurare la continuità del servizio (art. 12, comma 3). Questa può essere accostata al principio di continuità amministrativa che si rifà direttamente ai principi di buon andamento ed imparzialità, ma è anche sancito nella versione disciplinare tra le cause di sanzione relative alle «ingiustificate assenze collettive in periodi dove si deve particolarmente garantire la continuità nell'erogazione di servizi all'utenza» (art. 13, comma 8, lett. *f*) CCNL istruzione e ricerca 19.4.2018). In verità, è proprio l'art. 55-*quinquies* del d.lgs. n. 165/2001 a stabilire che spetta proprio alla contrattazione fissare le sanzioni per queste cause. Nonostante tale prescrizione venga declinata in modo diverso, più generico nel codice di comportamento e più specifico in quello disciplinare, è auspicabile che la disposizione dall'art. 12 del codice nazionale venga inclusa nei principi generali evitando di conseguenza l'interferenza tra le due fonti.

Si rilevano anche problemi che vanno nel verso opposto: ci sono disposizioni interne ai codici disciplinari che sono più marcatamente riconducibili alla disciplina pubblicistica e pertanto non dovrebbero essere stabilite per via negoziale.

Una delle principali contestazioni mossa dai sostenitori della prevalenza disciplinare del contratto riguarda un principio sancito nel codice di comportamento nazionale. Si tratta del principio di diligenza che è da sempre considerato cruciale per la prestazione lavorativa e, quindi, rientrante nella disciplina contrattuale. In realtà, la diligenza di cui parla il codice di comportamento è da collegare ad altri importanti principi e doveri che sono di natura prettamente costituzionale. La diligenza richiesta al dipendente pubblico, quale destinatario delle prescrizioni del codice di

comportamento, risulta essere coesistente per l'adempimento di quei fini previsti dalla Costituzione e dalla fonte primaria (art. 2104 c.c.). In effetti, il principio di diligenza presuppone il rispetto della disciplina ed onore sancita all'art. 54, comma 2 Cost., che rappresenta il riferimento unificante²⁰ dei doveri posti a carico del funzionario pubblico.

Alcune prescrizioni analoghe sono presenti alla sezione «Obblighi del dipendente» contenuta nei CCNL per tutti i comparti: *b*) rispettare il segreto d'ufficio; *c*) non utilizzare a fini privati le informazioni di cui disponga per ragioni di ufficio; *p*) astenersi dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possono coinvolgere interesse finanziario che riguardano parenti (...) fino al secondo grado; *b*) eseguire le disposizioni inerenti l'espletamento delle proprie funzioni o mansioni che gli siano impartite dai superiori». Queste prescrizioni sono di derivazione unilaterale e, quindi, dovrebbero essere sancite sia dalla legge sia dal codice di comportamento.

L'obbligo che prevede di «mantenere nei rapporti interpersonali e con gli utenti, condotta adeguata ai principi di correttezza ed astenersi da comportamenti lesivi della dignità della persona» (art. 60, comma 3, lett. *f*) CCNL funzioni centrali 12.2.2018), è parimenti presente nel codice nazionale laddove si impone al dipendente di agire con spirito di servizio, correttezza e disponibilità (art. 12 del d.P.R. n. 62/2013). Questi obblighi assumono una certa rilevanza nell'amministrazione pubblica, dato che essa concorre a rimuovere gli ostacoli che rischiano di compromettere la parità di trattamento che è un principio direttamente collegato agli artt. 3 e 97 Cost. Dal combinato disposto di questi articoli ne deriva che la p.a. non può discriminare in nessun modo i destinatari dell'azione amministrativa, per tale motivo qualunque comportamento che potrebbe ledere un diritto fondamentale non può che essere sancito necessariamente dalla legge ed in secondo luogo dal codice di comportamento. Un'altra regola rinvenibile nelle due fonti è quella che prescrive al dipendente di fornire al cittadino le informazioni con il rispetto dei limiti previsti dalla legge e dai regolamenti in materia, sancita nel codice nazionale laddove si elencano i comportamenti da tenere nei confronti

²⁰ G. SIRIANNI, *I profili costituzionali. Una nuova lettura degli articoli 54, 97 e 98 della Costituzione*, cit., p. 133.

del pubblico (art. 12, commi 4-5), mentre nei codici disciplinari figura tra gli obblighi (art. 60, lett. *d*) CCNL funzioni centrali 12.2.2018). Anche questa regola dovrebbe essere presente solo nel codice di comportamento, sia per il collegamento di essa con la norma in materia di trasparenza e tracciabilità (art. 9), sia perché viene coordinata con il diritto di accesso, la tutela del segreto di ufficio e il trattamento dei dati personali.

Relativamente al conflitto di interessi, nel codice nazionale è stata dedicata una norma alquanto minuziosa con annessi obblighi di comunicazione e di astensione, nonostante il difficile rapporto tra essa e l'art. 6-*bis* della l. n. 241/1990²¹. Il rafforzamento del nuovo codice in quest'ambito è confermato dalla capacità conferita alle amministrazioni di includere norme ulteriori che possano contemplare casi ed azioni ritenute particolarmente conflittuali. Viceversa, negli obblighi contrattuali è presente una formulazione piuttosto scarna ed insoddisfacente. Sarebbe pertanto opportuno riservare in via esclusiva tale disciplina al codice di comportamento sia per la maggiore esaustività sia per la natura stessa del conflitto di interessi che non può essere rimessa alla fonte negoziale. La stretta relazione esistente, infatti, tra il conflitto di interessi e il principio di imparzialità (art. 97 Cost.) legittima la competenza della fonte primaria e, in secondo luogo del d.P.R. n. 62/2013²² a disciplinare tale ambito. Il codice inoltre affronta la prevenzione e gestione del conflitto di interessi in modo ampio, attraverso una serie di doveri che riguardano varie fasi ed attività svolte dal personale in rapporto di servizio (artt. 4, 5, 6 e 7), ma anche da collaboratori o consulenti che sono in rapporto d'ufficio con l'amministrazione.

Un divieto sanzionato nel codice disciplinare è quello delle «manifestazioni ingiuriose nei confronti dell'azienda o dell'ente» che però non è incluso tra gli obblighi (art. 66, comma 4, lett. *f*) CCNL sanità 21.5.2018), mentre nel codice nazionale è sancito che: «il dipendente si astiene da

²¹ Cfr. G. D'ANGELO, *Conflitto di interessi ed esercizio della funzione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 66-74.

²² Sulla relazione tra Costituzione, legge e codice di comportamento in merito al conflitto di interessi, si rinvia a I.A. NICOTRA, *Il conflitto di interessi come declinazione del principio costituzionale d'imparzialità*, in *Rivista AIC*, 3, 2020.

dichiarazioni pubbliche offensive nei confronti dell'amministrazione» (art. 12, comma 2 del d.P.R. n. 62/2013). Questi divieti sono riconducibili al danno all'immagine della pubblica amministrazione, lesivi del buon andamento e, quindi, di chiara natura pubblicistica. Larga parte delle violazioni delle norme del codice, infatti, può implicare un danno all'immagine allorquando la condotta è qualificata da dolo o colpa grave²³. Se un dipendente pubblico commettesse ciò, metterebbe a rischio la buona reputazione che i cittadini hanno nei riguardi dell'amministrazione. Quindi, sebbene la sanzione del codice disciplinare richiami l'art. 1 della l. n. 300/1970, sarebbe più opportuno farla discendere direttamente dall'art. 12 del codice nazionale.

Pure sulla figura dei dirigenti troviamo prescrizioni molto simili all'art. 14 del codice nazionale e negli obblighi dei codici disciplinari di comparto, i quali dedicano spesso al personale dirigente un'apposita sezione. Il dirigente è senza dubbio la principale figura interna alla p.a. che risente: «dell'oscillazione del pendolo riformatore²⁴» tra il modello privatistico ed il modello pubblicistico, con la conseguente assunzione di vari compiti e responsabilità. Proprio per questo motivo, sarebbe opportuna una sintesi tra le regole per evitare inutili ripetizioni. Alcune amministrazioni, infatti, hanno incluso in un'unica sezione i doveri posti a carico delle figure dirigenziali²⁵.

Allo stato attuale, quindi, non vi è una distinta e precisa definizione dei doveri operata dalle due fonti. Questo problema, malgrado non si ripercuota del tutto sulla individuazione della sanzione sul piano disciplinare, lo è più che altro per la concreta efficacia prescrittiva del codice di comportamento.

²³ S. SFRECOLA, *La responsabilità amministrativa per danno erariale connesso alla violazione del codice*, in P.M. ZERMAN (a cura di), *Il codice di comportamento*, in *Diritto e pratica amministrativa*, 7/8, 2013.

²⁴ G. GARDINI, *La dirigenza locale in bilico tra uniformità e specialità. Una riflessione alla luce della proposta di riforma Madia*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2, 2016.

²⁵ Per es. il Comune di Milano e la Regione Emilia-Romagna.

3. La difficile attuazione operativa nelle amministrazioni per il complesso raccordo in sede disciplinare e per il rapporto con il procedimento penale

Negli anni recenti ci sono stati due percorsi paralleli, ma non coincidenti, finalizzati alla valorizzazione della responsabilità disciplinare. Un primo approccio di tipo “autoritativo” è stato operato dalle riforme Brunetta e Madia, i cui interventi hanno apportato modifiche in merito ai soggetti, alle tipologie ed allo svolgimento del procedimento disciplinare.

Il secondo approccio, viceversa, è quello derivato dalla riforma del 2012, che ha puntato sul rafforzamento della disciplina attraverso un investimento sulle amministrazioni. La responsabilità disciplinare ha assunto inoltre l'importante valenza di strumento di contrasto alla corruzione e alla malamministrazione²⁶, ponendosi come aggiuntiva²⁷ rispetto agli altri tipi di responsabilità.

Le amministrazioni sono chiamate a punire (e prevenire) quei comportamenti che, sebbene non vengano reputati gravi, compromettono il corretto espletamento della funzione pubblica. La logica preventiva, conferita alle amministrazioni, si basa sulla convinzione che un maggior impiego dello strumento disciplinare sia anche utile ad evitare il ricorso ai procedimenti penali.

La tensione principale che viene a determinarsi è data dal sistema disciplinare che abilita i due codici a determinare le sanzioni da applicare. Il punto di incontro è l'art. 54 del TUPI che sancisce la diretta valenza disciplinare delle norme del codice, mentre l'art. 55, comma 2 consente alla contrattazione di definire le sanzioni, ma non per quanto concerne il precedente art. 54. Da ciò ne consegue che i codici di comportamento possono introdurre le sanzioni per la loro violazione, ma emerge anche l'idoneità concorrente e non esclusiva della fonte contrattuale.

²⁶ P. BARRERA, *La responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, in F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, cit., 2010. Su malamministrazione e corruzione amministrativa G. PIPERATA, *Il sistema di prevenzione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni: un'introduzione*, in F. CERIONI, V. SARCONI (a cura di), *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2019, pp. 3-6.

²⁷ P. TULLINI, *L'inadempimento e la responsabilità disciplinare del dipendente pubblico: tra obblighi giuridici e vincoli deontologici*, in WP CSDLE “Massimo D'Antona”, 229, 2014, p. 16.

Nonostante ciò, non è stata apportata modifica alcuna dal legislatore per dar espresso séguito alla nuova portata disciplinare del codice. L'art. 16 del codice nazionale risulta molto vago in merito: afferma che le sanzioni sono quelle previste dalla legge, dai regolamenti e dai CCNL, ma non ci sono ulteriori elementi. Le uniche indicazioni specifiche sono quelle relative ad alcune sanzioni di tipo espulsivo, delimitate rigidamente dall'espressione «possono essere applicate eccezionalmente nei casi (...)». Sempre nel codice, inoltre, è sancito che i contratti collettivi possono introdurre altri criteri per individuare le sanzioni (art. 16, comma 2). A ciò si aggiunga che i singoli codici di amministrazione, tranne in pochi casi²⁸, sono sprovvisti di sanzioni definite, con una conseguenza su tutte: la contrattazione collettiva continua ad effettuare la connessione tra sanzioni e violazioni del codice stesso. In un'amministrazione nella quale ci sono dettagliate sanzioni all'interno del codice disciplinare e un codice integrativo privo di ciò, i dirigenti e gli UPD non esitano a seguire la prima fonte. Ciò rappresenta una prima motivazione che rileva la carenza delle regole del codice nel trasferimento sul piano disciplinare. L'ANAC ha affrontato più volte la tensione tra i due codici, sia per i doveri sia per l'ambito disciplinare, attraverso la predisposizione delle linee-guida (le delibere n. 75/2013 e la n. 177/2020), nelle quali ha avanzato proposte e auspicato la risoluzione di questi contrasti. Nella prima versione l'autorità, sulla scia delle novità legislative, prevedeva la possibilità per le amministrazioni di introdurre puntuali sanzioni. Nelle attuali linee guida, invece, è stata dedicata un'apposita sezione («i rapporti con la contrattazione collettiva») ove vengono identificate le criticità rinvenute nella prassi, viene rivendicato il ruolo del codice e rilevate le inottemperanze dei CCNL. L'autorità inoltre ha riconosciuto la fonte contrattuale come quella abilitata ad effettuare la corrispondenza dei doveri e delle sanzioni tra i due codici. Al contempo, però, ha riscontrato una vera e propria «assenza di coordinamento» e perciò rinviato ad una futura proposta di modifica legislativa per risolvere la concorrenza tra le due fonti. Un'altra rimarchevole difficoltà operativa, tra l'altro, è da individuare nella relazione tra il procedimento disciplinare e quello penale. Nonostante

²⁸ Si segnalano i seguenti: Comune di Novara, ACI, Ministero della Cultura e quello del personale del Consiglio regionale del Lazio.

le recenti riforme abbiano prestato maggiore attenzione allo strumento disciplinare, quello penale continua a prevalere. Le cause di ciò sono date dall'ampio divario esistente tra le capacità e i mezzi che vengono adoperati per i due piani. La magistratura ha un ampio apparato imputato a reperire e conoscere i fatti ipotesi di reato, avvalendosi di una strumentazione altamente utile e sofisticata. Viceversa, le amministrazioni non dispongono di tutto ciò e, anzi, riscontrano varie difficoltà nell'individuazione delle eventuali infrazioni. Si pensi, ad esempio, alla difficile segnalazione degli illeciti del *whistleblower*, nonostante il rafforzamento operato dalla l. n. 179/2017. Quindi, è chiaro che se nemmeno un dipendente tutelato per la sua "soffiata" sia in grado di riferire ciò, si riducono drasticamente le possibilità per l'amministrazione di venire a conoscenza dei fatti.

La relazione tra le due forme di responsabilità (art. 55-ter del d.lgs. n. 165/2001) diviene maggiormente complessa quando una condotta potrebbe riguardare entrambe le forme. Prima del 2009 vigeva la pregiudizialità del processo penale sul disciplinare, mentre oggi è stata affermata: «l'autonomia del processo penale e del procedimento disciplinare»²⁹, pertanto quest'ultimo prosegue al di là del primo. Tuttavia, esiste la facoltà per l'amministrazione di sospendere il procedimento disciplinare in attesa del giudizio penale (art. 55-ter, comma 1)³⁰. Il dipendente accusato, tranne se non viene sospeso, continua a svolgere la propria funzione con due rilevanti conseguenze: mina l'immagine della p.a. e sminuisce la portata del piano disciplinare stesso³¹. Viceversa, sul piano penale vige l'obbligatorietà della sospensione cautelare per i reati gravi che non consentono al dipendente di continuare a lavorare e se si tratta di un dirigente di svolgere l'incarico che gli è stato conferito in precedenza. Ulteriore problema è che spesso il procedimento disciplinare non viene attivato in modo effettivamente tempestivo. Il principio dell'immediatezza della contestazione infatti sembra scontrarsi sia con la complessa attività conoscitiva dell'amministrazione sia con i tempi di formulazione della

²⁹ Cass. Civ., sez. lavoro, 02 gennaio 2020, n. 6.

³⁰ Ciò è ribadito anche nella sentenza Cass. Civ., sez. lavoro, 13 maggio 2019, n. 12662.

³¹ F. MERLONI, A. PIRNI, *Etica per le istituzioni. Un lessico*, 2021, cit., p. 150.

contestazione, che fino a poco tempo fa decorrevano dalla prima acquisizione della notizia. In merito a ciò, la riforma Madia (d.lgs. n. 75/2017), operando una dettagliata distinzione tra le tre tipologie di procedimenti disciplinari con annessi tempi e competenze³², ha dato centralità alla piena conoscenza dei fatti (art. 55-*bis*, comma 4) rispetto ai rigidi tempi previsti per la contestazione.

Per tali motivi, si constatano limiti e difficoltà nelle varie attività che precedono l'attivazione stessa della responsabilità disciplinare. In molti casi, difatti, la violazione dei tempi per la contestazione viene invocata dagli incolpati nelle cause che hanno come oggetto un probabile comportamento rilevante ai fini disciplinari.

Insomma, si ha l'impressione che le conseguenze disciplinari siano, quasi sempre, irrogate dopo le accertate responsabilità penali, riducendo così l'autonoma valenza disciplinare e vanificando la portata preventiva dei codici.

Di fronte alla suddetta complessità, la contrattazione contribuisce a rendere ancora più difficile l'esercizio disciplinare derivante dal mancato rispetto delle regole del codice. Essa conferisce importanza solo a quelle regole che sono più gravi e che vengono attratte dalla responsabilità penale³³, con il conseguente depotenziamento disciplinare. Per giunta, vi è una previsione molto generica che limita significativamente la connessione dei doveri del codice con l'apparato sanzionatorio, la quale sancisce la punibilità delle infrazioni che derivano da «disservizio ovvero danno o pericolo all'amministrazione, agli utenti o ai terzi» (art. 59, comma 3, lett. *b*) CCNL funzioni locali 21.05.2018). Contrariamente a ciò, tutti i codici disciplinari riportano tra gli obblighi alcuni principi del codice di comportamento.

Si deduce, quindi, che la contrattazione non solo invade la sfera di competenza di alcuni doveri spettanti al codice, bensì attua un recepimento parziale privo di logica, dal quale scaturisce un assetto confuso e contraddittorio. La contrattazione dovrebbe limitarsi a sancire gli obblighi che hanno a che fare con il rapporto di servizio e stabilire le sanzioni

³² V. TENORE, *Le novità apportate al procedimento disciplinare nel pubblico impiego dalla riforma Madia (d.lgs. n. 75 del 2017 e n.118 del 2017)*, in *LavoroDirittiEuropa*, 1, 2017.

³³ Emblematica di ciò è la sentenza Cass. Pen., sez. lavoro, 7 giugno 2016, n. 11628.

derivanti dalle regole del codice di comportamento. Allo stato attuale, invece, la contrattazione sceglie di dare effettività disciplinare solo a quei doveri che ritiene utili, escludendo in tal modo dall'elenco delle sanzioni buona parte di essi.

Il risultato di quanto detto finora è che, oltre alla difficoltà operativa vera e propria, i procedimenti disciplinari nel pubblico impiego³⁴ rimangono schiacciati sul rispetto degli obblighi di prestazione a scapito dei doveri del codice che, è bene ricordare, sono espressione di interessi pubblici che vanno ben oltre il rapporto sinallagmatico tra il dipendente e l'amministrazione nella veste di datore di lavoro. Autorevole dottrina³⁵, infatti, ricorda che di fronte ai cittadini-amministrati, i dipendenti pubblici assumono specifici doveri ai quali debbono seguire eventuali sanzioni in caso di comportamenti contrari.

Si avverte la necessità di ribadire che il dipendente, nell'ambito del pubblico impiego, è un funzionario pubblico e pertanto vi sono limiti invalicabili per la contrattazione. In verità, già la fonte primaria prevede ciò (art. 40 del d.lgs. n. 165/2001), ma le carenze dell'assetto attuale favoriscono lo spazio eccessivo occupato dalla contrattazione. Risulta perciò fondamentale rendere concreto il compito dei codici di comportamento, ovvero di contribuire al miglioramento delle amministrazioni dal loro interno.

4. Considerazioni conclusive: l'essenziale ruolo dei codici di amministrazione

Nonostante sia stato acclarato il potenziamento dei codici sul piano normativo, perdurano problemi attribuibili sia alla prassi dei codici stessi sia alla resistenza di fattori che riducono la portata cogente.

Fermo restando che i doveri comportamentali del dipendente pubblico dovrebbero essere, a parere di chi scrive, statuiti esclusivamente dalla

³⁴ Si veda S. DEL SARTO, M. GNALDI, F. BARTOLUCCI, *A longitudinal analysis of the degree of accomplishment of anti-corruption measures by Italian municipalities: a latent Markov approach*, in A. ABBRUZZO, E. BRENTARI, M. CHIODI, D. PIACENTINO (a cura di), *Book of Short Papers SIS 2018*, Torino, Pearson, 2018, pp. 856-861.

³⁵ R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *Status dell'impiegato pubblico, responsabilità disciplinare e interesse degli amministrati*, in *Diritto Amministrativo*, 1, 2009.

fonte primaria e da atti unilaterali come il codice, bisogna tener conto che la contrattazione collettiva detiene maggiore capacità disciplinare. Si potrebbe indicare una soluzione per ovviare all'inerzia del legislatore in materia, focalizzando l'attenzione sui codici di comportamento d'ogni amministrazione. La legge ha conferito a questi codici il ruolo di coprotagonisti del sistema anticorruzione, per tale motivo dovrebbero concretamente effettuare la prevenzione del rischio e contribuire a rendere più effettivo lo stesso sistema disciplinare. La portata di essi è accostabile a quella degli atti amministrativi generali, le cui norme sono decise in modo unilaterale e sono valide per tutte le categorie di dipendenti pubblici annoverate nell'ambito di applicazione del codice nazionale (art. 2).

I codici integrativi, a quasi dieci anni dalla l. n. 190/2012, conoscono una divergente esperienza nell'attività di specificazione di quei "doveri minimi" sanciti all'art. 1 del d.P.R. n. 62/2013. Il codice nazionale porta con sé anche il problema della presenza di alcune norme dal contenuto vago, che obbligano ulteriormente l'intervento di dettaglio da parte dei singoli codici.

A tal fine, l'ANAC ha introdotto specifiche linee guida nel campo della sanità³⁶, per risolvere il problema della presenza di regole poco confacenti alle dimensioni organizzative di queste amministrazioni. Per quanto ne sia derivato un oggettivo miglioramento di questi codici, in particolare quelli delle aziende sanitarie locali, il problema permane. In effetti, applicare la medesima logica della contrattazione strutturata in comparti, per la predisposizione di linee guida suddivise in categorie, risulterebbe un'operazione senz'altro correttiva ma non esaustiva. È noto che le tipologie di amministrazioni pubbliche siano così tante da non poter essere facilmente racchiuse in 5/6 macro-categorie di area. I doveri dei funzionari necessitano di un'attenta mappatura del rischio e di annesso misure adeguate alle vicende organizzative e, di conseguenza, ai fattori propri che caratterizzano l'attività di quegli uffici. Ogni amministrazione è anche la sua storia³⁷, per cui bisogna insistere sul necessario impegno cui ognuna di esse è chiamata ad ottemperare.

³⁶ Determinazione n. 358 del 29/03/2017.

³⁷ S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 2019, p. 3.

La fissazione di doveri ulteriori risulta indispensabile per disciplinare le condotte di particolari categorie di lavoratori presenti in alcune amministrazioni. In esse lavorano figure che svolgono compiti molto delicati e specifici, ai quali debbono coincidere delle regole comportamentali altrettanto puntuali. A titolo d'esempio, si pensi che all'interno di un Comune operano dipendenti che svolgono mansioni molto diverse tra loro: le figure che si interfacciano con il pubblico (URP); il personale educativo e dei servizi sociali; coloro che lavorano a stretto contatto con l'organo di indirizzo politico; chi lavora nell'area dei contratti e chi nell'area di assunzione del personale; il corpo della polizia municipale. Quindi, è opportuno che le amministrazioni tengano conto dei potenziali rischi legati alle distinte funzioni operanti al proprio interno.

La soluzione sembra perciò convergere verso tre punti nodali: il necessario ruolo delle amministrazioni nel prevedere regole concretamente complementari a quelle del codice nazionale; un'elencazione completa delle sanzioni derivanti dal mancato rispetto delle norme; evitare le sovrapposizioni delle disposizioni contenute nei due codici.

Le poche buone pratiche esistenti³⁸ testimoniano una maggiore chiarezza generale: il dipendente ha un quadro certo circa il comportamento da tenere; i dirigenti e gli UPD vedono ridursi la complessa attività di tipizzazione e si pone rimedio alla tensione scaturita dalla presenza di due distinti codici.

Il secondo elemento fondamentale è l'imprescindibile predisposizione delle sanzioni disciplinari ad opera dei CCNL. Rispetto al sistema attuale, la contrattazione dovrebbe provvedere ad includere le violazioni dei codici di amministrazione e non solo quelle derivanti dai comportamenti contrari alla prestazione.

Per ultimo, si dovrebbero apportare le necessarie correzioni sui nuovi CCNL di comparto per evitare che essi prevedano alcune regole che sono di competenza del codice di comportamento, evitando di fatto l'attuale interferenza.

Il sistema dovrebbe essere articolato tra la fissazione dei doveri operata a livello periferico dai codici di amministrazione, mentre l'apparato di-

³⁸ Si segnalano: Comuni di Alcamo, Verona, Parma e Bologna; ATS Milano e ASL Roma 2; Università La Sapienza di Roma; Ministero della giustizia e MISE; INPS e ANAC.

disciplinare e sanzionatorio definito a livello centrale. Il piano disciplinare, per giunta, dovrebbe essere potenziato mediante maggiore capacità di accertamento in capo alle amministrazioni con strumenti e procedure più efficaci.

Non occorre, in definitiva, riformare integralmente la disciplina dei codici, bensì apportare alcune necessarie modifiche³⁹ e pretendere maggiore attenzione dalle amministrazioni. D'altronde, l'esperienza dei nostri codici è considerata come una *best practice* a livello internazionale⁴⁰ e proprio per questo motivo occorre preservarne l'impianto.

Un'amministrazione che si prepara alla sfida della transizione digitale e, probabilmente, ad un ridimensionamento organizzativo generale ha certamente bisogno di dipendenti che abbiano maggiori conoscenze e competenze⁴¹, ma che siano, oggi più che mai, imparziali e coscienti della *mission* che l'amministrazione pubblica affida ad ognuno di loro. I codici di comportamento costituiscono indubbiamente uno strumento essenziale per il raggiungimento di questi obiettivi, in particolare per investire «sulla qualità dell'amministrazione come organizzazione»⁴².

³⁹ Per una serie di proposte dettagliate, si rinvia a *Relazione del Gruppo di lavoro sulle Linee Guida ANAC in materia di codici di comportamento dei dipendenti pubblici*, 2019, pp. 96-109.

⁴⁰ Il nostro ordinamento è uno dei pochi che ha dato séguito all'indicazione dell'art. 8, c. 6 della Convenzione di Mérida.

⁴¹ *Digitalizzazione, innovazione e sicurezza nella p.a.*, in *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, pp. 86-97.

⁴² A. PIOGGIA, *I cultori del diritto amministrativo e la trasformazione della Pubblica Amministrazione*, in *orizzontideldirittopubblico.com*, 5 marzo 2021.

La valorizzazione del merito nel pubblico impiego: frammenti di un percorso a ostacoli lungo un sentiero senza fine?

Marcello Salerno

Il lungo percorso di riforme della pubblica amministrazione è segnato da scelte legislative che, in più occasioni, appaiono accomunate dall'intento di valorizzare il "risultato" quale parametro posto a fondamento non solo del trattamento retributivo ma anche della progressione delle carriere nel pubblico impiego, al fine di promuovere efficienza ed efficacia nell'azione amministrativa e, in ultima istanza, di dare valore al principio del merito. Un principio che, sotto diversi profili, trova fondamento costituzionale e con il quale sia il legislatore che la giurisprudenza costituzionale si confrontano in più occasioni. Il contributo mira a far emergere tali aspetti con l'obiettivo di verificare la coerenza del quadro normativo rispetto al principio del merito e di tratteggiare quale dinamica forma assume il continuo bilanciamento tra tale principio e altri obiettivi di rilievo costituzionale.

1. La valorizzazione del merito tra performance e progressioni di carriera

Il d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 ha rappresentato una importante occasione di valorizzazione del "risultato" quale parametro posto a fondamento del trattamento retributivo dei dirigenti pubblici (*Performance-Related Pay*) e della progressione delle carriere. Il tentativo del legislatore è stato quello di superare gli avanzamenti di tipo automatico (come quelli basati sull'anzianità di servizio) e, facendo ricorso a criteri il più possibile oggettivi e misurabili¹, andare verso meccanismi che premiano la capacità

¹ L'introduzione di sistemi di retribuzione basati sulla *performance* rappresenta, come è noto, un elemento diffusamente rinvenibile nei processi di riforma basati sulla logica del *New Public Management* i quali, richiamandosi ad una serie di principi, modelli e dottrine sull'ammi-

di perseguire i risultati e, in ultima analisi, mirano a dare valore al merito (*merit pay*)². Un tema, quello del merito nelle pubbliche amministrazioni, che non solo è costantemente al centro del dibattito pubblico³ ma assume rilievo costituzionale⁴ specie nella misura in cui entra in relazione, in

nistrazione (C. HOOD, M. JACKSON, *Administrative Argument*, Dartmouth Publishing, Aldershot, 1991, p. 1 ss.) o semplicemente ad una serie di idee di *management* pubblico (D.F. KETTL, *The Global Revolution in Public Management: Driving Themes*, in *Missing Journal of Policy Analysis and Management*, 1997, p. 446 ss.) hanno come comune obiettivo una nuova visione dell'amministrazione pubblica fondata, sostanzialmente, sull'enfasi attribuita alla responsabilità manageriale di chi si colloca al vertice delle organizzazioni, sulla definizione di obiettivi chiari, sull'allocazione delle risorse e la premialità in relazione alla *performance*. Così G. REBORA, *Public Management: una prospettiva di scienza dell'organizzazione*, in *Riv. it. publ. man.*, 1, 2018, p. 70.

² La valutazione del personale non solo ha come scopo la valorizzazione delle migliori risorse umane (G. VECCHI, *La valutazione della performance: strumento per una – non più rinviabile – politica di sviluppo organizzativo nel settore pubblico*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 4, 2019, p. 76 ss.) ma rappresenta anche un «mezzo per garantire il rispetto del principio del merito» (F. BORGOGELLI, *Le ragioni giuridiche della valutazione nelle pubbliche amministrazioni e le aporie del sistema*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 4, 2019, p. 93 ss.). Già nel 2008, l'80% dei Paesi OECD aveva adottato sistemi di *merit pay* nella pubblica amministrazione, lo rileva R. RUFFINI, *I sistemi di retribuzione variabile nella pubblica amministrazione tra norma e prassi*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 4, 2019, p. 133 ss., il quale, tuttavia, appare molto scettico sulla loro reale validità. Sulla effettiva capacità del sistema delle *performance* di misurare la complessità fenomenica e le peculiarità intrinseche dell'attività amministrativa v. E. D'ALTERIO, *Il lungo cammino della valutazione nelle pubbliche amministrazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, p. 571 ss.; G. IACOVONE, *Indicatori di valutazione e buon andamento amministrativo nella performance dei pubblici dipendenti, in federalismi.it*, 1, 2020, 101 ss.; G. NICOSIA, *La complicata evoluzione del controllo gestionale sul "capitale umano" nelle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2019, p. 781 ss. Sui profili problematici riconducibili alla sostanziale irresponsabilità degli organi titolari dell'indirizzo politico-amministrativo per la violazione degli obblighi gravanti sugli stessi in relazione al piano delle performance v. A. ZITO, *Il sistema della performance della pubblica amministrazione tra disegno organizzativo e svolgimento della funzione*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2020, p. 600 ss., in part. p. 608 ss.

³ Solo per qualche riscontro sulla stampa v. D. MARAINI, *L'elogio del talento e della competenza*, in *Corriere della Sera*, 8/01/2019, p. 37; A. COLOMBO, *Questo Paese non dà risposte alla richiesta di meritocrazia*, in *La Repubblica*, 29/09/2019, p. 4; C. BRAMBILLA, *Il Forum della meritocrazia sfida la crisi. Premiare i più bravi aiuta la crescita*, in *La Repubblica*, 16/05/2012, p. 7; E. POLIDORI, *Draghi: per tornare a crescere meno tasse e più meritocrazia*, in *La Repubblica*, 1/06/2008, p. 8. «Valorizzare i talenti, premiare i meriti: queste espressioni ricorrono sempre più spesso nel dibattito pubblico e sembrano raccogliere ampio consenso all'interno della classe dirigente italiana», M. FERRERA, *Quando sono i giovani a non volere la meritocrazia*, in *Corriere della Sera*, 10/06/2007, p. 30.

⁴ Il tema del merito si diffonde sempre di più in vari ambiti del dibattito giuspubblicistico. Tra chi lo affronta in termini più espliciti v. B.G. MATTARELLA, *Il principio del merito*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 153 ss.; S. CASSESE, *L'ideale di una buona amministrazione. Il principio del merito e la stabilità degli impiegati*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, *passim*; G. FONTANA, *Dis-eguaglianza e promozione*

particolare, con il principio di buon andamento (cui si fanno ricondurre efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa)⁵, con la regola del concorso nell'accesso al pubblico impiego, (art. 97 Cost.) o con il principio di proporzionalità della retribuzione alla qualità del lavoro⁶.

La riforma Madia⁷, nel novellare il d.lgs. n. 165/2001, ha confermato che la contrattazione collettiva integrativa deve assicurare «adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici, incentivando l'impegno e

sociale: bisogno e merito (diverse letture del principio di eguaglianza nel sistema costituzionale), in M. DELLA MORTE (a cura di), *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale. Atti del Convegno (Campobasso, 19-20 giugno 2015)*, Napoli, Editoriale scientifica, 2015, p. 11 ss.; L. IEVA, *Costituzione italiana e meritocrazia*, in *Riv. amm.*, 2016, p. 381 ss.; A. SIMONCINI, *Dalle dis-eguaglianze alle differenze. Spunti per una revisione del concetto di "merito" nello stato costituzionale*, in M. DELLA MORTE (a cura di), *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, cit., p. 365 ss.

⁵ Proprio al principio del buon andamento si possono ricondurre le esigenze, sempre più avvertite, di efficacia/efficienza nell'azione delle pubbliche amministrazioni, lo sottolinea L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 389 ma cfr. anche, tra i tanti, F. BORGOGELLI, *Le ragioni giuridiche della valutazione nelle pubbliche amministrazioni e le aporie del sistema*, cit., p. 93 ss.; G.M. SALERNO, *L'efficienza dei poteri pubblici nei principi dell'ordinamento costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 10 ss.; C. PINELLI, *Imparzialità, buon andamento e disciplina differenziata del lavoro dirigenziale*, in *Giur. Cost.*, 1996, p. 2584 ss.) e dello stesso Autore, più recentemente, ID., *Il buon andamento delle pubbliche amministrazioni nella recente giurisprudenza costituzionale*, in A. CERRI, G. GALEOTTI (a cura di), *Efficienza ed efficacia dell'azione pubblica*, Roma, Aracne, 2012, p. 145 ss.

⁶ Un principio che premia economicamente il lavoro che, da un lato, richiede più competenze, capacità, abilità, esperienza e, dall'altro, maggiormente risponde alle esigenze di produttività del sistema economico e, in ultima analisi, contribuisce alla crescita del prodotto interno lordo (G. PERONE, *Retribuzione* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, Giuffrè, 1989, p. 34 ss.; M. VITALETTI, *La retribuzione di produttività*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013; G. ZILIO GRANDI, *La retribuzione collegata alla produttività aziendale: quadro normativo di riferimento e impatto dell'accordo sui livelli retributivi*, in *Dir. lav. merc.*, 2013, p. 33 ss.); C. DELL'ARINGA, C. LUCIFORA, T. TREU (a cura di), *Salari, produttività, disuguaglianze. Verso un nuovo modello contrattuale?*, Bologna, Il Mulino, 2017.

⁷ Il riferimento è, naturalmente, alla l. 7 agosto 2015, n. 124 che, tra l'altro, delegava il Governo (art. 11) ad adottare, entro dodici mesi dalla sua entrata in vigore, uno o più decreti legislativi anche in materia di valutazione dei rendimenti dei pubblici uffici, fissando una serie di principi e i criteri direttivi. Ad appena due giorni dalla scadenza della delega, il Consiglio dei Ministri ha approvato uno schema di decreto legislativo recante "Disciplina della dirigenza pubblica della Repubblica". Il decreto, tuttavia, non è mai entrato in vigore perché la Corte costituzionale, con sentenza 25 novembre 2016, n. 251 ha dichiarato l'illegittimità, tra gli altri, anche dell'art. 11 della legge delega, con la conseguenza che la riforma della dirigenza è rimasta incompiuta. Per una ricostruzione complessiva v. B.G. MATTARELLA, E. D'ALTERIO (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione. Commento alla legge 124/2015 (Madia) e ai decreti attuativi*, in *Il Sole 24 Ore*, Milano, 2017, p. 248 ss.; A. GARILLI, A. RICCOBONO, C. DE MARCO, A. BELLAVISTA, M. MARINELLI, M. NICOLOSI, A. GABRIELE, *Il lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione dopo la "riforma Madia". Breve storia di una riforma incompiuta*, Padova, Cedam, 2018.

la qualità della *performance*» e ha precisato che ciò deve avvenire «destinandovi, per l'ottimale perseguimento degli obiettivi organizzativi ed individuali, una quota prevalente delle risorse finalizzate ai trattamenti accessori»⁸. Inoltre «per premiare il merito e il miglioramento della *performance* dei dipendenti (...) sono destinate, compatibilmente con i vincoli di finanza pubblica, apposite risorse nell'ambito di quelle previste per il rinnovo del contratto collettivo nazionale di lavoro»⁹.

La valutazione delle *performance* affidata ad organismi indipendenti (OIV)¹⁰ si muove proprio verso l'introduzione di meccanismi che legano la retribuzione dei dipendenti pubblici, in particolare quelli che assumono posizioni di responsabilità, a criteri di efficienza e di efficacia, dando valore a competenze, capacità, esperienza. Il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 aveva introdotto premi di produttività in base a tre «fasce di merito» per distribuire gli incentivi. Lo scopo era evidentemente «l'applicazione del principio del merito alla carriera e alla retribuzione dei pubblici dipendenti: sia in positivo, premiando i dipendenti migliori (idea spesso enunciata, ma poco applicata); sia in negativo, sanzionando il cattivo rendimento colpevole come illecito disciplinare (idea che era stata raramente enunciata e quasi mai applicata)»¹¹.

Le modifiche apportate dal d.lgs. 25 maggio 2017, n. 74 hanno stabilito che il contratto collettivo nazionale, nell'ambito delle risorse destinate

⁸ Art. 40, d.lgs. n. 165/2001, come modificato dall'art. 54, d.lgs. n. 150/2009 e dall'art. 11, d.lgs. n. 75/2017.

⁹ Art. 45, d.lgs. n. 165/2001, come modificato dall'art. 75, d.lgs. n. 150/2009.

¹⁰ Il dibattito sul tema della valutazione delle *performance* è molto ampio. Per un rapido inquadramento della problematica si rinvia a W. VAN DOOREN, G. BOUCKAERT, J. HALLIGAN, *Performance Management in the Public Sector*, Abington, Routledge, 2015; P. TANDA, *Gli Organismi Indipendenti di Valutazione nelle Pubbliche Amministrazioni: disciplina ed aspetti critici*, in *Nuove autonomie - Rivista dir. pubbl.*, 1, 2014, p. 117 ss. D. BOLOGNINO, *Una lettura giuridica della valutazione della performance individuale nel c.d. "decreto Brunetta": ruolo del dirigente, garanzie "procedimentali" e conseguenze derivanti dalla conclusione dell'iter valutativo*, in *astrid-online.it*, 2010; A. CAROSI, *Governance e sistemi di controllo interno nelle amministrazioni pubbliche dopo il d. lvo n. 150/2009*, in *Commentario alla Riforma Brunetta*, Lucca, 2010; G. CAMMAROTA, M. MORCIANO, *Valutazione della performance, efficienza ed efficacia amministrativa - Note a margine del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150*, in *Astrid-online.it*, 2010; G. BOUCKAERT, J. HALLIGAN, *Managing Performance International comparisons*, Routledge, Oxon, 2008; L. HINNA, *La misurazione dei risultati nell'ambito dei processi di programmazione, valutazione e controllo delle amministrazioni pubbliche*, in AA.VV., *"Ricerca Giannini - II fase"*, Formez, 2007.

¹¹ B.G. MATTARELLA, *Il principio del merito*, cit., p. 155.

al trattamento economico accessorio collegato alla performance ai sensi dell'art. 40, c. 3-*bis*, d.lgs. 165/2001, fissa la quota delle risorse destinate a remunerare, rispettivamente, la *performance* organizzativa e quella individuale, stabilendo i criteri idonei a garantire che la significativa differenziazione dei giudizi e un'effettiva diversificazione dei trattamenti economici correlati. Il d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75, inoltre, ha abrogato il c. 3-*quater* dell'art. 40 del d.lgs. n. 165/2001 che assegnava alla contrattazione collettiva nazionale il compito di definire le modalità di ripartizione delle risorse relative alla contrattazione integrativa, in base ad una graduatoria di *performance* elaborata annualmente dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT). Tale commissione, prevista dalla riforma Brunetta, è stata successivamente trasformata in Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) e le funzioni di valutazione sono state attribuite al Dipartimento della funzione pubblica¹². Tuttavia, quanto previsto dal c. 3-*quater* non è mai stato realmente applicato, sebbene una graduatoria di *performance* relativa a tutte le amministrazioni pubbliche avrebbe consentito, probabilmente, di valutare l'effettiva capacità di governo dei vertici amministrativi degli enti pubblici¹³. O almeno l'effettiva funzionalità del sistema di valutazione.

Il principio del merito investe anche la delicata questione delle progressioni di carriera. Se in fase di accesso, infatti, il concorso pubblico impone una selezione basata su criteri meritocratici, una volta che il rapporto di lavoro si è instaurato, tale principio dovrebbe continuare a svolgere una importante funzione anche nel prosieguo del rapporto. Tuttavia esso si pone, almeno in parte, in potenziale conflitto con altri metodi di progressione quale, classicamente, quello automatico basato sull'anzianità di servizio¹⁴.

¹² D.l. 24 giugno 2014, n. 90 recante «Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari», convertito con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014, n. 114.

¹³ Lo sottolinea: A. BELLAVISTA, *Il dirigente pubblico e i suoi poteri*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 4, 2019, p. 39 ss.

¹⁴ Sui criteri di avanzamento per anzianità v. P. ALLEVA, *Automatismi salariali* (voce), in *Diritto disc. pubbl.*, Torino, Utet, 1987.

Il fondamento costituzionale di cui all'art. 97 Cost. impone che il concorso pubblico sia un procedimento preordinato non solo alla scelta della persona da assumere ma anche alla individuazione della persona a cui attribuire una posizione d'impiego diversa da quella precedente. L'estensione della procedura concorsuale all'ipotesi di mutamento della posizione d'impiego è conseguenza soprattutto del fatto che l'accesso alle qualifiche o livelli o categorie di impiego è reso possibile anche a persone estranee alla categoria dei pubblici impiegati; pertanto allo stesso accesso devono poter concorrere candidati sia esterni che interni¹⁵. Come è stato efficacemente affermato, infatti, «la Costituzione dice che agli impieghi con le pubbliche amministrazioni si accede per concorso, ma non dice affatto che poi si rimane lì per sempre, né che poi si va avanti per inerzia. La carriera dovrebbe dipendere dalla condotta e dal rendimento dei dipendenti: sia nel senso che quelli migliori dovrebbero essere premiati, sia nel senso che quelli scorretti o colpevolmente inefficienti dovrebbero essere puniti»¹⁶.

Anche la Corte costituzionale ha più volte ribadito che nel passaggio ad una fascia funzionale superiore deve essere ravvisata una forma di reclutamento soggetta, di conseguenza, alla regola del pubblico concorso in quanto «meccanismo di selezione tecnica e neutrale dei più capaci». Tale metodo resta il migliore per la provvista di organi chiamati ad esercitare le proprie funzioni in condizioni di imparzialità, costituendo ineludibile momento di controllo, funzionale al miglior rendimento della pubblica amministrazione. Proprio per questa ragione la giurisprudenza costituzionale è tendenzialmente portata a censurare quelle norme che stabiliscono il passaggio automatico a fasce funzionali superiori, in deroga alla regola del pubblico concorso, o che comunque non prevedono alcun criterio selettivo o verifiche attitudinali adatte a garantire

¹⁵ R. JANNOTTA, *Concorso ad un pubblico impiego* (voce) in *Digesto disc. pubbl.*, Torino, Utet, 1989, p. 329 ss.

¹⁶ B.G. MATTARELLA, *Il principio del merito*, cit., p. 150. Autorevole dottrina evidenzia come purtroppo, invece, il merito è stato in passato rigidamente escluso dalla carriera, prediligendosi un sistema improntato essenzialmente sulla mera anzianità, così S. CASSESE, *L'ideale di una buona amministrazione*, cit., p. 34 ss., il quale sottolinea anche che il riconoscimento del merito, sia nell'accesso che nella carriera, è strumento essenziale per assicurare efficienza all'amministrazione, eguaglianza ai cittadini, equilibrio tra i poteri.

l'accertamento dell'idoneità e le competenze dei candidati in relazione ai posti da ricoprire¹⁷.

Vi sono anche casi, come è noto, in cui i concorsi possono essere «limitati» o «riservati» a determinate categorie di personale interno o diretti soltanto ad accertare l'idoneità allo svolgimento di funzioni di grado superiore¹⁸, ma la Corte costituzionale ha precisato che deve sempre sussistere «un ragionevole punto di equilibrio» fra il principio costituzionale del pubblico concorso e l'interesse, pur legittimo, del pubblico impiegato a consolidare pregresse esperienze lavorative¹⁹. Specie di recente, la Corte si è espressa generalmente in senso contrario verso quelle norme che prevedono concorsi interni per la copertura della totalità dei posti vacanti o scivolamenti automatici verso posizioni superiori, senza adeguate selezioni e verifiche attitudinali²⁰. Un bilanciamento tra criterio di anzianità e merito, di cui la Corte sembra pienamente consapevole, impone che il sacrificio del merito non superi i limiti della «ragionevolezza»²¹.

Le progressioni verticali e i meccanismi di premialità economica costituiscono certamente strumenti diversi di valorizzazione del merito, tanto che in dottrina si fa riferimento, nel primo caso, al principio di

¹⁷ Corte cost., 29 maggio 2002, n. 218, p.to 3.1 *cons. in diritto* ma cfr. anche sentt. 4 gennaio 1999, n. 1; 30 ottobre 1997, n. 320; 31 ottobre 1995, n. 478; 20 luglio 1994, n. 314.

¹⁸ Sul punto v. ampliamente: M. AMENDOLA, *Concorso a pubblico impiego*, (voce), in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1961, pp. 613 ss.

¹⁹ *Ibidem*, ma cfr. anche Corte cost., 6 luglio 2004, n. 205 e 26 gennaio 2004, n. 34, *passim*.

²⁰ Cfr. ad esempio Corte cost., 29 maggio 2002, n. 218; 23 luglio 2002, n. 373 e 24 luglio 2003, n. 274. Appare utile, a fini meramente esemplificativi, richiamare anche la sentenza 25 luglio 2001, n. 242, in cui la Corte ha censurato la norma contenuta nell'art. 92, c. 2-*bis*, della l. della Provincia autonoma di Trento 7 agosto 2006, n. 5 (Sistema educativo di istruzione e formazione del Trentino) in quanto dispone che «a partire dall'anno scolastico 2009-2010 gli iscritti nelle graduatorie ad esaurimento previste dall'art. 1, c. 605, lettera c), della l. 27 dicembre 2006, n. 296, che chiedono l'inserimento nelle graduatorie provinciali per titoli sono inseriti nelle medesime in posizione subordinata a tutte le fasce». Tale norma, annota la Corte, «nell'utilizzare il mero dato formale della maggiore anzianità di iscrizione nelle suddette graduatorie, al fine della attribuzione al suo interno la relativa posizione, pone una deroga al principio previsto dallo stesso art. 92, c. 2, secondo il quale i docenti risultano inseriti tenuto conto dei titoli professionali posseduti». Una simile disciplina, precisa ancora la Corte, «non può superare il vaglio di ragionevolezza, in quanto la suddetta deroga comporta il totale sacrificio del principio del merito posto a fondamento della procedura di reclutamento dei docenti quale strumento volto a garantire, per quanto possibile, la migliore formazione scolastica», Corte cost., 25 luglio 2001, n. 242, p.to 7 *cons. in diritto*.

²¹ Corte cost., 9 febbraio 2001, n. 41 del 2011, p.to 3.2 *cons. in diritto*.

concorsualità mentre nel secondo sarebbe più appropriato parlare di selettività²², ma la logica sottesa ad entrambi i principi resta la medesima ed è sempre riconducibile alla necessità di premiare i migliori al fine di incentivare comportamenti virtuosi e favori l'efficienza nella pubblica amministrazione.

2. Il problema dell'accesso alle posizioni di vertice tra merit system e spoils system

Il tema della valorizzazione del merito si intreccia strettamente con un'altra problematica, dai confini assai ampi, relativa alla selezione per l'accesso ad alcune posizioni di vertice in cui, all'esigenza di assicurare l'imparzialità e la tecnicità della selezione, si aggiunge anche quella di poter avere un rapporto di tipo fiduciario con l'organo politico. Ciò avviene sia nelle nomine ad incarichi di carattere esclusivamente fiduciario (come ad esempio il personale di diretta collaborazione dei Ministri), sia nelle nomine ad incarichi amministrativi (anche di rilievo dirigenziale) collegati comunque, a vario titolo, ad un rapporto fiduciario con il vertice politico. In questo caso, tuttavia, l'alternativa non è, come accade per le progressioni, le selezioni e il trattamento economico, tra criteri automatici e meritocratici ma tra criteri fiduciari e meritocratici. Pertanto il bilanciamento si sposta dal piano del rapporto tra principio di uguaglianza e buon andamento a quello, ancora più complesso, tra buon andamento e responsabilità politica.

Generalmente la dottrina distingue due modelli di nomina: uno cosiddetto "neutrale"²³, che si basa su procedure concorsuali e, quindi, su criteri meritocratici (*merit system*) e uno di tipo fiduciario, in cui la scelta dei dirigenti avviene in maniera discrezionale da parte della classe politica,

²² U. GARGIULO, *Merito e premialità nella recente riforma del lavoro pubblico*, in questa *Rivista*, 5/6, 2009, p. 933 s. ma v. anche V. LUCIANI, *Assunzioni e progressioni in carriera nell'impiego pubblico locale, tra legge statale e legge regionale*, in questa *Rivista*, 5/6, 2009, p. 907 ss.

²³ Il termine "neutrale" appare fuorviante perché anche l'applicazione di criteri meritocratici non è mai neutrale, mentre è più appropriato il concetto di *merit system*, cfr. S. CASSESE, J. PELLEW (a cura di), *Le système du merit*, Bruxelles, Institut International des Sciences Administrative, 1987 ma anche, più di recente, S. CASSESE, *L'ideale di una buona amministrazione*, cit., p. 20.

sebbene all'interno di alcuni parametri e requisiti (*spoils system*)²⁴. In questo secondo caso, il criterio meritocratico è subordinato rispetto ad altri elementi che assumono rilievo preponderante quali il rapporto di fiducia, la lealtà nei rapporti professionali e personali, l'appartenenza ad un determinato gruppo d'influenza di natura politica, professionale, sociale, economica. La contrapposizione tra i due modelli pone sotto stress il delicato bilanciamento tra due importanti principi costituzionali: da una parte il principio d'indipendenza delle pubbliche amministrazioni e competenza nelle pubbliche amministrazioni, di cui l'obbligo del concorso è corollario (art. 97 Cost.) e, dall'altra, in senso lato, il principio democratico-rappresentativo che sta alla base della nomina politica delle posizioni di vertice nella pubblica amministrazione, giacché e a queste che spetta realizzare l'indirizzo politico sancito dal Governo e dal Parlamento (e dagli organi rappresentativi degli altri enti territoriali). In tale operazione di bilanciamento è risultato ancora una volta fondamentale il ruolo svolto dalla Corte costituzionale la quale, specie negli ultimi anni, ha cercato di arginare i tentativi del legislatore di estendere l'ambito di applicazione dei meccanismi di *spoils system* oltre i confini dal dettato costituzionale.

Uno degli aspetti su cui la Corte si è maggiormente concentrata riguarda la rimozione dei dirigenti pubblici a seguito dell'avvicendamento delle maggioranze politiche. Si tratta di una prassi tipica dello *spoils system* che, tuttavia, rafforza notevolmente la posizione di subalternità del dirigente rispetto all'organo politico ed esalta oltremodo il rapporto fiduciario, lasciando completamente in secondo piano attitudini e capacità professionali. L'azione della Corte costituzionale muove dall'impianto normativo complessivo risultante dalle riforme che hanno riguardato il lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, in particolare dall'intenzione del legislatore di disegnare un sistema nel quale il rag-

²⁴ Per un confronto dei due modelli si rinvia a S. CASSESE, *Dirigenza pubblica in Italia*, in *Regioni e governo locale*, 4, 1990, p. 493 ss. ma cfr. anche B. CIMINO, *Il nuovo ruolo della dirigenza pubblica e il nodo della selezione*, in B. MATTARELLA (a cura di), *La dirigenza dello Stato e il ruolo della Scuola superiore della pubblica amministrazione*, 2009, Roma, Edizioni SSPA, 2009, p. 104 ss.; G. MELIS, *La dirigenza pubblica in Italia: anello (mancante) di congiunzione tra politica e amministrazione*, in *Scienza e Politica*, 50, 2014, p. 95 ss.; F. CARINCI, S. MAINARDI, *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni. Dal modello unico ministeriale ai modelli caratterizzanti le diverse amministrazioni*, Milano, Giuffrè, 2005, *passim*.

giungimento dell'efficienza e dell'efficacia si misura alla luce dei risultati che il dirigente deve perseguire in un periodo di tempo e nel rispetto delle direttive impartite dall'organo politico²⁵.

Nel tentare di evitare le degenerazioni dello *spoils system* la Corte costituzionale ha dichiarato, ad esempio, l'illegittimità della c.d. riforma Frattini²⁶ nella parte in cui disponeva la cessazione automatica degli incarichi dirigenziali di livello generale al sessantesimo giorno dall'entrata in vigore della legge stessa. Tale previsione, secondo la Corte, si poneva in contrasto con gli artt. 97 e 98 della Costituzione, in particolare con i principi di continuità dell'azione amministrativa ma anche di efficienza ed efficacia alla luce dei risultati che il dirigente è chiamato a perseguire, nel rispetto degli indirizzi posti dal vertice politico. È evidente, afferma sempre la Corte, che la previsione di un'anticipata cessazione *ex lege* del rapporto in corso impedisce che l'attività del dirigente possa espletarsi in conformità a tali principi²⁷. Di conseguenza, i dirigenti godono comunque di specifiche garanzie quanto alla verifica che gli incarichi siano assegnati «tenendo conto, tra l'altro, delle attitudini e delle capacità professionali» e che la loro cessazione anticipata dall'incarico avvenga in seguito all'accertamento dei risultati conseguiti²⁸.

Sulla stessa linea si muove anche il successivo intervento della Corte costituzionale in relazione ad alcune disposizioni regionali²⁹ che prevedevano analoghi meccanismi nei confronti dei direttori generali delle ASL e dei

²⁵ Imposta il problema in questi termini C. NAPOLI, *La Corte costituzionale interviene sul rapporto tra vertice politico e vertice amministrativo dell'ente locale. Una nuova forma di "bicefalismo" per i segretari comunali e provinciali?* (sent. n. 23/2019), in *forumcostituzionale.it*, 2019, p. 408. Il tema è affrontato più ampiamente dalla stessa Autrice in *Spoils system e Costituzione. Contributo allo studio dei rapporti tra politica ed amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2017.

²⁶ Ci si riferisce precisamente alla l. 15 luglio 2002, n. 145 recante "Disposizioni per il riordino della dirigenza statale e per favorire lo scambio di esperienze e l'interazione tra pubblico e privato", di cui era oggetto di censura l'art. 3, c. 7. La riforma è ricordata attraverso il nome del Ministro per la Funzione pubblica dell'epoca, Franco Frattini.

²⁷ Corte cost., 23 marzo 2007, n. 103, p.to 9.2 *cons. in diritto*; in dottrina, v. G. GARDINI, *Sulla costituzionalità delle disposizioni in materia di dirigenza pubblica (spoils system) contenute nelle recenti manovre finanziarie*, in *Foro Amm. - TAR*, 9, 2011, p. 6 ss.

²⁸ Corte cost., ord. 30 gennaio 2002, n. 11.

²⁹ Ci si riferisce, esattamente, all'art. 96 della l. della Regione Siciliana 26 marzo 2002, n. 2 che introduceva una sorta di *spoils system* nei rapporti interni della dirigenza: i dirigenti generali entro 90 giorni dal loro insediamento potevano revocare gli incarichi dirigenziali di livello inferiore.

dirigenti della fascia più bassa. Richiamando ancora una volta i principi di imparzialità e di efficienza, i giudici riaffermano il principio generale secondo cui «l'accesso ai pubblici uffici avvenga, di norma, mediante procedure fondate sul merito». Gli stessi artt. 97 e 98 Cost. sono considerati corollari del principio di imparzialità «in cui si esprime la distinzione tra politica e amministrazione, tra l'azione del governo – normalmente legata alle impostazioni di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza – e l'azione dell'amministrazione, che, nell'attuazione dell'indirizzo politico della maggioranza, è vincolata invece ad agire senza distinzione di parti politiche, al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obbiettivate dall'ordinamento». Per questa ragione, il concorso pubblico, quale meccanismo di selezione tecnica e neutrale dei più capaci, resta «il metodo migliore per la provvista di organi chiamati a esercitare le proprie funzioni in condizioni di imparzialità ed al servizio esclusivo della Nazione»³⁰.

La selezione dei pubblici funzionari, insomma, «non ammette ingerenze di carattere politico, espressione di interessi non riconducibili a valori di carattere neutrale e distaccato» salvo l'unica eccezione costituita «dall'esigenza che alcuni incarichi, quelli dei diretti collaboratori dell'organo politico, siano attribuiti a soggetti individuati *intuitu personae*, vale a dire con una modalità che mira a rafforzare la coesione tra l'organo politico... e gli organi di vertice dell'apparato burocratico (...) per consentire il buon andamento dell'attività di direzione dell'ente (art. 97 Cost.)»³¹.

³⁰ Corte cost., 23 marzo 2007, n. 104, p.to 2.8 *cons. in diritto*, ma cfr. anche precedente giurisprudenza, ad esempio 23 luglio 1003, n. 333 e 15 ottobre 1990, n. 453. Sulle sentenze nn. 103 e 104 appena richiamate si vedano anche le numerose occasioni di riflessione in dottrina, come quelle di F. MERLONI, *Lo spoils system è inapplicabile alla dirigenza professionale: dalla Corte nuovi passi nella giusta direzione. Commento alle sentenze n. 103 e 104 del 2007*, in *Le Regioni*, 2007, p. 836 ss.; M. CLARICH, *Corte costituzionale e spoils system, ovvero il ripristino di un rapporto più corretto tra politica e amministrazione*, in *Astrid-online.it*, 2007; M. CAMMELLI, *Corte Costituzionale e dirigenza pubblica: segnale forte e sistema debole*, in *Astrid-online.it*, 2007; F. JORIO, *Lo spoils system viene nuovamente ridisegnato dal Giudice delle leggi con le sentenze nn. 103 e 104 del 2007*, in *federalismi.it*, 8, 2007; F.G. SCOCA, *Politica e amministrazione nelle sentenze sullo spoils system*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 1615 ss.; S. DE GOTZEN, *Il bilanciamento tra spoils system e principio di distinzione tra politica e amministrazione nella dirigenza regionale*, in *forumcostituzionale.it*, 2007.

³¹ Corte cost., 23 marzo 2007, n. 104, p.to 2.8 *cons. in diritto*. Più recentemente a finire sul tavolo della Corte è stata una legge regionale della Valle d'Aosta (art. 11, c. 2-*bis* della l. regionale n. 22/2010, in relazione all'art. 10, c. 1, della medesima legge) nella parte in cui prevedeva che

Volendo sintetizzare il ragionamento con una felice espressione che la stessa Corte costituzionale utilizza nella sentenza n. 104 del 2007, «la dipendenza funzionale del dirigente non può diventare dipendenza politica»³². La successiva giurisprudenza costituzionale sostanzialmente conferma, affinandone appena alcuni aspetti, l'impianto delineato nelle prime pronunce: il meccanismo di *spoils system* applicato in maniera automatica non supera il vaglio di legittimità costituzionale in quanto lede il principio di buona amministrazione dal punto di vista della continuità dell'azione amministrativa.

Solo in qualche caso i meccanismi di *spoils system* sono stati ritenuti conformi a Costituzione e, quindi, il modello fiduciario ha prevalso su quello neutrale. Ci si riferisce, in particolare, nelle assegnazioni di personale, compresi gli incarichi di livello dirigenziale, all'interno degli uffici di diretta collaborazione con il Ministro, che svolgono un'attività di supporto strettamente connessa all'esercizio delle funzioni di indirizzo politico-amministrativo di definizione dei programmi da attuare, degli obiettivi da raggiungere e di verifica dei risultati. Determinante, in tali casi, è la stretta strumentalità tra l'attività svolta dagli uffici cc.dd. di staff e quella del Ministro, cosicché i primi si collocano in un «ambito organizzativo riservato all'attività politica con compiti di supporto delle stesse funzioni di governo e di raccordo tra queste e quelle amministrative di competenza dei dirigenti»³³. Inoltre, si configura uno stretto rapporto fiduciario tra il Ministro e gli uffici che con esso collaborano³⁴ in cui lo *spoils system* diventa lo strumento che consente la corretta attuazione dell'indirizzo politico-amministrativo. Chiara conseguenza del criterio fiduciario è che «così come la nomina del personale (...) può avvenire (...) *intuitu personae*, senza predeterminazione di alcun rigido criterio che

persino l'incarico di Comandante dei Vigili del Fuoco fosse revocabile in qualsiasi momento su richiesta del Presidente della Regione e che, in ogni caso, fosse correlato alla durata in carica di quest'ultimo. Si tratta di un incarico che, evidentemente, non può assumere natura politica ma, al contrario, è figura «non apicale e tecnica» (Corte cost., 10 marzo 2017, n. 52, p.to 3.2, *cons. in diritto*, sulla quale v. si rinvia a S. DE GOTZEN, *Funzioni tecniche di attuazione dell'indirizzo politico e sottrazione del dirigente al regime dello spoils system*, in *Le Regioni*, 4, 2017, p. 825 ss.)

³² *Ibidem*, p.to 2.10 *cons. in diritto*.

³³ Corte cost., 28 ottobre 2010, n. 304, p.to 5.3 *cons. in diritto*.

³⁴ *Ibidem*, p.ti 5.3 e 5.4 *cons. in diritto*.

debba essere osservato nell'adozione dell'atto di assegnazione all'ufficio, allo stesso modo, e simmetricamente, è possibile in qualunque momento interrompere il rapporto in corso qualora sia venuta meno la fiducia che deve caratterizzare in maniera costante lo svolgimento del rapporto stesso³⁵. Sulla base di tali criteri, sono da ritenere conformi a Costituzione i meccanismi di *spoils system* applicati agli «incarichi apicali»³⁶ e «in ragione del rapporto strettamente fiduciario che deve sussistere tra l'organo di governo e tutto il personale di cui esso si avvale per svolgere l'attività di indirizzo politico-amministrativo»³⁷. Il riferimento, in particolare, è agli incarichi di segretario generale di ministeri, a quelli di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali e a quelli di livello equivalente³⁸. Da segnalare, infine, la più recente sentenza riguardante la compatibilità con l'art. 97 Cost. dei meccanismi di nomina e revoca dei segretari comunali da parte dei sindaci (art. 99 del Testo unico enti locali). In questa particolare circostanza, afferma la Corte, «non è possibile l'applicazione dei principi che la giurisprudenza costituzionale ormai costante ha elaborato in tema di limiti all'applicazione dei meccanismi di *spoils system*» in quanto il segretario comunale è «figura apicale» che «intrattiene con il Sindaco rapporti diretti, senza intermediazione di altri dirigenti o strutture amministrative»³⁹. La Corte, ricostruendo le varie aree funzionali nelle quali opera la figura del segretario⁴⁰, evidenzia come in alcune di queste il ruolo del segretario comunale ha un carattere attivo e propositivo che supporta e coadiuva Sindaco e Giunta, in qualche modo influenzando anche la definizione dell'indirizzo politico-amministrativo: «non già nel senso di indicare o sostenere obiettivi specifici, piuttosto nella direzione di mostrare se quegli obiettivi possono essere

³⁵ *Ibidem*, p.to 5.4 *cons. in diritto*.

³⁶ Corte cost., 16 giugno 2006, n. 233, p.to 4 *cons. in diritto*.

³⁷ Corte cost., 28 ottobre 2010, n. 304, p.to 5.4 *cons. in diritto*.

³⁸ La soluzione argomentativa proposta dalla Corte costituzionale in relazione agli incarichi di stretta collaborazione del Ministro si ritrova in maniera abbastanza coerente anche nell'ambito dell'apparato amministrativo regionale, cfr. Corte cost., 15 dicembre 2016, n. 269, p.to 3.1 *cons. in diritto* ma cfr. anche 11 febbraio 2016, n. 20, p.to 4.2 *cons. in diritto*.

³⁹ Corte cost., 22 febbraio 2019, n. 23, p.to 5.2 *cons. in diritto*.

⁴⁰ Su cui v. C. NAPOLI, *La Corte costituzionale interviene sul rapporto tra vertice politico e vertice amministrativo dell'ente locale*, cit., p. 411 ss.

legittimamente inclusi fra i risultati che gli organi di direzione politico-amministrativa intendono raggiungere, indicando anche, nel momento stesso in cui la decisione deve essere assunta, i percorsi preclusi, o anche solo resi più difficoltosi, dalla necessità di rispettare leggi, statuto e regolamenti»⁴¹. Si tratta di una posizione che ha sollevato diversi rilievi critici nella misura in cui la Corte attribuisce rilevanza preponderante a tale funzione rispetto a quelle tecnico-giuridiche⁴² o nel momento in cui sembra accomunare le attività di controllo e consulenza di merito con quelle rese nell'interesse esclusivo della legge⁴³. La Corte, infatti, ha legittimato i meccanismi di nomina e di revoca dei segretari comunali in quanto ragionevole punto di equilibrio tra le esigenze di autonomia degli enti locali, da una parte, e la necessità di un controllo indipendente sulla loro attività, dall'altro.

Il profilo di maggiore perplessità, tuttavia, sorge sulla circostanza che non esistono norme che esplicitamente configurino il segretario come organo fiduciario o che compartecipa all'elaborazione dell'indirizzo politico. Al contrario, il legislatore fa espresso riferimento, in numerosi ambiti, alla sua particolare funzione tecnico-giuridica. Alla luce di questa sentenza, c'è chi si chiede se, allo stato, non siano necessari interventi da parte del legislatore per cercare di razionalizzare il ruolo del segretario comunale⁴⁴. In effetti, questa recente torsione dei modelli costituzionali in materia di reclutamento e di carriera non è stata affrontata con soluzioni strutturali ma con correttivi a margine, per loro natura insicuri ed inidonei ad imporre una stabile inversione di tendenza⁴⁵.

⁴¹ Ancora Corte cost., 22 febbraio 2019, n. 23 del 2019, p.to 5.2 *cons. in diritto*.

⁴² S. DE GOETZEN, *L'affermazione di un carattere fiduciario è compatibile con le funzioni del segretario comunale?*, in *forumcostituzionale.it*, 6, 2019, p. 7 ss. ma cfr. anche A. MITROTTI, *Considerazioni sulla tormentata figura del Segretario comunale dopo la sentenza n. 23/2019 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 4, 2020, in part. p. 143 ss.

⁴³ B. CIMINO, *La stabilizzazione dei precari e la precarizzazione dei dirigenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2019, p. 456 ss.

⁴⁴ G. BOGGERO, *I segretari comunali restano "tra color che son sospesi": lo 'spoils-system' non lede l'imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2019, p. 66.

⁴⁵ «Lo scarso consolidamento del principio costituzionale del merito è un fattore di estremo rischio in periodi di stress o instabilità del sistema istituzionale (certo non infrequenti in Italia), perché diminuisce la capacità di resistenza delle amministrazioni a tentativi di cattura da par-

In sostanza, un uso indiscriminato della tecnica dello *spoils system* rischia di compromettere, in molti casi, il principio del merito⁴⁶. Si tratta di una tecnica, infatti, che risponde a logiche di appartenenza che tendono a trascurare valutazioni che riguardino le capacità e le competenze. Come è stato più efficacemente affermato «al dipendente pubblico, di qualunque rango, non [va] richiesto di ottenere la “fiducia” del corpo politico. La fiducia, nel diritto pubblico, regge i rapporti tra Parlamento e governo, secondo l’art. 94 della Costituzione, ma non ha forza transitiva e non la si può, quindi, far slittare sui rapporti tra governo e titolari professionali degli uffici pubblici, specialmente quando l’organo di governo già dispone di organi di “staff” (detti gabinetti e uffici di diretta collaborazione) composti a suo piacimento»⁴⁷.

3. Un percorso da proseguire ma pieno di ostacoli

Il lungo percorso di riforma della pubblica amministrazione è segnato da importanti scelte legislative che, in più occasioni, appaiono accomunate dall’intento di valorizzare le migliori risorse umane e di promuovere e potenziare le capacità e le competenze individuali. Si tratta, in sostanza, di dare valore al merito individuale, il quale tuttavia è spesso condizionato anche del merito dell’intera organizzazione nella quale il soggetto valutato si trova ad operare. Occorre, infatti, misurare e valutare i processi nella loro complessità, la qualità e l’adeguatezza degli obiettivi e delle direttive dei vertici politici, l’adeguatezza organizzativa, l’uso adeguato delle risorse pubbliche oltre che il livello raggiunto di soddisfazione dei bisogni della collettività.

Tali riforme si inseriscono in un quadro costituzionale in cui, specie negli anni più recenti, il principio del merito sembra dimostrare sempre di più una autonoma e robusta capacità affermativa, anche in ambiti diversi da quello delle pubbliche amministrazioni⁴⁸. Tuttavia, al fine di far

te della classe politica», così B. CIMINO, *La stabilizzazione dei precari e la precarizzazione dei dirigenti*, cit., p. 459.

⁴⁶ Lo *spoils-system* è stato definito persino «il nemico più temibile del principio del merito», così B.G. MATTARELLA, *Il principio del merito*, cit., p. 158.

⁴⁷ Così S. CASSESE, *L’ideale di una buona amministrazione*, cit., p. 33.

⁴⁸ Per una ricostruzione complessiva sia consentito il rinvio a M. SALERNO, *Contributo allo studio del principio costituzionale del merito*, Torino, Giappichelli, p. 135 ss.

funzionare correttamente e in maniera efficiente ed efficace la macchina amministrativa, ogni intervento del legislatore mostra la necessità di trovare un corretto bilanciamento tra il principio del merito e altri principi costituzionali (il principio di uguaglianza o il principio democratico, solo per citarne alcuni). In altri termini, emerge costantemente l'esigenza di individuare il migliore punto di equilibrio tra l'istanza sempre più avvertita di premiare "i migliori" e la tutela di altre finalità di interesse collettivo. La contrapposizione tra le progressioni di tipo automatico (sia economiche che di carriera) e quelle basate sulle *performance* o, per altri versi, la scelta tra *merit system* e *spoils system* nell'accesso ad alcune posizioni di vertice nella pubblica amministrazione, sono solo alcuni esempi di situazioni che richiedono un bilanciamento di questo tipo e che mettono a dura prova sia l'azione riformatrice del legislatore che l'attività interpretativa della giurisprudenza costituzionale.

Va riconosciuto che molto spesso i dubbi e le incertezze nel portare avanti questo percorso di riforme sono diretta conseguenza dell'elevata difficoltà nell'individuare i metodi e le procedure per la misurazione del merito. Sotto questo punto di vista, infatti, sono ancora molto ampi i margini di miglioramento perché non sempre, ad esempio, l'obiettivo di individuare le migliori *performance* viene centrato e l'attività degli OIV, in particolare, è risultata in alcuni casi carente, specie nella misura in cui è stata condizionata dalle esigenze della classe politica⁴⁹. Inoltre le procedure di valutazione e di selezione del personale dovrebbero essere sempre più accompagnate da un preciso sistema di regole di trasparenza, presupposto fondamentale per evitare che i criteri meritocratici possano essere applicati con eccessiva discrezionalità o divenire addirittura

⁴⁹ Proprio al fine di limitare tali rischi, attraverso il d.m. 2 dicembre 2016, successivamente sostituito dal d.m. 6 agosto 2020, è stato istituito presso il Dipartimento della funzione pubblica l'elenco nazionale dei componenti degli Organismi indipendenti di valutazione della *performance*. L'iscrizione a tale elenco è condizione necessaria per la partecipazione alle procedure comparative di nomina degli OIV ed è subordinata al possesso di precisi requisiti, in particolare, di comprovata esperienza professionale di almeno cinque anni, maturata presso pubbliche amministrazioni o aziende private nella misurazione e valutazione della *performance* organizzativa e individuale, nella pianificazione, nel controllo di gestione, nella programmazione finanziaria e di bilancio e nel *risk management* (art. 2, d.m. 6 agosto 2020).

arbitrari⁵⁰. Il miglioramento dei sistemi di valutazione, infatti, conduce non solo a rendere più oggettivi i risultati delle *performance* ma può contribuire, più in generale, a far emergere le migliori capacità e le potenzialità del personale dipendente. Sicché anche le scelte nell'attribuzione di incarichi dirigenziali potrebbero beneficiare delle risultanze derivanti dai meccanismi di valutazione, grazie ad un sistema di informazioni in grado di rendere più agevole l'individuazione delle figure più adatte a rivestire ciascun ruolo. Ciò determinerebbe certamente un ricorso più consapevole ed equilibrato ai meccanismi di *spoils system* e *merit system*. Da questa rapida disamina emerge, dunque, che gli ostacoli che inevitabilmente rendono complessi e non sempre oggettivi i meccanismi di selezione e misurazione del merito nella pubblica amministrazione sono numerosi e spesso frenano o rallentano i processi di riforma. Tuttavia l'obiettivo di individuare e premiare le migliori capacità e competenze resta centrale per far funzionare in maniera efficiente la macchina amministrativa e incentivare quei comportamenti virtuosi che migliorano la produttività del sistema.

⁵⁰ Lo sottolinea, recentemente, E. CATELANI, *La selezione per merito delle istituzioni: iniziamo a parlarne*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI, *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 65 ss., in part. p. 74. Una delle questioni fondamentali alla base di una regolazione basata su criteri meritocratici attiene proprio alla ricerca di sistemi di regolazione neutrali e a bassa discrezionalità politica. Ciò impone riforme che introducano elementi di oggettività, standardizzazione, controlli, uniformizzazione nei regimi e nelle procedure di regolazione (su cui v., in particolare, G. DI PLINIO, *Il common core della deregulation*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 141 ss.)

La responsabilità dirigenziale al cospetto del giudice ordinario

Cristiano Celone

L'articolo si concentra sulla ricostruzione della responsabilità dirigenziale in termini "contrattual-pubblicistici", malgrado la devoluzione della materia alla giurisdizione del giudice ordinario, chiamato a sindacare l'eventuale lesione della situazione giuridica del dirigente, ascrivibile alla categoria, non del diritto soggettivo, ma dell'interesse legittimo, di diritto amministrativo anziché di diritto privato. Salvo il recupero della giurisdizione amministrativa di esecuzione, qualora l'amministrazione si rifiuti di adempiere spontaneamente al giudicato civile ed il dirigente esperisca il ricorso di ottemperanza invece del (o insieme al) rimedio civilistico dell'esecuzione forzata.

1. Per una responsabilità "contrattuale di diritto pubblico" da inadempimento di obblighi di risultato

L'inadempimento di un obbligo di risultato è la cifra caratterizzante della responsabilità dirigenziale, quale emerge almeno dal paradigma normativo originario¹, dal momento che incorre in questa forma di responsabilità il titolare dell'incarico dirigenziale² che non raggiunga³ gli

¹ Dal quale si discostano, in effetti, quelle ipotesi di responsabilità dirigenziale introdotte progressivamente dal legislatore, a partire dal 2005, sparse tra disposizioni varie del decreto sul pubblico impiego (d.lgs. n. 165/2001), della legge sul procedimento amministrativo (l. n. 241/1990), del codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. n. 82/2005), delle leggi in tema di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza (l. n. 190/2012 e d.lgs. n. 33/2013), e, di recente, dei due decreti legge n. 34/2020 e n. 76/2020. Sono figure lontane dalla logica del risultato, essendo legate piuttosto all'inadempimento di meri obblighi di condotta.

² Che, al ricorrere di determinate condizioni previste dalla legge, può anche non avere la qualifica di dirigente e dipendere da un'altra amministrazione o essere un soggetto esterno al circuito degli enti pubblici.

³ Di regola, ogni anno.

obiettivi⁴ individuati nel provvedimento di conferimento dell'incarico⁵, nella direttiva dell'organo di indirizzo politico e nel contratto individuale sottoscritto con quest'ultimo⁶.

Al ricorrere di questa fattispecie di inadempimento, al dirigente sarà decurtata o azzerata la retribuzione di risultato e, previa contestazione, non gli potrà essere rinnovato l'incarico, mentre, nei casi più gravi, nel rispetto del principio del contraddittorio, potrà essergli revocato l'incarico o essere licenziato per giusta causa⁷.

Quella dirigenziale è tuttavia una forma di responsabilità sì "contrattuale"⁸ ma soggetta a "principi e regole del diritto pubblico" (in luogo del diritto privato), che interessano sia le "fonti" di detta responsabilità, sia gli "obblighi" da cui essa ha origine, sia le "sanzioni" applicabili, sia le "garanzie procedurali" previste a tutela non solo del dirigente ma anche delle esigenze di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione e, in

⁴ È condizione imprescindibile, ai fini dell'imputazione di siffatta responsabilità, che la mancata realizzazione degli obiettivi sia in ogni caso accertata attraverso le risultanze del sistema di valutazione della performance disciplinato dal d.lgs. n. 150/2009. Sulla valutazione della performance della pubblica amministrazione, di recente: M. IMMORDINO, *Perché valutare. Che cosa valutare. Come valutare*, A. ZITO, *Il sistema della performance della pubblica amministrazione tra disegno organizzativo e svolgimento della funzione*, A. LA SPINA, *Efficacia e indipendenza nella valutazione della performance*, in AA.VV., *Annuario AIPDA 2019. Quali saperi servono alla pubblica amministrazione? Selezione, valorizzazione e tutela della professionalità pubblica*, Atti del convegno annuale, Pisa, 10-12 ottobre 2019, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 221 ss., 257 ss., 275 ss.

⁵ Senza il provvedimento di conferimento dell'incarico il dirigente non può svolgere le funzioni dirigenziali connesse alla propria qualifica, in virtù della dissociazione prodotta dalla riforma degli anni Novanta tra titolarità della qualifica e esercizio della funzione dirigenziale. La durata dell'incarico nelle amministrazioni statali, non può, ad oggi, essere inferiore a tre anni né superiore a cinque anni (art. 19, c. 2 e 6, d.lgs. n. 165/2001).

⁶ Cfr. art. 19, c. 2, art. 21, c. 1, d.lgs. n. 165/2001, e art. 9, c. 1-bis, d.lgs. n. 150/2009. V. pure art. 109, d.lgs. n. 267/2000. Tra le leggi regionali, a titolo esemplificativo: art. 10, c. 1, spec. lett. a) e b), l. reg. Sicilia, n. 10/2000.

⁷ L'art. 21, d.lgs. n. 165/2001, utilizza l'espressione recesso dell'amministrazione dal rapporto di lavoro che le disposizioni del contratto collettivo equiparano al licenziamento per giusta causa.

⁸ Una natura contrattuale in cui si ritiene che assuma rilievo, nonostante l'opinione contraria di una parte della dottrina e della giurisprudenza, l'elemento soggettivo della colpa intesa come inosservanza delle ordinarie regole di diligenza, prudenza e perizia, che, ove rispettate, farebbero sì, invece, che l'inadempimento dell'obbligo di risultato non sia imputabile al titolare dell'incarico dirigenziale (per approfondimenti sul tema sia consentito il rinvio a C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 109-119).

ultima analisi, a protezione di più generali interessi quali sono quelli della collettività amministrata.

È una responsabilità collegata intanto alla mancata realizzazione di risultati di interesse pubblico da parte di un soggetto che svolge un incarico pubblico, qual è l'incarico dirigenziale, che esercita quindi una pubblica funzione e ne è responsabile. Il fatto che la soddisfazione di questi interessi pubblici passi per il tramite dell'adozione, non solo di provvedimenti amministrativi, ma anche di atti negoziali del dirigente soggetti ad una disciplina privatistica, non fa certo venir meno la sostanza del *munus* affidato alla competenza del dirigente rappresentata dalla miglior cura possibile degli interessi della collettività.

In ogni caso, è opinione ormai consolidata che anche l'attività di diritto privato dell'amministrazione pubblica segua un *iter* procedimentale predeterminato di stampo pubblicistico e sia finalizzata alla soddisfazione di interessi generali. Il dirigente, al pari della sua amministrazione, non può infatti determinare in modo libero ed incontrollato l'assetto degli interessi pubblici, tant'è che il vincolo del fine pubblico lo obbliga a motivare le proprie determinazioni, a perseguire l'interesse della collettività e a rispettare i principi di legalità, imparzialità e buon andamento, sanciti dall'art. 97, c. 2, e dall'art. 98, c. 1, della Costituzione⁹. Se rimane fermo, d'altro canto, il principio di legalità dell'agire amministrativo, autoritativo o consensuale che sia, gli atti dell'amministrazione, anche se espressi nelle forme del diritto privato, non potrebbero essere considerati veri e propri negozi, bensì «atti esecutivi, cioè atti del tutto simili agli atti amministrativi»¹⁰. Ne consegue che il dirigente pubblico, anche ove agisca mediante gli strumenti e secondo le regole del diritto comune, svolge un'attività a carattere amministrativo¹¹ e rimane quindi soggetto al suo regime. Il dirigente, cioè, «agisce sempre secondo valutazioni

⁹ In questo senso, F.G. COCA, *Il punto sulla disciplina legislativa del procedimento amministrativo*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, 2007, p. 5.

¹⁰ F. MERUSI, *Il diritto privato della Pubblica Amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 652.

¹¹ N. LONGOBARDI, *La legge n. 15/2005 di riforma della legge n. 241 del 1990. Una prima valutazione*, in *www.giustamm.it*, 2005, p. 6.

discrezionali anziché libere» ed è sempre tenuto a «dare applicazione ai principi costituzionali [...] adeguandosi ad una doppia necessità: perseguire l'interesse pubblico e rispettare le (o tenere conto delle) situazioni soggettive del privato»¹².

La natura contrattuale¹³ di siffatta responsabilità discende dal fatto che essa sorge nel momento in cui non vengano adempiuti gli obblighi discendenti dal provvedimento di conferimento dell'incarico o dalla direttiva o dal contratto. L'aggettivo (contrattuale) va «inteso nel significato ampio che il termine *contractus* aveva originariamente nel diritto classico, ove designava tutte le obbligazioni diverse dalla responsabilità *ex delicto*»¹⁴. Non ci sono quindi ostacoli al riconoscimento della natura contrattuale della responsabilità da inadempimento di un'obbligazione preesistente, anche quando la fonte di tale obbligazione non sia il contratto in senso stretto, ma un atto unilaterale qual è il provvedimento di conferimento dell'incarico o la direttiva dell'organo di indirizzo politico. La tesi trova conferma nell'art. 1173, del codice civile, che stabilisce che le obbligazioni derivano, oltre che «da contratto» e «da fatto illecito», «da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico», in virtù del carattere aperto e atipico del sistema delle fonti delle obbligazioni nel diritto privato¹⁵.

Le prestazioni dovute dal dirigente, in conseguenza dell'incarico dirigenziale ricevuto (e accettato), sono quindi vere e proprie obbligazioni contrattuali, ma di natura pubblicistica, essendo, per un verso, procedimentalizzate e funzionalizzate alla realizzazione di obiettivi di interesse generale, nel rispetto dei principi costituzionali di legalità, buon andamento e imparzialità dell'amministrazione, per altro verso, originate da

¹² F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, agg. VI, 2002, p. 96.

¹³ Cfr. P. CHIRULLI, *Dirigenza pubblica (riforma della)*, in *Enc. Giur.*, 2000, p. 11; V. TENORE, *Il procedimento disciplinare nel pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 145.

¹⁴ L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, 1988, p. 1072.

¹⁵ Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 575, per il quale «(...) anche atti o fatti non previsti in norme puntuali possono produrre obbligazioni nei limiti in cui vi sia conformità all'ordinamento giuridico».

atti amministrativi quali si considerano il provvedimento di conferimento dell'incarico¹⁶ e l'atto di indirizzo dell'organo politico. Condividono la medesima natura pubblicistica anche le tre sanzioni interdittive (mancato rinnovo e revoca dell'incarico, licenziamento) che la legge associa a questo tipo di responsabilità. Non solo o non tanto perché vengono adottate dall'organo di indirizzo politico, ma soprattutto perché i suddetti provvedimenti, di tipo correttivo ed afflittivo, svolgono nel contempo una funzione di amministrazione attiva. Al di là della produzione di un effetto punitivo nei confronti del titolare dell'incarico dirigenziale (non avendo questi soddisfatto gli impegni assunti), perseguono infatti una finalità di cura in concreto dell'interesse pubblico, dal momento che intendono correggere e rimuovere una disfunzione amministrativa nell'esercizio delle funzioni dirigenziali, al fine di ristabilire il buon andamento dell'amministrazione e (con esso) garantire l'effettiva attuazione dell'indirizzo politico e la soddisfazione delle istanze della collettività. Sono in ogni caso provvedimenti sanzionatori che, in linea con i principi affermati da tempo dalla Corte costituzionale¹⁷ e dal Consiglio di Stato¹⁸, devono essere, non solo motivati sulla base di carenze riscontrate

¹⁶ In effetti, la dottrina e la giurisprudenza civilistica, diversamente dalla dottrina amministrativa e da una parte della giurisprudenza dei TAR, qualificano in termini privatistici il provvedimento di conferimento dell'incarico dirigenziale. Per una ricostruzione dei differenti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali intorno alla natura pubblicistica o privatistica di siffatto atto e sulle ragioni che invece militano a favore della sua caratterizzazione pubblicistica, sia consentito il rinvio a C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, cit., pp. 68 (nt. 99), 261 ss., spec. 264 ss. La tesi favorevole alla riconduzione dell'atto di conferimento dell'incarico nell'ambito del diritto amministrativo è sostenuta, tra gli altri, da: S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1, 2012, p. 71 ss.; A. POLICE, *Gli incarichi dirigenziali, le dispute di Pomponazzi e le garanzie del diritto pubblico*, in *Il diritto dell'economia*, 2009, p. 529 ss., il quale osserva che «Assumere la natura privatistica di questi atti, in sostanza, consente l'arbitrario esercizio del potere di nomina (e di revoca) come se il nominante o il revocante fossero datori di lavoro liberi di poter disporre a loro piacimento nell'ambito di una ordinaria autonomia privata; poter disporre senza alcun vincolo di scopo e senza dover rendere conseguentemente conto» (p. 539); W. GIULIETTI, *Il conferimento degli incarichi ai dirigenti: dai principi alle regole*, in *www.giustamm.it*, 23 maggio 2008; da ultimo, P.L. PORTALURI, *Pensieri scomposti sugli incarichi dirigenziali*, e, di nuovo, A. POLICE, *Susanna e i vecchioni. Ovvero discorrendo sulla natura degli incarichi dirigenziali con Pier Luigi Portaluri*, in M. IMMORDINO, C. CELONE (a cura di), *La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia*, Atti del Convegno internazionale, Palermo, 6-7 giugno 2019, Napoli, Editore Scientifico, 2020, pp. 365 ss., 380 ss.

¹⁷ Tra le prime, Corte cost. 23 marzo 2007, n. 103.

¹⁸ Cons. St., sez. V, 10 settembre 2010, n. 6539.

nell'adempimento delle prestazioni dirigenziali dedotte in obbligazione, ma anche adottati al termine di un procedimento assistito da adeguate garanzie di contraddittorio e difesa, nel quale il dirigente possa comunque dimostrare la propria non colpevolezza. Guarentigie necessarie per non vanificare la stessa nozione di imputazione soggettiva della responsabilità¹⁹ e per evitare che l'elemento della fiduciarità, insito nella scelta del dirigente al quale viene affidato l'incarico, si trasformi in un mezzo surrettizio per influire sull'autonomia gestionale del dirigente medesimo, in ossequio al principio, ormai costituzionalizzato, del giusto procedimento ed ai principi costituzionali, più volte citati, di imparzialità, buon andamento, oltre che di asservimento del dipendente pubblico agli interessi esclusivi della Nazione.

Ulteriore elemento di garanzia di natura pubblicistica previsto dalla legge all'interno del procedimento sanzionatorio per responsabilità dirigenziale è rappresentato dall'intervento obbligatorio di un organismo consultivo denominato Comitato dei garanti, che, a livello statale, risulta costituito da cinque componenti, in carica per tre anni, nominati, nel rispetto del principio di genere, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, e designati rispettivamente, uno dal Presidente della Corte dei conti tra i consiglieri della medesima Istituzione, uno dal Presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione, uno dal Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, e due scelti tra i dirigenti di uffici dirigenziali generali di cui almeno uno appartenente agli Organismi indipendenti di valutazione, estratti a sorte fra coloro che abbiano presentato la propria candidatura.

2. La giurisdizione del giudice ordinario e la (controversa) posizione giuridica del titolare dell'incarico dirigenziale

Il carattere pubblicistico della responsabilità dirigenziale e delle relative sanzioni solleva una questione interpretativa riguardante la natura della situazione giuridica soggettiva del titolare dell'incarico dirigenziale lesa dalle suddette misure: se sia un diritto soggettivo o un interesse legittimo. Se si sostenesse l'esistenza di un diritto soggettivo, si dovrebbe riconoscere di essere di fronte ad uno di quei casi eccezionali in cui si

¹⁹ V. nt. 8.

fronteggiano un provvedimento amministrativo di tipo sanzionatorio e un diritto soggettivo²⁰: il diritto del dirigente al conseguimento della retribuzione di risultato o allo svolgimento delle funzioni dirigenziali o al mantenimento del posto di lavoro.

Tesi, questa, però, difficilmente sostenibile, perché in questo caso non si sarebbe in effetti davanti ad un diritto fondamentale resistente o incomprimibile rispetto all'esercizio di poteri autoritativi, come sarebbero, per esempio, il diritto alla salute o all'ambiente salubre, il diritto alla protezione umanitaria o allo *status* di rifugiato.

Si dovrebbe quindi ammettere la sussistenza di una posizione di interesse legittimo "di diritto amministrativo", in virtù dell'inquadramento pubblicistico di siffatta responsabilità e dei connessi provvedimenti e della nozione accolta dell'interesse legittimo quale situazione giuridica soggettiva correlata all'esercizio di una potestà amministrativa²¹.

La posizione espressa sul punto dalla Corte di cassazione è però differente. La stessa, verosimilmente per rimanere coerente con l'inquadramento privatistico dei provvedimenti di conferimento e revoca dell'incarico, definiti «determinazioni negoziali assunte dall'amministrazione con la capacità ed i poteri del privato datore di lavoro», configura addirittura in capo al dirigente «due distinte situazioni giuridiche soggettive» sullo stesso "bene della vita" rappresentato dall'incarico dirigenziale: un interesse legittimo ma «di diritto privato»²² (sulla falsariga della figura di teoria generale elaborata nel diritto civile²³) e un diritto soggettivo, poiché «rispetto alla cessazione anticipata [ossia alla revoca] dell'incarico lo stesso è titolare di un diritto soggettivo che, ove ritenuto sussistente, dà titolo alla reintegrazione (se possibile) nella funzione dirigenziale ed al

²⁰ La stessa formulazione dell'art. 2 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo (l. n. 2248/1865, all. E) sembrerebbe ammettere l'esistenza di diritti soggettivi «ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa».

²¹ A. ZITO, *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 75-76, 82 ss.

²² Tesi a cui sembra aderire, da ultimo, anche Cons. Stato, sez. VI, 17 febbraio 2021, n. 1463.

²³ L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1967; ID., *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. disc. priv.*, IX, Torino, 1993, p. 527 ss. Per ulteriori riflessioni: U. BRECCIA, L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, Torino, Giappichelli, 2001, con recensione di A. TRAVI, in *Dir. pubb.*, 2003, p. 273 ss.

risarcimento del danno, mentre a fronte del mancato conferimento di un nuovo incarico [lo stesso fa] valere un interesse legittimo di diritto privato, che, se ingiustamente mortificato, non legittima il dirigente a richiedere l'attribuzione dell'incarico non conferito, ma può essere posto a fondamento della domanda di ristoro dei pregiudizi ingiustamente subiti²⁴.

La tesi del giudice di legittimità non può essere, però, qui condivisa per la scelta di campo pubblicistica che induce ad attribuire natura di interesse legittimo di diritto amministrativo alla posizione giuridica fatta valere in giudizio dal titolare dell'incarico dirigenziale. Seguendo questa prospettiva, l'interprete si troverebbe, però, di fronte ad un caso eccezionale in cui la giurisdizione su questo tipo di controversie è in effetti affidata al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, dal momento che l'art. 63 del decreto sul pubblico impiego gli devolve in via esclusiva la piena tutela giurisdizionale (anche) su questo genere di liti²⁵.

3. L'esperibilità della tutela risarcitoria e reale davanti al giudice ordinario

Il giudice ordinario in forza dell'art. 63 è legittimato ad «adotta[re], nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati». Sono esperibili, pertanto, forme di tutela, non solo risarcitoria, ma anche reale, come l'azione di condanna alla reintegrazione nell'incarico dirigenziale o nel posto di lavoro, nel caso di accoglimento della domanda di annullamento del provvedimento di revoca o di recesso/licenziamento.

²⁴ Cass. civ., sez. lav., 18 giugno 2020, n. 11891, cui si rinvia per i precedenti conformi ivi richiamati.

²⁵ E al riguardo ci si potrebbe interrogare se non sia comunque preferibile restituire al giudice amministrativo, quale giudice naturale degli interessi legittimi, la competenza nei giudizi in tema di responsabilità dirigenziale (sulle ragioni di carattere sistematico a favore di tale tesi, sia consentito il rinvio a C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale quale responsabilità "contrattuale di diritto pubblico"*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 741-743; sulle motivazioni di carattere processuale circa la maggiore profondità del sindacato del giudice amministrativo sull'eccesso di potere rispetto a quello del giudice ordinario, che sembra focalizzarsi piuttosto sul rispetto delle garanzie procedurali da parte dell'amministrazione anziché sul contenuto della sua decisione, cfr. A. GIANNELLI, *Giudice ordinario e decisione amministrativa*, in R. URSI, M. RENNA (a cura di), *La decisione amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, pp. 240-246).

Lo prevede a chiare lettere il comma 2 dell'art. 63, soprattutto dopo le modifiche apportate dal d.lgs. n. 75/2017²⁶. I periodi successivi al secondo – ove è stabilito che «Le sentenze con le quali [il giudice] riconosce il diritto all'assunzione, ovvero accerta che l'assunzione è avvenuta in violazione di norme sostanziali o procedurali, hanno anche effetto rispettivamente costitutivo o estintivo del rapporto di lavoro» – contemplano, infatti, il potere del «[...] giudice, con la sentenza con la quale annulla o dichiara nullo il licenziamento, [di] condanna[re] l'amministrazione alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e 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», nonché di condannare, altresì, il «datore di lavoro [...] per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali».

La tutela ripristinatoria era stata già ammessa, comunque, dalla Corte costituzionale, nel 2008²⁷, nell'ambito di un giudizio su una forma onerosa di *spoils system*, ove la stessa aveva sottolineato la differenza fondamentale tra settore privato e pubblico, affermando che nel rapporto di lavoro privato il potere di licenziamento del datore di lavoro è limitato al solo scopo di tutelare il dipendente, mentre nel rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni il suddetto potere è circondato da garanzie e limiti posti, non solo e non tanto nell'interesse del soggetto da rimuovere, ma anche e soprattutto a protezione di interessi collettivi, quali quello all'imparzialità ed al buon andamento della pubblica amministrazione. Principi, questi, che sarebbero sicuramente vulnerati da un sistema normativo che preveda l'automatica cessazione degli incarichi dirigenziali e quindi l'automatica sostituzione dei dirigenti, a prescindere

²⁶ Il decreto del 2017 ha determinato, tra l'altro, una sensibile differenziazione del regime di tutela rispetto a quello del lavoratore privato contro il licenziamento illegittimo, previsto dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori (l. n. 300/1970), nonché dal d.lgs. n. 52/2015, ove l'ambito di applicazione della tutela reale è stato ristretto.

²⁷ Corte cost., 24 ottobre 2008, n. 351.

dall'osservanza dei principi del giusto procedimento e dall'accertamento dei risultati conseguiti. Con la conseguenza – secondo la Consulta – che sarebbe inammissibile nell'ordinamento, poiché inadeguata, una tutela meramente risarcitoria del dirigente pubblico illegittimamente rimosso. Le «forme di riparazione economica, quali, ad esempio, il risarcimento del danno o le indennità riconosciute dalla disciplina privatistica in favore del lavoratore ingiustificatamente licenziato, non possono rappresentare, nel settore pubblico, strumenti efficaci di tutela degli interessi collettivi lesi da atti illegittimi di rimozione di dirigenti amministrativi», in quanto – secondo il giudice delle leggi – le forme di ristoro economico di un dirigente, rimosso automaticamente e senza contraddittorio, «non attenua[no] in alcun modo il pregiudizio da quella rimozione arrecato all'interesse collettivo all'imparzialità ed al buon andamento dell'amministrazione», mentre, la tutela reale, ovvero la reintegrazione del dirigente nel posto di lavoro, costituisce l'unico strumento idoneo a ripristinare la ferita inferta (da una decadenza automatica *ex lege* o da una revoca o un licenziamento illegittimi) all'interesse collettivo all'imparzialità ed al buon andamento dell'azione amministrativa.

La necessità di rispettare i predetti principi è strettamente legata all'ineliminabile specialità della dirigenza pubblica e in generale del rapporto di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, ancorché in buona parte privatizzato. Specialità dovuta verosimilmente alla persistente compresenza di un rapporto d'ufficio e di un rapporto di servizio, in cui è il primo a condizionare il secondo ed a costituirne la ragione principale, mentre il secondo, correlativamente, è lo strumento per il perseguimento degli scopi di pubblico interesse cui il primo è funzionalizzato²⁸. La tutela reale intenderebbe cioè garantire il rapporto d'ufficio, in virtù della sua diretta rilevanza nell'ordinamento generale²⁹, altrimenti, in assenza di una reintegrazione nel posto di lavoro del dirigente illegittimamente rimosso, detto rapporto sarebbe vulnerato, esponendo così l'ufficio ed

²⁸ Sul tema, v. S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, Cedam, 2000, p. 654 ss.

²⁹ G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Milano, Giuffrè, 1969, ripubblicato in *Giovanni Marongiu. La democrazia come problema*, vol. I, tomo 1, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 229.

il suo titolare, deputati a compiere valutazioni imparziali ed efficienti, all'arbitrio dell'organo politico ed a forme di sostituzione capaci di minarne la naturale e necessaria continuità³⁰.

L'indirizzo del giudice delle leggi viene seguito anche dal giudice di legittimità, per il quale, non solo il ripristino del rapporto di lavoro, ma anche il ripristino dell'incarico dirigenziale è una forma di tutela che può essere esercitata e concessa dal giudice ordinario in favore dei dirigenti pubblici, là dove questi siano stati privati, in tutto o in parte, delle loro mansioni per effetto di un illegittimo provvedimento del datore di lavoro³¹.

Residuerebbe tuttavia la questione della concreta compatibilità della tutela reale con la disciplina del rapporto di lavoro del dirigente, che ruota intorno alla distinzione tra "qualifica" dirigenziale, circondata da garanzie di stabilità, ed "incarico" dirigenziale, caratterizzato, invece, da flessibilità, fungibilità, temporaneità, addirittura da precarietà³², nonché da (insopprimibile) fiduciarietà. Caratteri dell'incarico, questi, soprattutto l'aspetto fiduciario della nomina, che in taluni casi potrebbero mal conciliarsi con la necessaria condanna alla reintegrazione in forma specifica, soprattutto quando il titolare dell'organo che ha conferito l'incarico sia nel frattempo cambiato.

La tutela ripristinatoria, pertanto, non deve essere sopravvalutata come l'unico rimedio in concreto compatibile con le esigenze di tutela dell'imparzialità e del buon andamento degli uffici pubblici.

Se si guarda alla natura discrezionale e fiduciaria dell'atto di conferimento dell'incarico dirigenziale, ancorché adottato al termine di un procedimento selettivo, di tipo comparativo, potrebbero attenuarsi quelle stesse esigenze di tutela dell'imparzialità e del buon andamento, che dalla Corte costituzionale e di cassazione sono state ritenute incompatibili con misure

³⁰ Cfr. F. CORTESE, *Spoils system e illegittima rimozione di dirigenti pubblici: la Corte costituzionale afferma l'inderogabilità della reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Le Regioni*, 2009, pp. 129-132.

³¹ Cass. civ., sez. lav., 9 gennaio 2017, n. 217; Cass. civ., sez. un., 16 febbraio 2009, n. 3677. *Contra*, Cass. civ., sez. lav., 18 giugno 2014, n. 13867.

³² G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 209 ss., 224 ss.

alternative al ripristino del rapporto di lavoro dei dirigenti, illegittimamente decaduti *ex lege* o per un provvedimento di revoca o recesso.

Nel caso, per esempio, di un incarico dirigenziale conferito ad un soggetto esterno, legato con ogni probabilità da un rapporto fiduciario più stretto con il politico che l'ha nominato, la tutela risarcitoria contro la revoca illegittima potrebbe essere, a ben vedere, una misura più consona alla salvaguardia delle esigenze di interesse pubblico, in quanto, se viene meno in concreto il vincolo fiduciario con il soggetto che l'ha nominato, il ripristino in via giudiziale del dirigente nel precedente posto di lavoro potrebbe determinare effetti distorsivi non meno gravi sull'interesse collettivo al buon andamento dell'amministrazione, in ragione del fatto che il dirigente reintegrato potrebbe non garantire «la piena e coerente attuazione dell'indirizzo politico in ambito amministrativo», violando così uno dei principi cardine della riforma del 2009 in tema di dirigenza pubblica³³.

D'altro canto, se si tiene conto del profilo soggettivo della tutela giurisdizionale, non si può negare al dirigente illegittimamente rimosso di optare per una soddisfazione soltanto monetaria, anziché costringerlo a riprendere servizio in un'organizzazione nella quale potrebbe sentirsi o essere percepito come un soggetto estraneo.

4. Per l'ammissibilità del giudizio amministrativo di esecuzione

Se nel giudizio di responsabilità dirigenziale il dirigente si veda accolta la domanda di reintegrazione nell'incarico o nel posto di lavoro in seguito all'accoglimento di quella di annullamento del provvedimento di revoca o recesso, si pone la questione della proponibilità del ricorso di ottemperanza davanti al giudice amministrativo, ove il datore di lavoro rimanga inadempiente all'obbligo di conformarsi alla sentenza del giudice ordinario passata in giudicato.

La dottrina e la giurisprudenza amministrativa lo considerano proponibile per varie ragioni, tra cui, oggi, appare decisiva quella di ordine sistematico, che fa leva sulla norma generale di carattere processuale, l'art. 112, c. 2, lett. c), del codice del processo amministrativo (d.lgs. n.

³³ Art. 6, c. 1, l. n. 15/2009, e art. 37, d.lgs. n. 150/2009.

104/2010), che ammette l'azione di ottemperanza «delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati del giudice ordinario, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato»: una formula ampia che ricomprende anche i giudicati in tema di lavoro, non essendo prevista alcuna deroga.

La disposizione riprende le previsioni, ormai abrogate, contenute nell'art. 4, n. 4, l. n. 5992/1889, nell'art. 27, n. 4, r.d. n. 1054/1924, e nell'art. 37, c. 1, l. n. 1034/1971, ampliandone per certi versi la portata, poiché si riferisce, non all'"autorità amministrativa" ma alla "pubblica amministrazione" inadempiente, per cui il rimedio dell'ottemperanza dovrebbe considerarsi ammissibile contro un'amministrazione che si rifiuti di adottare spontaneamente, non solo provvedimenti amministrativi, ma anche atti negoziali, ove siano necessari per conformarsi alle statuizioni contenute nella sentenza del giudice ordinario. L'azione di ottemperanza, poi, non rimane più circoscritta al giudicato «che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico», come stabilivano le disposizioni abrogate, con la conseguenza che potrebbe applicarsi anche ai giudicati che riconoscono la lesione di "interessi legittimi".

Si potrebbe tuttavia discutere se il giudice ordinario possa giudicare solo della lesione (di diritti soggettivi e) di interessi legittimi "di diritto privato", oppure anche della lesione di interessi legittimi "di diritto amministrativo". Possibilità, quest'ultima, che non appare in effetti preclusa³⁴, alla luce del nostro quadro costituzionale, in quanto, se è vero che l'art. 103 contempla soltanto per il giudice amministrativo, quale giudice naturale degli interessi legittimi (di diritto amministrativo), la possibilità che il legislatore gli affidi, per «particolari materie» ed entro i confini tracciati dalla Corte costituzionale³⁵ e recepiti nel codice del processo amministrativo (art. 7, c. 1), la tutela giurisdizionale «anche dei diritti soggettivi» (inclusi quelli

³⁴ Cfr.: M. MAZZAMUTO, *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice ordinario?*, in *Giur. it.*, IV, 1999, p. 1123 ss.; F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 318 ss.; A. POLICE, *Gli incarichi dirigenziali, le dispute di Pomponazzi e le garanzie di diritto pubblico*, in *Il diritto dell'economia*, 2009, p. 540 ss.

³⁵ Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204, e 11 maggio 2006, n. 191. In senso conforme, Id., 5 febbraio 2010, n. 35.

“fondamentali”³⁶) contro la pubblica amministrazione. È altrettanto vero che, argomentando *ex art.* 113, c. 1 e 3, non sembra preclusa al legislatore la scelta discrezionale di affidare eccezionalmente al giudice ordinario la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi, così come, in effetti, non gli è stato impedito finora, in determinate materie, di conferire al giudice ordinario il potere di annullare, sospendere o modificare il provvedimento amministrativo illegittimo, dando vita ad un criterio di riparto per materia, con conseguente giurisdizione esclusiva “invertita” del giudice ordinario³⁷. Ed è, in effetti, ciò che sarebbe accaduto in questo genere di controversie in tema di responsabilità dirigenziale, qualora si condivida la tesi pubblicistica finora illustrata circa l’esistenza in argomento di veri e propri provvedimenti amministrativi sanzionatori (revoca e recesso) che ledono interessi legittimi (di diritto amministrativo) del dirigente. L’idea che non ci sia una preclusione costituzionale alla scelta legislativa di affidare al giudice ordinario, in casi tassativi, la giurisdizione sulla lesione di interessi legittimi, sembra ricevere, d’altra parte, l’avallo della Corte costituzionale, nella sentenza n. 275 del 23 luglio 2001, quando afferma che il principio della disapplicazione ed il relativo limite ai poteri del giudice ordinario di fronte ad un atto amministrativo illegittimo, di cui alla legge n. 2248/1865, all. E, «non costituiscono una regola di valore costituzionale, che il legislatore sarebbe tenuto ad osservare in ogni caso», tant’è che l’art. 113, c. 3, rimette, in effetti, alla «scelta discrezionale del legislatore (...) il conferimento ad un giudice, sia ordinario sia ammi-

³⁶ La Corte costituzionale sostiene, d’altra parte, che non esiste alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario, escludendone il giudice amministrativo, la tutela dei diritti costituzionalmente protetti (Corte cost., 24 aprile 2007, n. 140). In tema, v. M.R. SPASIANO, *L’ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 101-104.

³⁷ In questo senso, cfr. N. DE MARINIS, *La cognizione del giudice ordinario e quella residuale del giudice amministrativo*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, L. FIORILLO, A. MARESCA, *Il lavoro pubblico*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 1210 ss., e A. PILEGGI, *I poteri del giudice ordinario*, *ivi*, pp. 1247-1249, i quali osservano come il criterio di riparto per materia risolve, in effetti, soltanto la questione della giurisdizione affidata al giudice ordinario, mettendola al riparo da controspinte che il criterio classico fondato sulla differente natura o qualificazione della situazione giuridica soggettiva tutelata (diritto soggettivo o interesse legittimo) o dell’atto rilevante (negoziato o provvedimento amministrativo) rendeva possibili, in ragione del carattere intrinsecamente mobile in materia della soglia tra pubblico e privato, ma non risolve in effetti la questione controversa circa la vera natura degli atti o delle posizioni soggettive, che potrebbero anche essere configurati come provvedimenti amministrativi e interessi legittimi (di diritto amministrativo).

nistrativo, del potere di conoscere ed eventualmente annullare un atto della pubblica amministrazione o di incidere sui rapporti sottostanti [...]. Non appare dunque condivisibile la tesi di chi, tra i giuslavoristi³⁸, ma non solo³⁹, collegando l'art. 4, c. 4, l. n. 5992/1889, all'art. 4, c. 2, l. n. 2248/1865, All. E, sostiene che l'area di operatività del giudizio amministrativo di ottemperanza sia solo quella in cui vigono le limitazioni ai poteri del giudice ordinario (divieto di revoca o modifica dell'atto amministrativo), stabilite dall'art. 4 dell'All. E, e non possa trovare spazio riguardo ad un'attività, come quella di gestione dei rapporti di impiego, che gli organi dirigenziali, per espressa disposizione normativa, sono legittimati a svolgere con i poteri e le capacità del privato datore di lavoro⁴⁰. Ad ogni modo, se si condivide la tesi finora prospettata circa la natura pubblicistica della responsabilità dirigenziale e dei relativi provvedimenti, allora è giocoforza, a fronte dell'inesecuzione da parte della pubblica amministrazione della sentenza del giudice ordinario (che abbia annullato il provvedimento illegittimo di revoca o di recesso e condannato l'amministrazione a reintegrare il dirigente nell'incarico o nel posto di lavoro), ammettere l'azione di ottemperanza davanti al giudice amministrativo⁴¹. In questo caso, infatti, cade il presupposto su cui si fonda la tesi di chi nega l'ammissibilità del giudizio amministrativo di esecuzione nel pubblico impiego privatizzato, ovvero l'assenza di un atto amministrativo, che solo potrebbe giustificarlo, visti i limiti che il giudice ordinario incontra di regola (e salvo eccezioni) di fronte ad un atto amministrativo, non potendo annullarlo, né sospenderlo, né revocarlo e neppure riformarlo, tranne disapplicarlo.

³⁸ A. RICCARDI, *I poteri del giudice ordinario nelle controversie di lavoro pubblico*, in *Il lavoro nelle pp.aa.*, 4, 2020, p. 126-127.

³⁹ A. CORPACI, *Tutela in forma specifica e dipendenti pubblici*, in M. BARBIERI, F. MACARIO, G. TRISORIO LIUZZI (a cura di), *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 330, ammette il ricorso al giudizio di ottemperanza solo quando l'esecuzione della pronuncia implichi il dispiegamento di un'attività dei pubblici poteri di natura provvedimentoale.

⁴⁰ Art. 5, c. 2, d.lgs. n. 165/2001.

⁴¹ Il ricorso di ottemperanza è peraltro concorrente, e non alternativo, con il rimedio dell'esecuzione forzata, potendo il ricorrente decidere di promuoverli entrambi, a presidio di una piena effettività della tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione (v. A. POLICE, *Mottemperanza della P.A. ai provvedimenti del giudice ordinario (in materia di pubblico impiego) ed esecuzione in forma specifica*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, pp. 938-939).

L'esperibilità del giudizio di ottemperanza nel pubblico impiego privatizzato e l'ammissibilità dello stesso anche in presenza di sentenze civili che riguardino rapporti privatistici trova comunque la sua ragion d'essere, non tanto nell'incidenza su un potere riconosciuto all'Amministrazione, quanto piuttosto nell'esigenza di una garanzia più efficace nei confronti della stessa⁴², poiché assicura al dipendente la stessa effettività di tutela del sistema precedente, disponendo il giudice amministrativo, nella fase di esecuzione delle sentenze, di poteri più incisivi di quelli del giudice ordinario, potendo sostituirsi "pienamente" all'Amministrazione inadempiente⁴³, anche attraverso la nomina di un commissario *ad acta*.

Mentre, il limite intrinseco dell'esecuzione civile è rappresentato dall'insurrogabilità del datore di lavoro privato inadempiente agli obblighi di fare (e non fare) infungibili e incoercibili, potendo questi scegliere tra l'adempimento spontaneo delle prestazioni (infungibili) e il risarcimento del danno. Limite, questo, che non sussiste, invero, verso un datore di lavoro pubblico, ancorché il rapporto di lavoro sia stato privatizzato, poiché fungibilità e infungibilità attengono tipicamente alle prestazioni dovute dai privati, avuto riguardo alla preminenza delle posizioni di libertà e intangibilità della sfera personale, mentre il loro impiego appare precluso di fronte all'attività di soggetti pubblici, essendo questa "doverosa"⁴⁴ e "funzionalizzata"⁴⁵, poiché assoggettata ai principi di legalità, buon andamento e imparzialità, nonché preordinata alla soddisfazione di interessi generali della collettività, come, nel caso di specie, l'accrescimento dell'efficienza delle amministrazioni, la razionalizzazione del costo del lavoro, la migliore utilizzazione delle risorse umane⁴⁶.

⁴² A. TRAVI, *La giurisdizione civile nelle controversie di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 318.

⁴³ In tal senso già E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, III ed., Padova, Cedam, 1957, p. 437.

⁴⁴ G. ROSSI, *Giudice e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 1222, collega alla "doverosità" dell'azione amministrativa l'attribuzione al giudice amministrativo di poteri più penetranti di quelli che ha il giudice civile nella fase di esecuzione della sentenza.

⁴⁵ B. SASSANI, *Giurisdizione ordinaria, poteri del giudice ed esecuzione della sentenza nelle controversie di lavoro con la pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 425.

⁴⁶ Art. 1, c. 1, d.lgs. n. 165/2001.

A meno che non si possa sostenere che l'ampio ventaglio di poteri attribuiti al giudice ordinario consenta di trapiantare nel processo civile di esecuzione alcuni elementi propri di quello amministrativo di ottemperanza, come la nomina giudiziale di un commissario *ad acta*. Opzione, in verità, percorribile, ma solo se gli atti che il commissario deve adottare non esulino dalla potestà giurisdizionale del giudice che l'ha nominato⁴⁷. Le obiezioni forse più difficili da superare rimangono in effetti quelle di chi sostiene che il recupero delle controversie di lavoro pubblico privatizzato nell'area della giurisdizione amministrativa, seppur solo nella fase dell'esecuzione, condurrebbe di fatto a "restituire" la materia al giudice amministrativo, atteso che nel giudizio di ottemperanza questi non si limita ad eseguire la decisione del giudice ordinario, ma talvolta la interpreta e la integra, enucleando e precisando il contenuto degli obblighi nascenti dalla sentenza, chiarendone il significato reale e potendo anche arrivare a pronunciare, quando emergano problemi interpretativi la cui soluzione costituisca l'indispensabile presupposto per la verifica dell'esattezza dell'esecuzione, una statuizione analoga a quella che potrebbe essere emessa in un nuovo giudizio di cognizione.

Si tratta di capire, pertanto, se al giudice amministrativo dell'ottemperanza sia consentito di esercitare un potere "integrativo" o persino "innovativo" del contenuto della sentenza del giudice ordinario⁴⁸. Con il rischio, però, di svuotare di significato la devoluzione della materia alla giurisdizione del giudice ordinario e la stessa logica privatistica sottesa alla riforma⁴⁹. Una questione, questa, che, in effetti, sembra prescindere dal dibattito intorno alla vera natura ed alla conseguente qualificazione, pubblicistica o negoziale, dell'atto che il datore di lavoro pubblico si rifiuta di porre in essere spontaneamente per dare attuazione alla sentenza del giudice ordinario.

⁴⁷ A. POLICE, *Inottemperanza della P.A. ai provvedimenti del giudice ordinario (in materia di pubblico impiego) ed esecuzione in forma specifica*, cit., p. 946.

⁴⁸ Cfr. V. CAIANIELLO, *Esecuzione di sentenze nei confronti della pubblica amministrazione (voce)*, in *Enc. dir.*, agg. III, 1999, pp. 611-612.

⁴⁹ E.A. APICELLA, *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni (voce)*, in *Enc. dir.*, agg. VI, 2002, p. 643.

Al riguardo appare convincente l'orientamento giurisprudenziale per cui il potere del giudice amministrativo dell'esecuzione di integrare il giudicato civile, oltre ad essere condizionato dalla natura della sentenza della cui esecuzione si discute, incontra gli stessi limiti esterni della giurisdizione amministrativa, sicché, quando la cognizione della questione controversa, la cui soluzione sia necessaria ai fini della verifica dell'esatto adempimento da parte dell'amministrazione obbligata, sia devoluta ad altro giudice, soltanto questi può decidere al riguardo, in quanto il giudice dell'ottemperanza non sarebbe fornito di giurisdizione nella materia oggetto di giudicato⁵⁰.

Il giudice amministrativo dell'ottemperanza, in altri termini, nella sua attività esecutiva, non può integrare né innovare il contenuto della sentenza, entrando nel merito e ampliando il *dictum* del giudice ordinario, altrimenti sconfinerebbe in un campo di giurisdizione che non gli compete. La formula di cui all'art. 112, c. 2, lett. c), del codice del processo amministrativo, sembra in effetti confermare questa soluzione, per cui i momenti di cognizione consentiti nell'ambito del giudizio di ottemperanza dovrebbero essere strettamente consequenziali al giudicato, mentre sarebbero inammissibili se fossero autonomi, in quanto costituirebbero un *quid novi* rispetto alla decisione ottemperanda ed andrebbero ad invadere la sfera di giurisdizione del giudice ordinario⁵¹, esponendo la sentenza al vizio dell'eccesso di potere giurisdizionale⁵² rilevabile davanti alle sezioni unite della Corte di cassazione, ai sensi dell'art. 111, ult. c., Cost.

⁵⁰ *Ex multis*: Cass. civ., sez. un., 20 novembre 2003, n. 17633; Id., 19 dicembre 2011, n. 27277; Cass. civ., sez. lav., 28 aprile 2017, n. 10573; Cass. civ., sez. un., 8 novembre 2018 n. 28573. In senso conforme: TAR Lazio, Roma, sez. III, 11 giugno 2008, n. 5757; TAR Lazio, Roma, sez. II, 1 giugno 2011, n. 4982.

⁵¹ R. DIPACE, *Il giudizio di ottemperanza*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 634-635, 640.

⁵² F. FRANCARIO, *Il giudizio di ottemperanza. Origini e prospettive*, in B. CAPPONI, A. STORTO (a cura di), *Esecuzione civile e ottemperanza amministrativa nei confronti della P.A.*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, pp. 62-63.

Lavoro agile e pubblico impiego dopo la legge Madia: quali prospettive future?

Antonietta Lupo

Il contributo ripercorre l'evoluzione storico-normativa del lavoro agile quale forma alternativa e flessibile di rapporto di lavoro nel pubblico impiego. L'intento è quello di ragionare sulla possibilità che il lavoro agile assurga a modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa, ben al di là della conclusione dell'attuale fase emergenziale avviata dalla pandemia di Covid-19. La direzione suggerita dal legislatore, con l'istituzione del Piano organizzativo del lavoro agile e la conseguente prescrizione dell'obbligo di redigere tale documento entro il 31 gennaio di ciascun anno, sembra spingere verso una maggiore e più concreta implementazione dell'istituto. L'adozione di questo innovativo approccio organizzativo delle risorse umane implica, tuttavia, un cambiamento culturale e sollecita un ripensamento complessivo dell'attuale disciplina normativa e contrattuale del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche divenuta, per certi aspetti, ormai obsoleta.

1. Il lavoro agile nella pubblica amministrazione: il quadro normativo ordinario

La progressiva apertura nel pubblico impiego a forme alternative e flessibili di rapporto di lavoro¹ prende avvio, nel nostro ordinamento giuridico, con la l. n. 124/2015 sulla riorganizzazione delle amministrazioni

¹ Le "forme alternative e flessibili" di cui si parla sin dall'*incipit* del contributo riguardano le modalità di svolgimento del rapporto di lavoro. Si intendono, quindi, alternative a quella tradizionale in presenza e flessibili nella determinazione degli orari e delle altre modalità concrete di svolgimento (flessibilità tecnico-organizzativa).

pubbliche (c.d. legge Madia) che, nei limiti delle risorse di bilancio disponibili a legislazione vigente e senza nuovi e/o maggiori oneri per la finanza pubblica, incentiva l'adozione di misure organizzative «per la sperimentazione di nuove modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa» con l'obiettivo di tutelare e promuovere la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro dei dipendenti pubblici e favorire, al contempo, la crescita della loro produttività².

La disciplina, nello specifico, invita ciascuna amministrazione – nell'esercizio della propria autonomia organizzativa – a sperimentare nuove misure organizzative delle risorse umane (alternative al telelavoro³) che consentano di superare il concetto della “timbratura del cartellino” e della “presenza fisica” in ufficio e restituiscano ai lavoratori flessibilità e autonomia nella scelta degli spazi, degli orari e degli strumenti da impiegare nell'esecuzione dell'attività lavorativa.

Il percorso sperimentale *de quo*, a carattere obbligatorio, vincola le amministrazioni pubbliche all'obiettivo che il dieci per cento dell'organico sia impiegato in modalità flessibile entro l'arco di un triennio, sollecitandole ad adeguare i propri sistemi di monitoraggio e controllo interno per verificare l'impatto di tali nuove misure organizzative sull'efficacia, sull'efficienza dell'azione amministrativa, nonché sulla qualità dei servizi erogati.

La *ratio* alla base della norma risiede, a ben vedere, nell'incentivazione di una nuova filosofia manageriale fondata sulla programmazione e sul perseguimento di obiettivi prestazionali specifici, oggettivamente misurabili, coerenti e compatibili con il contesto organizzativo, in grado di responsabilizzare il personale dipendente rispetto alla *mission* istituzionale dell'amministrazione e, allo stesso tempo, di valorizzare la prestazione lavorativa in termini di *performance* e di risultati effettivamente raggiunti.

² In argomento L. CALAFÀ, *Marginalità apparente: l'innovazione organizzativa nella p.a. alle soglie della XVIII legislatura*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, I, 2018, p. 473 ss.

³ Sul telelavoro nella pubblica amministrazione si vedano L. GAETA, *Il regolamento del telelavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2, 1999, p. 311 ss.; L. GAETA, P. PASCUCCI, U. POTTI, *Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, Il Sole 24 Ore, 1999; G. NATULLO, *Il telelavoro*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, V, I, Torino, Utet giuridica, 2004, p. 611 ss.; M. ALTIMARI, *Telelavoro e lavoro agile nella pubblica amministrazione*, in *Var. temi dir. lav.*, 3, 2018.

Nell'ambito di tali innovative modalità di organizzazione del lavoro basate sull'utilizzo della flessibilità (sebbene non esplicitamente menzionato dalla l. n. 124/2015) si annovera il lavoro agile⁴ o *smart working*⁵.

L'art. 18 della l. n. 81/2017 (le cui disposizioni si applicano, in quanto compatibili, anche ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni) definisce il lavoro agile quale «modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa»⁶.

Tratto identificativo essenziale dell'istituto *de quo* è il c.d. patto di agilità che, stante lo scarno articolato legislativo e l'assenza in esso di ogni rinvio alla contrattazione collettiva, rappresenta la «vera e propria fonte primaria del lavoro agile»⁷. È, difatti, attraverso il patto di lavoro agile che

⁴ Sul tema del lavoro agile alle dipendenze della pubblica amministrazione si vedano, *ex multis*, S. CAIROLI, *Prime questioni sulla fattispecie del lavoro in modalità agile alle dipendenze della pubblica amministrazione*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1, 2018, p. 78 ss.; R. CASILLO, M. TUFO, *Il lavoro agile*, in M. ESPOSITO, V. LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 204 ss.; C. SPINELLI, *Il lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. giur. lav.*, 1, 2018, p. 126 ss.; A. SARTORI, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Padova, Kluwer-Cedam, 2018, p. 471 ss.; M.L. VALLAURI, *Una sfida alla PA dal lavoro agile*, in *Quad. riv. giur. lav.*, 4, 2019, p. 169 ss.; M. ESPOSITO, *Smart work e pubblico impiego: patti chiari, agilità lunga*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, in *Quad. arg. dir. lav.*, 18, 2020, p. 147 ss.

⁵ Lavoro agile e *smart working* sono generalmente utilizzati come sinonimi; tuttavia, il termine *smart working* è un inglesismo che ha un significato culturale più ampio. Esso si riferisce non già allo svolgimento della prestazione lavorativa in orari e luoghi diversi da quello aziendale, quanto piuttosto a “nuovi metodi di lavorare”. In argomento A. VISENTINI, S. CAZZAROLLI, *Smart working: mai più senza*, Milano, Franco Angeli, 2019.

⁶ Per un'analisi della l. n. 81/2017 si rinvia a A. PERULLI, L. FIORILLO (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 165 ss.; M. VERZARO (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, Napoli, Jovene, 2018; C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Bari, Cacucci, 2018; E. SIGNORINI, *Il diritto del lavoro nell'economia digitale*, Torino, Giappichelli, 2018; A. OCCHINO, *Il lavoro e i suoi luoghi*, Milano, Vita e Pensiero, 2018, p. 125 ss.; G. RICCI, *Il lavoro a distanza di terza generazione: la nuova disciplina del “lavoro agile”*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 3, 2018, p. 632 ss.

⁷ Così M. LAMBERTI, *L'accordo individuale e i diritti del lavoratore agile*, in A. PERULLI, L. FIORILLO (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 197.

le parti del rapporto regolano le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, introducendo elementi di flessibilità spaziale e temporale⁸.

Diversamente dal telelavoro, nel lavoro agile il lavoratore è tenuto ad eseguire la propria prestazione in forma alternata e cioè in parte all'interno dei locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa⁹. In ragione di tale peculiarità l'accordo sul lavoro agile consente, dunque, di disciplinare lo svolgimento della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro.

L'affidamento della regolazione della prestazione lavorativa all'autonomia individuale interessa anche gli aspetti di flessibilità temporale. L'art. 18, l. n. 81/2017 chiarisce, infatti, che l'elemento del tempo di lavoro può essere o meno oggetto di precisi vincoli consensuali, atteso l'obbligo del rispetto dei "soli" limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale determinati dalla legge e dalla contrattazione collettiva per lo svolgimento dell'attività lavorativa extra-aziendale.

⁸ A conferma della specialità del settore pubblico rispetto al privato, la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri, recante «Indirizzi per l'attuazione dei commi 1 e 2 dell'articolo 14 della legge 7 agosto 2015, n. 124 e linee guida contenenti regole inerenti all'organizzazione del lavoro finalizzate a promuovere la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro dei dipendenti», 1° giugno 2017, n. 3, in www.funzionepubblica.gov.it prevede che l'accordo individuale sia anticipato da un atto amministrativo interno disciplinante gli aspetti di tipo organizzativo e i profili attinenti al rapporto di lavoro.

⁹ Come noto, l'antenato prossimo del lavoro agile è il telelavoro a sua volta parente lontano del lavoro a domicilio degli anni '70. Parte della dottrina individua la differenza tra telelavoro e lavoro agile nell'assenza di una postazione fissa, ritenendo che il telelavoro sia caratterizzato da tale tratto distintivo rispetto alla natura mobile della postazione del lavoratore agile all'esterno. Cfr. A. DONINI, *Nuova flessibilità spazio-temporale e tecnologie: l'idea del lavoro agile*, in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 78 e p. 89; L. TASCINI, *Smart Working: la nuova disciplina del lavoro agile*, in *Mass. giur. lav.*, 6, 2017, p. 383; G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona", 2017, p. 8; M. LAI, L. RICCIARDI, *La nuova disciplina del lavoro agile*, in *Dir. prat. lav.*, 11, 2016, p. 707 ss.; E. DAGNINO, *Lavoro agile: una questione definitoria*, in E. DAGNINO, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Verso il futuro del lavoro – Analisi e spunti su lavoro agile e lavoro autonomo*, ADAPT University Press, 2016, p. 26. Altra dottrina ritiene, invece, la sussistenza di una sostanziale identità tra le due fattispecie. Cfr. O. MAZZOTTA, *Lo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, in *Quot. giur.*, 2016; M. PERUZZI, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, in *Dir. sic. lav.*, 1, 2017, p. 2 ss.; M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona", 2017, p. 944 ss.

Avvalendosi del patto di agilità le parti del rapporto possono, quindi, modulare diversamente il normale orario di lavoro, derogandolo nella parte di prestazione resa all'esterno dei locali aziendali, come pure stabilire una sorta di orario "multi-periodale", definito su base individuale, entro limiti di riposo consecutivo giornaliero e settimanale¹⁰.

Partito lentamente in modalità sperimentale¹¹ e per di più in un contesto di digitalizzazione dei processi di erogazione dei servizi per la collettività ancora molto arretrata¹², il ricorso al lavoro agile subisce un'accelerazione repentina a seguito dell'imperversare della drammatica emergenza sanitaria da Covid-19.

Nel contesto patologico, tuttavia, il lavoro agile smarrisce la sua originaria fisionomia a cominciare dalla finalità perseguita con la sua adozione, che ne fa strumento valido ed efficace per garantire la salute e la sicurezza dei lavoratori e assicurare, al contempo, la continuità dell'azione amministrativa.

2. Il lavoro agile "semplificato" nell'Italia dell'emergenza sanitaria

La spinta iniziale al massivo e coattivo ricorso al lavoro agile si rinviene nel d.l. n. 6/2020 (convertito con modificazioni dalla l. n. 13/2020), recante «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19»¹³, con il riferimento ad attività lavorative «che possono essere svolte in modalità domiciliare» e alle «specifiche deroghe, anche in ordine ai presupposti, ai limiti e alle modalità di svolgimento del lavoro agile» (art. 1, comma 2, lett. *n*) e *o*)).

¹⁰ S. CAIROLI, *La definizione del lavoro agile nella legge e nei contratti collettivi: sovrapposizioni e possibili distinzioni*, in AA.VV., *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, Napoli, Jovene, 2018, p. 3 ss.

¹¹ In argomento si veda M. RUSSO, *Emergenza lavoro agile nella P.A.*, in *giustiziacivile.com*, 1, 2020, p. 55 ss. secondo cui «le amministrazioni pubbliche sono state finora il fanalino di coda nell'applicazione dello *smart working*: a fronte dei 570.000 dipendenti privati occupati in modalità di lavoro agile (secondo la ricerca condotta dal Politecnico di Milano, nel 2019 lo *smart working* ha coinvolto 58% dei dipendenti delle grandi imprese e il 12% dei dipendenti delle piccole e medie imprese, in https://www.osservatori.net/it_it/osservatori/smart-working), i progetti pilota nel lavoro pubblico hanno stentato a decollare e i risultati conseguiti non corrispondono alle aspettative».

¹² L. ZOPPOLI, P. MONDA, *Innovazioni tecnologiche e lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. rel. ind.*, 2, 2020, p. 312 ss.

¹³ D.l. 23 febbraio 2020, n. 6, in *Gazzetta Ufficiale - Serie generale*, 23 febbraio 2020, n. 45.

È sulla scia di tale disposizione normativa che l'istituto viene, dapprima, applicato «in via automatica» e «provvisoria» «anche in assenza degli accordi individuali (...) ad ogni rapporto di lavoro subordinato», nell'ambito dei Comuni sedi delle c.d. «zone rosse» di rischio e, successivamente, esteso per comprensibili ragioni di ordine pubblico sanitario a tutto il territorio nazionale con l'obiettivo primario di limitare la presenza dei dipendenti pubblici (e il loro spostamento) nei «luoghi di lavoro».

Tale finalità costituirà il *leitmotiv* di tutta la legislazione dell'emergenza, determinando il superamento del regime sperimentale del lavoro agile che, a far data dal d.l. n. 18/2020 convertito, con modificazioni, dalla l. n. 27/2020, c.d. cura Italia¹⁴, è destinato a diventare modalità ordinaria di svolgimento delle attività lavorative ritenute differibili¹⁵ e per le quali l'amministrazione non ravvisi la necessaria presenza del dipendente sul luogo di lavoro¹⁶.

Nell'identificare il lavoro agile quale unica misura alternativa allo spostamento motivato da «comprovate esigenze lavorative», il decreto c.d. cura Italia interviene con innovative disposizioni normative destinate ad attuare un significativo snellimento dell'*iter* di attivazione dell'istituto così da estenderne il più possibile l'adozione fino alla cessazione dello stato di emergenza.

Il fulcro di tale regime transitorio risiede nel passaggio dalla consensualità all'unilateralità dell'applicazione del lavoro agile e, quindi, nel temporaneo superamento degli accordi individuali sull'attivazione e sulla regolazione delle modalità della flessibilità previsti dagli artt. 18, comma 1 e 19, l. n. 81/2017 (art. 87, comma 1, lett. *b*), decreto c.d. cura Italia¹⁷.

¹⁴ D.l. 17 marzo 2020, n. 18, in *Gazzetta Ufficiale - Serie generale*, 17 marzo 2020, n. 70.

¹⁵ La circolare del Ministro per la pubblica amministrazione n. 2/2020 chiarisce che «l'individuazione delle attività indifferibili non necessariamente presuppone che le stesse siano svolte in presenza fisica sul luogo di lavoro. Al contrario, le attività indifferibili possono essere svolte sia nella sede di lavoro – anche solo per alcune giornate, nei casi in cui il dipendente faccia parte del contingente minimo posto a presidio dell'ufficio – sia con modalità agile».

¹⁶ L'alternativa, in caso di mancato svolgimento del lavoro in forma agile, è il ricorso agli istituti «delle ferie pregresse, del congedo, della banca ore, della rotazione e di altri analoghi istituti, nel rispetto della contrattazione collettiva» e, escluse queste possibilità, l'esenzione del lavoratore dal servizio, senza perdita di retribuzione (art. 87, comma 3, d.l. n. 18/2020). La *ratio* del legislatore è quella di offrire alle amministrazioni un ventaglio di strumenti modulabili, a seconda delle necessità organizzative proprie di ciascun ufficio, e riferibili all'intero assetto organizzativo e non al singolo dipendente.

¹⁷ Esigenze di semplificazione nell'emergenza consentono, inoltre, di lasciare inapplicate anche le disposizioni concernenti gli obblighi informativi di cui agli artt. 22 e 23, l. n. 81/2017

A fronte di taluni aspetti pratici concernenti l'avvio della prestazione agile in conformità alle esigenze dettate dall'eccezionale situazione emergenziale, il consenso del lavoratore cede dunque il passo alla "discrezionale" manifestazione di volontà del datore di lavoro, cui adesso compete individuare le attività che, per la loro natura, non possono essere oggetto di lavoro agile e adottare idonee forme di rotazione dei dipendenti «per garantire un contingente minimo di personale da porre a presidio di ciascun ufficio, assicurando prioritariamente la presenza del personale con qualifica dirigenziale in funzione del proprio ruolo di coordinamento»¹⁸. Ulteriore elemento da evidenziare, per il suo carattere fortemente innovativo e per la sua particolare incidenza sull'istituto *de quo*, è la limitazione, prevista dall'art. 87, comma 1, lett. a), decreto c.d. cura Italia, della presenza dei dipendenti nei «luoghi di lavoro» esclusivamente per le attività che si ritengono «indifferibili».

A ben vedere, la previsione è destinata ad incidere sull'ulteriore indispensabile condizione per aversi una prestazione di lavoro in forma agile, ossia la flessibilità organizzativa¹⁹.

In deroga a quanto previsto dall'art. 18, comma 1, l. n. 81/2017 secondo cui la «prestazione lavorativa viene eseguita, in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa», il lavoro agile viene infatti contestualizzato fuori dall'alternanza dualistica tra locali aziendali e dimensione esterna degli stessi: in questo ordito di fondo il luogo di lavoro diventa, pertanto, unico e necessitato ovvero l'abitazione di residenza e/o di domicilio del lavoratore subordinato.

Ne consegue che, sotto il profilo temporale, la prestazione lavorativa si svolge in forma per lo più continuativa, spesso eludendo i limiti di durata massima giornaliera e settimanale previsti dalla legge e dalla

concernenti la sicurezza sul lavoro, che si ritengono assolti in via telematica, anche attraverso la documentazione resa disponibile dall'Istituto nazionale assicurazione infortuni sul lavoro.

¹⁸ Cfr. direttiva Presidenza del Consiglio dei Ministri n. 2/2020, recante «Indicazioni in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 nelle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165», in www.funzionepubblica.gov.it.

¹⁹ «Difetta cioè quel fondamentale elemento *smart* di dinamismo, che colora il lavoro agile ordinario, in quanto trasposizione italiana dello *smart working*». In questi termini, S. BINI, *Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni in stato di emergenza*, in *giustizia-civile.com*, 1, 2020, p. 72.

contrattazione collettiva, con buona pace della conciliazione vita-lavoro dei dipendenti²⁰.

Al di là dell'etichetta legale, appare evidente che il lavoro agile così delineato risulti svuotato di quei contenuti che invece dovrebbe avere, perdendo «il suo tratto identitario, giuridicamente, volontaristico/consensuale e, fattualmente, di integrazione flessibile di spazio e tempo»²¹. Al suo posto affiora un nuovo modello “emergenziale” destinato a rimanere “ordinario” – allo stato attuale – fino al 30 aprile 2021, termine entro il quale si presume cessi lo stato di emergenza sanitaria²².

3. Ripensare l'esperienza di lavoro agile: dalla fase emergenziale verso un modello a regime

Nel dettare poche ma lineari disposizioni finalizzate al consolidamento di modalità flessibili di svolgimento della prestazione lavorativa, il d.l. n. 34/2020 (convertito con modificazioni dalla l. n. 77/2020) c.d. decreto rilancio²³ traccia le direttrici di intervento per traghettare l'esperienza del lavoro agile emergenziale verso un modello a regime, prevedendone l'applicazione (con le misure semplificate di cui al comma 1, lett. b), art. 87,

²⁰ La dottrina sostiene che «tra le maggiori criticità che l'esperienza di lavoro agile nell'emergenza ha posto in evidenza, infatti, c'è proprio la difficoltà di gestire il tempo di lavoro (...), spesso complicata dalla esiguità degli spazi abitativi e dalla contestuale presenza di tutti i membri della famiglia, nonché dal (...) deficit di funzionalità delle infrastrutture di rete e dei sistemi informatici verificatosi di frequente». Cfr. C. SPINELLI, *Le potenzialità del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni: da modalità ordinaria di gestione dell'emergenza a volano per l'innovazione?*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2, 2020, p. 30.

²¹ Così B. CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2, 2020, p. 215 ss. Sul punto, la dottrina ritiene che questa attenuazione dello *smart working* «non si limita a derogare agli adempimenti a esso connessi, ma si pone quasi come un *tertium genus* rispetto allo stesso e al telelavoro». Cfr. R. ZUCARO, *Pubblica amministrazione e smart working, dalla disciplina ordinaria alla deroga emergenziale*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2, 2020, p. 90. Secondo altra parte della dottrina lo *smart working* diffusosi durante l'emergenza epidemiologica risulta più simile ad una forma avanzata di telelavoro, «trattandosi di attività lavorativa svolta dapprima esclusivamente e poi prevalentemente negli ambienti domestici, quindi integralmente al di fuori dei locali aziendali, con l'utilizzo esclusivo di strumentazione tecnologica». Cfr. M. LAMBERTI, *Il lavoro agile alla prova dell'emergenza sanitaria: quel che resta dello smart working*, in *riviste.aib.it*, 2021, p. 3.

²² Da ultimo si veda quanto disposto dal d.l. n. 183/2020 (convertito con modificazioni dalla l. n. 21/2021) c.d. decreto milleproroghe, in *Gazzetta Ufficiale - Serie generale*, 31 dicembre 2020, n. 323.

²³ D.l. 19 maggio 2020, n. 34, in *Gazzetta Ufficiale - Serie generale*, 19 maggio 2020, n. 128.

decreto c.d. cura Italia) ad almeno il cinquanta per cento del personale impiegato nelle attività che possono essere svolte in modalità flessibile. Nello scenario attuale, la disciplina normativa applicabile alle pubbliche amministrazioni continua a rimanere quella dettata dall'art. 87, decreto c.d. cura Italia che, però, deve essere letta alla luce della graduale ripresa delle attività produttive, industriali e commerciali.

È in quest'ottica, infatti, che le amministrazioni adeguano l'operatività di tutti gli uffici pubblici alle esigenze dei cittadini e delle imprese connesse alla progressiva ripresa economica, organizzando il lavoro dei propri dipendenti e l'erogazione dei servizi «attraverso la flessibilità dell'orario di lavoro, rivedendone l'articolazione giornaliera e settimanale, introducendo modalità di interlocuzione programmata, anche attraverso soluzioni digitali e non in presenza con l'utenza» (art. 263, comma 1).

In questo ordito di fondo, il lavoro agile diventa «una delle modalità ordinarie di svolgimento della prestazione lavorativa» da svolgere «in assenza di precisi vincoli di orario e di luogo di lavoro», avente ad oggetto «sia attività ordinariamente svolte in presenza dal dipendente, sia, in aggiunta o in alternativa (...), attività progettuali specificamente individuate tenuto conto della possibilità del loro svolgimento da remoto» (artt. 1 e 5, decreto del Ministro per la pubblica amministrazione del 19 ottobre 2020²⁴).

Sebbene ancora attivabile unilateralmente, il lavoro agile comincia, dunque, a riappropriarsi della sua primigenia fisionomia (per il momento sotto il solo profilo della flessibilità organizzativa) e a recuperare la duplice finalità sottesa alla sua adozione: agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro dei dipendenti pubblici e, al contempo, incrementare la loro produttività e quella dell'amministrazione di appartenenza.

Nel solco di una maggiore implementazione del lavoro agile nelle amministrazioni pubbliche si pone, altresì, la previsione di cui all'art. 263, comma 4-bis, c.d. decreto rilancio, che istituisce il Piano organizzativo del lavoro agile (POLA) quale sezione del Piano della *performance*, pre-

²⁴ Decreto Ministro per la pubblica amministrazione, recante «Misure per il lavoro agile nella pubblica amministrazione nel periodo emergenziale», 19 ottobre 2020, in *Gazzetta Ufficiale - Serie generale*, 28 ottobre 2020, n. 268, così come prorogato dal decreto 23 dicembre 2020, in *Gazzetta Ufficiale - Serie generale*, 31 dicembre 2020, n. 323 e dal decreto 20 gennaio 2021, in *Gazzetta Ufficiale - Serie generale*, 29 gennaio 2021, n. 23.

scrivendo l'obbligo per le amministrazioni (sentite le organizzazioni sindacali) di redigere tale documento entro il 31 gennaio di ciascun anno²⁵. Si tratta, in termini generali, di uno strumento di programmazione attraverso cui vengono individuate le modalità di attuazione e sviluppo del lavoro agile, prevedendo, per le attività che possono essere svolte in tale modalità, che almeno il sessanta per cento dei dipendenti possa avvalersene senza subire penalizzazioni ai fini del riconoscimento di professionalità e della progressione di carriera.

La norma che lo istituisce non dispone alcunché nell'ipotesi di inesatta e/o incompleta adozione del Piano, occupandosi soltanto della sua eventuale mancata assunzione per la quale dispone, quale unico effetto, che il lavoro agile sia comunque applicato ad almeno il trenta per cento dei dipendenti che lo richiedono²⁶. Poiché, tuttavia, il POLA è una sezione (ormai) obbligatoria del Piano della *performance* non pare peregrino ritenere applicabile – in tale ultima eventualità e nel caso di mancato aggiornamento annuale – le medesime disposizioni sanzionatorie previste dall'art. 10, comma 5, d.lgs. n. 150/2009.

Allo scopo di rendere l'istituto *de quo* un'opportunità strutturata per l'amministrazione e per i lavoratori, si prevede che la sua introduzione all'interno di ciascuna organizzazione debba realizzarsi in modo progressivo e graduale.

La scelta sulla progressività e sulla gradualità dell'implementazione del lavoro agile viene rimessa alla singola amministrazione, che infatti ne pianifica lo sviluppo tramite il Piano, progettando – nell'arco temporale di un triennio – un programma che definisce le condizioni abilitanti (misure organizzative, requisiti tecnologici, percorsi formativi del personale,

²⁵ Attualmente, dall'esame dei dati forniti dal Portale della *performance* del Dipartimento della Funzione pubblica, risulta che appena il trentatré per cento delle amministrazioni statali ha approvato il Piano operativo del lavoro agile entro il termine del 31 gennaio. Peraltro, giova evidenziare che per gli enti locali la tempistica di approvazione dei piani di programmazione è quella stabilita dall'art. 169, d.lgs. n. 267/2000.

²⁶ Parte della dottrina afferma che «la previsione è laconica, e non esplica le conseguenze in caso di mancato raggiungimento della soglia, che formulate in modo così aperto non sembrano precludere al singolo dipendente la possibilità di invocare il diritto all'attivazione del lavoro in modalità agile da parte del dirigente». Sul punto cfr. S. CAIROLI, *Lavoro agile alle dipendenze della pubblica amministrazione entro e oltre i confini dell'emergenza epidemiologica*, in *lavorodirittieuropa.it*, 1, 2021, p. 6.

anche dirigenziale), le modalità e lo stato di implementazione, nonché gli strumenti di rilevazione e di verifica periodica dei risultati conseguiti, della digitalizzazione dei processi, nonché della qualità dei servizi erogati. Il lavoro agile è una politica di *change management* ambiziosa e complessa e, in quanto tale, presuppone una costante ed attenta misurazione e valutazione della *performance* organizzativa e individuale, in termini di miglioramento dell'economicità, dell'efficacia e dell'efficienza dell'azione amministrativa.

A tal fine, dunque, le amministrazioni sono chiamate ad elaborare il Piano avendo cura di individuare diversi indicatori riferibili alle differenti dimensioni di *performance* e, segnatamente: indicatori riferiti allo stato di implementazione, finalizzati a monitorare le fasi e gli esiti dei progetti diretti all'introduzione del lavoro agile nell'organizzazione; indicatori riguardanti la *performance* organizzativa, che misurano e valutano il potenziale contributo del lavoro agile al raggiungimento degli obiettivi specifici del Piano; indicatori inerenti alla *performance* individuale, che forniscono una visione del prevedibile apporto del lavoro agile al raggiungimento degli obiettivi del singolo dipendente²⁷.

4. Il ruolo dei dirigenti nella programmazione e nel monitoraggio del lavoro agile

Un ruolo complesso e articolato nella promozione, attuazione e monitoraggio del lavoro agile è svolto dai dirigenti, chiamati a realizzare un importante cambiamento di stile manageriale e di *leadership* fondato sulla programmazione degli obiettivi e sulla misurazione dei risultati conseguiti, piuttosto che sulla quantità di ore lavorate dai dipendenti. Svincolandosi dal mero ruolo di raccordo tra organo politico e parte dipendente, il dirigente assume infatti al ruolo di promotore dell'innovazione dei sistemi organizzativi di gestione delle risorse umane, operando un monitoraggio mirato e costante, *in itinere* ed *ex post*, delle prestazioni lavorative, riconoscendo maggiore autonomia alle proprie risorse umane ma, soprattutto, ponendo maggiore attenzione al raggiungimento degli

²⁷ Cfr. Linee guida sul piano organizzativo del lavoro agile (POLA) e indicatori di performance adottate dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica, in www.funzionepubblica.gov.it.

obiettivi fissati e alla verifica del riflesso sull'efficacia e sull'efficienza dell'azione amministrativa²⁸.

La delicatezza delle prerogative dirigenziali esercitate in tale contesto si declina, in primo luogo, nella necessità di organizzare gli uffici in modo da assicurare lo svolgimento del lavoro agile ad almeno il cinquanta per cento del personale preposto alle attività che possono essere svolte con modalità organizzative flessibili, ferma restando comunque la possibilità di applicare percentuali più elevate che siano compatibili con le potenzialità organizzative e con la qualità e l'effettività del servizio erogato²⁹. In questa prospettiva, dunque, il dirigente – tramite appositi atti di ricognizione interna – concorre alla mappatura e alla reingegnerizzazione delle attività compatibili con le innovative modalità spazio temporali di svolgimento della prestazione lavorativa, anche alla luce delle prescrizioni sanitarie vigenti in materia di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori.

Al fine di assicurare, nell'arco temporale settimanale o plurisettimanale, un'equilibrata alternanza nello svolgimento dell'attività in modalità agile e di quella in presenza, il dirigente favorisce poi la rotazione del personale, tenendo conto (ove i profili organizzativi lo consentano) della disponibilità manifestata dai propri dipendenti per l'accesso alla modalità di lavoro agile secondo determinati criteri di priorità, che considerano le condizioni di salute del dipendente e dei componenti del suo nucleo familiare, della presenza nel medesimo nucleo di figli minori di quattordici anni, della distanza tra la zona di residenza o di domicilio e la sede di lavoro, nonché del numero e della tipologia dei mezzi di trasporto utilizzati e dei relativi tempi di percorrenza.

Nell'adottare soluzioni organizzative idonee a consentire un'efficace svolgimento delle attività in modalità flessibile, il dirigente è tenuto a garantire l'assenza di qualsiasi forma di discriminazione, soprattutto nei confronti dei lavoratori fragili, in favore dei quali lo stesso deve prevedere ogni soluzione utile ad assicurare loro l'accesso a prestazioni lavorative in

²⁸ In argomento G.A. LO PRETE, *Il lavoro agile (smart working): brevi riflessioni sul ruolo dei dirigenti pubblici*, in *ildirittoamministrativo.it*, 3, 2021.

²⁹ Da ultimo cfr. d.P.C.M. 2 marzo 2021, in *Gazzetta Ufficiale - Serie generale*, 2 marzo 2021, n. 52.

modalità agile, anche attraverso l'adibizione a diversa mansione, purché ricompresa nella medesima categoria o area di inquadramento secondo quanto previsto dalla contrattazione collettiva vigente.

In coerenza con gli obiettivi e i criteri per la valutazione dei risultati, infine, spetta al dirigente monitorare e verificare le prestazioni rese in modalità agile, da un punto di vista sia quantitativo sia qualitativo e secondo una periodicità che tenga conto della natura delle attività svolte dal dipendente, in armonia con i principi del sistema di misurazione e valutazione della *performance* adottato dall'amministrazione di riferimento.

5. Considerazioni conclusive

Fino a qualche mese fa il lavoro agile è stato percepito come un «tassello dell'offerta (...) degli ausili finanziari di emergenza»³⁰ individuati dai vari provvedimenti normativi e governativi, che si sono freneticamente succeduti nell'arco di questi ultimi due anni.

Superata la fase acuta dell'emergenza, pur nel permanere di una significativa incertezza sul futuro, ci si interroga sulle reali potenzialità del lavoro agile e sulla possibilità che esso assurga a modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa, ben al di là dell'auspicata conclusione dell'emergenza sanitaria.

Non v'è dubbio che il ricorso a questo innovativo approccio organizzativo delle risorse umane implichi, innanzitutto, un cambiamento culturale che sia in grado di superare il giudizio non pienamente positivo, abbastanza diffuso sia presso l'opinione pubblica sia in sede politica³¹ sulla produttività del lavoro pubblico³².

³⁰ G. MELIS, *Riformare l'amministrazione pubblica a partire dallo smart working*, in *Il Mulino*, 4, 2020, p. 632.

³¹ In argomento cfr. G. MINEO, *Addio ai furbetti dello smart working. Le nuove regole per gli uffici pubblici*, in *iltempo.it*, 22 marzo 2021, secondo cui il Ministro per la pubblica amministrazione sarebbe al lavoro per dar vita a una normativa che regoli il lavoro agile in Italia ed escluda da tale modalità di svolgimento della prestazione lavorativa «i "furbetti" che stanno a casa sul divano invece di lavorare. O ancor peggio, quei dipendenti che spengono addirittura i computer per andare a fare shopping».

³² Come ricorda S. ANGELETTI, *Misurare il lavoro agile nelle amministrazioni pubbliche: pro-fili, problemi e prospettive*, in *Rivista italiana di Public Management.it*, 1, 2020, p. 66 «contestualmente alla promozione del lavoro agile, si prevedono sistemi di rilevazione biometrica delle presenze col fine dichiarato di recuperare l'efficienza nelle amministrazioni», che veicolano

Rendere il lavoro agile lo strumento primario nell'ottica del potenziamento dell'efficacia e dell'efficienza dell'azione amministrativa richiede, in secondo luogo, un ripensamento complessivo della disciplina normativa e contrattuale del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, attualmente ancorata ad una modalità di organizzazione del lavoro ispirata ad un obsoleto modello burocratico «governato da generiche procedure, senza precisi e concreti obiettivi, in cui il processo di lavoro è frammentato, le operazioni da compiere sono circoscritte e in successione e il risultato finale è la somma delle varie operazioni dei passaggi eseguiti»³³.

Prevedere un armonico inserimento del lavoro agile in questo modello richiede, dunque, il passaggio «da un'amministrazione "a orario" a una "a risultato"; da un'amministrazione "controllata" tramite la presenza fisica in ufficio sotto gli occhi del dirigente a una "verificata" ("valutata") a posteriori tramite i risultati conseguiti»³⁴.

Un altro aspetto da considerare, ai fini di un'efficace implementazione del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni, riguarda la digitalizzazione dei processi e il potenziamento della strumentazione informatica. Non può negarsi che le tecnologie informatiche rappresentano «un vero fattore abilitante per la diffusione del lavoro agile»³⁵, poiché permettono di superare il concetto della "presenza fisica" del dipendente in ufficio scandita dalla "timbratura del cartellino" d'entrata e d'uscita e, quindi, della prestazione lavorativa svolta in una dimensione spazio-tempo pre-stabilita.

È fatto notorio che non sempre, tuttavia, la dotazione informatica si è rivelata adeguata nelle singole realtà amministrative.

Prova ne è il fatto che, fino a oggi, il lavoro agile è stato svolto in massima parte attraverso l'ausilio di strumenti informatici nella disponibilità del

«un messaggio di sfiducia che induce a ritenere il lavoro agile scarsamente applicabile, se non, addirittura, difficilmente immaginabile».

³³ G. BALDUZZI, *Emergenza sanitaria e cambiamento organizzativo: alcuni dati e riflessioni*, in *fondazione.romagnosi.it*, 10, 2020, p. 4.

³⁴ G. MELIS, *Riformare l'amministrazione pubblica a partire dallo smart working*, cit., p. 634.

³⁵ S. ANGELETTI, *Misurare il lavoro agile nelle amministrazioni pubbliche: profili, problemi e prospettive*, cit., p. 67.

dipendente, ricorrendo alla formula *byond* (*bring your own device*), che ha consentito, tra l'altro, di arginare le problematiche legate al rispetto dei limiti connessi alla *spending review* e di evitare gli oneri in materia di sicurezza e buon funzionamento della richiamata strumentazione.

Nell'ottica di accelerare il processo di digitalizzazione quale presupposto per incrementare il ricorso al lavoro agile nella fase successiva all'emergenza si ritiene, dunque, fondamentale che le amministrazioni programmino i propri approvvigionamenti, usufruendo delle misure di incentivazione messe loro a disposizione³⁶, sì da potenziare adeguatamente le dotazioni informatiche ed i sistemi di rete.

Naturalmente il potenziamento del supporto tecnologico rappresenta solo una delle leve necessarie allo sviluppo digitale delle pubbliche amministrazioni.

Altrettanto fondamentale risulta, invero, il ricorso all'attività formativa quale strumento di accompagnamento del personale nel processo di trasformazione digitale dell'amministrazione e di diffusione della capacità di lavorare in modalità agile per il raggiungimento degli obiettivi assegnati³⁷. Infine, un ultimo aspetto non meno rilevante riguarda la necessità di promuovere un'organizzazione del lavoro pubblico realmente orientata al *work-life balance*.

La crisi pandemica ha accelerato, com'è noto, il ricorso al lavoro agile, creando una cultura del "sempre connesso" che ha spesso comportato non soltanto l'allungamento – quasi mai remunerato – della giornata lavorativa, ma anche un correlato peggioramento delle condizioni psicofisiche dei lavoratori.

³⁶ Da ultimo si ricorda che il c.d. decreto rilancio ha istituito il Fondo per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione, finalizzato alla copertura delle spese per interventi, acquisti e misure di sostegno in favore di una strategia di condivisione e utilizzo del patrimonio informativo pubblico a fini istituzionali, della implementazione diffusa e della messa a sistema degli strumenti per la digitalizzazione del Paese, dell'accesso in rete tramite le piattaforme abilitanti previste dal c.d. Codice dell'amministrazione digitale, nonché finalizzato a colmare il *digital divide*, attraverso interventi a favore della diffusione dell'identità digitale, del domicilio digitale e delle firme elettroniche.

³⁷ La necessaria complementarietà tra innovazione organizzativa e sviluppo delle competenze discende principalmente dalla consapevolezza che le maggiori criticità rilevate nel processo di sviluppo e consolidamento dell'amministrazione digitale emergono, appunto, nell'ambito dei c.d. fattori abilitanti immateriali, tra i quali si annovera la mancanza delle competenze digitali.

Vero è che la flessibilità spaziale e temporale della prestazione lavorativa, che contraddistingue il lavoro agile, si presta a garantire istanze di conciliazione. D'altro canto, tuttavia, il fine conciliativo non è di per sé assicurato se i lavoratori non beneficiano di sufficiente autonomia nella definizione in concreto delle modalità di svolgimento della loro prestazione e di adeguate tutele dei loro diritti³⁸.

Superata la fase emergenziale sarebbe, dunque, opportuno che le amministrazioni pubbliche sostengano e incoraggino attivamente il diritto alla disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche al di fuori dell'orario di lavoro (compresi i periodi di riposo, i giorni festivi ufficiali e annuali, i congedi di maternità, paternità e parentali nonché altri tipi di congedo) e promuovano un approccio efficiente, ragionato ed equilibrato agli strumenti digitali sul lavoro³⁹.

³⁸ Cfr. R. ZUCARO, *Pubblica amministrazione e smart working, dalla disciplina ordinaria alla deroga emergenziale*, cit., p. 31.

³⁹ Per il vero il recente accordo siglato lo scorso marzo da Governo e parti sociali («Patto per l'innovazione del lavoro pubblico e la coesione sociale») sembra andare nella direzione auspicata, laddove prevede che i futuri contratti collettivi nazionali di lavoro definiscano una disciplina normativa ed economica del lavoro agile che garantisca condizioni di lavoro trasparenti, incoraggi la produttività e l'orientamento ai risultati, conciliando le esigenze dei lavoratori con quelle organizzative delle pubbliche amministrazioni. Secondo l'intesa sottoscritta saranno, infatti, disciplinati aspetti di tutela dei diritti sindacali, delle relazioni sindacali e del rapporto di lavoro (quali il diritto alla disconnessione, le fasce di contattabilità, il diritto alla formazione specifica, il diritto alla protezione dei dati personali, il regime dei permessi e delle assenze) ed ogni altro istituto del rapporto di lavoro e previsione contrattuale.

La dirigenza degli enti locali tra legge, autonomia normativa e contrattazione collettiva

Mario Cerbone

A vent'anni dall'emanazione del d.lgs. n. 165/2001, una riflessione sul lavoro dirigenziale nell'ente locale continua a serbare interesse: sia perché un assetto interpretativo sul riparto di potestà normativa tra Stato ed enti territoriali in materia non è stato ancora raggiunto, sia per l'indubbio stimolo offerto dalla recente sottoscrizione del contratto collettivo dell'Area Funzioni locali. Muovendo proprio dal predetto passaggio della contrattazione collettiva, il contributo intende delineare la fisionomia giuridico-organizzativa della dirigenza locale nell'intreccio con le indicazioni normative della giurisprudenza costituzionale. L'intersezione delle discipline restituisce all'interprete un assetto non soltanto carente ma a tratti ambiguo, scarsamente "integrabile" con le direzioni attuali dell'autonomia degli enti locali.

1. La dirigenza nel processo di «privatizzazione» dell'impiego pubblico

È difficile mettere in dubbio la centralità della dirigenza nel processo di «privatizzazione dell'impiego pubblico», avviato negli anni '90 del secolo scorso. Al dirigente il legislatore ha affidato poteri e responsabilità in più direzioni: sul piano della relazione con gli organi politici, fondandosi sul principio di distinzione tra politica e amministrazione (art. 4 d.lgs. n. 165/2001)¹; sul piano gestionale, attribuendo al dirigente il potere di

¹ Il modello teorico, fondato sulla circolarità tra indirizzo, gestione, verifica – definito dall'art. 4 d.lgs. n. 165/2001 e precisato dalle disposizioni relative al ciclo di gestione della *performance* – fatica a trovare corrispondenza sul piano dell'attuazione concreta: questo rilievo viene attribuito dalla dottrina alle criticità nella fase della formulazione degli indirizzi e della assegnazione degli obiettivi, con riflessi anche sulla successiva valutazione delle prestazioni (in questi termini, A. BOSCATI, *La percezione dell'eterno incompiuto nel processo riformatore del lavoro pubblico*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 2020, p. 25). Per una lettura critica dell'effettiva attuazione del principio di distinzione, con inevitabili ricadute anche sulla dirigenza pubblica,

direzione e organizzazione del lavoro (art. 5, co. 2, d.lgs. n. 165/2001)²; sul piano dei rapporti con la controparte sindacale³. D'altra parte, la presenza di una dirigenza capace di muoversi in un'ottica manageriale è sempre stata considerata, in base alle logiche del *New Public Management*, la preconditione fondamentale affinché l'organizzazione pubblica potesse effettivamente adottare la prospettiva del modello d'impresa, abbandonando il modello burocratico⁴.

Altrettanto indubbio è ritenere – sulla scorta dell'esperienza applicativa di oltre un ventennio – che la dirigenza abbia costituito anche il vero punto critico della riforma, perché vista e vissuta come garanzia di tenuta della linea di confine, cioè di salvaguardia dell'area privatizzata, in vista di una gestione modellata sulle *best practices* del *public management*⁵. Tanti i nodi irrisolti della disciplina, tanti i fattori che hanno ostacolato

v. A. BELLAVISTA, *Gli infiniti tormenti del lavoro pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2017, p. 43, che sottolinea l'inefficienza delle scelte normative, incapaci di individuare strumenti che riducano «l'influenza del mercato elettorale sugli organi politici»; al riguardo, cfr. A. GARILLI, *Breve storia di una riforma incompiuta*, in A. GARILLI, A. RICCOBONO, C. DE MARCO, A. BELLAVISTA, M. MARINELLI, M. NICOLOSI, A. GABRIELE, *Il lavoro alle dipendenze della p.a. dopo la "Riforma Madia"*, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2018, p. 2; L. CASINI, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Venti anni di politica e amministrazione in Italia*, Bologna, il Mulino, 2016, p. 14; C. D'ORTA, *25 anni di riforme che hanno paralizzato la PA. Riconosciamo gli errori e proviamo a rilanciare il nostro Paese*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2016, p. 783 ss., sugli effetti deleteri dello *spoils system* esteso a tutte le funzioni dirigenziali (e non soltanto a quelle apicali).

² Autorevole dottrina – quando il processo di riforma muoveva i suoi primi passi negli anni '90 – ha parlato di «funzionalizzazione sintetica» dell'attività amministrativa del dirigente pubblico e, in base agli influssi degli studi sul *New Public Management*, di «amministrazione di risultato»: il riferimento è a A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1993, p. 470 ss.

³ Sulla blindatura dei poteri dirigenziali nei confronti delle invasioni della contrattazione collettiva, v. A. BELLAVISTA, *Contrattazione collettiva e partecipazione sindacale nella Riforma Madia*, in A. GARILLI, A. RICCOBONO, C. DE MARCO, A. BELLAVISTA, M. MARINELLI, M. NICOLOSI, A. GABRIELE, *Il lavoro alle dipendenze della p.a. dopo la "Riforma Madia"*, cit., p. 67; v. inoltre M. RICCI, F. DI NOIA, *Le (nuove) relazioni sindacali nel settore pubblico*, in *Variazioni su Temi di Diritto del lavoro*, 2020, p. 114 ss.; CANGEMI, *La partecipazione sindacale e la negoziabilità dei poteri dirigenziali nel nuovo sistema di relazioni sindacali*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2019, p. 180 ss.

⁴ Sul punto v. A. BELLAVISTA, *Il dirigente pubblico e i suoi poteri alla luce della riforma Madia*, in A.A. V.V., *Il lavoro pubblico e la riforma Madia: organizzazione, gestione e valutazione*, in *Quad. Riv. giur. lav.*, 2019, p. 39.

⁵ Così F. CARINCI, *Una riforma "conclusa". Fra norma scritta e prassi applicativa*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commentario*, Torino, Utet, 2004, p. LV.

l'effettiva autonomia e capacità manageriale della dirigenza nel corso degli anni⁶ e che hanno sottoposto la stessa a continui movimenti riformatori, spesso frutto della combinazione di legislazione, giurisprudenza costituzionale e di legittimità, dottrina⁷.

2. *Impostazione centralista della riforma e posizione laterale delle autonomie locali*

Le criticità hanno riguardato anche e soprattutto la scarsa considerazione del legislatore per le autonomie locali: nella sua impostazione originaria, la disciplina si è rivelata largamente tributaria al modello ministeriale, assunto a referente unico ed esclusivo dell'intero universo della dirigenza nelle amministrazioni pubbliche⁸. Il modello statale, come delineato dal d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, ha svolto le funzioni di paradigma rispetto alle "altre" dirigenze pubbliche. Ciò non ha escluso, in ogni caso, un adattamento (in verità, non sempre agevole) della disciplina generale alle altre amministrazioni, attraverso specifiche norme di attuazione, *in primis* per il tramite dei criteri di adeguamento indicati dall'art. 27 d.lgs. n. 165/2001. Secondo tale disposizione normativa – deputata espressamente a porre i «criteri di adeguamento per le pubbliche amministrazioni non statali» – le Regioni a statuto ordinario, nell'esercizio della propria potestà statutaria, legislativa e regolamentare, e le altre pubbliche amministrazioni (tra le quali, gli enti locali), nell'esercizio della propria potestà statutaria e regolamentare, adeguano ai principi dell'art. 4 e del Capo II del d.lgs. 165/2001 (riguardante la «Dirigenza») i propri ordinamenti, tenendo conto delle relative peculiarità.

⁶ Al riguardo, v. A. BOSCATI, *La percezione dell'eterno incompiuto nel processo riformatore del lavoro pubblico*, cit., p. 24; L. ZOPPOLI, *Perché una quarta riforma del lavoro pubblico?*, in B. CARUSO (a cura di), *Il lavoro pubblico a vent'anni dalla scomparsa di Massimo D'Antona*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona", *Collective Volumes*, 8, 2019, p. 95 ss.

⁷ Così G. GARDINI, *La perenne riforma della dirigenza pubblica*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 2020, p. 71.

⁸ V. F. CARINCI, *Il lento tramonto del modello unico ministeriale: dalla "dirigenza" alle "dirigenze"*, in F. CARINCI, S. MAINARDI (a cura di), *La Dirigenza nelle Pubbliche Amministrazioni*, Milano, Giuffrè, 2005, p. LIII; sulla consolidata visione monista del legislatore v. anche S. MAINARDI, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2009, p. 729 ss.; sulla necessità di una prospettiva metodologica articolata, v. M. RUSCIANO, *La dirigenza nell'amministrazione centrale dello Stato*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2001, p. 499 ss.

Anche nelle evoluzioni successive al 2001 e, da ultimo, con le integrazioni apportate dal d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75, la normativa statale generale (d.lgs. n. 165/2001) non si è liberata dell'impostazione centralistica. Sembrava che la riforma costituzionale del Titolo V del 2001, almeno nella primissima fase applicativa, avesse smussato i tratti più problematici di questa impostazione, restituendo centralità alle autonomie territoriali e ciò aveva finito per esaltare, per stare alla specifica prospettiva giuslavoristica, soprattutto la peculiarità del lavoro dirigenziale. Ma il descritto processo espansivo, come noto, è stato in parte frenato, nel corso degli anni successivi, da una serie di interventi legislativi dettati da una logica *pendolare* – ora centralistica ora di attenzione alle autonomie territoriali⁹ – e inscritti in una dimensione di *permanente riforma dell'amministrazione pubblica*, non sempre organica e comunque (ancora una volta) non sensibile al pluralismo istituzionale.

3. *La dirigenza degli enti locali tra autonomia normativa e contrattazione collettiva*

Per questi motivi, a vent'anni dall'emanazione del d.lgs. n. 165/2001, una riflessione sullo *spazio giuridico* del lavoro dirigenziale nell'ente locale continua a serbare interesse: sia perché un assestamento interpretativo sul riparto di potestà tra Stato ed enti territoriali in materia non è stato ancora raggiunto (e la posizione dell'ente locale è particolarmente “sofferente” rispetto a quella delle Regioni, dotate di potestà legislativa), sia per l'indubbio stimolo offerto dalla sottoscrizione del contratto collettivo dell'Area Funzioni locali, raggiunta il 17 dicembre 2020 (CCNL per il personale dell'area delle funzioni locali, triennio 2016-2018: d'ora in avanti CCNL) dopo molti anni di attesa¹⁰.

⁹ Sul punto, v. G. PIPERATA, *Gli spazi mobili dell'autonomia nell'ordinamento locale italiano*, in *Dir. amm.*, 2020, p. 645 ss.; con riguardo alla dirigenza, v. inoltre G. GARDINI, *La dirigenza locale in bilico tra uniformità e specialità*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2016, p. 156 ss.

¹⁰ Il recente «Patto per l'innovazione del lavoro pubblico e la coesione sociale» del 10 marzo 2021, sottoscritto da Presidente del Consiglio dei Ministri, Ministro per la pubblica amministrazione, Cgil, Cisl, Uil, nel porre al centro delle politiche di sviluppo la pubblica amministrazione, individua nei rinnovi contrattuali «un investimento politico e sociale che favorisce il rilancio dei consumi e un clima di fiducia e di stabilità, precondizioni essenziali per qualsiasi percorso di innovazione e riforma».

Il presente contributo muove proprio dal recente passaggio della contrattazione collettiva, per tentare di delineare la fisionomia giuridico-organizzativa del modello di dirigenza locale nell'intreccio con le indicazioni *normative* della giurisprudenza costituzionale. Siamo infatti innanzi ad un'elaborazione giurisprudenziale che, frammento dopo frammento, ha costruito lo statuto normativo del dirigente pubblico. Essa, se, da un lato, ha avuto il pregio di instaurare una visione autenticamente *plurale* della disciplina delle dirigenze pubbliche, per altro verso, mostra ancora spazi interpretativi "aperti", suscettibili di approfondimento, sui quali ci si soffermerà nelle pagine che seguono: si pensi alla considerazione della rilevanza della "fiducia" nel rapporto tra dirigente e organo politico, alla contaminazione gestionale dell'indirizzo politico-locale, alla peculiare accezione della "politicità" dell'azione del dirigente locale.

4. Segue: la fisionomia del dirigente locale: peculiarità del sistema delle fonti

Ricostruire lo statuto della dirigenza degli enti locali è operazione interpretativa non agevole.

Come accennato, la giurisprudenza costituzionale sul Titolo V ha fornito indicazioni "normative" sul riparto di potestà dello Stato e delle Regioni, operando in due direzioni, tra loro complementari: da un lato, ha individuato – con una sia pur discutibile scomposizione dall'interno delle funzioni dirigenziali – i profili del lavoro dirigenziale riconducibili all'organizzazione amministrativa regionale: segnatamente, conferimento degli incarichi e durata, quali espressione di segmenti pubblicistici dell'organizzazione, sui quali l'ente medesimo è legittimato ad esercitare la propria autonomia normativa¹¹; dall'altro lato, ha contribuito a delineare l'ossatura della disciplina del lavoro dirigenziale, enucleando i principi fondamentali di irradiazione costituzionale, valevoli per tutti gli enti territoriali (Regioni ed enti locali): distinzione tra politica e amministrazione, contenimento dello *spoils system*, centralità della valutazione della dirigenza¹².

¹¹ Corte cost. 25 novembre 2016, n. 251.

¹² V., in particolare, Corte cost. 23 marzo 2007, n. 103, ove si sottolinea che l'abbandono del modello incentrato esclusivamente sul principio della responsabilità ministeriale ha comportato

In punto di diritto, la complicata partita del riparto di potestà normativa è stata definita facendo leva sulla previsione di cui alla lett. g) dell'art. 117, co. 2, Cost., che riserva al legislatore statale unicamente «l'ordinamento e l'organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali», fornendo così, in via indiretta, un solido riferimento alla lettura regionalista¹³.

Ebbene, l'attenta osservazione della menzionata vicenda interpretativa è essenziale per una riflessione sulle peculiarità della dirigenza locale. Per gli enti locali, lo schema da prendere a riferimento è diverso perché diverso è il sistema delle fonti di regolazione della organizzazione amministrativa locale: l'interprete deve fondarsi anzitutto sulla circolarità instaurata dalle disposizioni costituzionali tra principio di equi-ordinazione (art. 114 Cost.), autonomia statutaria «secondo i principi fissati dalla Costituzione» e potestà regolamentare «in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite» (art. 117, co. 6, Cost.). All'interno di questo recinto occorre rintracciare lo spazio per la disciplina del lavoro dirigenziale. Non avendo l'ente locale (a differenza delle Regioni) potestà legislativa è logico ritenere non estensibile (almeno non in via diretta) lo schema argomentativo utilizzato dalla giurisprudenza costituzionale per scomporre l'organizzazione amministrativa tra profili pubblicistico-organizzativi e profili privatizzati. Tale separazione, che è propria del riparto tra due potestà equiparate (quella regionale e quella statale), non è replicabile per l'ente locale: ad essa si sostituisce un rapporto ontologicamente diverso, tra legge statale generale (il d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267) e fonti autonome diversificate dell'ente locale. Su

«un maggior rigore nell'accertamento della responsabilità dei dirigenti stessi, che presuppone un efficace sistema valutativo in relazione agli obiettivi programmati»; sul punto, la giurisprudenza costituzionale si è consolidata nel corso degli anni: si segnalano, in particolare, Corte cost. 23 marzo 2007, n. 104; Corte cost. 5 marzo 2010, n. 81; Corte cost. 10 marzo 2017, n. 52; Corte cost. 24 gennaio 2017, n. 15. In dottrina, sulla funzione strategica della valutazione della dirigenza v. SANTUCCI, *La valutazione dei dirigenti*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2016, p. 63 ss.

¹³ Sul riparto di competenze legislative fra Stato e Regioni, v. A. TROJSI, *Le fonti del diritto del lavoro tra Stato e Regione*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 124 ss.; EAD., *Dirigenza regionale e dirigenza locale: il riparto di potestà normativa*, in *Le Regioni*, 2008, p. 335 ss.; per un'analisi centrata sulla dirigenza territoriale, sia consentito il riferimento a M. CERBONE, *Lavoro del dirigente pubblico e autonomia territoriale*, Torino, Giappichelli, 2020, sp. p. 37 ss. e p. 191 ss.; quanto ai modelli negoziali nelle autonomie locali, v. A. ZILLI, *Autonomia e modelli negoziali nel lavoro pubblico locale*, Torino, Giappichelli, 2017.

questo secondo piano dell'indagine, è possibile stabilire se, ed in che misura, l'ente possa esprimere un'autonomia normativa nella regolazione di "pezzi" della disciplina del lavoro dirigenziale. L'individuazione dei segmenti dell'organizzazione locale interrelati con la dirigenza risulta operazione vincolata dal rapporto con la legge statale ma, giova precisare, all'interno della prospettiva costituzionale tracciata dalla elaborazione della Consulta, nella parte in cui essa enuclea limiti da opporre a tutte le amministrazioni pubbliche. Dall'intersezione dei due piani, si ricava per l'ente locale uno spazio importante di autonomia, che si traduce anzitutto nel potere di connotare in maniera peculiare il principio di distinzione tra politica e amministrazione, a motivo della natura *politica* dell'istituzione e delle connessioni con i sistemi elettorali deputati alla selezione degli organi politici. Non tutte le decisioni pubbliche tuttavia vanno adottate esclusivamente in base al criterio del consenso elettorale, alcune di esse presentano un contenuto intrinsecamente tecnico-gestionale, refrattario alla logica della maggioranza/minoranza. Spetta proprio al dirigente la rilevazione rigorosa degli interessi sottesi alle varie decisioni in questione, la giusta composizione sincronica degli interessi, nel rispetto dei valori costituzionali di cui all'art. 97 Cost. (imparzialità e buon andamento) e all'art. 98 Cost. (servizio esclusivo della Nazione). L'*intrinseca politicità* dell'azione amministrativa locale risulta pertanto temperata dall'altrettanto *intrinseca gestionalità* dell'indirizzo politico-amministrativo, venendo così a disegnare un profilo di dirigenza strutturalmente votato a limitare i meccanismi fiduciari di selezione, al fine di assicurare continuità amministrativa¹⁴. Ne scaturisce un assetto che è in grado di modulare il regime fiduciario delle figure dirigenziali in stretta correlazione con le dimensioni dell'ente e con la quantità e qualità delle posizioni di livello dirigenziale prese a riferimento, limitandolo a quelle figure "apicali", destinate a svolgere un ruolo di snodo fra le due dimensioni (della politica e dell'amministrazione), e ad altri soggetti adibiti a compiti di sostegno all'organo politico o di immediata implementazione delle sue decisioni¹⁵. Lo spazio fiduciario si situa così, nel modello di dirigenza locale, in

¹⁴ Sul punto, si rinvia a M. CERBONE, *Lavoro del dirigente pubblico e autonomia territoriale*, cit., p. 136.

¹⁵ Al riguardo, v. Cass. civ., sez. lav., 5 maggio 2017, n. 11015.

posizione laterale (o complementare) rispetto alla funzione dirigenziale stabile ed autonoma, agganciata ai valori costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento di cui all'art. 97 Cost. Il sistema viene poi a blindarsi con la correlazione dell'incarico dirigenziale ai meccanismi di valutazione delle *performance*, in una prospettiva di valorizzazione della valutazione *esterna* e della sussidiarietà orizzontale.

5. Segue: incarichi di funzione dirigenziale nella logica della valutazione

Con queste premesse di ordine generale è possibile analizzare gli aspetti salienti della disciplina degli incarichi dirigenziali nell'ente locale.

Le funzioni dirigenziali presentano una struttura reticolare: al centro vi sono le funzioni dirigenziali *proprie*, racchiuse nell'art. 107 d.lgs. n. 267/2000, nelle altre diramazioni si sviluppano: a) le funzioni «a contratto», attribuibili anche all'esterno dell'amministrazione e al di fuori della dotazione organica di questa, secondo quote predefinite dal legislatore (art. 110); b) le funzioni del direttore generale, nei Comuni con determinate soglie demografiche e nelle Province (art. 108); c) gli incarichi di "posizione organizzativa" che l'ente può decidere di attribuire, ricorrendo specifiche condizioni, a personale non avente qualifica dirigenziale (art. 109, co. 2); d) le funzioni del segretario comunale o provinciale al quale la legge attribuisce espressamente il "coordinamento dell'attività della dirigenza" (art. 97), e che, come sottolineato in dottrina, assume un posizionamento variabile sulla base di una serie di fattori (legame fiduciario con l'organo politico, limiti dimensionali dell'ente, presenza o meno di altri dirigenti, nomina o meno del direttore generale)¹⁶.

In questa rete, il cuore delle funzioni dirigenziali dell'ente è conferito ai dirigenti reclutati con concorso pubblico, incaricati attraverso un *atto motivato* adottato dall'organo politico (il Sindaco o il Presidente di Provincia, ai sensi dell'art. 50, co. 10), secondo criteri di competenza professionale, in relazione agli obiettivi indicati nel programma amministrativo del Sindaco o del Presidente della Provincia (art. 109 d.lgs. n. 267/2000). È questa la "fattispecie tipica" dell'incarico dirigenziale nell'ente locale,

¹⁶ Ai fini dell'inquadramento della posizione del segretario nell'ente locale, v. Corte cost. 22 febbraio 2019, n. 23.

alla quale il legislatore affida le attribuzioni gestionali e l'esercizio del potere di "micro-organizzazione".

Tra la discrezionalità del soggetto politico e l'autonomia del dirigente il legislatore interpone un diaframma, che si fonda su specifici punti: motivazione della nomina¹⁷, competenza professionale dell'incaricato e sottoposizione del dirigente a valutazione. Si tratta di rimedi di derivazione costituzionale volti a temperare la discrezionalità politica nella delicata fase del conferimento e della revoca dell'incarico dirigenziale.

6. *Gli incarichi a contratto ex art. 110 d.lgs. n. 267/2000*

Le funzioni dirigenziali di cui all'art. 110 d.lgs. n. 267/2000 meritano una riflessione specifica. In questo caso, il legislatore riconosce all'ente, con previsione statutaria (e non regolamentare), la facoltà di prevedere che la copertura dei posti di responsabili dei servizi o degli uffici, di qualifiche dirigenziali o di alta specializzazione, avvenga mediante *contratto a tempo determinato*, nel limite massimo non derogabile, per i posti di qualifica dirigenziale, del trenta per cento dei «posti istituiti nella dotazione organica della medesima qualifica e, comunque, per almeno una unità».

La norma offre all'ente locale la possibilità di scegliere l'equilibrio tra dirigenti stabili/autonomi e dirigenti "fiduciari" (questi ultimi così definiti in virtù del legame diretto della durata dell'incarico con quello del mandato elettivo dell'organo politico). Il limite quantitativo del trenta per cento opera nel senso di imporre all'ente di ripartire tutti i posti istituiti in dotazione con la qualifica dirigenziale in un assetto tale per cui la eventuale componente fiduciaria *ex art. 110* non possa mai sopravanzare il trenta per cento dell'intera disponibilità in dotazione organica¹⁸. L'ente può cioè solo variare *al suo interno* la composizione degli incarichi con il limite predetto del trenta per cento, ma non può certo porsi al di fuori della dotazione organica.

¹⁷ Per gli enti locali è lo stesso dato normativo a stabilire testualmente che «... gli incarichi dirigenziali vengono conferiti con provvedimento *motivato* ... secondo criteri di competenza professionale, in relazione agli obiettivi indicati nel programma amministrativo del Sindaco o del Presidente della Provincia» (art. 109, co. 1, d.lgs. n. 267/2000).

¹⁸ Il comma 2 prevede un'altra tipologia di incarico definito «fuori dotazione organica», nel limite più basso del cinque per cento del totale della dotazione organica della dirigenza e dell'area direttiva (e comunque per almeno una unità).

In riferimento alla descritta disposizione viene a porsi una questione interpretativa preliminare, da considerare ai fini dell'utilizzo in concreto dell'art. 110, legata al superamento del concetto tradizionale di «dotazione organica» per effetto della nuova formulazione dell'art. 6 d.lgs. n. 165/2001 (a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 75/2017). Secondo il vigente assetto normativo, infatti, lo strumento della dotazione organica, solitamente cristallizzato in un atto sottoposto ad *iter* complesso per l'adozione, cede il passo ad un paradigma flessibile e finalizzato a rilevare realmente le effettive esigenze, quale il «piano triennale dei fabbisogni del personale». Per le amministrazioni centrali la dotazione organica si risolve in un valore finanziario di spesa potenziale massima sostenibile che non può essere valicata dal piano triennale. Essa, di fatto, individua la «dotazione» di spesa potenziale massima imposta come vincolo esterno dalla legge o da altra fonte, in relazione ai rispettivi ordinamenti, fermo restando che, per le Regioni e gli enti locali, sottoposti a tetti di spesa del personale, l'indicatore di spesa potenziale massima resta quello previsto dalla normativa vigente. Nel rispetto dei suddetti indicatori di spesa potenziale massima, le amministrazioni potranno quindi procedere annualmente alla rimodulazione quantitativa e qualitativa della propria consistenza di personale, in base ai fabbisogni programmati. Sarà tale rimodulazione ad individuare, di volta in volta, la dotazione di personale che l'amministrazione ritiene rispondente ai propri fabbisogni e che farà da riferimento per l'applicazione di quelle disposizioni di legge (come l'art. 110) che assumono la dotazione o la pianta organica come parametro di riferimento¹⁹.

Per effetto della previsione di cui al comma 5, va poi considerato che l'attribuzione degli incarichi *ex art.* 110 può riguardare anche dipendenti della pubblica amministrazione, i quali, per espressa previsione, vengono collocati in aspettativa senza assegni, con riconoscimento dell'anzianità di servizio.

La finalità delle disposizioni innanzi richiamate è chiara: il legislatore vuole ampliare lo spazio di manovra a disposizione della politica sugli

¹⁹ In questo senso, con specifico riferimento al mutamento di paradigma dell'art. 110 d.lgs. n. 267/2000 (per effetto delle nuove disposizioni normative), v. il decreto del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione dell'8 maggio 2018, recante le «Linee di indirizzo per la predisposizione dei piani dei fabbisogni di personale da parte delle amministrazioni pubbliche».

incarichi dirigenziali, innalzando la soglia del limite percentuale. L'estensione postulata dalle norme è tuttavia bilanciata da alcuni riferimenti rinvenibili nelle medesime norme, come la necessaria previsione statutaria e soprattutto l'espletamento di un'apposita selezione pubblica volta ad accertare, in capo ai soggetti interessati, il possesso di comprovata esperienza pluriennale e specifica professionalità.

Si pongono poi questioni interpretative che coinvolgono i seguenti profili della disciplina: la durata dell'incarico e la portata della disposizione "derogatoria" del d.lgs. n. 267/2000; le modalità e forme della sottoposizione al sistema di valutazione delle *performance*; i contenuti professionali.

7. *Segue: durata degli incarichi*

La componente "fiduciaria" dei menzionati incarichi è segnata, come accennato, dal profilo della durata, formalmente sganciato dalla previsione generale di cui all'art. 19, co. 2, d.lgs. n. 165/2001 che stabilisce una durata minima (tre anni), al di sotto della quale l'incarico non può esplicarsi, ed un limite alla durata massima (cinque anni). Il d.lgs. n. 267/2000 si esprime soltanto sulla durata massima di tali incarichi stabilendo che essi «... non possono avere durata superiore al mandato del Sindaco o del Presidente della Provincia in carica» (art. 110, co. 3), senza offrire alcun riferimento alla durata minima.

Si innesta pertanto la questione in ordine alla possibile valenza del principio di cui all'art. 19, co. 2, d.lgs. n. 165/2001 anche per gli enti territoriali. La fissazione della durata minima dell'incarico fiduciario deve essere valutata prestando attenzione alle diverse situazioni che in concreto possono determinarsi.

In linea di principio, l'applicazione generalizzata della regola della durata minima risponde ad almeno due esigenze: anzitutto, risponde alla finalità di assicurare una garanzia procedimentale per il soggetto che riceve l'incarico, il quale deve essere posto nelle condizioni di esprimere le sue capacità professionali e di conseguire i risultati per i quali l'incarico gli è stato affidato²⁰; ma la necessità di prevedere una durata minima dell'incarico discende direttamente anche dalla natura *organizzatoria*

²⁰ Corte cost. 24 gennaio 2017, n. 15.

dell'atto di conferimento prima ancora che da profili giuridico-normativi, sicché una scelta e/o decisione dell'organizzazione amministrativa, per essere razionale e credibile, deve potersi dispiegare su un orizzonte temporale "minimo".

Purtuttavia il dettato legislativo del d.lgs. n. 267/2000 impone all'interprete di bilanciare siffatte condivisibili esigenze con quella normativamente fissata che lega l'incarico in oggetto esclusivamente al mandato del soggetto politico (il comma 3 dell'art. 110).

I problemi sorgono soprattutto nelle ipotesi in cui si registri un disallineamento temporale fra il mandato dell'organo politico e quello del dirigente a contratto: il caso-limite potrebbe essere quello del dirigente nominato nella fase finale del mandato del soggetto politico in carica. Se si propendesse per l'applicazione *sic et simpliciter* del termine minimo di tre anni, si determinerebbe una situazione in base alla quale il soggetto politico "uscente" avrebbe la facoltà di stabilire la dirigenza fiduciaria del soggetto politico "entrante", magari con diversa connotazione politica e questi, a sua volta, non potrebbe far valere la discrezionalità necessaria per controvertere tale scelta. Lo spirito della previsione normativa ne uscirebbe completamente stravolto.

A ben vedere, la mera trasposizione della regola di cui all'art. 19, co. 2, d.lgs. n. 165/2001 alla specifica struttura tipologica degli incarichi *ex art.* 110 d.lgs. n. 267/2000 non è operazione così agevole: da una lettura sistematica dell'art. 19 emerge come la disciplina in questione sia fortemente ritagliata sugli apparati ministeriali, con peculiarità legate specificamente a quelle tipologie di incarichi. Per gli incarichi *ex art.* 110, l'impressione è che il legislatore abbia consapevolmente voluto non normare la durata minima o comunque non certo fondandosi sul paradigma statale, lasciando all'autonomia territoriale la facoltà di modulare diversamente tale importante ambito²¹.

Ragionando sulla forte compenetrazione degli incarichi con l'organizzazione amministrativa dell'ente territoriale, si può ritenere che all'ente spetti di stabilire una proceduralizzazione dei suddetti casi, facendo

²¹ La giurisprudenza assimila le tipologie di incarico, statuendo una *integrazione* del dettato legislativo del d.lgs. n. 267/2000 con quello dell'art. 19 d.lgs. n. 165/2001: al riguardo, v. Cass. civ., sez. lav., 13 gennaio 2014, n. 478; ma v. anche Cass. civ., sez. lav., 5 maggio 2017, n. 11015, cit.

attenzione a salvaguardare l'autonomia del soggetto politico, da un lato, e la professionalità del dirigente, dall'altro lato. E le opzioni regolative al riguardo sono tante: un esempio di intervento potrebbe essere quello che fissa periodi di "franchigia" che inibiscano all'organo politico di esercitare le proprie prerogative di nomina in determinati momenti del suo mandato, fatti salvi casi eccezionali; lo stesso regolamento dell'ente potrebbe incidere sul profilo temporale dell'incarico stabilendo a monte, nel bando di selezione pubblica del dirigente da reclutare *ex art.* 110, specifiche regole di gestione della durata dell'incarico; l'ente potrebbe infine rimettere la ponderazione del profilo della durata dell'incarico all'organismo indipendente di valutazione. Né sarebbe da escludere, in linea di principio, un intervento dell'ente volto ad individuare gli incarichi che, in forza del contenuto professionale (su cui *v. infra*), siano da sottoporre alla regola della durata minima, separandoli da quelli che, invece, sempre per le caratteristiche contenutistiche, possano ritenersi svincolati dalla medesima regola.

Quanto detto finora determina riflessi anche sulla valutazione delle prestazioni dirigenziali. Il fatto che la durata dell'incarico dirigenziale sia collegata al mandato politico è elemento in grado di alterare il successivo momento della verifica e del controllo delle prestazioni dei soggetti incaricati: a pesare sul "risultato" dei dirigenti *ex art.* 110 potrebbe essere principalmente la consonanza politica e personale con il soggetto politico²². Ciò soprattutto ove la valutazione dovesse addivenire ad esiti negativi non 'graditi' all'organo politico, trasformandosi per definizione la valutazione negativa del dirigente in valutazione negativa del soggetto politico; oppure ancora nelle ipotesi in cui sia l'azione politica a palesare problemi tali da determinare la chiusura anticipata del mandato elettivo, con buona pace dei "risultati" (magari lusinghieri) anche del dirigente nominato. Insomma, per come è strutturata la funzione dei soggetti incaricati *ex art.* 110, appare evidente che per i soggetti stessi la valutazione dei risultati rischia di assumere, nei fatti, una connotazione del tutto peculiare, distante da quella della dirigenza autonoma e stabile.

²² Su tali profili *v. A. BELLAVISTA, Gli infiniti tormenti del lavoro pubblico*, cit., pp. 44-45.

Al fine di scongiurare le paventate distorsioni applicative, potrebbe risultare decisivo il ruolo di coordinamento svolto dal segretario, quale soggetto che «... sovrintende allo svolgimento delle funzioni dei dirigenti e ne coordina l'attività» (art. 97, co. 4) oppure, ove previsto, il ruolo del direttore generale, al quale rispondono i dirigenti nell'esercizio delle funzioni loro assegnate (art. 108, co. 1). Queste due figure, anche insieme là dove possibile, possono individuare forme di raccordo e di coordinamento tra le due aree della dirigenza (quella stabile e quella a contratto), anche a prescindere dalle formali attribuzioni di questa. Del resto, ai singoli dirigenti, quali normali prestatori di lavoro, incombono in ogni caso doveri di collaborazione con i colleghi, in funzione del perseguimento degli obiettivi di efficienza amministrativa: si tratta di veri e propri *obblighi procedurali*, tesi ad assicurare relazioni inter-organiche permanenti e a evitare quei fenomeni di disgregazione interna agli uffici e settori delle amministrazioni che sono poi una delle più importanti cause della inefficienza amministrativa.

8. Segue: limiti di derivazione costituzionale ai contenuti professionali

La lettura in chiave costituzionale consente di ricavare vincoli anche sul versante dei *contenuti professionali* degli incarichi in esame. *In primis*, il valore della “continuità amministrativa”, richiamato dalla Corte costituzionale²³, funge da argine all'accumulazione dei settori più “pesanti” per le sorti dell'amministrazione (si pensi, per esempio, alla programmazione finanziaria o ai lavori pubblici) nelle mani esclusivamente della dirigenza fiduciaria individuata alla stregua dell'art. 110. Un ulteriore limite può ricavarsi a partire dal profilo della motivazione dell'ente rispetto alla “non rinvenibilità” di professionalità all'interno dell'organizzazione (profilo che, a rigore, giustificerebbe esclusivamente il ricorso all'art. 110, co. 2). L'inserimento delle figure dirigenziali in questione, solo eventuale, non deve e non può stravolgere l'equilibrio interno all'assetto dei poteri pubblici nell'ente territoriale.

²³ Il principio di continuità dell'azione amministrativa «è strettamente correlato a quello di buon andamento dell'azione stessa» (così Corte cost. 5 marzo 2010, n. 81); v. anche Corte cost. 11 aprile 2011, n. 124; Corte cost. 24 gennaio 2017, n. 15.

Con la fattispecie di cui all'art. 110, il legislatore ha sì ampliato la gamma degli strumenti dell'autonomia dell'ente territoriale, ma lo ha fatto su due presupposti, di derivazione costituzionale: il primo presupposto, di tipo quantitativo (la soglia del trenta per cento), è stato esplicitato. Le figure introdotte, come visto, non possono alterare un equilibrio che lascia sempre e comunque alla dirigenza autonoma e indipendente lo spazio *prevalente*, in termini di numeri dei soggetti. Il secondo presupposto, che può essere definito "qualitativo", è invece implicito, non viene declinato dal legislatore statale ma rimesso all'autonomia territoriale dell'ente. L'ente territoriale – sulla cui autonomia organizzativa ci siamo in precedenza soffermati – non potrà che fare un uso accorto della fattispecie di cui all'art. 110, operando – in base alle specifiche caratteristiche dell'organizzazione di riferimento – quei bilanciamenti necessari a contemperare il valore della continuità amministrativa con quello dell'efficienza. È in questa operazione che si condensa l'autonomia territoriale costituzionalmente riconosciuta: nella ricerca, volta per volta – e non certo secondo un disegno fisso ed immutabile fatto dal legislatore statale – delle modalità più idonee al bilanciamento variabile dei valori in gioco. In questo spazio l'autonomia è completa, non certo però per "spostare", in ottica elusiva, funzioni dirigenziali prima presidiate da dirigenti stabili a soggetti che rispondono solo all'organo politico delle proprie prestazioni. Così delimitata la funzione di cui all'art. 110, per effetto di una lettura orientata ai valori costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, gli incarichi dirigenziali in oggetto vengono a posizionarsi nell'ordinamento in maniera molto peculiare, connotati da un regime giuridico ibrido, che coniuga elementi comuni al modello generale con elementi atipici, propri della logica di supporto all'indirizzo politico.

9. Segretario e direttore generale nell'ente locale

Il discorso sulla dirigenza locale richiede una focalizzazione sul ruolo ricoperto dal segretario (comunale o provinciale). La giurisprudenza, a partire dall'importante sentenza n. 23/2019 della Corte costituzionale, ha offerto numerosi elementi per definire la complessità dell'azione del segretario (comunale o provinciale), incidendo, di riflesso, anche sulla considerazione delle altre figure dirigenziali di vertice nell'ente locale. La figura del segretario ha sempre oscillato (e continua ad oscillare),

nelle prospettazioni degli studiosi e nei diversi progetti di riforma, tra due distinti modelli. Un primo modello che configura il segretario quale organo burocratico necessario, funzionario statale con attribuzioni di garanzia; un altro modello che rappresenta il segretario come il massimo funzionario dell'ente locale, legato da rapporto fiduciario con gli amministratori²⁴. Insinuandosi in siffatta apertura interpretativa, con la richiamata pronuncia, la Corte costituzionale sembrerebbe spostare l'azione del segretario sul terreno del legame fiduciario con l'organo politico, andando ad offuscare la pregnanza tecnica e di garanzia che la figura pur è chiamata ad assicurare. In tal guisa, verrebbe però a delinearsi una lettura non proprio coerente con i precedenti assetti giurisprudenziali, incentrati sulla necessaria neutralità del segretario quale elemento che lo pone al di fuori dello schema fiduciario dello *spoils system*²⁵.

Le recenti previsioni della contrattazione collettiva hanno complicato il quadro interpretativo, specie nella parte in cui intervengono sull'attività del segretario «nei Comuni fino a 100.000 abitanti ovvero nei Comuni, Province e Città Metropolitane ove non sia stato nominato il direttore generale ai sensi dell'art. 108 del d.lgs. n. 267/2000». In questi casi, l'assunzione delle funzioni di segretario comunale comporta «compiti di sovrintendenza allo svolgimento delle funzioni dei dirigenti e di coordinamento delle loro attività, tra i quali la sovrintendenza alla gestione complessiva dell'ente, la responsabilità della proposta del piano esecutivo di gestione nonché, nel suo ambito, del piano dettagliato degli obiettivi e del piano della *performance*, la responsabilità della proposta degli atti di pianificazione generale in materia di organizzazione e personale, l'esercizio del potere di avocazione degli atti dei dirigenti in caso di inadempimento» (art. 101, co. 1, CCNL).

²⁴ Così S. DE GOETZEN, *L'affermazione di un carattere fiduciario è compatibile con le funzioni del segretario comunale?*, in *Le Regioni*, 2019, p. 487 ss.; cfr. inoltre C. NAPOLI, *La Corte costituzionale interviene sul rapporto tra vertice politico e vertice amministrativo dell'ente locale. Una nuova forma di "bicefalismo" per i segretari comunali e provinciali?*, in *Le Regioni*, 2019, p. 501 ss.; M. GORLANI, *I segretari comunali e lo spoils system: un compromesso non semplice (e non convincente) per una figura dai profili multiformi*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2019, p. 284 ss.

²⁵ Diversa la posizione di G. GARDINI, *La perenne riforma della dirigenza pubblica*, cit., p. 67 ss., che ribadisce la necessità di calare nella prassi operativa delle amministrazioni l'equilibrio tra politica e amministrazione.

Qui si pone un problema interpretativo non di poco conto, scaturente dall'operatività di altra distinta previsione della contrattazione collettiva che, ai fini della revoca del segretario, statuisce che «... costituisce violazione dei doveri d'ufficio anche il mancato o negligente svolgimento dei compiti di cui all'art. 101, comma 1» (art. 103, co. 4, CCNL).

Mettendo a sistema l'esercizio del potere di avocazione degli atti dei dirigenti in caso di inadempimento, ora attribuito al segretario ("in sussidiarietà", si potrebbe dire), con la espressa sanzionabilità del segretario medesimo inosservante della specifica previsione di cui all'art. 101, co. 1, non v'è dubbio che si persegua, in linea di principio, un obiettivo di riduzione delle situazioni di inerzia gestionale derivanti dall'azione dirigenziale. Purtuttavia, è altrettanto indubbio che risulterà decisiva la lettura interpretativa del concetto di "inadempimento" del dirigente, quale presupposto indefettibile per l'attivazione del potere/dovere di avocazione da parte del segretario. Ciò in quanto l'inadempimento del dirigente non necessariamente e non sempre coincide con la mancata effettuazione e/o adozione da parte del dirigente di un atto dovuto. Soltanto quando l'inadempimento del dirigente consista nella mancata effettuazione di un atto dovuto (l'inadempimento investe cioè l'*an* di un'attività), il potere di avocazione riconosciuto al segretario non potrà che esercitarsi in via automatica, senza margini di apprezzabile discrezionalità del soggetto titolare. In tutti gli altri casi in cui l'inadempimento si traduca invece nell'esercizio di atti o nell'adozione di comportamenti attivi (il *quomodo* dell'attività), il potere di avocazione verrebbe inevitabilmente ad implicare un'autonomia decisionale di tipo valutativo da parte del segretario rispetto all'azione del dirigente medesimo: in queste ipotesi, l'esercizio del potere medesimo andrebbe cioè a fondarsi su presupposti non certi e non predeterminabili *ex ante*.

In ogni caso, l'impressione di fondo è che possa venire a determinarsi una "ingessatura" dei rapporti tra i soggetti dell'amministrazione, con il rischio di una possibile riduzione dell'autonomia decisionale di segretari e dirigenti rispetto all'indirizzo degli organi politici²⁶.

²⁶ Per una critica di tali previsioni della contrattazione collettiva, v. L. OLIVERI, *La precarizzazione a tenaglia di segretari e dirigenti. L'aspettativa illegittima dello spoils system prevista dal CCNL della dirigenza locale*, in <https://luigioliveri.blogspot.com>, 25 dicembre 2020.

Nella complessità delle attribuzioni del segretario, va considerato altresì il piano dei rapporti con la figura apicale del direttore generale (quando presente), così come vanno vagliate le implicazioni di una eventuale scelta dell'ente di accorpate le prerogative attribuendole al medesimo soggetto (il segretario), alla stregua dell'art. 108, co. 4, d.lgs. n. 267/2000, soprattutto per le ricadute in termini di responsabilità erariale²⁷. Il direttore generale, giova ricordare, in forza delle previsioni normative del d.lgs. n. 267/2000, può (si tratta di una facoltà dell'ente) essere nominato dal Sindaco (nei Comuni con popolazione superiore ai 100.000 abitanti, così come previsto dal d.l. 25 gennaio 2010, n. 2, conv. l. 26 marzo 2010, n. 42) o dal Presidente della Provincia, al di fuori della dotazione organica e con contratto a tempo determinato, secondo criteri stabiliti dal regolamento di organizzazione degli uffici e dei servizi (art. 108 d.lgs. n. 267/2000). Si tratta di una figura di snodo dell'amministrazione locale che, nell'elaborazione giurisprudenziale, si connota per la precipua finalizzazione del suo apporto non tanto alla gestione di un servizio/settore bensì al perseguimento degli obiettivi politici del Presidente (o del Sindaco), del quale, evidentemente, è espressione e braccio operativo²⁸. È proprio tale specifica connotazione del rapporto di lavoro del direttore generale a restituire all'interprete la chiara indicazione anche in merito alla posizione che assume il segretario rispetto al potere politico: nella catena di distribuzione della "fiduciarità" – nella quale il direttore generale è l'anello più forte – il segretario non entra, sistemandosi in posizione neutrale e di garanzia, per effetto principalmente della più volte

²⁷ La giurisprudenza della Corte dei Conti è infatti molto rigorosa nel richiedere all'ente locale un'attenta valutazione, sul piano della ragionevolezza della scelta, di una (eventuale) attribuzione delle funzioni di direttore generale (con riconoscimento della relativa indennità) al segretario, dimostrandosi ferma nell'ancorare la discrezionalità dell'ente medesimo sempre e comunque ad esigenze di interesse pubblico ed in applicazione dei principi di buona gestione a cui deve ispirarsi l'azione amministrativa (a questo riguardo, v. in particolare Corte dei Conti, sezione giurisdizionale Lombardia, n. 122/2014).

²⁸ In questi termini, nell'elaborazione giurisprudenziale di merito si segnala Trib. Benevento, sez. lav., 14 dicembre 2020; sulla «natura del tutto fiduciaria» del rapporto di lavoro del direttore generale, v. anche Trib. Napoli, sez. lav., 30 ottobre 2013, n. 18740; v. inoltre Corte App. Napoli, sez. lav., 25 febbraio 2020, n. 541. In ogni caso, si tratta di pronunce che trovano consonanza, quanto ai presupposti interpretativi, nella sentenza 22 febbraio 2019, n. 23 della Corte costituzionale, ove si ribadisce che il direttore generale «... è revocabile *ad nutum* previa deliberazione della giunta comunale».

richiamata sua funzione di soggetto che «sovrintende allo svolgimento delle funzioni dei dirigenti e ne coordina l'attività» (art. 97, co. 4, d.lgs. n. 267/2000; art. 101, co. 1, CCNL).

10. *L'apporto della contrattazione collettiva di area dirigenziale del 2020*

A questo punto, occorre verificare se le descritte direzioni dell'autonomia locale hanno trovato composizione nella richiamata contrattazione collettiva nazionale. La fonte collettiva ha sviluppato la logica della differenziazione "orizzontale" (tra le dirigenze, a seconda delle dimensioni demografiche degli enti) e "verticale" (all'interno della dirigenza, tra dirigenza "apicale" e dirigenza "di base") della dirigenza locale o ha preferito rimettere la disciplina nel cono d'ombra dell'impostazione omologante e uniforme? Ebbene, l'impressione di fondo è nel segno della divaricazione tra potestà statutaria e regolamentare dell'ente locale e contrattazione collettiva, in distonia rispetto all'elaborazione della Corte costituzionale. Sembra venire a profilarsi un rapporto che sorprendentemente inverte lo schema classico che vuole il contratto collettivo strumento (duttile per definizione) di differenziazione e di esaltazione delle specificità, a vantaggio di un approccio che affida invece al contratto collettivo medesimo un inedito compito di unificazione normativa, mettendo insieme dirigenza regionale e locale. Per altro verso, specularmente, a conferma della necessità di interazione tra i due tipi di fonte, va ricordato che il legislatore già prevede un coordinamento della fonte regolamentare rispetto al contratto collettivo nazionale, là dove stabilisce, all'art. 89, co. 2, d.lgs. n. 267/2000, che la potestà regolamentare dell'ente locale si esercita «tenendo conto di quanto demandato alla contrattazione collettiva nazionale».

Si possono individuare almeno tre ambiti tematici di intervento del contratto collettivo che corroborano siffatta lettura.

A) Il contratto collettivo è nel segno della continuità quanto alla disciplina del rapporto di lavoro dei dirigenti regionali e di quelli degli enti locali, che vengono assimilati nella stessa unitaria disciplina (quale effetto della scelta operata dal Contratto collettivo nazionale-quadro del 13 luglio 2016). Per giunta, il contratto collettivo adesso allarga il suo campo di applicazione accogliendo anche le aree dei segretari comunali e provinciali e della dirigenza professionale, tecnica e amministrativa,

scorporata dalla tradizionale area di appartenenza, quella sanitaria (medica e non medica).

In tal guisa, la logica dell'accorpamento sembra comprimere le peculiarità strutturali delle diverse dirigenze menzionate, delle quali il contratto finisce per offrire una disciplina a sé stante scandita dalla previsione di una sezione sui «Dirigenti» separata da quella sulla dirigenza proveniente dall'area sanitaria e da quella dei segretari. Certo, in linea di principio, sono indubbie le connessioni organizzative che giustificano sul piano generale la assimilazione con i segretari e con la stessa dirigenza sanitaria (soprattutto per la vicinanza alle prerogative regionali). Il punto dolente di questa sistemazione normativa è nell'assimilazione di due modelli, quello regionale e quello locale, differenti quanto al sistema delle fonti di regolazione, come innanzi precisato: l'inclusione nell'unico contenitore rischia di determinare un vero e proprio corto-circuito giuridico. Un conto è la logica della complementarità dell'azione amministrativa territoriale, che va valorizzata, altro conto le diverse prerogative normative degli enti (specie su ambiti cruciali come la disciplina della dirigenza), che non possono non essere salvaguardate. Nella strutturazione delle sezioni, per esempio, viene del tutto trascurata l'assimilazione normativa ed organizzativa esistente tra segretari e dirigenti: il legame funzionale scandito dal potere di coordinamento affidato al segretario avrebbe potuto giustificare disposizioni specifiche contenute nella stessa sezione locale. È qui che si potevano rilasciare elementi di differenziazione.

B) Il contratto collettivo non introduce meccanismi peculiari che radicano la centralità del sistema di valutazione, prediligendo, al contrario, logiche e meccanismi quali la rotazione (art. 48, co. 3) difficilmente compatibili con la valutazione. Fa eccezione la disposizione di cui all'art. 30 CCNL ove si richiama, in ogni caso, la necessità di collegare una quota delle risorse destinate al risultato dei dirigenti al raggiungimento di obiettivi riferiti agli effetti dell'azione dell'ente nel suo complesso, oggettivamente misurabili. Si fa riferimento agli impatti delle politiche dell'ente sulla collettività, in termini di prodotti (*output*) e di effetto generato sui destinatari diretti o indiretti, nell'ottica della creazione del valore pubblico, ovvero del miglioramento del livello di benessere economico sociale (*outcome*). Alla contrattazione integrativa spetta la individuazione della

maggiorazione percentuale e della quota dei dirigenti cui può essere assegnata la detta maggiorazione.

Colpisce la divaricazione fra la disciplina prevista per i dirigenti amministrativi, tecnici e professionali delle aziende ed enti del servizio sanitario nazionale (*ex* Area III) e la dirigenza locale, quanto agli esiti negativi della valutazione delle *performance* dirigenziali: soltanto per i primi, è prevista una disciplina articolata (artt. 79, 80, 81 CCNL). Non viene curato inoltre il dialogo tra sistema di valutazione delle prestazioni dirigenziali e sistema della responsabilità dirigenziale, fatto salvo un riferimento al recesso, centrato in prevalenza sugli aspetti procedurali (art. 49 CCNL). Parimenti non viene tratteggiato il coordinamento con le funzioni degli organismi di valutazione né tantomeno con gli adempimenti delle norme anticorruzione, affidati al segretario o alla dirigenza. È assente la considerazione – invero decisiva per gli enti locali – di meccanismi capaci di intercettare i bisogni della collettività attraverso logiche di rendicontazione o di valutazione esterna in chiave partecipativa, svalutando non soltanto le innovazioni normative del 2017 ma lo stesso ruolo propulsore degli organismi indipendenti di valutazione. Nel richiamato «Patto per l'innovazione» del marzo 2021 la funzione *sociale* di una pubblica amministrazione efficiente è invece cruciale per la qualità dei servizi erogati ai cittadini.

C) Quanto alla sezione riguardante i segretari, abbiamo già visto come la previsione di un allargamento delle ipotesi di revoca dell'incarico (art. 103) rischia di innescare ricadute negative in ordine alle relazioni con la dirigenza, dal momento che il mancato o negligente svolgimento dei compiti di cui all'art. 101, co. 1 (tra i quali è incluso «l'esercizio del potere di avocazione degli atti dei dirigenti in caso di inadempimento»), è annoverato espressamente quale causa di revoca dell'incarico al segretario perché integra una violazione dei doveri d'ufficio.

Insomma, nell'assetto normativo della contrattazione collettiva il dirigente non appare quale il soggetto propulsore del cambiamento e viene trascurata la sua naturale funzione di «trasformatore» delle istanze dei cittadini in decisioni pubbliche razionali. Ciò fa registrare un indubbio arretramento rispetto sia al quadro delle fonti eteronome, sia all'intervento frutto dell'autonomia dell'ente.

Sono tante le asimmetrie tra l'assetto contrattuale collettivo e l'autonomia normativa degli enti. L'intersezione fra le due componenti sembra avere radicato un disallineamento tra contrattazione collettiva nazionale e potestà normativa degli enti locali, sulla propria organizzazione e su aspetti importanti del lavoro dirigenziale (come gli incarichi), neutralizzando quegli spazi di manovra che per l'ente locale, in astratto, pur vengono a profilarsi rispetto alla disciplina uniformante. Qui l'operazione è di segno inverso: la contrattazione collettiva riaccentra, in chiave uniformante, la disciplina, precludendo gli spazi di differenziazione.

11. *Segue: il nuovo contratto collettivo: un'occasione perduta per consolidare il modello della dirigenza locale?*

In via conclusiva, si può sostenere che l'impianto del contratto collettivo, nel suo complesso, non risponda ad una logica plurale della dirigenza, assunta invece a premessa dell'effettività della disciplina, per favorire una difficile coabitazione delle specificità regionali con quelle locali. A ciò si aggiungono, come visto, non secondarie questioni interpretative specifiche, riguardanti il rapporto della dirigenza locale con l'organo politico e la relazione con il segretario (comunale o provinciale): si restituisce così all'interprete un quadro regolativo non in sintonia con l'autonomia riconosciuta in linea di principio agli enti locali e inidoneo a radicare un modello di dirigenza locale.

Parimenti, non si registra alcun intervento sulla intersezione tra adempimento *contrattuale* del dirigente e *performance*, dirigenziale e organizzativa della struttura, in funzione del perseguimento degli interessi pubblici: in questo incrocio, viene invece a situarsi, a mio parere, il modello di dirigenza locale, nella concretezza tanto delle funzioni dell'ente quanto degli istituti del contratto di lavoro²⁹. La parte propriamente gestionale del lavoro dirigenziale, del dirigente micro-organizzatore per intenderci, e della sua valutazione, è anch'essa fuori dal *focus* della contrattazione collettiva, trascurandosi, anche in questo caso, le ricadute negative in termini di effettività dell'intera disciplina.

²⁹ V. M. CERBONE, *Lavoro del dirigente pubblico e autonomia territoriale*, cit., p. 231 ss.

Vero è che a pesare sullo spazio di manovra della contrattazione collettiva è la previsione normativa di cui all'art. 40 d.lgs. n. 165/2001, che esclude dalla "competenza" della fonte contrattuale la materia dei sistemi di valutazione, se non per le ricadute «ai fini della corresponsione del trattamento accessorio» dei dirigenti. Ma è altrettanto vero che, proprio a partire dal legame con i profili retributivi, la contrattazione collettiva avrebbe avuto titolo ad intervenire – pur mantenendosi nel perimetro segnato dal richiamato art. 40 – nella fase di individuazione dei parametri sui quali innestare la differenziazione dei trattamenti economici delle prestazioni dirigenziali. In tal guisa, l'attività della contrattazione avrebbe potuto interessare altresì, almeno indirettamente, gli obiettivi da assegnare ai dirigenti medesimi (e da far rifluire poi, di volta in volta, nell'incarico), incidendo sulle caratteristiche morfologiche di essi: per esempio, immettendo nella fase di costruzione degli obiettivi, in coerenza con le indicazioni della fonte regolamentare, quegli elementi rivenienti dal territorio e dalla collettività di riferimento, coltivando la logica della valutazione esterna, aperta alle istanze partecipative dei cittadini. Ne viene fuori invece un assetto normativo non soltanto carente ma a tratti ambiguo in ordine ai punti essenziali della disciplina del lavoro del dirigente locale: un assetto che, al di là di tutto, è scarsamente "integrabile" con le direzioni della autonomia normativa degli enti locali, esercitata per il tramite della potestà regolamentare su aspetti importanti del lavoro dirigenziale. La mancata sintesi delle dimensioni dell'agire dirigenziale – nel rapporto con la politica, con il personale, con le organizzazioni sindacali e con i cittadini – non va nella direzione di «puntare sull'equilibrio, anziché sull'esclusione, per costruire una dirigenza pubblica che sappia assumere con autorevolezza la guida della macchina amministrativa»³⁰. Si è ben lontani insomma dall'equilibrio tra i modelli costituzionali di amministrazione, tra legittimazione democratica e professionale, tra tecnica e politica, con la amara consapevolezza che si sia persa una buona occasione per il cambiamento.

³⁰ Così G. GARDINI, *La perenne riforma della dirigenza pubblica*, cit., p. 72.

Ridefinendo la disapplicazione. Spunti di riflessione su lavoro pubblico e giurisdizione ordinaria

Ambrogio De Siano

Il tentativo di concentrare presso il g.o. tutte le controversie di lavoro pubblico trova tra i suoi elementi più significativi il potere di disapplicazione: il suo utilizzo riesce infatti a garantire al dipendente della p.a. piena tutela a dispetto del coinvolgimento dell'atto amministrativo. Gli indubbi benefici processuali hanno finito tuttavia per oscurare gli effetti negativi che l'uso della disapplicazione genera sul piano sostanziale. Effetti che incrinano in particolare il principio di legalità. Epperò in sede interpretativa non pare impossibile evitare che si producano. Si è così provato a ricostruire la disapplicazione in termini insoliti, in modo che la scelta di accentrare la tutela del lavoratore della p.a. presso un solo giudice non si traduca in un deficit di tutela nei confronti dell'atto amministrativo.

1. Premessa

L'art. 63, d.lgs. n. 165/2001 – in particolare il co. 1, secondo cui «sono devolute al giudice ordinario (...) tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (...) ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti. Quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica, se illegittimi»¹ – ha generato un vivace dibattito sull'ampiezza delle (o meglio, sulle interferenze tra le) giurisdizioni ordinaria e amministrativa.

¹ L'ampiezza della cognizione del g.o. è via via cresciuta a far data dalla l. n. 421/1992. Per una ricostruzione dell'evoluzione legislativa v. F. CARINCI, *Privatizzazione del pubblico impiego e ripartizione della giurisdizione per materia (breve storia di una scommessa perduta)*, in *Lav. pub. amm.*, 6, 2006, p. 1049 ss.

Al netto della discussione sull'opportunità e sulla legittimità costituzionale della scelta legislativa², il frazionamento della tutela fra due ordini giurisdizionali non può essere valutato positivamente: basti pensare alla perdurante difficoltà di individuare il giudice da adire, tanto che gli interventi della Cassazione continuano a essere numerosi.

Certo – si obietterà –, all'esito del (talora accidentato) percorso rivolto alla ricerca del giudice dotato di potere, la tutela del lavoratore è pienamente soddisfacente (anche) dinanzi al g.o., questi essendo "abilitato" a disapplicare.

Ed invero la dottrina (non a torto) riconosce alla disapplicazione una forte utilità pratica: il suo utilizzo – che incide solo sugli effetti dell'atto rispetto al caso controverso – riesce a non ridimensionare la tutela del dipendente a dispetto del fatto che nella vicenda processuale sia coinvolto un atto (antecedente logico-giuridico rispetto alla pretesa dedotta in giudizio) espressione di potere amministrativo³.

Una lettura siffatta, per quanto veritiera, pare però cogliere il tema della disapplicazione solo in parte, limitandosi a rilevarne i benefici processuali, consistenti nella tendenziale concentrazione della tutela presso un solo ordine giurisdizionale e nella possibile piena soddisfazione della domanda del lavoratore. Essa omette invece di considerare gli effetti (tutt'altro che positivi) che la disapplicazione, diversamente dall'annullamento, genera sul piano sostanziale. Effetti dai quali sembra possibile indurre (ulteriori) argomenti per ritenere inadeguata la scelta di attribuire al g.o. le controversie di lavoro pubblico privatizzato.

² Il dibattito è stato amplissimo, anche in ragione della numerosità degli interventi normativi e giurisprudenziali condensatisi in pochi anni. Per tutti ci si limita a rinviare ai contributi di A. TRAVI, *La giurisdizione civile nelle controversie di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2000, p. 295 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Lavoro pubblico e giurisdizione*, in *Lav. pub. amm.*, 2, 2000, p. 205 ss.

³ A dispetto della sua rilevanza, la disapplicazione nelle controversie di lavoro nei confronti della p.a. ha suscitato un interesse tutto sommato relativo negli studiosi. Del resto di recente mancano anche studi d'ordine più generale, dovendo tornarsi parecchio indietro nel tempo: E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1950; A. ROMANO, *La disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 1983, p. 22 ss.; R. VILLATA, «Disapplicazione» dei provvedimenti amministrativi e processo penale, Milano, Giuffrè, 1980. Molto ampia è invece la produzione riguardante la disapplicazione ad opera del g.a.: per tutti F. CINTIOLI, voce *Disapplicazione (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Annali, III, 2010, p. 269 ss.

Eppure in sede interpretativa non pare impossibile mitigare (se non addirittura eliminare) detti effetti, ricostruendo la disapplicazione come presupposto per la inapplicabilità dell'atto amministrativo anche al di fuori della fattispecie controversa.

Con il presente saggio ci si propone dunque di attribuirle valenza sostanziale, con l'obiettivo di farle conseguire risultati non troppo dissimili da quelli dell'annullamento, così che la decisione di rendere quello ordinario il giudice unico del pubblico impiego privatizzato non finisca per comportare un *deficit* di tutela nei confronti dell'atto amministrativo. Al fine di perseguire l'obiettivo prefissatosi, lo studio è stato concettualmente diviso in due parti: nella prima, di natura ricognitiva, verrà anzitutto descritta la parabola (oramai in fase discendente) del potere di disapplicazione nell'esperienza giurisprudenziale (par. 2), per poi passare in rassegna alcuni dei paradossi giuridici che il suo esercizio produce (par. 3); nella seconda, di natura ricostruttiva, prima delle osservazioni conclusive (par. 5) si proverà (nel par. 4) a ridefinire le fattezze della disapplicazione nelle controversie di lavoro alle dipendenze della p.a. in modo da consentire che il relativo accertamento giudiziale sia utilizzabile anche all'esterno del giudizio in cui è stato compiuto⁴.

2. La riserva del g.a. sugli atti amministrativi quale limite alla loro disapplicazione da parte del g.o.

È noto che uno degli elementi più qualificanti della privatizzazione del pubblico impiego⁵ sia stato il capovolgimento del regime processuale delle relative controversie, che, storicamente assegnate al g.a., sono state devolute al g.o.⁶

⁴ La ridefinizione che va tentandosi prende le mosse dall'assunto secondo cui la disapplicazione di cui all'art. 63 ha, per diverse ragioni, una sua peculiarità sistematica rispetto a quella di cui agli artt. 4 e 5, l. 2248/1865, All. E, peculiarità che pare renderla adatta ad una lettura insolita, ad avviso di chi scrive maggiormente in linea con il principio di legalità e con l'art. 3, co. 1, Cost.

⁵ Sul fondamento teorico della privatizzazione v. F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale. Il modello italiano in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 143 ss.

⁶ A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2004, la quale esamina effetti e conseguenze della privatizzazione alla luce del riconoscimento della giurisdizione ordinaria sulle relative controversie.

Non si è però trattato solo di un passaggio da una giurisdizione all'altra. La transizione del dipendente pubblico verso un contesto giuridico prettamente privatistico è stata completata dall'attribuzione al g.o. di uno strumentario idoneo a scongiurare che il livello di tutela scemasse rispetto al passato⁷.

La concentrazione delle controversie presso la giurisdizione civile sembrava poter addirittura migliorare la resa del sistema processuale, rendendo meno gravoso l'esercizio del diritto di difesa, spesso reso ineffettivo dalla necessità che sulla medesima fattispecie avessero a pronunciarsi due diversi giudici⁸.

Tale concentrazione era stata ottenuta non solo tramite la perimetrazione "per controversie" del campo di cognizione del g.o., ma pure per mezzo dell'espresso richiamo al potere di disapplicazione, da usarsi nei confronti degli atti amministrativi presupposti laddove si mostrassero rilevanti per la risoluzione della controversia⁹.

In effetti nel sistema processuale in parola la disapplicazione risulta determinante: se da un lato la sua sola presenza dimostra che quella del g.o. non è una giurisdizione esclusiva¹⁰, dall'altro rende sostenibile che «tutte le controversie» siano conferite a quest'ultimo, a prescindere dal fatto che sia coinvolto un atto amministrativo, la cui presenza resta – a dir così – marginale in quanto l'oggetto del giudizio è costituito dal diritto soggettivo del lavoratore.

⁷ A. TRAVI, *La giurisdizione*, cit., p. 321; Corte cost., 23 luglio 2001, n. 275 (con nota di G. D'ALESSIO, *Incarichi dirigenziali, riparto di giurisdizione e poteri del giudice ordinario*, in *Lav. pub. amm.*, 3-4, 2001, p. 631 ss.). Non manca in dottrina chi ha ritenuto che la giurisdizione civile abbia significato un ridimensionamento della tutela: ad es. B. SASSANI, *Giurisdizione ordinaria, poteri del giudice ed esecuzione della sentenza nelle controversie di lavoro con la pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 1999, p. 413 ss., che ha appuntato l'attenzione sulle difficoltà di portare ad esecuzione le sentenze del g.o.; più in generale M. MAZZAMUTO, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2010, p. 143 ss., p. 165 ss.

⁸ Cass. civ., SS.UU., ord. 21 dicembre 2018, n. 33212.

⁹ Sono tali essenzialmente gli atti di macro-organizzazione, i quali possono condizionare lo svolgimento del rapporto di lavoro "dall'esterno", fondando i relativi atti di gestione. In merito A. TRAVI, *La giurisdizione*, cit., p. 309.

¹⁰ Anche se la delimitazione della giurisdizione *ratione materiae* potrebbe far pensare alla creazione di una sorta di giurisdizione esclusiva, come peraltro ritenuto da Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2001, n. 1519.

Ciò non è comunque bastato ad evitare la concorrenza tra g.o. e g.a. Il fatto che lo speciale criterio definitorio dell'ampiezza della giurisdizione civile andasse integrato con quello più generale fondato sulla natura della situazione giuridica soggettiva è stato decisivo per rendere sempre piuttosto significativa l'area di interferenza del g.a.¹¹. Un'area, questa, di cui negli ultimi anni deve segnalarsi un progressivo irrobustimento. In virtù di una costante revisione della portata dell'art. 63, co. 1, d.lgs. 165, ad opera della Cassazione, le ipotesi di disapplicazione nelle controversie di lavoro con la p.a. stanno diradandosi – sebbene non con l'intensità e con le motivazioni giuridiche che si riscontrano in altri ambiti materiali¹². Proporzionalmente i casi di giurisdizione amministrativa si registrano in aumento.

Sono per nulla poche le pronunce in cui tale revisione viene condotta (non) sulla scorta della (utile) distinzione fra pregiudizialità tecnica e pregiudizialità logica, bensì su quella fra il caso in cui la contestazione del dipendente si rivolga «frontalmente»¹³ nei confronti dell'atto di macro-organizzazione e quello in cui tale atto rilevi in via pregiudiziale rispetto al rapporto lavorativo: spetterebbe al g.a. la controversia nella quale la censura «investa direttamente il corretto esercizio del potere amministrativo mediante la deduzione della non conformità a legge degli atti organizzativi»¹⁴.

¹¹ Sebbene il legislatore sembri aver scelto un giudice unico per risolvere le controversie riguardanti il rapporto di lavoro con la p.a., non si può escludere che un atto di macro-organizzazione risulti direttamente lesivo di un interesse legittimo. Ciò comporta la sopravvivenza della doppia tutela: cfr. A. TRAVI, *La giurisdizione*, cit., p. 314; F. SAITTA, *Contratti individuali di lavoro e graduatorie concorsuali alla ricerca di un (solo) giudice: senza la concentrazione delle tutele non può esservi effettività*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2010, p. 886 ss., p. 914.

¹² Ad esempio, in materia di regressioni tariffarie, Cass. civ., SS.UU., 2 novembre 2018, n. 28503, ha affermato il principio secondo cui il potere di disapplicazione degli atti amministrativi non può essere esercitato nelle controversie in cui sia parte la p.a. – in senso opposto, in materia di tariffe per il servizio di mensa scolastica, Cass. civ., SS.UU., 25 maggio 2018, n. 13193. Il fatto che la controversia intercorra tra soli privati o contro la p.a. è ritenuto da A. TRAVI, *La disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice civile in alcuni recenti interventi della Cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2018, p. 3 ss., pp. 22-23, del tutto irrilevante rispetto alla portata della disapplicazione, come dimostrato da disposizioni sia speciali (art. 63, d.lgs. 165/2001) che generali (art. 5, l. 2248/1865, All. E).

¹³ Cass. civ., SS.UU., ord. 10 novembre 2020, n. 25210.

¹⁴ Cass. civ., SS.UU., ord. 15 dicembre 2016, n. 25836, secondo cui nella giurisdizione del g.o. «rientra il potere di verificare, in via incidentale, la legittimità degli atti generali di autore-

Benché la Cassazione provi a darle un più solido fondamento agganciandola alla natura della situazione soggettiva oggetto del giudizio¹⁵, la distinzione in parola appare fragile.

In primo luogo, perché non è la “direzione” delle censure a poter determinare la giurisdizione: anche se fossero mosse essenzialmente nei confronti dell’atto di macro-organizzazione l’oggetto del giudizio ben potrebbe consistere in un diritto soggettivo.

In secondo luogo, detta distinzione appare del tutto formalistica, incenstrandosi, appunto, sulla formulazione della domanda¹⁶. D’altra parte, un criterio di riparto siffatto si presenta oltremodo incerto, essendo suscettibile di interpretazioni opposte che potrebbero condurre fattispecie identiche dinanzi a giurisdizioni diverse in considerazione della differente opinione del giudice in merito alla domanda giudiziale¹⁷.

golamentazione dell’ente pubblico (per eventualmente disapplicarli), qualora il giudizio verta su pretese attinenti al rapporto di lavoro e riguardi, quindi, posizioni di diritto soggettivo del lavoratore, in relazione alle quali i (...) provvedimenti di autoregolamentazione costituiscono solamente atti presupposti.

¹⁵ Sempre Cass. civ., SS.UU., n. 25210/2020, cit., ad avviso della quale spettano al g.a. «le controversie nelle quali si contestano “frontalmente” gli atti recanti le linee fondamentali di organizzazione degli uffici (...) i cui “diretti” effetti pregiudizievoli siano messi in discussione a tutela di una posizione soggettiva di interesse legittimo suscettibile di assumere la consistenza di diritto soggettivo solo all’esito della rimozione del provvedimento di macro organizzazione, che è pur sempre atto presupposto, rispetto agli atti di gestione dei rapporti di lavoro, ma rispetto al quale, in questi casi, non può operare il potere di disapplicazione del giudice ordinario, visto che esso presuppone che il giudizio investa direttamente atti di gestione del rapporto, anche dirigenziale, in relazione ai quali i suddetti provvedimenti di autoregolamentazione costituiscono solamente atti presupposti di sfondo».

¹⁶ Ad opinione di A. TRAVI, *La disapplicazione*, cit., p. 21, la distinzione in parola, pure in considerazione del fatto che in entrambi i casi si assume sia in corso una controversia su diritti, è «molto labile e rischia di diventare troppo sottile perché, invece di riguardare elementi oggettivi (la legittimità dell’atto è contestata nell’uno come nell’altro caso), finisce col coinvolgere l’impostazione formale della domanda giudiziale, o addirittura i “motivi” dell’azione».

¹⁷ Ad avviso di Cass. civ., SS.UU., n. 25210/2020, cit., per individuare il giudice munito di giurisdizione «occorre avere riguardo al *petitum* sostanziale dedotto in giudizio, da identificare soprattutto in funzione della *causa petendi* (...), muovendo dalla premessa secondo cui nell’interpretazione della domanda giudiziale, il giudice non è condizionato dalle formali parole utilizzate dalla parte, ma senza rigidi formalismi deve tener conto dell’intero contesto dell’atto, (...) valutando la formulazione testuale e il contenuto sostanziale della domanda in relazione alla effettiva finalità che la parte intende perseguire, il che significa che, ad esempio, non rileva di per sé che la pretesa giudiziale sia stata prospettata dinanzi al giudice ordinario come richiesta di annullamento di un atto amministrativo se l’oggetto della domanda risulti essere la (...) tutela di un diritto soggettivo (...) leso da un atto di gestione del rapporto di lavoro».

Tuttavia, quel che in questa sede maggiormente rileva è che la posizione assunta dalla Cassazione finisce per incidere sull'assetto dei poteri propri della giurisdizione ordinaria. Una giurisdizione che, nell'ambito culturale in cui è stata formata, avrebbe dovuto garantire la più ampia tutela possibile al lavoratore grazie alla disapplicazione, questa consentendo al g.o. la cognizione (strumentale alla risoluzione della controversia riguardante il rapporto di lavoro) sull'atto amministrativo.

Gli orientamenti giurisprudenziali più recenti ne hanno invece ridefinito il ruolo, in quanto il ricorso alla disapplicazione, nonostante questa inerisca ai limiti interni della giurisdizione ordinaria¹⁸, sembra condizionato da questioni proprie del processo amministrativo.

Se si è ben inteso, la Cassazione pare sostenere che l'impugnabilità dell'atto presupposto farebbe da ostacolo alla disapplicazione: se la legittimità di detto atto, presupposto (appunto) rispetto al diritto oggetto del giudizio, può essere accertata dinanzi al g.a. «l'onere di impugnazione assorbe anche le potenzialità della disapplicazione»¹⁹. Qualora il ricorrente non avesse assolto a quest'onere, al g.o. resterebbe solo la possibilità di verificare se l'atto sia rilevante per risolvere la controversia: se lo fosse non potrà che applicarlo²⁰.

E così la disapplicazione subisce l'arretramento della giurisdizione ordinaria causato dalla giurisprudenza della Cassazione, che "spinge" l'atto amministrativo (anche se i suoi effetti danno vita ad un giudizio concernente un rapporto di lavoro di diritto privato) verso il g.a. Una sorta di riserva in favore di quest'ultimo che va (ri)formandosi in via pretoria, dunque, che depotenzia il ruolo della disapplicazione, la quale si trova costretta dai limiti interni della giurisdizione amministrativa, ossia dalle

¹⁸ Cass. civ., SS.UU., 27 febbraio 2017, n. 4881.

¹⁹ A. TRAVI, *op. ult. cit.*, p. 22, il quale sottolinea l'effetto che questo orientamento produce sui poteri del giudice: se il lavoratore, pur avendone la possibilità, non ha impugnato l'atto presupposto, il g.o. non potrà disapplicarlo.

²⁰ Il cambio di orientamento è netto: in precedenza la disapplicazione era esclusa solo se la legittimità dell'atto fosse stata sancita, con autorità di giudicato, dal g.a. nel contraddittorio con la parte e non anche nel caso in cui esso non fosse stato tempestivamente impugnato, «concernendo l'istituto della inoppugnabilità la tutela degli interessi legittimi e non quella dei diritti soggettivi» (Cass. civ., sez. II, 15 febbraio 2007, n. 3390).

regole che presiedono all'impugnazione dell'atto di macro-organizzazione dinanzi al g.a.²¹.

Il sistema di tutela che va modellandosi pare ben diverso da quello che il legislatore si proponeva di conseguire nell'ambito della privatizzazione del pubblico impiego: ad oggi la tutela del lavoratore della p.a. richiede l'intervento del g.a.²², più frequentemente di quanto fosse lecito aspettarsi, ciò segnalando il ridimensionamento della portata dell'art. 63, secondo cui «tutte le controversie» sono devolute ad un giudice unico²³.

3. I paradossi della disapplicazione

All'esito del percorso rivolto alla ricerca del giudice dotato di giurisdizione, vi sono pochi dubbi sul fatto che la tutela erogata dal g.o. in favore del lavoratore sia ben adeguata. Ciò è possibile (anche) grazie al potere di disapplicare, il quale funge da punto di equilibrio tra i due ordini giurisdizionali qualora nella vicenda processuale sia coinvolto un atto che di regola sarebbe giustiziabile dinanzi al g.a.

L'indubbia rilevanza pratica del potere in parola ha messo in ombra i suoi limiti, che raramente sono stati sottolineati²⁴.

Per metterli meglio in evidenza può essere utile principiare da un esempio tratto da una recente ordinanza della Cassazione²⁵.

La Corte è stata chiamata a risolvere una questione di giurisdizione sollevata in merito alla domanda con cui un docente ha chiesto l'inserimento

²¹ Per A. TRAVI, *La disapplicazione*, cit., p. 24, nella ricostruzione della Cassazione la disapplicazione «non potrebbe mai rappresentare una seconda *chance* rispetto all'impugnazione dell'atto amministrativo e dovrebbe avere tutt'al più una portata limitata ai casi in cui tale impugnazione risultasse – per ragioni oggettive o anche solo per ragioni legate all'interesse a ricorrere – non concretamente o non autonomamente praticabile».

²² Un intervento comunque alternativo a quello del g.o. Secondo F. SAITTA, *op. cit.*, p. 915, la scelta processuale del lavoratore potrebbe essere orientata anche dal fatto che la disapplicazione non è in grado di garantire gli stessi risultati dell'annullamento. Se questo in generale è vero – si v. il par. successivo – non lo è per il ricorrente, per il quale la disapplicazione, sotto il profilo effettuale, vale quanto l'annullamento.

²³ Il che dovrebbe lasciare al g.a. solo la cognizione sulle procedure concorsuali (*ex co.* 4). In proposito F. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, p. 211.

²⁴ Oggetto d'interesse della dottrina sono fondamentalmente le questioni processuali, ad es. quella riguardante la utilizzabilità d'ufficio della disapplicazione.

²⁵ Cass. civ., SS.UU., 26 giugno 2019, n. 17123.

nella seconda fascia delle graduatorie d'istituto sulla base dell'equipolanza del titolo in suo possesso rispetto ai titoli utili alla collocazione in tale fascia previsti dal d.m. n. 374/2017. Il Collegio, nell'affermare la giurisdizione ordinaria²⁶, ha ritenuto di disapplicare il d.m. che impediva all'insegnante il raggiungimento dell'utilità che la legge gli attribuiva.

Non v'è dubbio che la disapplicazione abbia consentito la piena soddisfazione del ricorrente (e, più in generale, del principio di effettività della tutela). Eppure le conseguenze generatesi al di fuori della fase contenziosa – conseguenze del tutto fisiologiche in quanto l'istituto è "abilitato" ad incidere sugli effetti dell'atto limitatamente al rapporto controverso e non sulla sua efficacia²⁷ – sono tutt'altro che irrilevanti, anzi agli occhi di chi scrive appaiono superare i benefici processuali.

La preferenza legislativa per (il giudice del lavoro e, dunque, per) il potere di disapplicazione produce un effetto sostanziale molto significativo: il mantenimento in vita di un atto, di regola normativo o generale, nonostante sia stata accertata in via giurisdizionale la sua illegittimità.

Certo, il disallineamento tra il piano della difformità dalla legge e quello della (in)efficacia è proprio del nostro sistema della invalidità. Tuttavia, la sua compatibilità ordinamentale pare essere meno "sopportabile" all'esito di una sentenza, quantunque inidonea a eliminare l'atto dal mondo giuridico. Facendo uso di una felice metafora, «è come se nell'ampia tela bianca dell'ordinamento si creassero macchie nere, che il giudice non può cancellare». Anzi, gli «si consente (...) di ignorare queste macchie e di decidere come se non ci fossero»²⁸.

²⁶ Ritenendo che se l'oggetto della domanda «è la richiesta di annullamento dell'atto amministrativo generale o normativo, e solo quale effetto della rimozione di tale atto – di per sé preclusivo del soddisfacimento della pretesa del docente all'inserimento in una determinata graduatoria – l'accertamento del diritto del ricorrente all'inserimento in quella graduatoria, la giurisdizione non potrà che essere devoluta al giudice amministrativo (...); viceversa, ove l'istanza rivolta al giudice sia specificamente diretta all'accertamento del diritto del singolo docente all'inserimento nella graduatoria, ritenendo che tale diritto scaturisca direttamente dalla normazione primaria, eventualmente previa disapplicazione dell'atto amministrativo che potrebbe precluderlo, la giurisdizione va attribuita al giudice ordinario».

²⁷ E. CANNADA BARTOLI, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, in AA.VV., *Impugnazione e "disapplicazione" dei regolamenti*, Torino, Giappichelli, 1998, p. 145 ss., p. 146.

²⁸ S. GIACCHETTI, *Disapplicazione? No, grazie*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 1997, p. 716 ss., p. 718.

Un vero e proprio paradosso, che nell'ordinamento contemporaneo non pare trovare giustificazioni di sorta²⁹.

A risentirne sono anzitutto i principi di legalità³⁰ e di uguaglianza davanti alla legge, venendosi a creare la difficilmente spiegabile situazione per cui l'atto di macro-organizzazione conserva la propria efficacia nei confronti dei destinatari che non abbiano avviato e vinto una controversia. Vittoria tutt'altro che scontata, la precedente disapplicazione non costituendo garanzia che un altro giudizio si concluda con lo stesso risultato.

Tutto ciò sarebbe evitabile grazie all'intervento della p.a. In passato si è avanzata l'ipotesi che la disapplicazione ad opera del g.o. facesse sorgere il dovere di annullare d'ufficio l'atto amministrativo³¹. Ipotesi che non sembra sostenibile, segnatamente alla luce della disciplina vigente, in cui l'annullamento appare marcatamente discrezionale.

La teorizzata doverosità pare infatti più correttamente da intendersi come la possibilità di non motivare l'eventuale annullamento in quanto le relative ragioni si trovano nella sentenza del g.o.³². Sicché, dopo aver emesso un atto dichiarato illegittimo in sede giurisdizionale, la p.a. ha discrezionalità nell'annullarlo³³: a ben pensarci, è davvero un paradosso.

²⁹ Per il vero già E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, cit., p. 18, considerava «strana» l'ipotesi di ammettere che il giudice possa rilevare la non conformità alla legge di un atto senza poi poterlo annullare.

³⁰ Leggendo gli scritti e le sentenze sulla disapplicazione del g.o. si ha la sensazione che esistano due principi di legalità: uno da preservare in sede contenziosa limitatamente a colui che invoca tutela; uno "più generale", al quale non pare essere riservata la medesima attenzione.

³¹ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989, pp. 730-731.

³² G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo per il corso di base*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, pp. 624-625.

³³ In teoria la p.a. potrebbe intravedere ragioni di interesse pubblico che consigliano di continuare a fare applicazione dell'atto – in tale ipotesi, su istanza degli interessati, sarebbe tenuta a motivare –, anche se appare piuttosto singolare che per perseguire l'interesse pubblico sia necessario tenere in vita un atto illegittimo. Certo, il mancato annullamento d'ufficio potrebbe affondare le radici nella tutela dell'affidamento del privato e, più in generale, nella necessità di garantire stabilità all'atto amministrativo; ragioni, queste, che vengono solitamente poste a giustificazione delle disposizioni che appongono un termine all'esercizio del potere di annullamento. Per il vero né l'affidamento del privato né la stabilità dell'atto amministrativo sembrano poter fungere da ostacolo al suo annullamento d'ufficio a seguito di una sentenza che lo ha dichiarato illegittimo. Senza potersi intrattenere sull'art. 21-*nonies*, l. 241 (in particolare sulla questione dell'applicabilità dei termini in esso previsti nel caso in cui intervenga una sentenza in cui è stata accertata l'illegittimità di un atto), al fine di adeguatamente contemperare tutti gli interessi coinvolti sarebbe sufficiente limitare gli effetti retroattivi dell'annullamento, semmai ad-

A subire le conseguenze negative della disapplicazione è altresì l'unicità dell'ordinamento, un valore che assume sempre maggiore rilevanza vista la frammentazione contemporanea: anche a causa della incidentalità dell'accertamento, non è affatto raro che si generi incertezza sul se dare ancora applicazione all'atto dichiarato illegittimo dal g.o.³⁴. Un'incertezza cui potrebbe conseguire un suo utilizzo a macchia di leopardo.

La disapplicazione finisce per incidere finanche sui caratteri dell'atto amministrativo. Il criterio di riparto più recentemente adottato dalla Cassazione, se utilizzato con abilità, può prestarsi ad eludere il termine di impugnazione³⁵. E così l'atto resterebbe giustiziabile anche dopo il decorrere dei sessanta giorni, la sua legittimità restando sempre in bilico. A ben vedere dunque, i vantaggi processuali della disapplicazione, peraltro limitati alla figura del ricorrente, sono in numero ben inferiore rispetto alle conseguenze negative che produce sul piano sostanziale, le quali sembrano fornire (ulteriori) argomenti per ritenere inadeguata la scelta di attribuire al g.o. le controversie di lavoro pubblico privatizzato. Conseguenze che sarebbero state evitabili se le controversie in parola fossero state iscritte nella giurisdizione esclusiva del g.a. oppure – forse ancor più utilmente – se il legislatore avesse infranto il tabù dell'attribuzione al g.o. del potere di annullamento³⁶ – ciò che non sarebbe incom-

dirittura disponendolo *ex nunc* – ciò che la disciplina per nulla impedisce: ritagliare su misura l'efficacia del provvedimento di annullamento consentirebbe il ripristino della legalità senza intaccare situazioni consolidate, generando altresì una sufficiente dose di certezza sulla sorte (e dunque sulla futura stabilità) dell'atto amministrativo. In realtà, nella stragrande maggioranza dei casi sull'atto amministrativo oggetto di disapplicazione cala letteralmente il silenzio, la p.a. perdurando a farne uso come se nulla fosse accaduto.

³⁴ Una incertezza che può derivare pure dal fatto che proprio in ragione della incidentalità della verifica giudiziale, se si escludono le parti processuali, l'accertata illegittimità resta poco conoscibile.

³⁵ Il fatto che la disapplicazione sarebbe impedita qualora l'atto di macro-organizzazione sia direttamente lesivo (e non presupposto della lesione) non scongiura la possibilità che il ricorrente, una volta decorso il termine decadenziale per impugnarlo dinanzi al g.a., possa comunque adire il g.o. ottenendo la disapplicazione. Come osservato nel par. 2, la malleabilità del criterio del *petitum* sostanziale così come inteso dalla Cassazione (cfr. la nota 17) rende adattabile l'impostazione formale della domanda giudiziale, da cui, nelle controversie di lavoro che coinvolgono atti amministrativi, in larga parte dipende la individuazione del giudice munito di giurisdizione.

³⁶ Non che l'annullamento non abbia effetti collaterali. Si pensi a quello riguardante l'atto regolamentare, il quale sovente provoca vuoti normativi o la riemersione di discipline ormai obsolete.

patibile con l'art. 113 Cost.³⁷. Entrambe le soluzioni si fanno preferire rispetto a quella tipizzata nell'art. 63 per le garanzie che sembrano in grado di offrire.

Eppure, senza un intervento legislativo, il ricorso alla disapplicazione è un male necessario. Spetta quindi all'interprete tentare una ricostruzione sistematica che possa evitare il verificarsi dei paradossi qui segnalati.

4. La disapplicazione come presupposto per l'inapplicabilità dell'atto amministrativo

Quantunque operi esclusivamente sul piano processuale, è indubbio che la disapplicazione sia fortemente influenzata da questioni teoriche di diritto sostanziale, non solo perché condizionata dal criterio di riparto e dunque dalla natura delle situazioni soggettive, ma anche perché collegata alla teoria della invalidità e della inefficacia.

La continuità tra piano processuale e piano sostanziale non è però solo teorica, così come dimostrato dai paradossi segnalati in precedenza. Ed è proprio per evitare il loro verificarsi che si è provato a ricostruire la disapplicazione in termini insoliti.

Un tentativo che prende le mosse da un contributo monografico della metà del '900. Ci si riferisce a quello di Cannada Bartoli, il quale, volendo sottolineare il diverso trattamento processuale riservato all'atto amministrativo a seconda della giurisdizione, ma al contempo intendendo valorizzare i punti di contatto tra i due diversi modelli di tutela – i quali condividono la nozione di (il)legittimità –, propose di affiancare alla categoria dell'annullabilità quella dell'inapplicabilità, qualificando quest'ultima come «carattere degli effetti dell'atto viziato e quindi come concetto di diritto sostanziale»³⁸.

A suo avviso la eliminabilità degli effetti (e dunque l'annullabilità) dell'atto non sarebbe l'unica possibile conseguenza dell'invalidità.

³⁷ Come del resto affermato dalla Corte cost., n. 275/2001, cit., secondo cui «il principio della disapplicazione (...) ed il relativo limite ai poteri del giudice ordinario di fronte ad un atto amministrativo illegittimo non costituiscono una regola di valore costituzionale (...). Infatti, resta rimesso alla scelta discrezionale del legislatore ordinario (...) il conferimento ad un giudice, sia ordinario, sia amministrativo, del potere di conoscere ed eventualmente annullare un atto della pubblica amministrazione o di incidere sui rapporti sottostanti».

³⁸ E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, cit., p. 40-41.

Ed invero l'atto amministrativo illegittimo potrebbe essere inapplicabile: in tal caso resterebbe efficace; epperò i suoi effetti verrebbero ignorati rispetto alle singole fattispecie concrete.

In altre parole, la precarietà degli effetti di un atto invalido verrebbe a risolversi non per forza tramite l'annullamento. Sarebbe infatti possibile, giusta la sua illegittimità, devitalizzarne gli effetti: in ciò si sostanzia l'inapplicabilità, la quale fungerebbe da presupposto, da un lato, per l'inosservanza del provvedimento da parte del suo destinatario, dall'altro, per la disapplicazione ad opera del g.o.³⁹.

In altre parole ancora, l'essere accomunate dalla legge quanto a presupposti, renderebbe possibile qualificare annullamento e disapplicazione come due diverse (concettualmente compatibili, ma di fatto mai sovrapponibili) conseguenze della invalidità.

Questa ricostruzione ha il merito di «riconoscere le ragioni di continuità fra i due modelli principali di tutela nei confronti dell'amministrazione (...): entrambi comportano una cognizione della illegittimità dell'atto amministrativo e riconnettono a tale illegittimità una paralisi negli effetti giuridici»⁴⁰. Restano le diversità processuali dell'accertamento, il che tuttavia non può giustificare alcun *deficit* di tutela nei confronti dell'atto amministrativo.

La teorizzazione in parola non manca però di aspetti critici, che la brevità di questo saggio impedisce di indagare oltremodo.

Per cui ci si limita a segnalare la ricaduta maggiormente preoccupante, che consiste nel rischio dell'artata inosservanza da parte del destinatario dell'atto. Un rischio che potrebbe essere evitato inversamente strutturando la relazione tra disapplicazione e inapplicabilità: non è quest'ultima

³⁹ Secondo E. CANNADA BARTOLI, *op. ult. cit.*, loco cit., una volta configurata l'inapplicabilità come carattere degli effetti dell'atto amministrativo non si può pervenire ad altra soluzione che estendere la possibilità di disapplicare anche al destinatario del provvedimento. A tal proposito l'A. precisa che «sotto l'aspetto terminologico, poiché l'esecuzione e la disapplicazione non sono, a rigore, riferibili al privato, è opportuno parlare: rispetto a quest'ultimo, di inosservanza del provvedimento; rispetto agli organi giurisdizionali, di disapplicazione ed adoperare il termine inapplicabilità per designare l'aspetto sostanziale dato dal particolare modo di essere degli effetti dell'atto amministrativo invalido».

⁴⁰ A. TRAVI, *La disapplicazione*, cit., p. 8.

presupposto della prima, bensì il contrario⁴¹, ciò consentendo che l'irrelevanza degli effetti dell'atto sia subordinata alla verifica giurisdizionale della sua illegittimità.

Per accedere a questa differente proposta ricostruttiva è necessario intrattenersi sul concetto di applicabilità che in questa sede si intende accogliere, per conseguenza inducendone il suo "negativo".

L'applicabilità⁴² è una categoria giuridica impiegata per attenuare lo stridio che proviene dal difficilmente spiegabile (almeno sotto il profilo della stretta logica giuridica) rapporto tra invalidità e (in)efficacia: essa non è funzionalizzata a individuare gli atti validi, bensì quelli la cui applicazione è giustificata dall'ordinamento⁴³.

In tema di atto amministrativo, l'applicabilità che prescinde dalla conformità alla legge è dovuta ad un duplice ordine di ragioni di diritto positivo. In primo luogo, da una serie di disposizioni generali contenute nel Capo IV-*bis* della l. 241/1990 si desume che l'atto (seppur invalido) è efficace⁴⁴. Se è vero che l'applicabilità di un atto giuridico si risolve nelle ragioni che ne giustificano l'uso⁴⁵, ebbene l'atto invalido, alla luce del reticolo normativo che non ne inibisce (anzi ne riconosce) la capacità di produrre gli effetti suoi propri, è un atto da applicare, la sua utilizzazione essendo giustificata, appunto, dal dato normativo⁴⁶.

⁴¹ La disapplicazione non necessita dell'inapplicabilità – come sostenuto da Cannada Bartoli –, bensì della produzione degli effetti, ossia che l'atto sia applicato. Del resto, che sia così lo si induce dalla stessa ricostruzione di CANNADA BARTOLI, *op. ult. cit.*, p. 38-39, il quale osserva che i concetti di disapplicazione e inapplicabilità non possono essere riferiti agli atti nulli, che sarebbero intrinsecamente inefficaci.

⁴² G. PINO, *L'applicabilità delle norme giuridiche*, in *www.dirittoequestionipubbliche.org*, 2011, p. 1 ss.; R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 431 ss.

⁴³ Quel che è disagevole spiegare è la forza conformativa dell'atto invalido, la sua capacità di fondare decisioni nonché l'obbligo da parte dei destinatari di osservarlo. Il ricorso al concetto di applicabilità permetterebbe di giustificare il fatto che dall'atto invalido possano discendere (inizialmente, e semmai pure stabilmente) effetti costitutivi/modificativi/estintivi.

⁴⁴ Ci si riferisce in particolare agli artt. 21-*bis*, -*quater*, -*septies*, -*octies* e -*nonies*.

⁴⁵ G. PINO, *L'applicabilità delle norme giuridiche*, cit., p. 8, ad avviso del quale «l'applicabilità riguarda (...) le ragioni (...) in base alle quali una disposizione o una norma possono o devono essere usate».

⁴⁶ A ben riflettere, l'applicabilità proviene, non solo dall'assenza della consequenzialità immediata tra invalidità e inefficacia, ma anche da uno dei connotati propri del potere amministrativo: l'unilateralità, ossia l'irrelevanza del consenso del suo destinatario.

In secondo luogo, la disciplina rivolta a far accertare l'invalidità e dichiarare l'inefficacia funziona solo *ex post* rispetto all'applicazione dell'atto. Ci si riferisce alle disposizioni di natura giurisdizionale (ma pure giustiziale), le quali prescrivono che al fine di eliminare gli effetti dell'atto difforme il soggetto dotato di un interesse qualificato debba ottenerne l'annullamento. Pare evidente che un così organizzato "sistema di recupero" della consequenzialità logico-giuridica tra invalidità e inefficacia sia da intendere come fondamento positivo di applicabilità.

Insomma, il quadro normativo che regola la relazione tra il piano della invalidità e quello della inefficacia giustifica l'applicabilità dell'atto viziato (pure di quello nullo⁴⁷), fino a quando (eventualmente) sarà "giustiziato", il che lo renderà inapplicabile.

In un contesto regolatorio così congegnato, la disapplicazione ad opera del g.o. ben potrebbe fungere da presupposto di inapplicabilità dell'atto anche al di fuori del giudizio in cui l'illegittimità è stata accertata.

A ben vedere, non sembrano sussistere ragioni normative che giustificano la limitazione all'interno del solo processo degli effetti della disapplicazione⁴⁸. Una tale limitazione finirebbe per ridimensionare eccessivamente il ruolo (e i relativi poteri) del g.o.⁴⁹, con il risultato di imprimere una differenza ingiustificatamente troppo marcata tra la tutela assicurata dai due plessi giurisdizionali allorché si occupano dell'atto amministrativo.

⁴⁷ Che, ad avviso di chi scrive, è un atto applicabile al pari di quello annullabile. Per le relative ragioni sia consentito il rinvio ad A. DE SIANO, *Gli elementi essenziali dell'atto amministrativo. Contributo per una ridefinizione teorica della loro identificazione*, Napoli, ESI, 2018, p. 257 ss.

⁴⁸ Anche sotto questo profilo disapplicazione e annullamento sono tutt'altro che dissimili. Ed invero, neppure gli effetti (processuali e non) dell'annullamento sono disciplinati – ciò ha consentito alla giurisprudenza amministrativa di privarlo, al ricorrere di determinate condizioni, finanche degli effetti caducatori, dotandolo solo di forza conformativa (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755).

⁴⁹ Si priverebbe infatti la disapplicazione di una risonanza extraprocessuale che non è impedita da nessuna disposizione. Si è consapevoli del fatto che il "confinamento" processuale della disapplicazione sia autorevolmente sostenuto: ad es., A. ROMANO, *Disapplicazione di norme regolamentari (sfaccettature di un problema)?*, in AA.VV., *Impugnazione e "disapplicazione"*, cit., p. 115 ss., p. 128, ha ritenuto inopportuna l'attribuzione del potere di annullamento al g.o., in quanto la eliminazione del provvedimento sarebbe «misura sovradimensionata» rispetto al suo ruolo di tutelare il diritto soggettivo. Opinione, questa, che non sembra tuttavia basarsi su forti ragioni di diritto positivo.

In fondo, benché la sua cognizione riguardi i diritti soggettivi, anche al giudice civile è assegnato il compito di garantire l'affermazione del principio di legalità rispetto all'esercizio del potere amministrativo, altrimenti non avrebbe senso l'attribuzione del potere di disapplicazione. Al tempo stesso non pare avere un fondamento di diritto positivo il confinamento in sede processuale degli effetti provenienti dall'assolvimento di questo compito.

Spetta all'interprete indicare la strada per consentire la conformazione del piano sostanziale a quello processuale, che nel caso della disapplicazione è difficile da ottenere attraverso i percorsi tradizionali, ossia tramite l'ottemperanza e il riesercizio del potere, ciò a causa dell'incidentalità dell'accertamento, da un lato, e della discrezionalità dell'annullamento, dall'altro.

La strada che si propone di percorrere è quella di considerare la disapplicazione come un presupposto per devitalizzare, non solo in sede processuale, gli effetti dell'atto illegittimo, che resterebbe efficace, ma non applicabile (quantomeno) alle fattispecie identiche a quelle oggetto della sentenza in cui è stata accertata la sua difformità dalla legge.

Una non applicazione che pare presentarsi come un dovere giuridico, inducibile, per un verso, e più in generale, dal principio di legalità e dall'art. 3, co. 1, Cost.; per altro verso, e più in particolare, dalle disposizioni che, tipizzando la separatezza tra il piano della invalidità e quello della inefficacia, legittimano l'applicazione dell'atto invalido in assenza della verifica giurisdizionale.

Dovere che ricadrebbe in capo alla p.a. che ha emanato l'atto, "smarcandola" dalla discrezionalità prevista nell'art. 21-*nonies*, l. 241. Analogo dovere si configurerebbe in capo alle p.a. che si trovano a gestire il rapporto lavorativo sulla scorta dell'atto disapplicato proveniente da altra p.a.⁵⁰.

⁵⁰ Analogo dovere non pare ascrivibile in capo agli organi giurisdizionali diversi dal giudice che ha disapplicato. Si finirebbe per scontrarsi con l'art. 101, co. 2, Cost., disposizione che – come comunemente sostenuto – impedirebbe di riconoscere natura vincolante al precedente giudiziario. Tuttavia, estendere al comparto giurisdizionale il dovere di astenersi dall'applicazione dell'atto amministrativo disapplicato dal g.o. avrebbe una relativa utilità: se la p.a. adempisse a detto dovere il novero dei possibili interessati a ricorrere si ridurrebbe drasticamente (cfr. la nota 53), a maggior ragione se la non applicazione riguardasse solo le fattispecie future, lasciando inalterate le situazioni consolidate prima della sentenza.

A questa ipotesi ricostruttiva non sembrano essere di ostacolo né l'art. 63, che si limita a circoscrivere la cognizione del g.o. sull'atto amministrativo subordinandola alla rilevanza rispetto alla controversia; né il fatto che l'accertamento della illegittimità dell'atto, in quanto antecedente logico-giuridico del diritto oggetto del giudizio, rimarrebbe estraneo al giudicato, per la inapplicabilità sembrando sufficiente la verifica giudiziaria della difformità rispetto al dato normativo; né l'efficacia soggettiva della sentenza, l'assolutezza della cui delimitazione *ex art.* 2909 cc viene ad essere attenuata qualora la pronuncia abbia ad oggetto un atto normativo o generale.

La tesi proposta appare altresì non incompatibile con il modello di tutela tratteggiato dagli artt. 4 e 5, l. 2248/1865. Queste disposizioni si rivolgono tanto al giudice, quanto alla p.a.: vietano al primo di revocare o modificare un atto amministrativo, di cui non farà applicazione nella controversia soggetta alla propria cognizione; assegnano alla seconda il dovere di conformarsi al giudicato⁵¹.

A ben vedere, esse confermano i caratteri precedentemente tratteggiati del quadro regolatorio riguardante il rapporto tra invalidità e (in)efficacia, non essendo dunque in grado di alterare il regime giuridico dell'(in)applicabilità dell'atto amministrativo così come qui lo si è prospettato. D'altra parte, la limitazione «a conoscere degli effetti dell'atto (...) in relazione all'oggetto dedotto in giudizio» è rivolta al giudice, non alla p.a., alla quale non è impedito di «trascinare» le risultanze dell'accertamento del g.o. verso fattispecie diverse, benché del tutto analoghe, a quelle controverse⁵².

⁵¹ Sul controverso rapporto tra gli artt. 4 e 5 si v. E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, cit., p. 12 ss.

⁵² Benché si sia consapevoli delle ragioni che possono suggerire il mantenimento in vita di un atto illegittimo (cfr. la nota 33), non sembra scorretto sostenere che la non applicabilità degli atti amministrativi dichiarati in sede giurisdizionale difformi dalla legge costituisca un dovere a prescindere dall'esistenza di disposizioni che lo impongono espressamente, in quanto – lo si è prima accennato – diretta conseguenza del principio di legalità. In proposito E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, cit., p. 1, ricorda che prima dell'avvento dell'art. 5, l. 2248/1865, il principio secondo cui il giudice non dovesse applicare gli atti amministrativi illegittimi era già penetrato nella prassi giurisprudenziale – secondo l'affermazione di P.S. Mancini – «con la sola scorta ed autorità dei grandi principi».

L'opzione interpretativa suggerita sembra essere in grado di evitare il verificarsi dei paradossi della disapplicazione⁵³, ampliando lo spettro della tutela assicurata dal g.o. quando si trova a giudicare un atto amministrativo.

Il fatto che la verifica della legittimità di quest'ultimo venga condotta alla luce di una base concettuale e normativa del tutto comune comporta che i due modelli di tutela – senza dubbio diversi per tradizione, oggetto, struttura e tecniche – non possano produrre risultati ingiustificatamente diversi, vieppiù se il criterio di riparto della giurisdizione risulta essere incerto. A richiederlo sono molteplici esigenze ordinamentali, le quali necessitano che il complesso apparato processuale di protezione dell'individuo nei confronti della p.a. sia improntato alla coerenza sistematica.

5. Conclusioni

Giunti in fondo allo studio⁵⁴ la scelta metodologica di servirsi della disapplicazione come punto di osservazione della distribuzione del potere giurisdizionale in materia di lavoro pubblico privatizzato pare essersi rivelata felice.

L'analisi condotta ha permesso di accertare non solo che la disapplicazione non ha consentito al g.o. di raggiungere quell'ampiezza nella cognizione sull'atto che – in considerazione della formulazione dell'art. 63 – era lecito attendersi, ma pure che il suo utilizzo provoca dei veri e propri paradossi sul piano sostanziale.

Riflettere su questo potere ha rafforzato i dubbi a proposito della decisione del legislatore di concentrare presso la giurisdizione civile le controversie di lavoro con la p.a. Con ogni probabilità il mantenimento

⁵³ L'inapplicabilità dell'atto porterebbe effetti benefici tutt'altro che insignificanti: basti solo porre mente alla parità di trattamento per tutti i destinatari dell'atto, il che non li costringerebbe ad adire il g.o. a seguito della prima disapplicazione, ciò evitando anche il possibile insorgere di decisioni contrastanti.

⁵⁴ Studio che per ragioni di brevità risulta privo di un'adeguata riflessione su molte delle questioni teoriche coinvolte – tra le altre meriterebbero un'approfondita analisi: il rapporto tra la disciplina generale sulla disapplicazione (l. 2248/1865, All. E) e quella speciale di cui all'art. 63; la natura del potere di macro-organizzazione e della situazione soggettiva del lavoratore; la residua differenza tra le tecniche di tutela utilizzate per il sindacato sul potere pubblico e privato; l'ambito di efficacia delle pronunce giurisdizionali incidentali.

della giurisdizione esclusiva del g.a. avrebbe garantito risultati complessivamente più soddisfacenti.

Epperò la prospettiva prescelta si è dimostrata feconda anche per un'altra ragione.

Tentando di rendere maggiormente funzionante il sistema di tutela nei confronti degli atti amministrativi, la disapplicazione del g.o., ricostruita in maniera insolita rispetto alla tradizione, è apparsa dotata dei requisiti necessari per rimediare alle conseguenze della scelta legislativa.

Segnatamente nel pubblico impiego privatizzato⁵⁵, essa sembra avere tutte le potenzialità per costituire un efficace strumento di tutela nei confronti della p.a., con caratteristiche non troppo dissimili dall'annullamento, col quale – lo si è riferito a più riprese – condivide i presupposti (concettuali e normativi) per la verifica della legittimità dell'atto amministrativo.

Da questa coincidenza principia il contributo di Cannada Bartoli, il quale, nell'indagare natura e caratteri della disapplicazione, sottolinea che la sua teorica e quella dell'inapplicabilità rispondono ad una reale esigenza sistematica. Un'esigenza che a tutt'oggi persiste e che induce a sforzarsi di compiere una lettura evoluta della disapplicazione, in modo che la tutela assicurata dal g.o. nei confronti degli atti amministrativi sia più completa di quella attuale. E chissà che una ridefinizione concettuale della disapplicazione possa altresì contribuire al rasserenamento, quantomeno "settoriale", dei rapporti fra le due giurisdizioni.

⁵⁵ In cui, in ragione del dato normativo, è meno rilevante del solito porsi questioni sulla natura della situazione soggettiva oggetto del giudizio, la concentrazione della tutela dinanzi ad un solo giudice essendo dunque effettivamente possibile.

Table of contents and abstracts

Essays and Articles

The distorted reform of the Italian administrative constitution: the decree no. 165/2001 twenty years later (p. 291)

Stefano Battini

The legal provisions consolidated in the legislative decree n. 165/2001, and then continuously modified in the following years, express an ambitious project to reform the Italian administrative constitution. The reform intended to change the relationship between politics and administration, the balance between law and contract in the regulation of civil service employment and the very nature of this relationship. On retrospective assessment, however, the reform was distorted. It assumed public management that was more independent and more accountable for results. On the contrary, the administrative leadership is now subservient to politics and crushed under the weight of responsibility for violating the rules, developing a defensive attitude. The reform intended to entrust organisational structures to the law and the employment relationship to collective bargaining. Yet, this border line has been continually crossed and betrayed. The reform aimed to introduce private sector flexibility into the public sector. However, public flexibility has produced generalised promotions and stabilisation of non-permanent workers without open competition procedures. The reform was based on the principle of the unification of public and private work. Still, the latter's evolution in the sense of precariousness again distances the two sets of regulation.

The regulation of public management and employment twenty years after the approval of legislative decree no. 165/2001: the constant search for a stable solution (p. 337)

Alessandro Boscati

The essay retraces the twenty-year evolution of decree no. 165/2001 and the two core principles it is based on: the application of private law to employment relationship of civil servants and the functional distinction between politics and administration. Then the essay moves on to analyse the essential legal rules referring to the phases of establishment, performance

and termination of the employment relationship. The paper seeks to demonstrate that the aims of the first phase of the reform have been partly overturned during the last twenty years. The Parliament has approved many minor modifications of the statute aimed at restricting the scope of collective bargaining and the autonomy of management. It has also implanted principles deriving from the public law into a private law model, an alteration that blurred the boundary between the two domains, with repercussions not only on the theoretical level but also on the actual one. Therefore, it is necessary to rationalise some aspects of the regulatory regime.

An agenda for public employment reform in the digital age (p. 391)

Fabrizio di Mascio, Alessandro Natalini

Over the course of the 1990s the Italian public sector employment regime has been brought under the civil code. The norms established by a spate of decrees have been later collected into a consolidated text, legislative decree 165/2001. This decree drastically reduced the number of provisions in force with the aim of delimiting the scope of special rules that regulated the distinctive features of the public sector employment status. The “privatization” of public employment constituted a response to global “New Public Management - NPM” pressures that have suffered from an implementation gap in the Italian context. First, the article identifies the political and institutional factors behind this implementation gap. Second, it reviews the impact of Covid-19 on the Italian administrative system and considers whether the actions taken so far by public administrations are actually conducive to digital transformation. Third, it suggests how to use this Covid-19 induced experience in planning administrative modernization, including a digitally-enabled reconfiguration of work.

The open competition system and the speciality of the access to civil service (p. 417)

Barbara Gagliardi

The reforms adopted in Italy in the ‘90s have not changed the traditional public law nature of the rules that apply to civil service access. The courts have asserted the binding character of the principles of openness

and publicity for civil service entrance examinations as a tool to foster the constitutional principles of impartiality and good administration. (art. 97 Const.). Indeed, many attempts of elusion have been executed in these years, especially to privilege restricted categories of public officials. The same constitutional principles determine the essential characters of open competitions, and they explain the attribution of the judicial review to the administrative judge. It is possible to observe the same traits in the recruitment procedures adopted in other European legal systems (France, UK). However, critical observations frequently formulated in these systems are different: they especially underline the non-democratic character of these procedures, or, at least, their inadequacy in selecting minority groups.

Distinction between politics and administration: the two “centres of power” in the light and in the shadow of normative evolutions and application practices (p. 449)

Daniela Bolognino

The political-administrative distinction has been characterized in these twenty years of Legislative Decree no. 165/01 by a fluctuating boundary, with the coexistence of physiological interactions and pathological interferences between these two centres of power. The article highlights both the growing dialectic between politics and top management in the definition of strategic objectives, also by the Eurocentric dimension of economic-financial planning; and some pathological interferences, such as the oversizing of fiduciary institutions and the improper expansion of “guarantee buffer institutions” for management, especially in terms of remuneration. The paper makes a case for a new intervention aimed to correct the situation in the light of the experience of recent years, also taking more into account the multilevel dimension of the constitutional structure.

Twenty years after the civil service code: the main critical issues in the relationship between politics and administration (p. 467)

Simone Neri

Twenty years after the complete reformulation of civil service statutory rules, the relationship between politics and administration still seems un-

certain, as it is positioned in a cone of shadow that leads to tensions and malfunctions. Based on this premise, this paper aims to account for this relational dynamic and its most recognisable criticalities. We will try to focus, in brief, on the critical aspects of a system that has not succeeded, both on the legislative and on the administrative level, in outlining an adequate model that has been able to combine the democratic principle with the administrative impartiality principle. Therefore, the text will highlight the main problematic issues on the subject, also proposing some specific corrective measures in order to create a system within which administrative management can be more autonomous from political leadership and the latter can focus on defining objectives and strategic directions.

Between administrative organization and employment relationships. The (collective bargaining) agreement between politics and administration, twenty years later (p. 483)

Marco Ragusa

The paper deals with the relationship between collective bargaining and administrative organisation and describes the evolution of legislation in the last twenty years. The analysis focuses on the role taken by national and integrative collective bargaining in defining the relationship between politics and administration. The contractual rules relating to the managerial positions and managers' organisational powers are examined to draw the path taken so far by the law.

Codes of conduct for civil servants: the tension between private and public regulation in the wake of public employment reforms (p. 499)

Francesco Merenda

The article starts from a brief excursus on the transformations that the codes of conduct have undergone, following the reforms that have taken place since the nineties up to the current version, which provides several innovative factors and various problematic elements. Subsequently, the paper focuses on the two issues that negatively affect the efficiency of the discipline of codes of conduct: firstly, the

overlap between some contractual obligations and behavioural duties; secondly, the problematic application of the disciplinary liability for the typification of sanctions due to the difficult coexistence between the statutory rules and collective bargaining rules and to inherent factors of the disciplinary procedure itself. The final paragraph of the paper stresses the crucial and necessary function of the administrative codes.

Enhancing of merit and public employment: fragments of an obstacle course along an endless path? (p. 517)

Marcello Salerno

Public administration reforms are marked by legislative choices that aim to enhance the “output” as a parameter for the civil servants’ compensation and career progression. The purpose is to promote efficiency and effectiveness in administrative operations and, ultimately, strengthen the merit principle. This principle has constitutional recognition, and it is often quoted by both the legislator and constitutional court. The paper aims to bring out these aspects and verify the consistency of the regulatory framework concerning the principle of merit, and outline what dynamic form the balance between this principle and other constitutional objectives takes.

Managerial liability before civil courts (p. 535)

Cristiano Celone

This paper makes a case for the “contractual-publicist” nature of the managerial liability regime, although this matter lies within the scope of civil courts’ jurisdiction. Even though the law assigns civil courts the role in deciding disputes regarding potential infringement of public managers claims, these should be considered legitimate expectations (public law) and not rights (civil law). Except for the recovery of the executive jurisdiction of the administrative court, if the administration refuses to fulfil the civil judgment and the public manager spontaneously appeals for compliance, rather than (or together with) the civil one of forced execution.

Smart working and public employment after the Madia law: what prospects? (p. 553)

Antonietta Lupo

The paper traces the historical-regulatory evolution of agile working as an alternative and flexible employment relationship in the public sector. The intent is to think about the possibility that agile working will rise to the ordinary way of carrying out work tasks, well beyond the conclusion of the current emergency due to the Covid-19 pandemic. The direction suggested by the legislator, with the establishment of the Organizational Plan for agile working and the consequent prescription of the obligation to draw up this document by January 31 of each year, seems to push towards a broader and more concrete implementation of the institute. However, the adoption of this innovative organizational approach to human resources implies a cultural change and calls for an overall rethinking of the current regulatory and contractual regulation of work employed by public administrations, which has become, in some respects, now obsolete.

The management of the local authorities between law, local autonomy and collective bargaining (p. 569)

Mario Cerbone

Twenty years after the issue of legislative decree no. 165/2001, an analysis on managerial work in local authorities continues to retain interest for two reasons. Firstly, an interpretative settlement on the division of power between national and local governments has not yet been reached; secondly, because of the undoubted urge offered by the recent signing of the collective bargain of local government civil servants. The essay aims to outline the juridical-organizational physiognomy of the local management and its connections with the constitutional case law. The intersection of the regulations gives the interpreter a regulatory framework that is not only lacking but at times ambiguous, slightly “integrable” with the current directions of the autonomy of local authorities.

Redefining the non-application of administrative decisions doctrine. Reflections on public employment and civil jurisdiction (p. 593)

Ambrogio de Stano

One of the most significant elements in the attempt to concentrate all public-employment disputes within civil courts' jurisdiction is the power of non-application of administrative decisions: its use can guarantee civil servants complete protection despite the involvement of the administrative decision. However, the undoubted procedural benefits have ended up obscuring the adverse effects that the application of the non-application doctrine generates on a substantial level, as it undermines the principle of legality. Nevertheless, it does not seem impossible to avoid these effects when interpreting the law. Thus, the paper seeks to redefine the non-application doctrine in original terms so that the decision to concentrate the protection of civil servants in a single jurisdiction does not translate into a lack of protection against administrative decisions.

Autori

Stefano Battini

Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi della Tuscia

Daniela Bolognino

Avvocato, Docente di "Contabilità pubblica" presso la LUISS Guido Carli di Roma e Docente di "Responsabilità amministrativa e legislazione anticorruzione" presso l'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale

Alessandro Boscato

Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Milano "La Statale"

Cristiano Celone

Professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Palermo

Mario Cerbone

Ricercatore confermato di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi del Sannio

Ambrogio De Siano

Professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

Fabrizio Di Mascio

Professore associato di Scienza politica presso l'Università degli Studi di Torino

Barbara Gagliardi

Professoressa associata di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Torino

Antonietta Lupo

Professoressa associata di Diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Messina

Francesco Merenda

Dottorando di ricerca in "Legalità, culture politiche e democrazia" presso l'Università degli Studi di Perugia

Alessandro Natalini

Professore ordinario di Scienza politica presso l'Università LUMSA di Roma

Simone Neri

Dottore di ricerca in "Diritto ed Impresa" presso la LUISS Guido Carli di Roma, Vice Capo di Gabinetto del Ministro per i rapporti con il Parlamento

Marco Ragusa

Professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Palermo

Marcello Salerno

Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi "A. Moro" di Bari

— Criteri editoriali —

Istituzioni del Federalismo pubblica contributi scientifici sulle autonomie territoriali, espressione di diverse aree disciplinari, con una naturale preferenza per l'ambito giuridico e politico. IdF accetta solo contributi originali inediti. In base a specifici accordi con l'Autore e in casi particolari potranno essere pubblicati anche lavori già editi o in corso di pubblicazione in altra sede, fatto salvo apposito richiamo in nota da parte dell'Autore. Si accettano contributi redatti su file di testo in italiano, inglese, spagnolo, francese, che verranno pubblicati in lingua originale. Una volta accettato, il lavoro è coperto dal *copyright* della Rivista e non può essere riprodotto senza autorizzazione.

Criteri di revisione. Tutti i contributi da pubblicare sono sottoposti ad una doppia revisione effettuata direttamente dai componenti del Comitato Scientifico oppure affidata a esperti esterni individuati dallo stesso Comitato Scientifico, che resta comunque l'organo competente a decidere in via definitiva sulla pubblicazione o meno di un articolo. La revisione è effettuata attraverso il metodo del referaggio anonimo a "doppio cieco" (che esclude la conoscenza reciproca tra Autore e *referees*) al termine del quale viene comunicato all'Autore l'esito della valutazione. Per i contributi redatti da Autori individuati dal Comitato scientifico almeno uno dei due referaggi sarà comunque anonimo. I principali criteri per la selezione dei contributi sono: rigore e coerenza metodologica; struttura e impianto dell'articolo; originalità e no-

vità dell'apporto scientifico; fondatezza delle argomentazioni a sostegno della tesi; correttezza/completezza delle fonti e della bibliografia.

La Rivista si divide in varie Sezioni, articolate in Saggi e articoli, Note e commenti, Osservatorio regionale, Letture e segnalazioni.

Saggi e articoli. La parte prevalente della Rivista è dedicata alla pubblicazione di saggi e articoli che pervengono spontaneamente alla Rivista oppure vengono commissionati *ad hoc* ad Autori individuati dal Comitato scientifico. Questi contributi hanno una dimensione orientativa compresa tra le 20.000 e le 70.000 battute, note a piè di pagina e spazi inclusi, e devono essere corredati da un *abstract*.

Note e commenti. In questa sezione vengono pubblicati contributi più brevi, commenti a fonti normative, note a sentenza. Ai fini della pubblicazione i contributi, di dimensione di norma non eccedente le 40.000 battute, vengono valutati secondo un criterio di attualità del tema trattato e di attinenza agli argomenti di interesse della Rivista.

Osservatorio regionale. La sezione è dedicata a rassegne di giurisprudenza, legislazione regionale, analisi di buone prassi territoriali, notizie provenienti dalla Unione europea e altre notizie tratte dai materiali pubblicati on-line sul sito della Regione Emilia-Romagna e sul sito della Rivista.

Letture e segnalazioni. In questa sezione si pubblicano recensioni a lavori monografici e segnalazioni bibliografiche.

Presentazione

SAGGI E ARTICOLI

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

Stefano Battini

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

L'agenda di riforma del lavoro pubblico nell'era digitale

Fabrizio Di Mascio, Alessandro Natalini

Il principio del pubblico concorso e l'insuperabile specialità del reclutamento nelle pubbliche amministrazioni

Barbara Gagliardi

Una visione multilivello della distinzione tra politica e amministrazione: i due "centri di potere" alla luce e all'ombra delle evoluzioni-involuzioni normative e delle prassi applicative

Daniela Bolognino

Le principali criticità nel rapporto tra politica e amministrazione a vent'anni dal "Testo Unico" del pubblico impiego

Simone Neri

Tra organizzazione degli uffici e rapporto di lavoro. Il contratto (collettivo) tra politica e amministrazione, vent'anni dopo

Marco Ragusa

I codici di comportamento dei dipendenti pubblici: la tensione tra la disciplina privatistica e quella pubblicistica nel solco delle riforme del pubblico impiego

Francesco Merenda

La valorizzazione del merito nel pubblico impiego: frammenti di un percorso a ostacoli lungo un sentiero senza fine?

Marcello Salerno

La responsabilità dirigenziale al cospetto del giudice ordinario

Cristiano Celone

Lavoro agile e pubblico impiego dopo la legge Madia: quali prospettive future?

Antonietta Lupo

La dirigenza degli enti locali tra legge, autonomia normativa e contrattazione collettiva

Mario Cerbone

Ridefinendo la disapplicazione. Spunti di riflessione su lavoro pubblico e giurisdizione ordinaria

Ambrogio De Siano

ISBN 978-88-498-7024-4



9 788849 870244

€ 35,00

 Regione Emilia-Romagna