

Quaderno della Rivista  
Diritti Lavori Mercati

16



# Il lavoro pubblico in trent'anni di riforme

*a cura di*

UMBERTO GARGIULO  
ANTONELLO ZOPPOLI

Editoriale Scientifica

*Il volume è stato finanziato dal Dipartimento di Giurisprudenza  
dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II" e si inserisce nelle attività  
della School of Public Management della medesima Università*

© Copyright ottobre 2024

Editoriale Scientifica s.r.l.  
Via San Biagio dei Librai, 39  
80138 Napoli

ISSN 1722-7666

**Premessa**

- 13 UMBERTO GARGIULO, ANTONELLO ZOPPOLI

**sezione prima**

**Sulla privatizzazione**

- 17 RENATO BRUNETTA  
*La Pubblica Amministrazione tra bilancio e rilancio*
- 27 GIANFRANCO D'ALESSIO  
*Le ragioni e il valore della contrattualizzazione del lavoro pubblico*
- 35 ALESSANDRO GARILLI  
*La pianificazione strategica delle risorse umane: note critiche*
- 45 BERNARDO GIORGIO MATTARELLA  
*Norme generali e norme speciali nella disciplina del pubblico impiego*
- 51 SILVANA SCIARRA  
*Il lavoro pubblico "privatizzato" nella giurisprudenza costituzionale*
- 59 ANTONIO VISCOMI  
*Appunti per una discussione sul processo di riforma del lavoro pubblico*
- 67 ANTONELLO ZOPPOLI  
*Sul nocciolo duro (ma incompiuto) della "privatizzazione" del lavoro pubblico*

**sezione seconda**

**Sulle relazioni sindacali**

- 85 MARIA DOLORES FERRARA  
*Le relazioni sindacali in trent'anni di riforme del lavoro pubblico*

- 121 ANNA ALAIMO  
*Note sparse sul rapporto fra contrattazione integrativa e contrattazione nazionale e sulla partecipazione nei contratti di comparto*
- 133 MARCO BARBIERI  
*Le relazioni sindacali nel lavoro pubblico contrattualizzato: una discussione con Maria Dolores Ferrara*
- 143 GAETANO NATULLO  
*Contrattazione e partecipazione nel lavoro pubblico: interessi, funzioni, regole*

**sezione terza**

**Sul rapporto di lavoro**

- 153 ALESSANDRO RICCOBONO  
*Le metamorfosi del lavoro pubblico a trent'anni dalla privatizzazione: reclutamento, inquadramenti, estinzione*
- 183 ANNA ZILLI  
*Il rapporto di lavoro: poteri dell'amministrazione e obblighi del lavoratore*
- 217 STEFANO BATTINI  
*La crisi del concorso pubblico e le prospettive del PNRR*
- 241 FRANCA BORGOGELLI  
*Le contraddizioni nella disciplina del Codice di comportamento*
- 253 GUIDO CAPALDO  
*L'implementazione dei sistemi professionali basati sulle competenze per la gestione strategica delle risorse umane nella PA*
- 263 MADIA D'ONGHIA  
*Le politiche di genere in trent'anni di riforma della PA tra successi e obiettivi ancora mancati*
- 277 VINCENZO FERRANTE  
*Riforma del lavoro pubblico e poteri datoriali: trenta anni di incomprensioni*
- 293 LUIGI FIORILLO  
*La flessibilità in entrata: quadro di sintesi per una proposta di efficientamento*
- 307 UMBERTO GARGIULO  
*Il rapporto di lavoro pubblico dopo trent'anni: contratto, specialità e tentativi di ripubblicizzazione*

- 315 VINCENZO LUCIANI  
*La disciplina dei licenziamenti individuali tra pubblico e privato: dalla omogeneità alla specialità*
- 325 SANDRO MAINARDI  
*Il licenziamento disciplinare nelle pubbliche amministrazioni ed il regime di tutela: sono davvero le Colonne d'Ercole della privatizzazione?*
- 341 VITO PINTO  
*Concorsi pubblici e professionalità del dipendente*
- 351 CARLO ZOLI  
*I poteri del datore di lavoro pubblico tra interesse pubblico e contratto*

#### **sezione quarta**

##### **Sulla dirigenza**

- 363 PASQUALE MONDA  
*La dirigenza pubblica tra amministrazione e politica*
- 405 ALESSANDRO BOSCATI  
*La dirigenza pubblica e la responsabilità dirigenziale di risultato*
- 421 DOMENICO MEZZACAPO  
*Disciplina della dirigenza ed equilibrato dosaggio di fonti regolatrici a trent'anni dalle riforme: incarichi dirigenziali e spoils system*
- 433 GABRIELLA NICOSIA  
*Le dirigenze nel trentennale della riforma del lavoro pubblico: evoluzioni e involuzioni nel modello*
- 447 PAOLO PASCUCCI  
*Tra politica e amministrazione. Il caso dell'individuazione del datore di lavoro per la sicurezza sul lavoro*
- 457 PAOLO RICCI  
*La dirigenza pubblica italiana: brevi considerazioni economico-aziendali*
- 467 CARLA SPINELLI  
*Parità di genere e contrasto alla violenza sulle donne: nuove sfide per il manager pubblico*

**Riflessioni conclusive**

- 479 MARIO RUSCIANO  
*Racconto di un “vissuto giuridico”*
- 495 FIORENZO LIGUORI  
*Il pubblico impiego dal diritto amministrativo al diritto del lavoro: viaggio di andata (e ritorno?)*
- 505 LORENZO ZOPPOLI  
*Le metamorfosi del lavoro pubblico in trent’anni di riforme: tra sterili miti e mostri fecondi*
- 519 *Notizie sugli autori*
- 523 *Abbreviazioni*

\* Gli scritti che seguono scaturiscono dal Convegno napoletano *Le metamorfosi del lavoro pubblico in trent’anni di riforme (1993-2023)* del novembre 2023 – di cui si dirà meglio nella Premessa – che ha avuto come base quattro relazioni, dedicate al rapporto di lavoro (due), alle relazioni sindacali e alla dirigenza. Gli scritti corrispondenti aprono, rispettivamente, seconda, terza e quarta parte di questo Quaderno. La prima parte invece, riprendendo la fase iniziale dell’incontro di Napoli, è dedicata, anche qui a mo’ di introduzione, al fenomeno della c.d. privatizzazione in generale e ai tratti caratterizzanti le riforme del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Come il Convegno, infine, il Quaderno si chiude con riflessioni conclusive, rivolte, in una “fisiologica” provvisorietà, più che a porre fine, a riaprire la discussione.

# table of contents\*

## Foreword

- 13 UMBERTO GARGIULO, ANTONELLO ZOPPOLI

## section I

### On Privatization

- 17 RENATO BRUNETTA  
*Public Administration within the Framework of Outcome and Revitalization*
- 27 GIANFRANCO D'ALESSIO  
*Reasons and Value of the 'Contractualization' of Public Employment*
- 35 ALESSANDRO GARILLI  
*Strategic Human Resource Planning: Critical Notes*
- 45 BERNARDO GIORGIO MATTARELLA  
*Overview of General Regulations and Specific Provisions in Public Employment Regulations*
- 51 SILVANA SCIARRA  
*Analysis of 'Privatized' Public Work in Constitutional Jurisprudence*
- 59 ANTONIO VISCOMI  
*Notes for a Discussion on the Public Employment Reform Process*
- 67 ANTONELLO ZOPPOLI  
*On the Hard (but Incomplete) Core of 'Privatization' of Public Employment*

## section II

### On Trade Union Relations

- 85 MARIA DOLORES FERRARA  
*Union Relations in Thirty Years of Public Employment Reforms*

- 121 ANNA ALAIMO  
*Insights on the Interplay Between National and Supplementary Collective Bargaining, and Participation in Sectoral Agreements*
- 133 MARCO BARBIERI  
*Union Relations in ‘Contractualized’ Public Employment: a Discussion with Maria Dolores Ferrara*
- 143 GAETANO NATULLO  
*Analysis of Bargaining and Participation in Public Employment: Interests, Functions, and Rules*

**section III**

**On Employment Relationship**

- 153 ALESSANDRO RICCOBONO  
*The Metamorphoses of Public Employment Thirty Years after Privatization: Recruitment, Job Classifications, and Termination Processes*
- 183 ANNA ZILLI  
*Powers of the Public Administration and obligations of the Employee within the Employment Relationship*
- 217 STEFANO BATTINI  
*The Crisis of Public Competition and NRRP Perspectives*
- 241 FRANCA BORGOGELLI  
*Contradictions in the Code of Conduct Regulations*
- 253 GUIDO CAPALDO  
*Implementation of Competence-based Professional Systems for Strategic Human Resource Management in Public Administration*
- 263 MADIA D’ONGHIA  
*Gender Policies in Three Decades of Public Administration Reform: Assessing Achievements and Unfulfilled Objectives*
- 277 VINCENZO FERRANTE  
*Public Employment Reform and Employer Powers: a Relationship Full of Misunderstandings*

- 293 LUIGI FIORILLO  
*Flexible Entry in Public Employment: a Comprehensive Framework for and Efficiency Proposal*
- 307 UMBERTO GARGIULO  
*Analysis of the Public Employment Relationship after Thirty Years: Contract, Speciality, and Attempts at Re-publicization*
- 315 VINCENZO LUCIANI  
*The Discipline of Individual Dismissals between Public and Private: from Homogeneity to Speciality*
- 325 SANDRO MAINARDI  
*Disciplinary Dismissal in Public Administration and Associated Protection Measures: are they the Pillars of Hercules of Privatization?*
- 341 VITO PINTO  
*Public Competitions and Employee Professionalism*
- 351 CARLO ZOLI  
*Powers of the Public Employer in Balancing Public Interest and Contractual Obligations*

#### section IV

##### On the Management

- 363 PASQUALE MONDA  
*Public Management within the Spheres of Administration and Politics*
- 405 ALESSANDRO BOSCATI  
*Public Management and Managerial Accountability for Outcomes*
- 421 DOMENICO MEZZACAPO  
*Management Discipline and the Diverse Legal Sources Three Decades Post-Reform: Managerial Appointments and Spoils System*
- 433 GABRIELLA NICOSIA  
*Management Practices in the Thirtieth Anniversary of Public Employment Reform: Evolution or Involution of the Model*
- 447 PAOLO PASCUCCI  
*Between Politics and Administration. Case Study on Identifying the Employer for Workplace Safety*

- 457 PAOLO RICCI  
*Brief Economic and Business Considerations on Italian Public Management*
- 467 CARLA SPINELLI  
*Gender Equality and the Prevention of Violence Against Women: New Challenges for Public Managers*

### Concluding Remarks

- 479 MARIO RUSCIANO  
*Narrative of a 'Lived Legal Experience'*
- 495 FIORENZO LIGUORI  
*The Evolution of Public Employment from Administrative to Labour Law: a One-Way Journey or a Round Trip?*
- 505 LORENZO ZOPPOLI  
*The Metamorphoses of Public Employment over Three Decades of Reforms: Navigating between Unproductive Myths and Fertile Monsters*
- 519 *Authors' information*
- 523 *Abbreviations*

\* The writings that follow stem from the Neapolitan Conference The metamorphosis of public work in thirty years of reforms (1993–2023) held in November 2023 – to be further detailed in the Foreword – which was based on four reports addressing employment relationships (two), trade union relations and management. The corresponding writings open, respectively, the second, third and fourth parts of this *Quaderno*. The opening section, mirroring the Conference's initial phase, is an introduction. It explores the broader phenomenon of 'privatization' and examines the defining characteristics of labour reforms within public administrations. This book concludes with observations that follow the conference's structure. These are presented not as definitive conclusions but as provisional insights designed to stimulate ongoing dialogue.

## Umberto Gargiulo, Antonello Zoppoli

Quando agli inizi degli anni Novanta del secolo scorso la riforma del pubblico impiego vide la luce era assai diffusa, se non pressoché unanime, la convinzione della sua necessità. In quel passaggio storico molto importante per il nostro Paese – segnato da noti eventi di grande rilievo – il lavoro presso le amministrazioni pubbliche era divenuto una delle maggiori voci della spesa pubblica e, al contempo, la sua disciplina era considerata ricca di irrazionalità e disfunzioni (a cominciare dalle fonti), quindi tra le cause principali di una generale insoddisfazione circa l’operato delle stesse amministrazioni. In breve, l’estensione di regole e dinamiche proprie del “lavoro privato” era sentita come ormai matura, anzi necessaria.

Beninteso, la discussione su peculiarità e adattamenti dell’estensione, anche rilevanti, non è mai mancata, e pure in quella fase era di sicuro presente, ma i dubbi circa il passaggio dell’impiego pubblico dal diritto amministrativo al diritto del lavoro erano pochi, soprattutto tra i giuslavoristi e, più in generale, tra chi seguiva da tempo regole e prassi delle organizzazioni e del lavoro nell’area pubblica.

Piuttosto vi era la consapevolezza che il percorso per l’implementazione delle nuove regole, per la loro interiorizzazione, più in generale per la diffusione di un’adeguata e innovativa cultura dell’organizzazione non sarebbe stato né breve né semplice. Probabilmente, tuttavia, non si è lontani dal vero affermando che, al più, pochi immaginassero che la riforma sarebbe andata incontro davvero a molte tappe, *stop and go*, contraddizioni, passaggi a vuoto e anche all’indietro; accanto pure a messe a punto e miglioramenti necessari per porre rimedio ad ambiguità, incertezze e lacune, almeno in parte inevitabili, comunque non poche né marginali, presenti sin dalla prima versione dell’intervento riformatore.

Nell'occasione dei suoi trent'anni era quanto mai opportuno cercare di capire il più possibile la strada compiuta, negli sviluppi e negli attuali approdi. Soprattutto perché, a mo' di contrappasso rispetto alla rammentata, sostanziale convergenza di valutazioni che ne aveva accompagnato le origini, il trentennale registra molte e discordanti opinioni, anche su aspetti fondanti.

La discussione, ancor più se viva e intensa, è naturalmente un motore inesauribile di crescita; eppure – è cosa nota – in ogni percorso occorre dotarsi di almeno una bussola per non disperdere energie, acquisire consapevolezze, affrontare ostacoli e anche guardarsi dal passato che vuol tornare, specie quando l'itinerario non è breve. Va da sé che, per la riforma dell'impiego pubblico, ciò valeva e vale anche di più considerando, per un verso, le strutturali e consistenti difficoltà da affrontare, *in primis* prassi e comportamenti sedimentati nel tempo, per altro verso la partita in gioco, decisiva per le sorti del Paese e ormai da troppo tempo irrisolta.

In questa logica, con i Maestri e i Colleghi della Scuola napoletana, abbiamo invitato studiosi di varie età e diverse discipline, prevalentemente ma non solo giuridiche, insieme a protagonisti (con vesti differenti) della riforma, a partecipare al convegno organizzato, il 29-30 novembre 2023, dalle Università Federico II e Parthenope di Napoli, con la *School of Public Management* della stessa Federico II e questa *Rivista*, nonché con il patrocinio dall'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale, sul tema “*Le metamorfosi del lavoro pubblico in trent'anni di riforme (1993-2023)*”: con l'obiettivo principale, come accennavamo, di mettere a fuoco – attraverso il confronto tra diversi approcci, competenze, sensibilità, visuali – se e in che misura gli intenti originari, tra le vere o presunte “trasformazioni” di questi tre decenni (ripubblicizzazione, ibridazione, rilegificazione, specialità, disciplina speciale e si potrebbe continuare), siano, nonostante tutto, ancora attuali e quali, eventualmente, i punti fermi, comunque consolidati, che definiscono una linea di non ritorno e, quindi, pilastri o pietre su cui continuare a costruire.

Dal nostro punto di vista, il principale metro di valutazione non può che essere quello del giurista: certo, consapevole, da un lato, che gli spazi per l'indagine e la riflessione giuridica sono ampi, pure talvolta assai ampi, non però illimitati; dall'altro lato, che realtà ed esperienza, con tutte le abituali insidie epistemologiche (dove l'imprescindibile apporto interdisciplinare), costituiscono, sì, costanti e ineludibili piani innovativi di ri-

ferimento, tuttavia anch'essi tracciano non trascurabili direzioni di marcia. E per il giurista, se il dialogo tra interpreti e operatori è strutturalmente indispensabile al fine di riempire inevitabili vuoti e incertezze della trama normativa in aderenza alla realtà e ai suoi mutamenti, al contempo è opportuno, anzi necessario, non allontanarsi da questo composito e fecondo *proprio* punto di vista.

I trent'anni della riforma del lavoro pubblico richiedevano, per una costruttiva riflessione al riguardo, un'adeguata occasione. Noi non potevamo non adoperarci per renderla possibile. Le pagine che seguono, originate dal menzionato convegno, consentiranno al lettore di giudicarne gli esiti.

Napoli, luglio 2024



# sezione prima

## Sulla privatizzazione

**Renato Brunetta**

La Pubblica Amministrazione tra bilancio e rilancio

SOMMARIO: **1.** Tempo di bilanci. **2.** Modernizzare la P.A. **3.** Il ruolo del Cnel.

### *1. Tempo di bilanci*

Ringrazio il professor Mario Rusciano, amico di lunga data, e il professor Lorenzo Zoppoli entrambi figure centrali nello studio del lavoro pubblico nel nostro Paese. Li ringrazio non solo per il gradito invito a partecipare alle vostre giornate di studio, ma anche per la costanza e l'impegno che hanno mostrato in tutti questi anni nel monitorare, con competenza e puntualità, le metamorfosi del lavoro pubblico.

Per chi come me è stato a lungo impegnato nella progettazione delle riforme del lavoro pubblico, conoscendone ostacoli, potenzialità, nodi e contraddizioni, è senza dubbio un momento atteso e prezioso quello del bilancio delle numerose iniziative avviate negli ultimi trent'anni dal Legislatore e di questo va dato atto ai promotori di questa prestigiosa e importante iniziativa che, in un certo senso, colma una lacuna nella riflessione scientifica sulle riforme del lavoro in Italia. Non è fuori luogo ricordare che quest'anno ricorrono i 20 anni della legge Biagi, mentre lo scorso anno sono stati i 25 anni della legge Treu. Non si può certo dire che il numero, davvero esorbitante, di analisi e contributi "preventivi" che hanno accompagnato queste riforme, con toni il più delle volte critici e prevenuti, siano stati anche solo lontanamente avvicinati dai pochi momenti di riflessione scientifica ex post dedicati a un necessario tentativo di bilancio in merito al funzionamento e al reale impatto di queste leggi.

L'assenza di una cultura della valutazione e di strumenti di monitoraggio

adeguati e condivisi è certamente uno dei gravi limiti del riformismo italiano e una spiegazione del continuo proporsi di riforme e controriforme che lasciano poi poche tracce nei processi organizzativi reali e nei comportamenti degli attori interessati (dirigenza, sindacato, personale) proprio per l'assenza di un effettivo radicamento e di una disponibilità a valutarne le effettive dinamiche in una prospettiva di medio e lungo periodo. Pensiamo solo alla applicazione del lavoro agile nel settore pubblico dove, alla contrapposizione abbastanza radicale tra favorevoli e contrari, non ha mai fatto seguito un vero processo di valutazione delle controverse sperimentazioni in atto soprattutto rispetto ai bisogni e alle esigenze di cittadini e imprese che sono un fattore essenziale al pari dei desiderata dei lavoratori che non possono essere però l'unico punto di vista da prendere in considerazione nella pianificazione ed organizzazione del lavoro presso le amministrazioni pubbliche.

Condivido pertanto il taglio e lo spirito della vostra iniziativa che nel porre attenzione alle metamorfosi del lavoro pubblico in trent'anni di riforme adotta la giusta prospettiva della valutazione e del bilancio non solo per analizzare il passato del lavoro pubblico ma anche per guardare in modo costruttivo e propositivo al futuro. La grande lezione della storia è infatti che le leggi non parlano mai attraverso le intenzioni e i buoni propositi del Legislatore e dei processi di comunicazione pubblica (nel nostro Paese purtroppo molto divisivi) che le accompagnano, ma sempre attraverso i processi culturali e gli assetti organizzativi che sono riusciti a imprimere e sviluppare nella realtà dei luoghi di lavoro, in questo caso del lavoro pubblico.

Pensiamo solo al delicato tema dell'assenteismo; un vero e proprio tabù e nodo storico del lavoro nel settore pubblico quando decisi di affrontarlo con decisione nel corso della mia prima esperienza come Ministro della funzione pubblica, che oggi assume una prospettiva del tutto nuova alla luce della emergenza sanitaria, della diffusione del lavoro da remoto e dell'impatto sulla efficienza del settore pubblico dei processi di invecchiamento della popolazione (compresa la popolazione lavorativa nelle amministrazioni pubbliche) con la conseguente esplosione di varie forme di malattie croniche e di condizioni di vulnerabilità e fragilità lavorativa che spingono oggi, finalmente, a una maggiore responsabilizzazione di dirigenza e lavoratori nella fruizione della sospensione del rapporto di lavoro per malattia. Un imponente cambiamento sociale, che già allora mi pareva di intuire in chiave di valorizzazione della professionalità e responsabilità del dipendente pubblico ben oltre la sterile polemica dei "fannulloni della PA" che tanto ha agitato

il dibattito politico e sindacale del tempo, e che porta oggi a comprendere le ragioni più profonde di una sfida culturale, prima ancora che normativa ed organizzativa, rispetto al ruolo che la Costituzione assegna tanto al dipendente pubblico quanto allo Stato rispetto al soddisfacimento dei bisogni di cittadini e imprese.

Tutto questo lo si trova oggi nell'ultimo grande "patto sociale" sottoscritto nel nostro Paese e cioè nel Patto per l'innovazione del lavoro pubblico e la coesione sociale del 10 marzo 2021 tra Governo Draghi e Cgil, Cisl, Uil che si proponeva di affrontare con le migliori competenze professionali e qualità umane le imponenti sfide che stiamo vivendo (cambiamento tecnologico, transizione ecologica, invecchiamento demografico), sempre al servizio di comunità, cittadini e imprese, in momenti di emergenza, di ricostruzione e rilancio grazie alle risorse e potenzialità purtroppo ancora largamente inespresse del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza che trova nelle pubbliche amministrazioni il proprio baricentro istituzionale ed organizzativo.

## 2. *Modernizzare la P.A.*

Il ruolo della Pubblica Amministrazione, quale motore di sviluppo e anche di coesione sociale, è in questo senso centrale: soltanto la semplificazione dei processi amministrativi e un massiccio investimento in capitale umano possono aiutare ad attenuare le disparità storiche tra Nord e Sud, il dualismo tra settore pubblico e settore privato, curare le ferite nuove legate allo shock della pandemia e dare risposte efficaci ed efficienti al sistema Paese e, quindi, ai suoi cittadini. In quest'ottica sono indispensabili misure e piani mirati che guardino alla stabilità e all'aumento della occupazione e alla valorizzazione professionale del lavoro pubblico.

Ed è proprio su questa visione che nel 2008, con il Governo Berlusconi IV, presentai le mie linee programmatiche nell'ambito di un vero e proprio "piano industriale" per la modernizzazione della Pubblica amministrazione. Un piano che si concretizzò con la legge delega 4 marzo 2009 n. 15, finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e all'efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni. Da lì si pose la base di un cambiamento radicale della macchina pubblica. Le parole chiave di quella riforma si rintracciano nello schema metodologico pro-

posto da Albert Hirschman: *Exit, Voice and Loyalty*, ovvero rimediare all'assenza, nel sistema pubblico, della "segnaletica" dei prezzi presente nel settore privato e agire su tre leve:

I. favorire la scelta tra una pluralità di fornitori di servizi d'interesse collettivo, anche uscendo dai confini del perimetro pubblico

II. riconoscere la critica costruttiva e dare a tutti l'opportunità e il diritto di veder ascoltata la propria voce, perché essenziale alla revisione dei processi e dell'organizzazione pubblica;

III. accrescere progressivamente la credibilità dei servizi pubblici e della burocrazia dimostrando, nei fatti, affidabilità e lealtà verso cittadini e imprese.

E con il d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150 introducemmo per la prima volta l'obbligo di misurazione e valutazione della performance, l'accessibilità totale delle informazioni sul funzionamento della macchina amministrativa, la programmazione degli obiettivi e meccanismi di valutazione del merito.

Gli obiettivi di ottimizzazione della produttività e dell'efficienza del lavoro pubblico, ma anche la trasparenza delle pubbliche amministrazioni risiedono nella l. 15/09 con cui si cercava di imprimere una svolta nelle dinamiche organizzative del lavoro pubblico rispetto alle note criticità a più riprese denunciate dagli addetti ai lavori anche in termini di superamento di taluni insuccessi registrati negli anni con l'applicazione del d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29: l'eccessiva "ipercontrattualizzazione" del rapporto di lavoro e della gestione della organizzazione, la debolezza della dirigenza, la valutazione parziale riferita esclusivamente alla dirigenza, la contrattazione autoreferenziale avevano generato una gestione del personale ancora più costosa e rigida rispetto alle necessità di riforma del settore pubblico e agli obiettivi del legislatore degli anni Novanta. Da qui lo sforzo verso un miglioramento della efficienza e della efficacia delle procedure di contrattazione collettiva; il tentativo di introdurre effettivi e corretti sistemi di valutazione del personale e delle strutture; l'affermazione della trasparenza nella organizzazione del lavoro e nei sistemi retributivi; la valorizzazione del merito e la definizione di un sistema più rigoroso di responsabilità dei dipendenti pubblici.

Il tema è tornato di straordinaria attualità durante il Governo di Mario Draghi, chiamato alla guida del Paese anche per scrivere il PNRR e orientare la ricostruzione italiana dopo la pandemia secondo le grandi transizioni individuate e finanziate dal Next Generation EU: digitale e ambientale. Un compito, quello di redigere il PNRR, su cui si era arenato l'Esecutivo Conte 2 e che invece è stato portato a termine da Draghi e dai suoi mini-

stri, me compreso. Per questo ho potuto riprendere il filo della riforma della Pubblica amministrazione, riconosciuta nel PNRR come “orizzontale”, perché trasversale a tutte le sei Missioni del Piano e determinante per migliorare l’equità, l’efficienza, la competitività e il clima economico del Paese.

Questa volta, a tredici anni di distanza, ho illustrato le mie linee programmatiche come l’ABCD, il nuovo alfabeto per modernizzare la PA:

- “A” come Accesso;
- “B” come Buona amministrazione e semplificazioni;
- “C” come Capitale umano;
- “D” come Digitalizzazione (affidata, quest’ultima, alle mani esperte di Vittorio Colao).

La riforma non è stata concepita come un unico grande intervento con lunghi tempi di attuazione, ma come una serie di “strappi”, di cambiamenti dirimpenti.

Nei 20 mesi del Governo Draghi, gran parte dell’ABCD è stata realizzata, persino in anticipo rispetto al cronoprogramma negoziato con la Commissione UE, compreso il giudizio molto generoso della Presidente von der Leyen espresso in occasione del discorso di apertura del 120° anniversario dell’Università Bocconi, lo scorso 7 dicembre 2022: “(..) Ma oltre a realizzare investimenti senza precedenti, Next Generation EU ha anche promosso alcune riforme fondamentali che gli italiani attendevano da decenni, tra cui quella della pubblica amministrazione (..) Come dici tu, Mario, le riforme sono il motore dell’economia italiana. Possono davvero dare impulso alla vostra ripresa”.

Perché il rilancio della Pubblica Amministrazione si costruisce investendo sulle risorse umane: il nostro compito è accompagnare le sfide per il giusto riconoscimento di chi con merito lavora quotidianamente al servizio dello Stato e nelle articolazioni di tutte le Pubbliche Amministrazioni. Il Patto per la coesione sociale è stato pertanto costruito su alcuni pilastri fondamentali delle nuove relazioni di lavoro al fine di dare efficacia conclusiva alla stagione di rinnovi contrattuali: ingresso di nuove generazioni di lavoratrici e lavoratori; valorizzazione delle persone nel lavoro; percorsi di crescita e costante aggiornamento professionale; riavvio della stagione contrattuale sia ai fini della stipulazione del contratto collettivo nazionale quadro sia rispetto a comparti e aree di contrattazione collettiva sia con riferimento ai singoli comparti e aree; implementare gli istituti di welfare contrattuale,

anche con riguardo al sostegno alla genitorialità e al contrasto dei fattori di vulnerabilità.

Si tratta di iniziative e riforme che ben conoscete perché le avete studiate con attenzione, evidenziando punti di forza ed elementi di criticità, e che sono oggetto delle vostre giornate di studio.

### 3. *Il ruolo del Cnel*

Da questo specifico punto di vista non credo allora che competa direttamente a me esporre i contenuti e le linee portanti delle riforme (non solo legislative ma anche organizzative e culturali) che ho promosso durante il mio periodo di guida politica del Ministero della funzione pubblica.

Come uomo delle istituzioni abituato a guardare al futuro penso più utile soffermarmi, prima dei saluti finali e degli auguri di buon lavoro, su quello che ancora posso fare oggi, nella mia posizione di Presidente del Cnel. Una istituzione preziosa tanto nel disegno storico tracciato dalla Carta costituzionale quanto nelle successive riforme (promosse, è bene ricordarlo, da Sergio Mattarella, relatore della legge del 1986) che hanno affidato al Cnel compiti di valutazione delle dinamiche contrattuali e del mercato del lavoro non certo a fini di semplice studio e monitoraggio scientifico, quanto per elaborare documenti istituzionali “messi a disposizione delle Camere, del Governo, delle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro e degli enti ed istituzioni interessati, quale base comune di riferimento a fini di studio, decisionali ed operativi” (art. 17, co. 6, l. 30 dicembre 1986 n. 936), tali da consentire di pervenire, attraverso «un esame critico dei dati disponibili e delle loro fonti, (alla) elaborazione di risultati univoci sui singoli fenomeni» (art. 10, co. 1, lett. c), l. 936/86).

Da questo punto di vista ho dato mandato proprio in questi giorni alla Commissione dell'informazione, nel varare il programma di consulenza, il compito di rendere effettivo il precetto legislativo di cui all'art. 10-bis della l. 936/1986 (introdotto dalla l. 4 marzo 2009 n. 15), sin qui disatteso, secondo cui il Cnel “predispone (...) una relazione annuale sullo stato della contrattazione collettiva nelle pubbliche amministrazioni con riferimento alle esigenze della vita economica e sociale”. Non posso non ricordare al riguardo che tra le finalità della riforma del 2009 vi fosse, con specifico riferimento alla contrattazione integrativa, il tentativo di riassu-

mere il controllo dei flussi di spesa parametrando su obiettivi di moderazione salariale e di rispetto delle finalità che la Costituzione assegna all'attore pubblico, finalizzando l'erogazione dei premi al merito effettivo e secondo criteri realmente selettivi. Bene il richiamo a un convinto rilancio della contrattazione collettiva anche nelle materie dell'organizzazione del lavoro ma questo è sostenibile solo se davvero riusciremo ad avviare anche in Italia una rigorosa cultura della valutazione e del monitoraggio soprattutto in quelle sedi come il Cnel che dovrebbero essere il luogo della mediazione e della condivisione degli elementi di valutazione che soli possono consentire poi un ordinato e lungimirante sviluppo di processi decisionali basati sui fatti e non sui pregiudizi.

Lo stesso vale l'altro prezioso strumento che la legge affida al Cnel in materia di lavoro pubblico attraverso la "Relazione annuale sui livelli e la qualità dei servizi erogati dalle pubbliche amministrazioni centrali e locali alle imprese e ai cittadini" in attuazione della l. 15/09. Una previsione normativa finalizzata alla ottimizzazione della produttività e qualità del lavoro pubblico e della efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni.

Con la nuova consiliatura intendiamo adottare una nuova metodologia per la misurazione della efficienza e dei risultati delle pubbliche amministrazioni grazie alla definizione di un set di indicatori che si realizzerà di concerto con le organizzazioni presenti nel Cnel e il contributo del neo istituito "Forum permanente per la cultura del consumo responsabile e sostenibile". In particolare la Relazione dovrà rappresentare l'occasione per la valorizzazione dei dati e delle attività anche oggetto degli accordi interistituzionali, consentendo al Cnel di acquisire ulteriori fonti documentali utili per specifici focus settoriali e territoriali su servizi pubblici di elevato interesse da parte di consumatori e utenti. In tale contesto uno studio specifico potrà essere rivolto all'esame dei bisogni primari segnalati dalla Commissione parlamentare di inchiesta sulle condizioni di sicurezza e sullo stato di degrado delle città e delle loro periferie istituita dalla Camera dei Deputati e dello stato di attuazione delle conseguenti linee di azione proposte, anche in collaborazione con la Conferenza Stato-Città e autonomie locali. Analogamente, in via prioritaria, ulteriori temi settoriali di possibile approfondimento ai fini dell'analisi della qualità delle prestazioni offerte potrà essere quello dei servizi residenziali – di vecchia e nuova generazione – offerti alla popolazione anziana – suggerita dalla fase di start up della l. 23 marzo 2023 n. 33 e dalle misure attuative previste dal PNRR – e degli asili nido e degli altri servizi

integrativi per l'infanzia, inclusi quelli previsti in attuazione della l. 28 agosto 1997 n. 285, pure oggetto di un significativo investimento programmato sempre nell'ambito del PNR.

La previsione normativa in questione, peraltro ad oggi ancora parzialmente inapplicata in quanto priva dell'effettivo svolgimento della Conferenza sull'attività compiuta dalle PP.AA., che costituisce fase qualificante nel processo di *stakeholder engagement* che dovrebbe caratterizzare tale strumento pure contemplato dalla l. 15/2009, costituisce uno degli strumenti di più efficace impatto e di maggiore rilevanza ai fini del riaccreditamento reputazionale del Cnel nel suo complesso, oltre che, ovviamente rispetto all'intima connessione da ripristinarsi e rendere sempre più solida con il sistema degli enti locali, le forme di rappresentanza formale e informale dei portatori di interessi e anche con mondo accademico e della ricerca che voi così autorevolmente rappresentate.

Nel salutarvi e ringraziarvi ancora per l'invito mi auguro di cuore che il Cnel possa già dal prossimo anno, con il rapporto sulle dinamiche della contrattazione collettiva nel settore pubblico rispetto alle esigenze della vita economica e sociale e con la relazione sui livelli e la qualità dei servizi erogati dalle pubbliche amministrazioni contribuire ad iniziative come la vostra; iniziative preziose perché si fanno carico non solo di accompagnare le riforme in sede di elaborazione e progettazione tecnica, ma anche di valutarne poi gli effetti alla luce dei dati di fatto che, se ricostruiti ed esaminati sulla base di parametri oggettivi e condivisi, sono poi l'elemento decisivo per concorrere a garantire qualità e lungimiranza delle scelte che competono al decisore politico.

### **Abstract**

Il contributo esamina le più recenti riforme in materia di lavoro nella pubblica amministrazione. L'A. evidenzia sia i risultati raggiunti sia gli ambiti in cui si rendono ancora necessarie iniziative e interventi.

The contribution examines the most recent labor reforms in public administration. The author highlights both the results achieved and the areas where further initiatives and interventions are still necessary.

### **Keywords**

Lavoro pubblico, riforme, risultati.

Public employment, reforms, achievements.



## **Gianfranco D'Alessio**

### **Le ragioni e il valore della contrattualizzazione del lavoro pubblico**

È fuor di dubbio che l'elemento caratterizzante la riforma del pubblico impiego realizzata con la l. 23 ottobre 1992 n. 421, e il d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, sia costituito dal ruolo centrale attribuito alla fonte contrattuale, sia per quanto riguarda l'instaurazione del rapporto fra amministrazione e singolo dipendente, sia per ciò che attiene alle relazioni collettive.

Appare, pertanto, convincente la posizione di chi qualifica l'innovazione allora intervenuta nel quadro normativo come contrattualizzazione, piuttosto che come privatizzazione, anche in ragione del carattere generico e plurivoco di questo secondo termine, con il quale si fa riferimento a vicende e istituti fra loro assai diversi, molti dei quali hanno poco o nulla a che vedere con la modificazione del regime giuridico dei rapporti di lavoro nel settore pubblico, e che può ingenerare o, quantomeno, ha ingenerato all'epoca dell'approvazione della legislazione in questione l'idea fallace che con essa si sia prodotta una piena omologazione fra lavoro pubblico e lavoro privato.

È vero che il d.lgs. 29/93 – con una formula poi riprodotta nel d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 – all'art. 2, co. 2 (prima parte), stabilisce che i rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni – fatta eccezione per le categorie individuate nell'art. 3 – sono disciplinati dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa: ma, sicuramente, all'interno di questa trasformazione in senso privatistico il perno della svolta impressa alla storia della regolazione del lavoro pubblico va individuato nel passaggio da un assetto basato su atti unilaterali di natura pubblicistica ad uno incentrato su atti di tipo negoziale.

Ciò, peraltro, senza dimenticare il trasloco nell'area privatistica anche degli atti unilaterali di gestione del rapporto di lavoro e (dopo le modifiche

apportate al testo del d.lgs. 29/1993 con i decreti attuativi della l. 15 marzo 1997 n. 59, e riportate nel d.lgs. 165/01) di quelli di micro-organizzazione.

Le ragioni che hanno ispirato i provvedimenti legislativi del 1992-1993 sono note, ma forse può essere opportuno ricordarle rapidamente, per collocare le scelte allora effettuate dal legislatore con la legge delega, e recepite nel decreto legislativo attuativo, nel contesto delle vicende della normazione sui dipendenti delle pubbliche amministrazioni di quegli anni e del periodo antecedente.

La genesi e la gestazione di questa normativa sono state piuttosto complesse: le radici vanno ricercate in situazioni risalenti nel tempo, e in particolare in iniziative riconducibili in larga misura all'impulso dei sindacati, che hanno trovato riscontro o si sono intersecate con una serie di interventi legislativi. Bisogna partire dagli anni 1968-1969, caratterizzati da un forte dinamismo nell'azione delle organizzazioni dei lavoratori, che partendo dal settore industriale si riverbera anche nell'impiego pubblico, nel quale acquisiscono uno spazio e un ruolo progressivamente crescente i sindacati confederali; il tema della introduzione della negoziazione del rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti, posto con forza da essi, comincia ad avere un primo riconoscimento in leggi settoriali degli anni Settanta, e poi nella legge quadro 29 marzo 1983 n. 93. Ma è nel periodo a cavallo degli anni Ottanta e degli anni Novanta che si moltiplicano iniziative di varia natura (progetti di istituti di ricerca legati alle confederazioni sindacali, disegni di legge parlamentari e governativi, commissioni e gruppi di lavoro ministeriali, ecc.) che, andando oltre i limiti e le ambiguità della legge del 1983, pongono il tema del passaggio ad un regime di impianto privatistico centrato sulla contrattazione.

Dietro la spinta dei sindacati – e di quanti li sostengono nel dibattito politico e culturale – perché si giunga a tale soluzione c'è la volontà di superare la storica frattura del mondo del lavoro fra pubblico e privato: una questione, evidentemente, di rilievo generale, ma che si rifletteva e si traduceva in una contrapposizione vissuta anche nella quotidianità.

Questa motivazione, ad un certo punto, si incrocia con quelle che inducono il primo governo Amato – chiamato a confrontarsi con una situazione gravemente critica della finanza pubblica, per la quale cerca risposte di ordine strutturale e di prospettiva che vadano al di là dell'emergenza – a convergere con la linea incarnata dai sindacati, individuando nella contrattualizzazione del rapporto di lavoro la soluzione per far fronte all'irrazionalità della frantumata legislazione prodotta per venire incontro alle istanze di cor-

porazioni e associazioni espressione di singole categorie o gruppi di impiegati pubblici, e per rendere più razionale e trasparente la spesa per il personale. Si arriva così all'approvazione della l. 421/92, che per la parte relativa al pubblico impiego viene attuata con il d.lgs. 29/93.

Comunque, al di là delle intenzioni e delle finalità che ne ispiravano i promotori e gli artefici, è indiscutibile che questi provvedimenti legislativi diano corpo ad una vera riforma strutturale dell'ordinamento del personale pubblico (che merita di essere qualificata come tale, a differenza di altre iniziative, anche importanti, ma prive del respiro, dell'ampiezza e dell'incidenza che dovrebbero essere proprie di un intervento riformatore): dopo si sono avute modifiche rilevanti – sia sotto il profilo quantitativo che sotto quello qualitativo – e animate da finalità diverse, ma tutte interne all'impianto originario, che non è stato messo in discussione neanche da chi rilevava e rileva limiti e difetti gravi nella contrattualizzazione.

In effetti nel recente passato si sono moltiplicate, e continuano tuttora a manifestarsi, voci critiche che ritengono la contrattualizzazione un errore o un fallimento, un evento inutile se non dannoso, che non solo non avrebbe corretto, ma in certa misura avrebbe addirittura peggiorato i difetti del sistema precedente.

In realtà, bisogna distinguere, in proposito, la posizione di quanti fin dall'inizio avevano avvertito la riforma da quella di coloro i quali inizialmente l'avevano sostenuta o, comunque, guardata con interesse, ma poi sono stati delusi dagli esiti che essa ha avuto una volta passati dalle previsioni normative alla realtà applicativa e attuativa: è soprattutto con le osservazioni dei secondi che occorre fare i conti, in quanto non si tratta dell'espressione di opinioni affette da pregiudizi ideologici o "ontologici", ovvero da nostalgia per una pregressa età dell'oro che non è mai esistita, ma della rilevazione e messa in evidenza di criticità che essi colgono nell'utilizzazione degli strumenti privatistico-contrattuali per la gestione delle risorse umane delle amministrazioni.

Queste posizioni hanno a loro sostegno argomenti sicuramente significativi: ma occorre chiedersi se questo debba condurre a dare ragione ai nemici o ai disillusi della contrattualizzazione.

È innegabile che la contrattazione nel settore pubblico, non in quanto tale ma per come si è concretamente realizzata nel tempo, abbia evidenziato elementi patologici, in ragione degli atteggiamenti assunti dai suoi attori diretti e da quelli dietro le quinte (a cominciare dall'autorità politica). Non a

caso, gli strali dei critici più avvertiti non sono stati indirizzati in linea di principio contro le norme che hanno previsto l'assoggettamento a regole contrattuali degli elementi costitutivi del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici, bensì contro le cattive pratiche che, si afferma, ne hanno spesso caratterizzato l'attuazione.

Si tratta, però, di valutare se queste diagnosi negative si debbano necessariamente tradurre in una prognosi infausta sulla possibilità di porre rimedio ai mali che hanno fin qui afflitto l'esperienza della contrattazione nel lavoro pubblico: con la conseguenza che quest'ultima, che ha da poco tempo ripreso vita dopo aver superato lo stato comatoso prodotto dalla normativa, introdotta all'inizio dello scorso decennio, che ne aveva a lungo impedito lo svolgimento fisiologico (andando incontro alla censura da parte della Corte costituzionale con la sentenza 24 giugno 2015, n. 178), debba essere destinata ad una inevitabile eutanasia.

Ebbene, sia consentito esprimere una difficoltà a condividere queste sentenze di condanna senza appello della revisione radicale delle norme sul pubblico impiego avviata all'inizio degli anni Novanta del secolo scorso, in quanto inficiata e travolta da prassi che fin qui avrebbero impedito e anche in futuro irrimediabilmente impedirebbero il conseguimento degli obiettivi che con tale revisione ci si proponeva di realizzare.

Si ritiene di poter affermare, infatti, che nonostante tutto rimangano valide le ragioni che portarono a quella riforma (ricomposizione della separazione del lavoro pubblico da quello privato, eliminazione della cattiva legislazione corporativa e clientelare, razionalizzazione e trasparenza della spesa), e che sia assai difficile, oltre che poco realistico, immaginare e costruire valide soluzioni alternative ad essa per il governo e la gestione del personale amministrativo.

Guardiamo al nodo fondamentale delle fonti. Quale è l'alternativa alla fonte contrattuale? Non può che essere la fonte normativa: non a caso le differenze di impostazione fra quanti negli anni sono intervenuti a proporre e porre in essere modifiche al regime definito con il d.lgs. 165/01 si sono manifestate, di volta in volta, attraverso il restringimento o l'allargamento dello spazio di intervento della legge (e degli altri atti normativi) rispetto a quello del contratto.

Quindi, chi partendo da un giudizio negativo o, quanto meno, problematico sulla validità e l'utilità della contrattualizzazione suggerisce, esplicitamente o implicitamente, la cancellazione o la riduzione del ruolo della

contrattazione nei fatti propone di attribuire, o restituire, un peso più importante alla legge, anzi alle leggi: in proposito l'uso del plurale è quanto mai d'obbligo, perché anche oggi, come prima del 1992, il panorama del lavoro pubblico è occupato – e la cosa si è progressivamente aggravata negli ultimi anni – da una costellazione fitta (ma assai poco luminosa) di leggi e leggine. Se si tagliasse fuori la contrattazione, o se la si confinasse in un ambito di intervento drasticamente limitato, la tendenza all'espansione e alla moltiplicazione incontrollata delle norme in materia di personale degli apparati pubblici non potrebbe che svilupparsi ulteriormente, con gli esiti che possiamo immaginare sul piano dei costi, della corporativizzazione, del clientelismo, della politicizzazione e, in ultima istanza, della riduzione del livello di efficienza delle amministrazioni e della qualità dei servizi da esse prestati.

Si perderebbe, tra l'altro, quel nesso fra dimensione della gestione dei rapporti di lavoro e assetti dell'organizzazione che è uno dei dati di fondo della riforma di trent'anni fa: senza dimenticare, ovviamente, la lezione secondo la quale in principio ci sono le funzioni, cioè le attività che le amministrazioni devono porre in essere per soddisfare gli interessi della collettività, e alle quali si devono conformare gli assetti strutturali degli apparati pubblici e la utilizzazione delle risorse delle quali questi si avvalgono, a cominciare da quelle umane.

La contrattazione può, e potrà ancor meglio in futuro, se ben gestita e utilizzata, costituire un argine contro gli effetti di disordine prodotti dalla bulimia legislativa: quindi, va visto sostanzialmente con favore – nonostante qualche forzatura rilevabile nell'approvazione della disposizione – l'approdo al quale è pervenuta con il d.lgs. 25 maggio 2017 n. 75, la tormentata vicenda della formulazione dell'art. 2, co. 2 (seconda parte), del d.lgs. 165/01.

Pertanto, sarebbe opportuno evitare di congetturare su un palingenetico ritorno all'antico sistema pubblicistico di disciplina del personale fondato sulla supremazia speciale, per il quale del resto non sembrano esserci (anche a volerlo valutare positivamente) le condizioni minime di concreta realizzabilità. Andrebbe invece sviluppata, restando nell'ambito del modello privatistico-contrattuale, una riflessione – già, del resto, avviata da tempo – sui correttivi da apportare ai meccanismi negoziali quali attualmente stabiliti dalle norme generali sul lavoro pubblico e, soprattutto, sulla necessità di imprimere una svolta (anche se non è agevole stabilire in che modo e con quali strumenti) nel *modus operandi* dei protagonisti.

Non va, oltretutto, trascurato il fatto che se l'esperienza della contrattazione nel settore del lavoro pubblico probabilmente non è stata tale da soddisfare le aspettative di chi l'aveva voluta e sostenuta, anche perché spesso ha riprodotto difetti di metodo e di contenuti della precedente disciplina, non possono e non debbono, però, esserne disconosciuti i meriti nell'introdurre miglioramenti nelle forme di gestione delle risorse umane delle amministrazioni e nell'adeguare la regolazione dei vari istituti al mutare dei tempi e delle esigenze: è difficile negare, infatti, che essa abbia prodotto significative innovazioni disciplinando anche materie ignorate o sottovalutate nel regime precedente, ed abbia collocato anche istituti tradizionali in un'ottica nuova e di maggiore coerenza e organicità (basti pensare, per fare un solo esempio, al riordino delle classificazioni professionali nell'ultima tornata negoziale).

Né può essere dimenticato che la contrattazione nel settore pubblico presenta nella sua costruzione e conformazione elementi di maggiore razionalità rispetto a quella del settore privato: il riferimento è, ovviamente, alle regole sulla rappresentatività sindacale, ma anche ad altri istituti, come quelli sul raffreddamento della conflittualità.

Comunque, al di là delle valutazioni di merito sui "prodotti" della contrattazione, essa si presenta indiscutibilmente come un meccanismo più trasparente rispetto alla confezione di leggi e leggine nei corridoi parlamentari e nelle stanze dei ministeri. Anzi, ciò che rischia continuamente di inquinarla è proprio l'incrocio e la sovrapposizione con interventi del legislatore: ancora oggi, quello che crea confusione e incertezza nelle amministrazioni non è la contrattazione ma, come detto, il diluvio di atti normativi farraginosi e contraddittori.

Quindi, la contrattualizzazione, con tutti i suoi limiti, non è stata un errore o un fallimento. Non solo non andrebbe eliminata (una prospettiva che in ogni caso, come detto, appare assai poco realistica), ma andrebbe consolidata e riqualificata.

Questo riguarda principalmente, come detto, il comportamento dei protagonisti della vicenda. In sintesi, il sindacato dovrebbe occuparsi della contrattazione (ai vari livelli), utilizzandola per correggere la cattiva legislazione invece di contribuire alla produzione di quest'ultima. E la politica (anche se questo è un auspicio di difficile realizzazione) dovrebbe evitare di fabbricare una legislazione fondata su spinte corporative e settoriali e finalizzata alla ricerca di un consenso a breve termine, e preoccuparsi, invece, di programmare e indirizzare l'azione amministrativa creando le condizioni normative, tecniche e finanziarie perché questa possa svolgersi proficuamente.

Se è vero che la contrattazione in passato ha in più occasioni debordato dai suoi confini naturali, è ancor più vero che oggi essa rischia, al contrario, di essere soffocata da una produzione normativa ipertrofica e di cattiva qualità: un giudizio, questo, condiviso anche, se non in primo luogo, dai critici più autorevoli della contrattualizzazione e dei suoi esiti, i quali sono gli stessi che non si stancano di denunciare gli errori e gli orrori della legislazione pregressa e attuale.

Quindi, è auspicabile che, lungi dal contestarne il valore e la funzione, scaricando su di essa responsabilità per scelte compiute in altre sedi, si recuperi e si garantisca uno spazio adeguato per una contrattazione più consapevole, nella quale ognuno deve svolgere il proprio ruolo, senza ambiguità e forzature, contro i mali di una legislazione che non riesce mai ad emanciparsi dai suoi vizi congeniti quando si occupa di personale pubblico.

### **Abstract**

La contrattualizzazione è l'elemento fondamentale della riforma degli anni 1992-1993, finalizzata ad avvicinare la regolazione del lavoro nel settore pubblico a quella del settore privato. L'adozione del regime privatistico-contrattuale ha dato luogo a valutazioni critiche, non prive di fondamento, specie in ordine agli esiti della sua applicazione. Però il modello imperniato sulla contrattazione merita di essere conservato e riqualificato, perché, pur non avendo corrisposto pienamente alle aspettative dei suoi promotori ed artefici, ha comunque apportato novità positive rispetto al passato, e soprattutto perché se venisse cancellato il lavoro pubblico ritornerebbe nelle mani di una legislazione confusa, occasionale e clientelare.

Contractualization is the fundamental element of the reform of the years 1992-1993, aimed at bringing the regulation of work in the public sector closer to that of the private sector. The adoption of the private-contractual regime has given rise to critical evaluations, not unfounded, especially with regard to the results of its application. However, the model based on collective bargaining should be preserved and redeveloped, because, despite not having fully corresponded to the expectations of its promoters and creators, it has nevertheless brought positive innovations compared to the past, and above all because if it were canceled public employment would return to the hands of a confusing, occasional and clientelistic legislation.

### **Keywords**

Pubblico impiego, riforma, contrattualizzazione, fonti legislative, contratti collettivi.

Public employment, reform, contractualization, legislative sources, collective agreements.

**Alessandro Garilli**

## La pianificazione strategica delle risorse umane: note critiche

SOMMARIO: **1.** Le inefficienze del modello di privatizzazione. **2.** I provvedimenti attuativi del PNRR: la metrica delle competenze. **3.** La nuova regolamentazione del reclutamento. **4.** La riforma degli ordinamenti professionali nella legge, nelle linee guida ministeriali e nella contrattazione: nodi problematici.

### 1. *Le inefficienze del modello di privatizzazione*

L'idea di ricondurre il pubblico impiego a regole comuni al lavoro privato, mantenendo dei caratteri di specialità laddove necessari per garantire il rispetto dei principi costituzionali nella materia, ha risposto all'esigenza di modernizzazione delle p.a., per renderla attraverso il formante privatistico in grado di soddisfare gli interessi della collettività con azioni rivolte al perseguimento degli obiettivi secondo i canoni di efficienza ed efficacia. Si deve riconoscere, invero, che la riforma ha consentito il superamento delle incrostazioni del modello pubblicistico che aveva prodotto un apparato burocratico autoreferenziale, separato dal settore privato e poco sensibile alla domanda di diritti sociali riconosciuti dalla Costituzione<sup>1</sup>. Tuttavia, il progetto riformista non è stato esente da critiche: tralasciando quelle che hanno contestato in radice il paradigma della contrattualizzazione<sup>2</sup>, legittimato dalla Corte costitu-

<sup>1</sup> ZOPPOLI L., *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, in ZOPPOLI L. (a cura di) *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, 2009, p. 15 ss.; GARILLI, *Il tormentato percorso della privatizzazione*, in NAPOLI, GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo*, Cedam, 2013, p. 11 ss.

<sup>2</sup> CASSESE, *Il sofisma della privatizzazione del pubblico impiego*, in RIDL, I, 1993, p. 317.

zionale<sup>3</sup>, la più persuasiva è stata ravvisata nell'aver ritenuto l'assetto del personale variabile indipendente dalle funzioni dell'organizzazione<sup>4</sup>, o per meglio dire, la riforma del lavoro pubblico non è stata inserita in un progetto di trasformazione complessiva del sistema, che risulta diversificata per funzioni e dimensioni organizzative. Essa infatti è stata edificata sul paradigma dell'amministrazione centrale, senza peraltro intervenire sulle sue debolezze strutturali e sulla sua resistenza alle istanze di decentramento, e ha vincolato le regioni e gli enti locali che ai suoi principi devono adeguarsi senza tenere conto del canone di sussidiarietà verticale e delle differenze di sistema e di funzioni. Si è così confermato il "modello postunitario di amministrazione centrale, da rendere replicabile, con adeguamenti, in tutto il sistema". Con la conseguenza che, invece di dotare gli enti locali, che sono più direttamente al servizio dei cittadini, di strumenti adeguati a realizzare "moderne politiche pubbliche" rispondenti ai bisogni sociali, è calata dall'alto una serie di confusi e pletorici adempimenti formali, che hanno imbrigliato l'azione amministrativa, specie nei piccoli comuni privi di adeguate risorse umane e di assistenza alla digitalizzazione<sup>5</sup>. A questo vizio di origine della riforma hanno poi fatto seguito incertezze e fasi di discontinuità, il blocco della contrattazione collettiva e delle assunzioni, nonché (soprattutto) prassi distorte ascrivibili in buona parte alle resistenze al cambiamento da parte degli organi di indirizzo politico-amministrativo, di quelli preposti alla gestione e dei sindacati. È mancata infine la consapevolezza che il cambiamento non può "realizzarsi attraverso processi meramente normativi, di legge e anche di contrattazione collettiva. Una simile concezione ha portato a non investire adeguatamente nella innovazione delle strutture organizzative, oltre

<sup>3</sup> C. Cost. 25 luglio 1996 n. 313, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), che supera l'interdipendenza tra esercizio di potestà pubbliche e stato giuridico di diritto pubblico dei dipendenti affermata nella sentenza n. 68 del 1980.

<sup>4</sup> GIANNINI, *In principio sono le funzioni*, in AC, 1957, p. 11 ss.; RUSCIANO, *Giannini e il pubblico impiego*, in RTDP, 2000, p. 1111 ss.; MERLONI, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in DP, 2009, p. 57 ss.

<sup>5</sup> MERLONI, *Il d.lgs. n. 165 del 2001 e l'organizzazione delle competenze professionali dei funzionari pubblici*, in DA, 2022, p. 359 ss.; SAVINO, *Le riforme amministrative: la parabola della modernizzazione dello stato*, in RTDP, 2015, p. 641 ss. Cassese, *Dall'impiego pubblico al lavoro con le pubbliche amministrazioni: la grande illusione?*, in GDA, 2013, p. 317 e la testimonianza in *Il lavoro pubblico nel quadro delle riforme amministrative*, in <https://www.federica.eu/federica-pro/trentanni-di-riforme/Federica-per-la-PA>.

che nel personale che le deve gestire. Inoltre ha fatto dimenticare che la innovazione non può essere realizzata solo dal centro ma deve procedere con esperienze e per tentativi diffusi nei territori, anche se questi richiedono di essere coordinati con interventi nazionali”<sup>6</sup>. Tuttavia va riconosciuto che “l’osteoporosi burocratica non è patologia irreversibile ... negli apparati pubblici ci sono vitalità e risorse importanti e persino conosciute, attive, operative: Si tratta di sostenerle e potenziarle con un’azione tenace, realistica, paziente, continua”<sup>7</sup>.

## 2. *I provvedimenti attuativi del PNRR: la metrica delle competenze*

L’occasione e la necessità di risolvere distorsioni e inefficienze delle pubbliche amministrazioni si prospetta nel 2020 quando il Paese per gestire la triplice emergenza, sanitaria, economica e sociale ottiene un robusto finanziamento nell’ambito delle risorse del Next Generation EU. L’indicazione degli obiettivi e degli investimenti che si intendono realizzare, contenuti nel PNRR approvato dal Consiglio dei ministri nel luglio 2021, indica la riforma della pubblica amministrazione – sollecitata negli ultimi anni più volte dalle autorità dell’Unione europea – come innovazione strutturale dell’ordinamento, indispensabile per l’attuazione dello stesso piano, e anche per l’impatto strutturale che è in grado di determinare sulla crescita economica di lungo periodo. Le misure programmate riprendono le indicazioni contenute nella legge del 2015 e nel Patto per l’innovazione del lavoro pubblico e la coesione sociale del 10 marzo 2021; alla loro base c’è l’esigenza di allestire una nuova strumentazione che fornisca alle amministrazioni la capacità di pianificazione strategica delle risorse umane, considerata la più importante leva del cambiamento delle p.a., e quindi sono incentrate sulla riforma dei meccanismi di selezione del personale, sul ricambio generazionale, sulle competenze dei dipendenti, sulla digitalizzazione<sup>8</sup>. E, grazie alla

<sup>6</sup> TREU, *PNRR e investimenti nelle amministrazioni pubbliche*, Relazione al Convegno svoltosi a Palermo, nei giorni 10-11 febbraio 2023, sul tema: *La privatizzazione del pubblico impiego trent’anni dopo*, p. 11 del dattiloscritto.

<sup>7</sup> ZOPPOLI L., *Riformare ancora il lavoro pubblico? L’“ossificazione” delle pubbliche amministrazioni e l’occasione post-pandemica del p.o.l.a.*, in *LPA*, 1, 2021, p. 3 ss.

<sup>8</sup> GIANNELLI, *Il cammino delle riforme della pubblica amministrazione nella svolta pragmatica del PNRR*, in *Studi urbani*, V. 72, n. 3-4 (2021) <https://journals.uniurb.it/index.php/studi-A/article/view/3254>.

ricca dotazione finanziaria, vengono attuate nell'ultimo triennio con una serie di provvedimenti legislativi e atti di normazione secondaria che si succedono con ritmo frenetico. Non si è in presenza di una riforma organica, ma di interventi settoriali, che si articolano in misure transitorie, per garantire l'attuazione del PNRR, e discipline a regime.

Tra i principali obiettivi organizzativi c'è quello di utilizzare nuovi sistemi di classificazione professionale, descritti attraverso la metrica delle competenze come parametro di riferimento per le politiche di assunzione e di valorizzazione del personale in servizio. Ciò comporta nuove modalità di gestione ed espletamento delle procedure di assunzione del personale e percorsi di valutazione e carriera del personale in servizio<sup>9</sup>.

L'ambizioso programma incontra però difficoltà attuative per diversi motivi. Anzitutto, esso presuppone un'attenta analisi della consistenza dei deficit organizzativi e di competenze delle diverse amministrazioni, che finora è mancata. In secondo luogo, andrebbe riorganizzato l'intero sistema, dando vita a reti di amministrazioni di dimensioni sufficienti, supportate da assistenza tecnica e adeguate risorse per lo svolgimento delle funzioni attribuite, per la valutazione dei fabbisogni assunzionali e formativi, per la digitalizzazione dei procedimenti e per innovare le forme del lavoro anche a distanza, al fine di massimizzare le opportunità delle nuove tecnologie.

Ma, oltre alla carenza di una visione strategica complessiva, è il contenuto dei provvedimenti legislativi di trasposizione delle indicazioni del PNRR a suscitare perplessità: infatti le nuove regole nelle materie del reclutamento, della programmazione dei fabbisogni, della gestione delle competenze, dell'inquadramento e delle progressioni verticali presentano un quadro in cui le roboanti proclamazioni si scontrano con i consueti problemi applicativi e per giunta vengono contraddette da un regime transitorio i cui effetti si dilatano nel tempo vanificando il disegno riformista.

<sup>9</sup> Su questi temi, oggetto dei successivi paragrafi, cfr. BELLAVISTA, *I reclutamenti pubblici dell'emergenza: c'è del marcio in Danimarca*, in *LPA*, 2022, p. 221 ss.; RICCOBONO, *Concorsi pubblici e progressioni di carriera nella stagione del "grande reclutamento"*, in *RGL*, 2022, I, p. 65 ss.; BOSCATI, *La professionalità del pubblico dipendente tra vincoli costituzionali, legge e contrattazione collettiva: uno sguardo d'insieme alla luce delle più recenti riforme*, in BOSCATI, ZILLI (a cura di), *La professionalità tra legge e contratti*, vol. I, Cedam, 2023, p. 1 ss.; MAINARDI, *Inquadramenti pubblici atto II. Appunti dai cnl tra organizzazione e tutela della professionalità*, ivi, p. 93 ss. e in *LPA*, 2023, 449 ss.; TALAMO, *I sistemi "resilienti" di inquadramento professionale del personale pubblico dopo il decreto reclutamento ed i cnl 2019-21*, ivi, p. 123 ss. e in *LPA*, 2023, p. 473 ss.

### 3. *La nuova regolamentazione del reclutamento*

I criteri di selezione nelle procedure concorsuali, secondo il regolamento del 2023, fanno perno sul modello organizzativo di gestione del lavoro basato sulle competenze, “intese come insieme delle conoscenze e delle capacità logico-tecniche, comportamentali nonché manageriali, per i profili che svolgono tali compiti ...” (art. 35 *quater* del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, inserito dal d.l. 30 aprile 2022 n. 36). Attraverso le competenze infatti dovrebbe concretizzarsi un rapporto sinergico tra pianificazione dei fabbisogni – confluito nel PIAO (Piano integrato di attività e organizzazione) – organizzazione del lavoro e contrattazione collettiva. Ciò posto, se la valutazione dei candidati ai concorsi è rivolta ad accertare il possesso non solo di conoscenze e abilità specifiche, ma anche delle *soft skills*, cioè di requisiti che attingono alla capacità di gestire il lavoro, di risolvere i problemi, di interagire con i colleghi, sarebbe necessario prevedere un mix di diverse prove, la predeterminazione del set di competenze da osservare e, soprattutto specifiche professionalità dei selezionatori. Invece, secondo il citato regolamento, i contenuti delle due prove, scritta e orale, sono demandati alle singole amministrazioni banditrici, che devono assicurare la celerità dell’espletamento e inoltre valutare i titoli di servizio e l’eventuale esperienza professionale dei candidati. Sorge spontaneo chiedersi se le amministrazioni, a cui è lasciata discrezionalità nell’individuare il contenuto delle prove, saranno in grado di selezionare i candidati sulla base di criteri così complessi; e se è sufficiente stabilire che “nella predisposizione delle prove le commissioni siano integrate da esperti in valutazione delle competenze e selezione del personale”, ma “senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica”. Il dubbio sembra fondato, specie quando i concorsi siano banditi da enti di piccole dimensioni. Del resto lo stesso legislatore non sembra crederci più di tanto se ha consentito fino al 31 dicembre 2026 per i profili non apicali lo svolgimento della sola prova scritta. In definitiva, le novelle alla disciplina dei concorsi sembrano privilegiare la speditezza della procedura piuttosto che la valutazione attenta e ponderata dei concorrenti. A questi rilievi si aggiunga la istituzionalizzazione di un sistema parallelo di reclutamento del personale precario da utilizzare per l’attuazione degli interventi del PNRR, ancor più inadatto a selezionare i candidati in base alle competenze di quanto lo sia il sistema transitorio semplificato del concorso.

4. *La riforma degli ordinamenti professionali nella legge, nelle linee guida ministeriali e nella contrattazione: nodi problematici*

Occupiamoci ora della riforma degli ordinamenti professionali. Il cambiamento prospettato riguarda la struttura delle qualifiche contrattuali e dei profili professionali, che dovrebbero essere individuati, piuttosto che sulla descrizione statica delle mansioni, sulle conoscenze, capacità professionali e comportamentali richieste per svolgere i compiti in modo ottimale e per indirizzare percorsi di carriera e attività formative. Un decreto del Ministro per la pubblica amministrazione (di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze) del luglio 2022 contiene una complessa modellistica che riguarda il sistema di classificazione e inquadramento del personale: alla tradizionale sistematica imperniata sulla distinzione tra tre aree, a cui se ne aggiunge una quarta per il personale di elevata qualificazione, e al cui interno vengono individuati i profili professionali, viene introdotta una nuova tassonomia, molto articolata e alquanto ridondante, che ricomprende in primo luogo le famiglie professionali definite come “ambiti professionali omogenei caratterizzati da competenze similari o da una base di conoscenze comune”. In esse sono raccolti una pluralità di profili di ruolo o di competenza, in base alla complessità dell'organizzazione. In sostanza, le famiglie descrivono l'articolazione delle strutture amministrative al cui interno il personale svolge diversi ruoli con funzioni e competenze specifiche. Secondo tale configurazione l'inquadramento del personale si innerva nella macro e micro organizzazione e quindi dà concretezza alla programmazione strategica degli enti e alla valorizzazione delle risorse umane. Questo sistema di gestione delle competenze (assai simile alla classificazione indicata nel ccnl metalmeccanico) è però fatto proprio dal solo contratto delle funzioni centrali per il triennio 2019-2021, ma non dagli altri comparti dello stesso periodo, che mantengono sostanzialmente lo schema consueto. Solo il primo, infatti, prevede che accanto alle quattro aree vadano individuate in sede di contrattazione integrativa le famiglie e per ciascuna di esse le competenze professionali caratterizzanti e gli eventuali titoli richiesti. Ma è bene chiarire che, se (come suggerito dalle linee guida ministeriali) il bando di concorso dovrebbe indicare l'area e la famiglia cui il lavoratore verrà adibito, la disciplina dello *ius variandi* resta immutata giacché è espressamente previsto in tutti i comparti che il “dipendente è tenuto a svolgere le mansioni equivalenti nell'ambito dell'area di inquadramento, fatte salve quelle per il cui espletamento siano

richieste specifiche abilitazioni professionali”. La riproduzione del testo dell’art. 52 del d. lgs. 165/2001 consente, secondo l’orientamento costante della giurisprudenza, tutti gli spostamenti *intra* area anche se vengano conferite mansioni che comportino professionalità diverse rispetto a quelle di assunzione o che siano state successivamente acquisite a seguito di procedure selettive. Quindi, non solo è disatteso il principio di equivalenza professionale, ma è possibile prescindere dalle effettive capacità del dipendente, con la conseguenza che si apre una vistosa smagliatura nel sistema ipotizzato dal legislatore e analiticamente definito nel citato decreto del Ministro per la pubblica amministrazione, che valorizza le competenze tecniche possedute e il bagaglio esperienziale pregresso.

Vi è poi un altro scoglio su cui rischia di impantanarsi la riforma degli ordinamenti professionali: il comma 1 bis dell’art. 52 del d.lgs. 165/2001, nel testo sostituito dal d.l. 9 giugno 2021 n. 80, prevede che le progressioni verticali, fatta salva la riserva del 50 per cento per le assunzioni dall’esterno, avvengano tramite procedure comparative. Si configura così un meccanismo degli avanzamenti di carriera già introdotto dalla riforma Madia, ma solo per un periodo transitorio e in deroga alla disciplina generale che rinviava alle procedure ordinarie di reclutamento, che suscita dubbi di legittimità costituzionale perché viola la regola del concorso, ritenuto dalla Consulta condizione necessaria anche per il passaggio del personale a funzioni superiori, ad eccezione delle ipotesi in cui deroghe “siano funzionali esse stesse al buon andamento dell’amministrazione e ove ricorrano peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle”<sup>10</sup>. Dubbi ancor più fondati emergono dalla disposizione di cui al penultimo capoverso dell’articolo che consente ai contratti collettivi nazionali, nella fase di prima applicazione delle nuove classificazioni, di inquadrare i dipendenti secondo le tabelle di corrispondenza “sulla base di requisiti di esperienza e professionalità maturate ... per almeno cinque anni, anche in deroga al possesso del titolo di studio richiesto per l’accesso all’area dall’esterno”, con l’unica eccezione introdotta per il conferimento delle elevate professionalità. Invero, secondo la costante giurisprudenza ordinaria e amministrativa, le progressioni che comportino il passaggio a posizioni funzionali superiori e qualitativamente diverse rea-

<sup>10</sup> C. Cost. n. 363/2006, n. 90/2012, n. 195, n. 150 e n. 100 del 2010, n. 293 del 2009, tutte in *giurcost.org*. Sul punto cfr. DE ROSA, *Progressioni verticali e principi di concorsualità: un equilibrio difficile*, in *LPA*, 2022, p. 85 ss.

lizzano una novazione oggettiva del rapporto di lavoro e sono condizionate al possesso degli stessi requisiti di accesso richiesti per i concorsi pubblici<sup>11</sup>.

La novella, verisimilmente contrattata con i sindacati, che ne hanno fatto un vessillo nelle dichiarazioni diffuse agli iscritti, ha trovato piena attuazione nei contratti di comparto, i quali hanno previsto lo slittamento verso l'alto, anche nell'area dei funzionari, per il personale in possesso di una determinata anzianità maturata nell'area di provenienza.

La maggiore preoccupazione non riguarda soltanto i profili di incostituzionalità: piuttosto il rischio consiste nel prefigurare carriere fittizie, in cui la valorizzazione dell'anzianità prevalga sulla valutazione delle competenze e sulla effettiva capacità di assolvere i compiti propri delle mansioni superiori. L'esperienza del passato non spinge all'ottimismo: ogniqualvolta sono stati modificati i regimi di classificazione dei lavoratori la gestione degli inquadramenti ha dato luogo a promozioni di massa sganciate dal merito e dalla flessibilità delle esigenze organizzative in relazione ai mutevoli bisogni dei cittadini<sup>12</sup>. Il timore è reale: nei bandi di selezione comparativa per le progressioni, emanati dopo il confronto con le oo.ss., all'"esperienza maturata nell'area di provenienza" (*id est*, all'anzianità) viene attribuito un punteggio così elevato (tra il trenta e il quaranta per cento) da rendere estremamente difficile che possano prevalere i candidati, di solito i più giovani, con adeguati titoli di studio e accertate competenze professionali.

Le cose non vanno meglio per le progressioni orizzontali (oggi chiamate differenziali stipendiali). Secondo le previsioni dei contratti di comparto i criteri selettivi (la cui ponderazione è rimessa alla contrattazione integrativa) dovrebbero tenere conto della media delle ultime tre valutazioni individuali annuali conseguite, dell'esperienza professionale maturata, di ulteriori criteri, definiti in sede di contrattazione integrativa e correlati alle capacità culturali e professionali acquisite anche attraverso percorsi formativi. Però nella maggior parte delle situazioni le schede di valutazione sono sostanzialmente inutilizzabili in quanto appiattite – spesso verso l'alto – in modo da non creare una grande selettività, ed inoltre lo scrutinio delle ca-

<sup>11</sup> Cfr., tra le tante, Tar Toscana 28 settembre 2022 n. 1086; Tar Umbria 2 novembre 2021 n. 794, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo cui il principio "deriva anche dalle classi in cui sono suddivisi per legge e decreti attuativi i corsi di laurea ai fini del loro valore legale e relative equipollenze"; Cons. St. 8 ottobre 2013 n. 4951, *ivi*.

<sup>12</sup> Cfr. ad esempio l'art. 4 ccnl per la revisione del sistema di classificazione del personale del 31 marzo 1999.

pacità culturali e professionali è, secondo l'Aran, soltanto facoltativo. Anche qui dunque l'anzianità – mascherata da capacità di svolgere, con efficacia e padronanza tecnica, le mansioni affidate per effetto del servizio prestato – assume un ruolo prevalente.

La conclusione non è esaltante: il cambio di paradigma dei modelli organizzativi delle amministrazioni, incentrato sulla gestione per competenze delle risorse umane, stenta a realizzarsi a causa delle incongruenze legislative e dei compromessi attuati in sede contrattuale. Peraltro, le linee di indirizzo ministeriali, di natura non regolamentare e quindi di incerta normatività, difficilmente potranno incidere sull'autonomia organizzativa degli enti territoriali. Quanto alle amministrazioni centrali e agli enti del parastato le prime applicazioni del modello registrano la confluenza delle aree funzionali nelle famiglie, con l'indicazione delle professionalità richieste per ciascuna di esse, senza alcuna modifica della preesistente organizzazione amministrativa. Si è trattato in definitiva di una sistematizzazione formale, in cui peraltro l'inquadramento e le progressioni dei lavoratori secondo le rispettive competenze è reso problematico dalle evidenziate incongruenze sistematiche, dalla gestione contrattuale della disciplina transitoria e da una dirigenza che, salvo lodevoli eccezioni, non è stata fin qui in grado di comprendere e organizzare le esigenze di competenze professionali qualificate, vuoi per deficienze culturali, vuoi perché condizionata dalla dipendenza dell'organo politico e dalle pressioni sindacali.

### **Abstract**

Il contributo analizza i recenti interventi normativi che hanno interessato il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni nelle materie del reclutamento, della programmazione dei fabbisogni, della gestione delle competenze, dell'inquadramento e delle progressioni verticali e orizzontali. Per ciascuno degli interventi normativi l'A. evidenzia quale sia stato l'impatto e quali le criticità applicative.

The contribution examines recent regulatory changes affecting recruitment, workforce planning, skills management, classification, and both vertical and horizontal career progressions within public administration. For each regulatory intervention, the Author highlights the impact and identifies any implementation challenges.

### **Keywords**

Lavoro pubblico, reclutamento, inquadramenti, progressioni verticali, progressioni orizzontali.

Public employment, recruitment, classifications, vertical advancements, horizontal advancements.

**Bernardo Giorgio Mattarella**  
Norme generali e norme speciali  
nella disciplina del pubblico impiego

SOMMARIO: **1.** La disciplina del pubblico impiego come disciplina speciale rispetto al diritto del lavoro privato. **2.** La disciplina del pubblico impiego come disciplina generale rispetto alla micro-normazione settoriale.

*1. La disciplina del pubblico impiego come disciplina speciale rispetto al diritto del lavoro privato*

Vorrei trarre qualche breve considerazione dalle ottime relazioni che sono state presentate e dai video, di estremo interesse, che sono stati preparati in vista del convegno. Le mie considerazioni riguardano, da un lato, il rapporto tra diritto pubblico e diritto privato; dall'altro, quello tra la disciplina generale del pubblico impiego e le discipline speciali.

La disciplina del pubblico impiego è una disciplina speciale, al pari di altre discipline che riguardano le pubbliche amministrazioni, come quella dei contratti pubblici e quella delle società pubbliche. Queste discipline derogano alle corrispondenti discipline generali – quella del lavoro privato, quelle codicistiche del contratto e delle società di capitali – o, più spesso, le integrano, per disciplinare aspetti che le discipline privatistiche non regolano (come, nel pubblico impiego, la selezione dei dipendenti, i loro doveri, le parti della contrattazione collettiva).

Le discipline speciali poste dal diritto amministrativo sono accomunate da una logica unitaria, che le ispira in larga misura: quella di indurre le pubbliche amministrazioni a comportarsi con l'efficienza che è naturale per l'operatore privato, ma non per le pubbliche amministrazioni. Servono a im-

porre alle amministrazioni, quando agiscono come datori di lavoro, contraenti o azionisti, comportamenti efficienti come quelli dei datori di lavoro, dei contraenti e degli azionisti privati. Pertanto, le discipline speciali, compresa quella del pubblico impiego privatizzato, cercano di risultare conformi al diritto privato e di indurre o simulare le dinamiche privatistiche anche nel settore pubblico.

Se si esamina qualche aspetto della disciplina del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, in alcuni casi questa logica si riscontra, in altri casi emergono logiche diverse e fallimenti. L'obiettivo di riprodurre una dinamica privatistica si riscontra, per esempio, nella disciplina della contrattazione collettiva, in cui la sostituzione di un rappresentante negoziale (l'Aran) alle pubbliche amministrazioni assolve proprio alla funzione di replicare l'efficacia del contraente privato. Allo stesso modo, i limiti alle materie di contrattazione servono a correggere possibili storture e anche la dimensione nazionale della contrattazione collettiva, imposta dalla legge per il settore pubblico, vuole replicare la vicenda privatistica. Gli esiti della contrattazione collettiva, tuttavia, come ha osservato Maria Dolores Ferrara, non sempre corrispondono a questi obiettivi.

Se ci concentriamo sui doveri e sulle responsabilità dei dipendenti, anche tenendo conto delle osservazioni di Anna Zilli, la logica menzionata a volte si ritrova, a volte no. La si ritrova, per esempio, nella disciplina procedurale della responsabilità disciplinare, volta a stimolare l'amministrazione a esercitare il potere disciplinare: stimoli dei quali il datore di lavoro privato non ha bisogno. Non la si ritrova in norme che rispondono a logiche differenti, e a loro volta apprezzabili, come nel caso della definizione unilaterale degli obblighi di comportamento attraverso il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici. Quest'ultimo, infatti, risponde anche a logiche non attinenti alla prestazione lavorativa e alle obbligazioni contrattuali, come quando afferma i principi di trasparenza e semplificazione.

Si riscontra qualche distanza significativa fra settore pubblico e settore privato anche in relazione alla dirigenza: alcune di queste differenze, come la proceduralizzazione di cui parlava Pasquale Monda, sono riconducibili alla logica di indurre le amministrazioni ad agire in modo efficiente. Questa logica non si ritrova peraltro in altre differenze, come quelle messe in risalto da Anna Zilli, a cui aggiungerei l'osservazione che nel settore pubblico ci sono, a differenza che nel diritto privato, dirigenti che non dirigono, come

molti medici del Servizio sanitario nazionale e i dirigenti con incarichi di studio.

Simili osservazioni, infine, possono essere proposte sul tema del reclutamento, materia, come osservato da Stefano Battini, sottratta alla privatizzazione. Vorrei ricordare, al riguardo, che il rapporto fra diritto pubblico e diritto privato è rilevante anche in ordine al riparto della potestà legislativa fra Stato e regioni, poiché lo Stato ha potestà legislativa purché la disciplina sia riconducibile all'ordinamento civile e, quindi, nei limiti in cui si tratti di una disciplina di diritto privato o, almeno, ispirata alla logica di conformità al diritto privato, a cui ho accennato. Oltre a quanto osservato da Alessandro Riccobono e da Stefano Battini, segnalo un aspetto per il quale vi è un'evidente divaricazione rispetto all'esperienza privata: il concorso è di fatto l'unico momento di valutazione della carriera dei dipendenti pubblici e ciò ovviamente lo drammatizza, lo rende un momento troppo importante, in cui il candidato si gioca interamente il suo futuro nell'amministrazione. Segnalo anche un recente cambiamento nei candidati: quando, negli anni scorsi, sono ripresi i concorsi pubblici, i vincitori erano spesso persone di una certa età, che da tempo lavoravano nelle amministrazioni; gli ultimi concorsi, banditi a seguito del Piano nazionale di ripresa e resilienza, vengono vinti invece da candidati giovani molto preparati. Questi ultimi, però sono contesi dalle diverse amministrazioni e spesso, poco dopo avere preso servizio, vincono un altro concorso e cambiano amministrazione, ponendo un problema di coordinamento nel reclutamento delle diverse amministrazioni.

## 2. *La disciplina del pubblico impiego come disciplina generale rispetto alla micro-normazione settoriale*

Come ha ricordato Giuliano Amato nel video registrato per questo convegno, una delle ragioni alla base del fenomeno delle privatizzazioni fu l'esigenza di imporre una disciplina uniforme, rispettosa del principio di imparzialità, attraverso strumenti come il sindacato e la contrattazione collettiva, con la loro forza centralizzatrice. Tuttavia, il risultato sperato non è stato raggiunto, non per colpa della contrattazione collettiva ma per colpa del legislatore, il quale ha continuato con una micro-normazione, risultante da leggi relative a singole categorie di personale o a singole amministrazioni. Per di più, questa normazione spesso dipende non dall'obiettivo di prote-

zione di una categoria, ma da logiche partigiane, di occupazione politica delle amministrazioni.

Un ulteriore fallimento si riscontra nella mancata codificazione della disciplina del pubblico impiego. Vorrei ricordare, a questo riguardo, soprattutto il mancato riordino del 2016. È già stato ricordato il mancato esercizio della delega legislativa per la riforma della dirigenza, contenuta nella l. 7 agosto 2015 n. 124: pur avendo lavorato a lungo su quella riforma, devo dire che non fui troppo dispiaciuto, perché quella delega era nata male e il decreto legislativo, pur ispirato da obiettivi virtuosi, sarebbe risultato troppo macchinoso. Fui più dispiaciuto per il mancato esercizio di un'altra delega contenuta nella stessa legge, quella per la stesura di un nuovo testo unico del pubblico impiego. Si perse l'occasione per fare ordine in una materia in cui, paradossalmente, abbiamo la compresenza di due testi unici: il d.P.R. 3 gennaio 1957 n. 3, che riguarda principalmente il personale in regime di diritto pubblico, e il d.lgs. 165/01, che riguarda principalmente il personale privatizzato. Essi si aggiungono a diverse discipline speciali, normative e contrattuali, per singole categorie di personale privatizzato e non, nonché a molte norme "extravagantes", disseminate in tante leggi e decreti-legge.

Un'ultima criticità del rapporto tra la disciplina generale del pubblico impiego e le discipline speciali consiste nella frequente adozione di norme transitorie e di deroga. Essa si inquadra nella recente tendenza, che purtroppo è generale nella normazione amministrativa, a legiferare per eccezioni e per deroghe invece di affrontare i problemi e modificare le norme a regime, come invece bisognerebbe fare. Per esempio, se i concorsi risultano troppo macchinosi, la soluzione è riformarli, non introdurne versioni semplificate per un breve periodo, come è invece recentemente accaduto. Lo stesso vale per materie come: gli incarichi ai dirigenti esterni, con le deroghe ai limiti quantitativi recentemente inserite; i limiti retributivi del settore pubblico, per i quali si moltiplicano le amministrazioni e gli incarichi esenti; la responsabilità amministrativa per danno erariale, per la quale si continua a prorogare la disciplina transitoria del 2020. Se il legislatore ritiene che queste discipline vadano corrette, dovrebbe farlo in modo più meditato e a regime.

### **Abstract**

Il contributo esamina il rapporto tra norme generali e norme speciali nella disciplina del pubblico impiego, in un duplice senso. In primo luogo, in relazione al rapporto tra diritto pubblico e diritto privato: quella del pubblico impiego è di per sé una disciplina speciale a quella privatistica, il cui scopo è in larga misura indurre pubbliche amministrazioni a comportarsi con l'efficienza che è naturale per i datori di lavoro privato; a volte si aggiungono altre logiche, ispirate dalla tutela dell'interesse generale piuttosto che di quello del datore di lavoro. In secondo luogo, in relazione al rapporto tra la disciplina generale del pubblico impiego e le discipline speciali: obiettivo della privatizzazione fu imporre una disciplina uniforme, rispettosa del principio di imparzialità, ma questo obiettivo è stato raggiunto solo in parte.

The paper examines the relationship between general and special rules in the law of civil service in a twofold sense. First, with regard to the relationship between public law and private law: that of public employment is itself a special discipline to private law, the purpose of which is largely to induce public administrations to behave with the efficiency that is natural to private employers; sometimes other logics are added, inspired by the protection of the general interest rather than that of the employer. Second, with regard to the relationship between the general regulation of civil service and special disciplines: the goal of privatization was to impose a uniform discipline, respectful of the principle of impartiality, but this goal was only partially achieved.

### **Keywords**

Pubblico impiego, privatizzazione, diritto pubblico, legge, contratto collettivo.

Civil service, privatization, public law, statute, collective bargaining.



**Silvana Sciarra**  
Il lavoro pubblico “privatizzato”  
nella giurisprudenza costituzionale

SOMMARIO: **1.** Interdisciplinarietà del tema. **2.** Il contributo della giurisprudenza costituzionale. **3.** Il pubblico impiego tra diritto civile e diritto amministrativo. **4.** Una riflessione conclusiva.

1. *Interdisciplinarietà del tema*

La riforma del lavoro pubblico ha aperto un confronto fecondo con altre discipline. Inizio da un ricordo personale: la redazione, che ho seguito da vicino, di un numero speciale, un numero doppio – per la tradizione della rivista insolito – del *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* pubblicato nel 1993, dedicato appunto alla riforma, in cui sono stati raccolti interventi di giuristi del lavoro di varie estrazioni e di amministrativisti della scuola fiorentina<sup>1</sup>.

Fra questi ultimi mi piace ricordare con nostalgia Andrea Orsi Battaglini<sup>2</sup>, perché nel bel giardino della sua casa si svolsero alcune riunioni di questo composito e assai dialettico gruppo di giuristi, in vista della pubblicazione. A lui si deve una originale rilettura del metodo adottato da Giugni nell’osservazione delle fonti che sovrintendono alla disciplina dei rapporti di lavoro, ma anche un affinamento di quel metodo, proprio perché adattato a “cogliere la non statualità di fenomeni che nel diritto statale sono pienamente incardinati”<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Edizione speciale del *DLRI*, 1993, 3-4.

<sup>2</sup> Ho ripercorso alcuni passaggi dell’opera di Orsi Battaglini in SCIARRA, *Autonomia collettiva e ordinamento intersindacale*, in MAZZOTTA, *Introduzione al diritto sindacale. Letture e riletture*, I, Giappichelli, 2023, p. 128 ss.

<sup>3</sup> Così ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto di impiego con enti pubblici*, in *DLRI*, 1993, 3-4, p. 471.

Proprio dal pensiero di questo autore – che è stato un precursore negli studi sul lavoro pubblico oltre che un grande amico e collega – voglio prendere le mosse per alcune brevi riflessioni sulla giurisprudenza costituzionale recente.

## 2. *Il contributo della giurisprudenza costituzionale*

Il ricco dibattito dottrinale originato dalla privatizzazione del lavoro pubblico si incardina proprio su una rivisitazione delle fonti.

Scrive nel 1993 Orsi Battaglini che il significato della privatizzazione si rinviene nella trasformazione dei poteri di gestione del rapporto di impiego, poiché si privano i singoli atti vincolati del loro carattere funzionale. Non è tanto la specialità dei rapporti che viene in evidenza, quanto la loro diversità di regolamentazione, frutto della discrezionalità del legislatore<sup>4</sup>.

Gli interessi generali da perseguire, fin dagli albori della riforma, restano quelli disegnati dalle norme costituzionali, su cui si sono innestate le successive scelte del legislatore.

La Corte costituzionale tempestivamente avalla tali scelte e mette in evidenza il dosaggio equilibrato fra le fonti regolatrici, che consente di “abbandonare lo statuto integralmente pubblicistico del pubblico impiego, non imposto dall’art. 97 Cost. [...] per garantire senza pregiudizio dell’imparzialità, anche il valore dell’efficienza”<sup>5</sup>, avendo quale traguardo il buon andamento della pubblica amministrazione.

I principi ordinatori dettati dalla Costituzione hanno segnato l’indirizzo dei successivi interventi di riforma, imponendo coerenza a scelte non sempre organiche, perché attratte da forze non sempre fra sé conciliabili: da un lato la centralità delle competenze statali, volte a garantire uniformità sul territorio nazionale, dall’altro la valorizzazione delle competenze regionali, anch’esse preziose nell’ammodernamento del lavoro pubblico, perché idonee a far emergere peculiarità organizzative legate a criteri di efficienza e produttività.

In realtà non c’è inconciliabilità fra queste forze, entrambe vitali per la crescita di uno stato democratico, attento al decentramento e alla valorizzazione delle autonomie.

<sup>4</sup> Cfr. ORSI BATTAGLINI, *op. cit.*

<sup>5</sup> Testualmente, C. Cost. 16 ottobre 1997 n. 309.

Nonostante qualche apparente contraddizione, dovuta peraltro alla varietà e dunque alla ricchezza delle scelte dei legislatori regionali, ho colto nella mia esperienza di giudice costituzionale un impianto coeso, che ha attualizzato l’originaria riforma, seguendo i tornanti, non sempre agevoli da imboccare, dei successivi interventi del legislatore.

Vediamo dunque come si è mossa la Corte costituzionale in alcune recenti decisioni, che cito senza pretesa di esaustività, ma certamente – lo confesso – con un tocco di personale immedesimazione, per aver vissuto in prima persona il formarsi di queste deliberazioni.

Essenziale, innanzi tutto, è la demarcazione del confine, nei ricorsi in via principale, fra disciplina dell’organizzazione amministrativa, che precede l’instaurazione del rapporto di lavoro, e la disciplina del rapporto di lavoro, che include la durata, l’inquadramento e il trattamento retributivo.

Così, per esempio, si dichiara incostituzionale – per violazione degli artt. 97 e 117, co. 2, lett. l), Cost. – una legge regionale che interviene su rapporti di lavoro a tempo determinato già in essere e incide sul profilo della durata, trasformandoli in nuovi rapporti a tempo indeterminato<sup>6</sup>. Anche l’istituto della mobilità per il personale non di ruolo viola il principio del pubblico concorso.

E ancora, la proroga dei contratti di collaborazione coordinata e continuativa è ricondotta alla materia dell’ordinamento civile. La “parasubordinazione” non si sottrae all’esigenza, di rilievo costituzionale, di garantire uniformità, su tutto il territorio nazionale, delle regole che disciplinano i rapporti tra privati<sup>7</sup>.

È incostituzionale una legge regionale che, con una indebita sostituzione della fonte di disciplina del rapporto di lavoro – ricordiamo che l’art. 2, co. 3. d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 è espressivo di un principio fondamentale della materia – invade il campo della contrattazione collettiva. Si afferma che – ed è giurisprudenza costante della Corte – la disciplina del trattamento economico e giuridico, anche per il pubblico impiego regionale, è riconducibile alla materia dell’ordinamento civile, riservata alla competenza esclusiva dello Stato<sup>8</sup>.

I margini di discrezionalità amministrativa assegnata alle regioni devono essere ricercati nella fase anteriore all’instaurazione del contratto di lavoro,

<sup>6</sup> Cfr. C. Cost. 15 ottobre 2021 n. 195.

<sup>7</sup> C. Cost. 28 gennaio 2020 n. 5.

<sup>8</sup> Si veda, in tal senso, C. Cost. 15 luglio 2021, n. 153.

ad esempio quando si incide sull'organizzazione delle risorse umane anche in relazione alle modalità di comunicazione delle prove dei concorsi, fermo restando che la disciplina dei concorsi è sottratta alla privatizzazione del lavoro presso le pubbliche amministrazioni<sup>9</sup>; ovvero – e questa è stata una giurisprudenza incisiva per il risparmio di risorse pubbliche – quando si attinge per il reclutamento del personale alla tecnica dello scorrimento delle graduatorie, nel rispetto dell'ordine di merito, esercitando la competenza regionale residuale, improntata comunque ai principi del buon andamento e della imparzialità<sup>10</sup>.

Sugli incarichi di posizione organizzativa, nozione, si dice testualmente, “creata per sottrazione dalle funzioni dirigenziali, cui si fanno risalire ancor più pregnanti compiti strategici e di coordinamento”<sup>11</sup>, la Corte si spinge ad affermare che l'elevato livello di professionalità richiesto e la continuità dell'azione amministrativa ben possono indurre la Regione a prorogare gli incarichi, ma solo temporaneamente.

La sentenza su cui voglio soffermarmi in chiusura di questa mia breve presentazione – nella speranza di non peccare di autoreferenzialità – è quella che riguarda la rimozione del “blocco” della contrattazione collettiva.

L'emergenza economica – sostiene la Corte – “pur potendo giustificare la stasi della contrattazione collettiva, non può avvalorare un irragionevole protrarsi del ‘blocco’ delle retribuzioni, in quanto si finirebbe, in tal modo, per oscurare il criterio di proporzionalità della retribuzione, riferito alla quantità e qualità del lavoro svolto”<sup>12</sup>.

Entra in campo, tra l'altro, la valorizzazione del merito, che tanta parte ha nel perseguire il buon andamento della pubblica amministrazione.

Ciò che la Corte non può fare è addentrarsi nei meandri delle voci retributive, in ossequio alla sua stessa costante giurisprudenza orientata a valutare l'insieme delle voci – dunque non singole voci – che compongono il trattamento complessivo del lavoratore.

In questo tenersi fuori dalla valutazione di quanto non erogato ai lavoratori, in ragione delle restrizioni economiche dovute alla crisi, la Corte è rispettosa dell'autonomia dei soggetti collettivi. Il suo sguardo si posa invece

<sup>9</sup> Sul punto, C. Cost. 10 settembre 2020 n. 200.

<sup>10</sup> Tra le tante, C. Cost. 25 giugno 2020 n. 126.

<sup>11</sup> Così C. Cost. 25 giugno 2020 n. 128.

<sup>12</sup> Riprendendo testualmente il dettato della C. Cost. 23 luglio 2015 n. 178.

sulla “vocazione strutturale del regime di proroghe” che, per il suo protrarsi, viola la libertà sindacale, sancita dall’art. 39 Cost. al suo primo comma.

Al centro della decisione della Corte non c’è solo l’autonomia collettiva, colta nella sua dimensione dinamica, seguendo i canoni della migliore tradizione del diritto sindacale italiano ed europeo. Anche il contratto collettivo è valorizzato nella peculiare funzione allo stesso attribuita nella riforma del lavoro pubblico privatizzato: “per un verso come strumento di garanzia della parità di trattamento dei lavoratori, e, per altro verso, come fattore propulsivo della produttività e del merito”<sup>13</sup>.

### 3. *Il pubblico impiego tra diritto civile e diritto amministrativo*

Come si vede il pendolo oscilla in modo regolare fra ordinamento civile e discrezionalità amministrativa nell’organizzazione degli uffici. Quel pendolo coglie la specificità di alcune realtà organizzative e, a mio parere, ondeggia nel modo in cui il legislatore, fin dalle sue prime mosse sul terreno della privatizzazione, aveva inteso disegnare la curva di quel movimento.

Le decisioni che, a mio parere, meglio svelano l’anima giuslavorista della riforma e che dunque ne colgono gli aspetti sistemici oltre che innovativi, riguardano la retribuzione e attengono a una fase della giurisprudenza costituzionale che fa i conti con misure di austerità e con il necessario controllo della spesa pubblica.

Ecco dunque che, in sintonia con altre corti europee, la Corte afferma che sono in linea con il dettato costituzionale i divieti di cumulo fra pensioni erogate da gestioni previdenziali pubbliche e trattamenti economici onnicomprensivi, oltre un certo tetto massimo: il contenimento dei principi costituzionali non è irragionevole poiché non si sacrifica il diritto a una retribuzione proporzionata al lavoro svolto<sup>14</sup>.

E quanto all’abrogazione del trattenimento in servizio dei dipendenti civili dello Stato, la Corte afferma che non vi è un diritto a restare alle dipendenze della pubblica amministrazione, in particolare se, nel tempo, si intende perseguire un “ricambio generazionale e consentire un risparmio di spesa”<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Ancora espressamente C. Cost. 23 luglio 2015 n. 178.

<sup>14</sup> In riferimento a ciò, si rinvia a C. Cost. 26 maggio 2017 n. 124.

<sup>15</sup> Così afferma la Consulta con la sentenza C. Cost. 10 giugno 2016 n. 133.

Il tema della solidarietà fra generazioni è assurdo nel dibattito contemporaneo a vera e propria occasione di svolta per il costituzionalismo moderno, che misura i suoi strumenti analitici sul superamento di uno iato temporale apparentemente inconcepibile nel garantire la tutela dei diritti.

Il fatto che questa opzione, sia pure in forma episodica, emerga nella giurisprudenza che si occupa degli effetti della crisi economica e finanziaria più grave attraversata dall'Europa, prima della crisi pandemica, fa riflettere sulla spinta propulsiva che i grandi dilemmi contemporanei pongono alla giustizia costituzionale e, contemporaneamente, ai decisori politici.

Ho voluto sottolineare come questa giurisprudenza, che anche si presta a un'analisi comparata delle misure di austerità e delle loro ricadute sulle decisioni delle corti costituzionali, si innesta su un sistema di lavoro pubblico privatizzato permeabile a valutazioni che implicano un bilanciamento fra risparmio di spesa e tutela dei diritti dei lavoratori.

#### 4. *Una riflessione conclusiva*

Questi miei riferimenti vogliono rappresentare un tributo a quanti promuovono un'armonia dei punti di vista fra giuslavoristi e amministrativisti, nonché una conferma del fatto che è sempre aperto il canale di comunicazione fra ordinamento statale e ordinamento intersindacale.

Il mio vuole anche essere un richiamo, rivolto soprattutto ai giovani studiosi, a non perdere di vista un metodo ben sedimentato nel diritto del lavoro, in continuità con uno spirito autenticamente riformatore, senza distacchi troppo netti, sempre in continuità con i valori costituzionali.

### **Abstract**

Il contributo si sofferma sulle fonti che sovrintendono alla disciplina dei rapporti di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, dopo la privatizzazione. Particolare attenzione viene riservata al ruolo assunto dalla giurisprudenza costituzionale nel delineare il sistema tra le fonti.

The contribution focuses on the sources that govern the regulation of employment relationships in public administration post-privatization. Special attention is devoted to the role that constitutional jurisprudence has played in shaping the hierarchy of these sources.

### **Keywords**

Lavoro pubblico, giurisprudenza costituzionale, interdisciplinarietà.

Public employment, constitutional case law, interdisciplinarity.



## Antonio Viscomi

### Appunti per una discussione sul processo di riforma del lavoro pubblico

SOMMARIO: 1. Arrampicarsi o accovacciarsi. 2. Aperture cognitive. 3. Ecosistemi. 4. Risorsa o risparmio. 5. Relazioni e modelli relazionali. 6. Navigare.

#### I. *Arrampicarsi o accovacciarsi*

Proporre una riflessione stringata sul processo riformatore avviato trenta anni fa rappresenta una sfida improba. Lo è già di per sé, ma lo è a maggior ragione dopo aver ascoltato le pregevoli relazioni qui presentate e gli spunti di discussione sollevati dagli interventi di chi mi ha preceduto. Contenendo la tentazione di intessere un dialogo puntuale, cercherò di rispettare i tempi che mi sono stati concessi, precisando fin da subito che sono quattro i punti sui quali intendo focalizzare l'attenzione, ponendoli retoricamente a mo' di alternative dilemmatiche.

A tale stregua, il primo punto di riflessione può essere rappresentato dall'alternativa tra *arrampicarsi* e *accovacciarsi*. Se non erro, fra gli autori maggiormente citati fino ad ora vi è – ed opportunamente – Massimo Severo Giannini. In proposito, reputo importante ricordare che proprio nel saggio del 1957 dal felice e noto titolo “In principio sono le funzioni”<sup>1</sup>, Giannini evidenziava con molta chiarezza il fatto che alla ordinata e adeguata distribuzione delle competenze non possa che seguire una altrettanto ordinata e adeguata struttura organizzativa idonea a rendere effettivo l'esercizio di quelle competenze e segnalava inoltre che, in questa stessa prospettiva, lo strumento

<sup>1</sup> GIANNINI, *In principio sono le funzioni*, in *AC*, 1957, p. II ss.

essenziale in grado di creare l'essenziale legame tra istituzione ed organizzazione non può che essere la regolazione.

Il che vuol dire, a ben vedere, che una regolazione inconsapevole dell'assetto istituzionale (anzi: degli assetti istituzionali che segnano la galassia delle amministrazioni pubbliche) e della dimensione organizzativa (anzi: delle differenti conformazioni organizzative che quella galassia offre all'attenzione del ricercatore ed all'esperienza del cittadino utente) non è idonea a raggiungere il suo scopo ed anzi rischia di produrre effetti perversi, producendo disordine piuttosto che ordine. In questa circostanza trovano ragione e senso le stesse parole di Giannini nel saggio citato là dove segnala l'urgenza di superare quella che lui stesso definisce la "deformazione giuridicista della problematica contingente".

## 2. *Aperture cognitive*

Al giurista, insomma, ed in particolare al giurista che si occupa di amministrazione pubblica, si chiede una peculiare capacità di apertura cognitiva da esercitare nell'alveo di una non meno importante ed affinata capacità di controllo del pensiero sistematico. In modo icastico, questa consapevolezza fu espressa già trent'anni fa da Mario Rusciano nella sua introduzione al volume curato insieme a Lorenzo Zoppoli su "L'impiego pubblico nel diritto del lavoro". Qui si legge: "il giurista è costretto a mutuare dalle altre scienze sociali utili criteri di interpretazione del nuovo sistema... insomma deve essere un po' sociologo, un po' antropologo, un po' politologo e ancora di più scienziato dell'organizzazione e della finanza pubblica"<sup>2</sup>. A ben vedere, in effetti, questo approccio non dovrebbe risultare estraneo al giurista del lavoro. Al riguardo, credo sia sufficiente ricordare qui le parole di Otto Kahn Freund che, in una delle sue ultime letture del 1979, facendo sintesi della sua esperienza culturale e giuridica e rivendicando il suo essere radicalmente giurista e non sociologo, diceva di essersi arrampicato sul muro che divide il suo campo da quello del vicino.

Così stando le cose, credo che la prima decisione da assumere quando si ragiona sul lavoro pubblico sia proprio questa: se arrampicarsi sul muro del vicino assumendo una maggiore consapevolezza della complessità del sistema

<sup>2</sup> RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Giappichelli, 1993, p. 19.

o se accovacciarsi nella forse più rassicurante prospettiva dell'esegesi del frammento normativo (anche perché di frammenti sparsi, in questi anni, chi si occupa di lavoro pubblico ne ha visto e ne continua a vedere in misura incredibilmente elevata). Per rendersi conto della differenza tra le prospettive indicate potrebbe essere utile esercizio rivedere i rapporti, complicati nel tempo e nello spazio, tra procedimenti amministrativi da semplificare e processi di lavoro da reingegnerizzare, tenendo conto del diverso prisma segnato dalla rilevazione dei carichi di lavoro e dalla più recente prassi di definizione dei piani anticorruzione. Processi e procedimenti rinviano a sistemi culturali certo non facili da coniugare ma più ancora segnalano, per quanto qui interessa, l'esigenza di tenere in considerazione la complessità del sistema pubblico.

### 3. *Ecosistemi*

Certo so bene che complessità è termine ambiguo dal momento che quanto più lo si riempie di contenuti tanto più lo si svuota di significato. Ma l'importanza del termine sta in ciò che esso rinvia ad un approccio e ad un metodo il cui tratto peculiare è quello di assegnare la giusta rilevanza alle relazioni tra le parti, la cui stessa identità risulta conformata da queste reciproche relazioni. Per questo continuo a ritenere (e a ripetere) che per comprendere (prima) e regolare (poi) il lavoro pubblico abbiamo bisogno di una prospettiva ecosistemica, non già per un omaggio allo spirito del tempo, ma piuttosto per segnalare la centralità dei rapporti e delle relazioni che sussistono tra i vari elementi dello scenario considerato. Se è vero che un battito di ali di farfalla a Tokyo può provocare un uragano a New York, allora non è meno vero che una modifica dei sistemi di regolazione di finanza pubblica può avere un enorme impatto sui sistemi di contrattazione integrativa, ad esempio, negli enti locali. Non a caso, in un commento scritto a quattro mani con Lorenzo Zoppi abbiamo parlato a suo tempo di libertà vigilata della contrattazione integrativa. E mi pare che la metafora sia ancora oggi pienamente valida.

### 4. *Risorsa o risparmio*

Il richiamo alla contrattazione collettiva non è casuale, dal momento che mi consente di evidenziare un secondo dilemma, che vorrei esprimere

nella seguente alternativa: *risorsa o risparmio*. Marco Esposito, nel suo intervento, evidenziava la valenza organizzativa della contrattazione decentrata. Ed è giudizio che condivido. E tuttavia credo sia opportuno ricordare che la legge delega 23 ottobre 1992 n. 421 non è nata a caso e neppure per l'illuminata volontà di politici, sindacalisti e giuristi che per anni avevano pure discusso sulla necessità di mettere mano al lavoro pubblico. Il 1992 è stato un anno significativo della nostra storia nazionale: a febbraio l'avvio di ciò che fu definito Tangentopoli, a luglio la dura legge finanziaria del Governo Amato con la tassazione sui depositi bancari, a settembre il mercoledì nero con l'aggressione speculativa sulla lira e la fuoriuscita dal sistema monetario europeo, per non parlare della coeva destrutturazione di un sistema politico e l'emergere di nuove aggregazioni rappresentative.

È in questo contesto – ancora troppo poco chiaro su alcuni versanti – che la risposta positiva alla richiesta di supporto finanziario rivolta dal Governo alla Comunità Europea fu condizionata all'adozione di interventi su quelle che Mario Rusciano, nella prefazione prima ricordata, ebbe a definire le “quattro piaghe del debito pubblico italiano”: sanità, pensioni, finanza territoriale e pubblico impiego. Sono proprio queste le materie oggetto di delega nel mese di dicembre del 1992, poi implementate nei vari decreti legislativi, fra cui il d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29. Basta andare a rileggere gli atti parlamentari dell'epoca per rendersi conto che all'origine della riforma vi è essenzialmente l'urgente bisogno di intervenire sulla riduzione della spesa pubblica. A ben vedere, e giusto per fare un esempio, la strutturazione della contrattazione collettiva integrativa risponde all'urgenza di razionalizzazione finanziaria: anche per questo motivo, a suo tempo abbiamo scritto, in pagine mie e di Lorenzo Zoppoli, che la contrattazione integrativa è come Pinocchio in mezzo ai due gendarmi, ordinata cioè dal contratto nazionale quanto alle materie e controllata dal centro quanto alle risorse, secondo uno schema sempre convalidato dalla Corte costituzionale.

##### 5. *Relazioni e modelli relazionali*

È in questa circostanza che si radica l'alternativa indicata tra risorsa e risparmio. Ed è del tutto evidente che anch'io reputo che la contrattazione collettiva sia una risorsa organizzativa. Ma lo è stata veramente in questi

anni? E qui si arriva al terzo dei dilemmi, quello cioè tra *relazioni e modelli relazionali*. Se leggiamo i contratti collettivi troviamo, ordinati sulla carta, una pluralità di modelli relazionali, tra loro perimetrati e recintati, ed inoltre presidiati da norme gravose che colpiscono con la nullità le clausole integrative difformi. Poiché ognuno porta con sé la propria esperienza, consentitemi di portare la mia di esperienza, avendo avuto responsabilità politico-amministrativa di un grande ente e qui avendo provveduto ad attuare radicali riforme dell'assetto dirigenziale e ad implementare un processo profondo di rotazione connesso ad una revisione dell'assetto organizzativo dei dipartimenti e in essi dei settori. In sintesi, mi è stato possibile portare a compimento la rotazione del 46% dei dirigenti e la ricollocazione della restante parte nei settori di pertinenza ma rinnovati quanto ad organizzazione, funzioni e competenze. Non c'è stata nemmeno una contestazione giudiziaria e nemmeno una qualche protesta più o meno organizzata.

Tutto questo è stato reso possibile dai modelli relazioni contrattuali? Consentitemi di dire, con molta franchezza, che tutto questo è stato reso possibile perché, andando oltre e forse contro i modelli relazionali definiti dal contratto di comparto, nei sei mesi precedenti ho condiviso con le organizzazioni sindacali, con i dirigenti, con i colleghi impegnati nell'attività di governo, il progetto riformatore, gli obiettivi, i metodi, tutto cioè tranne i nomi dei dirigenti da assegnare ai singoli settori per non cadere nella nota trappola che porta a designare l'organizzazione sulle persone e non sulle funzioni. Sulla base della mia esperienza, mi permetto di dire che la relazione è più importante dei modelli relazionali, e che quindi le capacità relazionali non solo dovrebbero essere oggetto primo di rinnovati percorsi formativi, ma non dovrebbero neppure essere oscurate da norme la cui pretesa è di ingabbiare l'azione di governo e di gestione in rigide formule: la pretesa di assicurare massima garanzia a volte si trasforma, e nemmeno tanto velatamente, in massima ipocrisia.

Mi chiedo inoltre se la contrattazione collettiva sia ancora in grado di accompagnare i processi di riforma che toccano la stessa geografia delle amministrazioni. Non mi riferisco tanto alle agenzie, quanto piuttosto agli enti locali: un laboratorio esemplare per verificare in concreto i temi che qui interessano, tenendo conto della diversificazione organizzativa, della configurazione del personale e della pluralità delle funzioni svolte. Non è privo di significato che alcune delle più importanti innovazioni nel sistema

politico siano state prima sperimentate nelle autonomie e poi da qui rese sistemiche. In ogni caso, che il sistema degli enti esprima un bisogno di innovazione è dimostrato da alcuni elementi. La legge c.d. “Delrio”, ad esempio, nota al grande pubblico per la ridefinizione del ruolo e delle funzioni delle province, dettava norme di maggiore interesse sulla possibilità delle regioni di redistribuire le funzioni sottratte alle province a comunità territoriali, comprensori, distretti, ambiti, autonomamente definibili in una prospettiva di sussidiarietà che, com’è noto, prevede l’assegnazione delle funzioni al livello istituzionale ottimale per la loro effettività (non necessariamente al livello più vicino al cittadino, come spesso si suole inercialmente ripetere). E può essere utile ricordare anche le norme sull’esercizio associato delle funzioni (il cui termine è stato più volte prorogato), quelle relative alle fusioni dei comuni (con un progressivo aumento delle risorse finanziarie aggiuntive correlate all’avvenuta fusione) e, ancor prima, tutte le norme che hanno introdotto ambiti ottimali per l’erogazione dei servizi pubblici. Se messa a confronto con tale congerie di interventi, tutti orientati a ridefinire la geografia delle funzioni amministrative, può ragionevolmente dirsi che la contrattazione collettiva di comparto non abbia manifestato grande attenzione verso siffatti processi di innovazione organizzativa.

A poco, infatti, sono risultate utili le norme sulla contrattazione territoriale o per le unioni dei comuni: nel ccnl del 1999 si rinvia ad intese e protocolli di carattere generale definite da Anci e Uncem; nel 2002 si perimetra la contrattazione territoriale soltanto agli “enti territorialmente contigui e con un numero di dipendenti non superiore a trenta unità”; nel 2016 si rimette tutto a protocolli d’intesa tra gli enti interessati; nel 2022 si amplia il numero delle materie che possono essere oggetto di contrattazione territoriale, nella speranza che la stessa possa trovare finalmente attuazione, che sarebbe pure necessaria se si pensa che alle fragilità dei comuni di minori dimensioni. Se si considera che il contratto ha introdotto lo scavalco condiviso e il legislatore lo scavalco d’eccedenza, è evidente quanto sia più facile trovare risposte individualizzanti alla grave questione della carenza di personale che non accompagnare, invece, le innovazioni organizzative.

## 6. *Navigare*

Mi avvio così alla conclusione del mio intervento, seguendo le metafore marinaresche di Maria Dolores Ferrara<sup>3</sup>: per imparare a navigare nel mare aperto delle transizioni in cui siamo immersi senza subire l'effetto rassicurante ma frenante dei percorsi già conosciuti occorre una certa dose di coraggio. E tuttavia, a leggere la comunicazione della Commissione Europea del 25 ottobre 2023 su “*Enhancing the European Administrative Space*” (chiamata un po' pomposamente *ComPAct*) emerge subito all'attenzione che la grande importanza assegnata alla pubblica amministrazione per sostenere le politiche sui cambiamenti climatici, sulle sfide tecnologiche economiche e sociali non trova una corrispondente valorizzazione della dimensione collettiva e partecipativa dei lavoratori nei processi di riorganizzazione delle amministrazioni. Personalmente reputo che tale circostanza segni un errore e che tale errore trovi le sue radici nella perdurante convinzione di una sorta di necessaria e giustificata autonomia decisionale e gestionale dell'amministrazione pubblica. A bene vedere, però, nessun processo di innovazione trova effettiva implementazione senza una condivisione culturale dei soggetti che quel processo devono portare a compimento. Questa, mi pare, è la vera e concreta sfida che le pubbliche amministrazioni e con esse tutti i soggetti portatori di interesse sono oggi chiamati ad affrontare.

<sup>3</sup> In questo Quaderno.

### **Abstract**

L'Autore richiama l'attenzione su quattro profili essenziali per comprendere e valutare il processo riformatore e i suoi esiti. Egli afferma, in primo luogo, che una riflessione e una regolazione inconsapevole della pluralità degli assetti istituzionali e della varietà delle dimensioni organizzative rischia di produrre effetti perversi, producendo disordine piuttosto che ordine. Invita, poi, ad adottare una prospettiva ecosistemica in quanto idonea a segnalare la centralità dei rapporti e delle relazioni che sussistono tra i vari elementi del complesso scenario pubblico. Suggerisce, ancora, di valutare bene gli effetti di una irrisolta tensione provocata dalle originarie e perduranti esigenze di contenimento dei costi della contrattazione collettiva come risorsa organizzativa. Segnala infine l'importanza delle relazioni personali tra gli attori, della relativa credibilità e reputazione, più ancora degli astratti modelli relazionali disegnati dalla contrattazione collettiva e inviata a ripensare in questa prospettiva anche i percorsi di acquisizione e formazione della dirigenza pubblica.

The author draws attention to four essential profiles for understanding and evaluating the reform process and its outcomes. He states, first, that unconscious reflection and regulation of the plurality of institutional arrangements and the variety of organizational dimensions risks perverse effects, producing disorder rather than order. It invites, then, the adoption of an ecosystem perspective as it is suitable for signaling the centrality of the relationships and relations that exist among the various elements of the complex public scenario. He suggests, again, that the effects of unresolved tension caused by the original and enduring cost-containment needs of collective bargaining as an organizational resource should be well assessed. Finally, he points out the importance of personal relationships between actors, of their relative credibility and reputation, even more than the abstract relational models designed by collective bargaining, and sent to rethink in this perspective also the paths of acquisition and training of public management.

### **Keywords**

Lavoro pubblico, ecosistemi organizzativi, contrattazione collettiva, modelli relazionali.

Public employment, organizational ecosystems, collective bargaining, relational models.

**Antonello Zoppoli**  
Sul nocciolo duro (ma incompiuto)  
della “privatizzazione” del lavoro pubblico\*

SOMMARIO: **1.** L'utilità di ritornare sul tema. **2.** Il nocciolo duro della “privatizzazione” del lavoro pubblico: la *nuova concezione dell'organizzazione*. **3.** La perfetta sintonia con il contratto di lavoro subordinato. **4.** La scomposizione della figura del datore di lavoro e la “privatizzazione” incompiuta. **5.** Disciplina speciale (non specialità) del lavoro pubblico.

*1. L'utilità di ritornare sul tema*

Sulla riforma del lavoro pubblico, come noto avviata dalla legge delega 23 ottobre 1992 n. 421 e dal conseguente d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29 e in questi trent'anni oggetto di numerosi altri interventi normativi (anche assai significativi), sono maturate, nel tempo, riflessioni e valutazioni molto diverse, già ovviamente da visuali e con prospettive differenti<sup>1</sup>. Prima ancora di giudizi nel merito, interessa qui l'attenzione dedicata all'attuazione della riforma: se, a suo favore, la memoria fa fatica ad andare oltre le opinioni che, pur non ritenendola del tutto realizzata, in chiave costruttiva individuano questo o quel tassello su cui ancora necessariamente lavorare, tra le voci critiche si rinvengono invece, senza sforzi, posizioni anche radicali: accanto a coloro che ne rilevano un'insoddisfacente parziale realizzazione, v'è chi non ha remore ad affermarne il superamento o travisamento, finanche la pressoché so-

\* Lo scritto è destinato agli *Studi in memoria di Mario Napoli*.

<sup>1</sup> Ne costituiscono un'ultima e già eloquente conferma il convegno napoletano organizzato dalle Università Federico II e Parthenope di Napoli – con la *School of Public Management* della stessa Federico II e questa *Rivista* – il 29-30 novembre 2023, sul tema “*Le metamorfosi del lavoro pubblico in trent'anni di riforme (1993-2023)*”, e il presente *Quaderno* che da quel convegno trae spunto.

stanziale giacenza sulla carta, come tale priva di effetti per l'attività e il lavoro delle amministrazioni pubbliche. In particolare, ascoltando le voci critiche, emergono più soluzioni tecniche e itinerari, anche combinati, che avrebbero condotto agli esiti indicati: tra i più ricorrenti, l'inevitabile assorbente e persistente presenza dell'interesse generale, un ritorno al regime pubblicistico, il prepotente riproporsi della fonte legislativa, una contrattazione collettiva e quindi un soggetto sindacale vittime del proprio miope passato e inadatti a moderne organizzazioni pubbliche, un'insormontabile resistenza di prassi ataviche tanto della politica quanto della burocrazia, un via via crescente allontanamento dalle regole del lavoro privato, una "specialità" normativa densa di significati.

Non è mia intenzione provare a fare un bilancio di questo trentennio, ancor meno in questa sede e sicuro dell'imprescindibile apporto di altri saperi (non improvvisato e neanche intuitivo) che esso richiederebbe. Tuttavia, anche dalla sola visuale del giurista – certo, del giurista comunque consapevole della pluralità dei piani della conoscenza toccati dal tema – ho l'impressione che sulla "privatizzazione" del lavoro pubblico si sia detto, per un verso, troppo, per un altro, troppo poco. Si sia detto troppo perché, anche comprensibilmente, di volta in volta ci si è soffermati sui suoi molteplici e diversificati profili e implicazioni (a cominciare da fonti, regole, relazioni sindacali, giurisdizione) talvolta ritenendola o comunque assumendola, più o meno dichiaratamente o consapevolmente, come una panacea. Si sia detto poco perché, specularmente, se ne è perso di vista il suo "ultimo" più autentico significato giuridico, che avrebbe probabilmente consentito tanto di distinguere da profili e implicazioni quanto di non metterla in discussione (sovente pure in radice) quale scelta non reversibile alla luce del percorso di trasformazione dei contesti sociali alle prese con dinamiche e problematiche della contemporaneità. In questa logica, sicché, riflettere sul trentennio trascorso può essere utile al fine di continuare, in futuro, sulla strada più feconda, cercando di evitare (per non dire proseguire) la classica babele delle lingue, di cui davvero non si avverte la necessità. In particolare, è tale obiettivo a indurre a ritornare su concetti e discorsi in buona parte già proposti in passato nell'ambito di un dibattito del resto pluridecennale, assai ricco e intenso. Lo si farà, giocoforza, per punti salienti<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Sia consentito sin da ora rinviare, per i necessari approfondimenti e riferimenti bibliografici, a due dei miei scritti sul tema, *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, Esi, 2000; *La dirigenza pubblica tra mancata riforma e persistenti equivoci*, in ESPOSITO, LUCIANI V., ZOPPOLI A.,

## 2. *Il nocciolo duro della “privatizzazione” del lavoro pubblico: la nuova concezione dell’organizzazione*

Come si ricorderà, le ragioni della riforma venivano piuttosto da lontano.

Contributi fondamentali di studiosi autorevoli – per tutti, Massimo Severo Giannini, Sabino Cassese e Mario Rusciano – avevano messo ampiamente a fuoco i numerosi vincoli e appesantimenti prodotti dal regime pubblicistico sulle attività delle amministrazioni, forieri di complicazioni procedurali, immobilismi, reali impedimenti, ma pure di meri alibi nonché di posizioni di potere non marginale per la burocrazia. Con un prezzo sociale ed economico assai alto da pagare, divenuto insostenibile agli inizi degli anni Novanta per il conto che la storia puntualmente presentava al nostro Paese dopo la lunga esperienza della cd. Prima Repubblica e al cospetto di una presenza, quella europea, già ben conosciuta, che aveva assunto anche la veste di autorità monetaria, destinata a far sentire sempre più il suo peso. Pressoché inutili erano stati gli interventi legislativi dei decenni precedenti, già rivolti in qualche misura a mutare dinamiche del “privato”: si pensi al tentativo del d.P.R. 30 giugno 1972 n. 748, invero assai timido, di “creare” una dirigenza dalle sembianze per così dire manageriali; o alle aperture al sindacato e alla contrattazione collettiva, iniziate alla fine degli anni Sessanta con la legislazione di settore e approdate poi nel 1983 alla c.d. “legge quadro” (n. 93 del 29 marzo), aperture pretenziose e per questo ancor più ibride, anzitutto per un “innaturale” coinvolgimento del soggetto sindacale sul versante organizzativo, sì da risultare all’origine di ulteriori vincoli e impedimenti per l’attività delle amministrazioni, secondo alcuni finanche causa di una “espropriazione del datore di lavoro pubblico”<sup>3</sup>.

Passando dalla storia all’oggi, senza soluzione di continuità, è proprio sul versante organizzativo che, a parer mio, l’attenzione va concentrata.

Gli studiosi citati – andiamo al cuore della questione – avevano individuato nelle carenze di carattere organizzativo la priorità su cui agire per dar

ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. nn. 74 e 75 del 25 maggio 2017 (c.d. riforma Madia)*, Giappichelli, 2018, p. 317.

<sup>3</sup> TREU, *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego: ambiti e strutture*, in *DLRI*, 1993, p. 4. La “prassi cogestiva” è sottolineata, tra gli altri, da NAPOLI, *L’autonomia collettiva e la privatizzazione del pubblico impiego. Lineamenti interpretativi del d.lgs. 4 novembre 1997, n. 396*, in *Jus, Rivista di scienze giuridiche*, anno XLVII, gennaio-aprile 2000, e in NAPOLI, *Lavoro, diritto, mutamento sociale*, Giappichelli, 2002, p. 293.

vita a moderne amministrazioni pubbliche. In merito alla necessità di intervenire anzitutto *sull'organizzazione*, secondo il ben noto già ricordato insegnamento di Giannini<sup>4</sup>, almeno in dottrina dubbi non vi sono mai stati. Ovviamente i piani interessati da una simile prospettiva sono tanti e tutti impegnativi: dalla macro alla microrganizzazione, dalle provviste finanziarie alle procedure, dalle risorse materiali agli organici, e via discorrendo.

In quest'ottica non è mancato chi ha censurato la "privatizzazione" del lavoro pubblico proprio per non aver preso le mosse dall'organizzazione. Nonostante il processo riformatore sia stato parte di un più ampio ventaglio di interventi su aspetti centrali degli assetti dei soggetti pubblici e della loro attività, che ha raggiunto il punto più alto a cavallo tra i due Millenni – primi fra tutti la ridefinizione degli apparati centrali, il decentramento di poteri e funzioni verso Regioni e autonomie locali, la semplificazione e la trasparenza dell'azione amministrativa, una nuova regolazione dei bilanci e dei controlli nell'assortita tipologia –, è difficilmente contestabile che la variegata morfologia delle pubbliche amministrazioni avrebbe richiesto una maggiore attenzione ad assetti e dinamiche delle specifiche strutture, per poi procedere ad affrontare le problematiche del lavoro. Tuttavia, ciò non deve far velo al fatto che la "privatizzazione" del lavoro pubblico è, già essa, un intervento che *proprio alla specificità dell'organizzazione guarda e, quindi, dall'organizzazione muove*. In particolare, da un aspetto tanto ovvio quanto essenziale per qualsiasi impostazione adottata o proposito perseguito: la  *fisiologica conduzione dell'organizzazione* – quale attività di coordinamento di cose e persone, fatta di continue, anche quotidiane, scelte, indicazioni, controlli, messe a punto, incentivazioni, sanzioni –, che è tale solo se intesa *in chiave dinamica*, ossia rapportata alle singole realtà e ai suoi tratti e scopi. È da questa visuale che, a mio avviso, si coglie il *primo* significato tecnico-giuridico della "privatizzazione" del lavoro pubblico, che va quindi oltre la "contrattualizzazione", risultando peraltro lessicalmente preferibile<sup>5</sup>. Il legislatore lo ha scritto sin da subito, per l'esattezza nell'art. 4, co. 1, del d.lgs. 29/93, eloquentemente rubricato "Potere di organizzazione"; con una formulazione parzialmente diversa e riferita anche alla microrganizzazione, lo ha poi riscritto nell'art. 5, co. 2, del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 (dalla stessa "rubrica"), a ragion veduta

<sup>4</sup> GIANNINI, *Impiego pubblico (teoria e storia)*, voce, in *ED*, vol. XX, 1970.

<sup>5</sup> Per ovvie ragioni è da escludere l'accezione tecnica classica del termine, ossia il passaggio in mano privata di strutture e attività.

considerato uno dei “due disposti fondamentali della riforma”<sup>6</sup> (l’altro è l’art. 2, dove si rinviene l’assoggettamento alle regole del lavoro nell’impresa e la natura contrattuale del rapporto: su di esso in seguito mi soffermerò).

L’art. 5, co. 2 – come si sa – afferma che le determinazioni inerenti alla microrganizzazione e alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte “con la capacità e poteri del privato datore di lavoro”<sup>7</sup>. Dunque, il legislatore *qualifica il potere in questione e ne cambia il regime*. Da tale indicazione il giurista evidentemente non può prescindere; per quanto ampio lo spazio per l’interprete, il dato è univoco sì da risultare un esemplare insuperabile “limite” – espressione dell’ineludibile “primato del testo”<sup>8</sup> –, salvo l’inconfutabile dimostrazione della sua assoluta infondatezza sulla base degli altri criteri che guidano l’interpretazione: nel caso di specie, come il dibattito ha ampiamente dimostrato e come qui si sta per ricordare, non prospettabile. È questa – osservavo – la migliore visuale per cogliere il senso più profondo del passaggio dallo statuto pubblicistico allo statuto privatistico. Al fine di consentire a ciascuna amministrazione la fisiologica conduzione dell’organizzazione l’ordinamento rivede radicalmente un assunto di fondo: per due elementi cruciali, microrganizzazione e rapporti di lavoro, non si affida più alla “regolazione” unilaterale, *in primis* legale e poi tramite regolamenti e circolari, propria del tradizionale assai rigido approccio del diritto pubblico e antitetica al concetto in sé “dinamico” di organizzazione – estesa anche alle relazioni di lavoro in virtù della pervasiva concezione dell’immedesimazione organica del dipendente/funziario –, ma si rimette, in breve, alla “responsabilità” dei soggetti che l’organizzazione conducono e ai relativi risultati. È il passaggio dalla funzionalizzazione *analitica* alla funzionalizzazione *sintetica*. Conviene ritornare ancora sull’insegnamento al riguardo tanto famoso quanto decisivo: nella fun-

<sup>6</sup> Così CARINCI F., *Una riforma “conclusa”. Fra norma scritta e prassi applicativa*, in CARINCI F., ZOPPOLI L. (a cura di), *Il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commentario*, Utet, 2004, p. XLVII. Il punto è opportunamente ed efficacemente rimarcato da NAPOLI, *op. cit.*, p. 293.

<sup>7</sup> L’originario art. 4 del d.lgs. 29/93 invece così recitava: “Nelle materie soggette alla disciplina del codice civile, delle leggi sul lavoro e dei contratti collettivi esse [le amministrazioni pubbliche] operano con i poteri del privato datore di lavoro, adottando tutte le misure inerenti all’organizzazione ed alla gestione dei rapporti di lavoro”.

<sup>8</sup> MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in MENGONI, *Diritto e valori*, il Mulino, 1985, p. 14; sul tema cfr. *amplius*, anzitutto per ulteriori riferimenti bibliografici, ZOPPOLI A., *Prospettiva rimediata, fattispecie e sistema nel diritto del lavoro*, Editoriale Scientifica, 2022, p. 53 e ss.

zionalizzazione *analitica*, di natura pubblicistica, “il fenomeno organizzativo viene scomposto in una serie di unità elementari, ciascuna definita dalla legge in termini di atto amministrativo”, quindi con la rilevanza del motivo sotteso, “sindacabile tanto in sede di controllo che di giurisdizione” in relazione al fine per cui il potere è attribuito; nella funzionalizzazione *sintetica*, introdotta dalla riforma, “l’ordinamento riferisce invece la valutazione ... a complessi di vicende, o a risultati, intermedi o finali, liberando i singoli atti interni a ciascuna vicenda” e sostituendo, di conseguenza, il predetto controllo di validità di tali singoli atti con la verifica degli esiti della complessiva attività a cui gli stessi conducono<sup>9</sup>. Il significato della “privatizzazione”, dunque, risiede, prima di tutto, in questa diversa *concezione giuridica dell’organizzazione* e quindi del potere organizzativo: un’organizzazione che *si fa*, nei suoi aspetti micro e nella gestione del lavoro, in relazione alla complessità e nella dinamicità del reale, attraverso l’esercizio di un potere messo in condizione di esprimersi “liberamente”. Sulla falsariga, appunto, del potere del privato datore di lavoro: che, per consolidata opinione<sup>10</sup>, nei suoi profili interni – oggetto, modalità e finalità – nasce privo di limiti, a tutela della libertà d’iniziativa economica.

Si spiega così, in modo evidente e immediato, anche la centralità, nella riforma, del “risultato” dell’attività amministrativa – donde anzitutto l’istituto (eloquente già nella denominazione) della cd. responsabilità di risultato del dirigente –, al di là dell’accento (specialmente ma non soltanto mediatico) sul rinomato *New Public Management* o su qualche sua rilettura<sup>11</sup>.

È quasi superfluo osservare che questo grande cambiamento riflette il passaggio dall’eredità dello Stato ottocentesco, con funzioni di ordine pubblico, difesa e giustizia – durata sin troppo a lungo – allo Stato interventista del Novecento, dalle molteplici e diversificate attività. Nel secondo il potere non può più essere regolato anzitutto dal legislatore, una volta per tutte, con

<sup>9</sup> Cfr. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d’impiego con enti pubblici*, in *DLRI*, 1993, p. 470 ss., da cui sono tratte le citazioni, nonché ORSI BATTAGLINI, CORPACI, *Sub art. 4, I*, in CORPACI, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dell’organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo amministrativo (D. lgs. 3 febbraio 1993 n. 29). Commentario*, in *NLCC*, 1999, c. 1098. Sull’argomento v. anche D’ANTONA, *Autonomia discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, in *ADL*, 1994, 4, p. 48.

<sup>10</sup> D’obbligo il riferimento a MINERVINI, *Contro la “funzionalizzazione” dell’impresa privata*, in *RDC*, 1958, I, p. 618.

<sup>11</sup> In proposito v., per tutti, MERCURIO, ESPOSITO V., *La valutazione delle strutture: il punto di vista dello studioso di organizzazione*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, 2011, p. 232.

l'idea di assicurarsene un presunto esito, anch'esso staticamente definito: non è così che moderne amministrazioni possono realizzare l'interesse pubblico nei diversi e complessi contesti di riferimento; al contrario, dinanzi a questi contesti, la conseguenza di una tale concezione è l'esponentiale crescita dei rimarcati vincoli e appesantimenti, esattamente l'antitesi dell'idea di organizzazione al passo con i tempi, per non dire di organizzazione *tout court*. Al fine di eliminare quei vincoli e quegli appesantimenti il legislatore si è reso conto che occorre un potere “libero” (nel senso prima indicato). All'indomani della riforma, in proposito, è stato eloquentemente scritto: il passaggio dalla logica burocratica alla logica dell'organizzazione<sup>12</sup>.

Ovviamente tutto ciò non elimina la rilevanza della legge (e della regolazione unilaterale in generale), ma ne cambia senso e peso. Se il passo indietro dell'intervento normativo unilaterale è occupato (e compensato) dalla evidenziata logica del “risultato”, come per il lavoro privato il potere del datore pubblico comunque incontra i limiti espressamente previsti dal legislatore, configurabili, secondo una nota e tradizionale classificazione, quali limiti ad esso “esterni”. Limiti attraverso cui trovano soddisfazione gli interessi di volta in volta tutelati: tra questi, ovviamente, anche i peculiari interessi perseguiti dalle organizzazioni pubbliche, sinteticamente riconducibili agli interessi generali. Per meglio dire, ogni qual volta il legislatore ritiene che tali interessi vadano specificamente regolati, provvede di conseguenza, circoscrivendo il potere “libero” di cui, oggi, all'art. 5, co. 2, del d.lgs. 165/01.

### 3. *La perfetta sintonia con il contratto di lavoro subordinato*

Secondo un naturale sviluppo logico quanto sin qui detto conduce alla *contrattualizzazione* del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, chiaramente per gli ambiti interessati dalla riforma. Veniamo così all'altro fondamentale già rammentato disposto del d.lgs. 165/01, l'art. 2, commi 2 e 3, che prevede l'assoggettamento del lavoro pubblico alle norme codicistiche e alle leggi sul lavoro subordinato nell'impresa nonché la sua natura e regolazione contrattuale.

Alla nuova descritta concezione di organizzazione il contratto di lavoro

<sup>12</sup> RUSCIANO, *Introduzione. Contributo alla lettura della riforma dell'impiego pubblico*, in RUSCIANO, ZOPPOLI L., *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Giappichelli, 1993, p. XXI.

di cui all'art. 2094 cod. civ., come messo a punto dall'elaborazione giuslavoristica, risponde perfettamente in quanto schema negoziale contraddistinto dalla *disponibilità funzionale* del prestatore di lavoro (debitore) a favore dell'"imprenditore" (creditore), per definizione colui che "esercita professionalmente un'attività economica *organizzata*" (art. 2082 cod. civ.)<sup>13</sup>: con il contratto, il prestatore di lavoro subordinato assicura le proprie energie a chi *fa* l'organizzazione in funzione delle mutevoli esigenze della produzione<sup>14</sup>. L'intervento eteronomo a tutela del prestatore, tratto tipico della disciplina in ragione dello squilibrio tra le parti contrattuali, non intacca la relazione funzionale disponibilità del lavoro-organizzazione che *si fa*.

È attraverso questa relazione funzionale che, dopo la "privatizzazione", passa *anche* la realizzazione degli interessi generali: alla bisogna – come prima rilevato – il legislatore interviene con questo o quel limite, esterno al potere, in ragione dell'esigenza perseguita.

E la nuova configurazione dell'interesse generale fa sì che la tutela del lavoratore non sia più mediata dalla sua realizzazione, come avveniva nel noto tradizionale assetto del pubblico impiego, caratterizzato dall'impostazione unilaterale e autoritativa, conseguente alla posizione di supremazia speciale dell'amministrazione, appunto all'attuazione dell'interesse generale rivolta. Piuttosto, con la "privatizzazione", è il "contratto" lo strumento di regolazione delle relazioni di lavoro, le cui parti sono in posizione paritaria e strutturalmente contrapposta: su di esso si innesta la normativa eteronoma di legge e della contrattazione collettiva – ora fonte centrale e diretta di disciplina – in cui il lavoro trova tutela.

Proprio in ragione di "un equilibrato dosaggio di fonti regolatrici", si rammenterà, la Corte Costituzionale ha ritenuto conforme all'art. 97 Cost. la "privatizzazione" del lavoro pubblico<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Mio il corsivo ovviamente.

<sup>14</sup> Sul classico tema della rilevanza dell'organizzazione nella struttura del contratto di lavoro, v. tra i tanti e per diverse prospettive, PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 1966; LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, FrancoAngeli, 1982, p. 51 e ss.; MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto Privato dell'Università degli Studi di Roma "Sapienza", 2002; CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *DLRI*, 2004, p. 1.

<sup>15</sup> Cfr. le note sentenze del 16 ottobre 1997 n. 309, e del 25 luglio 1996 n. 313. Vale la pena riportare, della prima, il seguente passaggio, in cui la Consulta, richiamando la sua precedente pronuncia, afferma: "la Corte ha osservato come per questa via il legislatore abbia inteso garantire, senza pregiudizio dell'imparzialità, anche il valore dell'efficienza contenuto nel precetto

#### 4. *La scomposizione della figura del datore di lavoro e la “privatizzazione” incompiuta*

Passando allo svolgimento del rapporto di lavoro e riprendendo quindi il cruciale concetto dell’organizzazione *che si fa*, il discorso illumina l’imprescindibile posizione del creditore della prestazione di lavoro: senza la quale, evidentemente, l’organizzazione non può farsi e le finalità cui è preordinato il contratto divengono, inevitabilmente, irrealizzabili. Nel “privato”, il soggetto in parola è il datore di lavoro; nel pubblico, come si sa, la questione è più complicata.

Nel tradizionale approccio pubblicistico, alla funzionalizzazione analitica del potere pubblico, con al centro la legge a garanzia degli interessi generali, corrispondeva la titolarità in capo al soggetto politico dell’attività dell’amministrazione nel complesso intesa. Assetto soltanto scalfito, peraltro sulla carta, dalla già menzionata istituzione della dirigenza nel 1972. Agli inizi degli anni Novanta il legislatore, posto dall’impianto della riforma dinanzi al cruciale quesito di chi dovesse *fare* l’organizzazione, ha guardato anzitutto alla patologia della politica, ossia alla divergenza della sua azione rispetto al proprio fine istituzionale e alla conseguente ricerca del consenso personale o partitico, male annoso e ormai giunto ben oltre la misura tollerabile. Ha così proseguito con decisione la strada che aveva tentato di imboccare nel 1972, conferendo – come prima accennato – indubbia centralità alla dirigenza. Tanto ha però fatto all’interno di una *scomposizione della figura datoriale*, assai problematica. Scelta passata attraverso una disciplina del contratto di lavoro del dirigente profondamente diversa da quella degli altri lavoratori pubblici: messa a punto ancora guardando al “privato”, ma, per ovvie ragioni, al contratto del dirigente, anch’esso da sempre contraddistinto da tratti particolari, volti a ridefinire in radice gli equilibri di potere rispetto allo schema classico della subordinazione. Pure al riguardo l’attenzione dedicata da dottrina, giurisprudenza e operatori in generale è stata molto estesa; velocemente occorre qui riprendere i tratti essenziali della singolare disciplina.

Il fulcro è il principio della *separazione funzionale*, sancito nell’art. 4 del d.lgs. 165/01, in virtù del quale sono attribuiti: alla politica, il potere di indirizzo

costituzionale, grazie a strumenti gestionali che consentono, meglio che in passato, di assicurare il contenuto della prestazione in termini di produttività ovvero una sua ben più flessibile utilizzazione. Dati, questi ultimi, dei quali la Corte ha sottolineato il carattere strumentale rispetto al perseguimento delle finalità di buon andamento della pubblica amministrazione”.

– tramite la definizione degli obiettivi da perseguire – e di verifica dei conseguenti risultati (co. 1); alla dirigenza, l'attività amministrativa e l'intera gestione (co. 2). Analoga “separazione” è rinvenibile anche nel rapporto di lavoro del dirigente privato quale tratto identificativo della “categoria” dirigenziale; lì però non si presenta “inderogabile”, non si ripercuote cioè sulla validità degli atti compiuti in sua violazione, bensì solo all'interno dell'assetto di interessi e situazioni delle parti contrattuali e quindi sullo svolgimento del rapporto di lavoro. Tuttavia l'inderogabilità, nel d. lgs. 165/01, si giustifica per il già sottolineato intento di porre un argine al potere della politica, all'invadenza della sua ricordata espressione patologica. E questa rigida separazione funzionale tra politica e amministrazione trova, sempre all'interno del d. lgs. 165/01, un “naturale” limite nella *contiguità strutturale*, ossia nella convergente posizione dell'una e dell'altra ai vertici della conduzione dell'organizzazione (quali emisferi di un unico cervello): contiguità nitidamente emersa nella c.d. seconda privatizzazione (decreti legislativi 31 marzo 1998 n. 80 e 29 ottobre 1998 n. 387), quando il legislatore si è reso pienamente conto della sua ineluttabilità<sup>16</sup>.

Ritornando alla scomposizione della figura datoriale, se la peculiare disciplina del contratto di lavoro del dirigente pubblico in sintesi ricordata, nei suoi sviluppi, può sembrare, di primo acchito, realizzarla armonicamente, non è difficile rendersi conto che così non è. Infatti, poiché il fine della scomposizione, come si è visto, è la delimitazione dell'azione del soggetto politico, nel momento in cui, sulla base del citato art. 4 co. 1, allo stesso soggetto si attribuisce il controllo sui risultati delle attività delle pubbliche amministrazioni in relazione agli obiettivi definiti (è appena il caso di rammentare ancora una volta l'importanza del “risultato” nell'impianto della riforma), delle due l'una: o è errata la premessa (la patologia della politica), con tutto ciò che ne consegue già sull'impianto della riforma, ma a tanto non è realistico giungere; oppure è errato il rimedio, perché la politica attraverso il controllo dei risultati (più che tramite la definizione degli obiettivi) mantiene le redini dell'organizzazione. L'esperienza insegna – e lo insegnava già agli inizi degli anni Novanta in virtù del d.P.R. 748/72 – che il soggetto politico è restio a definire obiettivi effettivi, sia perché compito non agevole sia per mantenersi il più possibile le mani libere nella sua attività; ma, quan-

<sup>16</sup> Contiguità espressa soprattutto dalla disciplina degli incarichi e dalla già citata responsabilità di risultato. Sul binomio separazione funzionale-contiguità strutturale, quale cardine della disciplina della dirigenza pubblica “privatizzata” (secondo la concettualizzazione proposta in ZOPPOLI A., *Dirigenza*, cit., *passim*), v., in particolare, C. Cost. 23 marzo 2007 n. 103.

d’anche vi provveda, il potere di valutarne il raggiungimento giocoforza condiziona la *conduzione* di tutta l’organizzazione in quanto non può non influenzare il comportamento dei dirigenti. Naturalmente il potere in parola la politica può esercitarlo attraverso la nomina dei componenti gli organismi preposti alla valutazione: quanto infatti sinora accaduto<sup>17</sup>.

Ne deriva un’importante conseguenza giuridica. L’art. 4, co. 1, del d. lgs. 165/01 risulta una norma tanto importante quanto da ben delimitare in via interpretativa: al soggetto politico può essere attribuito il controllo *nelle* amministrazioni (a carattere meramente interno) non *sulle* amministrazioni (dal decisivo rilievo esterno).

Facile che, diversamente opinando, si determini uno snaturamento della “separazione funzionale”, fortemente a rischio di ineffettività, magari – non dico nulla di nuovo ovviamente – sotto la copertura di obiettivi meramente formali, con conseguente analoga valutazione. Il che, in altre parole, significa rimettere la conduzione dell’organizzazione alle caratteristiche del politico di turno, alle sue sensibilità. Con lo speculare alto rischio per la dirigenza di essere relegata al ruolo di *sparring partner*, accomunata in un destino rispetto al quale può poco, nulla o, al più – secondo uno schema pure noto –, giocare le risorse acquisite a favore della propria “sicurezza”. Approdi, questi, evidentemente antitetici rispetto alla necessità di avere, nelle amministrazioni, posizioni di potere e responsabilità istituzionalmente e strutturalmente adeguate in considerazioni degli interessi in gioco, secondo i principi d’imparzialità e buon andamento di cui all’art. 97 co. 2 Cost.

Tuttavia – si badi – ciò non vuole affatto dire che la “privatizzazione” e la “contrattualizzazione” abbiano fallito. Una simile conclusione proverebbe troppo: come prima accennato, l’una e l’altra sono soluzioni non reversibili. Il punto è che *occorre* – continuando ad adoperare termini giuslavoristici – definire *compiutamente la figura del datore di lavoro, nella sua posizione di potere e di responsabilità*, in modo da assicurare tanto la fisiologica conduzione dell’organizzazione (nel senso in precedenza indicato) quanto

<sup>17</sup> Al riguardo, per tutti, sia consentito ancora rinviare specificamente a ZOPPOLI A. *I chiaroscuri della disciplina degli incarichi nella “privatizzazione” della dirigenza pubblica*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Il nuovo diritto del lavoro, I, Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giappichelli, 2013, p. 871, nonché, da ultimo, FERRANTE, *Riforma del lavoro pubblico e poteri datoriali: una relazione ricca di incomprensioni*; MONDA, *La dirigenza pubblica tra amministrazione e politica*; BOSCATI, *La dirigenza pubblica e la responsabilità dirigenziale di risultato*, tutti in questo *Quaderno*; ZOPPOLI L., *Datore di lavoro pubblico*, in DEL PUNTA, ROMEI, SCARPELLI (diretto da), *Contratto di lavoro, I tematici*, ED, VI, 2023, p. 548 ss., *passim*.

la sua conformità ai fini istituzionali<sup>18</sup>. Di questa assoluta priorità, da un lato, la “privatizzazione” ne chiede con forza il soddisfacimento, dall’altro lato nessuna scelta può fare a meno.

Al di là di improponibili miti, come il demiurgo dirigente-manager, la soluzione più plausibile per l’impianto della riforma sembrava e, nonostante tutto, ancora adesso sembra l’attribuzione della valutazione dei risultati delle pubbliche amministrazioni a soggetti terzi e indipendenti dal soggetto politico. Soluzione conseguente all’interpretazione dell’art 4 co. 1 del d.lgs. 165/01 prima indicata, orientata dal più volte richiamato art. 97 co. 2 Cost. e dettata anche dalla consapevolezza che la verifica elettorale, per modalità e tempistica, non fornisce stimoli e verifiche sufficienti per amministrazioni adeguate alla rilevanza e diffusione dei compiti svolti in una società contemporanea. Per converso, la valutazione dei risultati delle amministrazioni da parte di soggetti terzi e indipendenti costituisce un importante intervento sul versante che, per primo, necessita di significativi correttivi, appunto quello politico, a cominciare dalla definizione degli obiettivi delle amministrazioni, dalla cui trasparenza ed effettività una seria valutazione giocoforza muoverebbe<sup>19</sup>.

Certo, si tratta di una soluzione che, al di là delle difficoltà operative – pur sempre superabili –, risulta assai delicata per le intuibili ripercussioni in termini di redistribuzione delle quote di potere nella gestione della “cosa pubblica”, sì da chiedere l’apporto di un soggetto politico lungimirante, dalla spiccata sensibilità istituzionale e di solida legittimazione. Comunque sia, ciascuno, nel proprio ruolo, dovrebbe svolgere la sua parte, oggi anzitutto l’interprete. In questi trent’anni passati in avanti si sono compiuti, ma l’andatura è stata tanto lenta quanto debole.

<sup>18</sup> Sulla figura del datore di lavoro pubblico in generale v., tra gli altri, BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico* (relazione al XVI Congresso nazionale dell’Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale, Catania 21-23 maggio 2009), in *DLRI*, 2010, p. 90, e ZOPPOLI L., *Datore di lavoro pubblico*, cit., p. 548.

<sup>19</sup> La Corte costituzionale ha sottolineato più volte, in riferimento anzitutto all’art. 97, co. 2, Cost. l’importanza di “un efficace sistema valutativo in relazione agli obiettivi programmati” e di “adeguate garanzie procedurali nella valutazione dei risultati” ai fini della revoca dell’incarico attribuito al dirigente: così la sentenza 103/07; tra le altre v. le sentenze 24 gennaio 2017 n. 15, 5 marzo 2010 n. 81, 23 marzo 2007 n. 104.

### 5. *Disciplina speciale (non specialità) del lavoro pubblico*

Dunque, la “privatizzazione” del lavoro pubblico risulta una scelta non solo ancora attuale, ma – va ribadito – irreversibile. La complessità dei contesti da amministrare al più cresce, di sicuro non diminuisce, e l’organizzazione, per stare in sintonia con i tempi, dovrà essere sempre meno rigida e più “vitale”. Per rimanere agli ultimi anni, basti pensare al Piano integrato delle attività e dell’organizzazione (PIAO), ora perno dell’assetto organizzativo di ciascuna amministrazione, con specifica attenzione al concetto di “valore pubblico” e al suo impatto aggiuntivo sull’effettivo soddisfacimento dei bisogni delle tanto diverse realtà considerate<sup>20</sup>; o a tutte le implicazioni della digitalizzazione nell’organizzazione, come dimostra ampiamente il Piano triennale per l’informatica, la cui adozione il d.lgs. 7 marzo 2005 n. 82 rimette all’Agenzia per l’Italia digitale affidandone poi l’attuazione all’itinerario giuridico e organizzativo di ciascun ente pubblico ai fini del buon andamento. Immaginare un ritorno alla centralità della legge o all’iper-regolazione unilaterale appare irrealistico e del tutto fuori luogo<sup>21</sup>.

In senso anche fortemente critico verso la “privatizzazione” – lo si accennava in apertura di queste riflessioni – sovente v’è chi sottolinea come in questi trent’anni siano via via aumentate le differenze di disciplina tra privato e pubblico, peraltro – si aggiunge – già in avvio della riforma non marginali. Così come – anche questo lo si ricordava – nello stesso spirito non manca chi richiama l’attenzione su una rinnovata centralità dell’intervento legislativo, in particolare sui contenuti del potere datoriale. Rispetto a entrambe le osservazioni non si può che insistere su concetti già affermati.

Anzitutto, la “privatizzazione” non è in questa o in quella regola o in questo o in quell’istituto, ma è in *una diversa idea di organizzazione*, che ne pone al centro l’effettiva conduzione.

In riferimento alla ri-regolazione legislativa del potere datoriale – due emblematici esempi per tutti, su cui molto si è discusso: l’esercizio del potere disciplinare (art. 55 e ss. del d.lgs. 165/01) e la valutazione delle *performance* (secondo l’articolata disciplina anzitutto del d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150) –, è il caso di dire che non si è in presenza di una rinnovata pubblicizzazione,

<sup>20</sup> V. d.l. 9 giugno 2021 n. 80, conv. con mod. in l. 6 agosto 2021 n. 113.

<sup>21</sup> Da ultimo, efficacemente, in tal senso D’ALESSIO, *Le ragioni e il valore della contrattualizzazione del lavoro pubblico*, in questo *Quaderno*.

*rectius* di una nuova funzionalizzazione analitica<sup>22</sup>: la disciplina legale di questo o quel segmento del potere datoriale ha pur sempre sullo sfondo “la capacità e i poteri del privato datore di lavoro”, secondo il sottolineato principio sancito dall’art. 5 co. 2 del d.lgs. 165/01, sicché la struttura del potere datoriale non muta. Piuttosto il ritorno alla legge esprime insoddisfazione della conduzione dell’organizzazione, che cerca di assicurare determinandone nuovamente a “tavolino” specifici presupposti e modalità di esercizio: come dire, un accurato vestito di limiti esterni originato semplicemente da un circolo vizioso. In proposito, è sufficiente rimarcare nuovamente il fiato corto di misure dal carattere rigido, slegate dai contesti di riferimento, e, al contempo, i rischi che ne derivano sulla nuova cultura dell’organizzazione che la “privatizzazione” fortemente promuove. Ad esempio, è assai significativo quanto rilevato da attente analisi in merito alle norme legali sull’esercizio del potere disciplinare, che, secondo i risultati emersi, non ne hanno affatto agevolato l’esercizio<sup>23</sup>. La “privatizzazione” – non lo si dimentichi – se da un lato ha il fondamentale e ineludibile significato giuridico evidenziato, si scommette anche su un cambio di mentalità, cioè proprio sulla dimensione culturale. Eloquentemente si è sottolineato, ancora di recente, il bisogno di “una seria cultura dell’organizzazione” nelle strutture pubbliche<sup>24</sup>: i passi indietro del legislatore, al riguardo, evidentemente non giovano e non gioveranno.

Considerazioni analoghe possono farsi in relazione alle differenze di disciplina in generale, concettualmente irrilevanti – bene ripeterlo – sulla “privatizzazione”. Se sussistono ragioni per introdurre regole differenti dal privato, derivanti *in primis* dalle indicazioni costituzionali di cui all’art. 97 Cost., occorre comunque procedere con molta attenzione e cautela, intervenendo solo quando le peculiarità del lavoro pubblico davvero lo richiedano. La direzione di questi anni sembra sia stata diversa. Oltre a quanto osservato circa l’esercizio del potere disciplinare, si pensi – per fare altri due esempi – al dibattito in merito a un’altra importante differenza, l’applicazione

<sup>22</sup> V. in proposito le puntuali osservazioni di ZOLI, *I poteri del datore di lavoro pubblico tra interesse pubblico e contratto*, in questo *Quaderno*.

<sup>23</sup> V. le interessanti considerazioni di LUCIANI V., *La disciplina dei licenziamenti individuali tra pubblico e privato: dalla omogeneità alla specialità*, e MAINARDI, *Il licenziamento disciplinare nelle pubbliche amministrazioni ed il regime di tutela: sono davvero le Colonne d’Ercole della privatizzazione?*, entrambi in questo *Quaderno*, nonché, più in generale sul tema, per tutti, LAFORGIA, *Autorità, contratto, poteri nel lavoro pubblico*, Cacucci, 2023. pp. 266 e ss.

<sup>24</sup> ZOPPOLI L., *Datore di lavoro pubblico*, cit., p. 561.

della reintegra nella disciplina del licenziamento, per la quale non mancano affatto opinioni decisamente critiche<sup>25</sup>; oppure, guardando alla fase precedente all’instaurazione dei rapporti di lavoro e alla sua disciplina incentrata sulla regola del concorso, ancora oggi di stampo pubblicistico e anch’essa oggetto di ampia discussione, alla luce di puntuali indagini v’è da chiedersi – o meglio, continuare a chiedersi – se vi sia effettivamente necessità già di tali particolari regole<sup>26</sup>.

Ampliando il discorso, la cautela nella differenziazione regolativa induce inoltre a escludere che, oggi, debba parlarsi di una “specialità” del lavoro pubblico. La specialità in chiave selettiva e di diversificazione delle regole – premesso, per sgombrare il campo da ogni dubbio, che comunque neanche essa intaccherebbe la “privatizzazione” – risulta particolarmente problematica, in particolare per la “indeterminatezza delle categorie concettuali che sono alla base del dibattito” sull’argomento<sup>27</sup>, con la conseguenza, tra gli altri effetti, di spazi incerti e assai ampi per l’interprete. Non a caso negli anni è stata sopravanzata dalla tecnica normativa della espressa previsione di “regole speciali”. Sorte che la riforma del lavoro pubblico puntualmente conferma: nella prima originaria versione un esplicito riferimento alla specialità si rinveniva – sia pure in forma ambigua – nell’art. 2, co. 2, del d.lgs. 29/93, secondo il quale le regole del lavoro privato avrebbero trovato applicazione “in quanto compatibili con la specialità del rapporto e con il perseguimento degli interessi generali nei termini definiti” dallo stesso decreto; l’attuale formulazione sempre dell’art. 2, co. 2, ora del d.lgs. 165/01, si limita, invece, soltanto a far “salve le diverse disposizioni contenute” nel medesimo d.lgs.

Dunque, un diritto del lavoro con *regole speciali*, questo è oggi il lavoro pubblico. Regole di certo importanti per i particolari e rilevanti interessi perseguiti dalle organizzazioni in cui il lavoro è svolto, ma proprio per questo da introdurre solo quando necessarie e idonee a soddisfare quegli interessi.

<sup>25</sup> Cfr., tra gli altri, MAINARDI, *Il licenziamento*, cit., e ZOPPOLI L., *Le metamorfosi del lavoro pubblico in trent’anni di riforme: tra sterili miti e mostri fecondi*, in questo *Quaderno*.

<sup>26</sup> Cfr., da ultimo, BATTINI, *La crisi del concorso pubblico e le prospettive del PNRR*, e RICCOBONO, *Le metamorfosi del lavoro pubblico a trent’anni dalla privatizzazione: reclutamento, inquadramenti, estinzione*, entrambi in questo *Quaderno* in questo *Quaderno*; nonché GENTILE, *Il reclutamento pubblico: aspetti organizzativi, modelli di selezione. Nuovi assetti*, Giappichelli, 2023, pp. 12 e ss.

<sup>27</sup> SPEZIALE, *Il lavoro subordinato tra rapporti speciali, contratti “atipici” e possibili riforme*, in *WP. C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .IT-51/2007*, p. 22.

E sempre preoccupandosi di assicurare anzitutto l'effettiva fisiologica conduzione dell'organizzazione, coesistente alla sua nuova concezione che della "privatizzazione" del lavoro pubblico costituisce il nocciolo duro e senza la quale – vale la pena ancora ripeterlo – la sorte di qualsiasi intento o regola appare segnata.

## **Abstract**

L'Autore individua l'essenza della c.d. privatizzazione del lavoro pubblico in una nuova concezione giuridica dell'organizzazione, con al centro la sua fisiologica conduzione, rispetto alla quale risulta in piena sintonia il contratto di lavoro subordinato. Al contempo, nella “privatizzazione”, rinviene una problematica scomposizione della figura datoriale in soggetto politico e dirigenza, che, se rende ancora oggi incompiuto il mutamento di regime in parola, non ne mette tuttavia in discussione l'irreversibilità dinanzi ai compiti delle amministrazioni in una società contemporanea. Ne consegue che la peculiarità degli interessi dalle amministrazioni perseguiti si traduce, esclusivamente, in regole speciali per il lavoro pubblico.

The Author identifies the essence of the so-called privatization of public employment in a new legal conception of the organization, centered on its natural direction, with which the subordinate employment contract is fully aligned. At the same time, within this “privatization”, the Author identifies a problematic division of the employer figure into political entity and management. While this division makes the regime change still incomplete, it does not call into question its irreversibility in light of the tasks faced by public administrations in contemporary society. As a result, the peculiar nature of the interests pursued by administrations results exclusively into special rules for public employment.

## **Keywords**

Privatizzazione del lavoro pubblico, nuova concezione dell'organizzazione, contratto di lavoro subordinato, scomposizione della figura datoriale, incompiutezza e irreversibilità, regole speciali.

Privatization of public employment, new conception of organization, subordinate employment contract, division of the employer figure, incompleteness and irreversibility, special rules.



## sezione seconda

# Sulle relazioni sindacali

**Maria Dolores Ferrara**

Le relazioni sindacali in trent'anni  
di riforme del lavoro pubblico

**SOMMARIO:** **1.** Premessa: questioni di tecnica regolativa. **2.** La definizione degli “spazi” nelle relazioni sindacali pubbliche: il nodo della natura e dell'efficacia del contratto collettivo. **3.** La regolazione dei “poteri” nel lavoro pubblico: le attribuzioni della politica, dell'amministrazione e dell'autonomia collettiva. **3.1.** La razionalizzazione delle trattative. **3.2.** La definizione dei confini tra contrattazione e partecipazione: i diritti di partecipazione tra vizi e virtù. **4.** Dalla partecipazione alla responsabilità partecipata: per una diversa dogmatica dell'interesse collettivo nel lavoro pubblico.

### *1. Premessa: questioni di tecnica regolativa*

Tracciare i lineamenti delle metamorfosi che hanno interessato le relazioni sindacali nel lavoro pubblico è un compito arduo e, allo stesso tempo, un'occasione per sperimentare nuovi percorsi interpretativi. Trent'anni dall'approvazione del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 costituiscono un'occasione per rievocare il passato delle ambiguità e il presente delle metamorfosi di una riforma che resta epocale, ma anche un'opportunità per mettere in discussione i dogmi che la storia delle relazioni sindacali ha generato in questi trent'anni dalla grande trasformazione, se è vero che il dogma spesso e inesorabilmente risparmia dall'incomodo di spostarsi dai propri fertilizzanti<sup>1</sup>.

Gli intrecci tra organizzazione dell'amministrazione e gestione del per-

<sup>1</sup> Il presente contributo costituisce una sintesi degli esiti delle ricerche svolte nel volume FERRARA, *Il sindacalismo nella pubblica amministrazione. Protagonismo, antagonismo e partecipazione*, Giappichelli, 2024.

sonale, interesse pubblico, interessi privati e interessi collettivi, hanno impresso nel legame tra sindacato e lavoro caratteri di peculiare specificità rispetto alle relazioni sindacali nel lavoro privato<sup>2</sup>. Da questa iniziale premessa si può desumere che il primo nodo da isolare e districare è quello della tecnica regolativa adoperata: occorre chiedersi se e in che misura essa ha potuto impattare, ostacolare, creare collegamenti virtuosi o inesorabili contraddizioni.

In proposito, si è rimarcato<sup>3</sup> che la disciplina introdotta con il d.lgs. 29/93, modificata nello stesso anno da due decreti e ampiamente rivisitata nel 1997-1998, e poi confluita nel decreto legislativo n. 165 del 30 marzo 2001, ha conosciuto oltre 120 interventi legislativi di modifica (da un ultimo conteggio, al momento in cui si scrive, sono 125 all'esito dei provvedimenti di questa estate). Ammette l'Autore che si tratta, peraltro, di una stima molto limitata delle modifiche della disciplina del pubblico impiego, da un lato perché si riferisce solo al numero di fonti che hanno introdotto modifiche e non al numero di modifiche che è assai più elevato; dall'altro, perché la disciplina del pubblico impiego è ormai contenuta in un numero elevatissimo di disposizioni legislative sparse nell'ordinamento, che compongono lunghissime, quanto instabili, catene normative. Le continue rivisitazioni e oscillazioni sono frutto di una tecnica evidentemente non di semplice manutenzione, ma il segno di un più profondo sentimento di insoddisfazione permanente.

L'andamento delle riforme che hanno interessato le relazioni sindacali speculari a quello degli interventi relativi al rapporto di lavoro pubblico è anche stato l'indice di un'evidente pretesa dell'apparato regolativo, pretesa consistente nell'adattamento delle relazioni sindacali alle ideologie e alle oscillanti culture a fondamento dei provvedimenti di volta in volta varati<sup>4</sup>.

Le relazioni sindacali pubbliche sembrano dover essere più resilienti e pronte all'accomodamento ai rimedi per risolvere i veleni dell'amministra-

<sup>2</sup> Così RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, il Mulino, 1978, p. 9. Per una rilettura degli intrecci tra buon andamento e diritti/obblighi del personale pubblico si veda ZOPPOLI L., *Buon andamento della pubblica amministrazione e diritti e doveri dei lavoratori*, in *LPA*, 2, 2019, p. I ss.

<sup>3</sup> BATTINI, *Il riformismo e la burocrazia: eredità del passato e prospettive per il futuro*, in *RTDP*, 2, 2023, p. 735.

<sup>4</sup> Evidente è l'impatto anche sul ruolo e sulla funzione della contrattazione collettiva a causa del frequente *restyling* della disciplina legislativa dovuto, in prima battuta, alle alterne prospettive ideologiche dei governi succedutisi alla guida del Paese; in tal senso, GARGIULO, *La contrattazione collettiva nelle pubbliche amministrazioni: cronache dal bradisismo*, in *LPA*, 2, 2019, p. 57 ss.

zione italiana molto più di quanto accade nel privato dove l'aspettativa più ottimistica è la neutralità rispetto alle svariate riforme, nella speranza di scongiurare il conflitto, ma certamente non l'adattamento.

Ciò nonostante, al sostanziale indebolimento del metodo negoziale, frutto delle diverse revisioni della normativa, non è corrisposto un prevedibile calo dei consensi. I tassi di sindacalizzazione nel settore pubblico continuano ad essere più elevati di quelli del settore privato, non solo in Italia ma in tutta Europa<sup>5</sup>.

La debilitazione del metodo contrattuale non ha impattato sui titolari di tale metodo. Ciò è potuto accadere per diverse ragioni<sup>6</sup>.

Ad avviso di chi scrive, i fattori della resilienza delle relazioni sindacali in tempo di crisi sono da ricercarsi in dinamiche più celate e collegate al tipo e al tasso di coinvolgimento formale e informale delle organizzazioni sindacali nell'organizzazione e gestione del personale che hanno consentito di fronteggiare l'affaticamento del metodo contrattuale.

Accanto a questa richiesta di adeguamento, nel lavoro pubblico, l'azione del sindacato è stata regolata secondo una rigida ripartizione delle competenze: a ciascuno il suo spazio, con la conseguenza che il non spazio, la terra di confine tra organizzazione, micro e macro, gestione e regolazione dei rapporti di lavoro, avrebbe dovuto trovare un'ordinata composizione e che questa ordinata composizione avrebbe contribuito al processo di accomodamento delle relazioni sindacali ai mutevoli obiettivi delle riforme.

Questa promessa non è stata del tutto mantenuta, poiché la divisione delle sfere di pertinenza è diventata, invece, il pretesto per sconfinare e per condizionare reciprocamente i processi di produzione delle regole legislative, amministrative/gestionali e collettive.

Nella prospettiva di questo primo profilo della tecnica regolativa, uno dei nodi irrisolti continua ad essere quello di isolare e valorizzare il non spazio, lo spazio di confine, l'area su cui insistono poteri differenti ma convergenti, dimensione, questa, che impone di reperire soluzioni *ad hoc*.

<sup>5</sup> Si veda CARUSO, *Statuto, conflitto, relazioni sindacali e organizzazione del lavoro nel settore pubblico, oggi*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT-437/2021, p. 12.

<sup>6</sup> Tra questi fattori figurano la strategia di sapiente attendismo delle centrali confederali (FELTRIN, *Le logiche sindacali di azione nel pubblico impiego in tempi di crisi e riforme*, in SINAPPSI - *Connessioni tra ricerca e politiche pubbliche*, 1, 2020, p. 52) e la propensione verso forme coalizionali con movimenti della società (KEUNE, PEDACI, *Nuovi attori, temi e conflitti: le relazioni industriali nel settore pubblico dopo la crisi finanziaria*, in RivPS, 3, 2020, p. 164 ss.).

2. *La definizione degli “spazi” nelle relazioni sindacali pubbliche: il nodo della natura e dell’efficacia del contratto collettivo*

Il secondo nodo attraverso cui rileggere le relazioni sindacali in trent’anni di riforme è quello delle competenze e dei poteri. La modellistica, che da trent’anni anima il dibattito, ruota intorno alla natura e all’efficacia della fonte collettiva nel lavoro pubblico e alle alterne vicende delle sue competenze regolative rispetto alla legge e ai poteri di organizzazione e gestione della controparte datoriale.

I temi della funzionalizzazione del contratto collettivo agli interessi generali e della sua efficacia sono stati arati in relazione a molteplici profili, fino a mettere in dubbio la compatibilità costituzionale del modello contrattuale pubblico<sup>7</sup>; il dibattito si è polarizzato sul ruolo della contrattazione collettiva come fonte di diritti e obblighi all’interno del rapporto di lavoro, muovendo dal postulato che dalla sua contrattualizzazione dovesse scaturire una sorta di sovranità della regolamentazione collettiva, fermi restando i limiti interni ed esterni ad essa posti.

La lettura combinata degli articoli 2, co. 2 e 3, 5, co. 2, e 40, co. 1, d.lgs. 165/01, nonostante gli svariati interventi riformatori, ha consentito di mettere al centro dell’assetto normativo la contrattualizzazione del lavoro pubblico intesa come “superamento di un sistema di regolazione affidato a fonti generate unilateralmente dal potere pubblico e rimesso invece a tecniche di normazione consensuale, cioè contrattuali”<sup>8</sup>. Allo stesso tempo, “dall’assenza di una definizione di contratto collettivo nel decreto n. 165 del 2001 si può derivare la presenza di un sistema specifico di contrattazione collettiva piuttosto che di una diversa tipologia di contratto collettivo rispetto a quello di diritto comune”<sup>9</sup>.

Si è anche rimarcata la scarsa attenzione “al tema fondamentale del rapporto tra legge e contratto individuale”<sup>10</sup>, ritenendo assorbita tale prospettiva dalle vicende dello spazio collettivo negoziale variamente configurato. Non

<sup>7</sup> Si veda BARBIERI, *Problemi costituzionali della contrattazione collettiva*, Cacucci, 1997, spec. p. 431 ss.

<sup>8</sup> Così ZOPPOLI L., *Buon andamento*, cit., p. 1 ss.

<sup>9</sup> Così ALES, *Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni*, Utet giuridica, Torino, 2007, p. 100 ss.

<sup>10</sup> Si legga BARBIERI, *Il sinallagma nei contratti di lavoro per le Pubbliche Amministrazioni. Un percorso storico-critico*, Cacucci, 2018, p. 51.

può negarsi che le divisioni in blocco tra sostenitori delle tesi pubblicistiche e neo-pubblicistiche e fautori delle tesi privatiste hanno influenzato l'interpretazione del triumvirato normativo istitutivo della (presunta) sovranità contrattuale collettiva, ossia dell'art. 2, co. 2 e 3, art. 5, co. 2, e art. 40, co. 1, d.lgs. 165/01<sup>11</sup>. Al di là degli aspetti critici di queste diverse elaborazioni, permane un profilo problematico, ossia che l'individuazione della natura del rapporto di lavoro pubblico la si fa discendere dalle vicende regolative della contrattazione collettiva e dagli ambiti da essa occupati, non occupati o invasi a discapito di altre fonti (legge e atto amministrativo).

La questione, invece, apparsa decisiva in questi anni è, ad avviso di chi scrive, quella della "capacità" regolativa della contrattazione collettiva intrinseca, a prescindere dalla fisarmonica delle competenze frutto delle mutevoli ideologie alla base delle riforme e dei condizionamenti collegati alle politiche economiche<sup>12</sup>.

Si vuole qui dire che i nodi applicativi sono anche scaturiti dal fatto che in molte circostanze quando vi è stata l'"autonomia" regolativa non è seguita un'effettiva "capacità" regolativa e viceversa, in ragione dell'ibridismo di interessi che si registra sul confine tra organizzazione degli uffici e gestione dei rapporti di lavoro, fermo restando il canone costituzionale della libertà sindacale di cui all'art. 39 Cost. Con ciò non si vuole negare che gli intrecci problematici siano il frutto della tecnica legislativa del legislatore riformatore; ma si intende offrire un'ulteriore lettura delle vicende.

Gli articoli in questione hanno rivestito una diversa funzione in relazione alle svariate versioni conseguenti alle modifiche avutesi nel tempo. Rispetto all'originario assetto e prima della riforma Brunetta del 2009, le fonti di regolazione nel lavoro pubblico si basavano sul riconoscimento simultaneo, in favore della contrattazione collettiva, dell'autonomia e della conseguente sua capacità regolativa. Va chiarito che quando si parla di autonomia regolativa si intende riferirsi all'attitudine in astratto di essere una fonte di diritto, ossia di essere un atto o un fatto a cui, secondo la teoria classica delle fonti, l'ordinamento giuridico attribuisce il compito di produrre nuove norme giuridiche<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Per una ricostruzione del dibattito si veda, sul punto, ZOPPOLI L., *Buon andamento*, cit., p. 10.

<sup>12</sup> Si veda ampiamente FERRARA, *op. cit.*

<sup>13</sup> La letteratura costituzionale sul punto è sterminata, ci si limita all'indicazione dei testi più diffusi; si veda, pertanto, CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale II - Fonti normative*,

L'articolo 2, co. 2, d.lgs. 165/01, nella formulazione originaria riprendeva, rafforzandolo, il progetto di costituzione di uno spazio negoziale e non solo di un sistema di fonti regolanti il pubblico impiego delineato già a partire dalla riforma del '92-'93. Con questa nozione, infatti, si sono individuati almeno tre concetti, ossia lo spazio delegificato, inteso come ambito dal quale la regolamentazione eteronoma si è ritratta e viene occupato da regole autonome, dalla prassi o dalle decisioni unilaterali; lo spazio per la contrattazione collettiva, considerato la sfera conquistata *ex novo* della contrattazione collettiva post privatizzazione; lo spazio per l'autonomia negoziale individuale, consistente nell'area riservata alla contrattazione individuale tra datore di lavoro pubblico e personale addetto<sup>14</sup>. Alla metafora dello spazio di Rusciano e Lorenzo Zoppoli, Franco Carinci ha contrapposto la dinamica dei poteri, secondo cui dalla contrattualizzazione, determinando il superamento della concezione autoritaria del rapporto di lavoro, ne è derivato un mutamento dei poteri della pubblica amministrazione i quali, per la parte sottratta al regime pubblicistico, non possono più fondarsi sulla qualificazione dell'interesse dell'organizzazione al rango dell'interesse pubblico<sup>15</sup>. In senso epistemologico, per Massimo D'Antona la contrattazione collettiva, per effetto della privatizzazione, è divenuta espressione di libertà negoziale e non di potere normativo, non sussistendo alcuna necessaria coincidenza tra fonti pubblicistiche e autonomia organizzativa, poiché questa ultima si esercita anche attraverso la capacità di diritto privato<sup>16</sup>.

Al riconoscimento dell'autonomia regolativa del contratto collettivo faceva *da pendant* la scrittura dei confini entro cui tale autonomia si poteva esercitare attraverso l'art. 5, co. 2, e l'40, co. 1, d.lgs. 165/01. Esisteva una simmetria tra attribuzione del potere regolativo e suo esercizio. Se si rileggono i testi delle norme *ante* riforma del 2009, anche la rispettiva morfologia sintattica (prima ancora del rispettivo contenuto) conferma questa corrispondenza. Attribuito il potere, se ne determinavano le condizioni di esercizio

Cedam, 1984; ZAGREBELSKY, *Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, 1987; più recentemente, CICONETTI, *Le fonti del diritto*, Giappichelli, 2019.

<sup>14</sup> L'efficace formulazione è di RUSCIANO, ZOPPOLI L., *Introduzione*, in RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *Lo «spazio negoziale» nella disciplina del lavoro pubblico*, il Mulino, 1995, p. 16.

<sup>15</sup> CARINCI F., *Contratto e rapporto individuale di lavoro*, in *DLRI*, 3-4, 1993, p. 675; CARINCI F., *Le fonti della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *ADL*, 1, 2000, p. 55 ss.

<sup>16</sup> Così D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassanini»*, in *LPA*, 1, 1998, p. 61 ss.

rispetto alla gestione unilaterale del datore di lavoro e alla legge. Il co. 2, dell'art. 5, infatti, si limitava a ricordare che «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»; similmente, l'art. 40, co. 1, statuiva che «la contrattazione collettiva si svolge su tutte le materie relative al rapporto di lavoro ed alle relazioni sindacali».

Questa ricostruzione non è smentita dalla presenza *ab origine* delle materie riservate alla legge. La definizione di ambiti esclusi dalla contrattazione collettiva, tema centrale sin dai primi passi del processo di privatizzazione, era il presupposto del riconoscimento dell'assenza dell'autonomia regolativa della fonte collettiva medesima, confermando, in tal modo, la sua esistenza da quel momento in poi in tutti gli altri campi. Nel delegare al Governo il difficile compito di avviare il processo di privatizzazione del pubblico impiego, come è noto, l'art. 2, co. 2, lett. c, l. n. 421 del 23 ottobre 1992, disponeva espressamente che le sette materie ivi elencate dovevano essere regolamentate con legge ovvero con atti normativi o amministrativi sulla base della legge o nell'ambito dei principi da essa posti.

La successiva evoluzione, rispetto a questo ordine originario, è stata interpretata come un mutamento di contesto<sup>17</sup> che ha determinato la necessità di ridisegnare i confini dell'autonomia collettiva. Ciò nonostante, ancora oggi, permangono i cinque principi considerati basilari<sup>18</sup> a sostegno della natura privatistica del lavoro pubblico e tra questi la centralità della contrattazione collettiva, rilanciata dalla riforma Madia, con la modifica dell'art. 2, co. 2, d.lgs. 165/01, tanto da indurre a dire che si tratta di un ritorno allo spirito originario della riforma<sup>19</sup>. La ricetta brunettiana, comprimendo gli spazi negoziali, annichilendo le forme di partecipazione sindacale (ridotte alla mera informazione), ripristinando la primazia della fonte unilaterale sulla contrat-

<sup>17</sup> Così MARAZZA, *Il contratto collettivo di lavoro: all'indomani della privatizzazione del pubblico* in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. 38, Cedam, 2005, p. 195 ss.

<sup>18</sup> Così CARUSO, *Le riforme e il lavoro pubblico: la "legge Madia" e oltre. Miti, retoriche, nostalgie e realtà nell'"eterno ritorno" allo statuto speciale del lavoratore pubblico*, in 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*, p. 19.

<sup>19</sup> ZOPPOLI L., *La "riforma Madia" del lavoro pubblico*, in AA.VV., *Il libro dell'anno del diritto*, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2018, p. 349; ZOPPOLI L., *La stagione delle riforme: pubblico e privato a confronto*, in *LPA*, 1-6, 2017, p. 25 ss.

tazione, è stata considerata anche l'effetto dell'assenza di un'effettiva responsabilizzazione del datore di lavoro a fronte delle derive contrattuali determinatesi nella stagione *post* seconda privatizzazione<sup>20</sup>. Le tre regole della delegificazione degli anni '90 (organicità, confini *ratione materiae* e poteri di micro-organizzazione) vengono travolte dalla riforma del 2009<sup>21</sup>. La contrattazione sindacale (e, in generale, l'attività sindacale) è in vario modo sfiduciata<sup>22</sup>, ossia ridimensionata «nel suo rapporto con la fonte legale e con i poteri unilaterali della dirigenza; “finalizzata” a promuovere una “cultura della meritocrazia, delle *performance* e della valutazione”; “controllata” – oltre che nell'impiego delle risorse – nei contenuti, persino i più pregnanti (i trattamenti economici accessori); “anticipata” dall'esercizio di poteri unilaterali, in caso di ritardi»<sup>23</sup>.

La riforma Madia è stata percepita, invece, come una sorta di restaurazione delle intenzioni del legislatore degli anni Novanta del Novecento; si è giunti a questa conclusione attraverso varie strade. In primo luogo, è stata riabilitata la contrattazione collettiva come fonte, affermando il suo primato sulla fonte normativa grazie alla modifica del comma 2, art. 2, d.lgs. 165/01.

Anche se la maggior parte degli Autori convergono su questo esito finale, non mancano sensibili differenze rispetto alla ponderazione delle conseguenze di questo risultato. In alcuni scritti, infatti, si rimarca che il ripristino della contrattazione collettiva come fonte è avvenuto senza erodere gli ambiti del potere di organizzazione (anche del lavoro) da parte del datore di lavoro, poiché nella nuova formulazione si attribuisce la potestà derogatoria rispetto alla legge limitatamente alle materie di competenza della contrattazione collettiva nazionale (nell'art. 2, co. 2, d.lgs. 165/01, si menzionano in modo espresso le materie affidate alla contrattazione collettiva ai sensi dell'art. 40, co. 1, d.lgs. 165/01), estendendo la possibile derogabilità da parte della fonte

<sup>20</sup> Così BELLAVISTA, *La privatizzazione del pubblico impiego trent'anni dopo. Dal disastro verso l'ignoto... e ritorno?*, in *LPA*, 1, 2023, p. 14 ss.

<sup>21</sup> ZOPPOLI L., *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale scientifica, 2009, p. 24 ss.

<sup>22</sup> In generale, si veda CARUSO, *Gli esiti regolativi della “riforma Brunetta” (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni)*, in *LPA*, 2, 2010, p. 243.

<sup>23</sup> Così ALAIMO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e “blocchi”:* dalla “riforma Brunetta” alla “manovra finanziaria” 2010, in *LPA*, 2, 2010, p. 287 ss.; TALAMO, *Il rapporto tra legge e contrattazione collettiva ai tempi della legge Brunetta*, in GARDINI (a cura di), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, Bononia University Press, 2012, p. 41 ss.

collettiva anche a previsioni normative antecedenti alla riforma del 2017<sup>24</sup>. In altri studi, invece, il processo di riabilitazione della fonte collettiva ha sottolineato soprattutto l'irrisolto problema della derogabilità da parte del contratto collettivo di una legge regionale, ritenendola ammissibile purché rientrante nella normale dialettica tra leggi statali/regionali; in altre parole, non può sussistere derogabilità senza l'esistenza di competenze regionali<sup>25</sup>. In altre ricostruzioni si rimarca, infine, che i nodi problematici restano insoluti laddove le regole si traducono praticamente in organizzazione e gestione del lavoro e dove la pervasività della legge, da un lato, e la separazione normativamente imposta tra area di esclusiva competenza dei poteri unilaterali del dirigente-datore di lavoro e area del possibile spazio negoziale, dall'altro, determina "un'ingessatura" delle funzioni dirigenziali poco comprensibile con le logiche privatistiche che, invece, dovrebbero essere sottese all'assetto regolativo<sup>26</sup>.

La fine del medioevo della contrattazione collettiva e delle relazioni sindacali scaturisce principalmente dalla riconquista degli ambiti negoziali e partecipativi. Anche in questo caso, però, c'è un percettibile iato in dottrina. In alcune analisi, la maggiore dimensione degli spazi è collegata all'allargamento delle forme di coinvolgimento sindacale più che ad un ritorno al passato. Si rimarca, infatti, che nella nuova formulazione dell'art. 40, co. 1, d.lgs. 165/01, come modificato dalla riforma del 2017, la competenza della contrattazione collettiva sussiste nel disciplinare il rapporto di lavoro e le relazioni sindacali, fermo restando l'elenco delle materie escluse della contrattazione, la nuova lista di materie per le quali la contrattazione può esplicarsi nei limiti sanciti dalla legge (in cui non figura più la materia delle progressioni orizzontali) e le prerogative unilaterali della dirigenza nelle materie oggetto di partecipazione sindacale<sup>27</sup>. In altri scritti, il superamento della ricetta brunettiana deriva dal nuovo equilibrio all'interno della ripartizione delle materie e soprattutto dalla lettura sistematica di altre modifiche intervenute nel

<sup>24</sup> Si usa l'espressione "Eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano o che abbiano introdotto". In tal senso, BOSCATI, *Le relazioni sindacali*, cit., pp. 26, 27.

<sup>25</sup> ZOPPOLI L., *Il rapporto tra legge e contratto collettivo e il nuovo modello di relazioni sindacali "partecipate"*, in *RGL*, 3, 2018, p. 412 ss.

<sup>26</sup> NATULLO, *Tra legge e contratto: l'"equilibrio instabile" del sistema delle fonti del lavoro pubblico"*, in ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2018.

<sup>27</sup> BOSCATI, *Le relazioni sindacali*, cit., p. 27 ss.

decreto. Anche in questo caso l'allargamento viene letto in connessione con le possibili nuove aree della partecipazione, poiché l'art. 5, co. 2, d.lgs. 165/01, tutelando in via esclusiva l'esercizio dei poteri dirigenziali fa salve le ulteriori forme di partecipazione ove previste nei contratti collettivi di cui all'art. 9, d.lgs. 165/01: quindi, i contratti collettivi, disciplinando le forme di partecipazione, regolano l'esercizio delle prerogative dirigenziali che non sono così affatto escluse dalla contrattazione<sup>28</sup>. Più che in termini di riconquista delle aree di operatività, le modifiche del 2017 sono interpretate come l'affermazione di innovativi campi di agibilità grazie alla reinterpretazione di alcuni istituti: si tratta di un possibile allargamento dello spazio negoziale per via interpretativa, come potrebbe accadere, ad esempio, in materia disciplinare<sup>29</sup>, in cui assumono un ruolo determinante le norme collettive che disegnano i contorni del coinvolgimento sindacale.

A parere di chi scrive, le dinamiche descritte e particolarmente gli ambiti sottratti e poi rioccupati dalla norma collettiva originano dalla peculiare configurazione della sovranità regolativa della fonte collettiva nel lavoro pubblico.

Nell'assetto pre-riforma del 2009, l'elencazione delle materie di cui alla legge delega n. 421 del 23 ottobre 1992 serviva a stabilire il confine esterno dell'autonomia regolativa del contratto collettivo, in quanto aree coperte dalla riserva di legge ai sensi dell'art. 97 Cost. Gli ulteriori e originari confini erano costituiti, in primo luogo, dagli atti con cui le amministrazioni, secondo i rispettivi ordinamenti, dettavano le linee fondamentali di organizzazione degli uffici, individuavano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi e determinavano le dotazioni organiche complessive (art. 2, co. 1, d.lgs. 165/01); in secondo luogo, tali perimetri erano determinati dalle determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro assunte dagli organi preposti con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro (art. 5, co. 2, d.lgs. 165/01) e, infine, dagli atti di esercizio delle funzioni di indirizzo politico-amministrativo da parte degli organi di governo delle singole amministrazioni attraverso la definizione degli obiettivi e i programmi da attuare, l'adozione e la verifica della rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti (art. 4, co. 1, d.lgs. 165/01). L'area entro cui

<sup>28</sup> ZOPPOLI L., *Il rapporto tra legge e contratto*, cit., p. 414 ss.

<sup>29</sup> Così ZOPPOLI L., *Il rapporto tra legge e contratto*, cit., p. 419 ss.

si esercitava l'autonomia regolativa collettiva era delimitata da questi quattro versanti: riserva di legge, atti di indirizzo politico, atti di macro-organizzazione, atti di micro-organizzazione.

All'interno di questa superficie, la sovranità collettiva sussisteva senza ulteriori vincoli, coincidendo autonomia e sua capacità regolativa, intesa, questa ultima, come effettiva agibilità a regolare porzioni dell'ordinamento giuridico.

Con la riforma Brunetta, si assiste ad una rielaborazione del concetto di autonomia collettiva in relazione all'attività di negoziazione, posto che, nel lavoro privato, il contratto collettivo è espressione di un'autonomia attribuita dall'ordinamento ad un soggetto, il sindacato, all'esistenza del quale i lavoratori e le lavoratrici hanno concorso o al quale hanno aderito.

Nel 2009, pur restando intatti i vincoli esterni dell'autonomia regolativa come sopra identificati, si introducono, come è risaputo, (diversi) meccanismi che incidono sulla sua capacità regolativa e, tra questi, l'inderogabilità della legge da parte del contratto collettivo, la nullità e non applicabilità delle clausole difformi con relativa sostituzione di diritto a norma degli articoli 1339 e 1419 c.c. in caso di violazione di norme imperative o degli argini fissati alla contrattazione collettiva, la definizione degli ambiti entro cui la contrattazione opera nei limiti dei principi stabiliti dalla legge e delle materie in cui si esclude l'intervento negoziale, ed infine i meccanismi automatici di sostituzione della contrattazione collettiva da parte di provvedimenti unilaterali del datore di lavoro pubblico che, in via provvisoria, possono essere adottati (art. 40, co. 3-ter, introdotto dal d.lgs.27 ottobre 2009 n. 150, art. 54; art. 47 bis, inserito dall'art. 59, co. 2, d.lgs.150/09).

All'esito di questa riscrittura, l'autonomia regolativa permane, ma si agisce sulla sua capacità, ossia sui confini interni di questa nozione; del resto, una diversa lettura renderebbe più problematica l'esistenza di uno dei principi fondamentali del lavoro pubblico, ossia la natura privatistica del rapporto di lavoro che, invece, persiste inalterata.

La successiva riforma del 2017 non ha modificato questo assetto, sebbene esso è venuto ad essere ridimensionato nella sua portata grazie agli interventi sull'efficacia della fonte collettiva e sulle materie di relativa competenza, perdurando, invece, la sanzione della nullità e della sostituzione automatica delle clausole collettive poste in violazione dei vincoli e circoscrivendo l'area della derogabilità della legge da parte della contrattazione collettiva alle materie oggetto di contrattazione.

La capacità regolativa continua a non esplicarsi in deroga alla legge nelle materie in cui essa avviene nei limiti fissati dalla legge medesima ai sensi dell'art. 40, co. 1, d.lgs. 165/01, ossia sanzioni disciplinari, valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio e mobilità: la deroga resta confinata alle materie di competenza della stessa contrattazione collettiva e comunque soltanto della contrattazione nazionale, escludendo dal potere derogatorio la contrattazione integrativa<sup>30</sup>. Diversamente opinando, si avrebbe un conflitto sempre aperto tra principio regolativo di una data materia e possibile meccanismo derogatorio.

Una sensibile riduzione del *bias* tra autonomia regolativa e capacità regolativa la si riviene invece in altre tendenze. Sono state segnalate interessanti evoluzioni normative in relazione alle norme riguardanti la funzionalizzazione della contrattazione alla differenziazione dei trattamenti accessori<sup>31</sup>. Il passaggio da una predeterminazione legale delle fasce valutative con un minimo margine di variazione lasciato alla contrattazione integrativa a un ruolo centrale riconosciuto alla contrattazione nazionale appare più coerente con un sistema duttile e dotato di effettività grazie alla nuova formulazione dell'art. 19, d.lgs. 150/09.

Similmente, appare incoraggiante lo scenario di ricomposizione della frattura tra autonomia e capacità regolativa in relazione anche ad altre dinamiche. La modifica dell'art. 5, co. 2, d.lgs. 165/01, ad opera dell'art. 2, co. 1, del d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75, per effetto della quale è stato eliminato l'inciso secondo cui «rientrano, in particolare, nell'esercizio dei poteri dirigenziali le misure inerenti la gestione delle risorse umane nel rispetto del principio di pari opportunità, nonché la direzione, l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici», ha un sicuro impatto sulla definizione dello spazio delle relazioni sindacali partecipate, poiché le materie dell'organizzazione gestionale dei rapporti di lavoro sono espunte dal vincolo della mera informazione e restano potenzialmente esposte alla possibilità, ai sensi dell'art. 9, d.lgs. 165/01, che i contratti collettivi nazionali possano stabilire un congegno partecipativo più intenso quale il confronto o l'esame congiunto; allo stesso tempo, questa modifica assurge anche a strumento per rafforzare la capacità regolativa della contrattazione anche oltre la formale sfera di autonomia riconosciuta.

<sup>30</sup> Così DELFINO, *I nuovi spazi negoziali*, in ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2018, p. 32.

<sup>31</sup> ZOPPOLI L., *Il rapporto tra legge e contratto*, cit., 420 ss.

Questa lettura dicotomica della sovranità collettiva scissa nelle due componenti dell'autonomia e della capacità regolativa trova conforto nell'esegesi dei giudici. È possibile rinvenire una traccia di questa opzione interpretativa in occasione della dibattuta vicenda del blocco della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico. Come è ampiamente noto, le disposizioni varate per fronteggiare la crisi economica del 2008 hanno disposto, tra le altre cose, il complessivo blocco di qualsivoglia elemento salariale allo scopo di evitare ogni possibile incremento della spesa pubblica del personale a carico dell'erario pubblico. A differenza delle prime sentenze<sup>32</sup>, dove si è affermato che i sacrifici necessari per superare il grave momento di crisi gravano sui lavoratori pubblici sulla base dei principi solidaristici espressi nella Costituzione, nella famosa pronuncia dello sblocco della contrattazione collettiva n. 178/15, la Corte Costituzionale compie un passo ulteriore nella direzione sopra indicata<sup>33</sup> adoperando un inedito canone interpretativo. Nel dichiarare l'incostituzionalità delle norme sospette, la Consulta evita di avventurarsi sull'impervio pendio della comparazione tra interessi contrapposti in relazione alla violazione del principio dell'equo salario di cui all'art. 36 Cost.<sup>34</sup>, ma imbrocca una soluzione di sintesi, ritenendo il sistema legislativo anticrisi, varato in quegli anni e oramai sistemico, in grado di produrre, oltre che un irragionevole bilanciamento tra libertà sindacale ed esigenze di razionale distribuzione delle risorse, un'alterazione della dinamica negoziale in un settore in cui il contratto riveste piena centralità (punto 17). Ad avviso di chi scrive, lo sblocco della contrattazione è stato innanzitutto necessario per assicurare il pluralismo di interessi nell'ambito di un ordinamento in cui l'interesse pubblico rischia di fagocitare o scolorire tutto ciò che ad esso vi si oppone. Il principio del buon andamento dell'art. 97 Cost. rappresenta, in questo scenario, la chiave di lettura e di volta, poiché nella considerazione dei due piani (organizzazione e attività),

<sup>32</sup> C. Cost. 310/13; C. Cost. 219/14, in *GC*, 2014, n. 4, p. 3491, con nota di PINELLI.

<sup>33</sup> ZOPPOLI L., *Una sentenza interpretativa di accoglimento con manipolazioni temporali relative allo "ius novum"*, in *DLRI*, 1, 2017, p. 183; GUAZZAROTTI, *Giustizia costituzionale e regime economico: fluidificare o resistere?*, in *LD*, 1, 2018, p. 55 ss.; DALFINO, *L'incostituzionalità differita" dietro quella (asseritamente) "sopravvenuta" (a proposito di C. Cost. 178/15)*, in *DLRI*, 1, 2017, p. 169 ss.; OCCHINO, *I diritti sociali nell'interpretazione costituzionale*, in *RDSS*, 1, 2017, p. 3 ss.

<sup>34</sup> In senso critico sul punto, BARBIERI, *Contratto collettivo e lavoro pubblico: blocco salariale e blocco della contrattazione tra scelte legislative e giurisprudenza costituzionale*, in *RIDL*, 3, 2015, p. 453; FERRANTE, *Anche per i dipendenti pubblici arriva l'ora della riscossa: la Corte dichiara l'incostituzionalità della proroga del blocco della contrattazione collettiva*, in *DRI*, 4, 2015, p. 1121.

la valutazione dei risultati di imparzialità e buon andamento deve effettuarsi rispetto ad un'articolazione pluralistica dell'ordinamento. Da ciò deriva che questo canone va valutato nei confronti di una pubblica amministrazione pluralistica e nei rapporti tra molteplici centri di interessi, diventando il criterio di relazione e, allo stesso tempo, il principio unificante dell'organizzazione e delle attività dei differenti centri di interesse<sup>35</sup>.

Ciò nondimeno, questa sentenza rappresenta la paradigmatica scomposizione tra autonomia regolativa e sua capacità in relazione proprio alla violazione del principio dell'equo salario di cui all'art. 36 Cost.

Ma anche dalla lettura di alcune pronunce della Corte Cassazione è ravvisabile l'assetto dicotomico.

La crepa tra la sovranità contrattuale in materia di retribuzione (art. 2, co. 3, e art. 45, co. 1, d.lgs. 165/01) e l'effettiva capacità regolativa è stata parzialmente rivisitata in relazione ai meccanismi di sostituzione della contrattazione collettiva da parte di provvedimenti unilaterali del datore di lavoro pubblico che, in via provvisoria, possono essere adottati nelle materie regolate dal contratto integrativo dopo la cessazione della sua efficacia (art. 40, co. 3-ter, d.lgs. 165/01). Per costante giurisprudenza della Corte di Cassazione, infatti, il datore di lavoro pubblico non può attribuire compensi che non siano previsti dalla contrattazione collettiva, neppure se di miglior favore<sup>36</sup>. È stato da ultimo chiarito che l'art. 40, co. 3-ter, d.lgs. 165/01, in tutte le versioni succedutesi nel tempo, non contempla la rilevanza di un comportamento tacito ma, in conformità al generale principio di manifestazione formale della volontà della pubblica amministrazione, stabilisce l'adozione di specifici atti, soggetti alle procedure di controllo di compatibilità economico-finanziaria fissate dallo stesso decreto legislativo, art. 40-bis, d.lgs. 165/01, e sorretti da una finalità pubblica<sup>37</sup>. Più in generale, le interpretazioni restrittive dei meccanismi di sostituzione potrebbero essere di ausilio in presenza di provvedimenti e/o comportamenti unilaterali del datore di lavoro che amplificano la distanza tra le due dimensioni della sovranità regolativa della contrattazione in materia di retribuzione<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Si veda ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Cedam, 1979, p. 114 ss.

<sup>36</sup> A partire da Cass. Sez. Un. 14 ottobre 2009n. 21744, in *LPA*, 5, 2009, p. 893.

<sup>37</sup> Cass. 9 maggio 2022 n. 14672, in *DJ*.

<sup>38</sup> Per una rassegna delle sentenze da cui si evince tale assetto dicotomico, si veda sempre FERRARA, *op. cit.*

Una tendenza al rafforzamento della capacità regolativa si registra anche nelle zone di confine tra autonomia collettiva e atti unilaterali di gestione del personale.

Nel ribadire la nullità, per violazione di norma imperativa, dell'atto di inquadramento in deroga, anche *in melius*, alle disposizioni del contratto collettivo, la Cassazione conferma che il datore di lavoro pubblico non ha il potere di attribuire inquadramenti in violazione del contratto collettivo, ma solo la possibilità di adattare i profili professionali alle sue esigenze organizzative, senza modificare la posizione giuridica ed economica stabilita dalle norme pattizie. È chiaro che l'operazione di adattamento è tanto più facilitata quanto più le disposizioni collettive tengono in conto, integrandole, queste esigenze, con il possibile effetto indiretto di allargare la relativa capacità regolativa grazie a questa operazione di adeguamento<sup>39</sup>.

Resta, infine, da districare il nodo delle competenze tra fonti regolative e tra poteri differenti, tra prerogative politiche, poteri della dirigenza, attribuzioni gestionali e autonomia collettiva.

### 3. *La regolazione dei "poteri" nel lavoro pubblico: le attribuzioni della politica, dell'amministrazione e dell'autonomia collettiva*

L'andamento altalenante dei rapporti tra sindacato e amministrazione è in evidente connessione con le diverse fasi politiche caratterizzate da periodi in cui si è contrattato anche su tematiche che avrebbero dovuto rimanere nella piena disponibilità delle amministrazioni (come, ad esempio, l'organizzazione degli uffici) e fasi in cui le relazioni sindacali si sono ridotte al livello formale minimo consentito frustrando l'effettiva presenza dei sindacati<sup>40</sup>. Nel contempo, la dimensione del "mercato", quella in cui si verifica la condivisione degli obiettivi e lo scambio, nel lavoro pubblico pare condizionata da numerosi fattori di instabilità. Come è stato detto, la vera trattativa economica tra governo e sindacato avviene praticamente senza regole, non essendo scritto da nessuna parte chi e come deve condurre le trattative informali per

<sup>39</sup> Cfr. Cass. civ., sez. lav., 1° ottobre 2018, n. 23757, in *Banche dati De Jure*, Giuffrè Francis Lefebvre.

<sup>40</sup> Si veda D'ORTA, *Venti anni di riforme nel settore delle pubbliche amministrazioni: lavoro pubblico e concertazione*, in *RGM*, 3, 2012, p. 515.

individuare le risorse complessive da porre a disposizione della contrattazione e da inserire negli appositi capitoli della legge finanziaria<sup>41</sup>.

A parere di chi scrive, questa incertezza sulle regole e soprattutto sulle responsabilità, in aggiunta alla sostanziale coincidenza tra chi chiede il sacrificio (la politica) in nome di un obiettivo comune e chi deve collaborare per la realizzazione del sacrificio (sindacati e, di nuovo, la politica nella veste della compagine governativa che tratta sulle risorse), crea certamente una situazione ambigua e mette in crisi la dimensione dello scambio che rappresenta, invece, il presupposto assiologico della contrattazione plasmata nel lavoro privato.

La ragione di ciò può dipendere dal fatto che gli attori hanno dato vita ad un gioco delle parti in cui la convergenza su alcuni postulati innovativi ha di fatto convissuto con pratiche orientate a finalità opposte a quelle dichiarate, creando una sorta di eterogenesi dei fini del metodo contrattuale.

Questo nodo ha, a giudizio di chi scrive, avuto due prospettive di soluzione in questi trent'anni dalla grande trasformazione: la razionalizzazione delle trattative e la definizione dei confini tra contrattazione e partecipazione.

### 3.1. *La razionalizzazione delle trattative*

Con riguardo al profilo, è risaputo che tra i fattori di instabilità del sistema di relazioni sindacali, vi rientrava la forte dispersione dei tavoli delle trattative: moltiplicando quantitativamente le occasioni di confronto, si aumentavano le occasioni di scambio tra le diverse prerogative che facevano capo ai protagonisti dell'*iter* di contrattazione, con un evidente impatto sul contenuto qualitativo del prodotto dell'attività sindacale e particolarmente sulla contrattazione collettiva.

Per ricostruire una nuova possibile identità della pubblica amministrazione dopo il medioevo del blocco della contrattazione e della crisi economica, si è investito, innanzitutto, sulla razionalizzazione dei comparti, con la sottoscrizione (sofferta e tardiva) del ccnq 13 luglio 2016 di ridefinizione dei comparti e delle aree di contrattazione per adeguarsi a quanto disposto dall'art. 40, co. 2, d.lgs. 165/01, nel testo riformato dalla novella del 2009, che

<sup>41</sup> DELL'ARINGA, *Le ombre della contrattazione pubblica*, in *LD*, 2, 2007, p. 304.

stabilisce, come è noto, un numero massimo di quattro comparti di contrattazione (a cui corrispondono quattro aree per la dirigenza).

Con la successiva Intesa Governo e Sindacati del 30 novembre 2016, le parti hanno individuato diversi obiettivi, tra cui l'introduzione di un nuovo sistema di relazioni sindacali, con l'onere per il Governo di attuare un intervento normativo a favore della contrattazione al fine di ripristinare un giusto equilibrio tra legge e contratto, con la promessa di individuare ulteriori ambiti di esercizio della partecipazione sindacale.

Un'utile cartina di tornasole di come si sono tradotti in pratica questi obiettivi può desumersi dall'attività di monitoraggio svolta dall'Aran ai sensi dell'art. 46, co. 4, d.lgs. 165/01. È stato detto che il lento adeguamento all'archetipo delineato dalla riforma del 2009 era anche dimostrato dalla significativa presenza di materie non contrattabili a livello decentrato, segno della difficoltà di estirpare prassi consociative<sup>42</sup>. A prescindere dalle cause esogene (blocco della contrattazione) o endogene (scarsa cultura della partecipazione sindacale), è indubbio che le relazioni sindacali in chiave partecipativa fino alla riforma Madia abbiano risentito di pesi e contrappesi che si sono tradotti in prassi applicative alquanto ondivaghe.

Nell'ultimo Rapporto sul monitoraggio della contrattazione integrativa nel lavoro pubblico *Risultanze di sintesi dell'anno 2021 e analisi di dettaglio dell'anno 2020* del gennaio 2023, infatti, l'Aran certifica che è in significativa diminuzione la tendenza alla contrattualizzazione di alcune materie oggetto di sola partecipazione sindacale con particolare riferimento alle aree del confronto<sup>43</sup>.

La semplificazione, operata dai vigenti ccnl, e la migliore definizione delle materie di competenza della contrattazione rispetto a quelle oggetto di altri istituti delle relazioni sindacali costituiscono un valore aggiunto in grado di fornire maggiore slancio ai tavoli integrativi anche grazie a testi contrattuali più agili e con minori appesantimenti<sup>44</sup>.

Sebbene sia prematuro trarre conclusioni definitive da queste risultanze, questi dati possono considerarsi indizi possibili di una trasformazione in corso sia sul piano della promozione della cultura partecipativa nelle relazioni sin-

<sup>42</sup> CANGEMI, *La partecipazione sindacale e la negoziabilità dei poteri dirigenziali nel nuovo sistema di relazioni sindacali*, in *LPA*, 2, 2019, p. 191.

<sup>43</sup> ARAN, *Rapporto sul monitoraggio della contrattazione integrativa nel lavoro pubblico Risultanze di sintesi dell'anno 2021 e analisi di dettaglio dell'anno 2020*, gennaio 2023, p. 44, in [www.aranagenzia.it](http://www.aranagenzia.it).

<sup>44</sup> ARAN, *Rapporto sul monitoraggio della contrattazione*, cit., p. 34.

dacali pubbliche sia sul piano della maggiore efficienza delle regole legislative a partire dalla riforma Madia del 2017 e delle sue traduzioni nella contrattazione nazionale.

### 3.2. *La definizione dei confini tra contrattazione e partecipazione: i diritti di partecipazione tra vizi e virtù*

L'ultimo nodo da affrontare concerne il ruolo assegnato alla contrattazione collettiva e lo spazio guadagnato dai diritti di partecipazione sindacale.

L'attuale assetto non può ignorare le sue scaturigini in rapporto alle quali vanno esaminate i profili più discussi relativi all'ecosistema delle relazioni sindacali a livello decentrato. Le riforme che si sono susseguite in questi anni, sotto questo profilo, si sono risolte in interventi che hanno provato a centralizzare il sistema della spesa pubblica a livello di singole amministrazioni divenute sovente ostaggio di una contrattazione collettiva integrativa adespota e frutto di una variabile indipendente: in molti casi, infatti, la contrattazione integrativa ha comportato un vero e proprio slittamento retributivo, per l'incidenza della retribuzione di fatto, spesso incoerente con l'andamento dell'inflazione reale<sup>45</sup>. Questa criticità è certamente collegata a molteplici fattori, anche se, in relazione all'oggetto di questo studio, spicca particolarmente la maggiore debolezza del datore di lavoro pubblico a livello decentrato che, nelle sue vesti di titolare delle relazioni sindacali, ha spesso ceduto a prassi cogestive, frustrando talune prerogative datoriali anche allo scopo di sopperire ad una scarna contrattazione sulle retribuzioni nei periodi di scarsità e totale assenza di risorse. All'esigenza di centralizzare il governo della spesa si è aggiunta la necessità di governare l'efficacia dell'organizzazione e dell'attività amministrativa attraverso la distribuzione delle risorse in grado di assicurare l'efficienza dei servizi erogati. L'obiettivo di conciliare la contrattazione collettiva come controllo sui centri di spesa pubblica con la contrattazione come risorsa organizzativa è il filo conduttore che lega le diverse riforme a partire dagli anni Novanta del Novecento con l'obiettivo di valorizzare la contrattazione decentrata come mezzo di innovazione organizzativa e di flessibilizzazione dei rapporti di lavoro<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> Cfr. CORTE DEI CONTI, *Relazione 2009 sul costo del lavoro pubblico*, in [www.corteconti.it/Home/Documenti/DettaglioDocumenti?Id=169ca5f3-95a3-4fa1-bf08-d4a71b499222](http://www.corteconti.it/Home/Documenti/DettaglioDocumenti?Id=169ca5f3-95a3-4fa1-bf08-d4a71b499222), p. 195.

<sup>46</sup> Così ZOPPOLI L., *Il lavoro pubblico negli anni '90*, Giappichelli, 1998, p. 92; NATULLO, *La*

È stato detto che la partecipazione sindacale nel processo di contrattazione collettiva ha di fatto portato a negoziare molti aspetti dei poteri del privato datore di lavoro attribuiti agli organi dirigenziali dall'art. 5, co. 2, d.lgs. 165/01, estendendo *de facto* la contrattazione integrativa a materie non riconducibili alla competenza di tale fonte, impiegando forme più deboli di partecipazione<sup>47</sup> e contribuendo a confondere il confine tra politica e amministrazione<sup>48</sup>.

Malgrado ciò, l'invasione e la ricchezza della contrattazione collettiva non hanno spesso inciso, in modo significativo, rispetto agli obiettivi di innovazione organizzativa e valorizzazione delle competenze sia per le strategie sindacali (ad esempio, a causa delle prassi di congelare le risorse gestite a livello decentrato in emolumenti fissi e continuativi, come indennità e progressioni economiche) sia in considerazione dei congeniti ritardi nella predisposizione e rilevazione delle *performance* individuali e collettive<sup>49</sup>. L'ordine contrattuale<sup>50</sup> disegnato dal legislatore ha reso sfuggente la relazione tra contrattazione decentrata e incentivo all'innovazione e al rafforzamento della produttività organizzativa sia sul piano quantitativo sia sul piano qualitativo. In questo scenario si rileva un ulteriore paradosso: negli anni di blocco contrattuale e delle politiche di *austerity*, una certa vitalità si è potuta registrare proprio nell'area della contrattazione decentrata, stigmatizzata, invece, a partire dalla Corte dei Conti, come canale di distorsione e "tradimento" delle riforme del lavoro pubblico all'insegna della "privatizzazione"<sup>51</sup>. Questa vivacità non solo è la conseguenza dei meccanismi legislativi che hanno valorizzato il livello decentrato come sede per sperimentare soluzioni in grado di raggiungere i consueti obiettivi di efficacia/efficienza dell'azione ammi-

*contrattazione decentrata nel pubblico impiego*, in *FA*, 9, 1990, p. 224 ss.; TREU, *La contrattazione decentrata nel pubblico impiego*, in *RTDPC*, 2, 1992, p. 348.

<sup>47</sup> GARILLI, *Profili dell'organizzazione e tutela della professionalità nelle pubbliche amministrazioni*, in *DLRI*, 1, 2004, p. 101 ss.; BELLAVISTA, *Lavoro pubblico e contrattazione collettiva*, in *RGL*, 2, 2007, p. 340.

<sup>48</sup> RAGUSA, *Tra organizzazione degli uffici e rapporto di lavoro. Il contratto (collettivo) tra politica amministrazione, vent'anni dopo*, in *IDF*, 2, 2021, p. 492 ss.

<sup>49</sup> In tal senso, TALAMO, *La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, in *GDA*, 1, 2010, p. 14. In generale, TALAMO, *Gli assetti della contrattazione integrativa dopo il D.lgs. 150 del 2009 e la finanziaria "d'estate": ratio di una riforma*, in *LPA*, 5, 2020, p. 757.

<sup>50</sup> L'espressione è di ZOPPOLI L., *Il lavoro pubblico negli anni '90*, cit., p. 94.

<sup>51</sup> In proposito, ZOPPOLI L., *Contrattazione collettiva, innovazione organizzativa e lavoro*, in FAVERIN, FELTRIN (a cura di), *Fuori dal guado. Il lavoro pubblico alla prova delle riforme*, Egea, 2016, p. 166.

nistrativa, piuttosto l'(inconsapevole) effetto di utilizzare la contrattazione integrativa in funzione difensiva allorquando, ad esempio, si è potuto contrattare la retribuzione accessoria grazie alla disponibilità di risorse proprie dell'ente, generate da avanzi di bilancio e da virtuose gestioni.

La struttura e il funzionamento delle relazioni sindacali impongono, quindi, di riconsiderarne i fondamenti alla luce dell'affermazione di spazi vitalità del metodo partecipativo<sup>52</sup>.

La riscrittura degli istituti partecipativi conseguente alla privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico è stata in questi anni condizionata da due fattori principali: la delimitazione degli spazi del coinvolgimento rispetto ai poteri di organizzazione e gestione del personale da parte della dirigenza, da un lato, e, dall'altro, la necessità di evitare sovrapposizioni con l'attività di contrattazione.

Con riferimento al primo profilo, infatti, la creazione di una dirigenza forte e responsabile, a partire dagli interventi elaborati nell'ambito della seconda privatizzazione di cui ai decreti n. 396 del 4 novembre 1997, n. 80 del 31 marzo 1998, n. 387 del 29 ottobre 1998, ha consentito di ridefinire i rapporti tra vertice politico e dirigenza, ma anche la relazione tra amministrazione e sindacato. Il rafforzamento è stato anche funzionale a superare le diffidenze nei riguardi della dirigenza, questione non affrontata in occasione della prima privatizzazione e originata dall'esperienza maturata nella vigenza della legge quadro 29 marzo 1983 n. 93, in cui la mancanza di una dirigenza spesso sprovvista di poteri di intervento e condizionata dalla politica unitamente ad un sindacato ormai abilitato a partecipare alle scelte dell'amministrazione erano fattori che avevano consolidato logiche cogestive<sup>53</sup> senza una chiara definizione delle procedure, degli obiettivi e delle responsabilità in queste forme di coinvolgimento. Rispetto a questo schema, i contratti collettivi avevano la funzione di integrare il quadro tracciato dalla fonte legislativa, anche se, di fatto, i contratti hanno finito con il dettare regole minuziose volte ad affermare la netta separazione tra ruolo del sindacato e funzione della dirigenza, finendo con rafforzare il potere organizzativo unilaterale dell'amministrazione<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> Così ALES, *L'esercizio partecipato del potere di organizzazione*, in ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2018, p. 51.

<sup>53</sup> Si confronti RUSCIANO, *Giudice ordinario e relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, in LPA, 3-4, 2000, p. 475.

<sup>54</sup> Così VISCOMI, *La partecipazione sindacale*, in CARINCI F., D'ANTONA (diretto da), *Il la-*

Il dibattito scientifico e politico-sindacale sulla partecipazione del personale e dei loro rappresentanti nel lavoro pubblico è stato influenzato da questi fattori, finendo con l'arare i profili di indagine interessanti la questione della definizione degli ambiti di interferenza rispetto ai poteri dirigenziali e alle competenze della contrattazione piuttosto che l'individuazione di un'autonoma area di agibilità.

Il coinvolgimento, quindi, è stato declinato secondo una logica "per differenza" rispetto all'unilateralità dei poteri datoriali e alla contrattualità nella gestione del rapporto di lavoro pubblico garantita attraverso la negoziazione collettiva e, pertanto, mai praticato convintamente, sebbene non siano mancate le occasioni per testare gli strumenti esistenti<sup>55</sup>.

Gli attuali congegni partecipativi contenuti nella contrattazione collettiva sono il frutto di interventi di varia natura ed entità che si diversificano in ragione delle epoche in cui sono stati elaborati e in funzione delle ideologie delle riforme che le hanno ispirate.

Essi scaturiscono dall'intreccio di fonti legislative e collettive deputate, nel primo caso, a fissare i limiti esterni relativi al contenuto del coinvolgimento e, nel secondo caso, a indicare i vincoli interni sostanziali e procedurali.

Per quanto concerne i confini esterni, il primo limite consiste nella previsione secondo cui la partecipazione si esercita nelle materie in cui non vi è contrattazione, posto che non si esercita la contrattazione nelle materie in cui vi è partecipazione (art. 40, co. 1, d.lgs. 165/01). Ma è proprio così? In realtà, si tratta di una linea di demarcazione molto mobile poiché proprio a livello decentrato, dove si può verificare la maggiore debolezza del datore di lavoro pubblico, si sono verificati sconfinamenti a vantaggio della contrattazione decentrata, trattando porzioni anche strategiche della sfera organizzativa preclusa alla negoziazione. Ma gli sconfinamenti si sono registrati anche a livello di contrattazione nazionale, allorché le norme collettive hanno stabilizzato senza concorso, hanno permesso re-inquadramenti e regolato

*voro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, I, Giuffrè, 2000, p. 550. Nella prima tornata contrattuale la fonte collettiva limitava l'informativa alle sole misure generali specificamente individuate e inerenti alla gestione del rapporto di lavoro, aggiungendo altri casi di informazione sparsi nei contratti collettivi (in proposito, BOSCATI, *La partecipazione sindacale nel settore pubblico e la negoziabilità dei poteri privatistici del dirigente datore di lavoro*, in *DRI*, 4, 2000, p. 415.

<sup>55</sup> Per un'ampia analisi dei dispositivi partecipativi, si veda FERRARA, *op. cit.*

convenzionalmente l'accesso alle categorie superiori, equiparando tali meccanismi al concorso pubblico<sup>56</sup>. La collocazione della linea di demarcazione, erodendo la sfera delle prerogative datoriali nelle materie dell'organizzazione degli uffici in cui sussiste l'informazione (art. 5, co. 2, d.lgs. 165/01) e le altre forme di partecipazione sindacale sancite dai contratti collettivi ex art. 9, d.lgs. 165/01, inevitabilmente impatta sulla tenuta del primo limite come sopra individuato.

Una seconda limitazione è data dal fatto che esistono materie in cui è esclusa tanto la contrattazione quanto la partecipazione, ovvero in relazione agli atti di macro-organizzazione, alle prerogative dirigenziali, agli incarichi dirigenziali, alla giurisdizione del giudice ordinario (art. 5, co. 2; art. 16; art. 17, d.lgs. n.165/01); ma anche questa cesura, per gli stessi fenomeni di abrasione delle prerogative dirigenziali da parte della contrattazione di cui si è detto sopra, da un lato, e per la configurazione in atto di un sistema di programmazione che implica il coinvolgimento diretto o indiretto delle rappresentanze sindacali, rischia di non essere un argine affidabile.

Infine, una terza restrizione desumibile dalla legislazione vigente è data dall'articolazione del grado di partecipazione secondo diverse intensità: dall'informazione (il cui contenuto minimo è indicato nell'art. 5, co. 2, d.lgs. 165/01) alle altre forme di partecipazione non meglio specificate (esame congiunto, concertazione etc.) per la cui definizione si rinvia alla contrattazione collettiva ai sensi dell'art. 9, d.lgs. 165/01.

Il destino della cultura partecipativa non è messo in crisi solo da atti di auto-sabotaggio endosindacali, ma anche dallo scetticismo del legislatore che oscillando dalla delega in bianco ai contratti collettivi all'interventismo regolativo della riforma Brunetta ha certamente dimostrato una cronica incapacità di affrontare il tema senza cadere nell'indifferenza o nei pregiudizi. I *cliché* effettivamente sembrano inevitabili se la partecipazione viene vissuta, come è stata vissuta, in competizione con spazi e materie riservate alla contrattazione, da un lato, e con il potere organizzativo, dall'altro. Il *deficit* originario alla base dell'assenza di una cultura partecipativa nel lavoro pubblico deriva anche dalla perdurante mancata individuazione di una sua autonoma funzione che non si traduca solo in un meccanismo procedurale da seguire, ma che abbia anche una visibile e immediata ricaduta sul piano dei risultati prodotti o da produrre<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> TALAMO, *La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, in *GDA*, 1, 2010, p. 14.

<sup>57</sup> In tal senso, RUSSO, *Le relazioni sindacali nel lavoro pubblico: dal simbolismo della riforma*

La riforma Brunetta del 2009 ha rappresentato il momento di maggiore compressione delle opportunità di partecipazione, ciò più a causa di un'indifferenza atavica nei riguardi dello strumento partecipativo che di una concreta reazione al cospetto di meccanismi disfunzionali imputati alla contrattualizzazione del rapporto di lavoro pubblico, allo scricchiolamento del sistema<sup>58</sup> (prefigurato già all'indomani della seconda privatizzazione), alla rottura degli argini formali e sostanziali<sup>59</sup> da parte della contrattazione collettiva.

Tornando alle dinamiche regolative, la presa d'atto della sostanziale inoffensività del coinvolgimento debole (informazione) anche per le determinazioni relative all'organizzazione degli uffici e della partecipazione più forte come l'esame congiunto limitatamente alle misure riguardanti i rapporti di lavoro, ove previsti nei contratti collettivi, ha sostanzialmente spinto alla riscrittura in questa direzione riscrittura in questa direzione dell'art. 5, co. 2, e dell'art. 6, co. 1, d.lgs. 165/01, ad opera dell'art. 2, co. 17 e 18, d.l. 6 luglio 2012 n. 95, conv. in l. 7 agosto 2012 n. 135. In questa occasione, è stata sostituita l'informazione con la consultazione limitatamente alle misure riguardanti i rapporti di lavoro se prevista nei contratti collettivi, ferma restando la sola informazione ai sindacati per le determinazioni relative all'organizzazione degli uffici, stabilendo, al contempo, l'esame congiunto per l'individuazione degli esuberi e le modalità della mobilità in occasione dei processi di riorganizzazione e la mera informazione, in luogo della consultazione, in relazione alla consistenza e alla variazione delle dotazioni organiche se prevista nei contratti collettivi.

Ad avviso di chi scrive, la mini-riforma del Governo Monti è stata dettata dall'esigenza di approntare una variante partecipativa allo scopo di semplificare la gestione degli esuberi che di lì a poco, dati i venti di crisi, si sarebbero potuti verificare, co-responsabilizzando in maniera più forte le parti sociali, piuttosto che dal bisogno di contrastare la sfiducia iniettata dalla riforma Brunetta nelle logiche del coinvolgimento.

La novella del 2017 mantiene la distinzione tra forme di partecipazione sindacale e contrattazione collettiva, ma con una linea ispiratrice

*alla concretezza dell'organizzazione*, in FAVERIN, FELTRIN (a cura di), *Fuori dal guado. Il lavoro pubblico alla prova delle riforme*, Egea, 2016, p. 180.

<sup>58</sup> Si confronti CARINCI F., *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo governo Berlusconi: dalla legge 133/08 alla legge n. 15/09*, in *LPA*, 6, 2008, p. 963 ss.

<sup>59</sup> Si veda ZOPPOLI L., *Il ruolo della legge*, cit., p. 29.

volta a riassegnare uno spazio regolativo più ampio alla fonte negoziale, anche in ragione dell'esigenza di attuare alcuni precisi impegni formalizzati nella già richiamata Intesa Governo – Sindacati del 30 novembre 2016, e con un contestuale ampliamento dell'ambito di possibile partecipazione sindacale<sup>60</sup>.

Sebbene le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e per le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro, particolarmente in relazione alla direzione e all'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici, siano assunte dai dirigenti ("organi preposti alla gestione") con la capacità del privato datore di lavoro, si intravede un possibile ampliamento del coinvolgimento delle organizzazioni sindacali nella fase propedeutica all'assunzione delle decisioni. Infatti, a differenza della precedente formulazione che regolava la "sola" informazione ai sindacati per le determinazioni relative all'organizzazione degli uffici e l'esame congiunto, limitatamente alle misure riguardanti i rapporti di lavoro, il contratto nazionale può estendere l'informazione e le altre forme di partecipazione anche oltre tale ambito (cfr. art. 5, co. 2, d.lgs. 165/01)<sup>61</sup>. Inoltre, il novellato art. 5, co. 2, d.lgs. 165/01, tutelando in via esclusiva i poteri dirigenziali, fa salve le ulteriori forme di partecipazione ove previste dai contratti collettivi sicché, come sostenuto in dottrina, i contratti, regolando le forme di partecipazione, regolano anche le prerogative dirigenziali che, per il tramite della partecipazione, non sono affatto escluse dalla contrattazione<sup>62</sup>. Ad avviso di chi scrive, tale riscrittura rappresenta un'indiscussa potenzialità dei dispositivi partecipativi di matrice collettiva comportando un allargamento dei suoi perimetri fino a lambire le prerogative dirigenziali. Questa elaborazione, lungi dall'essere solo un'interpretazione del dato normativo, ha trovato conforto nella vigente tornata contrattuale 2019-2021, in occasione della quale si registra un'abrasione dei poteri datoriali frutto dello sconfinamento dei dispositivi partecipativi in ambiti ad essi pertinenti. Dopo il rafforzamento di tali percorsi, i diritti di partecipazione dei soggetti sindacali sono ora articolati in diritti di informazione e di confronto e in un inedito diritto di "esame" all'interno dei nuovi organismi paritetici per l'innovazione (OPI).

<sup>60</sup> Così ARAN, UNIVERSITÀ DEGLI STUDI MILANO, *La contrattazione integrativa nelle PPAA dopo i rinnovi dei CCNL di comparto per il triennio 2016-2018*, gennaio 2022, p. 13.

<sup>61</sup> Si veda BOSCATI, *Le relazioni sindacali*, cit., p. 46.

<sup>62</sup> Così ZOPPOLI L., *Il rapporto tra legge e contratto*, cit., p. 414.

A partire dalla tornata contrattuale 2016-2018, infatti, si è avuta una riscrittura dei sistemi partecipativi<sup>63</sup>.

Ciò premesso, va detto che nella tornata successiva, quella che si è attivata nel 2022, le parti sociali hanno considerato svariati profili, pur confermando l'impostazione data nella precedente sessione.

L'area del confronto è stata allargata alle modalità attuative del lavoro agile e del lavoro da remoto, anche con riferimento alle norme regolanti le priorità di accesso<sup>64</sup>. Similmente innovativa è la parte dei ccnl della tornata 2022 in cui si sottopone al confronto la materia degli incarichi per i rinnovati profili professionali<sup>65</sup> e l'individuazione dei criteri<sup>66</sup> a cui devono attenersi le progressioni economiche verticali (PEV) tra le aree che si realizzano, come è noto, attraverso procedure comparative riservate ai sensi dell'art. 52, co. 1 *bis*, d.lgs. 165/01<sup>67</sup>, procedure che, fatta salva una riserva di almeno il 50% delle posizioni disponibili destinate all'accesso dall'esterno, avvengono tramite selezione interna unitamente alla comparazione delle valutazioni di *performance* individuale conseguite dal dipendente negli ultimi tre anni in servizio.

L'estensione dell'area del confronto non è solo frutto di sollecitazioni normative conseguenti agli spazi guadagnati dalla contrattazione collettiva per taluni profili di gestione del rapporto di lavoro. Essa avviene anche in aree inedite o perché in stretta relazione ad emergenti complessità, come il caso del confronto sulle linee di indirizzo per prevenire le aggressioni sul lavoro, casi balzati purtroppo agli onori della cronaca<sup>68</sup>, oppure in ragione del

<sup>63</sup> CANGEMI, *La partecipazione sindacale*, cit., p. 193 ss.; SANTINI, *Le "nuove" relazioni sindacali del Comparto Sanità*, in *RIMLDC*, 1, 2019, p. 95 ss.

<sup>64</sup> Art. 6, co. 3, lett. i), ccnl Sanità 2019-2021; art. 5, co. 3, lett. g), Funzioni Centrali 2019-2021; art. 5, co. l), Funzioni locali 2019-2021; Istruzione e ricerca 2019-2021: art. 30, co. 9, lett. b. 5), sezione Scuola, art. 81, co. 6, lett. i), sezione Università; art. 123, co. 8, lett. e), sezione Enti di ricerca, e art. 149, co. 8, b. 2), sezione AFAM.

<sup>65</sup> Ad esempio, art. 5, co. 4, lett. i) ed l), ccnl Funzioni centrali 2019-2021; art. 5, co. 3, lett. d), e), ccnl Funzioni locali 2019-2021.

<sup>66</sup> Cfr. art. 5, co. 3, lett. h), ccnl Funzioni centrali 2019-2021; art. 5, co. 3, lett. o), ccnl Funzioni locali 2019-2021; art. 6, co. 3, lett. n), ccnl Sanità 2019-2021; art. 30, co. 9, lett. a), ccnl Istruzione e ricerca, sezione Scuola 2019-2021; art. 81, co. 6, lett. l), ccnl Istruzione e ricerca, sezione Università 2019-2021; art. 149, co. 8, lett. a.2), ccnl Istruzione e ricerca, sezione AFAM, 2019-2021.

<sup>67</sup> In generale, si veda RICCOBONO, *Le nuove carriere dei dipendenti pubblici: professionalità, merito, imparzialità tra concorso, comparazione e valutazione*, in *LPA*, 2, 2023, p. 301 ss.

<sup>68</sup> Cfr. art. 6, co. 3, lett. h), ccnl Sanità 2019-2021; art. 5, co. 3, lett. q), ccnl Funzioni locali 2019-2021; art. 30, co. 9, a. 7), ccnl Istruzione e ricerca 2019-2021, sezione Scuola 2019-2021.

fatto che intersecano l'organizzazione del personale e della sua attività nella fase iniziale della programmazione e nella definizione dei relativi obiettivi, come nel caso della pianificazione delle attività formative e di aggiornamento e del monitoraggio sugli andamenti occupazionali<sup>69</sup>.

Questo nuovo approccio alla partecipazione è stato anche interpretato nella sua dimensione dell'impatto sulla contrattazione; in dottrina<sup>70</sup>, infatti, si è molto valorizzata l'istituzione degli OPI in relazione all'attività prope-deutica alla contrattazione integrativa poiché questi organismi dovrebbe gestire "lo spazio progettuale", fornendo proposte – alle parti negoziali o all'amministrazione – su tutto ciò che abbia una dimensione progettuale, complessa e sperimentale, di carattere organizzativo dell'amministrazione (come, ad esempio, gli ambiti connessi alla riconfigurazione digitale e allo spazio-tempo della pubblica amministrazione, ossia qualità del lavoro, benessere organizzativo, politiche formative, lavoro agile e conciliazione dei tempi di vita e di lavoro).

Sul piano del ruolo rivestito si addensano le maggiori critiche, rilevandosi come le sue funzioni, in realtà, riproducano, sovrapponendosi, le prerogative della contrattazione collettiva integrativa, da un lato, e della partecipazione tramite confronto, dall'altro<sup>71</sup>. In effetti ad una lettura delle materie di pertinenza non può che trarsi questa conclusione, poiché l'OPI è la sede dove si attivano stabilmente relazioni aperte e collaborative su attività aventi un impatto sull'organizzazione, sul miglioramento dei servizi, sulla promozione della legalità del lavoro e del benessere organizzativo, anche con riferimento a politiche formative, al lavoro agile e alla conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, al fine di formulare proposte all'ente o alle parti negoziali della contrattazione integrativa (art. 6, co. 2, ccnl Funzioni Centrali 2019-2021 e art. 6, co. 2, ccnl Funzioni locali).

Tuttavia, il presupposto dell'azione e dell'operatività dell'OPI pare differente rispetto ai meccanismi partecipativi dell'informazione/confronto e

<sup>69</sup> Art. 5, co. 3, lett. i), ccnl Funzioni locali 2019-2021 ai sensi del quale è oggetto di confronto anche l'individuazione, nel piano della formazione, delle materie comuni a tutto il personale, di quelle rivolte ai diversi ambiti e profili professionali presenti nell'ente, tenendo conto dei principi di pari opportunità tra tutti i lavoratori e dell'obiettivo delle ore di formazione da erogare nel corso dell'anno; art. 6, co. 3, lett. l) e m), ccnl Sanità 2019-2021.

<sup>70</sup> SPINELLI, *Il lavoro agile post pandemico nelle pubbliche amministrazioni*, in *LDE*, 4, 2021, p. 12 ss.

<sup>71</sup> BOSCATI, *La riforma mancata: il ruolo della dirigenza pubblica nei nuovi assetti*, in *LPA*, 2017, p. 64.

del metodo negoziale<sup>72</sup>. Sia nell'informazione sia nel confronto l'elaborazione della soluzione è unilaterale, soluzione che, nell'*iter* di contrattazione integrativa, aspira ad essere composta in un'opzione concertata a valle; anche nel confronto, le proposte sono unilateralmente elaborate dalle parti e la composizione è solo eventuale laddove l'amministrazione decida di tenere in conto la prospettiva sindacale. Nell'ambito dell'OPI, ad avviso di chi scrive, il meccanismo dovrebbe essere a monte attivato sulla base di una proposta elaborata congiuntamente dalle parti nel seno dell'organismo, frutto, quindi, di una condivisione del problema e della relativa soluzione fin dall'inizio dell'individuazione e della relativa programmazione. Nonostante i comprensibili dubbi, a giudizio di chi scrive, questi organismi possono, in potenza, avere una funzione procedurale e teleologica diversa sia rispetto al confronto sia rispetto alla contrattazione integrativa. Rispetto al confronto, essi muovono nella logica di una stabile relazione sindacale ispirata alla logica partecipativa: l'OPI dovrebbe essere la sede permanentemente deputata all'analisi di queste tematiche e non attivabile a richiesta come accade nel confronto o a scadenza triennale come accade nella negoziazione. L'OPI si riunisce almeno due volte l'anno, è stabilmente composto e potenzialmente attivo a prescindere dall'avvio della negoziazione o dall'attivazione dell'amministrazione nella logica del confronto.

Sul piano teleologico, inoltre, la sua funzione pare differente sia dal confronto, in cui il coinvolgimento avviene all'esito di una decisione dell'ente già assunta, sia dalla contrattazione, dove l'obiettivo è giungere ad una proposta originariamente divergente ma che trova una soluzione contrattata all'esito della negoziazione. Nell'OPI, almeno sulla carta, è valorizzata la funzione propositiva autonoma, potendo tale organismo trasmettere proprie proposte progettuali, al termine dell'analisi di fattibilità, sia alle parti negoziali della contrattazione integrativa sia all'amministrazione<sup>73</sup>, oltre a svolgere analisi, indagini e studi, ed esprimere pareri non vincolanti in riferimento all'utilizzo delle risorse destinate alla contrattazione collettiva<sup>74</sup>. Chi scrive

<sup>72</sup> Sulle differenze rispetto agli altri organismi paritetici operanti nel lavoro pubblico, si veda FERRARA, *op. cit.*

<sup>73</sup> Art. 6, co. 3, lett. c), ccnl Funzioni centrali 2019-2021; art. 6, co. 3, lett. c), ccnl Funzioni locali 2019-2021; art. 8, co. 3, lett. c), ccnl Sanità 2019-2021.

<sup>74</sup> Art. 6, co. 3, lett. e), ccnl Funzioni centrali 2019-2021; art. 6, co. 3, lett. c), ccnl Funzioni locali 2019-2021; art. 8, co. 3, lett. c), ccnl Sanità 2019-2021; art. 7, co. 4, lett. e), ccnl Istruzione e ricerca 2019-2021.

ritiene che alla pariteticità si somma una potenziale funzione di terzietà da cui dovrebbe derivare una soluzione concertata *ab origine* e non frutto della negoziazione. L'OPI, in definitiva, svolge una funzione consulenziale e non meramente consultiva come accade nel confronto, potendo esprimersi su progetti e programmi inoltrati dalle parti negoziali abilitate alla trattativa a livello integrativo e da gruppi di lavoratori<sup>75</sup>.

Tuttavia, anche alla luce delle nuove traiettorie permane il limbo rispetto all'effettiva capacità dei diritti di partecipazione di incidere sul piano delle strategie e degli obiettivi generali e, secondariamente, di sincronizzare gli spazi acquisiti grazie ai congegni partecipativi a siffatti obiettivi generali anche sul piano della traduzione di essi in conseguenti e coerenti politiche contrattuali.

Perché, in definitiva, i nuovi spazi non dovrebbero tradursi in un rinnovato protagonismo delle compagini sindacali e in nuove e più raffinate prassi cogestive?

5. *Dalla partecipazione alla responsabilità partecipata: per una diversa dogmatica dell'interesse collettivo nel lavoro pubblico*

Giunti al termine di questa ricostruzione degli intrecci e delle contraddizioni emergenti nelle relazioni sindacali pubbliche non resta che disporre in sequenzia i dubbi sollevati nelle pagine precedenti, dubbi che celano alcuni (si intende, non tutti) nodi irrisolti che rischiano di essere detonatori e fattori di moltiplicazione di ulteriori contraddizioni.

In primo luogo, sul piano della tecnica regolativa, occorre chiedersi se e come valorizzare il non spazio, ossia il confine, l'area su cui insistono competenze diverse e poteri differenti ma convergenti, area che necessita di trovare soluzioni regolative *ad hoc* che superino il mero criterio del riparto di competenze e materie.

In secondo luogo, quale fondamento si può reperire alla base della configurazione della sovranità collettiva nella duplice e multiforme componente dell'autonomia e della capacità regolativa? Quale spiegazione e conseguente

<sup>75</sup> Si veda, in tal senso, art. 6, co. 4, ccnl Funzioni centrali 2019-2021; art. 6, co. 4, ccnl Funzioni locali 2019-2021; art. 8, co. 4, ccnl Sanità 2019-2021; art. 7, co. 4, lett. c), ccnl Istruzione e ricerca 2019-2021.

soluzione teorica possiamo tentare di offrire senza dover ridiscutere dalle fondamenta i postulati della relazione lavorativa pubblica a partire dalla natura della relazione lavorativa, del contratto collettivo, della specialità/specificità delle norme in questa porzione dell'ordinamento?

Infine, come evitare che i nuovi spazi partecipativi si traducano in un rinnovato protagonismo delle compagini sindacali e in nuove e più raffinate prassi cogestive?

Nel lavoro pubblico la contesa in questi anni (e soprattutto delle traiettorie future) riguarda non solo il rafforzamento del sindacato nei confronti della controparte datoriale, ma la ricerca di espedienti in grado di rafforzarne la responsabilità al cospetto degli interessi generali<sup>76</sup>.

Ad avviso di chi scrive, le possibili risposte a questi interrogativi sono da rinvenirsi altrove, ossia nella configurazione nell'interesse collettivo in questa porzione dell'ordinamento giuridico, così da scongiurare (forse) il rischio che eventuali specificità siano considerate fattori di crisi della natura privatistica del contratto collettivo e del rapporto di lavoro pubblico oppure profili di dubbia compatibilità costituzionale del sistema fondato sulla determinazione eteronoma della struttura contrattuale, dell'*iter* e dei soggetti negoziali, profili oggetto di analisi fin dai primi studi in tema di privatizzazione dell'impiego pubblico<sup>77</sup>. Come è risaputo, l'interesse generale e pubblico, ha costituito un limite esterno all'autonomia collettiva. Il ricorso alla rappresentanza legale, riconducibile allo schema della sostituzione, ha consentito di rendere compatibile la natura privatistica con l'efficacia generale dei contratti collettivi sia nella versione costituzionale sia nel conseguente abito di contratto di diritto comune interpretato estensivamente per effetto dell'inattuazione dell'art. 39 Cost. L'interesse collettivo si svolge su un piano autonomo, diverso e prevalente rispetto a quello individuale<sup>78</sup>; tale assoggettamento non è di tipo obbligatorio e neppure associativo, ma dipende da

<sup>76</sup> Si legga ESPOSITO, *Conflitto e condotta sindacale nella pubblica amministrazione*, in ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI A. (a cura di), *Mezzo secolo dello Statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica*, vol. II, *QDLM*, 10, 2021, p. 351.

<sup>77</sup> Si veda BARBIERI, *Problemi costituzionali della contrattazione collettiva*, cit.

<sup>78</sup> La scoperta del collettivo è il *leit motiv* del secolo breve, così ROMAGNOLI, «Collettivo» e «individuale» nel diritto del lavoro, in *LD*, 2, 2008, p. 207. Il nesso tra autonomia individuale e collettiva si colloca alle origini del diritto del lavoro e ne costituisce anzi in qualche modo l'atto fondativo, in tal senso MARIUCCI, *Autonomia individuale e collettiva: l'attualità di un vecchio dilemma*, in *LD*, 2, 2008, p. 212 ss.

una diretta considerazione costituzionale dell'originaria rilevanza degli interessi di gruppo come tali<sup>79</sup>.

Fermo restando tutto ciò, nel lavoro pubblico l'interesse collettivo e il potere collettivo possono avere, come detto, una configurazione diversa in considerazione della differente e più ampia nozione di organizzazione in cui il lavoro deve inserirsi e che non si limita solo all'organizzazione etero-imposta dal titolare del potere organizzativo, ossia il datore, ma è determinata dall'interesse generale a cui l'azione della pubblica amministrazione deve tendere. Ad avviso di chi scrive, l'interesse collettivo alla base dell'attività sindacale nel lavoro pubblico implica una compartecipazione all'interesse generale a cui è subordinata l'organizzazione amministrativa; interesse generale che se è estraneo alla regolamentazione del rapporto di lavoro pubblico (al pari dell'estraneità dell'utilità sociale del datore di lavoro nel rapporto di lavoro privato), non lo è all'interesse collettivo su cui si fonda l'azione delle organizzazioni sindacali in questo settore, ciò sia per i meccanismi di forte istituzionalizzazione della rappresentanza a fini contrattualistica per gli spazi, seppure in via di definizione e chiarimento, dei congegni partecipativi nelle materie non contrattabili.

L'interesse pubblico connota il rapporto organico e risulta collegato all'interesse proprio della pubblica amministrazione come soggetto e come datore di lavoro, fungendo da snodo essenziale attraverso cui si trasmettono all'organizzazione gli effetti provenienti dall'attività «come mediazione che consente al carattere autoritativo di questa di conformare a sé la struttura»<sup>80</sup>.

La compenetrazione dell'interesse pubblico nell'interesse collettivo ha creato un sistema di rappresentanza sindacale che si caratterizza non soltanto per la considerazione della comunità di riferimento dei lavoratori e delle lavoratrici, ma anche per la presa in carico dei bisogni dell'intera collettività degli utenti a cui l'attività amministrativa è indirizzata.

Si tratta, ad avviso di chi scrive, di un interesse collettivo a vocazione generale in cui si traducono le istanze di protezione degli interessi generali e che ne condizionano i sistemi di selezione e le azioni tipiche<sup>81</sup>.

Questa conclusione necessita di essere adattata alla tradizionale conformazione del potere collettivo del lavoro che, come è stato detto, si configura

<sup>79</sup> PERSIANI, *Saggio sulla autonomia privata collettiva*, Cedam, Padova, 1972, p. 97.

<sup>80</sup> Si veda ORSI BATTAGLINI, *Gli accordi sindacali nel pubblico impiego*, Giuffrè, 1982, p. 61.

<sup>81</sup> Per la ricostruzione dogmatica di questa interpretazione, si veda sempre FERRARA, *op. cit.*

«sia come un potere di op-posizione nell'organizzazione sia come potere di im-posizione»<sup>82</sup>, posto che l'ordinamento giuridico riconosce l'esercizio del potere collettivo di lavoro solo attribuendo a un soggetto giuridico la titolarità di quel potere. La coalizione dei lavoratori e delle lavoratrici nasce, infatti, socialmente dall'interesse collettivo che, a sua volta, trae origine dalla condizione materiale di inserimento nell'organizzazione del processo produttivo che presuppone, appunto, un contratto di lavoro<sup>83</sup>.

Questa corrispondenza tra inserimento nell'organizzazione altrui, interesse collettivo e potere collettivo può avere una morfologia inedita nel settore pubblico in considerazione della più ampia nozione di organizzazione in cui il lavoro deve inserirsi e che non si limita solo all'organizzazione etero-imposta dal titolare del potere organizzativo, ossia il datore, ma è determinata dall'interesse generale a cui l'azione della pubblica amministrazione deve tendere: a giudizio di chi scrive, in questo ambito il potere collettivo si può configurare come potere di com-posizione, oltre che di op-posizione e im-posizione.

In dottrina, si è già messo in luce come i sindacati operino in una duplice veste: come difensori degli interessi dei dipendenti e, nei limiti in cui l'interesse generale non contrasti con quello collettivo, come garanti degli interessi generali al buon andamento delle amministrazioni e al corretto perseguimento dei fini indicati dalla legge<sup>84</sup>. In queste elaborazioni la relazione tra interesse collettivo e interesse generale viene però affrontata sul piano della capacità delle confederazioni di rappresentare categorie più ampie di soggetti sicché gli interessi da essi rappresentati tendono ad avvicinarsi a quelli dell'intera collettività<sup>85</sup>. In altre ricerche, si è ricondotta la contrattazione collettiva pubblica ad una situazione di evidenza pubblica, escludendo che esso possa essere considerato funzionalizzato dall'interno: la valutazione circa la compatibilità del contratto collettivo con l'interesse generale dovrebbe perciò essere effettuata dal soggetto pubblico<sup>86</sup>. In questo studio si vuole affrontare la questione della relazione tra interesse pubblico e generale e interesse collettivo dall'interno della costruzione dell'interesse collettivo medesimo<sup>87</sup>, ciò

<sup>82</sup> Così BAVARO, *Appunti sul diritto del potere collettivo del lavoro*, in *LD*, 3-4, 2021, p. 565.

<sup>83</sup> Si legga PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 1966, spec. p. 43 ss.

<sup>84</sup> Si legga MATTARELLA B.G., *Sindacati e pubblici poteri*, Giuffrè, 2003, p. 232.

<sup>85</sup> Così MATTARELLA B.G., *Sindacati e pubblici poteri*, cit., p. 233.

<sup>86</sup> In tal senso, TOPO, *Legge e autonomia collettiva nel lavoro pubblico*, Cedam, 2008, p. 181.

<sup>87</sup> È in atto, del resto, un ripensamento delle strutture normative del diritto sindacale in

sia al fine di spiegare la specialità delle regole della rappresentanza a tutti i livelli di rappresentatività sia allo scopo di reinterpretare il sistema delle relazioni sindacali partecipate.

Lo stesso assetto dicotomico della sovranità collettiva nel lavoro pubblico, scissa in autonomia e capacità regolativa, come in precedenza ricostruito, può essere un effetto della peculiare natura dell'interesse collettivo in questa porzione di ordinamento. Nel lavoro privato, infatti, l'eventuale scissione è condizionata dal potere che ha l'organizzazione sindacale di porsi come controparte datoriale: sussiste la capacità di determinare l'assetto regolativo quando esiste *de facto* il potere contrattuale. Nel lavoro pubblico, sebbene ci sia il potere, possono sussistere ambiti, materie, competenze e meccanismi impediti tale capacità pur se permane la relativa autonomia regolativa.

Del resto, è da tempo in atto una profonda rivisitazione della stessa nozione di sussidiarietà orizzontale, a partire dalla sua positivizzazione nell'art. 118 Cost. grazie alla riforma del titolo V della Costituzione nel 2001 (l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3), come valorizzazione di una poliattorialità istituzionale che si spinge anche sul piano sociale, assumendo la sua inclinazione orizzontale e inverandosi in un atteggiamento di *favor* verso l'autonoma iniziativa dei cittadini per lo svolgimento di attività di interesse generale<sup>88</sup>. Nella giurisprudenza post-sussidiarietà si assiste ad un cambio di passo il cui momento nevralgico lo si rinviene nella sentenza n. 131 del 2020<sup>89</sup>. Secondo la Corte, esiste un ambito di organizzazione delle libertà sociali che, ultroneo al mercato e al pubblico, può concorrere con quest'ultimo dentro un rapporto collaborativo e non sinallagmatico, mettendo a disposizione il flusso di dati informativi e la propria capacità organizzativa e di intervento.

relazione della quarta rivoluzione industriale; si avverte diffusamente l'esigenza di reinterpretazione e modernizzazione delle prerogative sindacali tradizionalmente riconosciute anche nel senso di una transizione da forme di "rappresentanza del lavoro" ad un modello di "rappresentanza sociale" in grado di accogliere nella rispettiva area di pertinenza una vasta gamma di personalità, permettendo, al contempo, la traslazione da un principio di tutela delle esigenze della sola forza lavoro ad uno strettamente inerente alla difesa dei bisogni della popolazione. In questi casi, l'azione dei sindacati tradizionali avviene nei perimetri di agibilità dell'art. 39 Cost.

<sup>88</sup> Cfr. VIMERCATI, *Pubblica Amministrazione e Terzo Settore: un rapporto imprescindibile per l'attuazione costituzionale della sussidiarietà orizzontale*, in *RTSA*, 2, 2023, p. 6 ss. e i riferimenti bibliografici ivi citati.

<sup>89</sup> Al rigoardo, GORI, *Terzo settore e Costituzione*, Giappichelli, 2022.

Da questa angolazione, l'elaborazione teorica sostenuta in questo scritto potrebbe costituire un ulteriore e diverso ancoraggio del nodo concettuale di cui si dibatte ancora e che Mario Rusciano aveva considerato centrale fin dal 1996<sup>90</sup>, ossia se la contrattazione collettiva nel settore pubblico deve considerarsi ontologicamente funzionalizzata al perseguimento degli obiettivi di buon andamento e imparzialità o se si debba continuare a considerare la rappresentanza collettiva scevra da qualsiasi vincolo di scopo<sup>91</sup>.

La funzionalizzazione ontologica, tuttavia, ha trovato spesso ostacoli e impedimenti allorquando si è reso necessario, in relazione ai singoli istituti oggetto di contrattazione, procedere all'integrazione ontologica degli obiettivi di imparzialità e buon andamento nelle trattative e poi nell'accordo con la controparte pubblica, costituendo, i principi dell'art. 97 Cost., elementi estranei (e in contrapposizione) all'interesse collettivo di cui gli agenti sindacali sono interpreti.

Le considerazioni appena svolte sono confermate, inoltre, dall'attività di carotaggio nella disciplina endo-sindacale dettata dagli accordi quadro, anche più recenti, regolanti la materia della rappresentanza e della rappresentatività sindacale<sup>92</sup>.

L'accomodamento delle relazioni sindacali (relativamente, ad esempio, alle regole della selezione degli organismi di rappresentanza) ai bisogni organizzativi dell'amministrazione è un indizio che può confermare la possibile diversa configurazione dell'interesse collettivo nel lavoro pubblico nei termini in precedenza descritti. Si tratta di una tendenza vitale che anzi è stata confermata e valorizzata anche nell'accordo collettivo nazionale quadro del 12 aprile 2022 in materia di costituzione delle rappresentanze sindacali unitarie per il personale dei comparti delle pubbliche amministrazioni e per la definizione del relativo regolamento elettorale che riscrive in più punti, innovandola, la disciplina dell'accordo quadro del 7 agosto 1998 sulla costituzione delle rsu<sup>93</sup>.

<sup>90</sup> Si consulti RUSCIANO, *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle fonti*, in *DLRI* 2, 1996, p. 257.

<sup>91</sup> Interpretazione avallata anche dalla lettura della Corte costituzionale nella sentenza C. Cost. 178/2015.

<sup>92</sup> Per un bilancio sui sistemi di rappresentanza sindacale, si veda DI STASI, *La riforma della rappresentanza, rappresentatività e sistema contrattuale nel settore pubblico. Un bilancio vent'anni dopo*, in *LPA*, 4, 2019, p. 48 ss.

<sup>93</sup> Ad esempio, all'art. 11 dell'acnq del 2022, si conferma la presa in carico delle esigenze organizzative con la previsione generale della disciplina degli effetti sulle rsu in caso di riordino

Più in generale, la riconduzione a forme di partecipazione pare la sede ottimale per consentire la massima estrinsecazione del potenziale di questa diversa elaborazione dell'interesse collettivo sindacale nell'ambito delle relazioni sindacali pubbliche. L'area della partecipazione, in tal modo, non si configurerebbe solo come conquista di uno spazio strappato alla contrattazione collettiva integrativa e alla regolamentazione unilaterale del datore di lavoro pubblico, bensì diventerebbe il frutto di un'attività, seppure delimitata dalla legge e dalla contrattazione nazionale, radicata su un sistema di rappresentanza di un interesse collettivo a vocazione generale come in precedenza descritto.

Su questi profili potrebbe avviarsi una riflessione *de iure condendo* sull'opportunità di un intervento legislativo che, come è accaduto per i comitati unici di garanzia, si appropri dei meccanismi della pariteticità nella fase non dell'attuazione delle scelte, ma in quella della programmazione degli obiettivi e dei possibili strumenti entro cui l'unilaterale potere di organizzazione resta intatto da parte della pubblica amministrazione, cogliendo anche le potenzialità degli interstizi offerti dalla nuova configurazione dell'attività di programmazione come ciclo integrato e non come singoli atti programmatici grazie appunto all'introduzione PIAO: si offrirebbe uno strumento di lavoro che agisce prima dell'assunzione della decisione e che retroagisce al momento dell'individuazione delle strategie di programmazione la cui attuazione, tra le diverse scelte possibili, resta ad appannaggio delle prerogative datoriali pubbliche. Al riguardo, la contrattazione collettiva della tornata 2019-2021 non pare risolutiva<sup>94</sup>.

Osservato lo stato dell'arte delle relazioni sindacali nel lavoro pubblico, pare utile chiedersi se il modello di partecipazione sindacale non debba essere implementato, per via legislativa, interpretativa o attraverso la contrattazione collettiva, in alcune direzioni specifiche, rafforzando il ruolo e le relative re-

delle amministrazioni e degli uffici. In caso di riorganizzazione che comporta l'accorpamento di amministrazioni o uffici già sede di rsu, in via transitoria e fino a scadenza del proprio mandato, la rsu, anche in deroga al numero dei componenti fissato dall'accordo quadro, sarà formata da tutti i componenti trasferiti nella nuova amministrazione o ufficio, i quali continueranno a svolgere le funzioni di componente rsu esclusivamente nell'amministrazione o ufficio dove sono transitati.

<sup>94</sup> Si rinviene il riferimento al PIAO nel CCNL Comparto Istruzione e ricerca 2019-2021, sezione Enti di ricerca (art. 123, co. 11), relativamente al piano dei fabbisogni inserito nel PIAO per il quale è necessaria l'informativa.

sponsabilità nella fase di programmazione nella valutazione delle opzioni strategiche (*co-commissioning*), dell'individuazione delle soluzioni operativa (*co-design*), e nella fase di misurazione e rendicontazione, contribuendo a fornire *feedback* sui risultati ottenuti e ricalibrazione degli obiettivi (*co-evaluation*) oltre alla funzione di allocazione del trattamento economico accessorio.

Riconoscere il potenziale dellapartecipazione non significa condividere alcuna preconcetta indulgenza verso filo-comitati di facciata, bensì implica di assumere il fatto che le politiche di organizzazione e gestione dell'attività amministrativa possono trarre la loro legittimazione sostanziale e, dunque, la loro operatività da una mutua coincidenza dialogica tra i loro fautori, i loro attuatori (e tra questi i lavoratori e le lavoratrici anche attraverso i processi di intermediazione sindacale) e i loro destinatari, cittadini e cittadine, attorno a una visione condivisa dell'interesse pubblico e del bene della collettività nell'ambito di una data comunità di lavoro.

### **Abstract**

Il contributo traccia i lineamenti delle metamorfosi che hanno interessato le relazioni sindacali nel lavoro pubblico a trent'anni dall'approvazione del d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29 e, allo stesso tempo, indaga alcune emergenti criticità/potenzialità connesse al metodo negoziale e ai diritti di partecipazione a seguito delle riforme che hanno interessato il lavoro pubblico in Italia. A partire dagli intrecci tra organizzazione dell'amministrazione e gestione del personale, interesse pubblico, interessi privati e interessi collettivi, nel saggio si offrono soluzioni interpretative collegate alla configurazione dell'interesse collettivo in questa porzione dell'ordinamento giuridico.

The essay points out the metamorphoses that have affected labour relations in public employment thirty years after the approval of decree no. 29 of 3 February 1993 and, at the same time, investigates some emerging criticalities/potentialities connected to the negotiation method and participation rights following the reforms that have affected public employment in Italy. Starting from the intertwining of the organisation of the administration and personnel management, public interest, private interest and collective interest, the essay offers interpretative solutions linked to the configuration of the collective interest in this part of the legal system.

### **Keywords**

Lavoro pubblico, rappresentanza sindacale, contrattazione collettiva, relazioni sindacali, partecipazione.

Public employment, union representation, collective bargaining, industrial relations, participation.

**Anna Alaimo**

**Note sparse sul rapporto fra contrattazione integrativa e contrattazione nazionale e sulla partecipazione nei contratti di comparto**

SOMMARIO: **1.** Contrattazione integrativa *versus* contrattazione nazionale: temi e questioni. **2.** La nullità dei contratti integrativi in contrasto con i vincoli e i limiti stabiliti dai contratti nazionali: trattamenti economici accessori e progressioni di area. La rilevabilità d'ufficio della nullità. **3.** La contrattualizzazione in sede integrativa di materie oggetto di partecipazione sindacale. **4.** La partecipazione sindacale nei contratti di comparto. L'ascesa della "partecipazione organizzativa" e la convergenza pubblico/privato.

*1. Contrattazione integrativa versus contrattazione nazionale: temi e questioni*

Queste brevi note rielaborano l'intervento al Convegno *Le metamorfosi del lavoro pubblico in trent'anni di riforme (1993-2023)*<sup>1</sup> e affrontano alcune questioni legate al titolo della sessione – *Contrattazione e partecipazione* – riguardanti sia il rapporto fra la contrattazione integrativa e la contrattazione nazionale, sia la disciplina della partecipazione nei contratti di comparto.

Com'è noto, la contrattazione integrativa è stata sin dall'inizio una contrattazione in "libertà vigilata"<sup>2</sup>, contraddistinta dalla stretta derivazione dalla

<sup>1</sup> *Le metamorfosi del lavoro pubblico in trent'anni di riforme (1993-2023). Intrecci, ostacoli contraddizioni, potenzialità degli interventi legislativi*, Università di Napoli Federico II, 29-30 novembre 2023.

<sup>2</sup> VISCOMI, *La contrattazione integrativa*, in CARINCI F, D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, Giuffrè, 2000, t. II, p. 1269; VISCOMI, *La partecipazione all'organizzazione ed alla gestione dei rapporti di lavoro (artt. 10 e 48)*, in CARINCI F, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal D.L. 29/1993 alla finanziaria 1995. Commentario*, Giuffrè, 1995, p. 344.

contrattazione nazionale. Già il legislatore della “prima privatizzazione” (1992/93), riprendendo la linea accentratrice della “legge quadro” del 1983, aveva stabilito fra i due livelli di contrattazione un rapporto di “filiazione controllata”<sup>3</sup> che, a dispetto della proclamata “autonomia” della contrattazione integrativa<sup>4</sup>, ha comportato, per i contratti stipulati a livello di singole amministrazioni, una costante “subordinazione finanziaria”<sup>5</sup> e persistenti vincoli di materie e limiti stabiliti dai contratti nazionali<sup>6</sup>, ai quali invece spetta una funzione ordinante della struttura contrattuale pubblica<sup>7</sup>.

Altrettanto risaputo è che i rapporti fra i due livelli sono rimasti problematici nel trentennio trascorso sino ad oggi, nonostante che i numerosi interventi legislativi, non limitati alle principali tappe di riforma del lavoro pubblico e motivo di diverse versioni della disciplina, (non solo riguardante il livello decentrato<sup>8</sup>), abbiano nel tempo ribadito quell’assetto.

<sup>3</sup> VISCOMI, *La contrattazione integrativa*, cit., il quale richiama GRANDI, *Contrattazione collettiva, conflitto collettivo e tutela sindacale nella legge quadro sul pubblico impiego*, in *DL*, 1983, I, p. 290.

<sup>4</sup> Come recita l’art. 40, co. 3-bis, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, “Le pubbliche amministrazioni attivano autonomi livelli di contrattazione collettiva integrativa (...)”.

<sup>5</sup> *Ex art.* 40, co. 3-*quinquies*, “la contrattazione collettiva nazionale dispone, per le amministrazioni di cui al comma 3 dell’articolo 41, le modalità di utilizzo delle risorse indicate all’articolo 45, comma 3-bis, individuando i criteri e i limiti finanziari entro i quali si deve svolgere la contrattazione integrativa”.

<sup>6</sup> *Ex art.* 40, co. 3-*bis*, d.lgs. n. 165/01, “La contrattazione collettiva integrativa si svolge sulle materie, con i vincoli e nei limiti stabiliti dai contratti collettivi nazionali (...)”.

<sup>7</sup> VISCOMI, *Contrattazione integrativa, nullità della clausola difforme e responsabilità “diffusa”*, in *LPA*, 2007, p. 859.

<sup>8</sup> In generale, sulla svolta impressa alla disciplina della contrattazione collettiva dalla “terza riforma” (“riforma Brunetta” del 2009) e sui generali effetti di contenimento della fonte contrattuale ci si limita a richiamare, fra gli innumerevoli commenti dell’epoca, DELFINO, *La nuova contrattazione collettiva nel lavoro pubblico: soggetti e procedimenti, Le istituzioni del federalismo*, 2009, p. 707; NATULLO, *La nuova contrattazione collettiva nel lavoro pubblico: ambito e limiti*, *ibidem*, p. 685; TALAMO, *La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, in *GDA*, 2010, I, p. 13; ZOPPOLI L., *La contrattazione collettiva dopo la delega*, in *WP CSDLE Massimo D’Antona. IT - 87/2009* e, anche per ulteriori richiami, ALAIMO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e “blocchi”: dalla “Riforma Brunetta” alla “manovra finanziaria” 2010*, in *LPA*, 2010, p. 287. Anche sulle principali novità della “quarta riforma” (l. 124/15 e d.lgs. 75/15) bastino i riferimenti a BELLAVISTA, *Contrattazione collettiva e partecipazione sindacale nella riforma Madia*, in GARILLI, DE MARCO, BELLAVISTA, MARINELLI, RICCOBONO (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze della p.a. dopo la riforma Madia*, Wolters Kluwer, 2018, p. 57; RICCI, DI NOIA, *Relazioni sindacali e contrattazione collettiva nel settore pubblico dopo la Riforma Madia e i rinnovi contrattuali*, in *LPA*, 2017, p. 1.

Riguardo alla contrattazione integrativa, la valorizzazione del livello negoziale più prossimo alle sedi lavorative dei pubblici dipendenti quale risorsa organizzativa e gestionale – tratto caratteristico della “seconda privatizzazione” (1997/98) – è andata progressivamente riducendosi<sup>9</sup>, anche in ragione di esigenze di contenimento della spesa<sup>10</sup>, con l’effetto di rendere la disciplina del secondo livello di contrattazione sempre più pregna di vincoli, oltre che tellurica, un vero e proprio esempio di bradismo legislativo<sup>11</sup>.

A partire dalla ricognizione di tali dati noti, proverò a fornire tre spunti: i primi due sulla tendenza della contrattazione integrativa a disporre in senso contrario ai contratti nazionali, con particolare riguardo sia ai trattamenti economici accessori, sia ai criteri delle progressioni economiche orizzontali (par. 2), ma anche alla “contrattualizzazione” in sede decentrata di materie che per la contrattazione nazionale avrebbero dovuto formare oggetto di sola partecipazione sindacale (par. 3); il terzo, agganciato a quest’ultimo aspetto, riguardante la nuova articolazione della partecipazione nei contratti di comparto (par. 4).

2. *La nullità dei contratti integrativi in contrasto con i vincoli e i limiti stabiliti dai contratti nazionali: trattamenti economici accessori e progressioni di area. La rilevabilità d’ufficio della nullità*

Il primo spunto riguarda, dunque, il mancato rispetto dei “vincoli e i limiti stabiliti dai contratti collettivi nazionali” (co. 3-*bis* e 3-*quinqües* dell’art. 40, d.lgs. 165/01), a dispetto di una nullità delle “clausole difformi” che risale alla seconda fase della privatizzazione (art. 45, co. 4, ult. periodo; ora art. 40, co. 3-*quinqües*) e che costituisce una delle più evidenti anomalie rispetto al funzionamento della contrattazione nel settore privato, ma anche un modo con cui l’ordinamento statale supporta la contrattazione collettiva pubblica<sup>12</sup>, interferendo significativamente con le relazioni e le attività sindacali nelle pubbliche amministrazioni.

<sup>9</sup> NAVILLI, *Le risorse per la contrattazione collettiva integrativa*, in *LDE*, 2021, 4.

<sup>10</sup> Si pensi sia alla “manovra anti-crisi” del 2010 (d.l. 78/10, conv. in l. 122/10), sia ai noti limiti al trattamento accessorio del personale disposti dalla “Riforma Madia” (art. 23, comma 2, d.lgs. n.75 /2017).

<sup>11</sup> GARGIULO, *La contrattazione integrativa nelle pubbliche amministrazioni: cronache dal bradismo*, in *LPA*, 2019, 2, p. 57.

<sup>12</sup> VISCOMI, *La contrattazione integrativa*, cit., pp. 1282 e 1295.

Una materia in cui la tendenza a disattendere le disposizioni dei contratti nazionali si è molto diffusa è notoriamente quella dei trattamenti economici accessori (tea), spesso oggetto di attribuzioni indiscriminate da parte della contrattazione integrativa, nonostante che i contratti nazionali richiedessero differenziazioni basate su criteri predeterminati anche prima che il sistema di incentivazione delle *performances* e del merito e i sistemi premianti selettivi venissero promossi dalla “Riforma Brunetta” del 2009 (d.lgs. 150/09, Titolo III). Le retribuzioni accessorie, nate variabili per compensare ora la produttività, ora condizioni disagiate di impiego, hanno conosciuto, così, “una sorta di mutazione genetica, tendendo a consolidarsi in voci fisse e continuative” che hanno distratto risorse dalla finalità incentivante<sup>13</sup>.

Un secondo ambito di frequente disallineamento della contrattazione integrativa rispetto ai contratti nazionali è stato quello dei parametri di valutazione impiegati per le progressioni economiche orizzontali.

Guardando ai due ambiti, si è rilevata una diffusa tendenza a produrre “piattume premiale” e “progressioni antimeritocratiche e di massa”<sup>14</sup>.

Ciò premesso, farò solo alcuni riferimenti esemplari a contratti integrativi che in queste materie hanno aperto contenziosi, certamente non esaustivi del panorama giurisprudenziale ma recentemente giunti al terzo grado di giudizio e definiti dalla Corte di Cassazione con pronunce degli ultimi anni (2022-2023).

a) Il primo è un caso di attribuzione di tea collegati al criterio della presenza in servizio piuttosto che alla qualità e ai risultati della prestazione, come già richiedeva il ccnl del comparto Sanità del 1995 (poi ripreso dai successivi contratti del comparto sino al 2009). L’accordo integrativo di un’Azienda Socio Sanitaria Territoriale (ASST) finiva, invece, per introdurre un’ipotesi di retribuzione incentivante che sostanzialmente misurava la *performance* individuale sul solo criterio della “presenza in servizio”, in evidente difformità rispetto ai parametri previsti dal ccnl<sup>15</sup>.

b) Il secondo caso riguarda le indennità di rischio dei medici di continuità assistenziale – le c.d. “guardie mediche” – che un Accordo Integrativo

<sup>13</sup> TALAMO, *Gli interventi sul costo del lavoro nelle dinamiche della contrattazione collettiva nazionale ed integrativa*, in *LPA*, 2009, p. 519.

<sup>14</sup> TALAMO, *Valutazione e contrattazione collettiva. Dal disastro verso l’ignoto*, in *Nuova Etica Pubblica*, 2018, p. 43.

<sup>15</sup> Cass. 14 aprile 2022 n. 12268, in *LPA*, 2022, p. 833, con nota di RICCI, *Sul trattamento economico incentivante dei dipendenti del comparto sanitario: la performance non è misurabile con il criterio della “presenza in servizio”*.

Regionale (air, nella fattispecie, della Regione Abruzzo) attribuiva in modo automatico e indifferenziato a tali professionisti, in contrasto con le indicazioni dell'Accordo collettivo nazionale (del 20 gennaio 2005) che richiedeva, invece, di collegarle a “particolari e specifiche condizioni di disagio e difficoltà”<sup>16</sup>.

c) Altre significative questioni hanno riguardato i parametri di valutazione impiegati per le progressioni economiche di area, spesso “appiattiti” dai contratti integrativi sul solo parametro dell’anzianità di servizio<sup>17</sup>, in violazione di previsioni nazionali che, prima ancora che l’art. 52 del d.lgs. 165/01 incorporasse (nel co. 1-*bis*) i “principi di selettività in funzione delle qualità culturali e professionali, dell’attività svolta e dei risultati conseguiti”<sup>18</sup>, prevedevano parametri di valutazione molteplici (per es.: impegno, coinvolgimento e iniziativa personale del dipendente).

In tutti questi casi e sul presupposto che sono di competenza del giudice ordinario le controversie sull’efficacia di singole clausole del contratto integrativo (poiché solo per il danno erariale sussiste la competenza della giurisdizione contabile<sup>19</sup>), la giurisprudenza della Suprema Corte ha svolto un ruolo di ripristino degli argini della contrattazione integrativa, mantenendo costante l’orientamento secondo cui “il contratto integrativo è abilitato a disciplinare soltanto le materie delegate dai contratti nazionali e nei limiti

<sup>16</sup> Cass. 16 maggio 2023 n. 13396 (ord.). La vicenda dell’indennità aggiuntiva per i medici di continuità assistenziale della Regione Abruzzo ha coinvolto anche la Corte costituzionale dopo che una legge della Regione (n. 14/18) aveva confermato le previsioni dell’AIR richiamato nel testo. Sul presupposto che la disciplina del rapporto di lavoro dei medici addetti al servizio di continuità assistenziale debba essere uniforme su tutto il territorio nazionale e che tale uniformità sia assicurata solo dalla piena conformità alle previsioni degli accordi collettivi nazionali, la Consulta ha ritenuto che la legge della Regione Abruzzo ledesse la competenza statale in materia di “ordinamento civile” – ex art. 117, co. 2, lett. l), Cost. – e, pertanto, l’ha dichiarata incostituzionale (Corte cost. 25 giugno 2019 n. 157).

<sup>17</sup>V., per es., Cass. 5 luglio 2023 n. 19073 (ord.) – richiamata anche *infra* nel testo –, relativa ad un caso di contratto integrativo di ASL che appiattiva sul solo parametro dell’anzianità di servizio i diversi parametri di valutazione da impiegare ai fini delle progressioni economiche orizzontali e individuati dal contratto nazionale del comparto Sanità (art. 35) nell’impegno, nel coinvolgimento e nell’iniziativa personale del dipendente.

<sup>18</sup> Era questa la formulazione dell’art. 52, co. 1-*bis* precedente la l. 113/2021 sulle cui novità v., da ultima, NICOLOSI, *Le progressioni di carriera*, in BOSCATI, ZILLI (a cura di), *La professionalità tra legge e contratti*, Wolters Kluwer-Cedam, 2023, I, sp. p. 281 ss.

<sup>19</sup> Sul danno erariale da contratto integrativo illegittimo, oltre a VISCOMI, *Contrattazione integrativa*, cit., BOLEGO, *Sul danno da contrattazione integrativa nel settore pubblico*, in LPA, 2019, p. 17.

da questi stabiliti e non può contenere, a pena di nullità, clausole in contrasto con i vincoli risultanti dai contratti nazionali<sup>20</sup>; è così diventata elemento di chiusura di un sistema che non sempre si è auto-regolato e sviluppato secondo le regole che lo governavano.

La Corte di legittimità è anche giunta, con ordinanza recente (ord. n. 19073 del 5 luglio 2023), ad affermare la rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto integrativo, anche se il dipendente dovesse limitarsi – come nella fattispecie – ad indicare “l’illegittimità della regola scelta ed applicata dal datore di lavoro pubblico sulla base dell’accordo integrativo” e in violazione del contratto nazionale. Nel caso di specie un dipendente di ASL lamentava il mancato riconoscimento di una doppia progressione economica orizzontale, anche se, nella vertenza giudiziaria, l’oggetto della domanda era la sola dichiarazione di nullità dell’esclusione (sia pure per violazione della contrattazione collettiva nazionale) dal novero degli aventi diritto alla progressione<sup>21</sup>.

La circostanza che la pronuncia si collochi nel solco di quella giurisprudenza che ha introdotto il principio della rilevabilità d'ufficio delle nullità contrattuali – ammettendo che, in quest’ambito, il giudice possa varcare i confini della domanda<sup>22</sup> –, rende trasferibili, in materia di contrattazione collettiva pubblica, considerazioni che quella giurisprudenza ha svolto a sostegno della rilevabilità officiosa delle nullità contrattuali. I riferimenti che le Sezioni Unite della Cassazione hanno fatto alla protezione di interessi generali dell’ordinamento, afferenti a valori ritenuti fondamentali per l’organizzazione sociale<sup>23</sup>, vengono di fatto estesi, dall’ordinanza *de qua*, a quegli interessi generali, diversi dagli interessi delle parti contrapposte e caratteristici dell’attività contrattuale nel settore pubblico, fra i quali si annovera anche l’interesse al regolare svolgimento dei rapporti fra i due livelli di contrattazione.

L’impressione che si ricava inoltre dalla giurisprudenza prima richiamata, esemplare di una tendenza a riportare la contrattazione integrativa

<sup>20</sup> Cass. 8 gennaio 2018 n. 214 (ord.) che richiama le conformi e precedenti Cass. 25049/2015, 18860/2010.

<sup>21</sup> La nullità del contratto integrativo – rilevata d’ufficio in primo grado – era stata disconosciuta dal giudice d’appello, il quale aveva individuato nella pronuncia del giudice di prime cure una violazione del principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato.

<sup>22</sup> Cass. Sez. Un. 4 settembre 2012, n. 14828 e, sulla rilevabilità d’ufficio anche delle c.d. “nullità di protezione”, le ampie Cass. Sez. Un. 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243; sulla estensione del principio anche alla materia societaria, v. fra le altre, Cass. 4 maggio 2016, n. 8795.

<sup>23</sup> Cass. Sez. Un. 26242/2014, cit.

entro gli argini, è che il rapporto tra “regole” giuridiche, da una parte, prassi e “fatti” sociali dall’altra, è stato complessivamente ben governato dai giudici – specialmente di legittimità – che hanno fatto tesoro di un suggerimento fornito da Mario Rusciano in uno scritto pubblicato a metà del trentennio, per il quale le prassi reali vanno valutate e, a seconda dei casi, incoraggiate o fermate – come è successo nel caso dei contratti integrativi difformi – senza mai perdere di vista le norme, che vanno interpretate correttamente e secondo la loro *ratio*<sup>24</sup>.

### 3. *La contrattualizzazione in sede integrativa di materie oggetto di partecipazione sindacale*

Il secondo profilo problematico riguarda la contrattualizzazione in sede integrativa di materie non negoziabili perché oggetto di partecipazione sindacale, con elusione sia dell’art. 40, co. 1 – che, fra le altre, sottrae alla contrattazione – le “materie (...) oggetto di partecipazione sindacale” – sia dei confini tracciati dai contratti nazionali ai quali (*ex art. 9, d.lgs. 165/01*) anche in questo caso spetta una funzione ordinante.

Mentre la contrattazione collettiva, in generale, è competente a disciplinare le relazioni sindacali (art. 40, co. 1), sono i contratti nazionali – ai quali spetta la disciplina delle modalità e degli istituti della partecipazione (art. 9) – a dover tracciare i confini tra le materie oggetto di sola partecipazione e quelle negoziabili in sede decentrata.

Senza entrare nel merito della questione riguardante la possibilità che siano anche i contratti integrativi a disciplinare la partecipazione sindacale<sup>25</sup>, quel che si ricava dall’ultimo Rapporto di monitoraggio dell’ARAN sulla contrattazione integrativa<sup>26</sup> è che, ad eccezione di quanto accaduto nel com-

<sup>24</sup> RUSCIANO, *Organizzazione pubblica e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro*, in *DP*, 2008, p. 62.

<sup>25</sup> A favore di tale possibilità, anche in ragione del contesto sistematico successivo alla “Riforma Madia” e della riapertura degli spazi della partecipazione, ALES, *L’esercizio partecipato del potere di organizzazione*, in ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2018, p. 54; ZOPPOLI L., *Il rapporto tra legge e contratto collettivo e il nuovo modello di relazioni sindacali “partecipate”*, in *RGL*, 2018, I, pp. 425-426.

<sup>26</sup> ARAN, *Rapporto sul monitoraggio della contrattazione integrativa nel lavoro pubblico. Risultanze di sintesi dell’anno 2021 e analisi di dettaglio dell’anno 2020*, gennaio 2023.

parto Funzioni Centrali, negli altri tre comparti (Funzioni Locali, Sanità, Istruzione e Ricerca) i contratti integrativi hanno spesso negoziato materie che per i contratti nazionali erano oggetto di solo “confronto”; per esempio, l’articolazione delle tipologie di orario o i criteri generali di valutazione della *performance*<sup>27</sup>, piuttosto che i criteri per l’attribuzione dei premi correlati alla performance, i soli a poter formare oggetto di contrattazione decentrata, diversamente dai primi, che dovrebbero rimanere oggetto di atti unilaterali delle amministrazioni esclusi dall’ingerenza negoziale.

Ebbene, alla luce di tali tendenze, è possibile, oggi, fare una prognosi sul decorso della contrattazione integrativa successiva ai contratti di comparto dell’ultimo triennio (2019-21)?

Il tentativo di fornire una risposta, in assenza di virtù profetiche, si giustifica al cospetto di un paio di elementi, che depongono a favore di un ridimensionamento della (sino ad oggi) diffusa attitudine allo sconfinamento e alla conseguente deviazione del sistema dalle regole.

Da una parte, proprio il richiamato *Rapporto di monitoraggio* dell’ARAN segnala che, anche nel raffronto con quanto evidenziato dal precedente *Rapporto*, la tendenza è in significativa diminuzione, al punto tale da potersi “ritenere che ci si trovi di fronte ad una evoluzione positiva e consolidata”<sup>28</sup>. Dall’altra, nei contratti di comparto dell’ultima tornata – nelle parti dedicate alle relazioni sindacali (i Titoli II) – appare più matura e chiara la definizione delle materie devolute alla contrattazione integrativa e dunque negoziabili rispetto a quelle oggetto di semplice confronto. Ciò dovrebbe facilitare il rispetto degli argini tracciati dal livello nazionale.

Questa maggiore capacità di definizione si ricava anche dalle indicazioni operative diffuse dall’ANCI nel maggio del 2023 e riguardanti i contratti integrativi degli enti locali<sup>29</sup>. Pur rimanendo rilevanti nell’ambito dell’autonomo governo delle dinamiche contrattuali, tali indicazioni delineano lo schema che i contratti integrativi devono seguire attraverso espressi rinvii agli articoli del contratto di comparto sulle relazioni sindacali, preconstituendo, così, una perfetta aderenza alle disposizioni di primo livello, proprio nell’intento di mantenere la futura contrattazione entro gli argini.

Si può insomma sperare che quegli “indizi di trasformazione in corso”

<sup>27</sup> ARAN, *Rapporto sul monitoraggio*, cit., p. 34.

<sup>28</sup> ARAN, *Rapporto sul monitoraggio*, cit., p. 38.

<sup>29</sup> CCNL *Funzioni Locali 16 novembre 2022. Il contratto integrativo* (a cura di DOTA, BULTRINI, GALGANI), *I quaderni Anci*, maggio 2023.

richiamati da Maria Dolores Ferrara<sup>30</sup>, conducano ad un assestamento del sistema, nel quale la funzione ordinante del contratto nazionale potrà accompagnarsi alla stipulazione di contratti integrativi effettivamente ordinati<sup>31</sup>. Un esito che, specialmente per i contratti integrativi, renderà, tuttavia, sempre più lontana dal vero l'idea che la contrattazione collettiva pubblica possa "ostinatamente" definirsi di diritto comune<sup>32</sup>, data la presenza di una disciplina legale e convenzionale, che, pur invocando coerenza con il settore privato<sup>33</sup>, "nulla contiene del diritto comune"<sup>34</sup>, restituendo problematicità all'idea che il sistema contrattuale pubblico sia espressione di una libertà e di un metodo negoziali analoghi a quelli del settore privato, com'era nell'auspicio di Massimo D'Antona.

#### 4. *La partecipazione sindacale nei contratti di comparto. L'ascesa della "partecipazione organizzativa" e la convergenza pubblico/privato*

Il terzo ed ultimo spunto preannunciato in premessa riguarda la nuova articolazione della partecipazione, già distinta in informazione, confronto e organismi paritetici per l'innovazione (OPI) dai contratti nazionali della tornata 2016-18 e ribadita dai contratti del triennio 2019-21.

L'alternativa tra convergenza o divergenza fra settore pubblico e settore privato – evocata sin dall'inizio del processo di privatizzazione/contrattualizzazione e puntualmente ripresa in occasione delle diverse fasi di riforma – sembra qui più nettamente risolversi a favore della convergenza, diversamente da quanto accade, come si è visto, in materia di contrattazione collettiva.

In entrambi i settori, pur con le dovute differenze, sono visibili forme analoghe di partecipazione, con una progressiva ascesa della "partecipazione organizzativa"<sup>35</sup>, che nell'impresa privata diventa, nella sua versione più

<sup>30</sup> Rinvio al suo contributo in questo Quaderno.

<sup>31</sup> VISCOMI, *Contrattazione integrativa*, cit., p. 861.

<sup>32</sup> RUSCIANO *Organizzazione pubblica*, cit., p. 79, il cui pensiero era già chiaro in ID., *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle fonti*, in *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, Atti delle giornate di studio di Diritto del lavoro Aidlass, L'Aquila, 31 maggio-1 giugno 1996, Giuffrè, 1997, p. 69.

<sup>33</sup> BARBIERI, *Problemi costituzionali della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico*, Cacucci, 1997, p. 181.

<sup>34</sup> Sempre RUSCIANO, *Organizzazione pubblica*, cit., p. 79.

<sup>35</sup> Sul tema v., con riguardo al settore privato, IMPELLIZZIERI, *La cosiddetta "partecipazione*

spinta, partecipazione “diretta”<sup>36</sup> (che oggi costituisce oggetto specifico di disciplina nella proposta di legge della Cisl<sup>37</sup>) e che, in entrambi gli ambiti, rinvia all’idea di una sempre maggiore collaborazione *dei lavoratori* all’organizzazione del lavoro e alla gestione del cambiamento organizzativo, soprattutto di tipo tecnologico/digitale.

Il processo di convergenza è già visibile se si guarda ai grandi accordi interconfederali e di concertazione.

Analogamente a quanto avvenuto nel settore privato con il *Patto per la fabbrica* del 2018 – nel quale si insisteva sulla opportunità di agevolare tutti i “processi di cambiamento culturale capaci di accrescere nelle imprese le forme e gli strumenti della partecipazione organizzativa” – anche nel settore pubblico il *Patto per l’innovazione* del 2021<sup>38</sup> contiene analoghi auspici, richiamando non solo l’Accordo europeo sull’informazione e la consultazione dei dipendenti delle amministrazioni centrali del 2015, ma soprattutto gli OPI, espressamente considerati “strumenti innovativi di partecipazione organizzativa” (punto 5).

Ebbene, proprio quest’ultima modalità partecipativa costituisce una zona di convergenza fra pubblico e privato particolarmente evidente, come si ricava anche da altri riferimenti presenti nei due sistemi di relazioni sindacali.

Analogamente al settore privato, in cui i contratti (nazionali e aziendali) alludono a tali forme di partecipazione facendo riferimento all’operare in *team*, gruppi di lavoro e squadre capaci di “dare un contributo per realizzare insieme” o fornire, “quel “valore aggiunto” che il singolo da solo non sarebbe in grado di apportare”, o prevedono l’istituzione di Commissioni miste paritetiche, nei contratti di comparto pubblici compaiono riferimenti ana-

*organizzativa*”: un primo bilancio a cinque anni dal *Patto per la fabbrica*, in *DRI*, 2023, p. 1029; ALAIMO, *I nuovi termini del discorso giuridico sulla partecipazione dei lavoratori. Partecipazione organizzativa e diretta versus partecipazione indiretta: per una dialettica senza contrapposizione*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT - 480/2024 e ivi gli ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>36</sup> LEONARDI, *La partecipazione diretta al tempo della trasformazione digitale del lavoro. Il caso italiano*, Working Paper FDV n. 1/2022; PERO, PONZELLINI, *Il nuovo lavoro industriale tra innovazione organizzativa e partecipazione diretta*, in CARRIERI, NERZZI, TREU (a cura di), *La partecipazione incisiva. Idee e proposte per rilanciare la democrazia nelle imprese*, il Mulino, 2015, p. 45; TREU, *La proposta della Cisl sulla partecipazione al lavoro. Per una governance di impresa partecipata dai lavoratori*, in *DRI*, 2023, p. 889.

<sup>37</sup> Proposta di legge di iniziativa popolare depositata in Parlamento il 24 aprile 2023.

<sup>38</sup> ZOPPOLI L., *Il patto di Brunetta II: un patto per l’innovazione del lavoro pubblico e la coesione sociale con la partecipazione sindacale*, in *DLM*, 2022, p. 485.

loghi che riguardano gli OPI. Questi ultimi sono indicati come la “sede in cui si attivano stabilmente relazioni aperte e collaborative” sull’organizzazione, l’innovazione e il miglioramento dei servizi, per “formulare proposte all’ente o alle parti negoziali della contrattazione integrativa” secondo un approccio *bottom up* che in ogni contesto contraddistingue la gestione dell’innovazione.

L’interesse accesi sulla partecipazione organizzativa anche nel sistema delle relazioni sindacali pubbliche ha suscitato, non a caso, l’interesse di sociologi che da tempo studiano la partecipazione organizzativa nel settore privato<sup>39</sup>, determinando riflessioni anche in tal caso convergenti, e ha fatto ottimisticamente sperare in una partecipazione “finalmente propulsiva”, capace di sospingere la produttività e l’innovazione nelle pubbliche amministrazioni<sup>40</sup>, dando un contributo al miglioramento dell’azione amministrativa e dell’efficienza del settore pubblico.

Forse anche nelle pubbliche amministrazioni la partecipazione, così rinnovata, potrà affrancarsi dalle più consuete critiche legate ai rischi di prassi consociative – principale causa dell’andamento oscillante della disciplina, con forte alternanza fra restringimento ed espansione degli spazi partecipativi<sup>41</sup>– e questa nuova dimensione della partecipazione potrà rappresentare una delle piste innovative<sup>42</sup> da percorrere per ottimizzare le tecniche organizzativo-gestionali delle pubbliche amministrazioni.

<sup>39</sup> DELLA ROCCA, PONZELLINI, *I dilemmi della riforma dell’organizzazione pubblica: adempimenti o risultati?*, in *DLM*, 2018, p. 165.

<sup>40</sup> Lo riferisce CORTI, *La partecipazione alla luce delle nuove regole (passato, presente, sperimentazione)*, in *Il lavoro pubblico e la riforma Madia: organizzazione, gestione e valutazione*, in *Quaderni RGL*, 2019, 4, p. 108.

<sup>41</sup> CANGEMI, *La partecipazione sindacale e la negoziabilità dei poteri dirigenziali nel nuovo sistema di relazioni sindacali*, in *LPA*, 2019, 2, p. 180; ALES, *L’esercizio partecipato*, cit.

<sup>42</sup> ZOPPOLI L., *Il patto di Brunetta II*, cit.

### **Abstract**

Il contributo si sofferma sulla tendenza della contrattazione integrativa nel settore pubblico a disporre in senso contrario ai contratti nazionali, soprattutto nelle disposizioni riguardanti i trattamenti economici accessori e i criteri delle progressioni economiche orizzontali ma anche la “contrattualizzazione” in sede decentrata di materie che per la contrattazione nazionale dovrebbero formare oggetto di sola partecipazione sindacale. Viene evidenziato tanto il ruolo della giurisprudenza nel contenimento di tale tendenza, tanto lo spontaneo ridimensionamento dell’attitudine allo sconfinamento visibile nella più recente contrattazione integrativa. Nella parte conclusiva l’A. affronta il tema della nuova articolazione della partecipazione nei contratti di comparto.

The contribution dwells on the tendency of supplementary bargaining in the public sector to dispose contrary to national contracts, especially in the provisions concerning ancillary economic treatments and the criteria for horizontal economic progressions, but also the “contractualization” in decentralized areas of matters that for national bargaining should be the subject of union participation only. Both the role of jurisprudence in curbing this tendency is highlighted, as well as the spontaneous downsizing of the trespassing attitude visible in the most recent supplementary bargaining. In the concluding section, the A. addresses the issue of the new articulation of participation in sector contracts.

### **Keywords**

Lavoro pubblico, contrattazione collettiva, contratti nazionali, contratti integrativi, nullità, partecipazione sindacale.

Public labor, collective bargaining, national contracts, supplementary contracts, nullity, union participation.

## Marco Barbieri

### Le relazioni sindacali nel lavoro pubblico contrattualizzato: una discussione con Maria Dolores Ferrara

Sommario: **1.** Trenta anni dopo. **2.** Causa del contratto individuale di lavoro dei dipendenti pubblici e “sovranità contrattuale” nella relazione di M.D. Ferrara. **3.** Interessi collettivi e interessi pubblici: un'altra veste della funzionalizzazione?

#### 1. *Trenta anni dopo*

Esordisco con un caldo ringraziamento, non di stile, agli organizzatori, che ci hanno offerto un convegno ricchissimo di spunti, anche per merito delle relazioni, e persino a Mario Rusciano, che mi ha chiamato, ben sapendo, nella sua crudeltà, che sentir parlare di interesse pubblico rilevante causalmente nel contratto di lavoro dei dipendenti pubblici mi fa atrocemente soffrire: e osservo che il professor Rusciano mi pare del tutto incoerente con la sua stessa premessa teorica. Egli infatti è stato non solo, con la monografia del 1978<sup>1</sup>, la base per tutte e tutti noi che ci siamo occupati di lavoro pubblico, ma anche tra i giuslavoristi il più serio e profondo studioso di Massimo Severo Giannini. Però, siccome non posso molestare Mario più di tanto, mi tocca anche declinare per ragioni di tempo le domande che faceva Massimiliano Delfino, e vorrei fare soltanto il *discussant* di Maria Dolores Ferrara, la cui relazione ha alcuni passaggi con cui sono d'accordo, ma pochi: la pallida critica che ha fatto appunto a Mario Rusciano sulla questione dell'interesse pubblico e l'osservazione, che noi dobbiamo tenere sempre presente se abbiamo un occhio sulla pratica, che la contrattazione integrativa

<sup>1</sup> RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, il Mulino, 1978.

non è solo, con tutte le cose che diceva poco fa Anna Alaimo, una fonte di spesa<sup>2</sup>, ma dovrebbe essere una risorsa organizzativa per le amministrazioni: certo, questa è una considerazione della funzione della contrattazione integrativa non sempre confortata dal concreto svolgimento che la contrattazione integrativa ha avuto negli anni, ma io continuo ad esprimere sul punto un giudizio piuttosto positivo, e su questo sono molto d'accordo con Gianfranco D'Alessio, forse perché noi siamo i pionieri di quando la riforma del lavoro pubblico era forse solo nella mente di qualcuno che non c'è più – lo stesso Massimo Severo Giannini, cui aggiungerei Gianni Garofalo – ma cominciamo a rifletterci, anche se sembrava obiettivo assai lontano. Non intendo però tediarvi oltre con la storia dell'origine della complessa vicenda della contrattualizzazione del lavoro pubblico.

2. *Causa del contratto individuale di lavoro dei dipendenti pubblici e “sovranità contrattuale” nella relazione di M.D. Ferrara*

Vengo alla relazione della collega Maria Dolores Ferrara, nella quale ci sono dei passaggi che non ho compreso sull'utilità euristica della distinzione fra autonomia regolativa e capacità regolativa<sup>3</sup>; però vorrei citare un punto, che a me pare rilevante: a pagina 14 della bozza, Dolores dice che “la vera trattativa economica tra governo e sindacato avviene praticamente senza regole, non essendo scritto da nessuna parte chi è e come deve condurre le trattative informali per individuare le risorse complessive da porre a disposizione della contrattazione”. Ebbene, lo sappiamo, lo abbiamo sempre saputo. È la logica dello scambio. Dal mio punto di vista, che mi rendo ben conto sia assolutamente minoritario, quello che non ha fatto la dottrina giuslavoristica nel trentennio trascorso dal primo intervento legislativo di riforma è stato svolgere coerentemente l'idea dello scambio, cioè della causa del contratto di lavoro pubblico. Su questo sono completamente d'accordo con le cose che ci diceva adesso Edoardo Ales, se ho ben compreso: non c'è alcuna specialità di causa del contratto di lavoro dei dipendenti pubblici; c'è

<sup>2</sup> La relazione di Maria Dolores Ferrara mi pare enfatici eccessivamente questo aspetto, sulla scia di risalenti valutazioni della Corte dei conti, pur condividendo la valutazione sulla duplice funzione della contrattazione integrativa (par. 3.2, pp. 16-17 della bozza).

<sup>3</sup> Per esempio, par. 2, p. 5 della bozza.

invece una specialità del datore di lavoro pubblico rispetto all'imprenditore privato, il collega Ales ci ha scritto un libro importante<sup>4</sup>, per l'indagine della quale debbo rinviare a una tesi di dottorato poi divenuta monografia di Herbert Simon<sup>5</sup>, che successivamente ha vinto il premio Nobel.

Insomma il contratto di lavoro dei dipendenti pubblici è il contratto con cui mediante retribuzione si scambia una prestazione di lavoro che è indispensabile al funzionamento delle amministrazioni.

Sempre per provocare Mario Rusciano, leggo tre righe di quell'opera fondamentale e rivoluzionaria che fu la voce di Giannini del 1970 sull'*Enciclopedia del Diritto*<sup>6</sup>: “quando l'amministrazione assume un dipendente pubblico non cura alcun interesse pubblico ma cura l'interesse proprio ad avere un servizio personale in ordine al quale ha più precisamente un interesse strumentale”<sup>7</sup>.

Ora questo fatto rileva, e rileva proprio sulla causa del contratto di lavoro dei dipendenti pubblici, se intendiamo la causa nel senso di Betti<sup>8</sup> e non in quella di Ferri<sup>9</sup> (forse anche in quella di Ferri): la relazione di Maria Dolores Ferrara ci parla di “sovranità regolativa della fonte collettiva”<sup>10</sup>; e qui debbo dire che a me questo uso del termine “sovranità” non piace molto, trattandosi di un concetto da maneggiare con molta cura<sup>11</sup>, ma in ogni caso le debbo chiedere dove abbia origine questa “sovranità”. Perché questo mi pare un punto fondamentale del ragionamento: la “sovranità contrattuale” nasce perché il legislatore più o meno, a seconda delle disposizioni succedutesi nel tempo, l'ha attribuita alle parti, secondo un'impostazione che ricalcherebbe il percorso ermeneutico di Andrea Orsi Battaglini<sup>12</sup>? Siccome io ho molta meno nostalgia di Silvana Sciarra rispetto a quell'articolo di Orsi Battaglini, che secondo me è stato all'origine di moltissimi equivoci, io direi

<sup>4</sup> ALES, *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro*, Giuffrè, 2002.

<sup>5</sup> SIMON, *Il comportamento amministrativo*, il Mulino, 2001 (ed. orig. 1947, 1957).

<sup>6</sup> GIANNINI, *Impiego pubblico (teoria e storia)*, in *ED*, XX, 1970, pp. 293-305.

<sup>7</sup> *Id.*, *ivi*, p. 303.

<sup>8</sup> BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, 1950, p. 167 ss., con la definizione di “funzione economico-sociale che caratterizza il tipo” (p. 179).

<sup>9</sup> FERRI G. B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, 1966, p. 371, con la definizione di “funzione economico-individuale”.

<sup>10</sup> Par. 2, pp. 9 e 13 della bozza.

<sup>11</sup> Interessanti riferimenti aggiornati in MASTROIACOVO (a cura di), *Le sovranità nell'era della post globalizzazione*, Pacini, 2019.

<sup>12</sup> Si v. in particolare ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *DLRI*, pp. 461-484.

che così non sia. Ho provato innanzitutto con la monografia del 1997 a spiegare perché sia equivoca quella posizione, e invece la “sovranità contrattuale”, se piace chiamarla così, nasca dal riconoscimento del potere originario del sindacato nell’art. 39, co. 1, Cost. Né, in verità, mi pare che la posizione di Orsi Battaglini porti, come è scritto nella relazione<sup>13</sup>, ai “medesimi risultati ermeneutici” della riflessione di Cavallo Perin, ben più radicale nel sostenere il rilievo causale dell’interesse pubblico nel contratto individuale.

Il punto è che se il contratto di lavoro dei dipendenti pubblici è un contratto di scambio, perfettamente riconducibile alla fattispecie dell’art. 2094 c.c., malgrado la specialità di disciplina che nasce, come dice Ales, dalla specialità del datore di lavoro, allora quella che la relazione di Maria Dolores Ferrara ha chiamato “sovranità contrattuale”<sup>14</sup> ha origine per intero dentro il campo di applicazione e la garanzia dell’art. 39, co. 1, Cost., non nasce da un atto di volontà del legislatore. Perciò non mi pare sia corretta la ricostruzione, ripresa dalla relazione ma già analizzata in un volume del 1995 con quel titolo<sup>15</sup>, di uno “spazio negoziale” come esito di un “progetto di costituzione”<sup>16</sup>. E, coerentemente, la stessa relazione parla di “attribuzione” (da parte del legislatore, evidentemente) “del potere regolativo”<sup>17</sup>, che invece a mia opinione discende dal riconoscimento costituzionale della libertà sindacale.

Se per caso il legislatore avesse previsto la qualificazione giuridica contrattuale del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici, che per quasi tutto il XX secolo è stata riservata alla posizione precaria dei cd. avventizi<sup>18</sup>, come in effetti ha fatto con l’art. 2, co. 3, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, ma poi, anziché prevedere tutto ciò che è previsto nel Titolo III dello stesso d.lgs. 165/01, avesse disposto il divieto di stipulazione dei contratti collettivi, avrebbe previsto una disposizione che sarebbe stata certamente destinata a cadere sotto la scure della Corte costituzionale.

<sup>13</sup> Ivi, par. 3, nt. II.

<sup>14</sup> Par. 2, pp. 4 e 13 della bozza.

<sup>15</sup> RUSCIANO, ZOPPOLI L., *Lo “spazio negoziale” nella disciplina del lavoro pubblico*, il Mulino, 1995.

<sup>16</sup> Par. 2, p. 5, della bozza.

<sup>17</sup> Par. 2, p. 6 della bozza. Del resto, secondo la relazione anche nel lavoro privato “il contratto collettivo è espressione di un’*autonomia attribuita dall’ordinamento* [corsivo mio] a un soggetto, il sindacato” (par. 2, p. 10 della bozza): con il che si liquida la teoria dell’ordinamento intersindacale, a mio giudizio tuttora indispensabile.

<sup>18</sup> Si v., sull’incerta qualificazione di questo personale, le pagine che all’epoca vi dedicò PETROZZIELLO, *Il rapporto di pubblico impiego*, Società Editrice Libreria, 1935, pp. XXIX-XL.

Incidentalmente, non parlerò quasi della parte della relazione di Maria Dolores Ferrara dedicata alla c.d. partecipazione, un po' perché io ho sempre il dubbio che ciò che viene scritto al proposito nei contratti collettivi, o che è presente nell'ideologia sindacale, o viene previsto dal legislatore, sia un'immensa mistificazione ideologica, anche un po' perché, come ha osservato finemente Edoardo Ales poco fa, tutte queste previsioni aprono un problema con l'art. 39 Cost.: e infatti lui afferma che sarebbe bene tenere la partecipazione al di fuori del campo dell'art. 39 Cost., mentre io credo che non si possa escludere la c.d. partecipazione sindacale nel lavoro pubblico dalla garanzia costituzionale; perciò forse è un castello di carte o un insieme di fumisterie, che non mi pare possa ricevere sostanza dalla esumazione di categorie obsolete quanto meno se applicate all'intero universo del lavoro pubblico, come il "rapporto organico"<sup>19</sup>.

Dove porta questo discorso sulla causa del contratto individuale nei suoi riflessi sul lato sindacale di cui ci ha parlato la relazione di Maria Dolores Ferrara? A mio giudizio, porta a una conclusione che non è quella tratta dalla relazione. Innanzitutto non capisco come si possa auspicare la partecipazione e criticare le logiche cogestive: al di là dei discorsi, forse non nella disciplina legislativa o contrattuale collettiva, ma nella sostanza fattuale stiamo parlando della stessa cosa, e quindi bisogna capire se, dal punto di vista della politica del diritto, questo sia auspicabile o meno.

Siccome il tempo è tiranno, non potrò criticare con adeguata argomentazione tutti i passaggi che non mi convincono della relazione di Maria Dolores Ferrara, ma vorrei sbranare almeno le conclusioni, perché credo che se noi partiamo dal concetto che la causa del contratto individuale di lavoro dei dipendenti pubblici sia esattamente la stessa di quella del contratto di lavoro dei dipendenti privati, cioè quella ricavabile dall'art. 2094 c.c., lo diceva Pinto, ne possiamo trarre una serie di conseguenze immensa.

Pensiamo per esempio a quanto – anche qui riprendo un'argomentazione di Pinto – sia evidente che tutto il codice di comportamento *ex art.* 54, d.lgs. 165/01, di cui ha già parlato Franca Borgogelli, non avrebbe ragione di essere se l'interesse pubblico fosse un elemento causale del contratto, giacché gli obblighi in esso contenuti, che sono tutti obblighi volti alla protezione di interessi pubblici, si ricaverebbero direttamente da questa intrusione o rilevanza causale dei medesimi all'interno del contratto di lavoro.

<sup>19</sup> Come invece fa la relazione (par. 4, p. 28 della bozza).

### 3. *Interessi collettivi e interessi pubblici: un'altra veste della funzionalizzazione?*

Aggiungo una cosa. Trovo inquietante il richiamo all'interesse generale, che è condiviso da Rusciano, da Orsi Battaglini e da Maria Dolores Ferrara, la quale è quindi in buona compagnia, buona ma pericolosa, non solo per gli echi rousseauviani di questo concetto (“*volonté générale, volonté de tous*”) – non si può fare questa discussione in questo momento, ma insomma è filosoficamente inquietante; inquietante però anche per una ragione tecnica: il contributo che noi lavoristi abbiamo dato, a mio giudizio, al diritto amministrativo con la legge 563 del 1926 e il contratto collettivo corporativo, è consistito nel porre i giuristi in una situazione particolare, perché c'erano due enti pubblici (il sindacato fascista e l'organizzazione datoriale fascista), enti pubblici secondo praticamente tutti i commentatori dell'epoca<sup>20</sup>, i cui interessi erano in conflitto e si componevano nel contratto collettivo corporativo. Orbene, a quell'epoca era rarissimo che gli enti pubblici si facessero causa fra loro davanti al Consiglio di Stato o alle Giunte Provinciali Amministrative, mentre oggi è del tutto consueto, perché esistono *gli* interessi pubblici – al plurale – che sono quelli che il legislatore affida alla cura di ciascuna singola amministrazione, ma nessuna amministrazione ha come proprio scopo assumere i dipendenti e gestire il rapporto di lavoro.

Per esempio, scusandomi della banalità dell'esempio, le Università sono state considerate Amministrazioni Pubbliche quando il legislatore ha affidato loro, come attività di interesse pubblico, l'istruzione degli studenti, lo svolgimento della ricerca scientifica e magari persino supportare la terza missione, ma certamente non la gestione dei rapporti di lavoro dei dipendenti. Quindi non solo non c'è l'interesse generale e invece ci sono *gli* interessi pubblici, ma questi ultimi sono strutturalmente esterni all'interesse creditorio alla prestazione che è in capo al datore di lavoro pubblico, interesse strumentale – come scrisse Giannini nel passo già citato – neutro, gestito all'interno del rapporto di lavoro “con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro”<sup>21</sup>.

Allora, cara Maria Dolores, quello che non mi convince è la tua configurazione di interessi collettivi che comportino una “compartecipazione al-

<sup>20</sup> Ho esaminato le pochissime eccezioni in BARBIERI, *Francesco Carnelutti e l'origine del concetto di interesse collettivo*, Puglia Grafica Sud, 2000 (edizione provvisoria), pp. 121-129.

<sup>21</sup> Art. 5, co. 2, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165.

l'interesse generale"<sup>22</sup>, che mi pare il precipitato di tutta la relazione nelle pagine finali, e che finisce con la somiglianza con la gestione di affari.

Io un po' ho studiato l'ordinamento statunitense, che ha una somiglianza con la nostra disciplina legislativa del lavoro pubblico sotto il profilo del ritaglio di un'area di prerogative manageriali sulle quali non si possa esercitare l'attività della contrattazione collettiva, che sono cioè per così dire intoccabili, sebbene la relazione di Maria Dolores Ferrara ci dica che abbiano subito una "abrasione"<sup>23</sup>. Lì hanno dovuto affrontare anche in sede giurisdizionale gli stessi problematici confini che abbiamo noi in Italia tra partecipazione, informazione, contrattazione, confronto, esame congiunto e chi più ne ha più ne metta, finendo con una forma di sovraresponsabilizzazione in capo all'organizzazione sindacale nel caso di stipulazione di un contratto collettivo integrativo illegittimo (la relazione dattiloscritta che fu distribuita al convegno napoletano, poi non ripresa sul punto nel testo definitivo, citava appropriatamente quell'orientamento della Corte dei conti<sup>24</sup> che considera le organizzazioni sindacali concorrenti nella responsabilità per l'illegittimità del contratto collettivo, sia pure limitandosi a detrarre dal danno erariale imputato alla dirigenza la quota di responsabilità sindacale, con un'impostazione inaccettabile che la Cassazione, come ricordava la stessa relazione, ha opportunamente respinto<sup>25</sup>).

Ora, a proposito di interesse collettivo ci sono diverse concezioni nella dottrina lavoristica: per me, sulla scia di Gianni Garofalo<sup>26</sup>, l'interesse collettivo del gruppo in azione è l'organizzazione sindacale in azione. Mi pare che la relazione di Maria Dolores Ferrara voglia far carico all'organizzazione sindacale di un interesse generale, pur se forse non sino a creare la compenetrazione di cui ci ha parlato Mario Rusciano; ma questo ci pone un quesito: se qualcuno volesse creare un sindacato rigorosamente corporativo, del tutto disinteressato agli interessi altrui, che si tratti di interessi collettivi di altri

<sup>22</sup> Par. 4, p. 27 della bozza.

<sup>23</sup> Par. 3,2, pp. 20 e 22 della bozza.

<sup>24</sup> Par. 5, nt. 109 della bozza dattiloscritta, passaggio poi non ripreso nel testo definitivo.

<sup>25</sup> Cass. Sez. Un. 14 luglio 2015 n. 14689 (ord.), in *RIDL*, 2016, II, p. 401, con nota di PAS-SANANTE, *Giurisdizione sul "danno da contrattazione decentrata" e responsabilità dei rappresentanti sindacali nel pubblico impiego*, ivi, pp. 403-410. Sarà consentito aggiungere le osservazioni in tema contenute in BARBIERI, *Contratto collettivo e lavoro pubblico: blocco salariale e blocco della contrattazione tra scelte legislative e giurisprudenza costituzionale*, in *RIDL*, 2015, I, p. 479.

<sup>26</sup> GAROFALO M.G., *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Jovene, 1979, p. 156: "interesse collettivo e organizzazione sono sinonimi".

gruppi di lavoratori e lavoratrici o di interessi pubblici o del fantomatico interesse generale, lo potrebbe fare, cioè sarebbe nella sua attività tutelato dalla garanzia della libertà sindacale contenuta nell'art. 39, co. 1, Cost.?

La mia risposta è che – se si ritenga, come io ritengo e ho molte volte provato ad argomentare, che alla qualificazione contrattuale del rapporto individuale di lavoro dei dipendenti pubblici consegua inevitabilmente e soprattutto integralmente (cioè non soltanto per il momento organizzatorio, ma anche per l'attività sindacale ivi compresa quella contrattuale<sup>27</sup>) la ricomprensione di quelli nel campo di applicazione della previsione costituzionale – ebbene, allora anche un tale sindacato rientrerebbe nella garanzia della libertà sindacale.

Poi sappiamo bene che l'interesse collettivo, come ci insegna la disciplina legale dello sciopero nei servizi pubblici essenziali, può essere anche strumentalizzato ai fini della funzione, cioè della cura di un interesse alieno (che nel caso è quello degli utenti)<sup>28</sup>, ma mi pare che nella disciplina vigente della contrattazione collettiva per i dipendenti pubblici di tutto questo non ci sia proprio traccia, malgrado la relazione richiami discutibilissime posizioni di Bernardo Giorgio Mattarella, con la successiva affermazione – per nulla condivisibile – per cui “si vuole affrontare la questione della relazione tra interesse pubblico e generale e interesse collettivo dall'interno della costruzione dell'interesse collettivo medesimo”<sup>29</sup>, con il che però, se la prendiamo alla lettera e se l'ho ben compresa, si farebbe carico alle organizzazioni sindacali di interessi pubblici e alle Amministrazioni Pubbliche di interessi collettivi di cui non può essere titolare, finendo per negare la logica dello scambio e della opposizione di interessi che nel contratto, prima individuale e poi collettivo, trovano composizione ma non annullamento.

<sup>27</sup> Come si sa sin da C. Cost. 29 aprile 1960 n. 29, i due aspetti sono entrambi garantiti dall'art. 39, co. 1, Cost.

<sup>28</sup> Nell'ampissima bibliografia, rinvio soltanto a CURZIO, *Autonomia collettiva e sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cacucci, 1992, pp. 209–228.

<sup>29</sup> Par. 4, p. 29 della bozza. L'Autrice aggiunge (ivi, nt. 87) che “si avverte diffusamente l'esigenza di reinterpretazione e modernizzazione delle prerogative sindacali tradizionalmente riconosciute anche nel senso di una transizione da forme di “rappresentanza del lavoro” ad un modello di “rappresentanza sociale” in grado di accogliere nella rispettiva area di pertinenza una vasta gamma di personalità, permettendo, al contempo, la traslazione da un principio di tutela delle esigenze della sola forza lavoro ad uno strettamente inerente alla difesa dei bisogni della popolazione”: prospettiva da chi scrive non solo non avvertita, ma che definirei inquietante, e volta consapevolmente o meno contro la libertà sindacale nel suo intrinseco fondamento classista.

Insomma, a me pare che di questa “diversa dogmatica dell’interesse collettivo”<sup>30</sup> non vi fosse necessità, che essa non sia convincentemente argomentata, che sia assai pericolosa per la libertà sindacale, e in fondo sia una nuova veste delle vecchie tesi sulla funzionalizzazione del contratto collettivo per i dipendenti pubblici<sup>31</sup>.

In conclusione direi che il gomito va svoltolato dal capo, e il capo è che il rapporto individuale di lavoro è contrattuale. Grazie.

<sup>30</sup> Che è il titolo del par. 4 della relazione di Maria Dolores Ferrara.

<sup>31</sup> Tesi che ho criticato sin da BARBIERI, *Problemi costituzionali della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico*, Cacucci, 1997, specie pp. 294-301.

### **Abstract**

Il contributo discute la relazione presentata da Maria Dolores Ferrara su *Le relazioni sindacali: contrattazione e partecipazione*, esprimendo una serie di critiche, sia per quanto riguarda il rilievo che sul concetto di sovranità contrattuale avanzato nella relazione può avere l'analisi della causa del contratto individuale, sia per quanto riguarda la prospettazione di interessi collettivi a valenza generale, fondata sull'idea che nel lavoro pubblico vi sia commistione di interessi pubblici e interessi collettivi, che l'autore considera pericolosa per la libertà sindacale.

The contribution discusses the report presented by Maria Dolores Ferrara on *Labour Relations: Bargaining and Participation*, expressing a series of criticisms, both with regard to the relevance that the analysis of the cause of the individual contract may have on the concept of contractual sovereignty advanced in the report, and with regard to the prospect of collective interests with a general value, based on the idea that in public sector there is a mixture of public and collective interests, which the author considers dangerous for trade union freedom.

### **Keywords**

Lavoro pubblico, rappresentanza sindacale, contrattazione collettiva, “sovranità contrattuale”, interesse collettivo.

Public employment, union representation, collective bargaining, “contractual sovereignty”, collective interest.

## Gaetano Natullo

### Contrattazione e partecipazione nel lavoro pubblico: interessi, funzioni, regole

SOMMARIO **1.** Premessa. Le relazioni sindacali nelle amministrazioni pubbliche tra autonomia e capacità (regolativa). **2.** Interessi e funzioni della contrattazione collettiva (e delle relazioni sindacali) nella riforma del lavoro pubblico. **3.** La pervasiva regolazione legislativa della contrattazione collettiva. **4.** Specificità *versus* specialità, contratto *versus* legge: per non perdere di vista gli obiettivi della riforma.

#### 1. *Premessa. Le relazioni sindacali nelle amministrazioni pubbliche tra autonomia e capacità (regolativa)*

A riflettere sulla disciplina dei rapporti di lavoro e delle relazioni sindacali nelle amministrazioni pubbliche è inevitabile imbattersi nel dilemma, che ormai può dirsi storico (a partire dal c.d. “Rapporto Giannini”<sup>1</sup>), sulla differenza quasi “ontologica” di questo settore rispetto a quello privato delle imprese; per conseguenza, su una “specialità” che ne contraddistinguerebbe la regolamentazione, rispetto a quella classica contrattual-civilistica del lavoro nell’impresa<sup>2</sup>.

È altrettanto noto che, almeno in parte, quel dibattito si sarebbe detto giungere ad un definitivo approdo con la riforma del 1993 (o meglio 1993-2001) e la contrattualizzazione del pubblico impiego, con il passaggio dalla legge al contratto, dallo statuto dell’impiego pubblico al contratto di lavoro nelle amministrazioni pubbliche<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> *Rapporto sui principali problemi dell’amministrazione dello Stato*, in FI, V, 1979.

<sup>2</sup> Inevitabile il rinvio a RUSCIANO, *L’impiego pubblico in Italia*, il Mulino, 1978.

<sup>3</sup> Per tutti, v. RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *L’impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Giapichelli, 1993; RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *Lo “spazio negoziale” nella disciplina del lavoro*

Eppure, come emerso anche nel convegno cui si riferiscono i contributi pubblicati in questo quaderno, quel dibattito a distanza di un trentennio non si è affatto chiuso, permanendo pulsioni alla (ri)valutazione dei profili pubblicistici nell'assetto regolativo di quest'area del lavoro.

In questa sede intendo ritornare sul punto, partendo dalle approfondite riflessioni di Dolores Ferrara sul sistema delle relazioni sindacali e della principale forma di espressione di queste ultime: la contrattazione collettiva; con l'obiettivo di contribuire a fare chiarezza su obiettivi, principi e regole su cui si innesta e si sviluppa il sistema nel quale agisce l'autonomia collettiva nel settore pubblico, a valle di un trentennio nel quale, come noto, gli interventi del legislatore sono stati numerosi ed importanti, peraltro espressione di linee di politica del diritto non omogenee<sup>4</sup>.

Dolores Ferrara ha inteso riassumere sistematicamente questa evoluzione ricorrendo alla distinzione tra "autonomia regolativa", pienamente riconosciuta, e "capacità regolativa"; quest'ultima invece soggetta a limitazioni anche importanti, poste da paletti legislativi, specialmente dopo la riforma del 2009 (d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150; c.d. riforma Brunetta).

La ricostruzione sopra sintetizzata ha una indubbia e condivisibile funzione euristica. Ma lo snodo veramente centrale, in un certo qual modo il vero approdo delle riflessioni di Ferrara, è nella parte in cui, se ben si comprende, ritiene di rinvenire la soluzione (e l'origine?) delle specifiche connotazioni (e limitazioni?) dell'autonomia collettiva e più in generale della partecipazione sindacale nella peculiare configurazione dell'interesse collettivo nel settore pubblico: "la compenetrazione dell'interesse pubblico nell'interesse collettivo ha creato un sistema di rappresentanza sindacale che si caratterizza non soltanto per la considerazione della comunità di riferimento dei lavoratori e delle lavoratrici, ma anche per la presa in carico dei bisogni dell'intera collettività degli utenti a cui l'attività amministrativa è indirizzata". Un interesse collettivo, dunque, a "vocazione generale".

Da tali conclusioni e considerazioni si ritiene di partire per offrire alcuni spunti di riflessione.

pubblico, il Mulino, 1995; CARINCI F., D'ANTONA, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*. Dal D.Lgs. n. 29/1993 ai D.Lgs. nn. 396/1997, 80/1998 e 387/1998, Giuffrè, 2000.

<sup>4</sup> GARGIULO, *La contrattazione collettiva nelle pubbliche amministrazioni: cronache dal bradissimo*, in *LPA*, 2019, p. 57 ss.

2. *Interessi e funzioni della contrattazione collettiva (e delle relazioni sindacali) nella riforma del lavoro pubblico*

Inevitabile prendere le mosse, in questo percorso, dalla ricostruzione degli obiettivi della riforma e dunque della *ratio legis* sottesa al d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29. Obiettivi e *ratio* chiari e credo indiscussi: traghettare il sistema regolativo dei rapporti di lavoro e delle relazioni collettive dall'ordinamento pubblico-amministrativo all'ordinamento civile-privato. Sul piano delle fonti di origine disciplina del rapporto di lavoro il passaggio è altrettanto chiaro: dalla disciplina per legge e atti unilaterali (Statuto degli impiegati civili dello stato – d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3; assunzione del ruolo a seguito di atto unilaterale di nomina) alla regolazione per fonte contrattuale (contratto individuale, contratto collettivo), con conseguenti effetti sulla organizzazione e gestione del lavoro, affidate alla nuova dirigenza, che a tal fine esercita “la capacità e i poteri del privato datore di lavoro”<sup>5</sup>. Ovviamente, la circostanza che si passi dall'atto pubblicistico unilaterale all'atto negoziale non elide il ruolo essenziale della legge; anche ai rapporti di lavoro nell'impresa, come noto, contratto individuale e contratto collettivo sono supportati dal pilastro legislativo (Codice civile, leggi speciali sui rapporti di lavoro), le cui disposizioni definiscono le condizioni minime essenziali di tutela delle condizioni di lavoro (nel mercato e nel rapporto). Ma, ed è questa si ribadisce la svolta epocale della riforma, il regime entro il quale si muovono origine e regolazione dei rapporti di lavoro e delle relazioni sindacali è quello contrattuale-civilistico, non più pubblicistico-amministrativo.

Facile a dirsi, difficile a farsi: il nuovo assetto dei rapporti di lavoro e delle relazioni sindacali si inserisce però in (per non dire si scontra con) un contesto, quello delle amministrazioni pubbliche, statali (ministeri) e non (regioni ed enti locali, sanità, etc.), profondamente diverso da quello delle imprese, e che soprattutto agisce in un sistema di fonti, di diritto pubblico, completamente diverso e non omogeneo, come noto espressione di principi (anche costituzionali) e logiche che riflettono la “qualità” degli interessi, pubblico-generalisti, sottesi e tutelati. Ed è l'intreccio apparentemente inestricabile tra queste due aree, ed i due relativi regimi, a costituire il nodo gordiano su cui si è dibattuto in questo trentennio.

<sup>5</sup> Art. 5, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165. Sul tema si rinvia, anche per opportuni riferimenti bibliografici, al contributo di Pasquale Monda in questo *Quaderno*.

Evidentemente non è questa la sede per riprendere *funditus* questioni e relativo dibattito, del resto oggetto anche dei contenuti delle relazioni e degli interventi del convegno cui riferisce questo quaderno. In sintesi, a fronte delle ricostruzioni, coerenti con gli obiettivi della riforma del 1993 sopra ricordati, volte ad accentuare il profilo civilistico-contrattuale del rapporto “di servizio” del dipendente pubblico<sup>6</sup>, per questo del tutto assimilabile al contratto del prestatore di lavoro del settore privato, si sono affiancate tesi volte invece a confermare una permanente “specialità” di tale rapporto, discendente dalla preminenza dell’interesse pubblico sotteso all’organizzazione ed al funzionamento delle amministrazioni pubbliche, che non può non condizionare funzionalmente anche disciplina, organizzazione e gestione del (rapporto di) lavoro<sup>7</sup>. Ragione per cui “la specialità del rapporto di lavoro pubblico, insomma, sarebbe una proiezione necessaria (ossia automatica ed ineliminabile) dei principi di cui all’art. 97 Cost. e della natura pubblica del creditore della prestazione di lavoro”<sup>8</sup>. Parallelamente, le differenti ricostruzioni investono anche la sfera delle relazioni sindacali e dell’autonomia collettiva, sino al punto di evidenziarne una necessaria inevitabile funzionalizzazione agli interessi pubblico-generalis, rispetto ai quali non possono che ritenersi cedevoli.

Quel che è certo, è che nonostante gli sforzi anche teorici di superamento delle tradizionali costruzioni pubblicistiche, come noto partendo anche da una interpretazione ragionevolmente “aperta” dell’art. 97 Cost., la successiva evoluzione normativa ha, se non dimostrato, lasciato però il forte dubbio che le pubbliche amministrazioni siano, ancora, organizzate “da” disposizioni di legge piuttosto che “secondo” queste ultime, nell’interpretazione più elastica data alla norma costituzionale<sup>9</sup>; soprattutto, che restitua la regolazione dei rapporti di lavoro e delle relazioni sindacali.

<sup>6</sup> Per tutti, cfr. BARBIERI, *Il sinallagma nei contratti di lavoro per le Pubbliche Amministrazioni. Un percorso storico-critico*, Cacucci, 2018.

<sup>7</sup> Cfr. RUSCIANO, *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle fonti*, in *DLRI*, 1996, p. 257. Una utile ricostruzione del dibattito in PINTO, *Il lavoro pubblico nella transizione dall’autogoverno responsabile delle pp.aa. al rinnovato protagonismo della legge*, nei Quaderni di questa rivista, 2016, p. 119 ss.

<sup>8</sup> PINTO, *op. cit.*, p. 119.

<sup>9</sup> Per tutti, cfr. ORSI BATTAGLINI, CORPACI, *Sub art. 2*, in CORPACI, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dell’organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche (d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29)*, in *NLCC*, 1999, p. 1047 ss. ep. 1064 ss.; CARABELLI, CARINCI M.T., *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, 2010, p. 67 ss.

### 3. *La pervasiva regolazione legislativa della contrattazione collettiva*

Venendo proprio alle relazioni sindacali alla contrattazione collettiva in particolare, il dubbio sopra delineato è ancora maggiore: se infatti per certi versi è comprensibile che la disciplina dei rapporti di lavoro sia regolata da leggi – lo è anche nel settore privato –, pur non obliterando le numerose permanenti specificità della regolazione del lavoro pubblico<sup>10</sup>, il divario tra i due settori in quest'area regolativa è assai ampio.

È appena il caso di ricordare la schizofrenia legislativa di questo trentennio, peraltro ripercorsa anche nel contributo di Ferrara, la cui evidenza maggiore si rinviene proprio nell'assetto delle fonti, sul punto specifico della regolazione dei rapporti tra legge e contratto collettivo (art. 2, co. 2, d.lgs. 165/01)<sup>11</sup>, ma emerge anche con riguardo alla “partecipazione”. Al di là di quella schizofrenia, non può non colpire la permanente peculiarità del sistema negoziale nel settore pubblico: quella cioè di un assetto bulimicamente regolato dal legislatore, laddove come noto il settore privato è contraddistinto da un eccesso opposto.

Ed invero, il c.d. TUPI, direttamente o indirettamente, disciplina pervasivamente tutti gli snodi del sistema di contrattazione collettiva<sup>12</sup>: ambiti<sup>13</sup>, soggetti<sup>14</sup>, oggetto<sup>15</sup>; efficacia<sup>16</sup>; procedure<sup>17</sup>; rapporti tra livelli contrattuali<sup>18</sup>. Con ancora maggiore puntualità il legislatore interviene a tutela delle risorse economiche in gioco.

Sugli altri “modelli relazionali” diversi dalla contrattazione, riassumibili nella “partecipazione”, a valle del citato percorso schizofrenico, il legislatore evita almeno di mettere (troppi) paletti, limitandosi, superflualmente, a rilevare

<sup>10</sup> V. in questo Quaderno, per tutti, RICCOBONO.

<sup>11</sup> Si consenta il rinvio a NATULLO, *Tra legge e contratto: l'“equilibrio instabile” del sistema delle fonti del lavoro pubblico*, in ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2018.

<sup>12</sup> Per una recente disamina, NATULLO, *Procedimento, contenuto ed efficacia del contratto collettivo nazionale*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 214.

<sup>13</sup> Art. 40, co. 2.

<sup>14</sup> Artt. 43 e 46.

<sup>15</sup> Artt. 40 e 45.

<sup>16</sup> Come noto, in virtù del combinato disposto ex artt. 40, co. 4; 45, co. 2; 46, co. 1.

<sup>17</sup> Art. 47.

<sup>18</sup> Art. 40, co. 3-3-quinquies.

che “i contratti collettivi nazionali disciplinano le modalità e gli istituti della partecipazione”<sup>19</sup>.

Posto siffatto assetto normativo, e prescindendo dall’analisi di dettaglio delle specifiche disposizioni normative che incrociano ruolo e competenze dell’autonomia collettiva e degli istituti della partecipazione, non si può non concludere che nel settore pubblico lo “spazio negoziale”, a differenza del settore privato, risente forse ancora troppo dell’influenza dell’art. 97 Cost., rispetto all’ampia libertà espressa dall’art. 39 della Carta costituzionale. Principio costituzionale su cui comunque essa si fonda, come nel 2015 il Giudice delle leggi ha chiarito, esplicitando che, dopo la contrattualizzazione, anche per il settore pubblico la contrattazione collettiva deve ritenersi strumento imprescindibile di garanzia di valori fondamentali di rilievo costituzionale e, per quanto specificamente riguarda questo settore, comunque precipuamente capace di realizzare l’opportuno contemperamento degli interessi contrapposti delle parti “ponendosi, per un verso, come strumento di garanzia della parità di trattamento dei lavoratori (art. 45, co. 2, d.lgs. 165/01) e, per altro verso, come fattore propulsivo della produttività e del merito (art. 45, co. 3, d.lgs. 165/01)”<sup>20</sup>.

#### 4. *Specificità versus specialità, contratto versus legge: per non perdere di vista gli obiettivi della riforma*

Sulla scorta di queste premesse, pare a questo punto opportuno ritornare brevemente su alcune questioni: nel rapporto tra fonti legislative, fonti unilaterali e fonti negoziali – e dunque anche tra area pubblicistica e privatistica, “quanta” legge (e atti pubblicistici) è (sono) necessaria/i; perché ed in funzione di quali obiettivi; conclusivamente, dove risiede e dove arriva quindi la “specialità” del lavoro e della contrattazione collettiva nelle pubbliche amministrazioni.

Evidentemente, sono questioni di portata assai ampia, che implicano approfondimenti e valutazioni ben più articolate di quelle svolte in questa

<sup>19</sup> Art. 9.

<sup>20</sup> C. Cost. 24 giugno 2015 n. 178, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), su cui, tra gli altri, BARBIERI, *Contratto collettivo e lavoro pubblico. Blocco salariale e blocco della contrattazione tra scelte legislative e giurisprudenza costituzionale*, in *RIDL*, 2015, I, pp. 453-481; ZOPPOLI L., *La Corte finalmente costituzionalizza la contrattazione per il lavoro pubblico. E la retribuzione?*, in *DLM*, 2015, p. 378.

sede; ci si limita pertanto solo ad alcune riflessioni, pertinenti con l'ambito ed il tema dell'incontro al quale si collega il mio intervento.

In primo luogo, non può del tutto disconoscersi l'esigenza di una cornice legislativa, più ampia di quella esistente, o ipotizzabile<sup>21</sup>, nel settore privato. In estrema sintesi, le esigenze ed i principi contenuti nell'art. 97, ma anche, forse soprattutto, nell'art. 81 cost., richiedono un'attenzione normativa che non può non toccare alcuni snodi del sistema delle fonti del lavoro e delle relazioni sindacali<sup>22</sup>.

Le ragioni di ciò risiedono soprattutto nei vincoli finanziari, che per l'appunto rimandano all'art. 81 cost. Le risorse economiche che vengono impegnate nei rinnovi contrattuali, in primo luogo a livello nazionale, sono direttamente correlate al bilancio pubblico. Da cui l'inevitabile congerie di paletti normativi che delimitano le procedure negoziali, fissati nel d.lgs. 165/01: a monte<sup>23</sup> ed a valle<sup>24</sup>.

A ciò si aggiunge certamente l'area degli "atti organizzativi" unilaterali di competenza degli organi di indirizzo, di cui all'art. 2 d.lgs. 165/01 (linee fondamentali di organizzazione degli uffici; uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; dotazioni organiche complessive).

Ma, una volta definito il substrato di cui sopra, il resto (contratto collettivo e relazioni sindacali, specialmente a livello di amministrazione, gestione del personale), in ossequio alle linee strategiche della riforma, dovrebbe restare nell'area privatistica-manageriale. Se è così, come chi scrive ritiene, il perseguimento dei fini istituzionali "aziendali" dovrebbe essere di esclusiva competenza (e responsabilità) di coloro ai quali è affidata l'organizzazione e gestione aziendale: come nel settore privato (datore di lavoro e vertici gestionali - cda, dirigenza), così nel settore pubblico, con la differenza, di non poco momento, che il "datore di lavoro", ai fini strategici, è rappresentato dagli organi (politici) di indirizzo, ai fini gestionali dalla dirigenza.

Si vuol dire, cioè, che così come l'efficienza, produttività e redditività aziendale nel settore privato sono obiettivi di responsabilità della struttura

<sup>21</sup> Il riferimento è evidentemente ai progetti di legge sulla maggiore rappresentatività sindacale e la contrattazione collettiva (efficacia).

<sup>22</sup> Da ultimo, cfr. TORRICE, *L'autonomia collettiva*, in *LDE*, 2024.

<sup>23</sup> Art. 48 - Disponibilità destinate alla contrattazione collettiva nelle amministrazioni pubbliche e verifica; per la contrattazione integrativa, art. 40, co. 3-bise 3-*quinquies*.

<sup>24</sup> Art. 47, co. 5 ss. - controlli Corte dei conti; art. 40, co. 3-*quinquies*.

di parte datoriale, altrettanto deve dirsi per gli obiettivi delle pubbliche amministrazioni, in parte diversi dai primi. Il che non vuol certo dire che, nel settore privato come nel settore pubblico, non possano attivarsi logiche e prassi partecipative, e che quest'ultime in qualche modo possano condurre ad una condivisione degli obiettivi strategici aziendali, ma sempre nel rispetto del principio di distinzione originaria di ruoli e responsabilità.

In definitiva, per le suddette ragioni ritengo non condivisibile, pur con tutti i distinguo del caso, ipotizzare anche una valenza pubblico-generale dell'interesse collettivo sotteso all'azione sindacale nel settore pubblico. Una tale configurazione mi pare prospettare più rischi che vantaggi; per comprenderlo, senza dilungarmi oltre, è sufficiente ricordare che le patologie della cogestione nel settore pubblico sono sempre in agguato; e che anche per superare quelle patologie si è passati dal sistema della legge quadro del 1983 (l. 29 marzo 1983 n. 93) alla riforma del 1993.

## **Abstract**

L'A., focalizzandosi su obiettivi, principi e regole su cui si innesta il sistema di autonomia collettiva nel settore pubblico, auspica che la contrattazione collettiva e le relazioni sindacali, specialmente a livello di amministrazione e gestione del personale, siano lasciate all'area privatistica-manageriale. Dopo aver rilevato l'esistenza di spinte propulsive alla rivalutazione di profili pubblicistici in materia, l'A. giunge ad escludere una valenza pubblico-generale dell'interesse collettivo sotteso all'azione sindacale nel lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

Focusing on the objectives, principles, and rules on which the system of collective autonomy in the public sector is based, the A. hopes that the collective bargaining and the industrial relations, especially at the level of personnel administration and management, will be referred to the private-managerial area. After noting the existence of propulsive thrusts for a re-evaluation of the public profiles in this matter, the A. excludes a public-general value of the collective interest underlying trade union action in public administration employment.

## **Keywords**

Pubblica Amministrazione, pubblico impiego, contrattazione collettiva, relazioni sindacali, partecipazione sindacale, contrattualizzazione.

Public Administration, public employment, collective bargaining, industrial relations, union's participation, contractualisation.



## sezione terza

# Sul rapporto di lavoro

### **Alessandro Riccobono**

Le metamorfosi del lavoro pubblico  
a trent'anni dalla privatizzazione:  
reclutamento, inquadramenti, estinzione

**SOMMARIO:** **1.** Reclutamento e riforme del lavoro pubblico: osservazioni generali e una premessa di metodo. **2.** Luci e ombre del reclutamento riformato: pianificazione dei fabbisogni, mappatura delle competenze, e ritardi attuativi. **3.** Correre per reclutare: semplificazione delle selezioni, contratti a termine e incarichi a esperti. E domani? **4.** Giovani funzionari apprendisti e navigati dirigenti fiduciari: il PNRR tra innovazione e uso politico. **5.** Inquadramenti, mansioni, sviluppo professionale: i lasciti delle precedenti riforme e i problemi aperti. **6.** Famiglie professionali, differenziali economici, carriere in deroga al concorso. Rinnovamento o *amarcord*? **7.** L'estinzione del rapporto di lavoro pubblico: il paradigma della stabilità e la specialità della disciplina dei licenziamenti.

#### *1. Reclutamento e riforme del lavoro pubblico: osservazioni generali e una premessa di metodo*

Reclutamento, inquadramento ed estinzione sono le tre tappe in cui è possibile racchiudere l'intera vita del rapporto di lavoro pubblico: esse scandiscono i momenti chiave della nascita, dello sviluppo e del tramonto, intercettando discipline e fonti regolative molto diverse, che tagliano trasversalmente il piano organizzativo e quello gestionale.

In questo scritto si cercherà di ragionare intorno a questa materia, che naturalmente chiama in causa una normativa di amplissima portata, alla quale non potrà essere dedicata un'analisi di dettaglio: d'altra parte, in una battuta si potrebbe dire che i problemi di una vita non si possono risolvere nello spazio di una relazione.

Per tale ragione ci si limiterà a tracciare alcune linee di tendenza che

hanno segnato l'evoluzione degli istituti in questione nel passato più e meno recente, senza la pretesa di ricavarne bilanci, nella convinzione che qualsiasi tentativo di tirare le somme finirebbe per assumere un valore piuttosto relativo in un settore dell'ordinamento caratterizzato dalla tensione al riformismo perpetuo<sup>1</sup>, che continua a rimandare all'immagine di un lavoro pubblico quale eterno incompiuto<sup>2</sup>.

In questo modo si può anche rifuggire dalla tentazione di giudicare le riforme susseguitesì nell'ultimo trentennio come un fallimento<sup>3</sup> o, peggio ancora, come una grande illusione<sup>4</sup>, evitando di mettere in discussione l'idoneità di un determinato regime delle fonti a realizzare obiettivi di *performance* qualitativa: approccio di metodo che invece sembra più adatto per descrivere la sostanziale incapacità di alcune scelte legislative di incidere sui fondamentali assetti di *governance* delle pubbliche amministrazioni<sup>5</sup>.

Fuori dalle righe, si intende sostenere che, se la pubblica amministrazione italiana non ha effettuato l'auspicato cambio di passo sul piano della cultura organizzativa e gestionale, ciò non si deve all'alternativa pubblico-privato, che in sé e per sé è neutra, perché attiene solo ai mezzi e non anche fini dell'*agere* amministrativo.

Semmai le ragioni dell'insuccesso degli sforzi riformatori vanno ricercate nelle modalità con cui alcune scelte di politica del diritto sono state trapiantate nell'ordinamento del lavoro pubblico, scontrandosi con la poca

<sup>1</sup> Cfr. GARILLI, *Breve storia di una riforma incompiuta*, in AA.Vv., *Il lavoro alle dipendenze della p.a. dopo la riforma Madia*, Cedam, 2018; BELLAVISTA, *La privatizzazione del pubblico impiego trent'anni dopo. Dal disastro verso l'ignoto...e ritorno?*, in *LPA*, 2023, p. 11 ss.; RUSCIANO, *A due anni dalla riforma c.d. Brunetta*, in *DLM*, 2011, p. 187 ss., che esordisce ricordando come per ogni Ministro ci sia una riforma.

<sup>2</sup> Cfr. BOSCATI, *La percezione dell'eterno incompiuto nel processo riformatore del lavoro pubblico*, in *VTDL*, 2020, p. 9 ss.

<sup>3</sup> Cfr. D'ORTA, *L'organizzazione delle P.A. dal diritto pubblico al diritto privato: il fallimento di una riforma*, in *LPA*, 2011, 391 ss.; DELL'ARINGA, DELLA ROCCA, *Introduzione*, in DELL'ARINGA, DELLA ROCCA (a cura di), *Lavoro pubblico fuori dal tunnel*, il Mulino, 2017, p. 7 ss.; BATTINI, GASPARRINI, *Miseria delle politiche del pubblico impiego in Italia*, *Sinapsi*, 2020, p. 3 ss.; DE MASI, *Lo stato necessario. Lavoro e pubblico impiego nell'età postindustriale*, Rizzoli, 2020.

<sup>4</sup> CASSESE, *Dall'impiego pubblico al lavoro con le pubbliche amministrazioni: la grande illusione?*, in *GDA*, 2013, p. 313 ss.

<sup>5</sup> In questo senso cfr. ZOPPOLI L., *Bentornata realtà: il lavoro pubblico dopo la fase onirica*, in *Jus*, 2013, p. 259 ss.

disponibilità del corpo burocratico nel riceverle, o per meglio dire con la sua istintiva reticenza ad abbandonare consolidate rendite di posizione: un problema di contenuti, dunque, e non di fonti, sicuramente aggravato dalla presenza di una serie di condizionamenti esterni, culturali, organizzativi, economici, che non hanno giovato al conseguimento degli obiettivi di efficienza perennemente inseguiti<sup>6</sup>.

Con questo non si intende certamente negare il valore della privatizzazione e la centralità del cambio di paradigma insito nel passaggio dall'unilateralismo alla contrattualità dei rapporti di lavoro alle dipendenze della p.a.<sup>7</sup>.

Più semplicemente, si sta cercando di dire che non è possibile stabilire un nesso di corrispondenza diretta tra l'opzione verso un determinato regime normativo e la creazione di valore pubblico.

Di questo, proprio la materia del reclutamento fornisce molteplici evidenze.

Le procedure finalizzate all'assunzione non hanno mai abbandonato il regime pubblicistico, in ossequio ad una scelta legislativa che, secondo molti, non è neppure imposta dalla riserva di legge contenuta nell'art. 97 Cost.<sup>8</sup>.

In quest'area il matrimonio col diritto privato non s'è mai celebrato e probabilmente mai si farà, perché l'opzione verso il modello pubblicistico può considerarsi costituzionalizzata e nei fatti irreversibile: come suole ripetere il Giudice delle leggi, il concorso pubblico costituisce la modalità generale e ordinaria di accesso nei ruoli delle pubbliche amministrazioni, in

<sup>6</sup> Cfr. RUSCIANO, *A proposito di una ricerca sul lavoro pubblico*, in *DLRI*, 2018, p. 205 ss.; GARILLI, *Il tormentato percorso della privatizzazione*, in GARILLI, NAPOLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo*, Cedam, 2013, p. 11 ss.; MELIS, *Il riformismo amministrativo nella storia d'Italia: i due attori fuori scena*, in DELL'ARINGA, DELLA ROCCA, *op. cit.*, p. 365 ss.

<sup>7</sup> Cfr., per tutti, RUSCIANO, *Contributo alla lettura della riforma dell'impiego pubblico*, in RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Giappichelli, 1993, p. XXVII-XXVIII; D'ANTONA, *La neolingua del pubblico impiego riformato*, in *LD*, 1996, p. 237; CARINCI F., *Le fonti della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *ADL*, 2000, p. 55 ss.

<sup>8</sup> Cfr. LUCIANI, *Selezione del personale e contratto di lavoro pubblico e privato*, Jovene, 2002, p. 15 ss.; ZOPPOLI L., *Il lavoro pubblico negli anni '90*, Giappichelli, 1998, p. 157 ss.; FIORILLO, *Il reclutamento del personale pubblico: forme contrattuali stabili e flessibili*, in CARINCI F., D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, 2000, p. 1031 ss.; GARILLI, *Le controversie sui concorsi e sulla progressione verticale: riparto di giurisdizione, discrezionalità amministrativa e poteri del giudice ordinario*, in *LPA*, 2003, p. 3 ss.

quanto metodo che offre le migliori garanzie di selezione dei più capaci, attraverso selezioni trasparenti, comparative, basate esclusivamente sul merito e aperte a tutti i cittadini *ex art. 51 Cost.*<sup>9</sup>.

In effetti, nessuno dubita che tale strumento offra le migliori garanzie per contemperare il buon andamento e l'imparzialità amministrativa, in una prospettiva sintonica con i principi di cui all'art. 97 Cost.<sup>10</sup>.

Eppure, è opinione condivisa che il sistema dei concorsi pubblici abbia prodotto risultati tutt'altro che lusinghieri<sup>11</sup>.

Questo perché le procedure si sono svolte in modo rigido e farraginoso, hanno prediletto selezioni basate sul nozionismo, e soprattutto perché sono rimaste avviluppate nell'ossessione dell'impeccabilità formale, con commissioni più preoccupate di difendere l'amministrazione da ricorsi e responsabilità (penali e contabili), che impegnate a individuare i più idonei e capaci<sup>12</sup>.

Da qui le lunghe trafile di cui spesso parlano le cronache giornalistiche, nelle quali viene messo in evidenza tanto il pregiudizio sofferto dai candidati, che sono lesi nel loro interesse ad avere certezza dei tempi di assunzione, quanto quello della stessa amministrazione, che non riesce ad acquisire in tempi ragionevoli il personale necessario a soddisfare le proprie esigenze funzionali.

Può forse dirsi che il diritto pubblico sia stato la principale forza frenante che ha determinato questo stato di cose?

<sup>9</sup> *Ex multis*, C. Cost. 13 dicembre 2009 n. 293, con nota di CLARICH, *La Corte Costituzionale prova a rilanciare il merito nei concorsi pubblici*, in *crusoe.it*; C. Cost. 17 marzo 2015 n. 37.

<sup>10</sup> Cfr. MATTARELLA B.G., *Il principio del merito e i suoi oppositori*, in *RTDP*, 2007, p. 642 ss.; GAGLIARDI, *Il principio del pubblico concorso e l'insuperabile specialità del reclutamento nelle pubbliche amministrazioni*, in *IF*, 2021, p. 417 ss.; PEDRABISSI, *Il sistema di reclutamento tramite concorso pubblico*, in *LPA*, 2022, p. 763 ss.; FERRARA, *Il sistema di reclutamento tramite concorso e le modalità alternative al concorso*, in BOSCATI (a cura di), *Il lavoro pubblico: dalla contrattualizzazione al governo Draghi*, Maggioli Editore, 2021, p. 201 ss.

<sup>11</sup> Da ultimo, cfr. GENTILE, *Il reclutamento pubblico: aspetti organizzativi, modelli di selezione e nuovi assetti*, Giappichelli, 2023, p. 12 ss. In precedenza, già BOSCATI, *Dalle esigenze dell'organizzazione alle modalità di reclutamento: punti critici della disciplina vigente e possibili interventi di riforma*, in CARABELLI, ZOPPOLI L. (a cura di), *Rinnovo delle PA e nuovo reclutamento*, in *QRGL*, 2021, p. 49 ss.; ZOPPOLI L., *Il reclutamento nelle pubbliche amministrazioni tra vincoli, parodie, buone pratiche ed emergenze. Come migliorare il sistema*, in CARABELLI, ZOPPOLI L. (a cura di), *op. cit.*, p. 100 ss.; CIMINO, *Le politiche di reclutamento nelle amministrazioni pubbliche: gli attuali assetti e le prossime scelte istituzionali*, in *GDA*, 2021, p. 329 ss.; D'ALESSIO, *Il reclutamento del personale e della dirigenza delle pubbliche amministrazioni*, in *LPA*, 2020, I, p. 3 ss.

<sup>12</sup> Cfr. MATTARELLA B.G., *Il principio del concorso e la sua parodia*, in *GDA*, 2017, p. 417 ss.

Certo, i principi del diritto civile sono diversi da quelli del diritto amministrativo, così come diverse sono le posizioni giuridiche soggettive e le tecniche di tutela che operano in sede di giurisdizione ordinaria o amministrativa<sup>13</sup>.

Eppure, nemmeno i più convinti sostenitori dell'opportunità di estendere la privatizzazione anche alla materia dei concorsi risponderebbero in modo scontato all'interrogativo di cui sopra.

In realtà si può dire che i problemi del reclutamento, che si riflettono sulla composizione quali-quantitativa del personale pubblico<sup>14</sup>, non siano legati tanto alle caratteristiche genetiche delle fonti di regolazione, quanto, ancora una volta, a come queste sono state materialmente plasmate in forza di determinate scelte di *policy*.

Se i concorsi sono stati gestiti con un approccio formalistico e legalista, percepibile fin dalla fase di confezionamento dei bandi<sup>15</sup>, ciò è perché il sistema si è retto per quasi trent'anni su una normativa di dettaglio estremamente datata e obsoleta, sostanzialmente modellata sulle amministrazioni *de puissance*.

Il d.P.R. 9 maggio 1994 n. 487, che ha concretizzato i principi generali cui le p.a. si devono conformare nell'espletamento delle procedure selettive (cfr. d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, art. 35, co. 3), è rimasto fino a qualche mese fa il modello di riferimento generale al quale tutte le amministrazioni si sono conformate, rinunciando ad avvalersi degli spazi di autonomia organizzativa ad esse riservati dalla fonte primaria<sup>16</sup>.

Questa impostazione standardizzata ha contribuito ad alimentare il circuito delle assunzioni a carattere meramente sostitutivo del personale cessato, rivelando la scarsa attitudine delle amministrazioni alla pianificazione strategica delle risorse umane, a sua volta frutto dell'incapacità di mappare preventivamente le professionalità necessarie per il loro funzionamento<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Cfr., da ultimo, BALDINI, *Effettività della tutela nelle controversie in materia di lavoro pubblico: un confronto tra giudice amministrativo e giudice ordinario*, in *IF*, 2022, p. 497 ss.

<sup>14</sup> Cfr. SCIANDRA, *Composizione quantitativa e qualitativa del personale della pubblica amministrazione*, in *AGE*, 2020, p. 287 ss. Più recentemente si vedano i dati del Rapporto 2022 a cura del Comitato scientifico per la valutazione dell'impatto delle riforme in materia di capitale umano pubblico, Roma, 2022.

<sup>15</sup> Cfr. DE MARCO, *Il bando di concorso*, in BOSCATI, ZILLI (a cura di), *Il reclutamento nella p.a. Dall'emergenza alla nuova normalità*, Cedam, 2022, p. 151 ss.

<sup>16</sup> Cfr. BOTTINO, *Il reclutamento riformato? Riformare non è soltanto semplificare*, in BOSCATI, ZILLI (a cura di), *op. cit.*, p. 71 ss.

<sup>17</sup> Cfr. ESPOSITO, *Sisifo unchained? La pianificazione delle risorse umane nel lavoro pubblico: an-*

Per altro verso, le politiche di contenimento della spesa pubblica, che hanno costituito un *leit motiv* della storia *post* costituzionale del lavoro pubblico<sup>18</sup>, hanno distorto il modello ordinario di reclutamento, favorendo l'accesso nella p.a. tramite canali di ingresso alternativi al concorso e per lo più molto semplificati, ove non apertamente derogatori dell'art. 97, co. 4, Cost.<sup>19</sup>.

Probabilmente non è azzardato affermare che quella dei concorsi è stata prima di tutto una crisi d'astinenza, dovuta alla prolungata impossibilità di bandirli.

Il resto è storia nota.

Le stringenti limitazioni al *turnover*, divenute drastiche durante la crisi dell'Eurozona, hanno determinato l'erosione degli organici, impedito il rinnovamento delle competenze e la possibilità di investire in formazione, ma soprattutto hanno contribuito all'invecchiamento progressivo dei dipendenti pubblici, la cui età media è diventata tra le più alte dei Paesi europei<sup>20</sup>.

Al contempo, l'arretramento del modello di assunzione ordinario tramite concorso ha aperto la strada alle disfunzioni tipiche delle vie di fuga dal sistema: infinite proroghe delle graduatorie più risalenti, che attraverso il meccanismo dello scorrimento hanno offerto opportunità di impiego a professionalità già obsolete al momento dell'assunzione<sup>21</sup>; sistematiche stabilizzazioni del precariato pubblico, appositamente allestite dai *policy maker* per rispondere alle pressioni del personale assunto a termine per far fronte al fabbisogno ordinario<sup>22</sup>; dipendenza della p.a. dal mercato delle professionalità

*tiche questioni (irrisolte) e nomenclature "di seconda mano"*, in LPA, 2018, p. 71 ss.; D'ONGHIA, *Organizzazione degli uffici e superamento della dotazione organica*, in ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2018, p. 78 ss., nonché, se si vuole, RICCOBONO, *La nuova governance delle assunzioni nella p.a.: dal «Decreto Reclutamento» al «Decreto PNRR2»*, in BOSCATI, ZILLI (a cura di), *op. cit.*, p. 131 ss.

<sup>18</sup> Cfr. DELLA ROCCA, PASSARELLI, *Politiche salariali e contrattazione collettiva nel pubblico impiego in Europa. Dalle politiche di austerità del 1980 alla crisi finanziaria del 2008*, in LPA, 2012, p. 727 ss.

<sup>19</sup> Cfr. ALLENA, TRIMARCHI, *Il principio del concorso pubblico*, in RTDP, 2021, p. 379 ss.; CIMINO, *Il completamento del percorso di dequotazione del pubblico concorso*, in GDA, 2022, p. 17 ss.; LUCIANI, *I concorsi pubblici tra merito e imparzialità: quali modelli per soddisfare realmente i bisogni delle amministrazioni*, in CARABELLI, ZOPPOLI L. (a cura di), *op. cit.*, p. 67 ss.

<sup>20</sup> Per un'analisi aggiornata, cfr. Forum Pa, *Data insight, Lavoro pubblico 2023*, Roma, maggio 2023, p. 27 ss.

<sup>21</sup> Cfr. PASQUARELLA, *Lo scorrimento delle graduatorie dei concorsi pubblici: verso il graduale depotenziamento di un meccanismo di economicità ed efficienza?*, in LPA, 2019, p. 155 ss., nonché, da ultimo anche GENTILE, *op. cit.*, p. 112 ss.

<sup>22</sup> GARILLI, DE MARCO, *Il contratto a termine: un confronto (con qualche considerazione) tra*

esterne<sup>23</sup>, con la distribuzione di incarichi e consulenze spesso animata da ragioni clientelari, ma egualmente utile per acquisire punteggi spendibili in sede concorsuale<sup>24</sup>.

Questi, in sintesi, i nodi da sciogliere.

2. *Luci e ombre del reclutamento riformato: pianificazione dei fabbisogni, mappatura delle competenze, e ritardi attuativi*

A questo punto si tratta di capire se tali nodi siano stati sciolti, allentati, ridotti o moltiplicati.

Per farlo bisogna proiettare lo sguardo verso il tempo presente, dove la scommessa del cambiamento della p.a. si ripropone in una cornice ordinamentale profondamente diversa da quella che ha segnato i precedenti cicli di riforma, lasciando intravedere concrete opportunità di rinnovamento e innovazione organizzativa.

Questo perché l'attuale stagione di interventi sul tessuto amministrativo è stata costruita sulle macerie di uno *shock* epocale come la pandemia da SarsCov2, che ha operato come evento periodizzante: all'era dei tagli sulla spesa del personale e degli interventi legislativi senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, è subentrata quella degli investimenti a tutto campo sugli assi portanti del sistema amministrativo, resi possibili dalle ingenti risorse economiche stanziare dall'Europa in seno al *Next Gen EU*<sup>25</sup>.

Di fatto la riscoperta delle politiche neo-keynesiane da parte delle istituzioni europee e dei governi nazionali ha ribaltato lo schema, al punto che

*lavoro privato e dipendente dalle pubbliche amministrazioni*, in *DML*, 2023, p. 225 ss.; FIORILLO, *La stabilizzazione del personale precario*, in ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L. (a cura di), *op. cit.*, p. 171; RICCI, *L'impatto della "riforma Madia" (e delle più recenti misure del governo "giallo-verde") sulla dimensione macro-organizzativa: programmazione dei fabbisogni, concorsi, stabilizzazioni*, in *QDLM*, 2019, p. 297 ss. Per l'illegittimità costituzionale di alcuni di tali meccanismi, cfr. C. Cost. 13 giugno 2013 n. 137; C. Cost. 7 luglio 2010 n. 235.

<sup>23</sup> PALLINI, *Il lavoro parasubordinato e autonomo*, in ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L. (a cura di), *op. cit.*, p. 131 ss.; PINTO, *La flessibilità del lavoro subordinato nelle pubbliche amministrazioni e il lavoro autonomo*, in CARABELLI, CARINCI M.T., *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, 2010, p. 247 ss.

<sup>24</sup> V. d.lgs. 165/01, art. 35, co. 3 *bis*.

<sup>25</sup> Cfr. BELLAVISTA, *Le prospettive del diritto del lavoro dopo la Pandemia*, in ALBI, NICCOLAI, GALARDI, FALSONE, D'ASCOLA (a cura di), *Scritti in onore di Oronzo Mazzotta*, Cacucci, 2022, p. 139 ss.

si è paradossalmente passati da una p.a. in affanno per mancanza di propellente, ad una p.a. sotto *stress* per eccesso di risorse<sup>26</sup>.

Il riferimento è ovviamente al processo di implementazione del PNRR, che accompagna il più grande programma di reclutamento degli ultimi quarant'anni, con l'obiettivo di conseguire il rafforzamento della capacità amministrativa ed il rinnovamento generazionale della burocrazia italiana attraverso il raggiungimento della soglia (immaginifica) di 4 milioni di dipendenti pubblici entro il 2028, a fronte dei 3.2 milioni censiti alla fine del 2020<sup>27</sup>.

Le linee di attacco del Piano sono di dominio comune: il nuovo corso punta sulla pianificazione mirata dei fabbisogni, sulla semplificazione delle procedure assunzionali, sulla valorizzazione delle competenze e non solo delle conoscenze, sul potenziamento della formazione *on the job* (indispensabile nel quadro della transizione ecologica e digitale), ma anche sullo sviluppo di percorsi di carriera dedicati al personale interno, come segnale di risposta alle misure di *austerità* che ne hanno fortemente limitato la crescita economica e professionale in passato.

Ad oggi la traduzione di questi obiettivi è stata affidata a numerosi provvedimenti di normazione primaria e secondaria, impossibili da sviscerare nel dettaglio<sup>28</sup>, ma soprattutto tra cui è difficile orientarsi, alla luce dei continui aggiustamenti in corsa: non è un caso che l'ultima Relazione del Governo sullo stato di attuazione del PNRR dia atto che i profili di criticità più frequenti riguardano le «difficoltà normative, amministrative, gestionali»<sup>29</sup>.

Naturalmente quest'ultimo dato non può sorprendere, perché i caratteri di straordinarietà e urgenza che permeano l'attuazione del Piano, nonché la

<sup>26</sup> Cfr. DI MASCIÒ, NATALINI, *L'attuazione del Pnrr dal governo Draghi al governo Meloni: le pubbliche amministrazioni sotto stress per eccesso di risorse*, in GENOVESE, VASSALLO (a cura di), *Politica in Italia*, il Mulino, 2022, cap.VII.

<sup>27</sup> Cfr. STORTI, *Pa, Brunetta punta a tornare a 4 milioni di dipendenti*, in *Conquistedellavoro.it*, 28 aprile 2021.

<sup>28</sup> Tra i più rilevanti per il tema di cui si tratta, cfr. d.l. 9 giugno 2021 n. 80, conv. dalla l. 6 agosto 2021 n. 113 (c.d. Decreto Reclutamento); d.l. 30 aprile 2022 n. 36, conv. dalla l. 29 giugno 2022 n. 79, (c.d. Decreto PNRR 2); d.l. 24 febbraio 2023 n. 13, conv. dalla l. 21 aprile 2023 n. 41, (c.d. Decreto PNRR 3); d.l. 22 aprile 2023 n. 44, conv. dalla l. 21 giugno 2023 n. 74 (c.d. Decreto PA); d.l. 22 giugno 2023 n. 75, conv. dalla l. 10 agosto 2023 n. 112 (c.d. Decreto PA bis).

<sup>29</sup> Tali criticità ammontano al 32%, cioè sostanzialmente 1/3 di quelle incontrate dalle p.a. nell'implementazione del Piano. Cfr., *La terza relazione sullo stato di attuazione del PNRR*, maggio 2023, in *Governo.it*.

mole degli interventi previsti, rendono comprensibile la necessità di operare una diuturna opera di *fine tuning* sulle strategie di azione intraprese.

Formulare un giudizio prospettico sulla loro riuscita è dunque molto difficile, anche perché una reale valutazione potrà essere fatta nel medio-lungo periodo, dopo un intervallo di indispensabile assestamento: d'altronde non sarebbe realistico pretendere che l'amministrazione cambi volto da un momento all'altro, lasciandosi alle spalle una trentennale storia di insuccessi che ne hanno fortemente indebolito la struttura e le capacità operative.

Ciò nondimeno, è utile formulare qualche considerazione di carattere generale sul percorso tracciato, che presenta inevitabilmente luci e ombre.

Tra le misure che meritano apprezzamento vi è l'introduzione del PIAO (d.l. 9 giugno 2021 n. 80, art. 6, co. 1), che prospetta l'opportunità di migliorare il raccordo tra le determinazioni riguardanti la provvista di personale e la disciplina degli accessi<sup>30</sup>, inserendosi nella linea di efficientamento già avviata dalla "riforma Madia" mediante il superamento della dotazione organica come limite alle assunzioni (art. 6, d.lgs. n. 165/01, come novellato dall'art. 4 del d.lgs. 75/17)<sup>31</sup>.

In verità va anche detto che il PIAO è uno strumento nuovo per una esigenza primitiva, perché la necessità di promuovere la diversificazione delle valutazioni organizzative degli enti, sulla scorta delle effettive priorità funzionali dagli stessi individuate, risale già alle leggi Bassanini (l. 15 marzo 1997 n. 59 e 15 maggio 1997 n. 127).

La speranza, pertanto, è che questo nuovo modello funzioni meglio di quelli precedenti, e ciò dipenderà essenzialmente dalla capacità delle singole amministrazioni di prenderlo sul serio, mettendo da parte il tradizionale approccio adempitivo cui è avveza la burocrazia italiana, come bene è stato sottolineato dal Consiglio di Stato<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Cfr. DEIDDA GAGLIARDO, SAPORITO, *Il PIAO come strumento di programmazione integrata per la creazione di valore pubblico*, in *RIPM*, 2021, p. 190 ss.

<sup>31</sup> Cfr. ESPOSITO, *Sisifo unchained? La pianificazione delle risorse umane nel lavoro pubblico: antiche questioni (irrisolte) e nomenclature "di seconda mano"*, cit., p. 71 ss.; D'ONGHIA, *Organizzazione degli uffici e superamento della dotazione organica*, in ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L. (a cura di), *op. cit.*, p. 78 ss.; OLIVELLI, *Dalle Piante organiche ai fabbisogni di personale*, in BOSCATI, ZILLI (a cura di), *op. cit.*, p. 113 ss.

<sup>32</sup> Cons. St., Sez. Cons. atti norm., parere 26 maggio 2022 n. 902, che utilizza l'immagine dei *layers of bureaucracy*, esprimendo il dubbio che anche il PIAO possa risolversi in "un adempimento formale aggiuntivo entro il quale i precedenti Piani vanno semplicemente a giustapporsi, mantenendo sostanzialmente intatte, salvo qualche piccola riduzione, le diverse modalità di redazione (compresa la sep-

In altri termini, il PIAO potrà diventare un valido centro di raccordo tra le scelte di *recruitment* e quelle di *management* se verrà effettuata un'analisi realmente consapevole degli specifici obiettivi, missioni e competenze che ciascuna p.a. intende sviluppare o razionalizzare: a quel punto sarà possibile orientare le determinazioni riguardanti la provvista di personale in funzione delle carenze d'organico nei profili *skill based*, oggi riscritti dalla contrattazione collettiva<sup>33</sup>, ma anche calibrare le scelte gestionali sul potenziamento delle professionalità già disponibili, attraverso l'elaborazione di percorsi di formazione mirata, resi possibili dall'attuale piano di riqualificazione del personale, icasticamente denominato "Ri-formare la Pa"<sup>34</sup>.

Detto questo, bisogna nondimeno osservare che il PIAO rimane uno strumento pensato per guidare l'attività di programmazione futura, sicché le sue potenzialità non hanno potuto essere messe a frutto nella fase iniziale della campagna di reclutamento avviata dal PNRR, che è anche quella più cruciale ai fini della mappatura dei *deficit* di competenze da colmare per garantire l'attuazione del Piano nei tempi prestabiliti<sup>35</sup>.

Anche per tale ragione si spiega il ritardo accumulato da numerose amministrazioni nella fase attuativa di numerosi progetti, che non hanno potuto essere realizzati tempestivamente per via della carenza di personale qualificato e delle difficoltà nel reperirlo<sup>36</sup>.

*arazione tra i diversi responsabili) e sovrapponendo l'ulteriore onere – layer, appunto – di ricomporli nel più generale Piao”.*

<sup>33</sup> Cfr. d.lgs. 165/01, art. 6 *ter*, come modificato dal d.l. 36/22, che lega la programmazione dei fabbisogni ai nuovi profili professionali individuati dalla contrattazione collettiva, attraverso il supporto di apposite linee di indirizzo da adottarsi con decreto non regolamentare. Ciò è avvenuto con il d.m. 22 luglio 2022, recante *Linee di indirizzo sulla pianificazione dei fabbisogni di personale*, cui ha fatto seguito anche il d.m. 28 giugno 2023, contenente il *Framework delle competenze trasversali del personale di qualifica non dirigenziale delle pubbliche amministrazioni*.

<sup>34</sup> Cfr., da ultimo, FORUM PA, *Attrarre talenti e valorizzare le persone: come fa la Pubblica Amministrazione?*, aprile 2023.

<sup>35</sup> Basti pensare, tra l'altro, che le amministrazioni avrebbero dovuto dotarsi del PIAO entro il 31 dicembre 2021, ma per effetto di numerose proroghe il termine per il passaggio al nuovo modello è slittato al 30 giugno 2022. Cfr. art. 7, d.l. 36/2022, conv. dalla l. 79/2022.

<sup>36</sup> Cfr. TREU, MICHETTI, *PNRR e rinnovamento delle amministrazioni pubbliche*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”* - 466/2023, p. 3 ss.

3. *Correre per reclutare: semplificazione delle selezioni, contratti a termine e incarichi a esperti. E domani?*

Il dato più sorprendente è che le assunzioni procedono con qualche difficoltà, così come dimostra il numero di autorizzazioni ad assumere riguardante l'ultimo trimestre del 2023, che non sembra andare oltre il fabbisogno connesso all'andamento delle cessazioni dal servizio accumulate negli anni di blocco del *turnover*<sup>37</sup>.

Questa situazione consente di mettere in luce alcuni limiti sottesi alla scelta di acquisire la maggior parte del personale necessario per l'attuazione del PNRR con contratti a tempo determinato, incarichi professionali, ed ora anche in regime di somministrazione, con discipline largamente derogatorie delle regole generali sull'utilizzo del lavoro flessibile nella p.a., tanto sul piano sostanziale quanto su quello finanziario<sup>38</sup>.

Come è noto, le selezioni per l'individuazione di queste figure si sono basate su procedure estremamente semplificate, che avrebbero dovuto accorciare i tempi di ingresso nella p.a.

Il problema è che la fretta è nemica del bene: ed infatti, l'idea di guadagnare tempo attraverso la riduzione del numero delle prove d'esame non si è dimostrata del tutto efficace, perché a monte s'è manifestata la preliminare difficoltà di intercettare un adeguato numero di candidature: non è un mistero che diversi concorsi si siano rivelati un *flop*, da una parte a causa della limitata attrattività delle condizioni retributive proposte, decisamente meno competitive di quelle offerte dal mercato del lavoro privato, dall'altra a motivo del più generale *skill shortage* di professionalità dotate di competenze tecniche e gestionali, vista la limitata quota di laureati italiani nelle discipline STEM (circa il 24%, che si riduce al 9,6% dei dipendenti pubblici)<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Così TREU, MICHETTI, *op. cit.*, p. 4 ss.

<sup>38</sup> Cfr. art. 1, co. 2, d.l. 80/21, come modificato dal d.l. 13/23. Si tratta infatti di rapporti temporanei che, in linea di massima, potranno avere durata fino al 31 dicembre 2026 e che possono essere attivati al di fuori dei limiti della dotazione organica e delle ordinarie facoltà assunzionali. Sul punto BELLAVISTA, *I reclutamenti pubblici dell'emergenza. C'è del marcio in Danimarca?*, in *LPA*, 2022, p. 221 ss.

<sup>39</sup> V. da ultimo, C. Conti, Sez. riun. contr., *Relazione sullo stato di attuazione del piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)*, Roma, novembre 2023, p. 128, ove si mette in evidenza la scarsa propensione degli studenti italiani a seguire percorsi di studio nelle discipline STEM, rilevandosi come nel 2022, gli occupati laureati in ambito STEM, ovvero con lauree nel gruppo scientifico e tecnico, erano poco meno di 37mila persone. Inoltre, atteso l'elevato fabbisogno di

Per altro verso va debitamente considerato che le politiche di reclutamento basate sul ricorso a forme di lavoro temporaneo si espongono inevitabilmente al problema della stabilizzazione.

Ed infatti, anche dietro sollecitazione dell'Ue, il governo Draghi e successivamente anche quello Meloni hanno predisposto apposite misure finalizzate a non disperdere l'esperienza acquisita dai soggetti reclutati con le procedure sopra descritte<sup>40</sup>: è vero che vi sono significative differenze rispetto alle sanatorie del passato, perché stavolta si tratta di incardinare nei ruoli della p.a. personale dotato di elevate competenze e specializzazioni<sup>41</sup>; tuttavia, a fronte di un percorso di progressivo riassorbimento che poteva apparire scontato fin dal principio, non si comprende perché mai sia stata scelta nuovamente la strada del precariato, la cui presenza condizionerà a lungo le politiche assunzionali del futuro, ma soprattutto richiederà l'aggravio economico e organizzativo della stabilizzazione, che si somma a quello dello svolgimento della iniziale procedura di selezione.

Sempre con riguardo alle regole per l'accesso al lavoro pubblico, bisogna aggiungere che l'eccesso di semplificazione riservato ai rapporti temporanei è stato in qualche modo compensato dall'introduzione del nuovo art. 35 *quater*, d.lgs. 165/01, che ha tracciato regole più rigorose per le procedure concorsuali finalizzate all'assunzione a tempo indeterminato del personale non avente qualifica dirigenziale (espletamento di almeno una prova scritta, anche a contenuto teorico-pratico, e di una prova orale, comprendente l'accertamento della conoscenza di almeno una lingua straniera, secondo modalità rimesse alle determinazioni di ciascuna amministrazione, così chiamate a differenziare i bandi in relazione alle caratteristiche professionali della posizione da ricoprire)<sup>42</sup>.

In questo contesto si è inserito anche il d.P.R. 16 giugno 2023 n. 82 (di modifica del d.P.R. 487/94), che ha riscritto il protocollo delle prove di esame all'insegna delle migliori pratiche internazionali, valorizzando i prin-

queste competenze nel mercato del lavoro privato (soprattutto nei settori dell'informatica e delle telecomunicazioni), vi sono serie probabilità che gran parte dei neo-laureati in discipline STEM verrà drenato dalle imprese, a discapito delle posizioni disponibili nel settore pubblico.

<sup>40</sup> Prevedendo apposite quote di riserva nei concorsi a tempo indeterminati (cfr. d.l. 80/21, art. 1, co. 3), ma anche vere e proprie procedure di stabilizzazione (cfr. d.l. 29 dicembre 2022 n. 198, art. 5, co. 7); d.l. 9 agosto 2022 n. 115, art. 35 *bis*, co. 1; d.l. 13/23, art. 50, co. 17 *bis*; d.l. 44/23, art. 3, co. 5).

<sup>41</sup> Cfr. CIMINO, *Il completamento del percorso di dequotazione del pubblico concorso*, cit., p. 19.

<sup>42</sup> Cfr. art. 3 d.l. 36/22, su cui GENTILE, *op. cit.*, p. 202 ss., nonché, se si vuole, RICCOBONO, *La nuova governance delle assunzioni*, cit., p. 139 ss.

cipi del *competency management* e la digitalizzazione delle procedure, anche grazie alla piena messa a regime del portale unico del reclutamento (InPa).

Peccato che siffatti contrappesi siano stati depotenziati dopo meno di un anno: ed infatti, ai sensi del nuovo comma 3 *bis* dell'art. 35 *quater*, d.lgs. 165/01, introdotto dall'art. 1 *bis*, co. 1, lett. c, d.l. 44/23, le amministrazioni possono bandire i concorsi per i profili non apicali prevedendo lo svolgimento della sola prova scritta, fino al 31 dicembre 2026.

Si tratta di un evidente passo indietro, che assomiglia ad una rassegnata presa d'atto della prevalenza del fattore tempo sulla profondità di giudizio, almeno fino a quando le amministrazioni avranno il PNRR che incombe con il fiato sul collo.

V'è dunque da augurarsi che la necessità di tenere il passo dei progetti non vada a discapito della ricerca dei migliori talenti, che rimane comunque la priorità del Piano e il suo criterio guida.

#### 4. *Giovani funzionari apprendisti e navigati dirigenti fiduciari: il PNRR tra innovazione e uso politico*

Non è possibile soffermarsi sulla miriade di altre disposizioni che si rinvengono tra le pieghe dei decreti sopra elencati e che talvolta sembrano perfino contrastanti con la finalità di accorciare i tempi delle selezioni<sup>43</sup>.

Vanno però effettuate un paio di considerazioni su alcune misure di particolare rilevanza, anche in questo caso con accenti positivi e negativi.

La prima riguarda la rinnovata attenzione al contratto di apprendistato, su cui il legislatore ha puntato fin dal Decreto Reclutamento, e che oggi dispone di spazi ancora più ampi, grazie al riconoscimento di specifiche agevolazioni per gli enti locali che ricorrano a tale tipologia contrattuale o al contratto di formazione lavoro (articolo 3 *ter*, d.l. 44/23, art. 28, d.l. 75/23).

L'applicazione a regime di questi strumenti, che consentiranno a giovani

<sup>43</sup> Cfr. ad es., il nuovo art. 35, co. 5 *ter*, d.lgs. 165/01, che ha ripristinato il vincolo del 20% degli idonei ai fini dello scorrimento delle graduatorie concorsuali, con l'inserimento di ulteriori vincoli operanti anche per gli enti locali, e perciò oggetto di forti critiche da parte dell'Anci. Tanto che, poco dopo, con l'art. 28 *ter*, d.l. 75/23, sono state inserite diverse deroghe a favore di regioni ed enti territoriali, per evitare che il limite percentuale degli idonei e gli ulteriori vincoli allo scorrimento generassero graduatorie troppo corte, costringendo tali enti ad avviare nuove procedure di reclutamento.

laureati di accedere all'area dei funzionari al termine di un articolato percorso valutativo, è in grado di offrire un contributo certo al ringiovanimento della p.a., operando il necessario collegamento tra l'offerta formativa delle Università ed i fabbisogni di competenze emergenti nei diversi contesti organizzativi<sup>44</sup>.

La seconda notazione, più preoccupante, attiene alla presenza di alcune previsioni dal sapore inconfondibilmente politico, come la possibilità di trattenere in servizio i dirigenti generali e apicali fino al 31 dicembre 2026 (meccanismo antitetico rispetto alle finalità di svecchiamento della p.a.)<sup>45</sup>, ma soprattutto la possibilità di stabilizzare nella qualifica dirigenziale il personale che sia stato titolare di incarichi dirigenziali a contratto *ex art.* 19, co. 6, d.lgs. 165/01, ovvero *ex art.* 110, d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267<sup>46</sup>.

La questione è particolarmente delicata negli enti locali (sedi di maggiore influenza politica), dove è possibile riservare ai titolari di siffatti incarichi fino al 50% dei posti di livello dirigenziale messi a concorso (cfr. art. 28, co. 1 *bis*, d.l. 75/23).

È vero che tra i vari presupposti per accedere alla procedura è previsto che il conferimento dell'incarico originario sia avvenuto previo esperimento di procedure selettive e comparative a evidenza pubblica, ma bisogna considerare che secondo il Consiglio di Stato queste procedure possono risolversi anche in una valutazione meramente idoneativa, che potrebbe essere considerata sufficiente per ottenere la stabilizzazione<sup>47</sup>.

Non è un mistero, d'altra parte, che la disciplina dettata dall'art. 110 del TUEL, così come quella prevista dall'art. 19, co. 6, d.lgs. 165/01, sia stata frequentemente utilizzata dai *policy makers* per scavalcare la burocrazia di ruolo e riappropriarsi del controllo sull'amministrazione in via di fatto, consentendo nomine prettamente fiduciarie<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> MATTARELLA B.G., *Per un migliore coordinamento del reclutamento dei pubblici dipendenti con i percorsi universitari*, in *GDA*, 2021, p. 578 ss.; BOSCATI, *Il reclutamento riformato*, BOSCATI, ZILLI (a cura di), *op. cit.*, p. 67.

<sup>45</sup> Cfr. art. 1, co. 4 *bis*, d.l. 44/23, non a caso abrogato dall'art. 11, d.l. 10 agosto 2023, n. 105, che ha limitato l'applicabilità dell'istituto ai dirigenti generali dei dipartimenti o delle strutture che attuano interventi previsti dal Piano nazionale di ripresa e resilienza.

<sup>46</sup> Cfr. le corsie preferenziali per l'assunzione previste dall'art. 28, co. 1 *ter*, d.lgs. 165/01, introdotto dal d.l. 80/21, ma soprattutto dall'art. 28, co. 1 *bis*, d.l. 75/23, per i titolari degli incarichi *ex art.* 110 del TUEL.

<sup>47</sup> Cons. St., 10 settembre 2018, n. 5298, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>48</sup> Cfr. RUSCIANO, *La dirigenza pubblica locale: tra vecchie impostazioni e nuove tendenze*, in *LPA*, 2022, p. 893 ss.; BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, in *DLRI*, 2010, p. 87 ss.

Se a ciò si aggiunge che la normativa di attuazione del PNRR ha progressivamente incrementato e finanche derogato le percentuali di contingentamento degli incarichi conferibili a soggetti che non appartengono ai ruoli della dirigenza<sup>49</sup>, il timore che le amministrazioni possano popolarsi del *management* più fedele agli organi di indirizzo politico, e non già di quello migliore, può dirsi tutt'altro che remoto<sup>50</sup>.

5. *Inquadramenti, mansioni, sviluppo professionale: i lasciti delle precedenti ri forme e i problemi aperti*

Se le vicende del reclutamento testimoniano l'evoluzione del lavoro pubblico rimasto propriamente tale, quelle degli inquadramenti e dell'estinzione del rapporto impongono di interrogarsi su ciò che resta del disegno originario della privatizzazione, che sembra essersi smarrita di fronte alla marcata tendenza alla specialità che caratterizza gran parte della normativa attualmente contenuta nel d.lgs. 165/01<sup>51</sup>.

Di questa tendenza entrambi gli istituti menzionati sono inconfondibili portatori, ancorché nell'ambito di percorsi evolutivi molto differenti.

Partendo dal tema degli inquadramenti, va detto subito che la riforma degli ordinamenti professionali ha costituito una delle innovazioni più rilevanti delle riforme degli anni '90 del secolo scorso.

La prima privatizzazione non era riuscita a liberarsi dal fardello della prevalenza della qualifica sulle mansioni – tipica del modello pubblicistico – pur avendo sancito la diretta applicazione dell'art. 2103 cod. civ.

Non a caso, la disciplina dello *jus variandi* dettata dall'art. 56, d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, confinava la mobilità professionale nell'ambito della qualifica di appartenenza e dei compiti complementari strumentali al perseguimento

<sup>49</sup> Oltre al già citato art. 28, co. 1 *bis*, d.l. 75/23, cfr. l'art. 1, co. 15, primo periodo, d.l. 80/21, che ha raddoppiato le percentuali di incarichi dirigenziali ex art. 19, co. 6, d.lgs. 165/01; l'art. 6, co. 7, d.l. 36/22, che ha previsto la possibilità di conferire incarichi dirigenziali a funzionari di cittadinanza italiana di organizzazioni internazionali o dell'Unione europea ai sensi dell'articolo 19, co. 6, d.lgs. 165/01, anche in deroga alle percentuali ivi previste.

<sup>50</sup> Cfr. OLIVERI, *Il sogno di ogni politico: stabilizzare i dirigenti a contratto assunti senza concorso per via fiduciaria*, in [luigioliveri.blogspot.com](http://luigioliveri.blogspot.com), 15 maggio 2022.

<sup>51</sup> Cfr. CARINCI F., *Il diritto del lavoro pubblico è speciale?*, in *LPA*, 2023, p. 3 ss.

degli obbiettivi di lavoro, astringendola all'interno di una pianta organica rigida e imm modificabile<sup>52</sup>.

Allo stesso tempo, il passaggio dal sistema delle carriere a quello delle qualifiche funzionali è stato riletto “in base *al prius* di un rapporto di lavoro di natura contrattuale”<sup>53</sup>, anche se per molto tempo l'organizzazione del lavoro è rimasta statica, continuando a fondarsi su un sistema di inquadramento che assomigliava ad una catasta di “scatole vuote”, con differenziazioni rinvenibili unicamente sul piano dei livelli retributivi, a fronte di un sostanziale appiattimento sul versante delle competenze e dei requisiti culturali, poco o nulla valorizzati<sup>54</sup>.

La vera rottura del nesso tra il dipendente e il “suo” posto all'interno dell'ufficio si è realizzata soltanto con la seconda fase della riforma (d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80 e d.lgs. 29 ottobre 1998 n. 387), grazie all'assimilazione delle scelte organizzative e gestionali di competenza del dirigente pubblico a quelle poste in essere dall'imprenditore privato datore di lavoro, dovuta all'arretramento del confine della macro-organizzazione, a vantaggio della micro.

Per garantire la rispondenza degli inquadramenti alle esigenze organizzative, il legislatore aveva interamente demandato alla contrattazione collettiva la definizione delle qualifiche, delle mansioni esigibili e dei percorsi di carriera, riservando alle scelte degli attori sindacali sia il compito di stabilire i rapporti di equivalenza fra le mansioni classificate all'interno dell'ordinamento professionale<sup>55</sup>, sia quello di disciplinare apposite procedure di sviluppo professionale, orientate al riconoscimento della qualità delle prestazioni individuali e delle competenze acquisite attraverso l'esperienza lavorativa<sup>56</sup>.

<sup>52</sup> Cfr. Così FIORILLO, *La professionalità nel lavoro pubblico e le sfide del tempo presente*, in BOSCATI, ZILLI, *La professionalità tra legge e contratti*, Cedam, 2023, p. 51 ss.; LANOTTE, *Mobilità professionale e progressioni di carriera nel lavoro pubblico privatizzato*, Giappichelli, 2012, p. 47 ss.

<sup>53</sup> Cfr. SGARBI, *Inquadramento, attività esigibili e progressione professionale nelle pubbliche amministrazioni*, in LPA, 1999, p. 71 ss.

<sup>54</sup> Cfr. GARILLI, *Profili dell'organizzazione e tutela della professionalità nelle pubbliche amministrazioni*, in DLRI, 2004, p. 101 ss.

<sup>55</sup> Cfr. ESPOSITO, *Mansioni e professionalità nel pubblico impiego tra efficienza organizzativa e diligenza del prestatore di lavoro*, Jovene, 2007; GARGIULO, *L'equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, Rubbettino, 2008.

<sup>56</sup> Cfr. TALAMO, *Le carriere collettive contrattate dei dipendenti pubblici: criticità e prospettive*, in LPA, 2004, p. 1043 ss.

Il modello introdotto dalle parti sociali si distingueva per il suo carattere “*broad banding*”, vale a dire per la presenza di un ridotto numero di aree di inquadramento al cui interno erano contemplati più livelli retributivi: in linea teorica, l’opzione verso sistemi a “banda larga” avrebbe dovuto promuovere la polivalenza professionale e la mobilità orizzontale su più mansioni, ma anche permettere una differenziazione dei percorsi di carriera, attraverso progressioni retributive interne alle aree di inquadramento (progressioni orizzontali), ovvero mediante passaggi di area (progressioni verticali), gestiti secondo i criteri stabiliti alla contrattazione decentrata<sup>57</sup>.

Anche su questo versante, tuttavia, la traduzione del modello astratto nelle pratiche operative reali è stata costellata da disfunzioni e criticità.

Innanzitutto, le parti sociali non si sono dimostrate all’altezza della scommessa di incasellare le diverse professionalità in modo coerente con le trasformazioni degli assetti organizzativi, col risultato che la tecnica della equi-ordinazione delle mansioni, derogatoria del criterio dell’equivalenza sostanziale previsto dall’art. 2103 cod. civ., si è ritorta contro i lavoratori: le clausole sulla mobilità orizzontale della contrattazione nazionale sono rimaste intenzionalmente ambigue, omettendo di prendere posizione sulla determinazione dei rapporti di equivalenza fra mansioni classificate nella medesima area/categoria<sup>58</sup>, mentre quelle della contrattazione integrativa, laddove intervenute, hanno accorpato in uno stesso livello mansioni radicalmente diverse, dilatando il debito contrattuale dei lavoratori in modo eccessivo, al punto da trasformarsi in uno strumento di deresponsabilizzazione delle scelte datoriali.

Inoltre, la stessa contrattazione collettiva ha sovente condizionato il passaggio fra profili professionali diversi alla disponibilità del posto in organico, mantenendo una gestione vischiosa della mobilità orizzontale, quand’anche riferita a posizioni equiparate all’interno della medesima area contrattuale e perciò priva di impatto finanziario.

Ne è scaturito un vasto contenzioso, che tuttavia la Corte di Cassazione ha affrontato in modo tetragono, ribadendo costantemente l’insindacabilità della classificazione prevista in astratto dai contratti collettivi e l’irrelevanza della professionalità soggettivamente acquisita dal lavoratore, anche dopo le

<sup>57</sup> Cfr. DELLA ROCCA, *Gli ordinamenti professionali a fasce larghe o “broad banding”: l’esperienza in Gran Bretagna e in Italia*, in *LPA*, 2003, p. 271 ss.

<sup>58</sup> ESPOSITO, GARGIULO, *Mansioni equivalenti e professionalità nel lavoro pubblico*, in *RU*, 2004, p. 39 ss.

modifiche apportate all'art. 52 del TUPI dalla «riforma Brunetta»<sup>59</sup>, che invece sembrava attribuire all'interprete un certo margine di apprezzamento in merito all'individuazione delle «mansioni equivalenti nell'ambito dell'area di inquadramento» (cfr. d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150, art. 62)<sup>60</sup>.

A questa tecnica regolativa, peraltro, si è successivamente ispirato anche il *Jobs Act*, che ha riscritto l'art. 2103 cod. civ. ad immagine e somiglianza della disciplina operante nel settore pubblico, riprendendo una proposta già avanzata dalla commissione lavoro del Cnel nel lontano 1985, sotto la presidenza di Luigi Mengoni<sup>61</sup>.

Sul versante opposto, il meccanismo delle carriere contrattate si è prestato alle più ampie distorsioni, in quanto gestito con un approccio sostanzialmente consociativo da parte di sindacati e negoziatori pubblici, specialmente nelle sedi di contrattazione integrativa: le progressioni economiche orizzontali sono state distribuite sulla base delle disponibilità di bilancio e non in funzione delle reali necessità organizzative dell'amministrazione, coinvolgendo praticamente tutto il personale, al di là di qualsiasi accertamento sul merito; i passaggi di area sono stati gestiti attraverso procedure di sviluppo professionale ampiamente derogatorie delle garanzie tipiche dei concorsi pubblici, dando luogo a promozioni integralmente riservate al personale interno, nelle quali il possesso di una certa anzianità di servizio è stato utilizzato come criterio assorbente e surrogatorio dei titoli di studio richiesti per l'accesso dall'esterno<sup>62</sup>.

Il fenomeno, come è noto, è stato arginato grazie alla reazione della Corte Costituzionale, che ha mantenuto ferma l'assimilazione dei passaggi di qualifica ad una nuova assunzione, vincolandoli al rispetto delle medesime garanzie del pubblico concorso (selezione comparativa, apertura all'esterno,

<sup>59</sup> Cfr., da ultimo, Cass. 8 aprile 2022 n. 11503.

<sup>60</sup> Cfr. LUCIANI, *Mansioni, jus variandi e progressioni in carriera nel lavoro pubblico: le ambiguità del legislatore e le certezze della giurisprudenza*, in *LPA*, 2020, p. 3 ss.; TAMPIERI, *L'equivalenza "formale" delle mansioni dal lavoro pubblico al lavoro privato*, in *LPA*, 2018, p. 20 ss.

<sup>61</sup> PISANI, *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Giappichelli, 2015; ZOLI, *La disciplina delle mansioni*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli, 2015, p. 247; ROMEI, *La modifica unilaterale delle mansioni*, in *RIDL*, 2018, I, p. 233.

<sup>62</sup> TALAMO, *Contratti integrativi delle pubbliche amministrazioni e progressioni professionali: un bilancio*, in *DA*, 2001, p. 557; BATTINI, *La riforma deformata della Costituzione amministrativa italiana: una retrospettiva a vent'anni dal d.lgs. n. 165 del 2001*, in *IF*, 2021, p. 291 ss.

possessione del titolo di studio), con sistematica censura dei meccanismi di avanzamento irrispettosi dei principi del *merit system*<sup>63</sup>.

A tali statuizioni si è successivamente conformato anche il legislatore, che con la già citata “riforma Brunetta” ha per un verso assoggettato le progressioni verticali al superamento di un’apposita procedura concorsuale, nella quale la riserva in favore degli interni non avrebbe potuto superare il 50% dei posti disponibili, per altro verso ha sottoposto quelle orizzontali a principi di selettività, in funzione delle qualità culturali e professionali, dell’attività svolta e dei risultati conseguiti, in modo da assicurarne il riconoscimento a una quota limitata di dipendenti<sup>64</sup>.

In questo modo, mentre le progressioni orizzontali e il mutamento di mansioni sono rimasti espressione di regole e poteri privatistici, le progressioni verticali sono state riportate nell’alveo del diritto pubblico e della giurisdizione amministrativa, ponendo fine alla gestione negoziale degli sviluppi di carriera.

6. *Famiglie professionali, differenziali economici, carriere in deroga al concorso. Rinnovamento o amarcord?*

Nello scenario contemporaneo, l’evoluzione normativa che ha interessato i temi dell’inquadramento e delle carriere va contestualizzata nell’ambito degli obiettivi del PNR, che hanno dato seguito agli impegni assunti dal Governo Draghi nel “Patto per l’innovazione del lavoro pubblico e la coesione sociale” del 10 marzo 2021.

Per bilanciare l’attenzione riservata al potenziamento degli organici, l’esecutivo allora in carica ha condiviso con le parti sociali l’esigenza di operare una revisione altrettanto profonda dei percorsi di carriera, sia per favorire la mobilità professionale del personale all’interno della p.a., sia per consentire l’avanzamento dei più meritevoli e capaci.

Di questo delicato compito è stata investita innanzitutto l’autonomia

<sup>63</sup> Cfr., *ex multis*, C. Cost. 4 gennaio 1999 n. 1, in *GDA*, 1999, p. 536; C. Cost. 6 luglio 2004 n. 205, in *FI*, 2005, I, p. 37; C. Cost. 23 luglio 2002 n. 273, in *LPA*, 2002, p. 571; C. Cost. 16 maggio 2002 n. 194 e C. Cost. 29 maggio 2002 n. 218, in *GDA*, 2002, p. 953; C. Cost. 4 giugno 2010 n. 195, in *FI*, 2010, p. 2312.

<sup>64</sup> Cfr. FERRANTE, *Nuove norme in tema di inquadramento e di progressione di carriera dei dipendenti pubblici*, in GARILLI, NAPOLI (a cura di), *op. cit.*, p. 463 ss.

collettiva, che vi ha provveduto attraverso la riscrittura dei sistemi di inquadramento professionale, avvenuta con la tornata 2019-2021<sup>65</sup>.

Al fine di realizzare il passaggio dalle “conoscenze” alle “competenze”, il nuovo ordinamento delle Funzioni Centrali ha aperto la strada alla costruzione di “famiglie professionali”, definite dalla contrattazione integrativa e caratterizzate da ambiti di competenze omogenee e da una base di conoscenze comuni.

Al loro interno dovrebbe valere il principio della massima flessibilità in tema di *jus variandi*, ma il condizionale è d'obbligo, poiché l'art. 14 del vigente ccnl Funzioni centrali continua ad agganciare l'ambito di misurazione delle mansioni esigibili a quelle “equivalenti nell'ambito dell'area di inquadramento”, anziché a quelle ricomprese nella specifica famiglia professionale<sup>66</sup>: traspare dunque una certa noncuranza rispetto alla disponibilità dei nuovi contenitori, sicuramente più adatti per misurare l'omogeneità delle prestazioni spendibili su ruoli diversi.

Analoga formulazione è stata adoperata dal ccnl Funzioni Locali, dove peraltro non vi sono le famiglie professionali, ma i “profili professionali”, che dovranno essere individuati direttamente dai singoli enti in via unilaterale e non contrattuale<sup>67</sup>.

La funzionalità del sistema, dunque, dipenderà soprattutto dalla capacità di interpretare il cambiamento nelle sedi di contrattazione integrativa (o nelle singole amministrazioni per gli enti del comparto Funzioni Locali), dove si tratterà di definire i contenuti delle famiglie professionali in modo effettivamente rispondente alle specifiche esigenze del modello organizzativo adottato.

Diversamente, se dovesse prevalere un approccio riproduttivo delle formule adoperate dai contratti di comparto, non vi saranno rilevanti discontinuità rispetto al passato: formalmente continuerà ad essere consentita una mobilità a tutto campo sull'intero contenuto delle aree di inquadramento, con margini di modificazione dell'oggetto del contratto tanto ampi quanto inutili, specialmente se l'intercambiabilità dovesse riguardare ruoli del tutto eterogenei, sul contenuto dei quali non è ammesso il sindacato giurisdizionale.

<sup>65</sup> Cfr. MAINARDI, *Inquadramenti pubblici atto II. Appunti dai Ccnl tra organizzazione e tutela della professionalità*, in *LPA*, 2023, p. 449 ss.

<sup>66</sup> Cfr. anche l'art. 13, co. 4, CCNL Funzioni Centrali 2019-2021.

<sup>67</sup> Cfr. Art. 12, co. 3, CCNL Funzioni Locali 2019-2021. Cfr. sul punto MAINARDI, *Inquadramenti pubblici atto II*, cit., p. 460.

La riscrittura degli ordinamenti professionali ha portato con sé anche la programmata revisione del sistema delle carriere.

Per quanto concerne le progressioni interne alle aree, i contratti collettivi 2019-2021 hanno sostituito il modello delle posizioni economiche<sup>68</sup> con quello dei cosiddetti differenziali stipendiali<sup>69</sup>, o differenziali economici di professionalità<sup>70</sup>.

Questi ultimi hanno funzione remunerativa del “maggior grado di competenza professionale progressivamente acquisito dai dipendenti”, ma allo stesso tempo sono definiti come incrementi stabili del trattamento economico, sì da assomigliare più a degli scatti periodici erogati in cifra fissa ma su base valutativa<sup>71</sup>, che a emolumenti corrispettivi di una *performance* verificata e finanziata con i fondi per il trattamento accessorio.

A tali incrementi si accede all'esito delle progressioni economiche orizzontali, che rimangono assoggettate ai principi di selettività previsti dalla legge ed alla loro concretizzazione ad opera della contrattazione nazionale, sebbene con una significativa differenza rispetto al passato: i nuovi contratti di comparto, infatti, ridimensionano notevolmente gli spazi di intervento degli accordi collettivi di secondo livello, quasi a voler certificare l'irrimediabile incapacità della dirigenza locale di calarsi autorevolmente nel ruolo di negoziatore pubblico<sup>72</sup>.

Contestualmente viene istituita l'area delle elevate professionalità, che nell'immediato nasce vuota, in attesa di essere popolata grazie al finanziamento con apposite risorse assunzionali, ma che è stata declinata con accenti molto diversi nei vari comparti, sovrapponendosi alla disciplina delle posizioni organizzative nel comparto delle Funzioni Locali, dove si è di scelto di

<sup>68</sup> Posizioni che in alcuni casi avevano assunto rilievo mansionistico, come nel CCNL Ministeri, dando luogo al problema della potenziale sovrapposizione con le progressioni verticali. Cfr. Trib. Palermo 17 dicembre 2009 in *ADL*, 2010, II, p. 1320, con nota di MISCIONE. Da ultimo, cfr. altresì Cass. 28 dicembre 2023 n. 36214, secondo cui anche nel CCNL del Comparto Regioni- Enti Locali del 31 marzo 1999 vi erano delle differenze professionali, e non solo economiche, interne alle diverse posizioni facenti capo ad una stessa categoria (nella specie la categoria D).

<sup>69</sup> Cfr. art. 14 CCNL Funzioni centrali 2019-2021; art. 14 CCNL Funzioni locali 2019-2021.

<sup>70</sup> Cfr. art. 19 CCNL Sanità 2019-2021;

<sup>71</sup> Cfr. BOSCATI, *La professionalità del pubblico dipendente tra vincoli costituzionali, legge e contrattazione collettiva: uno sguardo d'insieme alla luce delle più recenti riforme*, in BOSCATI, ZILLI (a cura di), *op. cit.*, p. 1 ss., sul punto p. 39.

<sup>72</sup> Cfr. MAINARDI, *Inquadramenti pubblici atto II*, cit., p. 471.V. però la diversa opinione di BOSCATI, *La professionalità del pubblico dipendente*, cit., p. 41.

istituire un'unica area dei Funzionari e dell'Elevata Qualificazione, con non poche conseguenze problematiche<sup>73</sup>.

Quanto alle progressioni verticali, si è scelto di allestire un sistema a due vie, per garantire il ripristino di uno spazio di flessibilità nella gestione degli avanzamenti di carriera, ma soprattutto per sanare le numerose situazioni di disallineamento tra inquadramento contrattuale e ruolo effettivamente ricoperto nell'amministrazione di appartenenza<sup>74</sup>.

A regime opereranno le progressioni verticali disciplinate dal nuovo art. 52, co. 1 *bis*, d.lgs. 165/01<sup>75</sup>, che secondo autorevoli letture appartengono al dominio pubblicistico dell'azione amministrativa, ancorché il legislatore non le qualifichi più come concorsi, ma come procedure comparative dedicate al personale interno<sup>76</sup>: tanto si desume sia dall'obbligo di riservare almeno il 50 per cento delle posizioni disponibili all'accesso dall'esterno (che vale ribadire l'equiparazione fra passaggi di area e nuove assunzioni), sia dalla tipizzazione di un elenco di criteri di valutazione idonei a garantire che la competizione tra gli interni avvenga su base meritocratica, pur se nell'ambito di una selezione scorporata dal concorso aperto ai candidati esterni.

In fase di prima applicazione, invece, il legislatore ha concesso all'autonomia collettiva un ambiguo lasciapassare per procedere al riclassamento del personale “sulla base di requisiti di esperienza e professionalità maturate ed effettivamente utilizzate dall'amministrazione di appartenenza per almeno cinque anni, anche in deroga al possesso del titolo di studio richiesto per l'accesso all'area dall'esterno”.

Ciò ha prodotto un ritorno in grande stile delle “carriere contrattate”, tenuto conto che tutti i nuovi contratti di comparto ne hanno approfittato per introdurre specifiche procedure di progressione verticale *una tantum*, de-

<sup>73</sup> Si profila infatti la possibilità di un avanzamento di carriera surrettizio per il personale proveniente dalle aree di inquadramento inferiori, in deroga al concorso ma anche alla stessa disciplina delle progressioni verticali di prima applicazione. Sul punto si rinvia alle osservazioni di BOSCATI, *La professionalità del pubblico dipendente*, cit., p. 16; TALAMO, *I sistemi “resilienti” di inquadramento professionale del personale pubblico dopo il decreto reclutamento ed i Ccnl 2019-21*, in BOSCATI, ZILLI (a cura di), *op. cit.*, p. 123 ss., sul punto p. 141; TOPO, *Le elevate professionalità nella pubblica amministrazione*, in BOSCATI, ZILLI (a cura di), *op. cit.*, p. 163.

<sup>74</sup> Cfr. NICOLOSI, *Le progressioni di carriera*, in BOSCATI, ZILLI (a cura di), *op. cit.*, p. 259 ss.

<sup>75</sup> Cfr. riscritto dall'art. 3, co. 1, d.l. 80/21.

<sup>76</sup> Va peraltro considerata la persistente vigenza degli artt. 1, co. 2, 17, co. 1, e 24, co. 1, d.lgs. 150/09, che tuttora sanciscono il principio di concorsualità ai fini delle progressioni di carriera. Cfr. BOSCATI, *La professionalità del pubblico dipendente*, cit., p. 32; TALAMO, *I sistemi “resilienti” di inquadramento professionale*, cit., p. 150; MAINARDI, *Inquadramenti pubblici atto II*, cit., p. 465.

rogatorie rispetto ai titoli di studio richiesti per l'accesso dall'esterno ed incentrate sulla mera "valutazione" del vissuto professionale dei dipendenti, senza necessità di comparazione interna al bacino degli aspiranti<sup>77</sup>.

Non v'è dubbio che dietro siffatte procedure si celi l'obbiettivo, neppure troppo latente, di consentire un *upgrade* al personale con maggiore anzianità di servizio, premiando l'esperienza maturata sul campo che – sia ben chiaro – a volte può effettivamente valere più di un titolo di studio.

Si vuole così dimostrare che altri metodi di gestione dei percorsi di carriera sono possibili, oltre al concorso pubblico: in tal modo dando ragione a coloro che hanno sempre criticato il monismo della giurisprudenza costituzionale sulle progressioni verticali, laddove il problema della natura giuridica della vicenda modificativa del rapporto di lavoro è stato tendenzialmente sovrapposto a quello delle patologie da arginare (*i.e.* promozioni di massa, automatismi e pressoché inesistente apertura al pubblico)<sup>78</sup>.

Tuttavia, se si può condividere l'idea che le promozioni dei *civil servants* abbisognino di un certo margine di flessibilità, così come accade nel settore privato, va anche detto che il sistema attualmente costruito dalle parti sociali solleva forti dubbi sul piano della legittimità costituzionale, proprio perché riproduce il rischio che si giunga ad uno scivolamento verso l'alto pressoché generalizzato e automatico: non solo perché la deroga al titolo di studio sembra essenzialmente finalizzata a migliorare la collocazione del personale all'interno dell'impiego pubblico, prescindendo da una reale valutazione di merito<sup>79</sup>, ma soprattutto perché la limitatezza ed eccezionalità di tale meccanismo è sostanzialmente smentita dalla lunghissima estensione temporale della fase di prima applicazione, che nel caso delle funzioni locali durerà addirittura fino alla fine del 2025.

<sup>77</sup> Cfr. l'art. 18, co. 6, CCNL Funzioni Centrali 2019–2021; art. 13 CCNL Funzioni Locali 2019–2021; art. 21 CCNL Sanità 2019–2021.

<sup>78</sup> In questo senso, per primo, RUSCIANO, *Carriera per concorso del dipendente pubblico: «imparzialità» o «buon andamento»?*, in *LPA*, 1999, p. 215 ss. Più recentemente v. anche CARUSO, *Le riforme e il lavoro pubblico: la "legge Madia" e oltre. Miti, retoriche, nostalgie e realtà nell' "eterno ritorno" allo statuto speciale del lavoratore pubblico*, in *QDLM*, 2019, p. 17 ss., sul punto p. 63; LUCIANI, *Mansioni, jus variandi e progressioni*, cit., p. 3 ss.

<sup>79</sup> Sul punto va ricordato che la deroga al titolo di studio, e dunque al principio meritocratico, può essere legittima solo se risponde a specifiche esigenze di interesse pubblico dell'amministrazione, che non coincidono con l'aspettativa al miglioramento dei trattamenti economici dei dipendenti in servizio. Cfr. C. Cost. 21 dicembre 2020 n. 275, in *GCost*, 2020, p. 3177; C. Cost. 4 giugno 2010 n. 195, in *FI*, 2010, p. 2312.

Insomma, v'è tutto il tempo affinché il personale privo dei requisiti culturali necessari per l'accesso dall'esterno saturi una parte delle posizioni più elevate nei ruoli della p.a., con ciò vanificando l'obiettivo di promuovere i migliori e garantire pari opportunità di accesso a tutti i cittadini.

È difficile non rivedere in questa operazione un *amarcord* del passato, ma forse bisogna rassegnarsi ed accettare che la spinta sindacale al rialzo è destinata a manifestarsi ogni qual volta si metta mano alla struttura degli ordinamenti professionali: così è accaduto all'atto del passaggio dal sistema delle carriere a quello delle qualifiche funzionali, e prima ancora al momento dell'adozione dei modelli a banda larga, sicché non può stupire che la questione sia tornata a manifestarsi, ancora una volta negli stessi termini, anche nell'attuale stagione di cambiamento.

Se una simile operazione sia tale da arrecare un *vulnus* ai principi di buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione potrà dirlo solo la Corte Costituzionale, ammesso e non concesso che nella descritta situazione *win-win* di cui beneficiano governo, sindacati e lavoratori, qualcuno abbia un concreto interesse a solleccitarla.

Insomma, l'insofferenza verso la regolazione esclusivamente pubblicistica delle carriere si è sfogata, e diversi nodi sono stati allentati, ma forse in questo caso si è andati anche oltre.

### 7. *L'estinzione del rapporto di lavoro pubblico: il paradigma della stabilità e la specialità della disciplina dei licenziamenti*

Le ultime notazioni riguardano l'estinzione del rapporto di lavoro pubblico, le cui regole individuano il punto di massima divaricazione con il settore privato<sup>80</sup>.

La stabilità del posto di lavoro dei dipendenti pubblici è stata considerata un dogma indiscutibile del regime pubblicistico<sup>81</sup>, ma la sua sostanziale riproduzione anche all'esito della privatizzazione l'ha resa un *totem* non meno

<sup>80</sup> Cfr. ZOLI, *L'evoluzione del sistema rimediabile: pubblico e privato a confronto*, in *LD*, 2017, p. 425 ss.; e RICCI M., *Lavoro privato e lavoro pubblico: rapporti tra le due ipotesi di riforma, estensione delle regole e modelli*, in *LPA*, 2014, p. 476 ss.

<sup>81</sup> Cfr. NATULLO, *L'estinzione del rapporto*, in RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *op. cit.*, p. 237 ss. In generale sul tema v. TAPIERI, *Il licenziamento del dipendente pubblico*, Giappichelli, 2021; DE MARCO, *Il licenziamento nel lavoro pubblico*, Giappichelli, 2011.

intoccabile: lo ha ribadito da ultimo anche la Corte di Cassazione, che nelle sentenze sul decorso della prescrizione ha sottolineato la particolare “forza di resistenza del rapporto di lavoro pubblico”<sup>82</sup>, negando che la privatizzazione abbia “comportato una totale identificazione tra lavoro pubblico privatizzato e lavoro privato”<sup>83</sup>.

Siffatta stabilità, che si basa su “un articolato ed equilibrato sistema di controlli tra poteri e di bilanciamento di interessi, orientato da quello prioritario generale, fondato sui principi dello Stato costituzionale di diritto”<sup>84</sup>, viene contrapposta all’incertezza dei rimedi operanti nel settore privato, tenuto conto delle riforme che hanno marginalizzato (*rectius* provato a marginalizzare) le ipotesi di reintegrazione in caso di licenziamento illegittimo (l. 28 giugno 2012 n. 92 e d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23).

In effetti, sembrano esservi pochi dubbi sul fatto che la tutela reale, non costituzionalizzata per il lavoro privato<sup>85</sup>, lo sia invece per quello pubblico: per il personale della p.a. la *restitutio in integrum* rappresenta un contrappeso necessario all’assunzione tramite concorso, non potendosi assicurare il *merit system* in fase di reclutamento, per poi smentirlo attraverso un licenziamento che non comporti conseguenze ripristinatorie in caso di accertamento della sua invalidità<sup>86</sup>.

Siffatta lettura, peraltro, è stata avvalorata anche dalla Corte Costituzionale, che ha considerato la tutela satisfattiva come l’unica compatibile con i principi di imparzialità e buon andamento, giacché diversamente si finirebbe per scaricare sulla collettività il costo del recesso illegittimo, sia sotto forma di ristoro economico da corrispondere al destinatario del provvedimento

<sup>82</sup> Cfr. Cass. 6 settembre 2022 n. 26246, in *DLM*, 2022, p. 413, con nota di GARGIULO, *Licenziamento e prescrizione: la Cassazione mette un punto, o forse un punto e virgola*; Cass. 20 ottobre 2022 n. 30957, in *DML*, 2022, p. 682, con nota di BOLLANI, *La Cassazione supplisce al silenzio del legislatore: la prescrizione dei crediti di lavoro non decorre in costanza di rapporto*. Sul tema si rinvia, da ultimo, ai contributi nel volume BALLETTI, SANTUCCI (a cura di), *Prescrizione dei crediti e stabilità del rapporto di lavoro*, Giappichelli, 2023.

<sup>83</sup> Cfr. Cass. 28 dicembre 2023 n. 36197.

<sup>84</sup> Cass. 36197/23.

<sup>85</sup> Cfr. C. Cost. 7 febbraio 2000 n. 46, su cui ALLEVA, *I referendum sociali e il rapporto di lavoro*, in *RGL*, 2000, p. 3 ss.

<sup>86</sup> BATTINI, *La riforma deformata della Costituzione amministrativa italiana*, cit., p. 291 ss.; LUCIANI, *Il licenziamento illegittimo del dipendente pubblico e la tutela reintegratoria “universale”*, in ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L. (a cura di), *op. cit.*, p. 397 ss.; NICOLOSI, *La tutela reale nel lavoro pubblico tra dottrina, giurisprudenza e riforma Madia*, in *DRI*, 2018, p. 1016 ss.

espulsivo viziato, sia sotto forma di esborso per provvedere al suo rimpiazzo con una nuova assunzione<sup>87</sup>.

Si può non essere d'accordo con questa impostazione<sup>88</sup>, ma bisogna prendere atto che l'art. 97 Cost. ha fornito una giustificazione razionale ad una tecnica di tutela che nemmeno il valore personalistico del diritto al lavoro e la sua tutela in ogni forma e applicazione (artt. 4 e 35 Cost.) sono riusciti a garantire<sup>89</sup>: è inutile girarci intorno, il *focus* in questo caso è la tutela dell'interesse pubblico all'imparzialità amministrativa, ma ciò consente anche di assicurare la protezione più forte al contraente debole, seppure in via mediata.

Comunque la si pensi, il risultato marca un'ontologica differenza tra lavoro pubblico e privato.

Sul piano del diritto positivo, l'opzione di favore verso un regime di stabilità forte è racchiusa nell'attuale formulazione dell'art. 63, comma 2, d.lgs. 165/01, che sancisce il diritto alla reintegrazione del dipendente pubblico per qualsiasi fattispecie di licenziamento invalido, in aggiunta al risarcimento del danno entro il limite delle ventiquattro mensilità<sup>90</sup>.

Si tratta di un meccanismo sanzionatorio unitario e speciale, che ha posto fine alla querelle interpretativa sull'applicabilità al lavoro pubblico dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori novellato dalla Legge Fornero<sup>91</sup>, ma anche

<sup>87</sup> C. Cost. 24 ottobre 2008 n. 351, in *DLM*, 2009, p. 111 ss. con nota di ZOPPOLI A., *Licenziamento del dirigente pubblico e organizzazione dopo la sentenza della Consulta n. 351 del 2008*, che ha immediatamente colto le implicazioni di sistema della pronuncia, resa con riferimento al personale di qualifica dirigenziale, ma con ragionamento estensibile ai dipendenti pubblici di qualsiasi categoria.

<sup>88</sup> V. CARUSO, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit., p. 81 ss.; ZAPPALÀ, *La regolazione asintotica del licenziamento: ratio ed effetti della differenziazione tra lavoro pubblico e lavoro privato*, in *QDLM*, 2019, p. 335.; FIORILLO, *Riflettendo sull'art. 18 dello Statuto nel lavoro pubblico*, in *DLM*, 2016, p. 679.

<sup>89</sup> Ma su questo punto si v. la diversa ricostruzione di PINTO, *La tutela reintegratoria per i dipendenti pubblici e le sue ragioni costituzionali*, in ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI A., *Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori*, Editoriale Scientifica, 2021, p. 221 ss.

<sup>90</sup> Cfr. SARTORI, *La tutela applicabile in caso di licenziamento illegittimo*, in BOSCATI (a cura di), *Il lavoro pubblico*, cit., p. 901 ss.; BARBIERI, *Note critiche sul licenziamento disciplinare nel lavoro pubblico dopo l'intervento legislativo del 2017*, in *DLRI*, 2019, p. 157 ss.; NICOLOSI, *Modifiche al licenziamento disciplinare e tutele contro il licenziamento illegittimo*, in AA.VV., *Il lavoro alle dipendenze della p.a.*, cit., p. 101 ss.; SARACINI, *Licenziamento ingiustificato e reintegrazione nel lavoro pubblico*, in *RGL*, 2018, p. 524 ss.; CERBONE, *Le nuove regole in materia di licenziamento del dipendente pubblico: fattispecie e tutele*, in *VTDL*, 2020, p. 145 ss.

<sup>91</sup> In dottrina, con diversità di accenti, cfr. le posizioni di CARINCI F., *Art. 18 St. lav. per il*

a quella ripropostasi in termini simili dopo l'introduzione del contratto a tutele crescenti ad opera del Jobs Act<sup>92</sup>.

Il risultato è che il ponte pubblico/privato costruito dall'art. 51, co. 2, del TUPI – tuttora fondamentale per l'applicazione della l. 20 maggio 1970 n. 300 alle pubbliche amministrazioni, a prescindere dal numero dei dipendenti<sup>93</sup> – non ha più alcun rilievo ai fini della determinazione della sanzione contro i licenziamenti illegittimi.

Certo, bisogna ammettere che la disciplina dell'art. 63, co. 2, d.lgs. 165/01, non è priva di contraddizioni, anche nel confronto con le regole vigenti nel settore privato<sup>94</sup>, ma questo non implica che le disparità di trattamento tra le due categorie di dipendenti siano irragionevoli<sup>95</sup>: d'altra parte, se la Corte Costituzionale ha legittimato la convivenza di due diversi regimi di tutela per i lavoratori dipendenti da una stessa impresa, a seconda della data di assunzione<sup>96</sup>, non si vede come potrebbe concludere diversamente

*pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in LG, 2012, p. 1136 ss.; ESPOSITO, "Quo usque tandem...?": politica, giudici e realtà nel dibattito sul licenziamento dei pubblici dipendenti, in DML, 2016, p. 665 ss.; MARTONE, La riforma della riforma. Il licenziamento illegittimo e la reintegrazione del pubblico dipendente tra contrasti dottrinali, incertezze giurisprudenziali e modifiche legislative, in ADL, 2017, p. 366 ss. In giurisprudenza si v. soprattutto le differenti ricostruzioni proposte da Cass. 25 novembre 2015, n. 24157, in RIDL, 2016, II, p. 370, con nota di CESTER, Lavoro pubblico e licenziamento illegittimo davanti alla Corte di Cassazione, e Cass. 9 giugno 2016 n. 11868, in DRI, 2016, p. 1140, con nota di BOSCATI, Articolo 18 dello Statuto dei lavoratori e lavoro pubblico contrattualizzato nella mutevole giurisprudenza della Corte di Cassazione. Sul punto anche FIORILLO, Il licenziamento nel lavoro pubblico contrattualizzato: la Cassazione applica l'art. 18 dello Statuto e la giurisprudenza di merito (minoritaria) dissente, in DLM, 2016, p. 166 ss.

<sup>92</sup> Cfr. MAINARDI, Il campo di applicazione del d.lgs. n. 23/2015: licenziamenti illegittimi, tutele crescenti e dipendenti pubblici, in CARINCI F., CESTER (a cura di), Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015 (contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti), ADAPT University Press, 2015, p. 29.

<sup>93</sup> Cfr. ZOPPOLI A., Statuto dei lavoratori e lavoro pubblico: un incontro, nel tempo, fecondo, in RIDL, 2020, I, p. 148 ss.; CARINCI M. T., L'estensione dello Statuto dei lavoratori, in CARINCI F., D'ANTONA (diretto da), Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario, Giuffrè, 2000, p. 1485 ss.

<sup>94</sup> Si pensi alla concessione della reintegra anche in caso di vizi meramente procedurali, che invece è esclusa sia dall'art. 18, co. 7, St. lav., sia dall'art. 4, d.lgs. 23/2015.

<sup>95</sup> BOSCATI, Il licenziamento disciplinare nel settore pubblico ed in quello privato nell'evoluzione legislativa recente: una diversa tecnica di intervento, ma un convergente obiettivo di incremento dell'efficienza e della produttività, in DML, 2016, p. 69 ss.

<sup>96</sup> Cfr. GIUBBONI, Il licenziamento nel contratto di lavoro a tutele crescenti dopo la sentenza n. 194 del 2018 della Corte cost. 8 novembre 2018, n. 194, in FI, 2019, I, p. 92 ss. Da ultimo con argomenti analoghi anche C. Cost. 22 gennaio 2024 n. 7, a proposito delle diverse conseguenze sanziona-

in ordine alla differenze che operano in due contesti organizzativi distinti e separati, uno dei quali permeato dalla necessità di salvaguardare l'interesse pubblico.

Si può allora affermare che la regolazione della fase estintiva del rapporto di lavoro segna l'apice della distanza raggiunta tra i due ordinamenti, anche perché alle divergenze del sistema rimediale si sommano quelle riguardanti le singole fattispecie di recesso, che nel pubblico impiego assecondano logiche altrettanto devianti da quelle del settore privato<sup>97</sup>: l'esigenza di moralizzare gli assenteisti e gli improduttivi, manifestata fermamente dalla "riforma Brunetta" e ribadita con maggior forza anche dalla "riforma Madia", ha condotto alla ri-legificazione del potere disciplinare del datore di lavoro pubblico<sup>98</sup>, in antitesi con la privatizzazione dei *managerial rights*, il cui esercizio presuppone la discrezionalità delle scelte<sup>99</sup>; per altro verso, il minor grado di sostituibilità del lavoro nelle amministrazioni pubbliche ha sorretto la scelta di escludere dal processo di uniformazione la disciplina dei licenziamenti economici, alla quale sono state dedicate "le diverse disposizioni" in tema di mobilità obbligatoria e collocamento in disponibilità, che rendono sostanzialmente remota l'ipotesi della risoluzione del rapporto per motivi organizzativi<sup>100</sup>.

torie che colpiscono la violazione dei criteri di scelta nei licenziamenti collettivi, a seconda della data di assunzione del lavoratore.

<sup>97</sup> ZILLI, PICCO, *Il licenziamento disciplinare*, in BOSCATI (a cura di), *Il lavoro pubblico*, cit., p. 821 ss.; PINTO, *Il lavoro pubblico nella transizione: dall'autogoverno responsabile delle pp.aa. al rinnovato protagonismo della legge*, in IADICICCO, NUZZO (a cura di), *Le riforme del diritto del lavoro. Politiche e tecniche normative*, Editoriale Scientifica, 2016, p. 107 ss.; GARGIULO, *La riforma del procedimento disciplinare nel lavoro pubblico*, in VTDL, 2020, p. 341 ss.; BAVARO, *Note sul potere disciplinare nel lavoro pubblico fra aziendalismo e amministrativismo*, in RGL, 2018, I, p. 507 ss.; ESPOSITO, *Responsabilità disciplinare e reintegrazione*, in *Libro dell'anno 2018*, Treccani, 2018, p. 1 ss.

<sup>98</sup> BELLAVISTA, GARILLI, *Riregolazione legale e decontrattualizzazione: la neo-ibridazione normativa del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in LPA, 2010, p. 22 ss.

<sup>99</sup> L'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione disciplinare (art. 55 bis, d.lgs. n. 165/01) e la tipizzazione per legge delle sanzioni che comportano il licenziamento (art. 55 quater, d.lgs. 165/01), sono emblematici di questa opzione, che avrebbe potuto finanche neutralizzare il principio di proporzionalità tra illecito e sanzione e la stessa possibilità di sindacare l'imputabilità della condotta disciplinarmente rilevante. Rischi fortunatamente scongiurati dalla Corte di Cassazione, che ha sempre ribadito la necessità di sottoporre la giusta causa di licenziamento, anche se tipizzata dalla legge, alla verifica in concreto dei presupposti per il legittimo esercizio del potere di recesso e del rispetto del principio di adeguatezza ex art. 2106 cod. civ. Cfr., da ultimo, Cass. 15 luglio 2022 n. 22376.

<sup>100</sup> PASQUALETTO, *La mobilità collettiva e le eccedenze di personale nelle amministrazioni pubbliche*,

Tutto ciò restituisce la misura delle differenti opzioni di politica del diritto che hanno guidato le discipline dei licenziamenti operanti nei due settori: discipline che sono divenute così difficili da comparare che non si può più dire con certezza cosa è “meglio” e cosa è “peggio”<sup>101</sup>.

Del disegno originario della privatizzazione, allora, sembra essere rimasto poco, soprattutto se si guarda al cratere che è stato scavato con riguardo alla fase terminale del rapporto di lavoro: ad un estremo si collocano le regole del TUPI, che ribadiscono con fermezza l'ontologia della loro specialità; all'estremo opposto si trovano quelle del lavoro privato, che tra l'altro stanno vivendo una profonda crisi di rigetto, come testimonia la pluralità di interventi correttivi delle Alte Corti, che in taluni casi hanno prodotto un'eterogenesi delle finalità sottese agli interventi di riforma<sup>102</sup>.

Da qui l'opportunità (e finanche la necessità<sup>103</sup>) di un complessivo ripensamento della materia, che sappia ricomporre l'attuale mosaico regolativo secondo linee coerenti con i valori di libertà e dignità del lavoro<sup>104</sup>.

Al momento un simile scenario è piuttosto incerto, ma potrebbe essere l'occasione giusta per ricucire i legami perduti tra lavoro pubblico e privato. D'altronde, come recita un passaggio di un fortunato romanzo, “non si è mai lontani abbastanza per trovarsi”<sup>105</sup>. E ciò vale anche per due mondi che oggi sembrano distanti più di qualunque altro.

in BOSCATI (a cura di), *Il lavoro pubblico*, cit., p. 877 ss.; NATULLO, *Gestione delle eccedenze di personale, collocamento in disponibilità e mobilità collettiva*, in CARINCI F., ZOPPOLI L. (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, 2004, p. 755 ss., nonché, se si vuole, RICCOBONO, *Organizzazione amministrativa e mobilità del personale nell'impiego pubblico privatizzato*, Esi, 2017, p. 245 ss.

<sup>101</sup> Cfr. MISCIONE, *I regimi di tutela dei licenziamenti nella pubblica amministrazione*, in VTDL, 2020, p. 369 ss.

<sup>102</sup> Il riferimento è alla disciplina sanzionatoria dei licenziamenti per motivi oggettivi, che, all'esito delle sentenze della Consulta 7 aprile 2021 n. 59 e 19 maggio 2022 n. 125, ha sostanzialmente ribaltato l'impostazione sottesa alla Legge Fornero, determinando la riespansione degli spazi operativi della tutela reale a svantaggio di quella risarcitoria, al punto che attualmente sembra più facile conseguire il rimedio ripristinatorio nell'area dei licenziamenti per g.m.o., che in quella dei licenziamenti disciplinari. Cfr., da ultimo, SPEZIALE, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: le tutele all'esito delle pronunce di illegittimità costituzionale*, in LDE, 2023, p. 1 ss.

<sup>103</sup> C. Cost. 22 luglio 2022 n. 183, che ha sollecitato un intervento legislativo volto a correggere l'art. 9, co. 1, d.lgs. 23/15, riguardante le conseguenze sanzionatorie del licenziamento ingiustificato nelle piccole imprese.

<sup>104</sup> PERULLI, *La disciplina del licenziamento e le Alte Corti*, in LDE, 2023, p. 1 ss.; ZOPPOLI L., *Corte costituzionale 59/21 e disciplina dei licenziamenti: piccone o scalpello?*, in *Giustiziainsieme.it*.

<sup>105</sup> BARICCO, *Oceano Mare*, Feltrinelli, 2013.

### **Abstract**

Il saggio analizza in chiave storico-critica le tre discipline chiave del reclutamento, degli inquadramenti e dell'estinzione del rapporto di lavoro pubblico, con l'obiettivo di mettere in luce i problemi del passato e le opportunità aperte dalla nuova fase di ammodernamento della p.a. inaugurata dal PNRR. Si tratta di un quadro in chiaroscuro, in cui spiccano alcune significative innovazioni per la governance del lavoro pubblico, ma anche alcune nostalgie di vecchie stagioni, specialmente sul versante dei meccanismi di progressione di carriera.

The essay analyses the three key disciplines of recruitment, grading and termination of public employment in a historical-critical key, with the aim of highlighting the problems of the past and the opportunities opened up by the new phase of modernisation of public administration inaugurated by the PNRR. It is an ambivalent scenario in which some significant innovations for the governance of public employment stand out, but also some nostalgia for old times, especially on the side of the mechanisms of career progression.

### **Keywords**

Reclutamento, concorsi, inquadramenti, mansioni, progressioni di carriera, licenziamenti.

Recruitment, public competitions, classification of civil servants; career progressions, dismissals.

**Anna Zilli**

## Il rapporto di lavoro: poteri dell'amministrazione e obblighi del lavoratore

Sommario: **1.** Premessa introduttiva: metodo e ambito dell'indagine. **1.1.** Pubblica amministrazione e remotizzazione (anche) del lavoro: a) *ante* la pandemia. **1.2.** (*Segue* b) durante e oltre la pandemia. **1.3.** *Input, output e outcome* dell'azione amministrativa. **2.** La professionalità e l'esercizio del potere direttivo. **3.** L'esercizio del potere di controllo e il *quomodo* della prestazione di lavoro del pubblico dipendente. **4.** L'esito: l'indagine sul potere disciplinare. **5.** Un passo avanti, un salto in alto: organizzazione e trasparenza nella p.a. **6.** Osservazioni conclusive: è stata una "grande illusione"?

### 1. *Premessa introduttiva: metodo e ambito dell'indagine*

Affrontare il tema (o, meglio, l'intreccio di temi) dei poteri dell'amministrazione pubblica nella "contrattualizzazione"<sup>1</sup> del pubblico impiego impone, in primo luogo, scelte di metodo e di merito: da un lato, spiegando come si intende operare; dall'altro, individuando una linea di indagine che possa utilmente contribuire al dibattito, cercando di evidenziare quei "nodi" che caratterizzando le pp.aa. come datrici di lavoro.

Quanto al metodo, la lettura che si propone non intende ricostruire trent'anni di dibattito (*rectius*, sui 45 anni trascorsi da RUSCIANO, *L'Impiego pubblico in Italia, 1978*), concentrandosi sull'attualità e sulle categorie di

<sup>1</sup> La scelta di privilegiare il termine "contrattualizzazione" su quello di "privatizzazione", seguendo l'insegnamento di D'ANTONA (*La neolingua del pubblico impiego riformato*, in *LD*, 1996, p. 237), esprime la piena adesione alla necessità di "evitare inquinamenti del linguaggio" quando si riscontra che "l'applicabilità del diritto privato è l'effetto e non la causa del cambiamento del 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".

questa, collocandosi nel presente e guardando al futuro: si guarda a ciò è e potrà essere “dopo la digidemia”, considerandone l’impatto sul lavoro pubblico.

Invero, la pandemia non sarebbe dilagata dal *reale* al *digitale*<sup>2</sup> anche nella pubblica amministrazione se quest’ultima non fosse stata coinvolta, da tempo e profondamente, nella rivoluzione tecnologica del lavoro, quale nuovo paradigma nella produzione e nello scambio di beni e servizi. Già prima della emergenza, poteva essere osservato come la digitalizzazione dell’amministrazione avesse inciso – peraltro, non senza problemi<sup>3</sup> – sia sulla p.a. in sé considerata, sia sul rapporto tra essa e l’utenza (cittadini e imprese).

Quanto al primo profilo, attraverso il Codice dell’Amministrazione Digitale del 2005<sup>4</sup> (invero, profondamente emendato nel 2016<sup>5</sup>), la gestione documentale *per flussi* degli atti digitali aveva richiesto alle amministrazioni di lavorare in rete, determinando la creazione, prima, e la crescita, poi, delle infrastrutture necessarie allo scopo<sup>6</sup> e agevolando l’interscambio di informazioni e di risorse umane. La p.a. si era, così, affacciata al mondo dei *social media*<sup>7</sup> e

<sup>2</sup> GIDDENS, Intervista: *La mia “quarta via” tra green revolution e giustizia sociale*, in *La Repubblica*, 25 maggio 2020.

<sup>3</sup> Per un’analisi a tutto campo RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Laterza, 2014.

<sup>4</sup> SAFFIOTI, *Il codice dell’amministrazione digitale è in vigore. Conoscere uno strumento che coinvolge la Pubblica Amministrazione, i cittadini e le imprese*, in *AI*, 2006, 6, p. 887.

<sup>5</sup> Si v. nell’immediatezza delle modifiche TROJANI, *La Riforma del Codice dell’amministrazione digitale: una prima lettura a caldo: cittadinanza digitale, SPID e nuove forme di relazione tra cittadini/imprese e p.a.*, in *Comuni d’Italia*, 2016, 2, p. 13; TROJANI, *La riforma del codice dell’Amministrazione Digitale: il processo di innovazione tecnologica dopo il d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179*, in *Comuni d’Italia*, 2016, 6, p. 11.

<sup>6</sup> Secondo il Rapporto Istat 2019, *Cittadini e ICT*, reperibile in <https://www.istat.it/it/files//2019/12/Cittadini-e-ICT-2019.pdf>, nel 2019, in Italia, il 76,1% delle famiglie disponeva di un accesso a Internet, di queste il 74,7% di una connessione a banda larga; nelle aree metropolitane il 78,1%, nei comuni fino a 2mila abitanti tale quota scendeva al 68,0% e al Sud in media il 60%.

<sup>7</sup> Nella definizione ormai classica di KAPLAN, HAENLEIN, *Users of the world, unite! The challenges and opportunities of Social Media*, Kelley School of Business, Indiana, 2009, i “social media sono un gruppo di applicazioni basate su Internet e costruite sui principi ideologici e tecnologici del Web 2.0 che permettono la creazione e lo scambio di contenuti generati dall’utente”, comprende anche i blog (diari *on line*, solitamente gestiti da un’unica persona o da un ristretto gruppo di individui, che garantiscono degli scambi tra i visitatori, i quali possono aggiungere i propri commenti e animare le discussioni) ed i forum (luoghi virtuali in cui tutti sono, invece, contemporaneamente autori e utenti). Si v. anche ARVIDSSON, DELFANTI, *Introduzione ai media digitali*, Feltrinelli, 2013.

dei *social network*<sup>8</sup>, che avevano affiancato l'“Ufficio per le relazioni con il pubblico”<sup>9</sup>, risultando assai più frequentati<sup>10</sup> e quasi riuscendo, nella funzione, a prenderne il posto<sup>11</sup>. Per lavoratori, cittadini e utenti la versione *social* delle pp.aa. era, dunque, divenuta una abituale interfaccia. Questo è del tutto evidente nella gestione delle emergenze<sup>12</sup>, oppure delle problematiche relative alla salute<sup>13</sup> e, negli ultimi anni, alle questioni epidemiologiche e vaccinali<sup>14</sup>. Da verticale, la p.a. si è fatta orizzontale, ponendosi, sul piano comunicativo e relazionale, allo stesso livello degli utenti, non più passivi e in attesa, ma, al contrario, solerti nell'interagire “in tempo reale”, attraverso i nuovi strumenti a disposizione.

Quanto al secondo versante, l'attribuzione dell'identità digitale (cd. SPID) e dei domicili virtuali ha sortito plurimi effetti. I tempi dell'(inter)azione si sono rimodulati, coprendo le ventiquattro ore su sette giorni, mentre i luoghi si sono moltiplicati e le distanze annullate. Sia qui

<sup>8</sup> Proseguendo con KAPLAN, HAENLEIN, *op. cit.*, i *social network* rappresentano un sottoinsieme del più vasto mondo dei *social media* e si caratterizzano come reti sociali virtuali realizzate attraverso servizi informatici *on line*. Essi prevedono generalmente una registrazione, con la creazione di un profilo personale (pubblico o semi-pubblico) protetto da *password* e la possibilità di effettuare ricerche nel database della struttura informatica per localizzare altri utenti e organizzarli in gruppi e liste di contatti. Le informazioni condivise variano da servizio a servizio e possono includere dati personali, sensibili (credo religioso, opinioni politiche, inclinazioni sessuali ecc.) e professionali. Nei *social network* gli utenti non sono solo fruitori, ma anche creatori di contenuti. Per gli interessanti profili della disciplina applicabile si v. DUCATO, *I social network*, in PASCUZZI (a cura di), *Il diritto dell'era digitale*, 2016, il Mulino, p. 66.

<sup>9</sup> D.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, art. 12, e oggi art. 11, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165.

<sup>10</sup> LO VERDE, *Social media e Pubblica Amministrazione. Una rassegna*, in *Rivista trimestrale di scienza della amministrazione*, 2015, 3, p. 78; SCAPOLAN, MONTANARI, PATTARO, *Comuni 2.0. Un'indagine esplorativa sull'utilizzo dei social media nei Comuni italiani di medie e grandi dimensioni*, in *Azienda pubblica*, 2013, 2, p. 191.

<sup>11</sup> DUCCI, “Lavori in corso” nella PA connessa. Il ruolo delle strutture di comunicazione nella gestione dei social media e lo sportello polifunzionale 3.0, in *PInf*, 2016, 1, p. 113.

<sup>12</sup> Assai interessante sul punto NICOLA, *Cala la rete nelle calamità. Usare i social media nelle emergenze*, in *Problemi dell'informazione*, 2012, 2, p. 160, per uno sguardo internazionale, HIBBERD, BUCHANAN, *The Difficulties in Using Social Media for Extreme Weather Emergencies*, in *SPS*, 2014, 2, p. 127.

<sup>13</sup> Tra i tanti, si v. almeno SELLETTI, *Social media e salute: ubi consistam*, in *Rassegna di diritto farmaceutico e della salute*, 2016, 3, p. 503; SANTORO, *La comunicazione della salute attraverso i social media e le applicazioni*, in *Sociologia della comunicazione*, 2014, 48, p. 39; INGROSSO, *Media e salute: ruolo sociale e cambiamento delle relazioni di cura*, in *Bioetica*, 2012, 2, p. 285.

<sup>14</sup> Si v. l'approfondimento, ben prima della pandemia, di SATOLLI, *Paura dei vaccini, epidemia da social media*, in *Il Fatto Quotidiano*, 23 ottobre 2015 e anche in [www.scienzairete.it](http://www.scienzairete.it).

sufficiente rinviare, a mero titolo d'esempio, all'introduzione dei servizi telematici del Ministero della giustizia (PST) e al portale per l'accesso ai concorsi pubblici (InPA). Quest'ultimo, in particolare, è stato accreditato come doppio portale, per l'informazione sui bandi (*a latere* p.a.) e per l'adesione agli stessi (*a latere* cittadino, aspirante dipendente pubblico), finendo per soppiantare la Gazzetta Ufficiale "esonera(ndo) le amministrazioni pubbliche, inclusi gli enti locali, dall'obbligo di pubblicazione delle selezioni pubbliche" (così il nuovo art. 35-ter, co. 2-bis, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165)<sup>15</sup>.

### I.1. *Pubblica amministrazione e remotizzazione (anche) del lavoro: a) ante la pandemia*

Per le imprese e i cittadini, la destrutturazione dei tempi e luoghi di lavoro, inconsapevolmente sostenuta anche dalla p.a., era rapidamente divenuta una opportunità di risparmio dei costi e incremento delle attività, oltre che un ampliamento del bacino a cui attingere per trovare collaboratori e dipendenti. Sicché, già prima della pandemia il settore privato aveva compiuto il (primo) "Grande Balzo" nella riorganizzazione, attraverso l'introduzione di processi di remotizzazione del lavoro: oltre il 30 per cento delle grandi imprese aveva realizzato progetti di lavoro agile; tra le PMI, una su cinque aveva iniziato a introdurlo; oltre 500.000 *smart workers* si erano già affacciati al mercato del lavoro, con prospettive di crescita immense<sup>16</sup>.

Diversamente, e quasi all'opposto, le pubbliche amministrazioni non avevano approfittato delle proprie tecnologie per cambiare i processi e i luoghi di svolgimento dell'attività, non riuscendo a scorgere nella remotizzazione la realizzazione di una propria utilità.

Prima della pandemia, (*rectius*, digidemia), lavorare da un luogo *diverso* dalla sede dell'amministrazione rappresentava una agevolazione per il personale, a cui era *concessa* la remotizzazione dell'attività per la miglior soddisfazione delle proprie esigenze personali (specie di conciliazione, di cura o di salute). In questi termini, l'offerta (o meglio *la risposta alla richiesta di non recarsi in ufficio per rendere la prestazione*) era stata un telelavoro rigidissimo e

<sup>15</sup> Novellato in sede di conversione del d.l. 30 aprile 2022 n. 36.

<sup>16</sup> Sono i dati e le proiezioni elaborati dall'Osservatorio *Smart Working* del Politecnico di Milano, in [www.osservatori.net/it\\_it/osservatori/osservatori/smart-working](http://www.osservatori.net/it_it/osservatori/osservatori/smart-working).

iper-normato (art. 4, l. 16 giugno 1998 n. 191 e d.P.R. 8 marzo 1999 n. 70<sup>17</sup>), con tanto di “piano per l'utilizzo del telelavoro” (e responsabilità dirigenziale del *management* inadempiente nella predisposizione e pubblicizzazione, ex d.l. 18 ottobre 2012 n. 179, art. 9, co. 7).

*Ante* emergenza, i tentativi promozionali<sup>18</sup> di remotizzazione non avevano sortito effetto, tanto che i telelavoratori erano circa l'1 per mille della forza-lavoro pubblica, peraltro concentrati in sole quattro regioni (Emilia-Romagna, Lombardia, Piemonte, Toscana) e nelle due Province Autonome, le quali, da sole, assommavano più telelavoratori di Lombardia, Piemonte e Toscana messi insieme<sup>19</sup>. Per esse, il dato poteva spiegarsi soltanto guardando all'inserimento del telelavoro in una strategia di più ampio respiro, volta a favorire la permanenza di popolazione stabile nelle valli alpine, anche attraverso una regolamentazione più flessibile dell'istituto, ivi caratterizzato da un forte orientamento organizzativo del telelavoro verso la verifica del raggiungimento di obiettivi, con la possibilità di attivarlo anche per periodi limitati<sup>20</sup>, secondo le *best practices* internazionali<sup>21</sup>.

Né miglior esito avevano sortito la l. delega Madia, che apriva alla “sperimentazione, anche al fine di tutelare le cure parentali, di nuove modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa che permettano,

<sup>17</sup> GAETA, PASCUCCI, POTI (a cura di), *Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Il Sole 24 Ore, 1999.

<sup>18</sup> Sul tema delle tecniche di “promozione” del telelavoro si v. VISCOMI, *Il telelavoro e le pubbliche amministrazioni*, GAETA, PASCUCCI, POTI (a cura di), *op. cit.*, p. 13.

<sup>19</sup> ZOLI, *La riforma dei rapporti di lavoro pubblico nelle autonomie speciali*, in *LPA*, 1998, p. 1033 ss.

<sup>20</sup> Si v. il *Progetto TelePAT - Da sperimentazione a realtà organizzativa vincente*, in [www.provincia.tn.it/binary/pat\\_portale/infodipendenti/progetto\\_telepat\\_sviluppi.1419416886.pdf](http://www.provincia.tn.it/binary/pat_portale/infodipendenti/progetto_telepat_sviluppi.1419416886.pdf).

<sup>21</sup> Si veda ancora PENNA, *I numeri del telelavoro nel pubblico impiego. Il ricorso al telelavoro nella PA: entità e caratteristiche*, in <https://iris.enea.it/retrieve/dd11e37c-d7a5-5d97-e053-d805fe0a6f04/RT-2016-11-ENEA.pdf>, la quale rinvia ai casi della strategia messa in campo per promuovere il ricorso al telelavoro durante i *London Olympics* del 2012 (*2015 Telework Guidance As agreed by: CBI, TUC and CEEP UK*, in <http://web.archive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.berr.gov.uk/files/file27456.pdf>, in previsione dell'aumento di domanda di trasporto pubblico nella città nel periodo dei giochi. La risposta era stata significativa, con il 24 per cento persone che hanno cambiato abitudini lavorative per ridurre gli spostamenti casa-lavoro. Parimenti interessante il caso del 2010 *Telework Enhancement Act* dell'Amministrazione Obama (*USA Gov. Office of Personnel Management. 2013 Status of Telework in the Federal Government Report to the Congress*, in <https://www.telework.gov/reports-studies/reports-to-congress/2013reporttocongress.pdf>), con il quale il telelavoro è entrato nei piani delle Agenzie Federali.

entro tre anni, ad almeno il 10 per cento dei dipendenti, ove lo richiedano, di avvalersi di tali modalità, garantendo che i dipendenti che se ne avvalgono non subiscano penalizzazioni ai fini del riconoscimento di professionalità e della progressione di carriera” (l. 7 agosto 2015 n. 124, art. 14, co. 1)<sup>22</sup>.

Le “misure volte a favorire l’articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato” di cui al Capo II della l. 22 maggio 2017 n. 81 si sarebbero dovute applicare “in quanto compatibil[i], anche nei rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche”<sup>23</sup>, attraverso la mediazione di una direttiva, recante le “regole inerenti l’organizzazione del lavoro finalizzate a promuovere la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro dei dipendenti”<sup>24</sup>.

### 1.2. (Segue) b) durante e oltre la pandemia

Apparentemente, dunque, per la pubblica amministrazione la digidemia avrebbe rappresentato solo una “parentesi” di flessibilità nella organizzazione e nella prestazione di lavoro, *aperta* dal d.l. 23 febbraio 2020 n. 6 (convertito in l. 5 marzo 2020 n. 13), con l’obbligo di svolgere la prestazione in modalità agile tutte le attività che potessero essere effettuate a distanza a) prima, nelle cd. zone rosse; b) poi, dal 1° marzo 2020, ovunque e come “modalità normale della prestazione”. La parentesi si sarebbe *chiusa* quindi, il 15 ottobre 2021, allorché, come previsto dal d.P.C.M. 23 settembre 2021, il lavoro a distanza era stato indicato come modalità “non prevalente” nei Piani operativi del lavoro agile (cd. POLA) e, infine, nel Piano integrato di attività e organizzazione (cd. PIAO, *ex d.l.* 9 giugno 2021 n. 80, art. 6).

Tuttavia, all’esito della pandemia, quando la p.a. ha dovuto affrontare la cd. nuova normalità, non *tutto* e non *tutti* hanno trovato soluzione nelle categorie *pre-emergenziali*.

<sup>22</sup> SPINELLI, *Il lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni*, p. 128; SARTORI, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione*, p. 488, entrambe in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, 2018.

<sup>23</sup> TROILO, MENEGOTTO, *Il lavoro agile nella PA: mission impossible?*, in *Boll. ADAPT*, 7 febbraio 2016.

<sup>24</sup> TALAMO, *Diversamente agile? Lo Smart Work nelle pubbliche amministrazioni*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Il Jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2018, p. 257 ss., spec. 262.

Nonostante vi sia una ripresa dei concorsi, sono sempre meno i candidati che si presentano<sup>25</sup> e sempre più le rinunce all'assunzione<sup>26</sup>; i noti costi abitativi del Centro-Nord, dove si trova la maggior parte dei posti, pongono in estrema difficoltà i candidati provenienti da lontano o coloro i quali, comunque, dispongano di una abitazione eccessivamente distante.

Dopo l'ennesimo calo registrato, dal 2022, è finalmente cresciuto il numero dei dipendenti pubblici in Italia, seppure con un'alta incidenza di impiego a termine (che rappresenta oggi il 15% del personale). Invero, si tratta di limitate iniezioni di personale, essendo stato, invece, frequente il mutamento di *status* (attraverso l'ampio ricorso alle stabilizzazioni *post-pandemiche*<sup>27</sup>).

Sicché, le “nuove” assunzioni non abbattano nemmeno l'età media dei pubblici impiegati, ove gli *under 30* sono, in generale, meno del 4%, con punte negative del 2% per Ministeri, scuola e amministrazioni locali, in cui oltre un quarto del personale ha addirittura più di 60 anni. Entro il 2033, circa un milione di dipendenti pubblici sarà obbligato ad andare in pensione: se il *turnover* riguarderà in media un dipendente pubblico su tre, sarà quasi di uno su due in sanità, nella scuola e presso gli enti locali.

La sfida è, dunque, per una p.a. attrattiva delle migliori energie del Paese (e, auspicabilmente, allettante anche oltre i confini nazionali). In questa prova, ha certamente un peso la leva stipendiale, osservandosi una forbice dei redditi sempre più ampia rispetto al settore privato<sup>28</sup>. Ma gli studi mostrano come sia necessario puntare anche sui fattori che risultano essere i più graditi alle nuove generazioni: tra questi, la flessibilità del lavoro e il *work-life balance* risultano essere di gran lunga le caratteristiche maggiormente perseguite, se

<sup>25</sup> Secondo il report di FPA, *Lavoro pubblico 2023*, in *forumpa.it*, 16 maggio 2023, da inizio 2021 a giugno 2022 si sono presentati appena 40 candidati per ogni posto a bando, un quinto rispetto ai 200 del biennio precedente.

<sup>26</sup> FPA, *op. cit.*, ove si afferma che 2 vincitori su 10 hanno rinunciato al posto, con punte del 50% di rinunce per quelli a tempo determinato.

<sup>27</sup> TIMELLINI, *Le stabilizzazioni: doppio canale e ultime notizie*, in BOSCATI, ZILLI (a cura), *Il reclutamento nella P.A.: dall'emergenza alla nuova normalità*, I, Cedam, 2022, p. 283 ss.; con riferimento alla questione della sanità, ove si è concentrato il maggior numero di procedure di stabilizzazione, si v. ZAPPALÀ, *Il reclutamento in sanità: dalla “vecchia” normalità all'emergenza e ritorno*, in BOSCATI, ZILLI (a cura), *Il reclutamento nella P.A.*, cit., p. 311 ss.

<sup>28</sup> FPA, *op. cit.*, guardando al 2022, nell'istruzione e ricerca il privato offre un indice di 108,6 contro 104,7 del pubblico; parimenti nella sanità, ove l'indice del privato è 107,7, mentre nel pubblico resta a 105,5 e si biforca ulteriormente nelle posizioni dirigenziali.

non proprio quelle discreitive nella scelta e nel mantenimento dell'impiego<sup>29</sup>, con il lavoro agile eretto a simbolo del *carnet* delle flessibilità e degli incentivi *pro labor*.

Ci si deve ora chiedere se la pubblica amministrazione sia davvero ingessata nell'esercizio dei suoi poteri e se, come pare all'osservatore esterno superficiale, il datore di lavoro pubblico rappresenti un monolite inscalfibile e un modello negativo di esercizio delle prerogative datoriali, che lo rendono definitivamente non attrattivo.

Guardando di nuovo al lavoro agile, la diffusione *pre*-pandemica era stata trattenuta, in primo luogo, da questioni regolative. Da un lato, tenuto conto del ruolo del contratto collettivo pubblico, diveniva indispensabile il passaggio negoziale, agognato nel privato<sup>30</sup>, da svolgersi in attuazione dell'art. 40, co. 3-bis, d.lgs. 165/01, secondo cui "le pubbliche amministrazioni attivano autonomi livelli di contrattazione collettiva integrativa, nel rispetto dell'articolo 7, co. 5, e dei vincoli di bilancio risultanti dagli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione" ove "la contrattazione collettiva integrativa assicura adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici, incentivando l'impegno e la qualità della *performance*".

Dall'altro, la direttiva 3/17, di "adattamento" delle regole privatistiche alla p.a., rinviava all'autonomia degli enti per l'individuazione delle modalità innovative più adeguate: pertanto, a seconda della tipologia di amministrazione coinvolta, sarebbero dovuti intervenire i regolamenti<sup>31</sup>, ovvero quegli atti<sup>32</sup> di disciplina dell'organizzazione, degli uffici e dei servizi – volti anche a determinare criteri e priorità<sup>33</sup> nella trasformazione dei rapporti di lavoro

<sup>29</sup> Per tutti, v. ASSOLOMBARDA, *Giovani e lavoro*, 2023, in [www.assolombarda.it](http://www.assolombarda.it).

<sup>30</sup> TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – 335/2017.

<sup>31</sup> BOTTINO, *Brevi considerazioni sull'autonomia di organizzazione degli enti locali*, in NRL, 2008, p. 377; CAMARDA, *Autonomia organizzativa dell'Ente locale*, in NRL, 2007, 13-14, p. 1352; GROPPI, *Dalla legge n. 142 del 1990 al D.lgs. n. 29 del 1993: le fonti di autonomia in materia di organizzazione degli uffici dei Comuni e delle Province*, in RA, 1995, 8, p. 895.

<sup>32</sup> CAMARDA, ITALIA, *L'autonomia gestionale nel regolamento degli uffici e dei servizi*, in NRL, 2011, 2, p. 130; GENIALE, *Il regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi negli enti locali dopo la riforma Brunetta*, in RU, 2010, 2, p. 157; CAMARDA, *Il regolamento di organizzazione degli uffici e dei servizi pensato come strumento di gestione ed elaborato come ventaglio di opzioni*, in NRL, 2006, 14, p. 1875; SUSANNA, *Il personale degli enti locali dopo l'entrata in vigore del testo unico del 2000*, in RPEL, 2001, 1, p. 85.

<sup>33</sup> PAOLUCCI, *Principi in materia di organizzazione e gestione delle risorse umane*, in CARINCI

da *standard* ad *agile* – idonei a garantire parità di trattamento e non discriminazione nell'accesso al lavoro agile, così come nella carriera (art. 7, d.lgs. 165/01)<sup>34</sup>.

Ma, più di tutto, erano stati d'ostacolo la cultura premiante del “tempo trascorso in ufficio”, l'assenza di una programmazione delle attività per obiettivi e la mancanza di sistemi di valorizzazione delle risorse umane orientati a obiettivi di *performance*. Infatti, nonostante i meccanismi di valutazione del personale, previsti già *ex* d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150, molte pp.aa., anche attraverso una contrattazione collettiva compiacente, avevano eluso l'introduzione di sistemi idonei a premiare il risultato, anziché la presenza in sede e/o la mera anzianità nella qualifica<sup>35</sup>.

### 1.3. Input, output e outcome e output dell'azione amministrativa

Allorché si afferma che, in virtù della contrattualizzazione, la p.a. agisce “con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro” non si sostiene, ovviamente, che le regole siano o possano essere le stesse, ma che identico dovrebbe essere l'approccio, teso (non al profitto, ma) all'efficiente, efficace ed economica erogazione di servizi pubblici (art. 97 Cost.). In questi termini, l'approccio dovrebbe essere finalizzato e, per ciò stesso, misurato non solo nell'*input* (cioè, nelle risorse a disposizione, umane e materiali), ma anche nell'*output* (cioè, nella verifica sulla intelligente allocazione dei beni della produzione) e nell'*outcome* (cioè, nel risultato finale prodotto).

Vi è, però, una evidente sproporzione tra l'attenzione riservata al monitoraggio del *quantum* delle risorse impiegate, rispetto all'effetto di tale impiego.

Questo è icasticamente rappresentato nelle Relazioni della Corte dei Conti sul costo del lavoro pubblico, ove soltanto nella più recente (2020) si sottolinea che “il profilo dimensionale del costo del lavoro pubblico, pur ri-

E, ZOPPOLI L. (a cura di), *Commentario, Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, I, Utet, 2004, p. 219 ss.

<sup>34</sup> PERUZZI, *La tutela contro le discriminazioni nella pubblica amministrazione*, in BOSCATI (a cura di), *Il lavoro pubblico. Dalla contrattualizzazione al governo Draghi*, Maggioli, 2021, p. 601 ss.

<sup>35</sup> Per tutti, si v. le *Conclusioni* in BORDOGNA, BOSCATI, *La contrattazione integrativa nelle pubbliche amministrazioni italiane dopo i rinnovi dei contratti collettivi nazionali di comparto per il triennio 2016-2018 Rapporto finale*, 2022, in [www.aranagenzia.it](http://www.aranagenzia.it).

manendo il fulcro delle attività di indagine da parte della Corte, va affiancato all'esame di altri profili più strettamente connessi al miglior utilizzo e all'ottimizzazione delle risorse umane, migliorandone la produttività. In tale senso si dovranno approfondire anche le diverse modalità di organizzazione del lavoro, costrette ad inseguire repentini mutamenti degli assetti istituzionali o, come l'emergenza sanitaria in atto sta mostrando, esigenze imprevedute ed imprevedibili che implicano cambiamenti nella modalità con cui sono rese le prestazioni lavorative, con evidenti riflessi anche su tutte le leve tradizionalmente deputate alla gestione delle risorse umane nel loro complesso, con particolare riferimento a quegli istituti contrattuali che remunerano le prestazioni lavorative, sia sotto il profilo qualitativo che quantitativo<sup>36</sup> mentre, sino al precedente esercizio (2016), la produttività rappresentava un misterioso "nodo irrisolto"<sup>37</sup>.

Nel prosieguo, si proverà a indagare *se* e *come* il datore pubblico sia riuscito a collegare l'esercizio dei "nuovi" poteri, ricevuti attraverso la contrattualizzazione, maturando le capacità necessarie a tradurli in un risultato efficiente, efficace, economico.

Lo studio seguirà una ripartizione classica, che ripercorre l'impronta del Codice civile. Nell'affrontare i poteri datoriali, ci si concentrerà, dapprima, sul potere direttivo, qui ritenuto non solo lo snodo *primum* ma anche il più complesso: vuoi per l'*acquis* amministrativo che l'ha permeato e informato, vuoi per le connessioni tra legge e contratti, che ne hanno comportato la plurima riscrittura e riarticolazione.

Dal potere direttivo si muoverà, poi, all'obbligazione del lavoratore, che sarà osservata attraverso la lente del Codice di comportamento dei dipendenti pubblici: non che si dubiti della natura di scambio del contratto di lavoro (anche) pubblico<sup>38</sup>, ma le recenti modifiche inducono a sviluppare una riflessione sulla qualità della prestazione richiesta. Al contempo, si svolgeranno alcune considerazioni sulla necessaria rivisitazione del potere di controllo dopo la digidemia, nella proiezione virtuale dell'azione della p.a.

L'approdo all'indagine sul potere disciplinare cercherà di metterne in

<sup>36</sup> V. in Corte Conti, Sez. riunite in sede di controllo, *Relazione sul costo del lavoro pubblico 2020 - Delibera n. 13/SSRRCO/RCL/20* del 31 luglio 2020, in *corteconti.it*.

<sup>37</sup> V. in C. Conti, Sez. Riun. contr., *Relazione sul costo del lavoro pubblico 2016 - Delibera n. 8/2016/SSRRCO/RCL* del 7 giugno 2016, in *corteconti.it*.

<sup>38</sup> GARGIULO, *La prestazione lavorativa tra prescrizioni etiche e obblighi contrattuali. Fonti e contraddizioni nella delimitazione dell'area di debito del dipendente pubblico*, in *LPA*, 2014, I, p. 32.

luce le peculiari caratteristiche, ove, senza pretesa di entrare nel dettaglio regolativo autorevolmente svolto altrove<sup>39</sup>, si proverà a verifica se esso corrisponda allo strumento privatistico, ovvero quanto se ne sia distaccato.

Infine, si tenderanno alcune osservazioni conclusive e una minima proposta al di là dell'emergenza.

Sull'intera trattazione incombe la spada di Damocle della sterminata bibliografia di riferimento, non solo giuslavoristica, frammentata in riviste (anche interne all'amministrazione pubblica), trattati, monografie, raccolte di scritti e studi in onore dei Maestri della materia, rapporti tematici, indagini empiriche. Nella consapevolezza di non aver accesso all'intero scibile, si è optato per alcune segnalazioni imprescindibili e per la menzione di specifici passaggi, ritenuti utili al ragionamento.

## 2. *La professionalità e l'esercizio del potere direttivo*

Approcciando i poteri datoriali, la prima questione che si pone attiene all'esercizio del potere direttivo<sup>40</sup>, guardato dall'angolo della professionalità.

Il tema della professionalità applicato all'inquadramento non ha avuto vita facile nella disciplina del rapporto di lavoro pubblico, anche dopo la contrattualizzazione. Nel modello originario, il diritto alla qualifica era espresso dall'art. 31, d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3, ove si affermava che "l'impiegato ha diritto all'esercizio delle funzioni inerenti alla sua qualifica e non può essere privato del suo ufficio, tranne che nei casi previsti dalla legge. Può essere destinato a qualunque altra funzione purché corrispondente alla qualifica che riveste ed al ruolo cui appartiene. Quando speciali esigenze di servizio lo richiedano, l'impiegato può temporaneamente essere destinato a mansioni di altra qualifica della stessa carriera".

Con la prima privatizzazione, l'art. 56, d.lgs. 29/93 conservava la pregressa impostazione pubblicistica<sup>41</sup>, stabilendo che "il prestatore di lavoro

<sup>39</sup> Per tutti MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro pubblico e privato*. Art. 2106, in *Comm. Schlesinger*, 2002.

<sup>40</sup> Per una completa analisi FERRANTE, *Direzione e gerarchia nell'impesa (e nel lavoro pubblico privatizzato)*. Art. 2086, in *Comm. Schlesinger*, 2012.

<sup>41</sup> FERRANTE, *La nuova disciplina dell'inquadramento: profili individuali e collettivi*, in NAPOLI (a cura di), *Riforma del pubblico impiego ed efficienza della pubblica amministrazione*, Giappichelli, 1996, p. 145 ss.

deve essere adibito alle mansioni proprie della qualifica di appartenenza, nelle quali rientra comunque lo svolgimento di compiti complementari e strumentali al perseguimento degli obiettivi di lavoro”<sup>42</sup>. Sicché, a fianco della *factio* privatistica di apparente “applicazione” della disciplina codicistica sul lavoro privato *tout court* e, in particolare, dell’art. 2103 cod. civ. nella versione *post*-Statuto dei lavoratori<sup>43</sup>, la qualifica, intesa quale “modalità formale ed astratta di classificazione del personale, derivante da una pianta organica predefinita ed immodificabile con gli ordinari atti di gestione”<sup>44</sup>, conservava le caratteristiche di solido riferimento professionale.

Solo con la seconda fase della contrattualizzazione la p.a. ha accolto il concetto di equivalenza delle mansioni nella categoria di inquadramento, aprendo, così, la strada alla valorizzazione della professionalità del dipendente pubblico. L’art. 56, d.lgs. 29/93 (oggi trasfuso nell’art. 52, d.lgs. 165/01) ha introdotto, dunque, anche nel settore pubblico il principio per il quale “il prestatore di lavoro deve essere adibito alle *mansioni* per le quali è stato assunto”, facendo così emergere il concetto di equivalenza professionale, inteso come parametro definitorio dei poteri del datore di lavoro, nella prospettiva dello *ius variandi*, e di protezione della collocazione lavorativa del prestatore.

Il parametro dell’equivalenza non è, però, fattuale, quanto, invece, formale: si rinvia, infatti, alla contrattazione collettiva, ove diverse abilità sono riunite in una stessa area di inquadramento e accompagnate da una elencazione non tassativa di profili professionali. La scelta è stata certamente necessitata dall’esigenza di certezza per le pp.aa. rispetto a una giurisprudenza sempre ondivaga sul punto, quantomeno sino all’arresto del 2010<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> L’approccio legislativo degli artt. 56 e 56, d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29 risulta molto condizionato dalla giurisprudenza amministrativa del tempo e dalle regole presenti nell’art. 31 del t.u. 3/57 che non tiene in alcun conto le novità introdotte dallo Statuto, come dimostra l’inesistenza del riferimento all’equivalenza professionale e la possibilità di adibire l’impiegato a mansioni inferiori senza decurtazione della retribuzione. All’epoca i limiti delle due norme furono ben evidenziati da ALLEVA, *Lo ius variandi*, in CARINCI F. (diretto da) *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, 1995, p. 942 ss.

<sup>43</sup> Su cui v. amplissimo FIORILLO, *Tutela delle mansioni e professionalità: un bilancio dopo mezzo secolo*, in ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI L. (a cura di), *Mezzo secolo dallo statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica*, in QDLM, 2021, p. 221.

<sup>44</sup> FIORILLO, *La professionalità nel lavoro pubblico e le sfide del tempo presente*, in BOSCATI, ZILLI (a cura di), *La professionalità tra legge e contratti*, I, Cedam, 2023, p. 51 ss.

<sup>45</sup> Cass. Sez. Un. 11 maggio 2010 n. 11405, su cui per tutti BROLLO, VENDRAMIN, *Le mansioni del lavoratore: inquadramento e ius variandi. Mansioni, qualifiche, ius variandi*, in MARTONE (a

Il riflesso dell'evoluzione normativa è facilmente riscontrabile nei sistemi di classificazione del personale, disciplinati dai contratti collettivi che, già nel 1999 per il quadriennio 1998-2000, accoglievano un modello di cd. "ordinamento professionale a fasce larghe"<sup>46</sup>. L'opzione è per un contenitore giuridico ampio, ove la personalizzazione, a parità di inquadramento, è realizzata attraverso le c.d. *progressioni economiche* orizzontali, che premiano (o, quantomeno, dovrebbero premiare) il miglioramento della prestazione sul piano qualitativo. A essa si affianca l'attribuzione di *incarichi di posizione organizzativa* o per altre "responsabilità", conferiti sulla base delle necessità organizzative e funzionali dell'ente; la definizione dei *profili professionali*, che vanno a connotare i contenuti delle categorie o delle aree<sup>47</sup>.

Se, nel Comparto delle Funzioni locali, questo modello corrisponde grossomodo all'attuazione della l. 7 agosto 1990 n. 241, dando una connotazione caratteristica ai ruoli dell'istruttore, responsabile del procedimento e del provvedimento, nel Comparto della Sanità, spicca, invece, la questione dei profili professionali, che trovano la propria fonte istitutiva esclusivamente nella legge statale e la connotazione delle mansioni e responsabilità nella contrattazione.

Per lungo tempo, invero, la realtà fattuale è stata ben più *misera* dell'alto disegno proposto: il retaggio del passato, caratterizzato da automatismi di carriera, si è tradotto nella vestizione "a nuovo" del "vecchio", dissimulando anzianità e presenza come criteri da considerare, *ex multis*, per le progressioni, ma facendo, di fatto, ampissimo ricorso solo a essi. Altresì, i cd. bandi-fotografia sono stati lo strumento per la individuazione dei responsabili degli uffici e dei servizi, deresponsabilizzando dirigenti e amministratori sul punto. Infine, il nozionismo ha soppiantato la dimostrazione di competenze professionali, attraverso l'iper-valorizzazione dei titoli nelle sedi selettive.

Finalmente, in controtendenza rispetto al quadro poc'anzi illustrato, la tornata contrattuale 2016-2018 ha avviato un processo di rivitalizzazione della professionalità, complice forse anche il decennale blocco (concluso soltanto

cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, in PERSIANI, CARINCI F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, IV, tomo I, Cedam, 2012, p. 512 e ss.

<sup>46</sup> RICCOBONO, *Ordinamento professionale e mutamento di mansioni nel lavoro pubblico e privato: uno sguardo d'insieme*, in *LPA*, 2021, 4, p. 713 ss.

<sup>47</sup> ARAN, *Organizzazione e capitale umano: due questioni chiave per il rilancio del pubblico impiego*, *Occasional paper 4/2013*, consultabile in [www.aranagenzia.it/index.php/statistiche-e-pubblicazioni/](http://www.aranagenzia.it/index.php/statistiche-e-pubblicazioni/).

con la sentenza della C. Cost. 24 giugno 2015 n. 178), dopo il quale si è messo mano al sistema di classificazione del personale pubblico.

Alle Commissioni paritetiche sui sistemi di classificazione del personale, costituite in ogni Comparto, si è demandato il compito di riscrivere gli inquadramenti, valorizzando le professionalità che, per la loro specificità, necessitano di idonea regolamentazione e individuando gli strumenti più adatti allo sviluppo delle competenze professionali, con correlato apprezzamento sul piano delle carriere.

Purtroppo, la pandemia ha concentrato le energie sul reclutamento di nuovi operatori, viste anche le condizioni quali-quantitative in cui la p.a. ha affrontato l'emergenza<sup>48</sup>, e sulla salvaguardia della professionalità degli addetti<sup>49</sup>. Il rinnovamento è stato, dunque, rimandato *oltre* l'emergenza verso il c.d. *new normal* e ha trovato nella caratterizzazione dei nuovi “profili professionali” la propria nota distintiva.

Con l'art. 1, co. 1, d.l. 30 aprile 2022 n. 36 recante “ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza” è stato riscritto l'art. 6-ter, d.lgs. 165/01, introducendo la previsione di “profili professionali individuati dalla contrattazione collettiva, con particolare riguardo all'insieme di conoscenze, competenze e capacità del personale da assumere anche per sostenere la transizione digitale ed ecologica della pubblica amministrazione e relative anche a strumenti e tecniche di progettazione e partecipazione a bandi nazionali ed europei, nonché alla gestione dei relativi finanziamenti”<sup>50</sup>.

Per il Comparto delle Funzioni centrali, si tratta delle cd. famiglie professionali, che sembrano recuperare il concetto di professionalità dinamica<sup>51</sup>, ove le competenze, che caratterizzano la professionalità, non si esauriscono

<sup>48</sup> Sia consentito il rinvio a ZILLI, *Tra pandemia e venti di guerra: l'eterna emergenza della sanità*, in BOSCATI, ZILLI, *Il reclutamento nella P.A. Dall'emergenza alla nuova normalità*, II, 2022, p. 287 e ss.

<sup>49</sup> Lo mostra chiaramente il primo *Rapporto del Comitato scientifico per la valutazione dell'impatto delle riforme in materia di capitale umano pubblico*, 2022, in [www.funzionepubblica.gov.it/articolo/ministro/20-09-2022/Pnrr-primo-Rapporto-valutazione-riforme-pa](http://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/ministro/20-09-2022/Pnrr-primo-Rapporto-valutazione-riforme-pa), che stigmatizza “l'inadeguatezza dei sistemi di gestione delle risorse umane, incapaci di tenere alta la motivazione e di valorizzare l'apporto dei dipendenti più capaci e meritevoli”.

<sup>50</sup> MAINARDI, *Inquadramenti pubblici atto II. Appunti dai CCNL tra organizzazione e tutela della professionalità*, in BOSCATI, ZILLI (a cura di), *La professionalità tra legge e contratti*, cit., p. 93 ss.

<sup>51</sup> Secondo la felice intuizione di BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore*, Art. 2103, in *Comm. Schlesinger*, 1997.

nelle conoscenze di accesso o acquisite nel tempo, ma si arricchiscono costantemente, attraverso l'attitudine positiva del lavoratore nei confronti dell'amministrazione pubblica e la disponibilità ad assumere ruoli e funzioni diverse, che tengano conto anche delle qualità e inclinazioni personali.

L'adozione delle "Linee di indirizzo per l'individuazione dei nuovi fabbisogni professionali da parte delle amministrazioni pubbliche", adottate con d.m. 22 luglio 2022 (in G.U. il 14 settembre successivo), attua l'art. 6-ter cit., chiedendo di "spostare l'attenzione da cosa viene fatto (mansioni e attività) a come vengono svolti i compiti e a quali conoscenze, capacità tecniche e comportamentali – e di quale profondità e ampiezza – siano indispensabili al loro svolgimento ottimale". La previsione è che "con la necessaria gradualità" sia adottato "un cambio di paradigma, coniugando la programmazione dei fabbisogni di personale con un modello organizzativo volto a non concludere la descrizione del profilo all'assolvimento delle mansioni previste dalla posizione di lavoro che i dipendenti ricoprono al momento di ingresso nel pubblico impiego, bensì a riconoscerne e accompagnarne l'evoluzione, verso una caratterizzazione fondata sulla specificità dei saperi, sulla qualità della prestazione e sulla motivazione al servizio, elementi centrali – questi – anche nel disegnare carriere dinamiche per i più meritevoli e accrescere l'attrattività del lavoro pubblico, in una logica di *employer branding*"<sup>52</sup>.

La necessità di "innovare i tradizionali sistemi di amministrazione del personale verso strategie di gestione del pubblico impiego basate sulle competenze (i.e. *competency-based human resource management*)" si traduce nell'"obiettivo di identificare i mestieri e le competenze di cui le persone hanno bisogno per svolgerli in tutte le aree della realtà organizzativa, costruire un *framework* ed utilizzarlo come base per i processi di reclutamento, selezione, valutazione, premialità, formazione e sviluppo professionale".

La prima tappa che viene individuata è, dunque, la "revisione del sistema di classificazione del personale in seno alla stagione di contrattazione collettiva per il triennio 2019-2021, spinto dall'esigenza – sostenuta da un nuovo quadro di norme abilitanti per la piena riuscita delle sfide del PNRR – di procedere ad una descrizione dell'inquadramento del personale pubblico più

<sup>52</sup> Sulla questione D'ONGHIA, *La centralità della pianificazione dei fabbisogni e del sistema di reclutamento per una pubblica amministrazione efficiente*, in BOSCATI (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni: luci e ombre tra continuità e innovazione*, in VTDL, 2020, p. 1, qui spec. p. 73 ss.

aderente al nuovo corso della PA e ad una regolamentazione di alcuni istituti, tra cui il sistema delle carriere, che consenta di delineare un ordinamento professionale più moderno e maggiormente consono rispetto alle necessità delle pubbliche amministrazioni, con un approccio uniforme tra i vari comparti di contrattazione”.

Senza addentrarsi nella questione dell’inquadramento, i ccnl *post* pandemici<sup>53</sup> dispongono il nuovo sistema di classificazione del personale secondo “criteri di flessibilità funzionali alle esigenze proprie dei differenti modelli organizzativi aziendali e il sistema degli incarichi rappresenta un elemento essenziale dell’ordinamento professionale previsto dal ccnl” in cui le aree sono individuate mediante le declaratorie, le quali “descrivono l’insieme dei requisiti indispensabili per l’inquadramento in ciascuna di esse. Le stesse corrispondono a livelli omogenei di competenze professionali necessarie all’espletamento di una vasta e diversificata gamma di attività lavorative”. Per ciascuna area, sono individuati i profili professionali “da intendersi come insiemi omogenei più specifici delle competenze professionali proprie dell’area”.

Si noti come le famiglie professionali vengano definite dalla contrattazione integrativa nel comparto delle Funzioni centrali, mentre, nelle Funzioni locali, sono gli enti che, unilateralmente, costruiscono i profili professionali. Le peculiarità del contesto della Sanità, ove come cennato è la legge statale a definire le professioni mediche e sanitarie, comprimono sia le prerogative datoriali, sia l’ambito negoziale: la determinazione delle mansioni effettivamente esigibili dal lavoratore viene sì operata dal dirigente, che assegna il lavoratore a un impiego, attribuendo compiti e responsabilità, ma sempre tenendo conto della infungibilità dei profili professionali per i ruoli sanitario e sociosanitario. Pertanto, sia le “famiglie”, sia i profili individuati *ex lege* (statale) sono contenitori di professionalità e concorrono a definire le capacità, competenze e abilità necessarie per svolgere determinate attività.

Si può dire, dunque, che di regola il nodo della definizione delle mansioni si allenta e trova soluzione nella contrattazione, ma, per la Sanità, quel nodo si stringe e, come drammaticamente espresso durante l’emergenza, necessita di un taglio.

Lo sviluppo della professionalità avviene anche all’interno dell’ente, per

<sup>53</sup> Ccnl Funzioni Centrali 9 maggio 2022; ccnl Sanità 3 novembre 2022; ccnl Funzioni Locali 16 novembre 2022; ccnl Istruzione e ricerca, Preintesa del 14 luglio 2023.

progressione tra le aree, secondo quanto attualmente previsto dall'art. 52, d.lgs. 165/01 ove si dispone che il dipendente pubblico possa essere assegnato (non solo alle mansioni per le quali è stato assunto o quelle che risultano equivalenti alla luce delle previsioni della contrattazione collettiva ma anche) “a quelle corrispondenti alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto delle procedure selettive di cui all'articolo 35, co. 1, lettera a)”. Si tratta di concorsi, eventualmente con riserva (fino al 50% dei posti) che “avvengono tramite procedura comparativa basata sulla valutazione positiva conseguita dal dipendente negli ultimi tre anni in servizio, sull'assenza di provvedimenti disciplinari, sul possesso di titoli o competenze professionali ovvero di studio ulteriori rispetto a quelli previsti per l'accesso all'area dall'esterno, nonché sul numero e sulla tipologia degli incarichi rivestiti”.

La previsione è, oggi, il compromesso tra la valorizzazione delle *competenze* e dell'esperienza acquisita sul campo, ovviamente che caratterizza il personale interno e attempato, e il possesso di *titoli* di studio e formativi più elevati, spesso appannaggio dei più giovani. Si tratta di una soluzione assai discutibile, soprattutto ove la si guardi dal punto di vista delle giovani generazioni e della loro (lunga, impegnativa e, spesso, costosa) qualificazione<sup>54</sup>.

La valorizzazione del personale interno dovrebbe, invero, realizzarsi attraverso le progressioni cd. orizzontali tra posizioni economiche all'interno dell'area, da realizzare “secondo principi di selettività, in funzione delle qualità culturali e professionali, dell'attività svolta e dei risultati conseguiti, attraverso l'attribuzione di fasce di merito” (art. 52, co. 1-bis, d.lgs. 165/01, come inserito dal d.lgs. 150/09). Ma la consapevolezza che si tratti (o, almeno, che si sia trattato<sup>55</sup>) di scivolamenti verso l'alto, con progressioni non selettive, ha indotto la tornata contrattuale 2019-2021 a parlare (non più di merito, ma) di “differenziali economici di professionalità”, che vengono corrisposti “al fine di remunerare il maggior grado di competenza professionale progressivamente acquisito dai dipendenti, nello svolgimento delle attribuzioni proprie dell'area, (...) da intendersi come incrementi stabili del trattamento economico” (es. art. 19, ccnl Sanità 2022).

Il nuovo modello pare idoneo a sciogliere il *nodo* del “mansionismo”,

<sup>54</sup> La questione andrebbe affrontata nell'ottica del *Diversity management*, come si è provato a introdurre in ZILLI, “Non ho l'età”: *ageismo e gestione delle (diversità e) generazioni nel lavoro privato e pubblico*, in ZILLI (a cura di), *La discriminazione per età*, in *VTDL*, 2023, 2, p. 327 ss.

<sup>55</sup> Così C. Conti, Sez. Riun. contr. delibera 18 maggio 2018 in sede di certificazione del ccnl per le Funzioni Locali.

evitando di collegare l'esigibilità delle mansioni alla storia professionale personale del prestatore, la quale trova un riconoscimento nello stabile miglioramento della posizione. Rimangono zone d'ombra, che nemmeno la tornata contrattuale ha illuminato e che, anzi, la giurisprudenza continua a tingere di toni cupi, in tema di mansioni superiori.

Residuano, però, prassi negative, che si concentrano al di fuori della contrattualizzazione, sulla cd. macro-organizzazione<sup>56</sup>. Anziché revocare gli incaricati che non abbiano dato buona prova di sé, ovvero che non abbiano soddisfatto le aspettative, la p.a. spesso ricorre alla modifica della struttura amministrativa, in cui le posizioni di responsabilità vengono riscritte anziché revocate ai singoli inadempienti o semplicemente inadatti.

Anche al di là della patologia, la p.a. si avvale spesso di strumenti diversi per raggiungere lo stesso obiettivo organizzativo, ma a costi inferiori.

Non vi è *de facto* differenza di ruolo e mansioni tra l'incaricato nella sua pienezza e il dirigente cd. facente funzioni, benché il contratto collettivo abbia disciplinato la posizione interinale, in modo che questa non si configuri come esercizio di mansioni superiori (art. 22, ccnl 2019 Area Sanità).

Parimenti, osservando le Funzioni locali, non si comprende quale distinguo possa compiersi tra le attribuzioni del titolare di posizione organizzativa, a cui siano conferiti i poteri degli artt. 109 e 110 tuel, nell'ente privo senza dirigenza e il ruolo del dirigente in un ente strutturato. Anzi, paradossalmente, il primo svolge compiti ben più complessi del secondo, il quale può, altresì, valersi di una idonea struttura.

Se il nodo del mansionismo può dirsi sciolto, diversamente si deve osservare quanto al potere di nomina e revoca degli incarichi, dove la p.a. rinuncia all'esercizio del potere direttivo, per rifugiarsi nella continua ri-definizione (*ad personam*, o *contram*) della struttura dell'ente.

<sup>56</sup> Gli atti organizzativi mediante i quali ciascuna amministrazione disegna le linee fondamentali di organizzazione degli uffici, individua gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi e determina le dotazioni organiche complessive: art. 2, co. 1, del medesimo d.lgs. 165/01 rimangono pur sempre attratti alla cognizione del giudice ordinario, essendo in tal caso consentita a tale giudice la possibilità di disapplicare detti atti, ex art. 63, d.lgs. 165/01.

3. *L'esercizio del potere di controllo e il quomodo della prestazione di lavoro del pubblico dipendente*

Rimanendo concentrati sulla p.a. *oltre* la digidemia, non può sfuggire la rivisitazione del Codice di comportamento dei dipendenti pubblici, che individua i doveri minimi di diligenza, lealtà, imparzialità e buona condotta che i pubblici dipendenti sono tenuti ad osservare, quale attuazione dei precetti costituzionali (artt. 28, 97 e 98). Adottato per “assicurare la qualità dei servizi, la prevenzione dei fenomeni di corruzione, il rispetto dei doveri costituzionali di diligenza, lealtà, imparzialità e servizio esclusivo alla cura dell’interesse pubblico”, anche attraverso l’adattamento e specificazione in sede locale, il Codice, previsto dall’art. 54, d.lgs. 165/01, accoglie oggi due passaggi particolarmente significativi, introdotti dalla recente novella estiva, *ex d.P.R.* 13 giugno 2023 n. 81 (in vigore dal 14 luglio 2023).

La prima questione riguarda la p.a. nella sua proiezione informatico-digitale. Gli artt. 11-*bis* e 11-*ter*, d.P.R. 16 aprile 2013 n. 62 si concentrano sul corretto utilizzo delle tecnologie informatiche e dei mezzi di informazione e *social media* da parte dei dipendenti pubblici, anche al fine di tutelare l’immagine della pubblica amministrazione.

La novella dell’art. 11-*bis* esprime la riflessione della p.a. dopo l’esperienza dell’agilità, ove la richiesta di utilizzo di attrezzature e connessione personali avevano determinato più di qualche dubbio, sia dal lato dei prestatori, sia da quello delle amministrazioni, trovando, su ambe le sponde, favorevoli e contrari all’interazione così costruita.

Si osservi, dapprima, la questione dei *mezzi*. Si deve rammentare che già l’articolo 12, co. 3-*bis*, d.lgs. 7 marzo 2005 n. 82 (CAD), come modificato d.lgs. 26 agosto 2016 n. 179, invitava le pp.aa. a “favori[re] l’uso da parte dei lavoratori di dispositivi elettronici personali o, se di proprietà dei predetti soggetti, personalizzabili, al fine di ottimizzare la prestazione lavorativa, nel rispetto delle condizioni di sicurezza nell’utilizzo”. In tali ipotesi “nel rispetto della disciplina in materia di trattamento dei dati personali” le pp.aa. venivano onerate dell’adozione di “ogni misura atta a garantire la sicurezza e la protezione delle informazioni e dei dati, tenendo conto delle migliori pratiche e degli standard nazionali, europei e internazionali per la protezione delle proprie reti, nonché, a *condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione*, sull’uso sicuro dei dispositivi, anche attraverso la diffusione di apposite linee guida, e disciplinando, tra l’altro l’uso di *webcam* e microfoni, *previa informa-*

zione alle organizzazioni sindacali” (n.d.a.: in corsivo mio, le modifiche introdotte nel 2016).

La riscrittura dell’art. 11-*bis* contempla l’espressa previsione della facoltà, per la pp.aa., di svolgere “accertamenti necessari e adottare ogni misura atta a garantire la sicurezza e la protezione dei sistemi informatici, delle informazioni e dei dati”. Le modalità di svolgimento di tali accertamenti sono stabilite mediante “linee guida adottate dall’Agenzia per l’Italia Digitale, sentito il Garante per la protezione dei dati personali”, in parallelo all’art. 4, St. lav. (come riscritto ex d.lgs. 14 settembre 2015 n. 151).

Altresì, risolve, finalmente, la vicenda dell’utilizzo degli “strumenti informatici forniti dall’amministrazione per poter assolvere alle incombenze personali senza doversi allontanare dalla sede di servizio, purché l’attività sia contenuta in tempi ristretti e senza alcun pregiudizio per i compiti istituzionali” che tante questioni avevano posto, anche in sede penale (art. 11-*bis*, co. 4, d.P.R. 62/13).

Il secondo aspetto concerne l’utilizzo dell’*account* istituzionale di posta elettronica, che “è consentito per i soli fini connessi all’attività lavorativa o ad essa riconducibili e non può in alcun modo compromettere la sicurezza o la reputazione dell’amministrazione”; per converso “l’utilizzo di caselle di posta elettronica *personali* è di norma evitato per attività o comunicazioni afferenti il servizio”.

Oltre a vietare “l’invio di messaggi di posta elettronica, all’interno o all’esterno dell’amministrazione, che siano oltraggiosi, discriminatori o che possano essere in qualunque modo fonte di responsabilità dell’amministrazione”, la nuova disciplina limita anche l’esposizione *social* del personale, prevedendo che “nell’utilizzo dei propri *account* di *social media* (n.d.a.: così, in inglese, nel testo) il dipendente utilizza ogni cautela affinché le proprie opinioni o i propri giudizi su eventi, cose o persone, non siano in alcun modo attribuibili direttamente alla pubblica amministrazione di appartenenza” astenendosi, altresì, “da qualsiasi intervento o commento che possa nuocere al prestigio, al decoro o all’immagine dell’amministrazione di appartenenza o della pubblica amministrazione in generale” (nuovo art. 11-*ter*, d.P.R. 62/13).

Sono fatte salve le “*social media policy* per ciascuna tipologia di piattaforma digitale” (n.d.a.: così, in inglese, nel testo) adottate in sede locale, al fine di adeguare le previsioni generali alle proprie specificità. Sulla questione del dettaglio “locale” si tornerà tra poco.

Vale la pena di segnalare anche la rinnovata attenzione per la tutela del-

l'immagine dell'amministrazione, che rappresenta un elemento fondamentale, nella consapevolezza che non basti una p.a. che si comporti correttamente, essendo anche necessario che essa così appaia.

Il novellato art. 12, d.P.R. 62/13, oltre a ribadire che il personale “opera con spirito di servizio, correttezza, cortesia e disponibilità e, nel rispondere alla corrispondenza, a chiamate telefoniche e ai messaggi di posta elettronica, opera nella maniera più completa e accurata possibile” sottolinea la necessità di orientare “il proprio comportamento alla soddisfazione dell'utente” a salvaguardia del prestigio, decoro e immagine dell'amministrazione di appartenenza, o della pubblica amministrazione in generale.

La richiesta di essere “come vi piace” rappresenta un significativo tassello, rispetto alla lettura degli obblighi del prestatore di lavoro alle dipendenze della p.a.

La questione della *customer satisfaction* non è affatto nuova, anzi: l'art.12, d.lgs. 29/93 e la dir.P.C.M. del 27 gennaio 1994 in tema di “principi sull'erogazione dei servizi pubblici” individuavano la metodologia della partecipazione e dell'ascolto dei cittadini quali strumenti utili, per valutare la qualità e l'efficacia degli interventi della pubblica amministrazione.

La successiva “Direttiva sulla rilevazione della qualità percepita dai cittadini” del 24 marzo 2004 si premurava di specificare come la rilevazione della soddisfazione dell'utenza non dovesse essere considerata “una misura dell'adeguatezza del personale e dei servizi a diretto contatto con l'utente, in quanto misura la capacità di tutta l'organizzazione di generare valore per il cittadino e riguarda tutti gli aspetti del servizio (tecnici, relazionali, ambientali, di immagine, economici, organizzativi)”.

La novità è, dunque, duplice: si trasmuta dal servizio al *singolo prestatore* la *customer satisfaction*, la quale rientra nei doveri di comportamento del dipendente, la cui violazione è sanzionabile (su cui v. anche *oltre*). Questa previsione consente una riflessione sulla portata degli obblighi del prestatore, che trova nella valorizzazione del cd. comportamento organizzativo un tratto distintivo delle recenti riforme, anche ai fini delle progressioni di carriera.

Le questioni relative al cd. scarso rendimento<sup>57</sup>, le polemiche sui nullafacenti, poi asseritamente fannulloni, i cd. tornelli d'ingresso agli uffici pubblici per colpire i cd. furbetti del cartellino, la categorizzazione obbligatoria

<sup>57</sup> MONDA, *Rendimento esigibile, performance e licenziamento individuale: le peculiarità del lavoro pubblico*, in *DRI*, 2020, p. 799.

del personale per fasce di merito (ovvero, di minor demerito...) sembrano appartenere a un tempo remoto.

La necessità dei controlli ossessivi sulla assiduità della prestazione e sulla presenza del lavoratore, idealmente sintetizzati dal d.m. 17 ottobre 2017 n. 206, recante il Regolamento per “lo svolgimento delle visite fiscali e per l'accertamento delle assenze dal servizio per malattia, nonché l'individuazione delle fasce orarie di reperibilità, ai sensi dell'articolo 55-*septies*, co. 5-*bis*, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165” è stato recentemente demolita dalla giurisprudenza, dovendo la “tutela sancita dalla Carta costituzionale dall'art. 32” realizzarsi attraverso il superamento dell'“idea che per il settore pubblico servano controlli rafforzati”<sup>58</sup>.

L'augmentato interesse per la qualità della prestazione, a discapito dei controlli, si riflette, altresì, nella previsione per cui “il dirigente cura, compatibilmente con le risorse disponibili, il benessere organizzativo nella struttura a cui è preposto, favorendo l'instaurarsi di rapporti cordiali e rispettosi tra i collaboratori, nonché di relazioni, interne ed esterne alla struttura, basate su una leale collaborazione e su una reciproca fiducia e assume iniziative finalizzate alla circolazione delle informazioni, all'inclusione e alla valorizzazione delle differenze di genere, di età e di condizioni personali” misurando “il raggiungimento dei risultati ed il comportamento organizzativo” da realizzare anche con “cicli formativi sui temi dell'etica pubblica e sul comportamento etico, da svolgersi obbligatoriamente, sia a seguito di assunzione, sia in ogni caso di passaggio a ruoli o a funzioni superiori, nonché di trasferimento del personale, le cui durata e intensità sono proporzionate al grado di responsabilità” (nuovo art. 15, co. 5-*bis*, d.P.R. 62/13, come introdotto dall'1, d.P.R. 81/23).

Si tratta di un approccio ben diverso rispetto al passato, ove si consideri che, *prima e durante* la pandemia, la p.a. si è preoccupata principalmente della rilevazione della presenza del prestatore (in ufficio, al terminale, ovvero a casa, se ammalato) e della salvaguardia dei dati maneggiati, mentre ora il discorso si è spostato su fiducia, inclusione, circolazione delle informazioni (i.e., trasparenza), etica pubblica e comportamento etico.

L'esercizio del potere di controllo ha subito un vero e proprio *choc* durante l'emergenza, ove, di fronte alla difficoltà di monitoraggio della quantità,

<sup>58</sup> Tar Lazio 3 novembre 2023 n. 16305.

si è optato per l'attivazione di livelli locali di responsabilità nell'erogazione del servizio pubblico.

L'esempio più eclatante è stato forse il *lock down* scolastico, che ha imposto l'attivazione di modalità di didattica a distanza (d.P.C.M. dell'8 marzo 2020), con la conseguente, imponente, domiciliarizzazione delle prestazioni di una vastissima numerosità di docenti (genitori) e studenti (figli). Rispetto a tale situazione, il Ministero dell'Istruzione ha emanato una nota (del 17 marzo 2020), onerando le singole istituzioni della scelta e alla regolamentazione degli strumenti più utili per la realizzazione della cd. teledidattica. Non si è discusso di debito orario o di connessione per un numero predeterminato di ore, ma di erogazione del servizio pubblico e della prestazione, attraverso forme non predeterminate.

Se, durante l'emergenza, la p.a. ha saputo mostrare eccezionali capacità di reazione, anche attraverso la riorganizzazione delle attività in tempi relativamente veloci e con una certa efficacia, ora si tratta di cogliere tale esperienza per una rivisitazione del *modus operandi* della pubblica amministrazione, che metta a sistema la valorizzazione dell'attività in termini qualitativi.

Sul punto, pare potersi osservare come la devoluzione in sede locale delle decisioni abbia avuto l'effetto di responsabilizzare la dirigenza e il personale. D'un tanto si potrebbe tener conto nella attuale riscrittura dei Codici di comportamento di amministrazione, per l'aggiornamento della determinazione degli obblighi del prestatore.

#### 4. *L'esito: l'indagine sul potere disciplinare*

Ci si deve ora chiedere quali esiti potrà avere la rivisitazione del potere direttivo e di controllo, in ordine all'esercizio del potere disciplinare. Di esso, devono, anzitutto, evidenziarsi le plurime *compressioni*. In primo luogo, si tratta di un potere *a esercizio sostanzialmente obbligatorio* con “sanzioni da mancata sanzione”<sup>59</sup> per i dirigenti che vi si sottraggano<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> QUARANTA, *Illeciti rilevanti e tipologia di sanzioni*, in ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L., *La riforma del lavoro pubblico*, Giappichelli, 2018, p. 233; BIASI, *Le fonti e i presupposti*, in BOSCATI (a cura di), *Il lavoro pubblico dalla contrattualizzazione al Governo Draghi*, Maggioli, 2021, p. 723.

<sup>60</sup> Si v. BORGOGELLI, *Le prerogative del datore di lavoro pubblico: l'eloquente caso delle sanzioni disciplinari*, in *DLM*, 2021, p. 183 ss.

Altresì, si tratta di un potere *ripartito* tra ipotesi legali e contrattuali, tanto che si è discusso di una temuta “surrettizia decontrattualizzazione”<sup>61</sup>, a seguito dell’attrazione di alcune fattispecie tipizzate nella legge, *ex* riforma c.d. Brunetta.

Ma, soprattutto, il potere disciplinare della p.a. incide sull’unica tipologia di rapporto ancora veramente stabile<sup>62</sup>, in ordine al regime delle tutele vigenti, per i casi di sanzioni e/o recesso invalidi.

In questo tratto caratterizzante pare risiedere la *cifra* che contraddistingue oggi l’esercizio del potere disciplinare, il quale – solo per il lavoro pubblico – trova sviluppo nell’ambito di una relazione estremamente resistente, esito dell’accesso tramite concorso, che funge da filtro a maglie *strette*, oltre che *costose*. Poiché l’inserimento nei ranghi della p.a. è lungo, complesso e difficile, muovendo da una determinazione pubblicistica (anche vincolata a precisi parametri numerici e di sostenibilità finanziaria) ogni relazione di impiego diventa indispensabile, pressoché insostituibile, eccezionalmente rimpiazzabile, ma a fronte di sacrifici per l’intera struttura e rischi (anche contabili) per chi vi dia corso.

Altresì, debbono essere considerate alcune “doppie punizioni” che, anziché svolgere una funzione deterrente, finiscono per scoraggiare l’esercizio del potere disciplinare.

Il primo esempio è rappresentato dal sistema scolastico e definito dal d.lgs. 16 aprile 1994 n. 297. In virtù del “Testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado” la sospensione dall’insegnamento o dall’ufficio “fino a un mese”<sup>63</sup> comporta il ritardo di un anno nell’attribuzione dell’aumento periodico dello stipendio. Si tratta di una sanzione che raddoppia se la sospensione va da uno a tre mesi e triplica se la durata dell’allontanamento supera i tre mesi<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> GARGIULO, *op. cit.*, p. 32.

<sup>62</sup> LUCIANI, *La stabilità del dipendente pubblico: un “mito” che non conosce crisi*, in AA.VV., *Il contributo di Mario Rusciano all’evoluzione tecnica del diritto del lavoro. Studi in onore*, Giappichelli, 2013, p. 74.

<sup>63</sup> *Ex* art. 494, d.lgs. 297/94, la sospensione dall’insegnamento o dall’ufficio fino a un mese viene inflitta “a) per atti non conformi alle responsabilità, ai doveri e alla correttezza inerenti alla funzione o per gravi negligenze in servizio; b) per violazione del segreto d’ufficio inerente ad atti o attività non soggetti a pubblicità; c) per avere omesso di compiere gli atti dovuti in relazione ai doveri di vigilanza”.

<sup>64</sup> *Ex* art. 495, d.lgs. 297/94, la sospensione dall’insegnamento o dall’ufficio da oltre un mese a sei mesi è inflitta: “a) nei casi previsti dall’articolo 494 qualora le infrazioni abbiano ca-

Inoltre, per un biennio dalla data in cui è irrogata la sospensione da uno a tre mesi o per un triennio, se la sospensione è superiore a tre mesi, il personale direttivo e docente non può ottenere il passaggio anticipato a classi superiori di stipendio; non può altresì partecipare a concorsi per l'accesso a carriera superiore. Da ultimo, il servizio prestato nell'anno non viene valutato ai fini della progressione economica e dell'anzianità richiesta per l'ammissione ai concorsi direttivo e ispettivo nei confronti del personale che abbia riportato in quell'anno una sanzione disciplinare superiore alla censura, salvo i maggiori effetti della sanzione irrogata.

Questo esempio spiega l'affezione alla sanzione della censura, che non comporta alcun effetto collaterale, rimanendo confinata alla punizione disciplinare.

Lo stesso perverso effetto riguarda l'ostacolo alla mobilità volontaria tra enti, rappresentato dall'essere, il lavoratore, stato destinatario di una sanzione disciplinare. Di regola, non viene preso in considerazione chi abbia subito, nell'ultimo biennio o triennio, una condanna di gravità superiore alla censura.

Queste previsioni inducono le pp.aa., che vogliono *liberarsi* di un dipendente *sgradito*, ovvero il cui comportamento organizzativo non sia adeguato alla struttura in cui è inserito, a non sanzionarlo disciplinarmente, pena il suo prolungato, non voluto, trattenimento.

Altresì, quando il prestatore sia sottoposto a un procedimento disciplinare, esso prosegue presso la p.a. cessionaria, che subentra nell'esercizio del potere disciplinare per fatti accaduti presso l'ente di provenienza. La regola vorrebbe evitare fughe compiacenti verso migliori approdi: invero, essa ha l'effetto di congelare la posizione del prestatore sino alla definizione della questione, con gli effetti sopra cennati, in ordine all'esercizio "al ribasso" dell'azione disciplinare, per soddisfare, almeno formalmente, il precetto della sua obbligatorietà.

Infine, il cerchio si chiude osservando l'art. 55, d.lgs. 165/01, come modificato dall'art. 68, d.lgs. 150/09, ove si prevede che la contrattazione collettiva non possa istituire procedure di impugnazione dei provvedimenti disciplinari e che i contratti collettivi possano introdurre procedure di con-

rattere di particolare gravità; b) per uso dell'impiego ai fini di interesse personale; c) per atti in violazione dei propri doveri che pregiudichino il regolare funzionamento della scuola e per concorso negli stessi atti; d) per abuso di autorità".

ciliazione non obbligatoria da instaurarsi e concludersi entro un termine non superiore a 30 giorni dalla contestazione dell'addebito e, comunque, prima dell'irrogazione della sanzione (art. 55, co. 3, d.lgs. 165/01). Si noti che, in tutti i casi, sono escluse le ipotesi per le quali è prevista la sanzione disciplinare del licenziamento.

La sanzione, concordemente determinata all'esito della procedura di conciliazione, non potrà, infine, essere di *specie* diversa da quella prevista (dalla legge o dal contratto collettivo) per l'infrazione per la quale si procede.

Osservando l'impiego privato, l'immagine dell'esercizio del potere disciplinare nello Statuto dei Lavoratori ricorda la tecnica giapponese del *Kintsugi* o *Kintsukuroi* (letteralmente, "riparare con l'oro"), che consiste nell'incollare i frammenti dell'oggetto rotto ed evidenziare le crepe con polvere preziosa, a memoria di ciò che è accaduto ma con la possibilità di recuperare un oggetto funzionante.

Diversamente, la raffigurazione che meglio sembra descrivere ciò che accade nella pubblica amministrazione è la fragorosa frantumazione del cristallo, la cui integrità non può mai essere ricostituita. Per evitare l'incrinatura irrimediabile, la p.a. adotta due alternative: il (raro) *tutto*, con il recesso, o il (frequente) *nulla*, con la pallida censura, idonea a salvare il dirigente dall'accusa di omissione e parimenti adeguata a non scontentare nessuno.

##### 5. *Un passo avanti, un salto in alto: organizzazione e trasparenza nella p.a.*

La digidemia coincide, temporalmente, con il recepimento delle regole in materia di trasparenza, che rappresentano, oggi, un possente vincolo per l'esercizio del potere organizzativo datoriale<sup>65</sup>. Ci si deve chiedere se e in quale misura la p.a. sia coinvolta dall'impatto delle novità.

Invero, la trasparenza era stata primariamente adottata quale mezzo per attuare il principio di buon andamento e imparzialità della p.a. – interno ed esterno – con il corollario del valore meritocratico della selezione (art. 97 Cost.); parimenti, essa è funzionale a che emerga come i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione, oltre gli interessi di parte (art. 98 Cost.), adempiendo alle funzioni pubbliche con disciplina e onore (art. 54

<sup>65</sup> Per tutti, BROLLO, *Le dimensioni spazio-temporali dei lavori. Il rapporto individuale di lavoro*, AIDLaSS - Giornate di Studio Campobasso, 25-26 maggio 2023.

Cost), rispondendo del proprio operato (art. 28 Cost.)<sup>66</sup>. Essa è “principio del patrimonio costituzionale comune dei Paesi europei”<sup>67</sup> e, oggi, diviene regola “dove un superiore interesse pubblico non imponga un segreto momentaneo” con la realizzazione della “casa di vetro”<sup>68</sup> pienamente accessibile alla collettività. L’approdo è una trasparenza “a virtualità multipla”<sup>69</sup>, in cui il principio cristallino è *mezzo* per realizzare gli obiettivi dell’amministrazione e, allo stesso tempo, *fine* dell’amministrazione stessa, in quanto rappresenta un suo indispensabile modo di essere.

Il riconoscimento della trasparenza come principio generale dell’ordinamento (art. 1, l. 241/90, novellata nel 2005) si accompagna all’assunzione di essa come livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche (art. 11, d.lgs. n. 150/09; art. 1, co. 2, d.lgs. 4 marzo 2013 n. 33).

Nel lungo dibattito parlamentare, che ha portato all’enucleazione della locuzione, l’aspetto più dibattuto ha riguardato il riferimento alla “essenzialità” delle prestazioni, che possono essere collocate in una sorta di *climax* tra il concetto di “minimo”, legato alla dimensione finanziaria<sup>70</sup>; quello di “garantito”, correlato alla dimensione politica, e quello di “essenziale” volto a individuare i principi del sistema<sup>71</sup>.

In tal modo, si evidenzia come il principio della trasparenza vada oltre l’accessibilità e la pubblicità: elevato a strumento del procedimento e dell’organizzazione, diviene istituto fondamentale di democrazia amministra-

<sup>66</sup> Nell’impossibilità di dar conto degli innumerevoli studi, si v. almeno, quali scritti generali: AMORTH, *La Costituzione italiana: commento sistematico*, Giuffrè, 1948; CALAMANDREI, LEVI (diretto da), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, G. Barbera Editore, 1950; FALZONE, PALERMO, CASENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana: illustrata con i lavoratori preparatori e corredata da note e riferimenti*, Casa Editrice Colombo, 1976; *Comm. Branca*, 1978; FAGIOLO, *La Costituzione della Repubblica Italiana: l’iter parlamentare articolo per articolo*, Logos, 1992; PERLINGIERI P. (a cura di), *Commento alla Costituzione italiana*, ESI, 2001; BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, 2006; CRISAFULLI (con la collaborazione di AMBROSIO), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, 2008. Sul processo di emersione del principio di trasparenza SALERNO, *Verso un’amministrazione trasparente: principio costituzionali e regole legislative*, in GSC, 2016, 31, p. 97; CARLONI, *Il paradigma trasparenza. Amministrazioni, informazione, democrazia*, il Mulino, 2022.

<sup>67</sup> C. Cost. 12 maggio 2016 n. 104, in *FI*, 2016, c. 2298.

<sup>68</sup> TURATI, *Atti del Parlamento italiano, Camera dei deputati*, 17 giugno 1908.

<sup>69</sup> CALIFANO, *Trasparenza e privacy nell’evoluzione costituzionale*, in GSC, 2016, 31, p. 77.

<sup>70</sup> BALBONI, *Il concetto di “livelli essenziali e uniformi” come garanzia in materia di diritti sociali*, in *IF*, 2001, 6, p. 1103.

<sup>71</sup> BELLETTI, *I livelli essenziali delle prestazioni e contenuto essenziale dei diritti nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *IF*, 2003, 3-4, p. 613.

tiva<sup>72</sup> e, di conseguenza, assurge a regola, organizzativa e funzionale, del potere e, quindi, di democrazia politica<sup>73</sup>.

La trasparenza, così posta quale fulcro della *nuova* amministrazione, assume le caratteristiche di *obiettivo* da realizzare e *bene* da proteggere, con tutti gli strumenti che l'ordinamento a tal fine prevede. Essa va, quindi, preservata dal pericolo di attenuazione, in sede locale, degli strumenti individuati a livello nazionale, soprattutto nella prospettiva delle politiche anticorruzione<sup>74</sup>.

Già il d.lgs. 150/09 aveva esteso gli obblighi di pubblicazione in capo alle pp.aa., imponendo *de facto* a tutte le amministrazioni di dotarsi di siti *web* accessibili e strutturati secondo uno schema comune, tale da consentire ai cittadini di reperire facilmente le informazioni<sup>75</sup>. Questi obblighi prescrivevano la nomina di Responsabile per la Trasparenza<sup>76</sup>, poi evoluto nella figura del Responsabile per la Prevenzione della corruzione, individuato dalla l. 6 novembre 2012 n. 190 tra i dirigenti, ovvero, per gli enti locali, nella persona del segretario o dirigente apicale “salva diversa e motivata determinazione” (l. 190/12, art. 1, co. 7).

Oltre ai divieti di conferimento e alle incompatibilità, che valgono come limiti esterni, ha assunto un rilievo cruciale, con riferimento all'esercizio interno, anche il vincolo all'organizzazione imposto dal principio della rotazione del personale nelle aree a più elevato rischio di corruzione, con cui si sono onerate le pp.aa. di individuare gli strumenti più idonei a garantire l'avvicendamento di “dirigenti e funzionari” (l. 190/12, art. 1, co. 5)<sup>77</sup>. Si tratta

<sup>72</sup> MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in SCOCA (a cura di), *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, Editoriale Scientifica, 2012, p. 417.

<sup>73</sup> PAJNO, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, in GC, 2015, p. 213

<sup>74</sup> Così già AGNOLI, *Pubblica amministrazione e trasparenza*, in *L'amministrazione italiana*, 2005, 9, p. 1188; da ultimo MATTARELLA B. G., *Recenti tendenze legislative in materia di prevenzione della corruzione*, in PC, 2012, 1/2, p. 15.

<sup>75</sup> SARTORI, *Titolo II. - Misurazione, Valutazione e Trasparenza della Performance. - Capo III. - Trasparenza e Rendicontazione della Performance. - Art. 11. La Pubblica Amministrazione da castello inespugnabile a casa di vetro?*, in NLCC, 2011, 5, p. 1232.

<sup>76</sup> TESTA, *Anticorruzione: come individuare il responsabile della prevenzione*, Guida PI, 2013, 3, p. 24.

<sup>77</sup> Da essa va distinta, la rotazione cd. straordinaria *ex post*, disciplinata dall'art. 16, co. 1, lett. *l-quater*, d.lgs. 165/01 (novellato *ex art.* 1, co. 24, d.l. 6 luglio 2012 n. 95). Tale misura di natura cautelare svolge la funzione di garantire che, nell'area ove si sono verificati fatti oggetto di un procedimento penale o disciplinare, venga immediatamente rotto il legame tra i soggetti coinvolti in “condotte di tipo corruttivo”, individuate dall'ANAC tra i delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio, di cui all'art. 7, l. 27 maggio 2015 n. 69 (delibera del 26 marzo 2019 n. 215).

di una previsione spesso aggirata, attraverso l'indicazione delle posizioni come infungibili, ovvero per mezzo della costruzione di organigrammi fondati non sulle funzioni, quanto invece sulla distribuzione dei presenti, specie nelle amministrazioni di ridotte dimensioni.

Ma è con il d.lgs. 27 giugno 2022 n. 104 che tutti i nodi si aggrovigliano, poiché si obbliga la p.a. a riflettere sul proprio *modus decidendi*, per riuscire a fornire le necessarie informazioni circa l'"utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio integralmente automatizzati deputati a fornire indicazioni rilevanti ai fini della assunzione o del conferimento dell'incarico, della gestione o della cessazione del rapporto di lavoro, dell'assegnazione di compiti o mansioni nonché indicazioni incidenti sulla sorveglianza, la valutazione, le prestazioni e l'adempimento delle obbligazioni contrattuali dei lavoratori" (art. 1-bis, d.lgs. 26 maggio 1997 n. 152, introdotto dell'art. 4, d.lgs. 104/22, qui nella versione emendata ex d.l. 4 maggio 2023 n. 48).

Che la p.a., come ormai tutti i datori di lavoro, ricorra a tali sistemi, è fatto conosciuto. Ma desta perplessità l'assoluta opacità del suo utilizzo o, quantomeno, la mancata condivisione di queste informazioni, quando richieste. È nota la vicenda delle immissioni in ruolo del personale docente previste forza della l. 13 luglio 2015 n.107 (c.d. legge sulla "buona scuola"): le doglianze dei lavoratori venivano accolte "poiché non è dato comprendere per quale ragione le legittime aspettative di soggetti collocati in una determinata posizione in graduatoria siano andate deluse" nella "impossibilità di comprendere le modalità con le quali, attraverso il citato algoritmo, siano stati assegnati i posti disponibili"<sup>78</sup>, rappresentando un vizio di portata idonea a inficiare la procedura di assegnazione delle cattedre<sup>79</sup>.

Andando oltre il diritto di accesso al cd. codice sorgente del *software*, utilizzato per automatizzare alcune fasi di svolgimento di una procedura selettiva<sup>80</sup> e, oggi, forse da ripensare (ove si tratti di "sistemi protetti da segreto

<sup>78</sup> Similmente, per una analisi critica di casi di impatto sul sistema d'istruzione statunitense, individuando errori e omissioni algoritmiche, O'NEIL C., *Armi di distruzione matematica. Come i big data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia*, Bompiani, 2017.

<sup>79</sup> FORGIONE, *Il caso dell'accesso al software MIUR per l'assegnazione dei docenti*, in *GDA*, 2018, 5, p. 647; LAUS, *La tecnologia nella pubblica amministrazione: algoritmi e processi decisionali nei procedimenti amministrativi. Il caso della procedura di mobilità*, in *LPA*, 2020, 1, p. 49.

<sup>80</sup> Tar Lazio, 18 dicembre 2020 n. 13692, per l'accesso al funzionamento del programma utilizzato dal Miur e di proprietà del Cineca. Tra i motivi posti a sostegno del diniego di accesso al codice sorgente del *software*, oggetto di impugnativa nei ricorsi, infatti, vi era anche la ritenuta

industriale e commerciale”, ex d.l. 4 maggio 2023 n. 48, che ha riscritto l’art. 1-bis, co. 8, d.lgs. 152/97), la previsione del d.lgs. 104/22 onera la p.a., e non il prestatore o aspirante tale, della rappresentazione di un meccanismo comprensibile, ove informazioni e dati debbono essere comunicati “in modo trasparente, in formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico” (art. 4, co. 6, d.lgs. 104/22).

Questo modello di ostensione dei meccanismi decisionali è accolto affrontando le procedure di conferimento di incarichi dirigenziali<sup>81</sup> e posizioni organizzative<sup>82</sup> e la loro intrinseca opacità: raramente si capisce in cosa si debba sostanziare il momento valutativo, ove i pretendenti possono confrontarsi in base a criteri noti, comparando la propria e l’altrui candidatura<sup>83</sup> rispetto all’esercizio del potere discrezionale della p.a.

Un cambiamento epocale potrebbe essere innescato dalla recentissima introduzione, attraverso il d.P.R. 24 giugno 2022 n. 81, recante il Regolamento di individuazione degli adempimenti relativi ai Piani assorbiti dal Piano integrato di attività e organizzazione (cd. PIAO), dell’obbligo di motivazione “esplicita e adeguata” quando si preferisca il candidato di sesso maschile, rispetto a una candidata (art. 48, d.lgs. 11 aprile 2006 n. 198). La previsione, di non facile applicazione<sup>84</sup>, dovrà essere declinata nei piani trien-

necessità di tutelare la proprietà intellettuale, nonché i segreti di natura commerciale ed economica che, a dire dell’amministrazione resistente, sarebbero stati inevitabilmente compromessi dall’integrale ostensione dell’algoritmo, con grave danno sia per il Cineca, in qualità di proprietario del *software* e titolare del *know how* per la sua realizzazione, sia per lo stesso Ministero, che non avrebbe potuto più utilizzare il programma per future procedure concorsuali.

<sup>81</sup> Recentemente CUTTONE, *I criteri per il conferimento degli incarichi dirigenziali: i limiti della buona fede e correttezza comportamentale nell’azione organizzativa e gestionale del datore di lavoro pubblico* (nota a Corte di Cassazione, sez. lav., 9 marzo 2021, n. 6485), in *LPA*, 2021, 4, p. 841.

<sup>82</sup> Per un’isolata pronuncia di merito MIEDICO, *Il conferimento di incarichi di posizione organizzativa tra discrezionalità e perdita di chance* (nota a Tribunale di Arezzo, 12 febbraio 2020, n. 65), in *LPA*, 2020, 3, p. 171.

<sup>83</sup> Sulla necessità di tale procedura BOSCATI, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazioni del lavoro e svolgimento dell’attività amministrativa*, in *LPA*, 2009, 1, p. 35; *contra* FUSO, *Principi in materia di conferimento degli incarichi dirigenziali: il giusto procedimento*, in TIRABOSCHI, VERBARO (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico. Commento alla legge 4 marzo 2009, n. 15 e al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150*, Giuffrè, 2009, p. 569; MEZZACAPO, *Dirigenza pubblica e tecniche di tutela*, Jovene, 2010, p. 131. Per una ricostruzione MONACO, *Gli incarichi di funzione dirigenziale. Uno snodo cruciale nel rapporto tra politica ed amministrazione*, Franco Angeli, 2016, qui spec. p. 53.

<sup>84</sup> LAFRATTA, *Il conferimento di incarichi nel prisma del nuovo art. 48, codice delle pari opportunità*, in BOSCATI, ZILLI (a cura di), *La professionalità tra legge e contratti*, cit., p. 171.

nali delle azioni positive delle amministrazioni, imponendo di motivare la scelta ove essa ricada su un candidato, a fronte di una “analoga qualificazione e preparazione” di una candidata.

Non pare in atto un processo erosivo della discrezionalità datoriale. In attesa delle proposte attuative, che potranno venire da Comitato nazionale per l’attuazione dei principi di parità di trattamento ed uguaglianza di opportunità tra lavoratori e lavoratrici, dai CUG, CPO e dalla rete delle Consigliere e Consiglieri di parità<sup>85</sup>, si può sin d’ora osservare come non si limiti il diritto dell’amministrazione di scegliere come organizzarsi al meglio, quanto, invece, si preveda una ponderata riflessione sulle opzioni accolte, al fine di migliorare la p.a.

#### 6. Osservazioni conclusive: è stata una “grande illusione”?

Nel proprio contributo per gli *Studi in onore di Mario Rusciano*<sup>86</sup>, Sabino Cassese si chiedeva se l’immane sforzo compiuto fosse giunto a qualche utile risultato o se, invece, si fosse trattato di un “grande illusione”. Per provare a rispondere al quesito, si focalizzava su tre cambiamenti, paralleli alla contrattualizzazione del pubblico impiego, che sembravano averne segnato il cammino.

Secondo l’Autore, la lente andava puntata sulla precarizzazione della dirigenza (c.d. *spoil system*), che aveva sulla dipendenza dalla politica; parimenti deleterio era stato l’aumento della flessibilità ai livelli inferiori (con le conseguenti, disinvolve, stabilizzazioni). Da ultimo, non poteva essere accantonato l’influsso determinato dalla “creazione di una vasta area di lavoro ‘parapubblico’” che, in poco tempo, aveva finito per occupare una massa di personale *doppia* rispetto ai ministeri (considerando anche le generose nomine nei consigli di amministrazione).

Si può dire che, quando Sabino Cassese scriveva (dieci anni fa), che si era appena svolto un passaggio estremamente rilevante e forse poco considerato.

<sup>85</sup> Su cui sia consentito il rinvio a LANZALONGA, RECCHIA, ZILLI, *Le pari opportunità dopo il Jobs Act 2: organismi e azioni positive*, in GAROFALO D., GHERA (a cura di), *Commentario ai d.lgs. 14 settembre 2015, nn. 149 e 151*, Cacucci, 2016, p. 241.

<sup>86</sup> Lo si veda anche in CASSESE, *Dall’impiego pubblico al lavoro con le pubbliche amministrazioni: la grande illusione?*, in *GDA*, 2013, 3, p. 313.

*In primis*, si era visto correre il binario del lavoro pubblico contrattualizzato, dove ci si attendeva che gli organi preposti alla gestione imparassero ad agire “con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro” (art. 5, co. 2, d.lgs. 165/01).

A fianco, vicinissimo, era caduto lo sguardo su ciò che accadeva effettivamente, quando la pubblica amministrazione si comportava “da privato”, e quel che si era visto era sembrato inaccettabile, tanto che con l’art. 18, l. n. 6 agosto 2008 n. 133, di conversione del d.l. 25 giugno 2008 n. 118, si imponeva alle società partecipate un sistema di reclutamento simile a quello in vigore per il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni<sup>87</sup>.

Finiva così l’epopea delle assunzioni dirette, effettuate senza selezione e al di fuori di vincoli assunzionali, da soggetti che occupavano malamente la cosa pubblica. Senza freni, quei datori di lavoro *similpubblici* si erano appropriati dei poteri privatistici, ma senza render conto del proprio operato: non ai *cittadini*, ai quali non erano in alcun modo legati; non agli *utenti*, trattandosi di posizioni assolutamente dominanti nei servizi pubblici locali; non agli *azionisti*, cioè le medesime pp.aa. che ne sfruttavano la natura privatistica. In quel momento, la riflessione mostrava i limiti della contrattualizzazione del rapporto di lavoro e della privatizzazione dei poteri datoriali, quando disgiunti dalla responsabilità.

Sembra potersi vedere una simile eccezionalità nella congiuntura *post-digidemia*. Così come ieri si era visto ciò che accade liberando i poteri senza responsabilità, oggi si intravedono le potenzialità di una pubblica amministrazione che si concentra più sull’organizzazione e la direzione e meno sul controllo ossessivo della presenza.

Gli esperimenti forzati dell’ultimo triennio, il balzo della contrattazione, le risorse in campo possono ancora tradursi in una opportunità trasformativa per la pubblica amministrazione, ove si voglia provare a condividere le innovazioni locali, idonee a essere assunte come buone prassi, atte a rigenerare la p.a. nel complesso<sup>88</sup>.

Se, infatti, gli esempi *pre-pandemici*, a cui si è fatto cenno, non sono stati sufficienti a innescare un complessivo miglioramento, è anche perché

<sup>87</sup> Si v. gli interventi coordinati da ALTIMARI, GRECO (a cura di), *Il lavoro nelle imprese a capitale pubblico*, in *VTDL*, 2019, I, p. 9 ss.

<sup>88</sup> Gli esempi sono moltissimi, raccolti e monitorati dalle amministrazioni, sui cui v. *multis OPEN COMMUNITY PA, VeLA - Smart Working per la PA*, 2020, in *smartworkingvela.it*; MINISTERO DELL’INTERNO, *Buone prassi certificate*, 2022, in *www.interno.gov.it*.

prima della emergenza mancavano, o non erano consapevolmente sfruttate, infrastrutture, reti, abilità e competenze che oggi, invece, sono patrimonio acquisito e che potrebbero essere messe in comune tra le amministrazioni pubbliche. La pandemia, da un lato, ci ha insegnato che “si può fare” con le capacità e i poteri che esistono nella p.a.; dall’altro, ci ha mostrato “come” si è fatto, tracciando la rotta dell’esercizio dei poteri in un contesto (tecnologico, relazionale, generazionale) completamente mutato rispetto non solo a quello, ormai lontano, della contrattualizzazione del 1993, ma anche a quello *pre*-digitale di soltanto un decennio fa.

L’esercizio dei “grandi poteri” del privato datore di lavoro consente alle amministrazioni di agire, sia guardando ai molti nodi sciolti, sia agli altri ormai venuti al pettine. Tuttavia, non può dimenticarsi che questo esercizio è possibile solo rammentando che a grandi poteri corrispondono grandi responsabilità. Si può dire che esse, dopo la digidemia, possono essere forse maggiormente diffuse e decentralizzate, e, auspicabilmente, valorizzate: in tutti i casi, però, non vi è dubbio che il nodo ancora inestricato rimane quello delle responsabilità.

### **Abstract**

Il saggio affronta il tema dei poteri della p.a. e degli obblighi dei prestatori, secondo il modello privatistico, che muove dal potere direttivo, inteso come definizione della professionalità, verso il potere di controllo e disciplinare. La prospettiva adottata colloca i trenta anni di riforme del lavoro pubblico nella rivoluzione tecnologica, che ha investito anche la pubblica amministrazione, e nell'impatto di essa durante, e oltre, la pandemia. L'agilità del lavoro è assunta come emblema delle metamorfosi in corso e delle occasioni mancate, ovvero ancora da cogliere. Il saggio volge, infine, lo sguardo sull'organizzazione della p.a. e sulle responsabilità (della politica e delle amministrazioni) nell'esercizio dei "grandi poteri" assegnati.

The paper deals with the issue of the public administration's powers and civil servants' obligations. According to the model of the private sector, it moves from managerial power, understood as the definition of professionalism, towards the power of control and discipline. The adopted perspective sets the thirty years of the reforms in the technological revolution, which has also affected the public administration, and its impact during, and beyond, the pandemic. The experimental remote work is taken as a symbol of the metamorphoses underway and of the missed opportunities, or yet to be developed. Finally, the essay looks at the organization of the public administration and the responsibilities (of politics and administrations) in the exercise of the "great powers" assigned.

### **Keywords**

Lavoro pubblico, poteri datoriali, lavoro da remoto, mansioni, performance.

Civil service, employer's powers, remote work, duties, performance.

## Stefano Battini

### La crisi del concorso pubblico e le prospettive del PNRR\*

Sommario: **1.** La grande dicotomia e il piccolo pertugio: la separazione (costituzionale) fra concorso e assunzione nel lavoro pubblico. **2.** Concorso e carriera: un gioco a somma zero. **3.** Rapporti di lavoro riformati e concorsi deformati. **4.** Le prospettive dell'integrazione fra concorso e rapporto di lavoro nel PNRR: promesse e minacce. **5.** Conclusioni.

#### 1. *La grande dicotomia e il piccolo pertugio: la separazione (costituzionale) fra concorso e assunzione nel lavoro pubblico*

Alessandro Riccobono ha osservato che “reclutamento, inquadramento ed estinzione sono le tre tappe in cui è possibile racchiudere l'intera vita del rapporto di lavoro pubblico”<sup>1</sup>. L'affermazione è condivisibile, ma tutt'altro che scontata, come pure a prima vista si potrebbe supporre. Il reclutamento è senza dubbio, in senso lato, un profilo del rapporto di lavoro e, dunque, un elemento della relativa disciplina. Esso rappresenta uno degli elementi del complessivo ciclo di gestione delle risorse umane. Costituisce una delle leve con le quali il datore di lavoro soddisfa il proprio fabbisogno

\* Il contributo, presentato in una versione parziale e provvisoria in occasione del Convegno di studio *Le metamorfosi del lavoro pubblico in trent'anni di riforme* (Napoli, 29-30 novembre 2023), nell'ambito di una tavola rotonda di discussione del saggio di Alessandro Riccobono più innanzi citato, è parte di una più ampia attività di ricerca nel quadro del Progetto PRIN 2020 WX9AC7, CUP J83C22000490001, dal titolo *Towards an Anticipatory Governance (TAGS) - Deliverable 6: New Competences and Skills for Italian Bureaucracy*.

<sup>1</sup> RICCOBONO, *Le metamorfosi del lavoro pubblico a trent'anni dalla privatizzazione: reclutamento, inquadramenti, estinzione*, in questo Quaderno.

di competenze. A tal fine, deve coordinarsi con gli altri strumenti di cui dispone il datore di lavoro: dalla formazione e sviluppo professionale, alla mobilità, alla progressione di carriera, agli incarichi, alla flessibilità, in entrata così come in uscita, etc.

L'affermazione secondo cui il reclutamento è un profilo interno alla "vita" del rapporto di lavoro, insomma, dovrebbe essere banale, ma non lo è per il lavoro pubblico. Qui la procedura di reclutamento, cioè il concorso pubblico, come è noto, è in certo senso un elemento esterno alla costituzione del rapporto di lavoro, che nasce con il contratto di assunzione. Il fatto è che da 30 anni a questa parte la c.d. privatizzazione del pubblico impiego ci ha educato a distinguere e separare, piuttosto che integrare, la procedura di concorso e gli altri aspetti del rapporto di lavoro, assegnandoli a distinti universi normativi e a diverse giurisdizioni. La privatizzazione del pubblico impiego è una riforma nata per conseguire maggiore efficienza. Ma essa ha anche impegnato i giuristi, le giurisdizioni, e talvolta pure le amministrazioni, in una poderosa opera di ridefinizione di confini, in larga misura necessaria anche per consentire al nuovo rapporto di lavoro privatistico di armonizzarsi con un quadro costituzionale costruito sul presupposto del vecchio impiego pubblico. Così la separazione dell'organizzazione dal rapporto di lavoro è servita a conciliare la contrattualizzazione con la riserva di legge prevista dall'art. 97 Cost. E, analogamente, la separazione fra reclutamento e rapporto di lavoro è servita a temperare la rinuncia allo *status* pubblicistico del personale amministrativo con il principio costituzionale del concorso pubblico. A quest'ultimo scopo, dunque, per insistere sulla metafora di Riccobono, il concepimento e la nascita del rapporto di lavoro, ovvero il concorso e l'assunzione, sono stati separati, facendo passare la "grande dicotomia" per il piccolissimo pertugio spazio-temporale che intercorre fra il momento dell'approvazione della graduatoria di concorso e quello della presa di servizio di chi vi risulti utilmente inserito. Ciò fu imposto dal legislatore fin dalla legge delega del 1992, che escludeva dalla privatizzazione e dalla giurisdizione del giudice ordinario, rispettivamente, "i procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro" e le relative controversie. Tale indicazione è stata rispettata dal d.lgs. n. 29/1993 e, successivamente, sempre confermata nel testo della riforma, nonostante le continue modifiche dello stesso. Oggi la separazione è soprattutto custodita dall'art. 63 del d.lgs. 165/2001, che assegna al giudice del lavoro le controversie "concernenti l'assunzione al lavoro" e al giudice amministrativo quelle in materia di "procedure concorsuali per l'assunzione".

Per verità, l'idea che la previsione costituzionale sull'accesso agli impieghi pubblici per concorso imponga una procedura amministrativa in regime di diritto pubblico è discutibile e discussa<sup>2</sup>. Certamente la Costituzione impone sul piano sostanziale un concorso pubblico, nel senso di procedura aperta al pubblico, cioè alla partecipazione di tutti. Ma ciò sembra almeno in certa misura indifferente rispetto alla qualificazione giuridica degli atti della procedura, il cui regime pubblicistico non pare necessariamente implicato dalla Costituzione. Quell'idea, tuttavia, pare essere oggi presupposta dalla giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di riparto della competenza legislativa fra Stato e Regioni successiva alla riforma del Titolo V del 2001. Difatti, l'opera di ridefinizione dei confini, avviata alla fine del secolo scorso, ha come è noto interessato anche i rapporti fra Stato e Regioni e, per una sorta di cortocircuito concettuale, l'adeguamento dell'organizzazione amministrativa italiana ai principi del federalismo è stato fatto anch'esso transitare, insieme alla "grande dicotomia", attraverso quel piccolo pertugio che divide l'assunzione al lavoro e quel che ne segue, che è materia di "ordinamento civile" attribuita alla potestà esclusiva dello Stato, dalla procedura concorsuale che la precede, che è invece materia di organizzazione amministrativa, spettante alla potestà residuale delle Regioni in ordine all'accesso del personale ai propri uffici. Le conseguenze di questo cortocircuito non investono soltanto i rapporti fra competenze legislative, ma appunto anche la qualificazione giuridica delle procedure concorsuali in base al dettato costituzionale.

La Corte ha difatti affermato che spetta alla legge regionale la materia dell'accesso al pubblico impiego, in quanto essa "*per i suoi contenuti marcatamente pubblicistici e la sua intima correlazione con l'attuazione dei principi sanciti dagli artt. 51 e 97 Cost. è sottratta all'incidenza della privatizzazione del lavoro presso le pubbliche amministrazioni, che si riferisce alla disciplina del rapporto già in-*

<sup>2</sup> Lo afferma di recente GAGLIARDI, *Il principio del pubblico concorso e l'insuperabile specialità del reclutamento nelle pubbliche amministrazioni*, in *IF*, 2021, p. 417 ss. e, più ampiamente ID., *Il pubblico concorso come funzione amministrativa*, *ESI*, 2024, a cui si rinvia ampiamente, per la completa analisi, compiuta anche sul piano della storia costituzionale comparata, dell'affermazione del principio del concorso pubblico e del ruolo dello stesso nell'ordinamento attuale. Hanno affermato invece che la Costituzione non imponga il regime pubblicistico molti giuslavoristi, fra cui ad esempio LUCIANI V., *Selezione del personale e contratto di lavoro pubblico e privato*, *Jovene*, 2002, p. 15 ss. Sul principio costituzionale del concorso pubblico si veda anche ALLENA, TRIMARCHI F., *La Costituzione dimenticata. Il principio del concorso pubblico*, in *RTDP*, 2021, I, p. 379 ss.

*staurato*<sup>3</sup>. La Corte parrebbe non limitarsi a dire che la competenza legislativa spetta alle Regioni perché il reclutamento non è stato privatizzato dal legislatore. E dunque fintantoché questa scelta legislativa resti confermata. Se così fosse, il legislatore statale, arbitro dei confini della grande dicotomia, diverrebbe anche arbitro dei confini fra la propria competenza legislativa e quella dei legislatori regionali in materia di reclutamento: facendo arretrare la linea di confine pubblico/privato, in modo da includere nella privatizzazione anche la fase concorsuale precedente all'assunzione, il legislatore statale guadagnerebbe titolo a disciplinare anche i concorsi regionali e locali e, al tempo stesso, il concorso pubblico perderebbe quei "contenuti marcatamente pubblicistici", attualmente riconosciuti dalla Corte costituzionale in virtù del vigente quadro legislativo. Ma la verità è che la Corte costituzionale parrebbe aggiungere qualcosa di più, cioè appunto che la scelta del legislatore statale di conservare il regime pubblicistico del reclutamento è imposta dalla Costituzione stessa, cioè dagli artt. 51 e 97, che vincolano il legislatore anche nella qualificazione giuridica del regime giuridico degli atti. In questa prospettiva, il concorso previsto dalla Costituzione è allora necessariamente una procedura di diritto pubblico, con conseguente dualità e separazione rispetto al rapporto di lavoro privatizzato.

Ciò richiede di riflettere sulle conseguenze e sulle implicazioni di questo dualismo, interno al rapporto di lavoro pubblico, nella prospettiva che era alla base della riforma che a tale dualismo ha dato origine. La prospettiva era, come detto, quella del recupero di efficienza degli apparati amministrativi.

## 2. *Concorso e carriera: il gioco a somma zero e la "crisi" delle competenze*

La prima implicazione su cui riflettere è che, nell'esperienza degli ultimi 30 anni, tra il concorso pubblico e gli altri profili del rapporto di lavoro, in particolare la carriera e lo sviluppo professionale dei dipendenti pubblici, si è stabilita una relazione conflittuale e un difficile equilibrio. Quasi un gioco a somma zero: o si accede, ma poi anche si progredisce, per concorso aperto all'esterno; oppure viceversa si progredisce, ma alla fine per molte posizioni anche si accede, dall'interno, per sviluppo professionale. O vince il concorso,

<sup>3</sup> L'espressione è tratta da Corte cost. n. 81 del 2019, ma è orientamento costante.

oppure vince la carriera. Si badi: il concorso di candidati esterni e la carriera degli interni sono inevitabilmente scelte alternative nell'esperienza di qualsiasi organizzazione, che richiedono soluzioni di equilibrato temperamento, ispirate ad una gestione unitaria e strategica dei fabbisogni di competenze. Ma la frammentazione della relativa disciplina fra diritto pubblico e diritto privato ha allontanato questa pianificazione strategica del fabbisogno di competenze, polarizzando invece le soluzioni contrapposte e rendendo più difficile la ricerca del punto di equilibrio.

Vi è stata una fase, subito successiva alla riforma, in cui si è fatta strada l'idea che il concorso pubblico rappresentasse un limite della stessa e, quindi, un intralcio al conseguimento dei benefici che la privatizzazione avrebbe potuto introdurre, se essa fosse stata realizzata in modo completo. In particolare, con argomenti non privi di pregio, come si suole dire, si criticava il principio, affermato dalla Corte costituzionale, secondo cui qualsiasi passaggio del dipendente pubblico ad una posizione che rende esigibili, da parte del datore di lavoro, mansioni più elevate, equivale ad una nuova assunzione, che, come tale, richiede il concorso aperto agli esterni. Un tale principio, si osservò, sottrae al datore di lavoro pubblico il principale strumento di incentivazione di cui dispone invece il datore di lavoro privato, annullando ogni spazio per la gestione delle carriere pubbliche<sup>4</sup>. Anche se poi le aspirazioni dei dipendenti interni non venivano del tutto sacrificate, bensì affidate a concorsi riservati, o con riserve di posti, con la conseguenza di però "concorsualizzare" le progressioni di carriera.

L'insoddisfazione per questo assetto ha indotto il legislatore, alla fine del secolo scorso e nel quadro di una più generale stagione di riforme ispirate al completamento della privatizzazione, a stabilire un principio diverso. Si apriva l'accesso degli interni a posizioni di area superiore mediante "sviluppo professionale", affidando alla contrattazione collettiva il compito di definire l'equilibrio di tali progressioni di carriera con il principio del concorso pubblico. Ma si passò così all'estremo opposto, perché le generose disposizioni dei contratti decentrati, dominati dai sindacati, hanno finito per seppellire il concorso, cioè l'accesso dall'esterno, sotto una pioggia di avanzamenti sia

<sup>4</sup> In questa prospettiva, fra gli altri, RUSCIANO, *Carriera per concorso del dipendente pubblico: «imparzialità» o «buon andamento»?*, in *LPA*, 1999, 2, p. 215 ss.; CORPACI, *Pubblico e privato nel lavoro con le amministrazioni pubbliche: reclutamento e progressioni in carriera*, in *LPA*, 2007, 2, p. 375 ss.

orizzontali, nell'ambito della stessa area contrattuale, ma anche verticali, che comportano cioè l'accesso all'area superiore<sup>5</sup>. Nel 2009, per reazione, intervenne una nuova oscillazione del pendolo. Si riaffermò il principio per cui le progressioni verticali devono avvenire solo per concorso, di nuovo temperato dalla possibilità di prevedere riserve per gli interni per il 50% dei posti. Poi, nel 2021, si è cambiato ancora, consentendo che a quel 50% di posti si possa accedere, anziché mediante concorsi con riserve di posti, tramite progressioni verticali, a regime basate su una procedura di valutazione comparativa del servizio e dei titoli conseguiti, ma, in sede di prima applicazione, fondate su un generalizzato scivolamento verso l'alto, organizzato dai contratti collettivi anche in deroga al possesso dei titoli di studio.

Nessuna di queste soluzioni legislative, che si sono alternate nell'ultimo trentennio, di volta in volta sfociando nella "concorsualizzazione" oppure nella "negoziazione" dello sviluppo professionale dei dipendenti pubblici, si è finora rivelata soddisfacente, per almeno due ragioni.

La prima ragione è che il corretto equilibrio va ricercato non tanto separando in astratto il campo del reclutamento da quello della carriera, con percentuali e altre soluzioni "one size fits all", quanto integrando in concreto e sinergicamente l'uno e l'altro strumento nel quadro di una pianificazione strategica del fabbisogno di competenze.

La seconda ragione è che mentre la disciplina legislativa, come detto senza trovare un equilibrio stabile e soddisfacente, oscillava freneticamente fra i due poli del concorso pubblico e della carriera "negoziata", era frattanto sopravvenuta la gelata dell'*austerità*. Questa ha reso tutte quelle disposizioni sostanzialmente inutili, perché le esigenze di contenimento della spesa hanno bloccato sia i concorsi, sia le progressioni. Alla lunga stagione di blocchi del *turn-over*, peraltro, le amministrazioni hanno sempre reagito allo stesso modo, cioè con assunzioni temporanee e successive stabilizzazioni, che hanno a loro volta ridotto lo spazio del concorso pubblico. Dall'*impasse* si provò ad uscire, con misure di ricambio generazionale, all'epoca delle riforme Madia (2015-16). Ma la crisi pandemica ha nuovamente bloccato i concorsi nel 2020.

Tutte queste vicende hanno determinato una gravissima crisi delle competenze, che oggi tutti denunciano: dalla Commissione europea, al Governo, alla Corte dei conti.

<sup>5</sup> TALAMO, *Le carriere collettive contrattate dei dipendenti pubblici: criticità e prospettive*, in *LPA*, 2004, p. 1043 ss.

Quest'ultima, in un recente rapporto sull'attuazione del PNRR, ha fornito un quadro desolante<sup>6</sup>. Il personale è calato di 267.000 unità tra il 2008 e il 2020. Il calo si è arrestato dopo il 2014, una volta allentatosi il blocco del *turn over*, ma solo per le amministrazioni centrali, mentre quelle locali hanno subito un ulteriore calo di 79.000 unità. Il personale è poi invecchiato anagraficamente: gli occupati nella amministrazione pubblica nel 2009 avevano un'età media di 44.8 anni e la classe di età più numerosa era quella dei 40-49enni. Dopo undici anni, nel 2020, l'età media era cresciuta di quasi 5 anni e la classe di età più numerosa è diventata quella dei 50-59enni, che rappresenta da sola il 43 per cento dell'occupazione nella pubblica amministrazione. Tra i paesi OCSE, l'Italia è quella dove gli occupati con più di 55 anni rappresentano la quota maggiore (quasi la metà) dell'occupazione nelle amministrazioni centrali e, insieme alla Grecia, quella dove il peso dei 18-34enni è invece minimo. Infine, il tipo di competenze del personale non è in grado di sostenere la transizione digitale. Continuano a essere predominanti le competenze giuridico-economiche. Tra i dipendenti laureati, nel 2020 le lauree nelle c.d. "materie STEM" rappresentavano appena il 5,6 per cento del personale occupato nella pubblica amministrazione. Il *deficit* di competenze digitali non può nemmeno essere recuperato, perché si stima che "per portare il peso nell'occupazione della PA delle figure qualificate come *scientists and engineers* agli standard medi europei occorrerebbe aumentarne il numero di ben 65.000 occupati". Ma reperire una simile quantità di dipendenti sul mercato del lavoro italiano è impossibile, se si considera che nel 2022 gli occupati laureati in ambito STEM, ovvero con lauree nel gruppo scientifico e tecnico, erano poco meno di 37mila. La Corte dei conti ha osservato in proposito come nel corso dell'ultimo biennio l'attività concorsuale abbia evidenziato una "difficoltà persistente a coprire il fabbisogno di profili professionali tecnici o particolarmente specializzati." L'offerta di lavoro – sempre secondo la Corte – è insufficiente a ricoprire i fabbisogni delle amministrazioni per quanto riguarda i profili più tecnici (come "Statistico/Informatico" o "Ingegnere/Architetto"). D'altra parte, i dati sull'offerta di lavoro evidenziano i forti limiti in prospettiva dettati dalla dinamica demografica, che "suggerisce come nel medio termine il numero di laureati in Italia tenderà a ridursi, lasciando insoddisfatto parte del fabbisogno, a meno di attrarre professionisti dall'estero".

<sup>6</sup> Corte dei conti, sez. riun. contr., *Relazione sullo stato di attuazione del piano nazionale di ripresa e resilienza* (PNRR), Roma, novembre 2023.

Il concorso pubblico è stato dunque la grande vittima della privatizzazione, o forse della sua mancata privatizzazione<sup>7</sup>. Con esso, è stata vittima anche la capacità amministrativa – come oggi si usa dire – dello Stato italiano, privato dell’apporto di intere generazioni di potenziali *civil servants*. Il concorso è stato di volta in volta vittima degli abusi di progressioni professionali, dell’*austerity*, delle stabilizzazioni di precari, della pandemia. Ma va detto che il concorso pubblico è stato anche e soprattutto vittima di sé stesso. Non solo i concorsi sono stati fatti poco, per le ragioni che si sono indicate. Soprattutto essi sono stati fatti male, circostanza che, come si passa a dire, è almeno in qualche misura imputabile anch’essa alla vita isolata e separata che il concorso ha preso a condurre dopo la privatizzazione del rapporto di lavoro, alla cui costituzione pure è preordinato.

### 3. *Rapporti di lavoro riformati e concorsi deformati*

La seconda implicazione della separazione fra concorso e rapporto di lavoro, alla quale si è fatto in precedenza riferimento, è che i concorsi sono rimasti estranei non solo e non tanto alla privatizzazione, ma anche e soprattutto all’azione riformatrice. Dal 1993 in poi, le espressioni “riforma del pubblico impiego” e “privatizzazione del pubblico impiego” sono divenute praticamente sinonimi e hanno rappresentato l’espressione più significativa della lunga stagione di riforme amministrative avviate alla fine del secolo scorso. La conseguenza è che ciò che è stato sottratto alla privatizzazione è stato sottratto anche alla riforma, per cui i concorsi sono rimasti a lungo come erano un secolo addietro, quasi in un mondo cristallizzato. Basti pensare che mentre, nel 1993, si avviava la più importante riforma del rapporto di lavoro pubblico, nello stesso tempo, cioè nel 1994, veniva approvato un regolamento sui concorsi che era sostanzialmente la codificazione della giurisprudenza amministrativa applicata a risalenti prassi selettive, consolidatesi

<sup>7</sup> Si ritiene tuttavia di condividere l’impostazione di A. Riccobono, che, nel saggio più volte citato, esclude di poter imputare la crisi dei concorsi pubblici, e in generale il mancato recupero di efficienza degli apparati amministrativi, semplicemente alla alternativa diritto pubblico/diritto privato: “i problemi del reclutamento, che si riflettono sulla composizione quali-quantitativa del personale pubblico, non [sono] legati tanto alle caratteristiche genetiche delle fonti di regolazione, quanto, ancora una volta, al modo in cui tali fonti sono state materialmente plasmate in forza di determinate scelte di *policy*”.

nel corso dei decenni, se non appunto dei secoli. Insomma, per i concorsi il secolo breve è stato lungo, proseguendo ben oltre gli anni '90 e giungendo fino a tempi recentissimi, quando il d.P.R. del 1994 è stato rivisitato, peraltro in misura molto parziale, come si dirà fra breve.

Il modo migliore per misurare i risultati delle riforme amministrative, e dunque l'importanza del riformismo, è osservare cosa accade quando esse non si fanno. Rimasti estranei alle politiche di riforma, i concorsi si sono infatti sclerotizzati in una dimensione puramente formalistica e procedurale, perdendo il collegamento con il dato sostanziale delle competenze, che essi devono accertare e acquisire, e soprattutto perdendo sincronia con il cambiamento sociale. Insomma, non essendo stati riformati, i concorsi si sono, con l'usura, deformati.

In primo luogo, la definizione dei c.d. fabbisogni del personale e la programmazione delle assunzioni sono stati a lungo concepiti in termini puramente quantitativi. Un tempo, la programmazione era affidata alla predeterminazione rigida dell'organico, che identificava il numero di posizioni per tipologia di inquadramento professionale, per cui il concorso presupponeva un posto organico vacante, con lo scopo di sostituirne il titolare. Più di recente, soprattutto a partire dalle riforme Madia, la disciplina dei fabbisogni di personale ha recuperato flessibilità, trasformandosi l'organico essenzialmente in un vincolo finanziario. Ma non è mai venuta meno l'idea del reclutamento come sostituzione del personale cessato, sul quale continua pertanto a parametrarsi sia la quantità di assunzioni (cioè il *turn-over*), sia il profilo professionale cui si riferisce il bando, che spesso infatti è la pura riproduzione del bando già utilizzato per assunzioni precedenti del medesimo profilo. Questa concezione può funzionare in un contesto di relativa continuità dell'assetto delle funzioni e dell'organizzazione amministrativa. Ma la stabilità era forse un carattere del mondo di ieri. Oggi l'accelerazione sociale spiazza la ripetizione, la *routine*, l'uso dei precedenti, perché le funzioni sono sempre nuove, perché cambia l'assetto organizzativo, perché mutano di conseguenza le mansioni dei dipendenti. Se tutta l'amministrazione cambia e i sistemi di reclutamento riproducono il passato, allora l'obiettivo del recupero di efficienza diviene irraggiungibile. Un buon reclutamento deve partire dalle mansioni del rapporto di lavoro che si intende instaurare e, quindi, dall'analisi delle competenze necessarie per agirle. Ciò presuppone a sua volta una pianificazione attenta e anche orientata al futuro dei fabbisogni di competenze, sulla quale devono poi impernarsi tanto le politiche di recluta-

mento, volte alla loro acquisizione dall'esterno, quanto le politiche di gestione del rapporto di lavoro, che comportano l'affinamento con l'esperienza delle competenze acquisite, così come il loro aggiornamento e sviluppo successivo attraverso opportune strategie formative. Fra le scelte di reclutamento e tutte le altre scelte del ciclo di gestione delle risorse umane, quindi, non può esservi solo un equilibrio inteso come *actio finium regundorum*, come divisione dei relativi spazi operata in via astratta dal legislatore, ma occorre soprattutto coordinamento e convergenza nella realizzazione dell'unico obiettivo di garantire la costante congruenza fra le funzioni dell'organizzazione e le competenze del capitale umano di cui essa complessivamente si dota.

La progressiva "deformazione da mancata riforma" dei concorsi pubblici dipende poi da un altro aspetto, che è quello del disallineamento fra i sistemi di istruzione scolastica e universitaria, che sono cambiati, e i sistemi di reclutamento nella pubblica amministrazione, che sono invece rimasti fermi. Nel 1929, il Comitato istituito per elaborare una "riforma generale dei metodi di lavoro e di controllo nelle Amministrazioni dello Stato", presieduto da Alberto de Stefani, propose, come ha ricordato Guido Melis, "di conferire al sistema scolastico e universitario il compito di preparare realmente la burocrazia, riducendo i tempi fra le date di laurea e di diploma e quelle dell'assunzione nell'amministrazione"<sup>8</sup>. Il progetto si spingeva dunque fino al punto di allineare cronologicamente le date delle sessioni di laurea con quelle di un concorso annuale centralizzato, bandito non per caso dal Ministero dell'Istruzione, per conto di tutte le amministrazioni centrali. Il progetto De Stefani, come è noto, finì al rogo<sup>9</sup>. Ma non vi è dubbio che l'idea del collegamento fra la formazione scolastica e universitaria e il concorso pubblico, nonché poi fra quest'ultimo e le mansioni e la successiva carriera del dipendente pubblico, costituiva un elemento costitutivo del sistema burocratico, che in origine ne garantiva la coerenza. Quel sistema in altre parole si basava sulla congruenza fra la preparazione necessaria per il conseguimento del titolo di studio, la previsione di quest'ultimo come requisito per la partecipazione al concorso pubblico e le mansioni esigibili nella categoria di inquadramento professionale del posto messo a concorso.

Il concorso pubblico, dunque, poggiava sul sistema di istruzione. Esso rappresentava una selezione di secondo grado, la quale presupponeva un

<sup>8</sup> MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, il Mulino, 1996, p. 332.

<sup>9</sup> DE STEFANI, *Una riforma al rogo*, Il Quadrato, 1963.

primo filtro, assicurato in particolare da percorsi universitari a cui pochi accedevano e che pochissimi superavano. Le Università, in quel tempo, avevano la funzione principale di selezionare la classe dirigente del Paese. Ma come detto i tempi cambiano e, nel quadro di una progressiva democratizzazione della società e dello sviluppo di una economia della conoscenza, le Università hanno acquisito una diversa funzione, più nobile della precedente, che pure hanno in parte conservato. La funzione delle Università non è solo e tanto quella di selezionare i governanti, quanto e soprattutto quella di diffondere le conoscenze e le capacità critiche della base sociale che quei governanti esprime. Una democrazia matura funziona, e regge la competizione con sistemi autocratici, a condizione che il “*demos*” sia in grado di distinguere, ad esempio, le notizie rilevanti dalle *fake news*, la propaganda elettorale dai risultati dell’azione di governo, etc. Tutto ciò, in un mondo a complessità crescente, richiede ormai un’istruzione di livello universitario. Una ben funzionante Università di massa è insomma condizione di sopravvivenza delle democrazie contemporanee. Ciò non significa che le Università debbano rinunciare all’antica funzione di selezione di primo livello per le posizioni – anche di vertice – dell’amministrazione pubblica, a condizione che opportuni interventi di riforma assicurino la congruenza fra l’evoluzione dei sistemi di istruzione e i meccanismi di reclutamento nel settore pubblico, orientando l’offerta formativa universitaria sul livello e sulla tipologia di competenze necessarie per lo svolgimento delle funzioni amministrative e modulando poi la struttura dei concorsi sulla verifica efficace del possesso di tali competenze.

Come detto, queste riforme non sono intervenute, almeno fino a quelle più recenti, di cui si dirà nell’ultima parte di questo contributo. La mancanza di riforme ha lasciato i concorsi privi della propria tradizionale base di appoggio, vale a dire la selezione di primo grado operata dalle Università. Per un verso, la laurea non è più indicativa del possesso del livello e della tipologia di competenze di cui le amministrazioni hanno bisogno. Per altro verso, il numero dei laureati è cresciuto senza che i sistemi di reclutamento adeguassero i requisiti di accesso ai concorsi, per esempio continuando a confinare i titoli post-laurea al rango di elementi di valutazione e non di requisiti di accesso. Sui concorsi è venuto così a scaricarsi l’intero peso della selezione, riferita a migliaia e talvolta decine di migliaia di candidati, per reggere il quale essi non erano stati pensati e strutturati. Dinanzi al mutamento, si è pensato che i concorsi potessero restare immutati, nella loro configurazione

di selezioni di secondo livello, semplicemente affidando la selezione di primo livello ad uno strumento che non è il concorso, ma, come è stato efficacemente notato, una sua parodia<sup>10</sup>.

Ci si riferisce, ovviamente, alle c.d. prove preselettive. Formalmente, sono una fase del concorso. Sostanzialmente, sono procedure esterne al concorso vero e proprio. Innanzitutto, i concorsi pubblici sono affidati a commissioni di esperti, mentre le preselezioni sono interamente esternalizzate a società private che predispongono *test* automatizzati, spesso con modalità discutibili. Il controllo della commissione di concorso sulla fase preselettiva è una pura finzione giuridica. Le domande sono in genere migliaia, contenute in apposite banche dati, sulla cui formulazione le commissioni incidono minimamente, benché debbano formalmente approvarle. Né ovviamente i membri della commissione incidono sulla correzione delle prove, che non presenta elementi di discrezionalità, essendo totalmente affidata a sistemi automatizzati. Può dirsi dunque che il concorso è pubblico, ma la preselezione è privatizzata, nel senso che è svolta da soggetti privati con regole pubbliche. In secondo luogo, i soggetti privati organizzano i contenuti delle prove preselettive ricercando competenze totalmente diverse da quelle che i veri concorsi pubblici mirano ad accertare. Il concorso pubblico, nella sua versione originaria e autentica, si basa su prove che costringono i candidati ad applicare le proprie conoscenze ad un problema teorico o pratico. Il tema, per quanto obsoleto, salvo eccezioni patologiche, è comunque formulato secondo una traccia che richiede conoscenze tecniche, ma anche capacità logiche, attitudine al ragionamento, *problem solving*. Nulla di tutto questo ha caratterizzato le prove preselettive somministrate a migliaia di candidati negli ultimi decenni. Tali prove sono predisposte dalle società in questione, per contenere i costi, prevalentemente incaricando giovani collaboratori di trarre da manuali e sunti di manuali un vastissimo numero di quesiti nozionistici, pagando pochi euro per ogni quesito. Qual è il termine per impugnare un provvedimento amministrativo? 15, 30, 45 o 60 giorni? In genere, i candidati hanno a disposizione un minuto per rispondere a ciascuna domanda di questo tipo. Il modello di competenze del funzionario pubblico che queste prove consentono di identificare è un misto di Don Ferrante e ChatGPT (versione base): un soggetto che conosce lo scibile umano, soprattutto giuridico, e lo estrae a comando, in pochi secondi, dunque preferibilmente senza riflettere,

<sup>10</sup> MATTARELLA, *Il principio del concorso e la sua parodia*, in *GDA*, 2017, p. 417.

quasi per riflesso pavloviano. Con ogni evidenza, si tratta di un *framework* di competenze del tutto inutile, soprattutto in un contesto di crescente complessità e accelerazione del cambiamento tecnologico.

Alla perdita del collegamento fra formazione universitaria e sistemi di reclutamento sarebbe chiamata a porre rimedio la formazione continua, successiva all'instaurarsi del rapporto di lavoro. Il *life-long learning* è a sua volta una necessità delle società democratiche post-moderne, in cui il cambiamento accelerato rende rapidamente obsolete le conoscenze e competenze apprese in quella che, in epoca moderna, era una prima fase della vita "riservata" alla formazione. Nel settore pubblico, sulla formazione continua si scarica però non solo il peso della obsolescenza delle conoscenze apprese all'Università, ma anche quello della insufficienza *ab origine* della formazione universitaria e della descritta inadeguatezza dei sistemi di reclutamento. Ma la formazione continua presenta lo stesso difetto di quella universitaria: raramente si basa su fabbisogni di competenze realmente espressi dalle amministrazioni, sicché al "concorrista" del reclutamento corrisponde il "corsista" della formazione, cioè una sorta di "turista", il quale segue i corsi di aggiornamento più disparati, secondo il proprio gusto, ma non in base alle mansioni che deve svolgere, o, comunque, a prescindere dalle indicazioni del proprio datore di lavoro, cioè dell'amministrazione di appartenenza. Questa, in mancanza di una visione strategica delle politiche di formazione, spesso subisce le scelte dei suoi dipendenti, guardando alle ore che questi spendono nelle istituzioni formative come a tempo sottratto al lavoro. La formazione non è vissuta dal dirigente pubblico come leva per accrescere il rendimento del personale al servizio della propria struttura, ma quasi come un fattore di inefficienza della stessa, analogo al diritto alle ferie dei propri dipendenti. Anche quando poi la formazione è effettivamente calibrata sui fabbisogni di competenze dell'amministrazione, e da questa incoraggiata, essa è comunque raramente riconosciuta nelle procedure selettive di carriera, anche perché mancano strumenti efficaci per misurare l'effettivo sviluppo professionale raggiunto come effetto degli interventi formativi. Più spesso, le progressioni di carriera sono ancorate al possesso di titoli di studio e attestati di partecipazione a corsi di formazione, conseguiti a prescindere dalle indicazioni del datore di lavoro. Così come non esiste un credibile collegamento fra l'offerta formativa universitaria e i fabbisogni di competenze delle amministrazioni, anche il collegamento fra questi ultimi e gli interventi di formazione continua è debole. E così come è stata esternalizzata a società private che organizzano

prove preselettive la formazione propedeutica al reclutamento, un tempo invece garantita dal sistema educativo pubblico, qualcosa di simile accade per la formazione successiva al reclutamento. Difatti, nonostante gli sforzi della Scuola Nazionale dell'Amministrazione, che però riguardano principalmente le posizioni più elevate delle amministrazioni centrali, anche la formazione continua viene prevalentemente esternalizzata a soggetti privati che propongono corsi, scelti sul mercato dalle amministrazioni, che invece potrebbero essere erogati dalle istituzioni universitarie. Queste, peraltro, conoscono una crisi di iscrizioni, dovute al calo demografico, e ben potrebbero e dovrebbero ricalibrare la propria offerta formativa sulle esigenze del *life-long learning*. In definitiva, la giuntura fra formazione continua e progressioni di carriera presenta malattie simili a quelle che colpiscono la giuntura fra formazione universitaria e concorsi.

#### 4. *Le prospettive dell'integrazione fra concorso e rapporto di lavoro nel PNRR: promesse e minacce*

Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza ha ora aperto una nuova stagione di riforme amministrative, al centro della quale si collocano le politiche di reclutamento e formazione del *civil service* italiano<sup>11</sup>. Il PNRR promette dunque di ribaltare la prospettiva fin qui prevalsa, ma minaccia al tempo stesso di riprodurla.

Iniziamo dalle promesse.

Vi è innanzitutto, come detto, la promessa di un cambiamento di paradigma rispetto alle riforme dei tempi dell'*austerità*. Allora si guardava al *civil service* italiano, anche dalla prospettiva europea, in ragione del costo che esso genera, per cui il reclutamento e lo sviluppo professionale dei dipendenti

<sup>11</sup> Sulle politiche di reclutamento ai tempi del PNRR la letteratura è già cospicua. Si vedano innanzitutto i molti pregevoli saggi contenuti in BOSCATI, ZILLI (a cura di), *Il reclutamento nella p.a. Dall'emergenza alla nuova normalità*, Wolters Kluwer Cedam, 2022 e in precedenza in CARABELLI, ZOPPOLI L. (a cura di), *Rinnovamento delle PA e nuovo reclutamento*, in *QRGL*, 2021. In precedenza, una analisi accurata in D'ALESSIO, *Il reclutamento del personale e della dirigenza delle pubbliche amministrazioni*, in *LPA*, 2020, I, 3 ss. Di recente FIORILLO, *Funzionamento delle amministrazioni e reclutamento del personale*, in *GDA*, 2023, 2, p. 185 ss e GAGLIARDI, *Il pubblico concorso come funzione amministrativa*, cit., specie p. 193 ss.; GENTILE, *Il reclutamento pubblico: aspetti organizzativi, modelli di selezione e nuovi assetti*, Giappichelli, 2023. A questi recenti lavori monografici si rimanda anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

andavano bloccati, così come la formazione del personale. Ci si è poi resi conto che queste politiche hanno forse ridotto i costi, ma ancor più hanno limitato la capacità amministrativa, decisiva quest'ultima, anche nella prospettiva europea, per realizzare la c.d. doppia transizione, digitale ed ecologica. E allora non stupisce che la riforma amministrativa, divenuta condizione abilitante per la “ripresa e resilienza” del Paese, ponga oggi al centro dell'azione riformatrice precisamente ciò che prima era rimasto ai margini, vale a dire la questione del capitale umano, delle sue competenze, nonché del complessivo sistema attraverso cui quelle competenze sono acquisite, rinnovate, gestite, sviluppate. Il concorso è parte essenziale di questo complessivo e unitario sistema, non più un elemento separato ed esterno, trascurato dai riformatori ai tempi dell'*austerità* così come anche, in precedenza, nella stagione della privatizzazione.

La seconda promessa è difatti precisamente quella della integrazione delle politiche di gestione delle risorse umane. Ne è espressione il c.d. PIAO, che dovrebbe rappresentare lo strumento per introdurre nel settore pubblico una efficace pianificazione strategica dei fabbisogni di competenze, la quale sappia poi orientare e coordinare i programmi delle assunzioni, della mobilità, delle progressioni di carriera, degli interventi formativi<sup>12</sup>. Il PIAO dovrebbe contenere una pianificazione strategica, che prende le mosse dall'analisi organizzativa, individua poi i ruoli e le posizioni, ne descrive le rispettive mansioni (*job description*), ne trae infine un quadro delle competenze necessarie per svolgerle (*job profile*), che può riferirsi ad una specifica posizione o, più spesso, ad una categoria di esse o a una famiglia professionale.

Di qui la terza promessa, che è quella di una rivisitazione dei sistemi di classificazione professionale, che li renda finalmente meno formalistici e provveda a collegare l'inquadramento a categorie omogenee di mansioni esigibili, le quali a loro volta sono identificate da uno stesso *set* di competenze, costituite certamente da conoscenze tecniche, ma anche da competenze trasversali, capacità, attitudini, motivazioni, etc. Tale è l'ambizione delle disposizioni

<sup>12</sup> L'art. 6 del decreto legge n. 80 del 2021, in particolare, prevede che il PIAO definisca “compatibilmente con le risorse finanziarie riconducibili al piano triennale dei fabbisogni di personale ... gli strumenti e gli obiettivi del reclutamento di nuove risorse e della valorizzazione delle risorse interne, prevedendo, oltre alle forme di reclutamento ordinario, la percentuale di posizioni disponibili nei limiti stabiliti dalla legge destinata alle progressioni di carriera del personale, anche tra aree diverse, e le modalità di valorizzazione a tal fine dell'esperienza professionale maturata e dell'accrescimento culturale conseguito anche attraverso le attività poste in essere ai sensi della lettera b)”, vale a dire le attività formative.

contenute nei nuovi contratti collettivi, secondo cui infatti le aree di inquadramento dei dipendenti corrispondono a “livelli omogenei di competenze, conoscenze e capacità”.

La quarta promessa è, di conseguenza, quella di innovare i sistemi di reclutamento, non soltanto accelerando i concorsi e digitalizzandoli, nel tentativo di recuperare la capacità amministrativa necessaria per realizzare i progetti del PNRR entro il 2026, ma soprattutto modernizzandoli nella sostanza, rendendone la relativa disciplina flessibilmente adattabile al *set* di competenze richieste, da intendersi, come detto, come insieme di conoscenze, capacità, attitudini e motivazioni<sup>13</sup>. Ciò richiede che le amministrazioni, nel rispetto dei principi di imparzialità, trasparenza e oggettività della selezione, immaginino nuove tipologie di prove, secondo prassi diffuse nel settore privato e riconosciute a livello internazionale, raccomandate anche dalla Scuola Nazionale dell'Amministrazione con apposite linee guida per il reclutamento della dirigenza.

La quinta promessa riguarda infine il potenziamento della formazione, da realizzarsi non soltanto finanziando progetti e indicando ambiziose *milestones* in termini di partecipanti a corsi di formazione da svolgersi entro il 2026, ma anche e soprattutto innovando la *governance* della formazione e i suoi collegamenti con i processi di reclutamento e carriera dei dipendenti pubblici. Il PNRR e i provvedimenti attuativi aspirano a ristabilire innanzi-

<sup>13</sup> L'art. 28, comma 1-bis, del d.lgs. n. 165 del 2001, introdotto dall'art. 3, comma 3, della legge n. 113 del 2021, stabilisce che “nelle procedure concorsuali per l'accesso alla dirigenza in aggiunta all'accertamento delle conoscenze delle materie disciplinate dal decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 1994, n. 487, i bandi definiscono gli ambiti di competenza da valutare e prevedono la valutazione delle capacità, attitudini e motivazioni individuali, anche attraverso prove, scritte e orali, finalizzate alla loro osservazione e valutazione comparativa, definite secondo metodologie e standard riconosciuti”. L'art. 35-quater del d. lgs. n. 165 del 2001, introdotto dall'art. 3 del decreto-legge n. 36 del 2022, prevede che le prove di concorso per l'assunzione di personale non dirigenziale “sono finalizzate ad accertare il possesso delle competenze, intese come insieme delle conoscenze e delle capacità logico-tecniche, comportamentali nonché manageriali, per i profili che svolgono tali compiti ...”. La disposizione aggiunge che “per profili iniziali e non specializzati, le prove di esame danno particolare rilievo all'accertamento delle capacità comportamentali, incluse quelle relazionali, e delle attitudini”. Infine, l'art. 7, comma 8, del d.P.R. n. 487 del 1994, come recentemente modificato dal d.P.R. n. 82 del 2023, prevede che “per profili iniziali e non specializzati, le prove di esame danno particolare rilievo all'accertamento delle capacità comportamentali, incluse quelle relazionali, e delle attitudini e sono finalizzate ad accertare il possesso delle competenze, intese come insieme delle conoscenze e delle capacità logico-tecniche, comportamentali nonché manageriali, per i profili che svolgono tali compiti”.

tutto un collegamento diretto fra le amministrazioni e la formazione universitaria, sia ai fini dell'accesso, mediante misure di reclutamento straordinario con contratti di apprendistato e di formazione e lavoro riservati a giovani laureati o studenti, sia ai fini della formazione continua, con programmi che incentivano l'iscrizione di dipendenti in servizio a corsi di laurea (c.d. "PA 110 e lode"). Inoltre, le riforme più recenti mirano a instaurare un collegamento più efficace anche fra la formazione continua e le progressioni di carriera dei dipendenti pubblici. I nuovi contratti collettivi prevedono al riguardo attività di formazione "che si concludono con l'accertamento dell'avvenuto accrescimento della professionalità del singolo dipendente, attestato attraverso certificazione finale delle competenze acquisite in collegamento con le progressioni economiche"<sup>14</sup>.

Ma ognuna di queste promesse di innovazione reca con sé altrettante minacce.

Innanzitutto, quanto alla promessa generale di una nuova stagione riformatrice, il collegamento di essa al PNRR gioca un ruolo ambiguo, perché la riforma è nello stesso tempo strumentale sia ad obiettivi di breve termine, come il reclutamento e la formazione del personale che entro il 2026 deve realizzare tutti progetti del Piano nel rispetto del cronoprogramma cui è subordinato il finanziamento europeo, sia a finalità di lungo termine, vale a dire l'innovazione permanente e duratura dei sistemi di reclutamento, formazione e gestione delle risorse umane. Tuttavia, non sempre breve e lungo termine sono facilmente armonizzabili. Spesso, come usa dire, presto e bene non conviene. La minaccia è dunque che massicce e affrettate immissioni in servizio, o vasti interventi formativi preparati e realizzati in tempi rapidi, o ancora generalizzati scivolamenti verso inquadramenti superiori, disposti in sede di "prima applicazione" delle nuove norme contrattuali, avvengano a detrimento della accuratezza delle valutazioni che dovrebbero illuminare tali scelte. E metodi approssimativi rischiano anche di stabilizzarsi, contraddicendo gli obiettivi stessi della riforma. Se ne vedranno fra breve alcuni esempi.

In secondo luogo, la promessa della pianificazione strategica dei fabbisogni di competenze rischia di atterrare su una preesistente prassi amministrativa fatta di tante separate pianificazioni vissute come altrettanti formali adempimenti. La minaccia, che appare assai concreta a giudicare dalle prime

<sup>14</sup> Cfr. ccnl Funzioni centrali, art. 31; ccnl funzioni locali, art. 55.

esperienze, è che i PIAO si risolvano in una raccolta dei precedenti strumenti di pianificazione, giustapposti fra di loro in un documento unico, che però non è anche un programma unitario<sup>15</sup>. Il rischio è anche che ciascuno di questi separati programmi mantenga i tratti originari: ad esempio, la programmazione dei fabbisogni di personale minaccia di riprodurre la dinamica sostitutiva del personale cessato, senza sviluppare adeguate metodologie di analisi qualitative e prospettive delle tipologie di competenze che nell'organizzazione sono e saranno presenti o carenti.

In terzo luogo, la promessa della riclassificazione del personale è stata operata dalla contrattazione collettiva nazionale definendo ampie aree di inquadramento, identificate da “livelli” di competenze necessarie per svolgere attività molto diversificate, demandando ai contratti integrativi il compito di definire, all'interno di esse, più specifiche “famiglie professionali”, identificate da tipologie di competenze necessarie per lo svolgimento attività professionali omogenee. Ma poi la stessa contrattazione nazionale afferma che sono esigibili tutte le mansioni incluse nell'area, a prescindere dall'inquadramento nella famiglia professionale, il cui rilievo rischia di divenire pertanto modesto, anche ai fini della pianificazione dei fabbisogni di competenze, dei concorsi che ad essi si ricollegano, così come dei piani formativi e di progressione in carriera, etc. Insomma, la minaccia è che ciò che conta resterà sempre e solo l'area di inquadramento e, quindi, il “livello” verticale e formale delle competenze, più che il loro specifico “contenuto” professionale. In questo caso, al di là di una riverniciatura linguistica delle declaratorie, tutto resterebbe tale e quale.

Sulla quarta promessa, cioè quella della riforma dei concorsi, si concentrano però le più gravi preoccupazioni. La prima e principale minaccia è rappresentata dalla spaventosa arretratezza di gran parte della cultura istituzionale italiana, soprattutto – duole riconoscerlo – nella sua componente giuridica, che tuttora domina tale cultura. L'impreparazione culturale nei rispetti di una innovazione che connota i sistemi di reclutamento utilizzati in tutto il resto del mondo, nel settore pubblico come nel settore privato, vale a dire l'ingresso di una valutazione delle c.d. *soft skills* o competenze trasversali nelle prove di concorso, è per esempio testimoniata dall'infimo

<sup>15</sup> Come ricorda anche Riccobono nel saggio citato in apertura e contenuto in questa rivista, questo rischio è stato paventato anche dal Consiglio di Stato, in sede consultiva (Cons. Stato, Sezione Consultiva per gli atti normativi, parere 26 maggio 2022, n. 902).

livello del recente dibattito pubblico sull'uso dei *test* attitudinali nei concorsi per l'accesso alla magistratura italiana. *Test* che, come già illustrato, sono obbligatori per l'accesso alla gran parte delle altre carriere della funzione pubblica e del resto sono utilizzati per la grandissima maggioranza dei lavoratori dipendenti in tutto il mondo. L'analfabetica concezione che equipara tali prove concorsuali agli esami tossicologici per accertare l'assunzione di alcolici o sostanze stupefacenti ha perfino fatto breccia nelle menti di pur autorevoli giuristi e di esponenti politici sedicenti riformatori. Tale *deficit* culturale porta con sé molte contraddizioni e minaccia una crisi di rigetto delle riforme introdotte di recente. Per esempio, l'esigenza delle amministrazioni di arricchire e raffinare il tipo di prove da somministrare ai candidati, adattandole alle competenze proprie del profilo professionale ricercato, richiede come detto un margine di flessibilità e discrezionalità nel "disegno" della struttura del concorso. Ciò avrebbe dovuto suggerire l'abrogazione dell'analitica e anacronistica disciplina contenuta nel d.P.R. n. 487 del 1994 e la sua sostituzione con strumenti di *soft law*, come le citate linee guida della SNA per l'accesso alla dirigenza. Invece, quella disciplina è stata solo aggiornata, introducendo il "nuovo" vino della verifica delle competenze, capacità e attitudini, nel vecchio otre della pesantissima impalcatura regolamentare tradizionale. Le amministrazioni saranno così chiamate a progettare le prove "*in basket*" e le interviste strutturate situazionali, per dare luogo a graduatorie che devono poi tener conto di criteri di preferenza in favore, fra gli altri, degli insigniti di medaglia al valor militare e al valor civile, oppure di coloro che abbiano prestato "lodevole servizio a qualunque titolo" nell'amministrazione che ha indetto il concorso, o abbiano il maggior numero di figli a carico, o siano atleti che hanno intrattenuto rapporti di lavoro sportivo con i gruppi sportivi militari e dei corpi civili dello Stato, etc. Il concorso rischia così di divenire una sorta di centauro, con il busto nel nuovo millennio e il resto del corpo nel Novecento (e forse la coda perfino nell'Ottocento).

Questa impressione è poi ulteriormente rafforzata da una seconda e ancor più grave minaccia. La parodia delle prove preselettive non solo è stata confermata dalle riforme attuative del PNRR, ma, in ragione della menzionata prevalenza delle esigenze di corto respiro su quelle di medio e lungo termine, quella parodia è divenuta perfino più importante di prima, finendo quasi per rappresentare, in molte e affollate procedure di reclutamento recenti, l'unico filtro selettivo per l'assunzione nei ruoli dell'ammi-

nistrazione. Secondo un rapporto del Formez<sup>16</sup>, nel biennio 2021-2022, l'Istituto ha gestito 124 bandi di concorso (che sono il 73,8% del totale dei bandi gestiti dal 2010 al 2022) per complessivi 39.759 posti, più della metà dei quali (53%) sono a tempo determinato per l'attuazione del PNRR. Tali concorsi si sono svolti secondo le “modalità semplificate” previste dal decreto-legge n. 44 del 2021 e che potranno essere utilizzate fino al 2026. Tali modalità prevedono una sola prova scritta (oltre il 93%) e la valutazione dei titoli, senza prove orali (svolte solo nel 17% dei casi). In molti casi, l'unica prova scritta è consistita in un *quiz* nozionistico, secondo la consolidata versione parodistica tipica della prassi delle prove preselettive. Le selezioni “semplificate” non soltanto sono meno approfondite e rigorose, ma anche meno attrattive per i candidati, dato che si riferiscono a posizioni precarie. Ma poi è già prevista la stabilizzazione del personale precario così assunto, che quindi rimarrà presumibilmente in organico per diversi decenni. Il rischio è un effetto di dequotazione del concorso pubblico<sup>17</sup>, che proietterà i suoi effetti sulla *Next Generation*, tanto riverita a parole quanto insultata nei fatti. La *Next Generation* si potrebbe infatti ritrovare, dopo il PNRR, non solo molti debiti, ma anche una burocrazia assunta frettolosamente, con “modalità semplificate” e, dunque, in possesso di competenze a loro volta molto “semplificate”.

L'unico modo per cancellare progressivamente le prove preselettive, superando l'esigenza per la quale esse si sono affermate, sarebbe quello di tornare ad attribuire al sistema universitario il compito di formare competenze che corrispondono al fabbisogno delle amministrazioni, tornando anche ad operare una selezione di primo livello. Questa è appunto la quinta promessa, in precedenza menzionata. Purtroppo, anche il modo in cui si prevede di mantenere tale promessa presenta luci e ombre. L'impressione è che anche in questo caso lo *short termism* abbia suggerito di percorrere scorciatoie in luogo della strada maestra. Questa consisterebbe in un faticoso e progressivo lavoro di costruzione di percorsi universitari (di laurea e post-laurea) specificamente basati sulla pianificazione dei fabbisogni di competenze delle amministrazioni, sul loro successivo accreditamento, infine sul riconoscimento degli stessi quali requisiti di accesso privilegiato ai concorsi, per esempio esentando coloro che li hanno frequentati con profitto dalle prove preselet-

<sup>16</sup> RAPPORTO FORMEZ PA 2022, *La selezione di personale delle pubbliche amministrazioni*.

<sup>17</sup> CIMINO, *Il completamento del percorso di dequotazione del pubblico concorso*, in *GDA*, 2022, I, p. 17 ss.

tive richieste agli altri candidati. Insomma, non qualsiasi laurea e qualsiasi laureato. La disciplina più recente, contenuta nell'art. 3-ter del decreto-legge n. 44 del 2023 pare saltare molti di questi passaggi e privilegiare l'idea di passerelle di accesso semiautomatiche, riservate a giovani laureati o perfino studenti universitari, dapprima assunti con contratto a tempo determinato di apprendistato o di formazione e lavoro e, poi, stabilizzati in ruolo. Dunque, non un collegamento stabile e permanente fra la formazione universitaria e i concorsi aperti a tutti, ma procedure di concorso temporaneamente riservate ad una platea di studenti (sotto i 24 anni) e di giovani laureati, che sarà meglio precisata dalle singole amministrazioni, le quali definiranno i requisiti di accesso alle selezioni e stipuleranno apposite convenzioni con specifiche istituzioni universitarie nel proprio ambito territoriale. Gli studenti e i giovani laureati in possesso dei requisiti e contemplati dalle convenzioni saranno poi reclutati, ancora una volta, mediante procedure selettive semplificate, con una sola prova scritta, che può anche consistere in questionari con risposte a scelta multipla (si veda il D.M 21 dicembre 2023). Il giudizio sull'effettivo impatto di tali misure, che hanno indubbiamente molti elementi di pregio, è prematuro e dipenderà molto da come esse saranno in concreto attuate. Ma il rischio di assunzioni una *tantum*, semplificate, riservate a studenti non ancora sufficientemente preparati non può escludersi. Più che la riforma del collegamento fra Università e concorsi, si tratterebbe di un canale di reclutamento straordinario alternativo ai concorsi ordinari, sul presupposto che essi sono inadeguati per assicurare il ricambio generazionale. Vero è che l'amministrazione ha bisogno di giovani, ma i giovani selezionati male diventano, nel tempo, vecchi selezionati male.

##### 5. Conclusioni

La separazione fra concorso e rapporto di lavoro, affermata a partire dal 1993, ha avuto un ruolo importante sul piano teorico-giuridico, in certo senso autorizzando la privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico, che altrimenti sarebbe entrata in conflitto con norme costituzionali, o comunque con una certa interpretazione delle stesse. Ma quella separazione ha contribuito a produrre anche molte conseguenze negative sul piano gestionale. L'isolamento dei concorsi è stato [tutto] fuorché splendido. I concorsi sono stati vittima sia degli abusi delle concorrenti politiche di progressioni di car-

riera e di stabilizzazioni di precari, che hanno consumato tutte le risorse ad essi potenzialmente destinabili, fino a quando l'*austerità* non ha definitivamente sottratto ogni risorsa utilizzabile, condannando l'amministrazione pubblica italiana ad un declino del proprio capitale umano, in termini di numeri complessivi, di età anagrafica, di competenze possedute. Inoltre, esclusi dalla privatizzazione e, al tempo stesso, dalle riforme che vi si ricollegavano, i concorsi sono divenuti sempre più anacronistici, non certo per i principi e i valori che essi attuano, ma per le modalità con cui si svolgono e per il mancato adattamento al mutato contesto in cui si inseriscono. La riforma degli stessi, e il loro pieno inserimento in un sistema complessivo di pianificazione dei fabbisogni di competenze e di gestione delle stesse, come annunciato dal PNRR, è condizione imprescindibile per il recupero della capacità amministrativa italiana. Ma, come insegna la storia recente e meno recente, le riforme annunciate nelle norme – e anche nei Piani – non sempre si traducono in coerenti prassi amministrative. E anche questa volta, purtroppo, non mancano dubbi e interrogativi.

## Abstract

La frattura fra concorso “pubblico” e rapporto di lavoro “privato”, affermata all'indomani della c.d. privatizzazione del pubblico impiego, è alla radice di molti nodi, che di recente sono venuti al pettine. I concorsi sono stati fatti poco e male. Dapprima, isolati nel loro universo pubblicistico, i concorsi sono stati marginalizzati dalle progressioni di carriera e dalle stabilizzazioni di precari, che, incoraggiate anche dalle regole privatistiche, hanno consumato le risorse disponibili. Poi i concorsi sono stati bloccati dalle politiche di austerità, che hanno determinato un complessivo depauperamento del capitale umano. Quando poi sono stati fatti, i concorsi sono stati fatti male, perché, esclusi dalla privatizzazione, sono stati esclusi anche dalle riforme. Sono divenuti nel tempo sempre più anacronistici per le modalità con cui si svolgono. La riforma dei concorsi e la loro piena integrazione con le altre regole di gestione del personale pubblico, anche a prescindere dal regime giuridico, è ora l'obiettivo delle “nuove” riforme annunciate dal PNRR, le quali sono però attese alla prova dei fatti.

The rift between “public” open competition and “private” employment relationship, established in the aftermath of the so-called privatization of the civil service, is at the root of many knots, which have recently come to a head. Competitions have been done little and badly. First, isolated in their publicistic universe, competitions were marginalized by career progressions and stabilizations of precarious workers, which, also encouraged by private rules, consumed available resources. Then competitions were blocked by austerity policies, which resulted in an overall depletion of human capital. When they were then made, the competitions were made badly, because, excluded by privatization, they were also excluded by reforms. They have become increasingly anachronistic over time because of the way they are conducted. The reform of competitions and their full integration with the other rules of public personnel management, even apart from the legal regime, is now the goal of the “new” reforms announced by the NRP, which are, however, awaited when they are put to the test.

## Keywords

Concorso pubblico, impiego pubblico competenze, carriera, riforme.

Public competition, public employment, skills, career, reforms.



**Franca Borgogelli**  
Le contraddizioni nella disciplina  
del Codice di comportamento

Sommario: **1.** Premessa. **2.** L'evoluzione della disciplina del Codice di comportamento. **3.** Le inadeguatezze delle ultime riforme.

I. *Premessa*

L'invito a riflettere sulle “metamorfosi del lavoro pubblico in trent'anni di riforme” considerando “intrecci, ostacoli, contraddizioni, potenzialità degli interventi legislativi”, esplicito nel titolo del Convegno in cui si colloca questo contributo<sup>1</sup>, è impegnativo: obbliga a seguire un percorso tortuoso, anche se il succedersi continuo di modifiche normative non ha “mai messo in discussione l'impianto della riforma del 1992/1993”. Tra i pilastri di quell'impianto c'era l'abolizione del rapporto gerarchico e della supremazia speciale e l'affermazione che l'autorità datoriale è esercitata dagli organi preposti alla gestione, ovvero i dirigenti, con le capacità e i poteri del privato datore di lavoro. Quel pilastro non è stato abbattuto: il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (d'ora innanzi PA) è tutt'ora fondato su un rapporto contrattuale e l'art. 5, co 2, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, che ricalca nella sostanza l'art. 4, co. 2, d.lgs. 3 febbraio 1993 n.29, rappresenta tutt'ora un fondamentale riferimento per l'interprete. Tuttavia gli interventi eteronomi successivi lo hanno seriamente intaccato, mettendo a rischio la stabilità dell'edificio, o comunque certamente danneggiandola: l'espansione, sempre

<sup>1</sup> *Le metamorfosi del lavoro pubblico in trent'anni di riforme (1993-2023). Intrecci, ostacoli, contraddizioni, potenzialità degli interventi legislativi*, Convegno di Studio, Napoli 29-30 novembre 2023. La citazione è dalla *Testimonianza* di Mario Rusciano nel Convegno.

più pervasiva e puntuale, del protagonismo legislativo ha inciso in modo rilevante sulla coerenza del modello originario, determinando contraddizioni che ne hanno compromesso l'efficacia. In particolare è risultata in qualche modo alterata la figura del dirigente pubblico: assimilato formalmente al *manager*, è stato di fatto progressivamente ricondotto a un ruolo di mero esecutore.

Questa è una contraddizione perché costruire e imporre per legge il comportamento manageriale significa, in realtà, non tanto “obbligare” i dirigenti riottosi a comportarsi secondo il modello privatistico, quanto riproporre il vecchio modello pubblicistico della mera obbedienza al comando della legge, togliendo alla loro azione proprio due caratteri tipici del datore di lavoro privato: l'essenziale autonomia decisionale e la flessibilità nel potere di conformare la prestazione del lavoratore alle esigenze dell'organizzazione. Si altera così il modello contrattuale che definisce il potere datoriale di organizzare e gestire il personale alla luce dei principi introdotti dallo Statuto dei lavoratori, i quali lo limitano a tutela dei diritti dei lavoratori, ma nel contempo lo legittimano. Modello applicato dalla riforma del 1992-93 anche al lavoro pubblico, per il quale la valutazione, a valle, dei risultati raggiunti ne garantisce la conformità rispetto al principio costituzionale del buon andamento<sup>2</sup>.

Emblematica di questa discrasia è la regolazione del potere disciplinare posta in essere dalla Riforma Brunetta del 2009 e sostanzialmente confermata dalla Riforma Madia nel 2017. Un sistema di norme di fonti eterogenee, connotato da problemi di stratificazioni e sovrapposizioni, che ‘sommangono’ la dirigenza pubblica di compiti puntualmente definiti, ponendo l'accento più sulla responsabilità disciplinare che sulla responsabilità manageriale, di fatto marginalizzando le funzioni organizzative e gestionali. Con prevedibili conseguenze sul raggiungimento dell'obiettivo di assicurare efficacia ed efficienza all'azione delle PA: la figura di un dirigente la cui attività deve essere orientata al raggiungimento degli obiettivi programmati e valutata in relazione ai risultati mal si concilia con la figura di un dirigente “controllore”, in cui prevalgono le funzioni ispettive e sanzionatorie.

<sup>2</sup> ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *DLRI*, 1993, p. 461 ss. La bibliografia sul tema è troppo ampia per poter essere qui richiamata: ci si limita pertanto a rinviare, anche per i riferimenti bibliografici, alla relazione di MONDA, *La dirigenza pubblica tra amministrazione e politica*, al Convegno di Studio su *Le metamorfosi del lavoro pubblico in trent'anni di riforme (1993-2023)*, cit.

Paradigmatica delle incoerenze derivate da discutibili scelte legislative si configura la disciplina del *Codice di Comportamento dei dipendenti pubblici* nella veste assunta, dopo le modifiche all'art. 54 d.lgs.165/01 disposte dalla legge 6 novembre 2012 n. 190, con il d.P.R. 16 aprile 2013 n. 62; e anche dopo le recenti integrazioni del Codice dettate dal d.P.R. n. 81 del 13 giugno 2023 per adeguarlo alle ulteriori modifiche dell'art.54 d.lgs. 165/01 disposte dal d.l. 30 aprile 2022 n. 36 (convertito in l. 29 giugno 2022 n. 79). Questi ultimi interventi sulla disciplina del codice si collegano in particolare alla necessità di adeguare le regole ai mutamenti organizzativi verificatisi nelle PA a seguito dell'introduzione di innovazioni tecnologiche e all'utilizzo dei nuovi strumenti digitali<sup>3</sup>.

Può essere dunque utile tornare a riflettere sul Codice di comportamento, guardando sia all'evoluzione della disciplina sia alla regolamentazione vigente, che sembra confermare e proiettare nel futuro criticità non irrilevanti.

## 2. *L'evoluzione della disciplina del Codice di comportamento*

Sin dal suo primo inserimento nel sistema regolativo del lavoro pubblico il Codice di comportamento ha presentato difficoltà di inquadramento e qualificazione e le sue disposizioni hanno sollevato numerosi interrogativi. Le problematiche – di carattere interdisciplinare<sup>4</sup> – sono troppo complesse per poter essere anche solo sinteticamente richiamate: nei limiti di questa riflessione e delle sue finalità si mettono in evidenza solo alcuni elementi della disciplina del codice e le loro interazioni.

Alla sua “nascita” – dovuta all'art. 58 *bis*, introdotto nel d.lgs. 29/93 dall'art. 26 del decreto legislativo correttivo 23 dicembre 1993 n. 546 e e al Decreto del Ministro della Funzione Pubblica 31 marzo 1994 – il Codice di comportamento si configura come un insieme di indicazioni normative in

<sup>3</sup> Sul Codice di comportamento e con riguardo alla “sua proiezione informatica” v. da ultimo la relazione di ZILLI, *Il rapporto di lavoro: poteri dell'amministrazione e obblighi del lavoratore* al Convegno di Studio su *Le metamorfosi del lavoro pubblico in trent'anni di riforme (1993-2023)*, cit.

<sup>4</sup> Coinvolgono infatti delicate questioni di rapporti tra etica e diritto; in dottrina, *ex multis*: MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, il Mulino, 2007; MERLONI, *Codici di comportamento*, in *Il libro dell'anno del Diritto 2014*, Treccani, 2014, §1; CARLONI, *I codici di comportamento 'oltre' la responsabilità disciplinare*, in *LPA*, 2017, p. 164 ss.

cui la funzione etica e pedagogica prevale su quella disciplinare; ed è rispettoso delle competenze negoziali della contrattazione collettiva in materia disciplinare<sup>5</sup>. Al riguardo è significativo richiamare ciò che scriveva Mattarella a commento del codice del 1994, evidenziando il “valore educativo delle norme di comportamento”, quale “prima esperienza di etica pubblica nell’ordinamento italiano”, un codice etico dunque che serve “per aiutare e per guidare, non per punire o reprimere”: il fine del codice è “di indirizzare piuttosto che costringere”. Osserva altresì che “dal punto di vista del valore giuridico, la previsione dell’art. 58bis d.lgs. 29/93 è aperta: in base ad essa il codice potrebbe anche rimanere rilevante solo a livello di indirizzo, senza rilevanza disciplinare”<sup>6</sup>. Poi tuttavia il Codice del 1994 dispone che il Presidente del Consiglio dei Ministri impartisca all’ARAN “direttive volte ad assicurare il recepimento del codice nei contratti collettivi di lavoro e a coordinare i principi con la materia della responsabilità disciplinare” (art. 1, c. 3). È opportuno dunque richiamare anche le perplessità di Lorenzo Zoppoli su “un ‘oggetto misterioso’ dal punto di vista tecnico giuridico, anche se chiaro dal punto di vista culturale organizzativo”, il quale se “nella forma e nella sostanza sembra invero più destinato a volgere i suoi effetti su un piano etico e metagiuridico” fino a che “rimarrà ambiguo come all’atto della sua introduzione, esso va considerato contraddittorio e pericoloso”<sup>7</sup>.

La sostituzione delle disposizioni dell’art.58bis, d.lgs. 29/93 da parte dell’art. 27 d.lgs. 30 marzo 1998 n. 80, poi trasfuso nell’art. 54 d.lgs.165/2001, porta a un nuovo Codice di comportamento, approvato con d.p.c.m. del 30 novembre 2000. Si riscontrano alcune novità significative (tra cui la previ-

<sup>5</sup> Ai sensi dell’art.58bis il Codice è definito dal Dipartimento della Funzione pubblica, sentite le confederazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale, “anche in relazione alle necessarie misure organizzative da adottare al fine di assicurare la qualità dei servizi” (co. 1) ed è consegnato al dipendente all’atto dell’assunzione (co. 2); Il Presidente del Consiglio dei Ministri “formula” direttive all’ARAN “perché il codice venga recepito nei contratti, in allegato”.

<sup>6</sup> MATTARELLA, *L’etica pubblica e i codici di condotta (riflessioni sul codice di comportamento dei dipendenti pubblici)*, in *LD*, 1994, p. 525 ss., le cit. nell’ordine: pp. 538, 540, 527 (ove riporta anche le parole di Leopoldo Elia in un dibattito parlamentare circa l’intento che è stato “più che di sanzionare comportamenti difformi quello di dirigere, di avviare comportamenti conformi”), p. 533.

<sup>7</sup> ZOPPOLI L., *Il potere disciplinare nel passaggio dal ‘pubblico’ al ‘privato’*, in RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dell’impiego nelle pubbliche amministrazioni*, il Mulino, 1995, p. 419 ss., le cit. pp. 424 e 425.

sione di specifici codici per ogni singola PA), ma non rilevanti per il profilo qui preso in esame: si ribadisce infatti che sono i contratti collettivi a provvedere al coordinamento dei principi del codice con le previsioni negoziali in materia di responsabilità disciplinare, in base a direttive delle PA all'ARAN (art. 54, co. 3, d.lgs. 165/2001). Sull'applicazione dei codici "vigilano i dirigenti responsabili di ciascuna struttura" (art. 54, co. 6, d.lgs. 165/2001).

Dunque il Codice di comportamento si configurava all'origine in termini diversi da quelli attuali: la dottrina ne aveva segnalato ambiguità e rilevata un'anima ibrida, ma si creava comunque un qualche equilibrio tra il dettato pedagogico e i 'suggerimenti' alla contrattazione collettiva per l'attribuzione di un rilievo disciplinare alla violazione dei "principi" del codice<sup>8</sup>.

Un equilibrio che viene compromesso dalla legge 190/2012, *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e della illegalità nella pubblica amministrazione*, che modifica l'art. 54 d.lgs. 165/2001, ovvero la norma fonte, e dal nuovo Codice, emanato con il d.p.r. n. 62/2013. Il Codice di comportamento cambia volto: le sue regole mutano sia nel rapporto con la contrattazione collettiva sia nelle funzioni.

Infatti, all'intero codice viene attribuita una valenza disciplinare<sup>9</sup> vincolando al suo rispetto la negoziazione collettiva, il cui ruolo diviene ancillare, limitato alla definizione delle sanzioni<sup>10</sup>; e la funzione preventiva, di orientamento valoriale delle condotte, si marginalizza, accentuandosi quella repressiva, in modo da assicurare che il codice sia direttamente assistito da sanzioni disciplinari. Nel contempo si ampliano i contenuti: come è stato rimarcato nel commentare il nuovo codice, evidenziando la eterogeneità

<sup>8</sup> Si rinvia a GARGIULO, *La prestazione lavorativa tra prescrizioni etiche e obblighi contrattuali. Fonti e contraddizioni nella delimitazione dell'area di debito del dipendente pubblico*, in *LPA*, 2014, 1, p. 17 ss. per una interessante e pienamente condivisibile lettura in chiave sistematica della configurazione del Codice prima della riforma del 2012 (e *ivi* i riferimenti bibliografici).

<sup>9</sup> "La violazione dei doveri contenuti nel codice di comportamento, compresi quelli relativi all'attuazione del Piano di prevenzione della corruzione, è fonte di responsabilità disciplinare": art. 54, co. 3, primo periodo. Sparisce la consultazione delle organizzazioni sindacali nel procedimento di elaborazione: il codice è approvato con d.p.r. (si noti l'evoluzione: il primo codice approvato con decreto ministeriale, il secondo con d.p.c.m., il terzo con d.p.r.) previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per la PA e la semplificazione, previa intesa in sede di Conferenza unificata.

<sup>10</sup> V. l'art. 16 d.p.r. 62/2013. Si noti tuttavia che l'ultimo periodo dell'art. 54, co. 3. come modificato dall'art. 1, co. 44, l. 190/2012 prescrive che "Violazioni gravi o reiterate del codice comportano l'applicazione della sanzione di cui all'articolo 55-*quater*, comma 1", ovvero il licenziamento.

delle funzioni, si cerca di “tenere assieme efficienza organizzativa, qualità del servizio, prevenzione della corruzione; profili diversi il cui amalgama appare davvero complesso”<sup>11</sup>. Se si considera la configurazione del codice si osserva come con le nuove regole si realizzi una progressiva attribuzione al potere disciplinare di valenze che possono apparire estranee e comunque sono eccedenti la funzione punitiva dissuasiva tradizionale, riguardando in particolare anche profili attinenti al tema della valutazione. Si chiede infatti al Codice da un lato di potenziare il livello di efficienza degli uffici e contrastare i fenomeni di scarsa produttività, dall’altro di garantire onestà e lotta alla corruzione, dando rilievo prioritario al principio di imparzialità; di conseguenza, ricomprendendo tutte le sue norme nel sistema disciplinare, si finisce con il configurare l’esercizio di questo potere non più come reazione a una patologia nell’organizzazione del lavoro, ma come un elemento fisiologico dell’organizzazione amministrativa.

È opportuno ricordare altresì come dai nuovi caratteri del Codice di comportamento – significativamente rappresentati dal dato lessicale del continuo riferimento ai “doveri” dei dipendenti, piuttosto che agli “obblighi” propri di una relazione contrattuale, e dai numerosi rinvii alle norme sull’anticorruzione e la trasparenza – abbia ripreso forza la tesi, sostenuta da una parte della dottrina amministrativistica già dopo la riforma del 2009, che alla nuova regolazione del sistema disciplinare consegua una qualificazione giuridica pubblicistica delle norme, o comunque una “ripubblicizzazione strisciante” del sistema regolativo. Evidenziato come il codice di comportamento sia “in grado (ora) di svolgere non solo una funzione ‘preventiva’, di orientamento valoriale delle condotte, ma anche ‘repressiva’, assicurata dal fatto che il codice è ora direttamente assistito da sanzioni (non solo, ma in primo luogo), disciplinari”, si sottolinea l’importanza del suo ruolo quale strumento attraverso il quale “possono entrare, tra le situazioni di doverosità assistite da sanzione disciplinare, quelle relative a questioni di interesse pubblico e non riconducibili in una dimensione essenzialmente sinallagmatica (...) a presidio di un’area di “specialità” del rapporto irriducibile nelle dinamiche negoziali e di scambio”<sup>12</sup>. Si ripropone in sostanza la tesi

<sup>11</sup> Così GARGIULO, *op. cit.*, qui p. 32, a cui si rinvia per la puntuale analisi critica delle discutibili ‘novità’. I commenti della dottrina sono troppo numerosi per poter essere richiamati: ci si limita a rinviare, da ultimo, all’ampia analisi critica di LAFORGIA, *Autorità, contratto, poteri nel lavoro pubblico*, Cacucci, 2023, p. 226 ss., anche per i riferimenti bibliografici.

<sup>12</sup> Così CARLONI, *I codici di comportamento*, cit., pp. 168 e 172. Per queste letture da parte

per cui il sistema disciplinare apparirebbe ora, come nella fase anteriore alla privatizzazione, espressione della pretesa punitiva dell'autorità, in una logica pubblicistica di perseguimento di interessi generali.

La dottrina giuslavorista ha dimostrato come ci siano fondati argomenti per respingere tali tesi, ricostruendo sul piano interpretativo una coerenza nel sistema delle fonti tra legge, codice di comportamento, contratto collettivo e così superando le discrasie create dal legislatore<sup>13</sup>. In particolare, per i rilievi critici circa la ritenuta difficoltà o impossibilità di ricondurre al sinallagma contrattuale i “doveri” indicati nel codice di comportamento che si collegano ai valori deontologici del funzionario pubblico si possono trovare risposte in una lettura – adeguata al contesto – delle nozioni di diligenza e fedeltà di cui agli artt. 2104 e 2105 c.c., e nelle elaborazioni giurisprudenziali sulla nozione di giusta causa di licenziamento. Ancora, nei rinnovi dei contratti collettivi di comparto per il triennio 2016–2018, e nei successivi siglati per il triennio 2019–2021, si richiamano, tra gli “obblighi” dei dipendenti, quelli contenuti nel Codice di comportamento nazionale e in quelli delle singole PA, riconducendo così alla fonte contrattuale l'indicazione dei “doveri” ivi contemplati. Si aggiunga che, secondo il dettato della giurisprudenza, ai fini disciplinari i comportamenti vietati devono essere tipizzati e articolati; pertanto per la tipologia delle infrazioni come per le sanzioni la sede negoziale può garantire una armonizzazione tra norme autonome ed eteronome: la disciplina privatistica, il cui esplicito richiamo è tutt'ora presente nell'art. 55, co. 2, d.lgs. 165/2001, impone di specificare e precisare. Rimane tuttavia irrisolto, tra l'altro, l'aspetto critico delle sempre più accentuate interferenze con il sistema della valutazione, che possono, in assenza di adeguato coordinamento, determinare confusioni e ambiguità nell'intreccio tra il piano degli inadempimenti e degli illeciti, e quello, ben diverso, del raggiungimento della qualità nei livelli di prestazione. Senza peraltro che risulti raggiunto l'obiettivo di contrastare la corruzione e garantire effettivamente l'imparzialità e il rispetto dei principi etici.

della dottrina amministrativistica v. altresì tra gli altri, MERLONI, *Codici di comportamento*, cit.; CAVALLO PERIN, *Codice di comportamento e sistema disciplinare*, in CORPACI, DEL PUNTA, MONACO, *La riforma del lavoro pubblico*, Franco Angeli, 2018, p. 143 ss.

<sup>13</sup> V. in particolare GARGIULO, *op. cit.* Per i riferimenti alla lettura della dottrina giuslavorista, troppo numerosi per poter essere qui richiamati, si rinvia a BORGOGELLI, *Prevenzione della corruzione, codice di comportamento e ruolo del dirigente pubblico quale datore di lavoro*, in IANUS, *https://www.rivistaianus.it*, 2022, 25, p. 43 ss. Da ultimo, v. LAFORGIA, *op. cit.*, e ZILLI, *op. cit.*

### 3. *Le inadeguatezze delle ultime riforme*

La molteplicità e la difformità delle funzioni che caratterizzano il Codice di comportamento – senza tener conto della necessaria differenziazione tra piani diversi relativi alla gestione del personale, quali sono quello della prevenzione e repressione degli illeciti e quello della organizzazione e della *performance* – si rivela particolarmente criticabile nel momento in cui la necessità di rendere la pubblica amministrazione efficiente diventa impellente a fronte degli impegni assunti con il PNRR e, più in generale, in relazione alle nuove esigenze connesse alla gestione dei radicali cambiamenti indotti dalla rivoluzione tecnologica.

Tutte le rilevazioni e le analisi sulla situazione delle PA evidenziano che ciò che si impone oggi è sia attrarre al lavoro nel settore pubblico personale giovane e altamente qualificato, sia qualificare professionalmente con la formazione continua il personale già presente per renderlo aggiornato e competente, ma anche motivato e gratificato, attribuendo rilievo anche nel settore pubblico alla dimensione individuale e alla cura del c.d. benessere organizzativo, così come sempre più diffusamente avviene nel settore privato<sup>14</sup>. È altresì necessario rendere il personale in grado di gestire un sistema organizzativo delle PA sempre più non solo digitalizzato, ma caratterizzato dall'intervento massiccio degli algoritmi e dell'Intelligenza artificiale; il che comporta, in particolare per i dirigenti, la capacità di interagire contemperando in questo contesto la tutela del personale e l'interesse dell'amministrazione, i principi di trasparenza e la sicurezza dei dati personali, secondo anche le indicazioni della normativa europea.

A fronte di ciò, le integrazioni al d.p.r. n. 62/2013 – dettate dall'art. 4 d.l. 36/2022 (conv. in l. 79/2022), recante “Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del PNRR”, al fine di introdurre nel Codice di comportamento “misure in materia di utilizzo delle tecnologie informatiche e dei mezzi di informazione e *social media*” – attuate con il d.p.r. 81/2023 appaiono inadeguate e insufficienti, riproponendo altresì i “difetti” della normativa vigente, a cui si devono i deludenti risultati sin qui raggiunti.

Al riguardo sono significative – e condivisibili – le critiche contenute nei due Pareri, peraltro disattesi, del Consiglio di Stato sullo schema del re-

<sup>14</sup> V. NICOSIA, *Potere datoriale pubblico, lezione dello Statuto e management umanistico nello smart working post emergenziale*, in *QDLM*, 2021, 10, p. 259 ss.

golamento<sup>15</sup>; nel secondo si osserva tra l'altro “una pluralità di regole connotate da un elevato dettaglio casistico, ma al contempo da una indeterminazione delle condotte sanzionabili (...)”, che rischia di rendere anche disomogenea l'applicazione delle norme. Infatti, norme troppo puntuali e insieme troppo generiche sono di difficile traduzione sul piano sanzionatorio; e potrebbero determinare differenziazioni rilevanti tra le PA qualora i codici delle singole amministrazioni non si limitassero, come per la maggior parte dei casi hanno fatto sinora, a ricalcare le disposizioni delle norme del codice nazionale. Si aggiunga anche il rischio di lasciare molto spazio ad interpretazioni difformi dei giudici.

Fra l'altro, si tratta di norme che appaiono sostanzialmente inutili, perché in buona parte ripetitive: a ben vedere, già i principi generali avrebbero potuto garantire le PA, e anche la loro immagine, da comportamenti illeciti posti in essere tramite i sistemi digitali.

In altri termini, poiché i nuovi illeciti, indicati in modo insieme puntiglioso e generico, ripetono, con riferimento agli strumenti digitali, fattispecie di illeciti che già sarebbero stati configurabili applicando i principi generali, si aumentano i contenuti repressivi, ma più a parole che nei fatti, e non si dà alcun reale contributo di adeguamento alla nuova realtà.

Per quanto concerne gli aspetti di cui il Codice pure si occupa, ma che in realtà non hanno legami con il sistema disciplinare, poiché attengono ai criteri di gestione del personale collegati all'organizzazione del lavoro, alla formazione, alla qualità delle prestazioni, nonché i profili riconducibili alla formula della “garanzia del benessere”, le nuove disposizioni paiono confermare e accentuare l'incongruenza di collocare tali tematiche – molto importanti – nel contesto di un codice di comportamento a cui si attribuisce la valenza di componente fondamentale del sistema disciplinare. Paradigmatici al riguardo sono i nuovi precetti introdotti nell'art. 13, che contiene “Disposizioni particolari per i dirigenti”. Dopo la precisazione, inserita nel comma 4, che il comportamento del dirigente deve essere “esemplare in termini di integrità, imparzialità, buona fede e correttezza, parità di trattamento,

<sup>15</sup> V. i pareri, e le censure, del Cons. St. 19 gennaio 2023 n. 93, interlocutorio e 14 aprile 2023 n. 584 definitivo, sullo schema del regolamento che viene poi approvato in Consiglio dei Ministri il 21 maggio 2023. Nel secondo si rileva anche la “peculiarità” del sottoporre di nuovo il medesimo testo senza aver corretto le criticità segnalate dal Consiglio di Stato. Per un commento che evidenzia i limiti delle nuove norme: MIDIRI, *La correttezza dei dipendenti pubblici in ambiente digitale*, in *GDA*, 2023, 4, p. 469 ss.

equità, inclusione e ragionevolezza”, si aggiunge il comma 4*bis*, ove si legge che “il dirigente cura la crescita professionale dei collaboratori favorendo le occasioni di formazione e promuovendo opportunità di sviluppo interne ed esterne alla struttura di cui è responsabile”. Il comma 5 ha un nuovo testo: “Il dirigente cura, compatibilmente con le risorse disponibili, il benessere organizzativo nella struttura a cui è preposto, favorendo l’instaurarsi di rapporti cordiali e rispettosi tra i collaboratori, nonché di relazioni interne ed esterne alla struttura basate su una leale collaborazione e su una reciproca fiducia e assume iniziative finalizzate alla circolazione delle informazioni, all’inclusione e alla valorizzazione delle differenze di genere, di età e di condizioni personali”. Al comma 7, ove si chiede al dirigente di svolgere la valutazione del personale “con imparzialità e rispettando le indicazioni e i tempi prescritti”, si aggiunge: “misurando il raggiungimento dei risultati e il comportamento organizzativo”.

La critica non riguarda il merito di queste regole, certamente condivisibile<sup>16</sup>, ma il contesto in cui sono collocate, un codice parte integrante del sistema disciplinare e configurato come strumento sanzionatorio. Si è in presenza dunque ancora di una contraddizione, perché si tratta di tematiche che dovrebbero essere trattate nel contesto di un codice diretto a indirizzare e guidare, non a punire e reprimere, o comunque di uno strumento rivolto alla conformazione di metodi organizzativi e gestionali adeguati a garantire i risultati di efficacia-efficienza-economicità che la collettività si aspetta, a regolare profili concernenti il sistema di valutazione, e le sue molteplici e rilevanti finalità, che hanno ricadute sulla retribuzione e ora anche sul percorso di carriera dei dipendenti. Porre tali tematiche sotto l’ombrello del sistema disciplinare, dell’inadempimento da sanzionare, appare incongruo.

Si può aggiungere in conclusione che si tratta di profili e tematiche per le quali si potrebbe anche tornare a parlare di armonizzazione tra disciplina del lavoro pubblico e privato, prospettando una ricerca comune del modo migliore di garantire le esigenze datoriali e le esigenze dei lavoratori a fronte di innovazioni radicali e ancora neppur ben comprese nelle loro implicazioni (si pensi all’utilizzo dell’intelligenza artificiale, oggetto di analisi, riflessioni, interrogativi). In questo ambito, che il risultato dell’attività svolta sia il profitto valutato dal mercato e dagli *stakeholder*, come nel settore privato, o l’interesse pubblico, vagliato da un sistema di valutazione che tenga effettivamente

<sup>16</sup> V. al riguardo ZILLI, *op. cit.*

conto anche del parere degli utenti dei servizi pubblici, come nel settore pubblico, lo scambio di studi e riflessioni potrebbe offrire utili indicazioni per costruire un sistema regolativo in grado di rispondere a entrambe le istanze. Forse, pertanto, per la regolamentazione del codice di comportamento, nonché per quella del sistema disciplinare, bisognerebbe tornare alle origini – ovvero alle basi della riforma del 1992/93, completata dagli interventi del 1997/98 – e porre in essere un intervento di restauro togliendo innanzitutto le incrostazioni dei precedenti restauri sbagliati, per poi adattare la disciplina alle mutate esigenze di un contesto radicalmente nuovo.

### **Abstract**

L'A. riflette sulla regolazione e sui contenuti del Codice di comportamento per i dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nelle diverse configurazioni assunte durante il trentennio trascorso dall'avvio della riforma del lavoro pubblico nel 1993, soffermandosi sulle modifiche dettate dalla l. 190 del 2012 e sulle integrazioni introdotte nel 2023 per adattarlo alle innovazioni tecnologiche, come richiesto dal d.l. 36/2022 (conv. l. 79/2022). L'analisi critica evidenzia le contraddizioni che la vigente disciplina determina nel modello regolativo dell'esercizio dei poteri datoriali e la sua inadeguatezza rispetto all'esigenza di garantire un'azione delle pubbliche amministrazioni efficiente, in particolare a fronte dei rilevanti mutamenti del contesto di riferimento.

The author reflects on the regulation and contents of the Code of Conduct for public administration employees with respect to the different configurations assumed during the thirty years that have passed since the launch of the public employment reform in 1993; in doing so, the essay dwells on the changes dictated by Law 190 of 2012 and the integrations introduced in 2023 to adapt it to technological innovations, as required by Decree Law 36/2022 (conv. Law 79/2022). The critical analysis highlights the contradictions that the current discipline determines in the regulatory model of the exercise of employers' powers and its inadequacy with regard to the need to ensure efficient action by public administrations, particularly in the face of significant changes in the reference context.

### **Keywords**

Riforme del lavoro pubblico, codice di comportamento, evoluzione della disciplina, caratteri, contraddizioni e conseguenze.

Public employment reforms, code of conduct, evolution of the discipline, features, contradictions and consequences.

## **Guido Capaldo**

### **L'implementazione dei sistemi professionali basati sulle competenze per la gestione strategica delle risorse umane nella PA**

SOMMARIO: **1.** La gestione strategica delle risorse umane basata sulle competenze nelle PA. **2.** La costruzione del sistema professionale basato sulle competenze. **3.** I modelli per la rappresentazione delle competenze. **4.** Punti di attenzione per la gestione strategica delle risorse umane basata sulle competenze.

#### *1. La gestione strategica delle risorse umane basata sulle competenze nelle PA*

Sia il d.l. 30 aprile 2022 n. 36 relativo all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza che le "Linee di indirizzo per l'individuazione dei nuovi fabbisogni professionali da parte delle amministrazioni pubbliche" DFP 14 settembre 2022, evidenziano la necessità di un cambio di paradigma nella gestione delle risorse umane nelle organizzazioni della PA.

In particolare, viene messo in risalto:

- l'opportunità di "coniugare la programmazione dei fabbisogni di personale con un modello organizzativo volto a non concludere la descrizione del profilo all'assolvimento delle mansioni previste dalla posizione di lavoro che i dipendenti ricoprono al momento di ingresso nel pubblico impiego, bensì a riconoscerne e accompagnarne l'evoluzione, verso una caratterizzazione fondata sulla specificità dei saperi, sulla qualità della prestazione e sulla motivazione al servizio";

- la necessità di un cambiamento di paradigma per quanto riguarda la gestione delle risorse umane nelle organizzazioni pubbliche: Il passaggio dall'"amministrazione del personale" a "strategie di gestione delle risorse umane basate sulle competenze".

Per gestione strategica delle risorse umane si intende l'esplicito orientamento al conseguimento degli obiettivi strategici di tutti i processi di gestione delle risorse umane: programmazione dei fabbisogni, reclutamento e selezione, formazione in ingresso, formazione continua, valutazione delle performance, premialità, gestione delle carriere.

Nelle imprese private, almeno in alcuni settori e per le imprese di maggiori dimensioni, l'orientamento strategico dei processi di gestione delle risorse umane è ormai un dato di fatto. Nella PA, l'attenzione alla gestione strategica delle risorse umane è più recente.

Il tema della gestione strategica delle risorse umane basata sulle competenze è presente anche nel d.m. 30 giugno 2022 relativo alla definizione del contenuto del Piano integrato di attività e organizzazione, nella sezione 3, Organizzazione e Capitale Umano. In particolare per quanto riguarda la programmazione del personale e la formazione del personale.

Per quanto riguarda la programmazione del personale si fa esplicito riferimento alla programmazione strategica delle risorse umane. Viene messo in rilievo che “il piano triennale del fabbisogno si inserisce a valle dell'attività di programmazione complessivamente intesa e, coerentemente ad essa, è finalizzato al miglioramento della qualità dei servizi offerti ai cittadini ed alle imprese” e che “attraverso la giusta allocazione delle persone e delle relative competenze professionali che servono all'amministrazione si perseguono al meglio gli obiettivi di valore pubblico e di performance in termini di migliori servizi alla collettività”.

Per quanto riguarda la formazione del personale si evidenzia che essa debba “tenere conto delle priorità strategiche in termini di riqualificazione o potenziamento delle priorità strategiche in termini di riqualificazione o potenziamento delle competenze tecniche e trasversali, organizzate per livello organizzativo e per filiera professionale”.

## *2. La costruzione del sistema professionale basato sulle competenze*

Le principali fasi per la costruzione del sistema professionale basato sulle competenze a partire dal quale possa poi scaturire la gestione strategica delle risorse umane sono le seguenti:

- Mappatura dei macroprocessi.
- Descrizione dei processi.

- Classificazione delle aree professionali.
- Definizione dei ruoli per ciascuna area professionale.
- Costruzione della matrice processi/ruoli.
- Definizione delle competenze tecnico professionali e trasversali da associare a ciascun ruolo.
- Grading delle competenze.

La mappatura dei macro processi delle Amministrazioni, la loro classificazione e la descrizione dei processi, nell'ambito di ciascun macro processo, effettuata utilizzando le metodologie del "Process Management" costituiscono le indispensabili fasi preliminari per la costruzione del sistema professionale basato sulle competenze, "orientato" alla creazione di valore pubblico.

Il soddisfacimento delle aspettative degli stakeholder, interni ed esterni alle Amministrazioni, è infatti legato alla qualità ed alla tempestività attraverso le quali vengono realizzati gli output dei processi, che spesso sono interfunzionali, ossia trasversali alle diverse aree funzionali dell'organigramma.

È pertanto opportuno che la definizione dei profili professionali e delle competenze ad essi relative venga effettuata sulla base:

- della descrizione dei processi afferenti alle diverse aree di processi che caratterizzano il contesto organizzativo dell'Amministrazione;
- dalla definizione delle specifiche responsabilità delle diverse figure professionali che partecipano alla realizzazione del processo;
- degli indicatori di performance dei processi, identificati sulla base delle aspettative prioritarie degli utenti degli output dei processi e delle esigenze di miglioramento dell'efficienza dell'utilizzo delle risorse impegnate nei processi;
- dell'identificazione del contributo che ciascuna famiglia professionale deve fornire al conseguimento del valore programmato degli indicatori di performance del processo.

Il contributo delle famiglie professionali alle performance del processo potrà così essere esplicitato selezionando, dai repertori delle competenze specialistiche e trasversali, le competenze maggiormente correlate alle performance programmate del processo. Stabilendo, inoltre, appropriati livelli di presidio delle competenze dei profili che partecipano al processo. L'elemento fondamentale per la costruzione del sistema professionale basato sulle competenze è costituito dalla disponibilità, per i diversi comparti di PA, di appropriati repertori o dizionari delle competenze che possano costituire,

naturalmente consentendo la necessaria contestualizzazione nei diversi comparti, una grammatica di riferimento comune cui fare riferimento per l'attribuzione delle specifiche competenze, e dei relativi livelli di presidio, per i diversi ruoli professionali.

### 3. *I modelli per la rappresentazione delle competenze*

Nel 2017 il Rapporto Finale “Modelli di rappresentazione delle professioni e relative competenze: ipotesi di lavoro per la PA a cura ARAN e DFP”, evidenziava:

- la limitata diffusione di un approccio alla rappresentazione delle professioni basato sulla competenza;
- l'assenza di elementi di standardizzazione nella rappresentazione delle professioni del lavoro pubblico;
- il ricorso, per quanto riguarda la definizione delle professioni, a metodologie, linguaggi e percorsi molto disomogenei e poco confrontabili sia a livello nazionale che di singola amministrazione.

A distanza di circa 6 anni dalla pubblicazione del rapporto dell'ARAN e del DFP, sono oggi disponibili alcuni modelli ai quali le PA possono fare riferimento per la costruzione di un framework adeguatamente standardizzato di gestione delle risorse umane basato sulle competenze:

- le Linee indirizzo Piano Fabbisogni DFP 14 settembre 2022;
- il Modello di competenze per il personale di qualifica non dirigenziale, DFP DM 28 giugno 2028;
- il Modello di competenze per il personale di qualifica dirigenziale: Linee guida sull'accesso alla Dirigenza Pubblica, SNA, Settembre 2022;
- il Syllabus delle competenze digitali PA Versione 1.1 Marzo 2022.

Le Linee indirizzo Piano Fabbisogni DFP 14 settembre 2022 sono un utile riferimento per la mappatura dei processi nelle PA, che costituisce il primo passo per la costruzione di profili professionali basati sulle competenze, in quanto è nei processi che i profili professionali vanno “incardinati”. Le linee di indirizzo riportano:

- un elenco dei macro processi (per tutte le PA);
- la scheda per la classificazione dei processi;
- indicazioni per una appropriata descrizione e classificazione dei processi.

Viene inoltre riportata un'utile descrizione, accompagnata da esempi, dei seguenti termini:

- Area/categoria di inquadramento;
- Famiglia professionale;
- Profilo professionale;
- Competenze;
- Profilo di ruolo;
- Profilo di competenze.

Viene inoltre proposta una classificazione dei profili di ruolo in tre categorie:

- ruoli operativi;
- ruoli tecnici/di supporto;
- ruoli professionali/manageriali.

Vengono forniti una serie di utili esempi di descrizione dei profili di ruolo, cui le PA possono fare riferimento.

Nel Modello di competenze per il personale di qualifica non dirigenziale viene proposto un Framework composto da 16 Competenze trasversali articolate in 4 Aree:

- Area "Capire il contesto pubblico": Consapevolezza del contesto, Soluzione dei problemi, Consapevolezza digitale, Orientamento all'apprendimento.

- Area "Interagire nel contesto pubblico": Comunicazione, Collaborazione, Orientamento al servizio, Gestione delle emozioni.

- Area "Realizzare il valore pubblico": Affidabilità, Accuratezza, Iniziativa, Orientamento al risultato.

- Area "Gestire le risorse pubbliche": Gestione dei processi, Guida del gruppo, Sviluppo dei collaboratori, Ottimizzazione delle risorse

- e da 3 Valori, trasversali a tutte le competenze: Integrità, Inclusione, Sostenibilità, principi ideali dell'azione individuale e collettiva.

Viene riportata una analitica descrizione delle competenze e degli indicatori di comportamento per ciascuna di essa, grazie ai quali è possibile classificare il presidio delle competenze per "livelli di complessità".

Vengono inoltre riportati, nella sezione conclusiva "Utilizzo del framework delle competenze trasversali da parte delle Amministrazioni", utili indicazioni e suggerimenti per quanto riguarda l'uso del modello di competenze nell'ambito dei processi di:

- programmazione del fabbisogno di personale;

- reclutamento;
- sviluppo professionale;
- rewarding e sviluppo carriere.

Il Modello di competenze per il personale di qualifica dirigenziale fa riferimento a 15 competenze articolate in cinque aree:

- Area cognitiva.
- Area manageriale.
- Area realizzativa.
- Area relazionale.
- Area del self-management.

Vengono riportati un glossario per la definizione delle competenze ed alcuni esempi di indicatori di comportamento.

Viene proposto un grading delle competenze a tre livelli: base, intermedio, elevato.

Le Linee guida sull'accesso alla Dirigenza Pubblica riportano inoltre una serie di contributi relativi al processo di reclutamento:

- Elenco di competenze "core", che si raccomanda di includere sempre nel set di competenze da osservare nei i bandi per la selezione della dirigenza.

- Matrice competenze-prove con elenco e descrizione delle tipologie di prove associate alle diverse competenze.

- Indicazioni per i test ed i colloqui motivazionali.

- Indicazioni per la realizzazione dell'Assessment Center nella selezione della dirigenza pubblica e vengono forniti suggerimenti per il profilo e il ruolo degli Assessor.

- Raccomandazione per le procedure di valutazione per i concorsi per dirigenti.

Il Syllabus delle competenze digitali propone un classificazione in 5 aree delle competenze relative all'impiego delle conoscenze delle tecnologie digitali in figure professionali non relative all'Area IT

1. Dati, informazioni e documenti informatici

- 1.1 Gestire dati, informazioni e contenuti digitali

- 1.2 Produrre, valutare e gestire documenti informatici

- 1.3 Conoscere gli Open Data

2. Comunicazione e condivisione

- 2.1 Comunicare e condividere all'interno dell'amministrazione

- 2.2 Comunicare e condividere con cittadini, imprese ed altre PA

### 3. Sicurezza

#### 3.1 Proteggere i dispositivi

#### 3.2 Proteggere i dati personali e la privacy

### 4. Servizi on-line

#### 4.1 Conoscere l'identità digitale

#### 4.2 Erogare servizi on-line

### 5. Trasformazione digitale

#### 5.1 Conoscere gli obiettivi della trasformazione digitale

#### 5.2 Conoscere le tecnologie emergenti per la trasformazione digitale.

Viene riportata una analitica descrizione delle competenze relative alle 5 aree e viene proposto un grading a tre valori per quanto riguarda i livelli di padronanza.

Viene inoltre fornito un supporto alla descrizione dei profili professionali per quanto riguarda le competenze relative all'appropriato utilizzo delle tecnologie digitali.

#### 4. *Punti di attenzione per la gestione strategica delle risorse umane basata sulle competenze*

A conclusione di questa rapida analisi possiamo affermare che sono oggi a disposizione delle PA una serie di contributi di natura regolativa, programmatica e metodologica che possono essere utili per la definizione e l'implementazione della classificazione dei profili professionali basata sull'utilizzo di dizionari delle competenze specialistiche e trasversali.

Ovviamente, l'utilizzo di questi modelli deve essere effettuato "lasciando spazio" alle PA per le necessarie "customizzazioni" alla luce delle peculiarità della mission e dei processi delle Amministrazioni dei diversi comparti nonché delle specifiche esigenze relative alle politiche di gestione delle risorse umane.

Occorre però tener presente che la disponibilità di appropriati repertori di competenze, tecnico specialistiche e trasversali, è condizione necessaria ma non sufficiente per la costruzione e l'implementazione di processi di gestione delle risorse umane orientati al conseguimento degli obiettivi strategici delle PA.

La letteratura e le esperienze delle imprese private, per le quali l'orientamento strategico dei processi di gestione delle risorse umane (almeno in

alcuni settori e per le imprese di maggiori dimensioni) è ormai un dato di fatto, mettono in evidenza la necessità di un radicale ripensamento degli approcci alla progettazione organizzativa, anche nelle PA.

Occorre orientare la progettazione organizzativa alle strategie ed agli obiettivi di creazione di valore pubblico, assumendo come elemento di riferimento non solo la struttura organizzativa ma, soprattutto, i processi ed i ruoli professionali basati sulle competenze.

L'attenzione alla mappatura dei processi è stata, negli ultimi anni, frutto della prevalente spinta della normativa relativa alla mitigazione dei rischi di corruzione. Laddove è fondamentale sviluppare mappature dei processi collegate agli obiettivi strategici ed operativi delle PA, con il coinvolgimento attivo del vertice direzionale e con l'impiego di appropriate metodologie di Process Management.

Se non si dispone di una adeguata, ed aggiornata, descrizione dei processi con maggiore impatto sulle strategie dell'Amministrazione viene a mancare il "sistema delle fondazioni" sulle quali costruire i profili professionali basati sulle competenze.

Occorre poi evitare il rischio che la definizione dei profili professionali basati sulle competenze si riduca ad una operazione, svolta da un numero di limitato di specialisti, attraverso la quale si costruiscono "descrittori di competenze" relativi ai profili professionali, senza attenzione al collegamento tra tali profili e i processi, e senza tener conto del contributo tra il profilo professionale e gli orientamenti strategici dell'Amministrazione.

I recenti approcci alla progettazione dei ruoli mettono giustamente in evidenza che i primi "passi" nella progettazione dei ruoli professionali basati sulle competenze debbano essere:

- l'identificazione degli stakeholder, interni o esterni all'Amministrazione, cui fa riferimento il profilo professionale;
- l'analisi delle aspettative degli stakeholder nei confronti del profilo professionale;
- l'identificazione degli ambiti e delle tipologie di performance collegate alle aspettative degli stakeholder.

Trascurare questi passaggi comporta un significativo rischio di una descrizione del profilo professionale, e delle relative competenze, basata solo sulle "prassi" e su attività non collegate agli obiettivi strategici ed alle aspettative degli stakeholder. Il risultato sarebbe solamente di tipo "formale" ossia la sostituzione del mansionario con il profilo professionale basato sulle com-

petenze, avulso però dal contesto delle strategie e della creazione di valore pubblico. Senza però alcun valore aggiunto per l'Amministrazione.

Un altro rischio da mitigare è accentrare il processo di mappatura delle competenze e descrizione dei profili professionali in un ridotto numero di specialisti o consulenti esterni.

La letteratura evidenzia l'importanza di un approccio condiviso.

È importante che:

- il repertorio delle competenze venga definito in condivisione con tutti gli attori organizzativi che dovranno in qualche modo fruirne per evitare che le competenze e gli indicatori di comportamento vengano considerati, in parte o in tutto, avulsi dalle specifiche situazioni lavorative dell'Amministrazione o poco osservabili;

- la costruzione dei profili professionali, in particolare la selezione delle competenze e degli indicatori di comportamento venga effettuata con il coinvolgimento attivo sia di coloro che ricoprono i profili oggetto di rilevazione sia dei loro referenti gerarchici e, in alcuni casi, anche di colleghi e collaboratori. Per mitigare il rischio che il profilo professionale sia una "fotografia" che non collima con il punto di vista sia chi ricopre il ruolo sia chi interagisce il ruolo.

### **Abstract**

Finalità del lavoro è fornire un contributo di natura metodologica al tema della gestione delle risorse umane basata sulle competenze, nelle organizzazioni della PA. Il lavoro si focalizza in particolare su quanto previsto, per quanto riguarda il sistema professionale basato sulle competenze, dal d.l. 30 aprile 2022 n. 36 relativo all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza e dalle "Linee di indirizzo per l'individuazione dei nuovi fabbisogni professionali da parte delle amministrazioni pubbliche" DFP 14 settembre 2022. Vengono descritte e commentate le principali fasi della costruzione del sistema professionale basato sulle competenze e per la descrizione dei profili di ruolo. Nell'ultima parte del lavoro vengono infine evidenziati alcuni punti di attenzione per una efficace implementazione della gestione delle risorse umane basata sulle competenze nelle PA.

The purpose of the paper is to provide a methodological contribution to the topic of competency-based human resource management in PA organizations. The work focuses in particular on the provisions, with regard to the competency-based professional system, of Decree Law No. 36 of April 30, 2022 on the implementation of the National Recovery and Resilience Plan and the "Guidelines for the identification of new professional needs by public administrations" DFP September 14, 2022. The main steps in the construction of the professional system based on competencies and for the description of role profiles are described and commented on. Finally, in the last part of the paper, some points of attention for effective implementation of competency-based human resource management in PA are highlighted.

### **Keywords**

Gestione delle risorse umane basata sulle competenze, progettazione e gestione dei processi organizzativi, Amministrazioni Pubbliche, modelli di classificazione delle competenze, descrizione di profili di ruolo.

Human resource competence based management, business processes management, Public Administration, competence frameworks, description of role profiles.

## Madia D'Onghia

### Le politiche di genere in trent'anni di riforma della PA tra successi e obiettivi ancora mancati

SOMMARIO: **1.** Premessa. **2.** Le principali misure adottate nella PA per promuovere e assicurare la parità di genere. **3.** La persistenza di rilevanti criticità, specie nelle posizioni apicali. **4.** La necessità di una trasformazione culturale, a partire dai processi organizzativi.

#### I. *Premessa*

Nell'ambito di un convegno intitolato “Le metamorfosi del lavoro pubblico in trent'anni di riforme (1993-2023)”, non può essere trascurata una riflessione sui mutamenti registrati nella pubblica amministrazione (PA) in un'ottica di genere, profilo su cui, per la verità, di rado ci si sofferma.

L'idea è partita prendendo spunto dalla relazione della Prof.ssa Zilli che richiama, invero ad altri fini (con riferimento all'incidenza degli obblighi di trasparenza sull'organizzazione della PA), la valorizzazione delle differenze di genere e l'obbligo di motivazione esplicita e adeguata quando si preferisca il candidato di sesso maschile, rispetto a una candidata<sup>1</sup>.

L'interrogativo da cui parte la presente riflessione è il seguente: si può parlare, in una prospettiva di genere e di pari opportunità, pur riconoscendo importanti innovazioni normative e culturali sin dal d.lgs 23 febbraio 1993 n. 29<sup>2</sup>,

<sup>1</sup> Cfr. ZILLI, *Il rapporto di lavoro: poteri dell'amministrazione e obblighi del lavoratore*, in questo Quaderno.

<sup>2</sup> Si rinvia a BORELLI, *Pari opportunità e non discriminazione nelle amministrazioni pubbliche*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giappichelli, 2013, p. 509 ss.; si veda anche FERRARA, *Pari opportunità ed effettività delle tutele nel settore pubblico*, in BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del lavoro derogabile*,

di vere metamorfosi o, utilizzando l'espressione della Prof.ssa Ferrara<sup>3</sup>, di "grandi trasformazioni"?

Indubbiamente, è possibile sin d'ora affermare che in tema di equilibri di genere nella PA, da tempo, è in corso un significativo processo di cambiamento. Si è consolidato, difatti, quel processo, avviato, in realtà, già a partire dagli anni Ottanta, ma molto più intenso nell'ultimo trentennio, definito della "istituzionalizzazione delle politiche di parità"<sup>4</sup> o, in altri termini, della "giuridificazione della parità di genere"<sup>5</sup>. Un processo suggellato anche dalla riforma costituzionale del 2003 che ha modificato l'art. 51 Cost., per cui "tutti i cittadini dell'uno e dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge. A tal fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini"<sup>6</sup>.

È ben possibile, dunque, affermare che si è realizzata una graduale sostituzione tra la condizione della disparità di diritto, che caratterizzava alle origini il sistema, e quella della disparità di fatto, che, tuttavia, non è del tutto scomparsa nelle PA. Perché, se è vero che non esiste più un "problema" di parità di genere riferibile al momento dell'accesso agli uffici pubblici, esso persiste, invece, con riferimento all'avanzamento di carriera. E, difatti, pur in presenza del più elevato numero di dipendenti pubblici di genere femminile (secondo le statistiche più recenti anche superiore al 50%)<sup>7</sup>, questo dato tende

Ediesse, 2017, p. 157 ss. e, da ultimo, D'ALTERIO, *Pubblica amministrazione e parità di genere: stato dell'arte e prospettive*, in RTDP, 2023, 2, p. 787 ss.

<sup>3</sup> Cf. FERRARA, *Le relazioni sindacali: contrattazione e partecipazione*, in questo *Quaderno*.

<sup>4</sup> Così BARBERA, voce *Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro* 1) *Profili sostanziali*, in EGT, 2008, p. 8.

<sup>5</sup> Così SIMONATI, *La giuridificazione della parità di genere in Italia*, in MARCHETTI, RENNA (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana - Studi, La giuridificazione*, Firenze University Press, 2016, III, p. 411 ss.

<sup>6</sup> La novella si è realizzata con la legge cost. 30 maggio 2003, n. 1, su cui SCARPONI, *L'art. 51 della Costituzione e l'accesso delle donne ai pubblici uffici e al lavoro nel settore pubblico*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2019, n. 406. Si consideri, peraltro, che già con le riforme costituzionali n. 2 e 3 del 2001 erano state introdotte nuove disposizioni in materia di pari opportunità, integrando gli statuti delle regioni ad autonomia speciale, attribuendo alle leggi elettorali il compito di promuovere "condizioni di parità di accesso alle consultazioni elettorali", e introducendo il c. 7 all'art. 117, in base alla quale "le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica e promuovono la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive".

<sup>7</sup> Secondo il Conto Annuale della Ragioneria Generale dello Stato 2022, le donne rappresentano il 58,8% del totale dei 3,2 milioni di dipendenti pubblici italiani.

a invertirsi man mano che si “sale” nella compagine burocratica: ai vertici la percentuale si capovolge (è il c.d. soffitto di cristallo) e si assottiglia ulteriormente, lasciando al genere femminile spazi decisamente angusti (appena una donna su tre ricopre posti apicali)<sup>8</sup>, nonostante non vi siano limiti formali. Un siffatto rapporto così sbilanciato tende a corrispondere, peraltro, a quello tra posizioni cui si accede mediante una competizione meritocratica e posizioni cui si accede tramite una scelta fiduciaria. Per di più il minore accesso alle figure apicali è un fattore che, assieme a una diversa struttura per età, determina anche un differenziale di genere nei redditi da lavoro con gli inevitabili riflessi sulle prestazioni previdenziali.

Partendo da tali consapevolezze, in questa sede si cercherà di dimostrare come nella PA, anche in tema di politiche di genere, siano presenti, riprendendo il sottotitolo del convegno, “intrecci” tra scelte organizzative, poteri datoriali e *policy* di genere; “ostacoli” di fatto che permangono perlomeno nella carriera professionale; “contraddizioni” tra previsioni normative e risultati attesi e “potenzialità”, considerando l’impatto delle varie misure e iniziative volte alla promozione della parità di genere nel settore pubblico, tanto sul buon andamento della PA quanto sul benessere dei dipendenti pubblici. Il tema della parità di genere è, infatti, paradigmatico specie per quella parte di discussione in materia di lavoro pubblico che concerne il miglior utilizzo delle risorse umane, sul presupposto che questo contribuisca al complessivo miglioramento della qualità dei servizi offerti, come oramai esplicitato nella normativa e nella letteratura di riferimento<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Si tratta, sempre secondo i dati della Ragioneria di Stato, di solo il 32,5%, il 38% le dirigenti di prima fascia e appena il 27% le Direttrici Generali, un dato che, secondo il *Gender Statistics Database* dell’Istituto europeo per la parità di genere (EIGE), inchioda l’Italia al di sotto della media UE (35,8% nel 2020). In proposito si veda PASQUALETTO, *Le pari opportunità di genere nell’accesso e nelle carriere nel pubblico impiego. Dati, normativa, criticità e soluzioni*, in *LDE*, 2022, 3, e, con particolare riferimento al mondo accademico, BONARDI, *Accesso all’accademia mediante concorso e progressioni in carriera: una lettura di genere*, in *LDE*, 2022, 3, e NUNIN, *Carriere accademiche e disparità di genere: riflessioni di una Consigliera di parità*, in *LDE*, 2022, 3.

<sup>9</sup> Sul contributo attivo e consapevole delle persone nella PA, v. PONZELLINI, *Partecipazione dei lavoratori al miglioramento organizzativo* in DELL’ARINGA-DELLA ROCCA (a cura di), *Lavoro pubblico fuori dal tunnel?*, il Mulino, 2017, p. 479 ss., nonché, più specificamente, NICOSIA *Introduzione all’analisi della recente riforma del lavoro pubblico: organizzazione, gestione e valutazione*, in *QRGL*, 2019, 4, p. 16 ss.

2. *Le principali misure adottate nella PA per promuovere e assicurare la parità di genere*

Preliminarmente, è opportuno illustrare, sia pure in estrema sintesi e senza alcuna pretesa di esaustività, la variegata strumentazione giuridica intervenuta nell'ultimo trentennio, che oscilla tra precisi obblighi giuridici e mere previsioni di *soft law* (norme cogenti e norme promozionali), tra misure di semplici *moral suasion* e *affirmative actions*, distinguendo, altresì, le misure ove la PA si pone come promotrice da quelle in cui è essa stessa destinataria.

È bene partire dalla specifica disciplina sulle pari opportunità presente nel testo unico sul lavoro pubblico che, oltre all'affermazione di alcuni principi generali sulla cultura di genere<sup>10</sup>, e alla costituzione dei Comitati Unici di Garanzia (CUG) quali organismi a composizione paritetica e paritaria<sup>11</sup>, impone un vero e proprio modello obbligatorio. Infatti, le PA devono redigere un piano triennale di azioni positive per la realizzazione delle pari opportunità, con l'impossibilità, in caso di mancato adempimento, di procedere all'assunzione di personale (compreso quello appartenente alle categorie protette)<sup>12</sup>; riservare alle donne almeno un terzo dei posti di componente delle commissioni di concorso; garantire la partecipazione delle proprie dipendenti ai corsi di formazione e di aggiornamento professionale, in rapporto proporzionale alla loro presenza nella singola amministrazione, adottando tutte le misure organizzative atte a facilitarne la partecipazione e consentendo la conciliazione fra vita professionale e vita familiare; adottare tutte le misure per attuare le direttive della Unione europea in materia di pari opportunità<sup>13</sup>.

Non sono mancati anche interventi diretti a promuovere la presenza delle lavoratrici nelle posizioni apicali e a evitare penalizzazioni nell'assegnazione degli incarichi, preoccupandosi, ad esempio, di tener conto del prin-

<sup>10</sup> Si veda l'art 7, co. 1, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 che, con riguardo alla gestione del personale, prevede che le PA "garantiscono parità e pari opportunità (...) l'assenza di ogni forma di discriminazione (...) un ambiente di lavoro improntato al benessere organizzativo" e si impegnano "a rilevare, contrastare ed eliminare ogni forma di violenza morale o psichica al proprio interno".

<sup>11</sup> Cfr. art. 57, d.lgs. 165/01, come novellato dall'art. 21 della l. 4 novembre 2010, n. 183.

<sup>12</sup> Art. 48, co. 1, d.lgs. 11 aprile 2006 n. 198.

<sup>13</sup> Si veda sempre art. 57, d.lgs. 165/01 come novellato dall'art. 21 della l. 183/10.

cipio di pari opportunità nei criteri di conferimento degli incarichi dirigenziali, di individuare e rimuovere eventuali aspetti discriminatori nei sistemi di valutazione privilegiando i risultati rispetto alla mera presenza; di monitorare gli incarichi conferiti sia al personale dirigenziale che a quello non dirigenziale, le indennità e le posizioni organizzative al fine di individuare eventuali differenziali retributivi tra donne e uomini e promuovere le conseguenti azioni correttive; di adottare iniziative per favorire il riequilibrio della presenza femminile nelle attività e nelle posizioni gerarchiche ove sussista un divario fra generi non inferiore a due terzi<sup>14</sup>.

Sono tutte azioni positive che coinvolgono l'intera attività di programmazione della PA, sul piano organizzativo e procedurale<sup>15</sup> e, pur non essendo sempre di per sé risolutive, hanno avuto il merito, soprattutto quando accompagnate da meccanismi sanzionatori che ne assicurino l'effettività, di aprire una nuova frontiera in termini di parità di genere. Hanno, peraltro, consentito, in molti casi, non tanto di rimuovere, ma almeno di rendere visibile quel "tetto di cristallo", in passato celato dietro una legislazione neutra e insensibile rispetto al genere.

Su questa scia si inserisce anche la c.d. legge Golfo-Mosca, emanata allo scopo di tutelare la parità di genere nell'accesso agli organi apicali di amministrazione e di controllo, oltre che nelle società quotate in mercati regolamentati, nelle società pubbliche, garantendo che il genere meno rappresentato ottenga almeno un terzo dei componenti di ciascun organo sociale, per tre mandati consecutivi<sup>16</sup>.

A tutto ciò si aggiungono diverse misure di carattere più programmatico, come ad esempio, l'adozione del c.d. bilancio di genere, previsto, per quanto riguarda lo Stato, dalla legge di contabilità e finanza pubblica<sup>17</sup>, e la

<sup>14</sup> Cfr. art. 19, c. 4-bis e 5-ter, d.lgs. 165/01 e artt. 42, co. 2, lett. d) e 48, d.lgs. 198/06.

<sup>15</sup> In proposito BORGOGELLI, *Le azioni positive nel settore pubblico*, in BARBERA (a cura di), *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità*, in NLCC, 2003, p. 705 ss.

<sup>16</sup> La legge 12 luglio 2011 n. 120; per un commento cfr. BENEDETTI, *Le quote nei Consigli di amministrazione delle imprese a partecipazione pubblica (commento del d.P.R. 30 novembre 2012, n. 251, adottato in attuazione della legge n. 120/2011)*, in GDA, 2013, p. 719 ss. Per ciò che concerne le società a partecipazione pubblica, l'attuazione della l. 120/11 si è avuta con il d.P.R. 30 novembre 2012 n. 251; da ultimo, è intervenuta la l. 27 dicembre 2019 n. 160 (Legge di Bilancio 2020) ad ampliare il numero di mandati consecutivi (per un commento si rinvia a DESANA, MASSA, FELSANI, *Democrazia paritaria e governo delle imprese. Nuovi equilibri e disallineamenti della disciplina*, in *Federalismi.it*, 2020, n. 24).

<sup>17</sup> Cfr. art. 38 *septies*, l. 31 dicembre 2009 n. 196.

scelta di definire il raggiungimento di obiettivi di parità di genere come una dimensione di misurazione e valutazione della *performance* organizzativa delle PA<sup>18</sup>.

Vi sono poi gli indirizzi e/o linee guida, adottate dal Dipartimento della funzione pubblica (unitamente a quello per le pari opportunità), in cui sono stati suggeriti una serie di interventi e *policy*, tra cui i sistemi di certificazione di genere<sup>19</sup>.

Si pensi ancora a tutte quelle misure che incidono direttamente sullo svolgimento del rapporto di lavoro per favorire la conciliazione tra vita e lavoro, come il ricorso al lavoro in modalità agile ma anche in termini di maggiori servizi a supporto della genitorialità<sup>20</sup>.

Un capitolo a parte meritano, da ultimo, le misure previste dal PNRR. La parità di genere è una delle tre priorità trasversali perseguite in tutte le missioni che compongono il Piano, oltre alla previsione che l'intera pianificazione debba essere valutata nella c.d. ottica di *gender mainstreaming*<sup>21</sup>.

Qui vi sono azioni riguardanti direttamente il personale delle PA e, quindi, l'attuazione delle politiche di genere all'interno delle amministrazioni stesse. Si pensi alla previsione, contenuta nel c.d. decreto PNRR 3, che impone alle PA di adottare "misure che attribuiscono vantaggi specifici ovvero evitino o compensino svantaggi nelle carriere al genere meno rappresentato", precisando che i criteri di "discriminazione positiva" debbono essere proporzionati allo scopo da perseguire e adottati "a parità di qualifica da ricoprire e di punteggio conseguito nelle prove concorsuali"<sup>22</sup>. La norma rinvia poi la definizione delle modalità di attuazione a specifiche

<sup>18</sup> Così dispone l'art. 8, del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150.

<sup>19</sup> Solo per citarne alcune tra le più importanti, si pensi alla Direttiva 23 maggio 2007, recante "*Misure per attuare parità e pari opportunità tra uomini e donne nelle amministrazioni pubbliche*"; alla Direttiva n. 2 del 2019, sulle "*Misure per promuovere le pari opportunità e rafforzare il ruolo dei Comitati unici di garanzia nelle amministrazioni pubbliche*"; alla Direttiva del Presidente del Consiglio del 1° giugno 2017, con cui sono state definite le linee guida per l'organizzazione del lavoro, finalizzate a promuovere la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro dei dipendenti.

<sup>20</sup> Il riferimento è all'art. 14, l. 7 agosto 2015 n. 124, che ha anche previsto la possibilità per le PA di stipulare convenzioni con asili nido e scuole dell'infanzia e di organizzare servizi aperti durante i periodi di chiusura scolastica.

<sup>21</sup> Per un commento si rinvia per tutti a ZAPPALÀ, *La parità di genere al tempo del PNRR certificazione e misure premiali: tra trasparenza*, in *LDE*, 2022, 3.

<sup>22</sup> Cfr. art. 5, d.l. 30 aprile 2022 n. 36, convertito in l. 29 giugno 2022 n. 79, rubricato "rafforzamento dell'impegno a favore dell'equilibrio di genere".

linee guida, da adottarsi dai Dipartimenti della funzione pubblica e per le pari opportunità<sup>23</sup>.

Vi è poi una seconda tipologia di misure, gestite dalle PA ma rivolte a soggetti esterni al settore pubblico, e, cioè, le misure di promozione dell'occupazione femminile nelle imprese affidatarie di concessioni o appalti pubblici, al fine di promuovere le pari opportunità, generazionali e di genere, e l'inclusione lavorativa delle persone disabili. In particolare, la partecipazione a bandi di gara, avvisi e inviti nell'ambito delle procedure afferenti agli investimenti pubblici coperti dai finanziamenti del PNRR, è subordinata all'assunzione dell'obbligo di "assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, una quota pari almeno al 30 per cento, delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali, sia all'occupazione giovanile sia all'occupazione femminile"<sup>24</sup>. Viene così introdotto un meccanismo di condizionalità basato su "quote obbligatorie" avente lo scopo di assicurare che i progetti finanziati dal PNRR contribuiscano in modo diretto all'incremento delle donne (oltre che di giovani). Le stazioni appaltanti possono, però, sottrarsi all'obbligo di inserire tale previsione, oppure stabilire una quota inferiore al 30%, "dandone adeguata e specifica motivazione, qualora l'oggetto del contratto, la tipologia o la natura del progetto o altri elementi puntualmente indicati ne rendano l'inserimento impossibile o contrastante con obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche"<sup>25</sup>.

### 3. *La persistenza di rilevanti criticità, specie nelle posizioni apicali*

Nonostante un armamentario così ampio e articolato, i dati sulle percentuali maschili e femminili, già richiamati in premessa, almeno per quel che concerne le posizioni apicali, dimostrano come la parità di genere sia

<sup>23</sup> Le "Linee guida sulla parità di genere nell'organizzazione e gestione del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni" sono state adottate nell'ottobre 2022.

<sup>24</sup> Art. 47, co. 4, d.l. 31 maggio 2021 n. 77, convertito in l. 29 luglio 2021 n. 108. Si veda anche il d.P.C.M. 7 dicembre 2021, che ha adottato "le linee guida volte a favorire la pari opportunità di genere e generazionali, nonché l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità nei contratti pubblici finanziati con le risorse del PNRR e del PNC".

<sup>25</sup> Così art. 47, co. 7, d.l. 77/2021.

tutt'altro che realizzata persistendo il c.d. *gender gap* nei ruoli dirigenziali della PA.

Non è affatto superato, quindi, il tradizionale rapporto tra donne e potere<sup>26</sup> e non si è ancora realizzato quel cambiamento tanto auspicato, anche per una serie di limiti e criticità delle previsioni e degli strumenti posti in essere che troppo spesso si sono rivelati poco incisivi.

Se si guarda a tutte le misure meramente promozionali e/o programmatiche (le varie direttive, linee guida, strategie o atti con altra denominazione), appaiono sin troppo sovrabbondanti: la quantità supera di gran lunga la qualità e spesso sono più misure “manifesto” che interventi sostanziali ed efficaci. In vari casi, oltre a non essersi rivelate efficaci sul piano delle conseguenze (soprattutto perché prive, in larga misura, di sanzioni), hanno proposto troppi adempimenti, per cui le amministrazioni sono sottoposte a un numero eccessivo di procedure (e, più precisamente, scrittura e adozione di piani, spesso rivelatesi meri esercizi di stile), senza tuttavia essere indirizzate verso una effettiva integrazione e parità tra i generi.

Peraltro, se è indubbio che l'adozione di questi atti abbia avuto una rilevante funzione di *moral suasion*, per cui la sensibilità al tema è senz'altro accresciuta nel tempo, continua a mancare una compiuta valutazione degli effettivi impatti e, talvolta, finanche la piena consapevolezza da parte dell'intera PA. Si pensi, ad esempio, all'esistenza dei CUG: in molte amministrazioni sono risultati poco conosciuti dal personale impiegato nelle varie strutture, e la loro attività è poco coordinata con quella di altri organismi, competenti su profili collegati, come l'ufficio per i procedimenti disciplinari, ma anche con l'intera *governance* cui sono affidati i poteri decisionali e di spesa, in grado di agire sull'organizzazione della PA e sulla gestione delle risorse umane anche in termini di parità di genere.

Va osservato, altresì, come l'efficacia di talune importanti misure spesso venga compromessa in sede applicativa. Ad esempio, il meccanismo di condizionalità introdotto dal decreto PNR 3, nei fatti è stato disatteso dalla previsione di margini di deroga particolarmente ampi e il suo carattere di obbligatorietà è rimasto tale solo sulla carta<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> In proposito cfr. PISTORIO, voce *Potere e parità di genere*, in *ED, Tematici*, V, 2023, p. 497 ss.

<sup>27</sup> Open Polis, in collaborazione con l'Autorità anticorruzione (Anac), ha reso disponibile sul proprio sito i bandi di gara relativi al PNR (https://www.openpolis.it/i-nostri-nuovi-open-data-sui-bandi-del-pnr/). Da questa banca dati, si ricava che su un totale di 34.377 gare utilizzabili il 67,8% delle gare non contiene il requisito di condizionalità.

Lo stesso dicasi per le nuove previsioni che, regolando l'accesso ai pubblici uffici, hanno incluso l'appartenenza al genere meno rappresentato come titolo di preferenza. Qui, il regolamento attuativo del d.l. 30 aprile 2022 n. 36, ha declinato "l'equilibrio di genere nelle pubbliche amministrazioni" in termini puramente statistico-attuariali, guardando alla "percentuale di rappresentatività dei generi nell'amministrazione che lo bandisce, calcolata alla data del 31 dicembre dell'anno precedente"<sup>28</sup>; qualora si determini un differenziale tra i generi superiore al 30%, si applica – a parità di qualificazione – la preferenza a favore del genere sottorappresentato e, stando al dato letterale della norma, il calcolo della percentuale è effettuato sull'intero organico dell'amministrazione e non sulla qualifica o profilo di riferimento. Nei fatti, ciò ha comportato che in un bando, pubblicato alla fine del 2023, un Comune ha indetto una procedura selettiva, a parità di titoli e meriti, per un ingegnere maschio, per compensare l'eccessiva presenza femminile in quella amministrazione; la stessa preferenza, qualora il differenziale tra i generi sia superiore al 30%, è comparsa nel bando ministeriale per dirigente scolastico pubblicato il 19 dicembre 2023<sup>29</sup>. In sede applicativa, quindi, il meccanismo di compensazione, per la sua "equivoca neutralità", sta producendo effetti perlomeno discutibili, lontani dagli obiettivi dichiarati, in una sorta di eterogenesi dei fini. Nelle pubbliche amministrazioni, dunque, la clausola di genere andrebbe ripensata.

Non solo. L'*enforcement* di talune previsioni è stato indebolito anche dalla giurisprudenza amministrativa. Si pensi, ad esempio, alla previsione relativa alla partecipazione femminile, nella quota di almeno un terzo dei posti disponibili, nelle commissioni di concorso per le assunzioni pubbliche che si è "scontrata" con l'orientamento giurisprudenziale secondo cui la violazione della norma non sarebbe di per sé sufficiente a determinare l'annullamento della procedura impugnata da una candidata non vincitrice<sup>30</sup>. A

<sup>28</sup> Cfr. art. 1, d.P.R. 16 giugno 2023 n. 82.

<sup>29</sup> Comune di Siena, bando per reclutamento di ingegnere, in applicazione della previsione del DPR 16 giugno 2023, n. 82. Si veda anche il bando aperto dal Ministero dell'Istruzione e del Merito per il reclutamento di dirigenti scolastici

<sup>30</sup> *Ex pluris*, Cons. St. 6 giugno 2002 n. 3184, in *GI*, 2002, 2405; Tar Sicilia, Catania, 19 ottobre 1999 n. 2092; Tar Lazio, Roma, 28 maggio 2003 n. 4779; Tar Lazio, Roma, 12 gennaio 2007 n. 149; Tar Campania, Napoli, 3 febbraio 2010 n. 558; Cons. St. 18 dicembre 2001 n. 6280; Cons. St. 6 giugno 2002 n. 3184; Cons. St. 23 ottobre 2007 n. 5572; Cons. St. 26 giugno 2015 n. 3240; *contra*, seppure isolati, Cons. St. 11 ottobre 2005 n. 5487 e Tar Liguria 10 dicembre 2005 n. 1648, tutte in *JD*. Per un'analisi critica SIMONATI, *Le "quote di genere" alla prova dei fatti: l'accesso*

sostegno di tale impostazione le argomentazioni espresse sono state varie (l'interesse radicato in capo alla commissione e non ai candidati; si tratta di un principio generale posto a tutela di interessi sovraindividuali e non dei singoli; è necessaria l'ulteriore dimostrazione dell'assunzione da parte della commissione di condotte discriminatorie nei confronti delle candidate), cristallizzando, così, una logica svalutativa della quota.

In definitiva, la prassi applicativa ha finito per sancire l'inefficacia di molte azioni positive, annullando la funzione che le è propria, ovvero correggere le criticità strutturali legate ai disequilibri di genere.

#### 4. *La necessità di una trasformazione culturale, a partire dai processi organizzativi*

Dunque, il percorso verso la parità di genere nella PA, pur avviato sin dalla prima riforma del lavoro pubblico del 1993, non è ancora compiuto<sup>31</sup>. E allora, quale strada percorrere?

Serve integrare la cassetta degli attrezzi, più che con una nuova strumentazione (sia essa di *soft law* o di *hard law*), con un diverso approccio culturale che miri a far divenire l'equilibrio di genere un obiettivo strategico-istituzionale. Occorre, cioè, insistere sulla diffusione di una cultura organizzativa sulla parità di genere e su nuovi processi di riorganizzazione del lavoro, per superare quelle dinamiche che tendono a riservare i ruoli decisionali al genere maschile. Non sembri eccessivo, ma i dati dimostrano che non è del tutto superato il risalente pensiero di Federico Cammeo, secondo il quale all'origine di molte politiche contrarie alla presenza femminile vi sia la volontà di assicurare la conservazione di assetti di interessi maschilisti<sup>32</sup>.

*alle donne al potere e i giudici amministrativi*, in *GDA*, 2014, 10, p. 998 ss. e PIGNATELLI, *Parità di genere e commissioni di concorso pubblico: la dequotazione giurisprudenziale della quota*, in *QC*, 2020, 2, p. 404 ss.

<sup>31</sup> In tal senso anche SAPORITO, ROTA, TRINCHEO, *Donne e PA: un caso di successo a metà*, in *E&M*, 2021, 4, p. 32 ss. Sulla necessità di portare avanti un'azione sinergica e culturale si veda, da ultimo, CORAZZA, *Diritto antidiscriminatorio e oltre: il lavoro delle donne come questione redistributiva*, dattiloscritto, *Relazione Congresso Aidlass Messina*, 23-25 maggio 2024.

<sup>32</sup> Cfr. CAMMEO, *Le donne e gli impieghi pubblici*, in *GI*, 1921, III, p. 77 ss., il quale parlava di burocrazia "composta da maschi, con pregiudizi antifemministi spiccati, con legami di simpatia, di studi di classe, di tradizioni con tutto l'elemento maschile degli aspiranti, pure contrario alla concorrenza delle donne", che, per alcuni versi, non appare poi così distante dalla burocrazia attuale, perlomeno ai vertici.

È necessario, dunque, accrescere e consolidare la sensibilità sulla cultura manageriale di genere, diffondendo la cultura della *leadership* al femminile; a tal fine, ad esempio, è importante disciplinare le forme di lavoro agile in chiave non discriminatoria, facendo passare l'idea per cui il ricorso alla flessibilità organizzativa e agli istituti di conciliazione vita-lavoro debba riguardare entrambi i generi, in una logica di condivisione, da promuovere (soprattutto) tra il personale apicale.

Lungo questa traiettoria, un pezzo della soluzione è anche nelle politiche di inclusione, a partire dal potenziamento dell'offerta di servizi di cura (si pensi all'incremento dei posti negli asili nido); ciò significa incrementare, migliorare e aggiornare l'offerta di servizi di *welfare*, anche guardando alle *best practices* del *welfare* aziendale nel settore privato, con una particolare attenzione, oltre ai servizi per l'infanzia, a quelli di assistenza e cura per anziani e disabili, in attuazione del principio del *work life balance*, da garantire in tutte le strutture pubbliche e in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale.

Un altro pezzo della soluzione è quello di definire strumenti di monitoraggio del fenomeno a livello sistemico: per garantire il raggiungimento nel medio-lungo periodo di un equilibrio complessivo di genere è di fondamentale importanza il monitoraggio del fenomeno nel tempo a livello di singola organizzazione, utile anche per valutare se le misure adottate anno dopo anno contribuiscono – oppure no e con quale ritmo – alla riduzione delle diseguaglianze. A tal proposito, si potrebbe ripartire da quegli strumenti già adottati (ma solo in poche PA) come il bilancio di genere, che possono contribuire, se correttamente utilizzati, a diffondere una più ampia consapevolezza del fenomeno.

Non è da sottovalutare neppure l'attenzione al linguaggio di genere, ovvero a un uso appropriato della lingua e degli appellativi, il che non rappresenta solo un aspetto formale, ma ha concrete conseguenze sui rapporti fra i generi<sup>33</sup>. I tempi di trasformazione della lingua sono lunghi, non è possibile forzarne il suo sviluppo, ma occorre prendere coscienza di come l'uso di un appellativo, di un articolo, di un genere possono rappresentare l'inizio di un'evoluzione sostanziale del rapporto fra gli esseri umani, anche per su-

<sup>33</sup> Sulle implicazioni della lingua e del linguaggio sulle questioni di genere, molti sono i contributi che spingono ad un uso appropriato del genere femminile, su cui, da ultimo, DE BENEDETTO, *Uguaglianza di genere, lingue e linguaggio: un punto di vista di diritto pubblico*, in *DA*, 2019, I, p. 83 ss. e D'AMICO, BRAMBILLA, CRESTANI, NARDOCCI (a cura di), *Genere, Disabilità, Linguaggio*, Franco Angeli, 2021.

perare stereotipi da troppo tempo immanenti nel nostro linguaggio. Non è un'operazione affatto scontata, spesso non accolta positivamente dalle stesse donne, perché la declinazione della professione al femminile è vista come una *deminutio* con riguardo a ruoli che le donne hanno conquistato con tanta difficoltà e determinazione. Ruoli che possono essere percepiti in modo riduttivo appunto se declinati al femminile, specialmente se si riferiscono a posizioni apicali. Ma è proprio attraverso l'uso appropriato degli appellativi che si identificano le peculiarità e si valorizzano le differenze, tantoché gli studi sul linguaggio di genere hanno messo in luce la *ratio* dell'uso di un determinato vocabolo e di come viene declinato<sup>34</sup>.

Ebbene, l'utilizzo sinergico di tali indicazioni avvantaggerebbe l'intera PA e tutti i lavoratori e le lavoratrici, anche in termini di maggiore produttività oltreché di benessere<sup>35</sup>. La parità di genere, assume, infatti, i tratti di parametro di legittimità sostanziale dell'azione amministrativa e l'equilibrata inclusione di uomini e donne nel sistema amministrativo, a tutti i livelli, rappresenta uno strumento di garanzia di "funzionalità", intesa come miglior perseguimento degli obiettivi di efficienza, imparzialità e buon andamento, con vantaggi pure in termini economici.

In tal senso si è espressa anche la giurisprudenza amministrativa, secondo cui "soltanto l'equilibrata rappresentanza di entrambi i sessi in seno agli organi amministrativi [...] garantisce l'acquisizione [...] alla sua concreta azione amministrativa, di tutto quel patrimonio, umano, culturale, sociale, di sensibilità e professionalità, che assume una articolata e diversificata dimensione in ragione proprio della diversità di genere<sup>36</sup>. E sui risvolti economici, è interessante richiamare il Consiglio di Stato in un parere rilasciato su alcune disposizioni della già citata legge Golfo Mosca, per cui l'equilibrio di genere rappresenta "la soluzione di un problema economico, afferente alla migliore distribuzione delle risorse umane. È l'efficienza, più che l'equità, a suggerire un maggior coinvolgimento del genere femminile nel processo di produzione dei beni, sia pubblici che privati"<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Cfr. LOWENTAL, *Libertà vigilata. Perché le donne sono diverse dagli uomini*, La nave di Teseo, 2021, p. 44.

<sup>35</sup> Sulla parità di genere quale componente importante del concetto di benessere organizzativo cfr. VIMERCATI, *L'innovazione organizzativa e il c.d. performance management nell'ottica della parità di genere e dell'azione dei CUG*, in *LPA*, 2022, I, p. 25 ss.

<sup>36</sup> Così Tar Lazio 25 luglio 2011 n. 6673, intervenuto in tema di equilibrio di genere e composizione della Giunta del Comune di Roma.

<sup>37</sup> Cons. St. 4 giugno 2014 n. 1801, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

La maggiore presenza delle donne proprio nei ruoli apicali migliora la qualità dei processi decisionali e deliberativi perché esprime quella *diversity* che, caratterizzata dai molteplici e variegati elementi, sociali, umani, culturali, professionali di cui si compone il dualismo dei sessi, consente di percepire il pluralismo presente nell'ordinamento e garantisce quella migliore funzionalità della PA, già prima richiamata.

Tutto questo, in definitiva, non significa altro che valorizzare le differenze, il che rappresenta non certo una penalizzazione o una discriminazione ma un *quid pluris* della società<sup>38</sup>, perché “la valorizzazione delle differenze non richiede che si ripudi l'eguaglianza ma che la si prenda sul serio”<sup>39</sup>.

Ove si riesca a realizzare per davvero questa “trasformazione culturale della società”<sup>40</sup>, a cui il legislatore della PA può e deve contribuire, le donne (sia nel pubblico che nel privato) la smetteranno di restare ancora “in attesa”<sup>41</sup>, sempre che – è bene precisarlo – tutti (a prescindere dal genere) facciano la loro parte. La questione delle donne non è, infatti, un problema esclusivamente femminile, bensì dell'intera comunità perché “nessuno sviluppo democratico, nessun progresso sostanziale si produce nella vita di un popolo se esso non [è] accompagnato da una piena emancipazione femminile [...] e non solo nel campo giuridico, ma non meno ancora nella vita economica, sociale e politica del Paese”<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> In tal senso cfr. CATELANI, *Eguaglianza e differenza: una dicotomia o due valori complementari?*, in AA.VV., *Uguaglianza o differenza di genere? Prospettive a confronto*, Editoriale Scientifica, 2022, p. 59 ss.

<sup>39</sup> GIANFORMAGGIO, *Filosofia e critica del diritto*, Giappichelli, 1995, p. 142.

<sup>40</sup> In tal senso, cfr. CATELANI, STRADELLA, *Genere e Costituzione italiana*, in BONINI, CALDERAI, CATELANI, SPERTI, STRADELLA, *Diritto e genere nella prospettiva europea*, Editoriale Scientifica, 2021, p. 85. Sui profili culturali insiste particolarmente la ricostruzione di STRADELLA, *Multiculturalismo e diritti delle donne: una riflessione, nella prospettiva del costituzionalismo*, in *Costituzionalismo.it*, 2021, 2, p. 161 ss.

<sup>41</sup> L'espressione è tratta da PROFETA e CASARICO, *Donne in attesa. L'Italia delle disparità di genere*, Egea, 2010.

<sup>42</sup> Atti dell'Assemblea costituente, intervento dell'on. Teresa Mattei, Assemblea plenaria, resoconto sommario della seduta pomeridiana del 28 marzo 1947, p. 2268.

### **Abstract**

L'Autrice effettua una breve disamina delle misure adottate nella Pubblica amministrazione in tema di parità di genere nell'ultimo trentennio; ne illustra potenzialità e limiti, rilevando come persista ancora un importante *gender gap* nelle posizioni di vertice. Nella prospettiva di superare tale *gap*, l'Autrice propone alcune soluzioni, sottolineando l'importanza di una rivoluzione culturale, anche in termini di *leadership* femminile e di valorizzazione delle differenze, per una migliore funzionalità della pubblica amministrazione.

The Author carries out a brief examination of the measures adopted in the Public Administration regarding gender equality over the last thirty years; she illustrates its potential and limits, noting that an important gender gap still persists in top positions. With a view to overcoming this gap, the Author proposes some solutions, underlining the importance of a cultural revolution, also in terms of female leadership and valorization of differences, for a better functionality of public administration.

### **Keywords**

Donne, divario di genere, tetto di cristallo, pari opportunità, azioni positive.

Women, gender gap, glass ceiling, equal opportunities, affirmative actions.

## Vincenzo Ferrante

### Riforma del lavoro pubblico e poteri datoriali: trenta anni di incomprensioni

SOMMARIO: **1.** Premessa. **2.** I poteri datoriali. **3.** Un bilancio conclusivo.

#### I. *Premessa*

Il tema della riforma della pubblica amministrazione costituisce quasi una costante della storia italiana, venendo a caratterizzare sin da subito il percorso istituzionale e la traiettoria politica del nuovo stato nazionale sorto dalle ceneri delle precedenti, modeste e frammentate, realtà territoriali. Se lo stato savoiaro poteva giovarsi dell'esempio che proveniva da secoli dalla Francia per individuare le sue strutture e i suoi gangli, l'amministrazione della cosa pubblica sembrava richiedere nel nuovo stato unitario una profonda revisione, per far fronte al nuovo *status* di potenza europea e per adattarsi alle novità diffuse nel resto d'Europa grazie al progresso tecnologico ed industriale<sup>1</sup>.

Può dirsi, anzi, che la scarsa adeguatezza degli apparati burocratici alle esigenze del Paese è stata considerata da sempre come un punto di debolezza per le istituzioni italiane, sia per la modestia delle loro dimensioni (pur a dispetto di un'opinione diffusissima nelle masse), sia per il permanente impulso

<sup>1</sup> Impossibile non citare a riguardo: GIANNINI, voce *Impiego pubblico (teoria e storia)*, *ED*, XX, 1970, a.v. e RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, il Mulino, 1978; fra gli studiosi italiani che per primi si occuparono del tema, v. altresì GHERA, *Il pubblico impiego (rapporto di lavoro e attività sindacale)*, Cacucci, 1975; ROMAGNOLI, *Giolittismo, burocrazia e legge sull'impiego privato*, in *RTDPC*, 1971, p. 187 e, fra i cultori del diritto amministrativo, ORSI BATTAGLINI, *Gli accordi sindacali nel pubblico impiego*, Giuffrè, 1982.

centralista (senza che però l'articolazione in enti parastatali o su base territoriale sia mai stata in grado di realizzarsi senza un incremento incontrollato delle spese), sia per una costante inclinazione all'autoritarismo, che ha consentito il sorgere (e il perpetuarsi) di un apparato normativo relativo allo *status* dei funzionari del tutto separato dalle ordinarie leggi di disciplina dei rapporti privati<sup>2</sup>.

Non c'è da meravigliarsi, allora, se negli anni '60 del secolo scorso, insieme alla richiesta di maggiori tutele per i lavoratori privati, comincia a porsi un'istanza di rinnovamento dello statuto dei dipendenti pubblici, che è, al contempo, richiesta di modifica dell'organizzazione dello Stato (con lo sviluppo di una maggiore apertura ai moduli partecipativi) e di riforma della disciplina del rapporto di impiego. Le tappe di questa storia si sovrappongono alle vicende che interessano il settore privato (e quello delle partecipazioni "statali", al tempo organizzate mediante una specifica associazione datoriale), grazie, a tutt'evidenza, anche al ruolo del sindacato, che si faceva così portatore di istanze più ampie, che miravano a coinvolgere non solo le categorie produttive, ma anche tutti i corpi intermedi interessati ad un'organizzazione più moderna dello Stato.

Si deve premettere che in questo percorso non mancano ritardi e incertezze, rispetto ai momenti salienti dell'evoluzione del diritto del lavoro, anche se l'ordinamento pare arricchito grazie a questi scambi che consentono anche una circolazione bi-direzionale dei modelli organizzativi e di disciplina normativa, tanto che si è giustamente parlato di un'osmosi fra i due ambiti<sup>3</sup>, che anzi evolveva già verso una piena unificazione in quei casi in cui venivano in gioco grandi aggregati della spesa pubblica (come per gli scatti di contingenza o per la riforma delle pensioni).

Volendo allora ripercorre le tappe dell'evoluzione normativa, si deve senz'altro partire dalla giurisprudenza costituzionale della fine degli anni '60,

<sup>2</sup> A riguardo, tralasciando le opere a carattere prettamente storico, oltre agli AA. citt. a nota I, v. GAETA, *Pubblico e privato alle origini del diritto del lavoro. Storie di uomini e di schieramenti*, in *LD*, 2, 1994, pp. 207-222 e più di recente LAFORGIA, *Autorità, contratto, poteri nel lavoro pubblico*, Cacucci, 2023, p. 15 ss.

<sup>3</sup> V. RUSCIANO, *Rapporto di lavoro pubblico e privato: verso regole comuni?*, in *LD*, 1989, p. 371 ss., qui p. 374 s., che sottolinea come a differenza che nel caso dell'unificazione, nell'osmosi "i piani logici delle due discipline rimangono distinti" cosicché "a passare dall'uno all'altro sistema sono solamente taluni istituti o frammenti di istituti"; dello stesso Autore v. *L'unificazione normativa del lavoro pubblico e del lavoro privato*, in *DLRI*, 1989, p. 143 ss.

che legittima lo sciopero nel settore pubblico senza sostanziali differenze rispetto ai lavoratori privati, così riconoscendosi che, pur in presenza di provvedimenti unilaterali di disciplina del rapporto di diversa natura, “la sussistenza di interessi comuni ad intere categorie di lavoratori”, fa sì che il pregiudizio arrecato ai privati non può che ripercuotersi sui lavoratori pubblici<sup>4</sup>. Ed in questo senso ben si spiega la piena unificazione realizzatasi nella l. 12 giugno 1990 n. 146 sui s.p.e. per quei servizi che, rivolgendosi alla generalità degli “utenti”, possono trovare compiuta, ed indifferenziata, disciplina.

Tacendo della l. 12 febbraio 1968 n. 132 di riforma del personale ospedaliero<sup>5</sup>, si deve ricordare poi lo stesso statuto dei lavoratori (l. 20 maggio 1970 n. 300), che all’art. 37 estende i suoi precetti in maniera generale anche a tutti i dipendenti pubblici (ma facendo salve la specialità delle discipline preesistenti)<sup>6</sup>, l’introduzione della dirigenza, intervenuta con l’ormai abrogato d.P.R. 12 settembre 1978 n. 748, ed infine la legge “quadro” 29 marzo 1983 n. 93<sup>7</sup>, che venne ad anticipare buona parte della materia poi normata dal d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, senza però intaccare le norme di organizzazione degli uffici, che rimanevano sostanzialmente estranee ad ogni fenomeno di partecipazione sindacale, in conformità alla rigida interpretazione che al tempo si dava al principio della riserva di legge costituzionale<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Così MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Cedam, 1976, p. 1213 in relazione alle sentenze 123 e 124 del 1962.

<sup>5</sup> In relazione alla quale, v. TOSI, *L’accordo nazionale per il personale ospedaliero: un modello di contrattazione collettiva nel pubblico impiego*, in *RTDP*, 1975, p. 1447 ss.

<sup>6</sup> A riguardo v. i commenti di FERRARO, *Statuto dei lavoratori e pubblico impiego*, Editoriale Scientifica, 1979 (già in FRENI, GIUGNI (a cura di) *Lo statuto dei lavoratori. Commentario*, Giuffrè, 1979), nonché RUSCIANO, *Lo statuto dei lavoratori nel pubblico impiego: bilancio di vent’anni*, in *LD*, 1991, p. 197 e, da ultimo, PELLACANI, *L’applicabilità dello Statuto dei lavoratori ai rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, in GALANTINO (a cura di), *Il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Cedam, 1994, p. 55 ss.

<sup>7</sup> A riguardo v. RUSCIANO, TREU (a cura di), *La legge quadro sul pubblico impiego*, 1985, Cedam (già in *NLCC*, 1984, p. 1 ss.); degli stessi curr. pure si devono ricordare i commenti ai primi due accordi intercompartimentali (d.P.R. 1 febbraio 1986 n.13), in *NLCC*, 1986, p. 783 ss. e (d.P.R. 23 agosto 1988 n. 395), in *NLCC*, 1989, p. 1003 ss.; ed ancora FIORILLO, *Le fonti di disciplina del rapporto di lavoro pubblico*, Cedam, 1990.

<sup>8</sup> ORSI BATTAGLINI, *Gli accordi sindacali nella legge quadro sul pubblico impiego*, in *DLRI*, 1984, p. 85 ss.; sul punto, da ultimo, BARBIERI, *Il sinallagma nei contratti di lavoro per le amministrazioni pubbliche: un percorso storico critico*, Cacucci, 2018, p. 53 ss. (e dello stesso Autore v. già *Problemi costituzionali della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico*, Cacucci, 1997); v. altresì FERRANTE, *Note*

Al contrario si deve solo alla più recente riforma del 1993 l'estensione dell'ambito regolato dal legislatore, in via diretta o mediante il rinvio alle fonti collettive, tanto che l'art. 1, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, riprendendo alla lettera il d.lgs. 29/1993, può affermare che «[L]e disposizioni del presente decreto disciplinano l'organizzazione degli uffici e i rapporti di lavoro e di impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche».

In questo senso, in concomitanza con altre riforme che ambivano ad una portata sistemica (si pensi alla riforma della sanità e degli enti locali, nonché a quella delle pensioni) l'intervento normativo operato in forza della legge delega del 1992 affida alla nuova disciplina un ruolo di grande rilievo, come si evince dall'art. 1, co. 1, d.lgs. 165/01, che, senza difformità rispetto alla precedente norma del 1993, ancor'oggi dichiara che l'intero contenuto del decreto di riforma è rivolto ad «(a) accrescere l'efficienza delle amministrazioni; a (b) razionalizzare il costo del lavoro pubblico, contenendo la spesa complessiva per il personale, diretta e indiretta, entro i vincoli di finanza pubblica; a (c) realizzare la migliore utilizzazione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni [...] applicando condizioni uniformi rispetto a quelle del lavoro privato».

Pur nella consapevolezza dell'ampiezza delle finalità ora enunziate (e, dunque, in certo modo anche della loro indeterminatezza), si dovrà convenire che, se si vuole tracciare un bilancio, al termine dei tre decenni di vigenza della riforma, si dovrà verificare quanta parte di questo programma ha trovato attuazione.

In questa prospettiva, però, non si potrà tacere la circostanza che non solo numerose sono state (come è noto) le riscritture del testo del decreto (anche se poche quelle veramente rilevanti), ma anche che il contesto complessivo entro cui si colloca la disciplina del rapporto di lavoro pubblico è profondamente mutato, per il sorgere e l'affermarsi di spinte fino ad oggi orientate soprattutto nel senso dell'articolazione (non solo su base territoriale) dei modelli organizzativi e gestionali, facendo così venir meno il monolitismo<sup>9</sup> che in precedenza aveva invece caratterizzato l'amministrazione

*in margine al progetto di riforma dei rapporti individuali e collettivi nel settore pubblico*, in LD, 1992, p. 669 ss., nonché, da prospettiva diversa, CARIOLA, *La nozione costituzionale di pubblico impiego*, Giuffrè, 1991.

<sup>9</sup> L'espressione si deve a RUSCIANO, *Rapporto di lavoro pubblico e privato*, cit., in LD, 1989, 381.

pubblica, senza tuttavia riuscire a far ordine in una materia che resta spesso oscura.

Dopo i lunghi anni nei quali si era tentato di disboscare la pluralità delle forme organizzative (spesso alimentata dalla diretta normazione operata dalle leggi istitutive), si è così riproposto il tema del moltiplicarsi delle forme organizzative, ammettendosi anche, ad es., la possibilità della trasformazione di enti pubblici non territoriali in fondazioni di diritto privato (come per gli ospedali e le università, senza richiamare la nota vicenda degli enti previdenziali di categoria, di cui al d.lgs. 30 giugno 1994 n. 509), sulla scorta della considerazione che anche un'attività di diritto privato può conseguire finalità di interesse generale. In tal senso, pure non si può dimenticare la sistemazione delle società "pubbliche" operata dal d.lgs. 19 agosto 2016 n. 175, con la creazione di un modello, che ha poi trovato larga diffusione anche al di là del settore delle cc.dd. aziende municipalizzate (per es. per le autorità portuali), così da costituire un ulteriore esempio di disciplina, alternativo a quello delineato dal d.lgs. 165/01<sup>10</sup>.

Nello stesso senso non si può mancare di ricordare come lo stesso testo del decreto, dopo gli ampliamenti degli spazi negoziali riconosciuti al sindacato negli anni 1997/98, abbia poi conosciuto con la (terza) riforma del 2009 un qualche ritorno alle logiche primitive dell'unilateralità del potere direttivo, oramai libero, però, di estrinsecarsi nelle forme del diritto privato (e dunque senza più l'assillo del rispetto del principio di legalità), tanto da conoscere un evidente suo rafforzamento rispetto alla corrispondente figura dell'imprenditore privato, attesi i limiti che sul piano della razionalità organizzativa discendono dalla imprescindibile esigenza che anima (o dovrebbe animare) ogni imprenditore di tutelare il proprio patrimonio, certamente non bilanciati dal controllo operato dalla Corte dei conti.

Ed invero quest'ultimo intervento ha inciso sulla gestione del rapporto di lavoro in senso autoritario, e financo punitivo, come dimostra, ad es., l'art. 9, d.lgs. 165/01, che ha eliminato i diritti di informazione e partecipazione sindacale che consentivano di incidere in radice sull'organizzazione dell'apparato burocratico; o come nel caso dell'ampliamento dei controlli in tema di malattia (poi in parte ridotti, sull'onda della riprovazione popolare che

<sup>10</sup> V. FALSONE, *I rapporti di lavoro nelle imprese esercitate da enti pubblici* (art. 2093 c.c.), Giuffrè, 2018; ALTIMARI *Diritto del lavoro e società pubbliche. Tra impresa e amministrazione*, Giappichelli, 2020.

colpi il ministro dell'epoca) o del procedimento disciplinare, che non si interrompe anche in caso di trasferimento o dimissioni del lavoratore (art. 55 *bis*, co. 8 e 9) al fine di cancellare la possibilità di ricostituire un nuovo rapporto alle dipendenze di qualunque altro ente pubblico<sup>11</sup>. Una legislazione conservata per ampi tratti, malgrado le critiche, dai successivi interventi di riscrittura della disciplina (v. la legge “Madia” 7 agosto 2015 n. 124)<sup>12</sup>, quasi a dimostrare l'irrisolto conflitto, che continua a contrapporre la popolazione alla macchina burocratica che la governa.

## 2. I poteri datoriali

Venendo ad una più mirata analisi del potere direttivo, può senz'altro ribadirsi quanto già sopra accennato, circa il fatto che le prerogative del datore appaiono ora rafforzate rispetto al modello dell'atto amministrativo, grazie soprattutto al ruolo attribuito alla dirigenza pubblica<sup>13</sup>, che per quanto riguarda l'aspetto della gestione del personale è intesa a riprodurre le dinamiche proprie del sistema privato, mirate al conseguimento di obiettivi suscettibili di misurazione quantitativa. E tanto, in un contesto non privo di criticità, a fronte dell'incompleto attivarsi di “meccanismi simili a quelli del mercato”, che, nel settore privato, costituiscono sul medio-lungo termine limiti ineliminabili a garanzia dell'efficienza del sistema di organizzazione aziendale.

Mettendo però da parte la valutazione delle dinamiche organizzative (che compete per molti versi anche ad ambiti scientifici diversi di quelli indagati dal diritto del lavoro), e limitando invece l'analisi al solo dato giuridico, quale attiene al rapporto contrattuale cui dà vita l'assunzione, non si può negare che la solenne proclamazione contenuta nell'art. 5, d.lgs.

<sup>11</sup> Per tutti, v. NAPOLI, GARILLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra innovazioni e nostalgia del passato*, in *NLCC*, 2011, p. 1073 ss. (anche come volume autonomo, Cedam, 2012).

<sup>12</sup> AA.VV., *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2018.

<sup>13</sup> BOSCATI, *Il dirigente dello Stato*, Giuffrè, 2006; NICOSIA, *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche*, Giappichelli, 2011; SPINELLI, *Il datore di lavoro pubblico, Autonomia e organizzazione e poteri del dirigente*, Cacucci, 2012; PENSABENE-LIONTI, *Autonomia e interdipendenza della nuova dirigenza pubblica*, Giappichelli, 2018; CERBONE, *Il lavoro del dirigente pubblico e autonomia territoriale*, Giappichelli, 2020.

165/01, in ordine ai poteri del datore di lavoro pubblico<sup>14</sup> sembra aver dato luogo, malgrado il tenore della norma, a una soluzione ibrida che, al di là delle persistenti differenze normative specificatamente previste dal d.lgs. 165/01, resta, nell'interpretazione giurisprudenziale, ancora lontana dal diritto comune del lavoro, pur in assenza di clausole che garantiscano un regime di specialità<sup>15</sup> e dunque in palese difformità dalla regola generale di cui all'art. 2129 cod. civ.

Il tema che più viene in rilievo in quest'ambito è quello dell'attribuzione delle mansioni, alla quale non trovano applicazione le disposizioni proprie del settore privato (art. 2103 cod. civ., peraltro modificato dall'art. 3, d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81). Questa differenza, unita alle perduranti incertezze in ordine all'esatta portata del principio del concorso pubblico, di cui all'art. 97 Cost., ha dato luogo ad esiti giurisprudenziali che, per la loro contrarietà alle intenzioni del legislatore e agli stessi orientamenti espressi in passato, anche autorevolmente, appaiono inaccettabili, poiché riconducono il settore pubblico ad una gestione unilaterale che si credeva oramai superata, senza però le garanzie che la natura provvedimentale degli atti di esercizio del potere direttivo veniva a riconoscere ai singoli che ritenessero lese le proprie posizioni soggettive, vantate nei confronti dell'autorità datoriale.

Valga a riguardo fare qualche esempio.

Nel settore della dirigenza medica, dando prevalenza al principio dell'unicità della qualifica dirigenziale, la Cassazione<sup>16</sup> ha ripetutamente negato il diritto dei singoli che svolgono mansioni, superiori (perché comportanti la responsabilità di posizioni apicali) rispetto al formale livello di inquadramento attribuito, a vedersi riconosciuto il trattamento retributivo altrimenti

<sup>14</sup> Secondo il quale: “le determinazioni inerenti all'organizzazione degli uffici e le misure di gestione del rapporto di lavoro sono esercitate con i poteri del privato datore di lavoro”. A riguardo, da ultimo, v. il contributo di ZILLI, *Il rapporto di lavoro: poteri dell'amministrazione e obblighi del lavoratore*, in questo *Quaderno*.

<sup>15</sup> CARINCI F., *Contratto e rapporto individuale di lavoro*, in *DLRI*, 1994, p. 659 ss. e (a cura di CARINCI M.T.) p. 665 ss., ALES, *Contratto di lavoro e pubbliche amministrazioni*, Utet, 2007, p. 169 ss.

<sup>16</sup> Cass. 3483/2019, 30912/2018, 28243/2018, 27121/2017, 584/2016, 15577/2015, che affermano che il formale conferimento di incarico (apicale) di struttura complessa non si configura come svolgimento di mansioni superiori poiché avviene nell'ambito del ruolo e livello unico della dirigenza sanitaria, sicché non trova applicazione l'art. 2103 cod. civ. e al dirigente incaricato “su posto vacante” non spetta il trattamento accessorio del dipendente sostituito, ma solo la modesta indennità c.d. sostitutiva prevista dal ccnl per il periodo necessario allo svolgimento della selezione.

previsto per tutti i direttori di struttura complessa<sup>17</sup>. A supporto di questa conclusione si è invocato il principio della “onnicomprensività della retribuzione”<sup>18</sup>, che si riferisce semmai alla circostanza che eventuali incarichi connessi alla posizione occupata (come per es. in società pubbliche *in-house*) devono ricondursi alla retribuzione pattuita (senza far luogo ad ulteriori emolumenti). È stato così negato il principio secondo cui l’inquadramento corrisponde alle mansioni svolte di fatto, che costituisce sicura manifestazione del diritto costituzionale al giusto salario<sup>19</sup>, affermandosi che il precetto di cui all’art. 52, d. lgs 165/01 non troverebbe applicazione alcuna ai dirigenti<sup>20</sup>.

Si tratta di approdi che si richiamano solamente a precedenti ormai non più isolati della giurisprudenza di legittimità e che obliterano completamente il dato positivo, dando vita ad orientamenti del tutto autonomi, in evidente contrasto con il fine perseguito dal legislatore, mediante l’unificazione della disciplina sostanziale del rapporto e la concentrazione della giurisdizione avanti al giudice ordinario.

Analogamente, richiamando il principio dell’accesso mediante concorso (inteso anche quale regola che disciplina la progressione di carriera), si è negato il diritto anche solo alla retribuzione superiore, nel caso di personale “dei livelli” che comunque si fosse trovato a svolgere funzioni dirigenziali in via di fatto, anche in questo caso dando accesso ad adattamenti della disciplina privata che appaiono frutto di interpretazione, perché privi di fondamento normativo espresso<sup>21</sup>. Nello stesso senso nessun effetto economico

<sup>17</sup> La giurisprudenza ha solamente riconosciuto la modesta indennità che la contrattazione collettiva sembrerebbe aver previsto per il solo periodo necessario allo svolgimento delle procedure concorsuali, necessarie al fine di individuare il nuovo responsabile del servizio.

<sup>18</sup> V. art. 24, co. 3, d. lgs. 165/01, secondo cui la retribuzione fissata dal ccnl “remunera tutte le funzioni e i compiti attribuiti ai dirigenti”.

<sup>19</sup> C. cost. 22 marzo 1995 n. 101, secondo cui (par. 3) “la spettanza al lavoratore del trattamento retributivo corrispondente alle funzioni di fatto espletate è un precetto dell’art. 36 Cost., la cui applicabilità all’impiego pubblico non può essere messa in discussione”, a riguardo, v. FERRANTE, *La riforma del lavoro pubblico, cronaca di un quinquennio di Giurisprudenza*, Franco Angeli, 2000.

<sup>20</sup> In senso inverso però, la più antica Cass. 6 luglio 2015 n. 13809, che richiama espressamente in motivazione C. Cost. 57/1989, 296/1990, 101/1995; ordinanze 408/1990, 337/1993, 347/1996 al fine di sostenere la corrispondenza della retribuzione alle mansioni svolte in via di fatto; in senso opposto, anche a fronte di formali atti di conferimento di mansioni superiori, v. Cass. 6530/2014.

<sup>21</sup> Da ultimo, v. BELLAVISTA, *Lo svolgimento, di fatto, di mansioni superiori* in BOSCATI, ZILLI (a cura di), *La professionalità tra legge e contratti*, Cedam, 2023, I, p. 323 ss.; GARGIULO, *Il danno alla*

viene riconosciuto alle ipotesi, tutt'altro che rare, nelle quali un dipendente si trovi contemporaneamente ad occupare più posizioni lavorative, al fine di sostituire chi è andato in pensione, quasi che alla rilevazione dei carichi di lavoro non dovesse corrispondere un'effettiva prestazione dovuta al datore di lavoro pubblico.

In senso inverso, la giurisprudenza non ha esitato a riconoscere la legittimità della condotta di amministrazioni che avevano proceduto all'annullamento in via di autotutela di incarichi che pure esse stesse avevano conferito, valorizzando il principio della nullità civilistica (ma senza, però, rivalersi sui funzionari che avrebbero dato vita ad attività illegittima, che, a quanto è noto, sono sempre rimasti al riparo dagli obblighi riparatori e dalle sanzioni disciplinari che, a tutt'evidenza, la loro condotta avrebbe dovuto determinare a loro danno)<sup>22</sup>. Anche in questo caso, la giurisprudenza è apparsa poco attenta al sistema delle fonti delineato dal d.lgs. 165/01 e alla natura privatistica del potere esercitato, poiché non sono mancati casi nei quali la nullità è stata fondata sulla violazione di una norma di contratto collettivo, senza rendersi conto che, stante il principio di tipicità legislativa di cui all'art. 1418 cod. civ., la sola nullità che può rilevare è quella che discende dalla violazione di norme di legge.

Il vero è che, il sistema di articolazione dell'inquadramento su poche fasce "larghe" e la sostanziale omogeneità di molte delle mansioni svolte allontanano le pubbliche amministrazioni dal rispetto del principio di parità di trattamento di cui all'art. 45, co. 2, d.lgs. 165/01 e lascia spazio al proliferare di voci retributive aggiuntive, da correlarsi a speciali posizioni organizzative che, al pari che nel passato<sup>23</sup>, vengono talora riconosciute al di fuori dell'effettiva attribuzione delle corrispondenti responsabilità, seppure sulla base di quanto previsto dalla contrattazione collettiva di secondo livello<sup>24</sup>, dando

*professionalità del dipendente pubblico*, *ivi*, II, p. 225 ss. e GRAGNOLI, *L'oggetto del contratto di lavoro, le simmetrie e le differenze nel sistema pubblico e in quello privato*, *ivi*, II, p. 380 ss.

<sup>22</sup> Fra le tante, v. Cass. 20 agosto 2019 n. 21528; Cass. 27 novembre 2019 n. 30992; 16 febbraio 2021, n. 4057; Cass. 17 gennaio 2022 n. 1307, in *DJ*; va da sé che, ove il concorso fosse qualificato nei termini di un provvedimento amministrativo, sarebbe necessario individuare uno specifico interesse che legittimi all'esercizio dell'annullamento in autotutela, in assenza di contestazioni da parte di un terzo controinteressato.

<sup>23</sup> V. TREU, *La contrattazione decentrata nel pubblico impiego*, in *RTDP*, 1992, p. 348 ss.

<sup>24</sup> Per una inattesa ricaduta di quanto descritto nel testo, v. Corte EDU, *Casarin c/Italia*, 11 febbraio 2021, che nega il diritto di ripetizione ritenendo inapplicabile l'art. 2033 cod. civ. alle retribuzioni percepite in buona fede dal lavoratore.

luogo così al risorgere di prassi che, al contrario, si intendevano combattere con l'adozione del modello di contrattazione collettiva propria del settore privato.

Né è solo sul piano delle politiche retributive e di carriera, che l'assimilazione al privato datore di lavoro non sembra aver dato luogo ai risultati sperati, perché il rapporto fra poteri di organizzazione (pubblici) e di gestione dei rapporti di lavoro (privati) resta ancora in attesa di una messa a fuoco concettuale, malgrado l'apparente nettezza del disposto di cui all'art. 5, d.lgs. 165/01, che sopra già si è richiamato.

Il punto era apparso come un vero e proprio rompicapo ai primi commentatori e a quanti si erano dedicati ad aprire la via alla riforma<sup>25</sup>, poiché non riusciva facile superare il principio di riserva di legge di cui all'art. 97, co. 3 (e già co. 2), in forza del quale “Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari”. La soluzione rinvenuta all'esito della riscrittura operata con la riforma del 1997/98, di distinguere fra atti di macro- e di micro-organizzazione, per quanto abbia poi trovato immediata diffusione, si è prestata ad un'evidente difficile applicazione nella pratica del foro. Ed invero, a mente delle previsioni dell'art. 63 dello stesso decreto 165/01, l'A.G.O. dovrebbe comunque poter sindacare, sulla scorta dei tradizionali vizi del provvedimento amministrativo (incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere), gli “atti presupposti”, che si collocano logicamente e temporalmente “a monte” di quanto fatto oggetto di contestazione in sede giurisdizionale<sup>26</sup>.

Al contrario, il Giudice ha finito nella prassi per evitare di scrutinare quanto precede gli atti datoriali “di gestione” del rapporto di lavoro, avanti a lui impugnati, o semplicemente ritenendo che si tratti di prerogative insuscettibili di controllo (equivocando in questo senso in ordine alla reale

<sup>25</sup> V. gli AA. citt. *supra* a nota 8 ed altresì TREU (a cura di), *Pubblico impiego. Verso il diritto comune del lavoro*, Franco Angeli, 1992; RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *Il lavoro pubblico*, il Mulino, 1993; CARINCI E. (a cura di) *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giuffrè, 1995; NAPOLI (a cura di), *Riforma del pubblico impiego ed efficienza della pubblica amministrazione. Una riflessione a più voci*, Giappichelli, 1996.

<sup>26</sup> Art. 63, co. 1, d.lgs. 165/01: “Sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, 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. L'impugnazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo”.

portata del già cit. art. 30, l. 183/10<sup>27</sup>), ovvero considerando poi la determinazione amministrativa in certo modo assorbita dall'esigenza che il successivo atto sia dotato di idonea motivazione. La prima soluzione appare però inaccettabile, ove solo si pensi che il divieto di un controllo di merito, non può che interpretarsi in senso conforme alla già richiamata riserva di legge prevista dall'art. 97 Cost. e al principio di cui all'art. 113, co. 1, Cost. del diritto al ricorso giurisdizionale avverso gli atti amministrativi, mentre anche la seconda mostra i suoi limiti, ove si consideri che molte decisioni organizzative non richiedono la sussistenza di ragioni di fatto determinate per essere legittime o, al contrario, che spesso il loro fondamento è costituito proprio dall'atto presupposto, la cui legittimità è contestata dal lavoratore che propone il ricorso.

Ed invero pure si deve riconoscere che la distinzione in esame è tutt'altro che chiara nella sua portata pratica<sup>28</sup>. Si faccia il caso dell'organizzazione del lavoro su turni avvicendati, in relazione a servizi accessori al pronto soccorso ospedaliero. In carenza di norme dotate di un'effettiva capacità di limitare la durata della prestazione lavorativa, una tale decisione si apre ad un incremento delle ore lavorate da parte del personale e comporta varie fasi: si tratterà (a) di valutare se tenere aperto il servizio, di per sé non strettamente indispensabile ai fini del pronto intervento; (b) di individuare il modulo organizzativo da adottare, scegliendo fra l'assunzione di nuovo personale o la previsione di turni aggiuntivi per i dipendenti dei reparti; (c) di organizzare in concreto i turni, definendo il perimetro dei soggetti coinvolti e l'eventuale ritmo della turnazione; (d) di individuare il calendario nominativo del personale interessato.

Invero, come risulta dall'esempio proposto, non è semplice dire dove inizi la "micro" e dove termini la "macro-organizzazione". La decisione di coinvolgere tutto il personale dell'ospedale, o di limitarsi a quello addetto a mansioni "di reparto", a quale sfera appartiene: alla decisione del privato datore o al momento organizzativo precedente?

Non c'è da stupirsi, allora, se la giurisprudenza, invece di esercitare, sep-

<sup>27</sup> Secondo la norma citata "il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente".

<sup>28</sup> Sul punto riassuntivamente, RICCARDI, *L'organizzazione del lavoro nell'amministrazione pubblica*, I, Cacucci, 2011, p. 152 ss.

pur nel rispetto del principio della domanda, un controllo di legittimità amministrativa (come sembrerebbe prevedere l'art. 63, d.lgs. cit., senza possibilità di alternativa), abbia finito per dare grande spazio alla condanna al risarcimento di danni da *mobbing*, rinunciando quindi ad intervenire sull'organizzazione aziendale o abbia, talora, utilizzato i criteri della discriminazione, per esercitare un controllo indiretto sulla legittimità delle scelte datoriali, ma sempre al di fuori del più lineare percorso che il legislatore aveva individuato, sulla scorta dell'interpretazione che si è sempre data alla riserva costituzionale di legge<sup>29</sup>.

### 3. *Un bilancio conclusivo*

Alla luce di quanto sino a qui si è venuto brevemente a dire, si può provare a tracciare un bilancio, almeno in relazione all'esercizio dei poteri di direzione, che più hanno registrato gli effetti della riforma, vedendo modificata la loro natura: da concretizzazione di un potere di supremazia speciale, esercitato attraverso provvedimenti amministrativi, ad atti privatistici che realizzano l'esecuzione del contratto di lavoro<sup>30</sup>.

Preliminarmente, deve notarsi che, sul piano dei rapporti collettivi, il metodo contrattuale, pur con i limiti introdotti nel 2009 a seguito della riformulazione dell'art. 9, d.lgs. 165/01 in tema di partecipazione del sindacato, è senz'altro venuto a modificare la regolazione stessa del rapporto, con innovazione che, dopo la sentenza 313/1996 della Corte costituzionale, non è mai stata rimessa in discussione (v. ancora *infra*).

Se dunque l'operazione di privatizzazione ha sostanzialmente superato le tante perplessità che la dottrina aveva mostrato nella lunga fase di incubazione della riforma, sarebbe forse fallace affermare che si è realizzata una vera unificazione, fra diritto del lavoro privato e pubblico. Ed invero non solo le

<sup>29</sup> Di modo che la nozione di discriminazione è stata ora ampliata così da ricomprendere, a mente dell'art. 25, co. 2-*bis* CPO anche "ogni trattamento o modifica dell'organizzazione delle condizioni e dei tempi di lavoro che, in ragione del sesso, dell'età anagrafica, delle esigenze di cura personale o familiare, dello stato di gravidanza nonché di maternità o paternità" pone o può porre il lavoratore in condizione di svantaggio rispetto alla generalità degli altri lavoratori.

<sup>30</sup> Per questa impostazione, rinvio al mio *Direzione e gerarchia nell'impresa (e nel lavoro pubblico privatizzato)*, Giuffrè, 2012.

distanze normative rimangono ancora numerose sul piano della disciplina positiva (quanto ad es. al licenziamento, alla materia disciplinare, alla disciplina del *part-time*, al lavoro a termine, al calcolo di rivalutazione ed interessi, etc.), ma anche sul piano della giurisprudenza, come sopra si è provato a dimostrare, la direttrice della piena parificazione si è dovuta confrontare con una differenziazione giurisprudenziale, che finisce per fondarsi, non solo su specifiche previsioni differenziate, ma su una certa incapacità a cogliere il senso stesso dell'operazione legislativa<sup>31</sup>.

La stessa vicenda del *mobbing* che sopra si è richiamata dimostra una tendenza a privilegiare forme di risarcimento per equivalente, abbandonando invece l'idea dell'annullamento degli atti illegittimi, con una inclinazione alla monetizzazione che sembra rasantare un giudizio meramente equitativo, che poco si addice alla natura comunque pubblica degli interessi perseguiti dalle amministrazioni pubbliche. Del resto, appare anche in crisi l'idea, che si collocava alla base del riconoscimento dell'autonomia organizzativa della dirigenza, che meccanismi di natura politico/elettorale possano sostituirsi a regole imperative di condotta. E tanto sia per l'illogico permanere di previsioni a carattere penale, in ordine ad un rapporto che si riteneva privatizzato a tutti gli effetti, sia per l'incompleta attivazione dei meccanismi di rilevazione della qualità del servizio, che viene fatalmente a depotenziare tutta la riforma, lasciando spazio ai più consueti parametri diretti alla valutazione di legittimità del singolo atto<sup>32</sup>.

Il vero è che, come plasticamente segnala la l. cost. 20 aprile 2012 n. 1 (che ha inserito un nuovo comma in esordio al disposto dell'art. 97 Cost.) il primo compito che il legislatore affida all'amministrazione italiana consiste oramai, a fronte di una spesa pubblica poco attenta all'efficienza, nell'assicurare «l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico».

Né la maggiore omogeneità quanto ai moduli organizzativi, che dovrebbe essere stata acquisita in forza del massiccio trasferimento dei servizi più semplici verso imprese esterne, ha poi giovato all'emersione di prassi virtuose (ed anzi ha dato luogo, su altro e differente versante, a problemi circa l'individuazione dei migliori criteri attraverso i quali assegnare gli appalti,

<sup>31</sup> V. TOSI, *Le novelle legislative sul lavoro privato e pubblico privatizzato tra armonizzazione e diversificazione*, in *RIDL*, 2018, I, p. 17 ss.

<sup>32</sup> Sul punto, da ultimo v. il contributo di MONDA, *La dirigenza pubblica tra amministrazione e politica*, in questo Quaderno.

nonché in ordine alla possibile applicazione delle tutele che pure sono garantite nel settore privato grazie all'art. 29 d.lgs. 276/03).

In conclusione, sul piano dell'incremento dell'efficienza non sembra potersi affermare che al momento si sia ancora realizzata una vera unificazione, poiché, in assenza di *market-type mechanisms* capaci di determinare vincoli all'azione amministrativa, le logiche di gestione del personale sono rimaste in molti casi immutate e la pretesa all'efficienza ha rischiato spesso di essere scambiata per prevaricazione, incontrando nella giurisprudenza un interlocutore troppo spesso poco attento, e quindi incline al giudizio del caso singolo e poco interessato ad una valutazione di legittimità dell'azione amministrativa. Né la situazione in essere aiuta quanti volessero invece sperimentare l'adozione di nuovi moduli organizzativi, poiché l'assenza di chiarezza lascia alla valutazione della giurisprudenza e degli organi di controllo contabile uno spazio di discrezionalità spesso troppo ampio.

Ovviamente non si può disconoscere l'esistenza di un saldo comunque positivo, in ordine all'utilità della riforma, forse anche grazie all'incredibile sviluppo che la tecnologia ha saputo introdurre nell'organizzazione degli uffici, sebbene, nel complesso, appaia ancora corretta l'impostazione che diede alla vicenda la Corte costituzionale, quando fu chiamata a giudicare della legittimità della stessa privatizzazione, ritenendo che il sacrificio ai diritti individuali, in ordine alla garanzia di imparzialità dell'azione amministrativa, potesse considerarsi giustificato fin tanto che i valori dell'impresa (e, quindi, dell'efficienza dell'azione amministrativa) avessero prevalso sul tradizionale immobilismo, rendendo così più incisiva la presenza dello Stato<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> V.C. Cost. 25 luglio 1996 n. 313 (già cit. nel testo), secondo cui: "il valore dell'imparzialità può essere in astratto - e viene dalla normativa in esame - non irrazionalmente integrato con quello dell'efficienza: essendo da ritenere che l'imparzialità stessa non debba essere garantita necessariamente nelle forme dello statuto pubblicistico del dipendente, ben potendo viceversa trovare attuazione - come nel caso di specie - in un equilibrato dosaggio di fonti regolatrici" (par. 4.1.2) in *Foro it.*, 1997, I, p. 35 e in *RIDL*, 1997, II, p. 36 (con nota di GRAGNOLI) e in tutte le principali riviste.

## Abstract

Il saggio intende fare un bilancio sulla riforma del lavoro pubblico, disposta trenta anni fa con il d.lgs. 29 del febbraio 1993, che ha “privatizzato” il rapporto di lavoro instaurato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. In particolare, l’Autore si sofferma sull’esercizio dei poteri datoriali in materia di assegnazione di mansioni e rileva come spesso la giurisprudenza abbia equivocato sul significato della riforma, facendo applicazione di principi differenti da quelli che governano i rapporti fra le parti nel settore del lavoro privato. Secondo l’A. questo risultato si deve in parte alla mancata creazione di sistemi di verifica della qualità della prestazione lavorativa che simulino le logiche di mercato, ma in parte anche ad una certa incomprendione sugli obiettivi che il legislatore intendeva perseguire oramai trenta anni fa.

The essay intends evaluate after three decades the public employment reform, established in 1993 with the legislative decree 29, which “privatized” the employment relationship established with public administrations. In particular, the Author focuses on the exercise of managerial prerogatives regarding the assignment of tasks and notes how jurisprudence has often misunderstood the meaning of the reform, applying principles different from those that govern the relationships between the parties in the sector of private work. According to the Author this result is partly due to the failure to create systems of market like mechanisms to verify the quality of work performance, but partly also to a certain misunderstanding of the objectives that the legislator intended to pursue thirty years ago.

## Keywords

Lavoro pubblico, dirigenti pubblici, potere direttivo, privatizzazione.

Public employment, public managers, executive power, privatization.



**Luigi Fiorillo**

## La flessibilità in entrata: quadro di sintesi per una proposta di efficientamento

SOMMARIO: **1.** Premessa. **2.** L'evoluzione della disciplina sul contratto a tempo determinato. **3.** Il governo della flessibilità in entrata tra sanatorie e normativa in deroga. **4.** Alcune proposte per superare la specialità della disciplina pubblica sul contratto a termine: il contratto collettivo come fonte esclusiva per la individuazione delle causali. **5.** (*segue*) la modifica del modello sanzionatorio: dall'indennizzo alla stabilizzazione del rapporto nel rispetto del dettato costituzionale.

### 1. *Premessa*

Una riflessione sulle metamorfosi del lavoro pubblico nel corso di trent'anni di riforme con l'obiettivo di evidenziare gli intrecci, gli ostacoli, le contraddizioni e le potenzialità degli interventi normativi succedutisi nel tempo impone una preliminare considerazione di carattere generale.

Se da una parte, è possibile affermare che, al di là delle valutazioni tecnico giuridiche sulla sua riuscita, il processo riformatore ha avuto sicuramente una rilevanza epocale, avendo traghettato il mondo del lavoro pubblico dalla sponda del diritto pubblico a quella del diritto privato con conseguente passaggio dalla giurisdizione del giudice amministrativo a quella del giudice ordinario, dall'altra sono più che mai evidenti alcune contraddizioni che caratterizzano la metodologia dell'intervento del legislatore.

Pochi anni dopo il perfezionamento della seconda delega sulla riforma del pubblico impiego (1997/1998), ogni qual volta il Parlamento ha ritenuto di intervenire in modo sistematico sulla disciplina di diritto positivo deputata

a governare il diritto del lavoro ha sempre operato dei distinguo, di varia intensità, rispetto alla sua applicazione al lavoro pubblico, dimenticandosi della sua scelta di fondo per la quale, con l'avvio del processo di contrattualizzazione, in questa branca del diritto sia entrato a farne parte anche il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Peraltro, contravvenendo ad uno dei capisaldi di diritto positivo posti a sostegno del processo stesso quale è quello indicato dall'art. 2, co. 2, d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29 (poi confluito con una formulazione ancor più chiara nel d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165) per cui la disciplina deputata a regolare l'impiego pubblico è quella contenuta nel libro V del codice civile e nelle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, con la sola eccezione delle diverse disposizioni contenute nello stesso decreto.

Sempre il legislatore anche quando si è occupato di regolamentare direttamente gli istituti del rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato ha progressivamente introdotto delle specificità rispetto alla disciplina ordinariamente prevista per la generalità dei lavoratori subordinati, compromettendo in modo significativo la possibilità di creare un modello regolativo della prestazione di lavoro che, prescindendo dalla sua applicazione al settore pubblico o privato, abbia una sua coerenza sistematica.

Al fine di dimostrare quanto appena evidenziato ho scelto di trattare il tema della flessibilità in entrata, con specifico riferimento all'istituto del contratto a tempo determinato, in quanto emblematico sia sulle contraddizioni appena accennate che sul grado di specialità che oramai riveste nel settore pubblico il diritto del lavoro e delle differenze di matrice culturale che caratterizzano, sotto il profilo gestionale, il mondo del lavoro pubblico da quello privato nonostante entrambi siano governati dallo stesso modello di produzione normativa e dallo stesso giudice.

## *2. L'evoluzione della disciplina sul contratto a tempo determinato*

Sin dall'avvio della riforma, quando ancora l'obiettivo apertamente dichiarato dagli artefici del processo riformatore era quello di predisporre una normativa comune al lavoro pubblico e privato, la disciplina in materia di lavoro flessibile parte in controtendenza rispetto a quella presente nel mondo del lavoro subordinato.

L'art. 36, co. 4, della prima versione del d.lgs. 29/1993 così si esprimeva

“è fatto divieto alle amministrazioni pubbliche di costituire rapporti di lavoro a tempo determinato per prestazioni superiori a tre mesi” precisando che “le assunzioni anche in forma di contratti d’opera, effettuate in violazione del divieto, determinano responsabilità personali, patrimoniali e disciplinari a carico di chi le ha disposte e sono nulle di pieno diritto”.

La semplice lettura della norma rende evidente il tipo di approccio sull’uso di questa modalità di accesso al lavoro: totale chiusura nei confronti di uno strumento di approvvigionamento di personale che non sia caratterizzato dalla stabilità occupazionale, nessuna attenzione alle possibili ricadute positive per un miglioramento dell’efficienza degli uffici anche attraverso mirate assunzioni temporanee di personale.

Bisogna aspettare la c.d. seconda privatizzazione perché il legislatore, consigliato da un gruppo di esperti capitanati da Massimo D’Antona, predisponga una specifica disciplina che, a fronte di un uso illegittimo di questa tipologia contrattuale, non ha potuto prevedere come momento sanzionatorio la trasformazione del rapporto a termine in uno a tempo indeterminato nel rispetto di quanto stabilito dal dettato costituzionale (art. 97), restando comunque in linea con la filosofia di fondo del processo riformatore con riferimento alla disciplina dell’istituto.

Ed infatti la nuova formulazione della norma: a) opera un rinvio generalizzato alle forme contrattuali flessibili previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell’impresa; b) valorizza per alcune tipologie contrattuali (contratto a tempo determinato, contratto di formazione e lavoro, contratto di fornitura di lavoro temporaneo) la funzione della futura contrattazione collettiva pubblica chiamata a disciplinarle in applicazione della normativa all’epoca vigente, consentendo in tal modo di adattare le regole pensate per il lavoro privato alle esigenze di quello pubblico; c) introduce, per la prima volta, nell’ordinamento un sistema sanzionatorio di tipo risarcitorio a favore del lavoratore illegittimamente assunto a termine.

In occasione dell’emanazione del d.lgs. 165/2001 la normativa sulla flessibilità in entrata viene inserita in un articolo autonomo, il 36, con la rubrica specifica “Forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale” identico nella sua formulazione a quello frutto della seconda riforma.

Appena due anni dopo l’entrata in vigore del decreto del 2001 – destinato a raccogliere in un unico contenitore le regole fondative del processo di contrattualizzazione del rapporto di lavoro pubblico con la dichiarata e, all’atto dell’originaria formulazione delle singole norme, quasi riuscita fi-

nalità di creare un modello di regolazione tendenzialmente omogeneo tra settore pubblico e privato – è lo stesso legislatore ad introdurre un forte segnale di discontinuità, decisamente contraddittorio rispetto al processo riformatore.

La legge delega 14 febbraio 2003 n. 30 sul mercato del lavoro esclude esplicitamente dal suo campo di applicazione il mondo del lavoro pubblico contrattualizzato. Scelta quest'ultima che caratterizzerà anche altre leggi, tutte molto significative sotto il profilo sistematico, che, nella migliore delle ipotesi, invitano l'Esecutivo ad adattare la disciplina prevista solo per il settore privato, al settore pubblico (forme di armonizzazione che poi non si sono mai verificate) o lo ignorano.

In questo contesto la possibilità di ricorrere all'uso di contratti a termine nel settore pubblico subisce una decisa battuta d'arresto con la legge finanziaria per il 2008 (art. 3, co. 79, l. 24 dicembre 2007 n. 244) che con un intervento estraneo ad ogni logica di natura sistematica, frutto di un approccio marcatamente ideologico, modifica l'art. 36 all'insegna di un divieto generalizzato di utilizzo di tutte le "forme contrattuali previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa se non per esigenze stagionali o per periodi non superiori a tre mesi" stabilendo che "le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato, potendo ricorrere al contratto a termine solo "le autonomie territoriali" ed unicamente per sostituzioni di maternità.

La normativa appena menzionata scompare dopo pochi mesi la caduta del Governo che l'aveva introdotta (art. 49, l. 6 agosto 2008 n. 133), ma comunque segna un cambio di rotta rispetto all'originaria formulazione dell'art. 36, d.lgs. 165/2001 che non riacquisterà più la sua impostazione originaria.

Il governo della flessibilità nel settore pubblico viene indissolubilmente legato alla presenza di ragioni eccezionali che al contempo devono anche essere oggettivamente temporanee, il connubio delle due condizioni da prova di quanto l'approccio a queste tipologie di lavoro sia contrario ad ogni logica di efficiente gestione degli uffici.

Per consentire alle amministrazioni pubbliche di stipulare validi contratti a termine in presenza di esigenze organizzative temporanee ma prevedibili, quali, ad esempio, per gli enti locali, incrementi dell'organico in determinati periodi dell'anno, bisognerà attendere il d.lgs. 75/2017 che, nel dare attuazione alla legge delega del 2015, interviene sulle causali eliminando la co-

presenza di entrambe le condizioni, rendendole alternative (sostituendo la “o” con la “e”), ma nel contempo preoccupandosi di sottolinearne l’intensità aggiungendo l’avverbio “esclusivamente”.

L’attuale formulazione dell’art. 36, d.lgs. 165/2001 costituisce il momento di maggiore apertura nei confronti di questa tipologia di assunzioni e la sua impostazione si caratterizza per una totale estraneità alle riflessioni avviate nel settore privato, a partire dalla legge Fornero del 2012, finalizzate ad affiancare, nella ordinaria gestione della forza lavoro, al contratto di lavoro a tempo indeterminato anche quello a termine nel rispetto di rigorosi parametri al fine di scongiurare forme patologiche di precariato.

In sostanza, nel settore pubblico, dopo la breve parentesi che ha caratterizzato la seconda privatizzazione, è stata completamente abbandonata l’idea che si possano fornire servizi efficienti alla collettività utilizzando anche forme contrattuali flessibili attraverso modelli normativi che possano favorire un adattamento degli uffici finalizzato a soddisfare necessità avvertite dalla collettività mediante l’espletamento di attività permanenti o temporanee.

Per il resto, ad eccezione degli aspetti sanzionatori di cui si dirà in seguito, la disciplina propria del settore privato sulle regole deputate a governare questa tipologia di contratto, prevista dal d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81, viene applicata anche al settore pubblico in virtù dell’espresso rinvio in tal senso da parte dell’art. 36 cit.

### 3. *Il governo della flessibilità in entrata tra sanatorie e normativa in deroga*

La miopia del legislatore nel vietare, in linea di principio, il ricorso ai contratti flessibili se non per “comprovate esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale”, impedendo così all’amministrazione di poter usufruire di un controllato ed ordinario strumento di gestione della forza lavoro, non ha prodotto nel mercato del lavoro pubblico l’assenza di forme di precariato anzi, al contrario, ne ha favorito il suo proliferarsi con l’aggravante costituito da una forte riduzione delle tutele per i lavoratori coinvolti.

In particolare, il dato normativo brevemente descritto, accompagnato al blocco lineare delle assunzioni stabili per fronteggiare la crescente crisi economica che ha caratterizzato gli anni successivi alla terza riforma del

2009, ha comportato il proliferarsi di assunzioni (temporanee) utilizzate dalle amministrazioni per far fronte alle ineludibili esigenze della collettività fuori da ogni controllo e programmazione, e, nel contempo, foriere di aspettative da parte del personale coinvolto in ordine ad una possibile stabilizzazione, con l'aggravante costituito, in molti casi, da un aggiramento delle tutele garantite da un regolare contratto di natura subordinata a termine attraverso il ricorso alle collaborazioni coordinate e continuative che, nella sostanza, mascherano attività di natura subordinata.

Questa situazione, caratterizzata da contratti a termine o da forme di collaborazione che comunque nascono dalla necessità di sopperire ad esigenze stabili, ha poi costretto il legislatore ad adottare provvedimenti di sanatoria che sono sfociati in procedimenti di stabilizzazione di portata generale che, come dimostra quello adottato in occasione dell'ultima riforma del 2017 (art. 20, d.lgs. 25 maggio 2017 n. 75/2017), oltre a costituire di per se la prova di un utilizzo improprio di tali assunzioni, hanno rappresentato un ostacolo ad un approvvigionamento di personale in pianta stabile improntato a criteri di efficienza organizzativa.

A questo si aggiunge un panorama legislativo che non brilla per coerenza sistematica. La rigidità delle regole imposte in via di principio sul ricorso alla flessibilità in entrata trova elementi di forte contraddizione nella stessa normativa di carattere generale che è costretta ad affrancare interi settori pubblici da quelle stesse rigidità o ad escluderli dalla disciplina generale posta a protezione delle forme contrattuali flessibili.

Non mi è possibile in questa sede illustrare il variegato panorama normativo presente in materia né soffermarmi sul contenuto delle singole disposizioni, mi limiterò ad alcuni esempi emblematici.

Il primo è costituito da un intero settore che occupa oltre il 20 per cento dei dipendenti pubblici: il Servizio sanitario nazionale. Il personale che vi opera, se assunto a termine, non usufruisce della protezione di cui godono i dipendenti, sia pubblici che privati, prevista dal d.lgs. 81/2015 e ciò con specifico riferimento alla durata massima del contratto a termine, al numero di contratti complessivamente utilizzabili nonché in materia di proroghe e rinnovi con la conseguenza che in questo settore, caratterizzato da una emergenza cronica e governato solo dall'art. 36 cit., si è creata una sacca di precariato endemica che coinvolge i singoli dipendenti anche per un notevole numero di anni i quali, nella speranza di sanatorie, e per le ragioni che dirò a breve, non attivano neanche azioni finalizzate al risarcimento del danno.

La stessa situazione riguarda il personale docente, e quello amministrativo, tecnico e ausiliario della scuola pubblica, le istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica e gli enti pubblici di ricerca.

Si tratta di settori della pubblica amministrazione esclusi dal campo di applicazione dell'art. 36 (in tutto o con la sola eccezione del comma 5 che riguarda il divieto di conversione e il diritto al risarcimento del danno per il dipendente assunto a termine in modo illegittimo) comunque estranei alla disciplina di salvaguardia fissata dal d.lgs. 81/2015, nei quali opera personale temporaneo esposto ai rischi di uno stato di precarietà incontrollabile nella durata senza poter godere di tutte le tutele previste per la generalità dei lavoratori a termine.

Anche ai fini dell'attuazione del Piano nazionale di resistenza e resilienza si registrano interventi legislativi tutti con finalità derogatorie in ordine ai tempi di durata dei contratti a termine e alle selezioni per il personale da assumere che, tra l'altro, già prevedono misure rivolte a stabilizzare il personale in questione con formule che rifuggono da ogni serio tentativo di realizzare una efficienza gestionale. A partire dal 1° gennaio 2027 le amministrazioni presso cui sono impiegati i lavoratori, potranno confermarli nei loro ruoli, con la stessa qualifica ricoperta alla scadenza del contratto a termine. Le assunzioni saranno effettuate in seguito ad una procedura alleggerita, consistente in un colloquio e nella positiva valutazione dei risultati ottenuti durante l'attività lavorativa svolta. In ogni caso, sarà necessario rispettare il limite dei posti disponibili della dotazione organica vigente e le facoltà di assunzione di ciascuna amministrazione, disponibili secondo la legislazione in vigore.

4. *Alcune proposte per superare la specialità della disciplina pubblica sul contratto a termine: il contratto collettivo come fonte esclusiva per la individuazione delle causali*

La contrapposizione tra le regole previste per il settore privato e quello pubblico diventa stridente con l'entrata in vigore del d.lgs. 81/2015 nella sua versione originaria: nel settore privato il contratto a tempo determinato assume ad ordinario strumento di assunzione di personale con limitazioni che non riguardano più ragioni afferenti all'organizzazione aziendale ma soltanto indicatori numerici (36 mesi come misura massima di durata di uno più con-

tratti a termine tra le stesse parti, indicazione di un numero massimo di contratti presenti in azienda nel corso dell'anno); nel settore pubblico, come ho già sottolineato, si può utilizzare il contratto a termine solo in presenza di ragioni temporanee ed eccezionali.

La quarta riforma del 2017, al di là della modifica già richiamata in ordine alle condizioni temporanee e eccezionali che non devono più coesistere ma sono alternative, ignora le divergenze sopra indicate, non tenendo in considerazione neanche una sollecitazione del Consiglio di Stato che, in occasione del parere reso sullo schema di decreto (21 aprile 2017 n. 916) invita il legislatore delegato a individuare possibili criteri per armonizzare la disciplina pubblica con quella del lavoro privato e ciò, viene precisato, “anche per dare continuità al processo di omogeneizzazione e di allineamento della disciplina del lavoro pubblico a quella del lavoro privato, evitando o quanto meno riducendo quanto più è possibile i rischi che la disciplina del rapporto di lavoro pubblico alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni costituisca, come tuttora appare sempre più, *tertium genus* tra quello privato e quello pubblico non contrattualizzato”.

È mia personale convinzione che al momento dell'adozione del d.lgs. 75/2017 i modelli di regolamentazione in materia erano talmente diversi tra i due settori che si è preferito non intervenire sul punto.

Oggi, a seguito delle significative modifiche apportate all'art. 19 del d.lgs. 81/2015 dal d.l. 4 maggio 2023 n. 48 nella parte in cui affida alla contrattazione collettiva il compito di individuare “i casi” in presenza dei quali è possibile stipulare un contratto a tempo determinato, si potrebbe ipotizzare un intervento mirato sull'art. 36 cit., con lo stesso obiettivo.

Una scelta del genere eliminerebbe le rigidità attuali e consentirebbe anche di affrancare la materia dagli interventi in deroga da parte del legislatore, dovuti proprio alla natura delle attuali causali, consentendo alla contrattazione collettiva pubblica, dotata di una sostanziale efficacia *erga omnes*, di apprestare una disciplina organica che tenga conto delle specifiche esigenze dei vari settori della pubblica amministrazione sulla necessità di ricorrere a forme di assunzioni flessibili, mantenendo nel contempo le necessarie tutele per i lavoratori coinvolti, cosa quest'ultima che, come si è accennato, non accade sempre quando interviene direttamente il legislatore.

In questo modo si potrebbe riattivare quel processo, nato con la seconda privatizzazione, finalizzato ad un efficientamento degli uffici pubblici anche

attraverso il ricorso a forme flessibili di assunzione concepite secondo un modello regolativo caratterizzato da una tendenziale uniformità tra lavoro pubblico e lavoro privato.

5. (Segue) *La modifica del modello sanzionatorio: dall'indennizzo alla stabilizzazione del rapporto nel rispetto del dettato costituzionale*

Una rivisitazione dell'art 36 cit. sarebbe necessaria anche in relazione agli aspetti sanzionatori e ciò ai fini di un maggiore controllo sul ricorso alle forme di assunzioni flessibili e di una tutela sostanziale dei lavoratori coinvolti.

È bene premettere che la specialità del settore pubblico sotto questo profilo costituisca un dato pacifico ed acquisito: non è possibile trasferire il modello sanzionatorio proprio del settore privato consistente nella trasformazione *ope legis* del contratto a termine in uno a tempo indeterminato

In ragione del nostro dettato costituzionale, è stata ampiamente argomentata dalla giurisprudenza (costituzionale, di legittimità ed euro-unitaria) la fondatezza della scelta del legislatore italiano di prevedere nel settore pubblico, a fronte della violazione della normativa che disciplina le forme contrattuali flessibili, sanzioni di tipo economico escludendo quelle comportanti una stabilizzazione del rapporto di lavoro all'interno dell'amministrazione.

E' stato anche indicato, soprattutto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, il fondamento del regime sanzionatorio di tipo economico: l'indennizzo deve essere effettivo e congruo in modo tale da rivestire anche una finalità dissuasiva per il datore di lavoro pubblico.

Allo stato, dopo l'intervento della Cassazione a sezioni unite (sentenza n. 5072/2016), il parametro economico, in caso di accertamento sulla illegittimità della clausola del termine, è costituito da un indennizzo, comunque dovuto, che il giudice determina da un minimo di 2,5 ad un massimo di 12 mensilità della retribuzione in godimento, ferma restando la possibilità, per il dipendente interessato di provare di aver subito ulteriori danni, ipotesi quest' ultima meramente teorica e che, a quanto consta, non si è mai concretizzata a livello giurisprudenziale.

Nel quadro brevemente delineato, un secondo dato ugualmente pacifico è costituito dal fatto che il sistema sanzionatorio appena menzionato si è dimostrato del tutto inefficace sia per l'obiettiva esiguità dell'indennizzo che

rischia così di far venir meno la sua funzione dissuasiva, sia, soprattutto, per la convinzione, fortemente radicata in tutto il personale precario che opera da anni nelle amministrazioni, che prima o poi sia lo stesso legislatore ad adottare provvedimenti di sanatoria (l'ultimo, in ordine di tempo, varato con il d.lgs. 75/2017, si è concluso nel dicembre 2023 per la generalità delle amministrazioni ed è destinato a durare fino al 2026 per gli enti pubblici di ricerca).

Ciò premesso e volendo ritornare a riflettere sul sistema sanzionatorio di tipo indennitario ai fini di rendere effettiva la tutela per il lavoratore pubblico chiamato illegittimamente a svolgere un'attività lavorativa temporanea, deve rilevarsi che una normativa *ad hoc* finalizzata ad un incremento dell'indennizzo rispetto al parametro individuato dal giudice di legittimità (magari muovendosi sulla scia di quanto verificatosi nel lavoro privato sulla determinazione dell'indennizzo in caso di licenziamento illegittimo) sarebbe difficilmente realizzabile in quanto rischierebbe di collidere con quei precetti costituzionali quali l'art. 81, co. 1, sull'obbligo per lo Stato di assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio e l'art. 97, co. 1, sull'obbligo per le pubbliche amministrazioni di assicurare l'equilibrio dei rispettivi bilanci e la conseguente sostenibilità del debito pubblico.

In ragione delle considerazioni appena svolte la sanzione di tipo indennitario andrebbe abbandonata, vista la sua sostanziale inefficacia, e si potrebbero ipotizzare soluzioni decisamente innovative per il settore pubblico che, nel contempo, al pari della soluzione già prospettata per le causali, avrebbero il pregio di mitigare ulteriormente quel divario di disciplina che oggi caratterizza il lavoro pubblico rispetto a quello privato.

La strada da percorrere è quella del riconoscimento al personale assunto a termine del diritto ad essere stabilizzato, all'interno dell'amministrazione dove si è svolto il rapporto, ad opera del giudice che accerti l'illegittimità della clausola del termine e ciò a condizione che l'originaria assunzione sia avvenuta nel rispetto di una effettiva e qualificata procedura selettiva, risultando così l'intero modello sanzionatorio rispettoso del precetto costituzionale previsto dal quarto comma dell'art. 97 sulla necessità del concorso ai fini di una assunzione definitiva.

In questo caso, anche al fine di rispettare i precetti costituzionali, già menzionati, posti a salvaguardia del bilancio pubblico, la stabilizzazione del rapporto prevista per legge come conseguenza certa dell'abuso subito dal dipendente potrebbe essere qualificata come satisfattiva di ogni danno subito con l'esclusione di un ristoro anche di tipo economico. Quanto appena pro-

spettato trova già un avallo in un orientamento della Corte di Cassazione che può ritenersi oramai consolidato per il quale “l’avvenuta immissione in ruolo del lavoratore già impiegato a tempo determinato ha efficacia riparatoria dell’illecito” sempre che si delinei una “stretta correlazione tra l’abuso commesso dalla amministrazione e la stabilizzazione ottenuta dal dipendente” (vedi per tutte Cass. 14815/2021).

A completamento della soluzione appena prospettata è necessario un rapido confronto con i criteri e le modalità di espletamento delle procedure selettive prodromiche alle assunzioni temporanee e ciò per ragioni di carattere organizzativo/funzionale.

Il ricorso a tali assunzioni serve a far fronte ad esigenze che possono anche essere non prevedibili e comunque caratterizzate da urgenza pertanto è necessario individuare opportuni accorgimenti e soluzioni che consentano comunque alle amministrazioni di fronteggiare le emergenze con personale da inserire temporaneamente nell’organico in tempi contenuti che non sono sicuramente quelli che caratterizzano le ordinarie modalità di espletamento delle procedure selettive.

A tale riguardo, è utile ricordare che le nuove misure introdotte con la decretazione PNR (d.l. 9 giugno 2021 n. 80 e 30 aprile 2022 n. 36) hanno già dettato una significativa e utile semplificazione delle modalità di svolgimento dei concorsi e del contenuto delle relative prove d’esame, poi confermate, e in taluni casi ulteriormente facilitate, dai c.d. decreti PA emanati dall’attuale Governo (d.l. 22 aprile 2023 n. 44 e 22 giugno 2023 n. 75) e dal nuovo regolamento dei concorsi pubblici (d.P.R. 16 giugno 2023 n. 82).

Così come è utile ricordare che a tali misure di razionalizzazione delle procedure selettive si sono affiancati anche interventi di governance organizzativa del sistema, come l’avvio del c.d. “*portale telematico InPA*”: in cui vengono pubblicati i bandi per il reclutamento e la mobilità del personale pubblico, favorendo l’incontro tra le offerte di lavoro della pubblica amministrazione e le candidature dei professionisti e dei futuri dipendenti pubblici.

Tralasciando ogni ragionamento sulle nuove modalità semplificate di svolgimento delle prove concorsuali, la questione che si pone riguarda soprattutto la possibilità di far convivere, accanto al modello ordinario del concorso, anche soluzioni alternative che consentano alle singole amministrazioni di ricorrere a “specifiche procedure” per la copertura di “specifiche posizioni” al di fuori dei concorsi unificati.

E dunque, anche la questione di promuovere una flessibilità contrattuale virtuosa rientra in un discorso più ampio, che si fonda sull'idea di dotare le pubbliche amministrazioni di un insieme variegato di strumenti e tipologie selettive, anche eterogenee.

D'altronde, una differenziazione tra forme di reclutamento ordinario e speciale sarebbe apprezzabile, nella misura in cui le amministrazioni, a fronte di ragioni peculiari previste da apposite normative, potrebbero gestire autonomamente procedure selettive semplificate (nei tempi di implementazione) e mirate (per contenuto delle competenze da accertare). Le ragioni speciali potrebbero riguardare la necessità: di far fronte ad "esigenze non prevedibili o d'urgenza"; di acquisire "profili professionali specialistici" di cui l'amministrazione non dispone, o particolari figure tecniche o specialistiche carenti; o di realizzare specifici "progetti organizzativi", che legittimerebbero così la scelta della tipologia concorsuale e della fattispecie contrattuale di durata.

Sul piano dell'assetto ordinamentale la sua tenuta costituzionale potrebbe rinvenirsi nel presupposto che le regole di indirizzo siano dettate dal legislatore, lasciando poi alle singole amministrazioni di orientarsi verso un modello di selezione piuttosto che un altro, a mezzo del proprio regolamento e del bando di concorso.

## Abstract

L'Autore, dopo aver evidenziato gli elementi qualificanti della disciplina del contratto a tempo determinato nel settore pubblico ed averne sottolineato le specialità rispetto alla normativa di carattere generale che governa l'istituto, si sofferma sulle criticità costituite da una legislazione che, da una parte, vieta il ricorso alle forme contrattuali flessibili se non per comprovate esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale, dall'altra, si caratterizza per una regolamentazione che affranca interi settori pubblici da quelle stesse rigidità o li esclude dalla disciplina generale posta a protezione del lavoratore assunto a termine.

La riflessione propone soluzioni per superare le specialità e le criticità evidenziate che individua nel contratto collettivo, come fonte esclusiva nella previsione delle causali legittimanti l'apposizione della clausola del termine e in un nuovo modello sanzionatorio non più incentrato sulla tutela indennitaria ma finalizzato alla stabilizzazione del rapporto indicando, nel contempo, modalità di attuazione che siano rispettose del dettato costituzionale.

The Author, after having highlighted the qualifying elements of the regulation of fixed-term contracts in the public sector and having underlined the particularities compared to the general legislation, focuses on the critical issues. These are made up of a law which, on the one hand, prohibits the use of flexible contractual forms except for proven temporary or exceptional needs, and on the other, is characterized by rules which free entire public sectors from those same rigidities or exclude them by the general rules established to protect the fixed-term worker.

The reflection proposes solutions to overcome the specialties and critical issues. The solution is identified in the collective agreement as an exclusive source in the provision of the reasons for establishing the term clause and in a new sanctioning model no longer focused on economic protection but aimed at stabilizing the relationship. At the same time, the proposed model must indicate the implementation methods that respect the principles of the Constitution.

## Keywords

Contratto a termine, specialità, superamento, causali, modello sanzionatorio.

Fixed-term, speciality, overcoming, causal, sanctioning model.



## Umberto Gargiulo

### Il rapporto di lavoro pubblico dopo trent'anni: contratto, specialità e tentativi di ripubblicizzazione

Sommario: 1. La riforma permanente delle fonti. 2. Una domanda da riproporre. 3. Un potere sempre meno “contrattuale”? 4. Dal contratto ai contratti. 5. Quale specialità per il lavoro pubblico?

#### 1. *La riforma permanente delle fonti*

Sempre più spesso, nell’arco di questi trent’anni, si è fatto riferimento al carattere dinamico del cambiamento: si è parlato<sup>1</sup> di “riformismo perpetuo” e, con metafora talora abusata, di “cantiere aperto”<sup>2</sup>, descrivendo il lavoro pubblico come “eterno incompiuto”<sup>3</sup>.

A dire il vero, l’osservazione della realtà ci dice che sovente l’inefficienza delle riforme non è da ricercare nel dato normativo, bensì nella traduzione del modello astratto nelle pratiche operative. Secondo l’illuminante impostazione di Massimo Severo Giannini, risalente agli anni ‘60<sup>4</sup>, è la casta bu-

<sup>1</sup> RICCOBONO, *Le metamorfosi del lavoro pubblico a trent’anni dalla privatizzazione: reclutamento, inquadramenti, estinzione*, in questo *Quaderno*, parla di “tensione al riformismo perpetuo”. V. già ZOPPOLI L., *L’impiego pubblico tra riforme urgenti (e serie), riforme apparenti (e inutili) e svalutazione del lavoro*, in *ESR*, 2016, 1, p. 12 ss.

<sup>2</sup> CARINCI F., *Una riforma “conclusa”. Fra norma scritta e prassi applicative*, in *LPA*, 2004, p. 329 ss.

<sup>3</sup> BOSCATI, *La percezione dell’eterno incompiuto nel processo riformatore del lavoro pubblico*, in *VTDL*, 2020, p. 9 ss.

<sup>4</sup> GIANNINI, *Impiego pubblico (teoria e storia)*, in *ED*, p. 293 ss.; la lettura di Massimo Severo Giannini è stata ripresa in più occasioni, tra gli altri, da RUSCIANO, *Giannini e il pubblico impiego*, in *RTDP*, 2000, p. 1111 ss. (cui devo l’invito a frequentare con rispetto e assiduità alcune tra le voci più brillanti e autorevoli del diritto pubblico).

rocratica che ha mostrato una straordinaria forza, cito quasi testualmente, d'imporre le sue regole e, quando non ci riesce, ha la capacità di piegare le norme alle prassi che più le convengono, giacché è la sola a possedere le chiavi per accedere a quel luogo ideale che custodisce l'intreccio tra principi e prassi dell'impiego pubblico.

E invece, nell'arco di questi tre decenni, si è intervenuti quasi sempre solo sulle fonti: forse perché, apparentemente, talvolta ingenuamente e anche dichiarandolo, cambiare le norme sembra non costare nulla, almeno in termini economico-finanziari.

Eppure, ciò che colpisce è l'essere passati da una centralità della discussione e delle riflessioni sul tema delle fonti – fonti della trasformazione e trasformazione delle fonti, secondo quell'efficace gioco di parole che guidò le riflessioni nell'ambito delle Giornate di Studio dell'Aidlass<sup>5</sup> – a un intervento su di esse condotto con costanza, con pervicacia<sup>6</sup>, ma senza alcuna visione sistematica, fosse pure diretta a un'integrale messa in discussione del modello.

## 2. Una domanda da riproporre

Al cospetto dei reiterati interventi legislativi di questi ultimi quindici anni, ci si ritrova a ribadire, allora, la domanda<sup>7</sup> se non sia da registrare una surrettizia, strisciante de-contrattualizzazione<sup>8</sup> del rapporto di lavoro pubblico.

E appare più corretto parlare di *decontrattualizzazione* piuttosto che di *ripubblicizzazione*, perché la seconda presupporrebbe una prospettiva di sistema e una *ratio* normativa espressa, chiara, anche se discutibile (ovviamente dal punto di vista di chi scrive).

<sup>5</sup> Cfr. le relazioni di MARESCA, *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, in *DLRI*, 1996, p. 183 ss., e RUSCIANO *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle fonti*, in *DLRI*, 1996, p. 245 ss.

<sup>6</sup> ZOPPOLI L., *Le fonti del lavoro pubblico: dinamiche recenti e prospettive*, in SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Utet, 2017, p. 2695 ss.

<sup>7</sup> Si consenta il rinvio a GARGIULO, *La prestazione lavorativa tra prescrizioni etiche e obblighi contrattuali. Fonti e contraddizioni nella delimitazione dell'area di debito del dipendente pubblico*, in *LPA*, 2014, I, p. 17 ss.

<sup>8</sup> Sul concetto di decontrattualizzazione già GARILLI, BELLAVISTA, *Riregolazione legale e decontrattualizzazione: la neoibridazione normativa del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *LPA*, 2010, I, p. 1 ss.

Si è scelta un'espressione che invece sottolinea maggiormente l'incertezza dell'operazione, la contraddittorietà di essa e l'operare del legislatore più per sottrazione che per rimescolamento dei fattori. Anche ammettendo che, come in matematica (e nel diritto non è sempre così), cambiando l'ordine dei fattori il prodotto non cambi – là dove quest'ultimo non può che rinvenirsi sempre nel buon andamento dell'azione amministrativa – qui si assiste a una progressiva e quasi mai dichiarata sottrazione di spazio negoziale: sia esso rimesso all'autonomia collettiva ovvero inerente al profilo individuale e dunque alle modalità e ai limiti di esercizio del potere datoriale.

Quanto al primo, un dato non più trascurabile, invero, è che grosso modo dal '98 ad oggi, ma particolarmente negli ultimi tre lustri e talora in coincidenza con meccanismi di dichiarata *spending review* – attuata per la verità, il più delle volte, attraverso prescrizioni di taglio lineare o comunque di decurtazione finanziaria, senza una reale volontà di aggressione del rapporto tra spesa ed efficienza – si è assistito a una progressiva riduzione degli ambiti che la riforma del '93 aveva riconosciuto al contratto; spazi accresciuti con la c.d. seconda privatizzazione del biennio 1997-1998.

Il tema, per la sua rilevanza, non può essere affrontato in poche battute. Non si può non riconoscere, però, il processo di progressiva contrazione degli ambiti regolativi rimessi alla contrattazione collettiva: è il caso degli interventi che, nel tempo, hanno ridotto l'autonomia negoziale dei livelli decentrati, incrementando il tasso di eteronomia e la quantità e l'invadenza dei controlli sui prodotti della contrattazione collettiva<sup>9</sup>.

Questo *trend* limitativo, peraltro, sta interessando non solo, e non tanto, aspetti immediatamente connessi all'esigenza di riduzione della spesa pubblica, ma anche segmenti di regolazione non toccati direttamente dai processi di razionalizzazione finanziaria, come nel caso delle norme emanate nella materia disciplinare. Ci si riferisce agli interventi di previsione di ipotesi di infrazione contemplate dalla legge<sup>10</sup> (e, come nel caso dei licenziamenti, di applicazione “obbligatoria”); ma anche alla progressiva espansione dei codici

<sup>9</sup> Discorso diverso attiene alla facoltà di regolazione provvisoria unilaterale. In tal caso, opportunamente, il legislatore ha previsto a condizioni precise (talora ulteriormente limitate dai contratti collettivi nazionali), la possibilità dell'amministrazione di superare lo stallo della negoziazione, soprattutto allorquando esso impatti sulla garanzia dei servizi all'utenza. Sul punto si consenta di rinviare a GARGIULO, *La contrattazione integrativa nelle pubbliche amministrazioni: cronache dal bradisismo*, in *LPA*, 2019, 2, p. 57 ss.

<sup>10</sup> La situazione della Scuola è addirittura paradossale: cfr. il d.lgs. 16 aprile 1994 n. 297.

di comportamento, di fonte unilaterale, sempre più lontani da quelle norme di orientamento di cui si parlava trent'anni fa<sup>11</sup> ed espressamente connotati da immediata valenza sul piano sanzionatorio.

Il legislatore, talora con un approccio ideologico, talaltra dietro lo scudo di esigenze “tecniche”, ha via via rimarcato una sempre maggiore sfiducia verso il soggetto della contrattazione, più che nei confronti dello strumento negoziale. Quanto al sindacato, tuttavia, questo pure va riconosciuto, sovente non dà brillanti prove di sé, particolarmente in un settore, quello pubblico, dove le istanze di conservazione e mantenimento dello *status quo* sembrano tuttora prevalere su quelle di miglioramento dei livelli di efficienza, particolarmente quando quest'ultima è funzionale ad assicurare adeguati standard di servizio all'utenza: la riforma degli inquadramenti contrattuali e della disciplina delle progressioni economiche orizzontali mi pare provi anche troppo questa affermazione<sup>12</sup>.

Il discorso porterebbe lontano: in questa sede, tuttavia, non ci si può esimere dal rilevare che la sostituzione del contratto collettivo con modelli di regolazione unilaterale dalla formazione talora più incerta e farraginoso<sup>13</sup> ingeneri più di qualche dubbio sull'utilità di tale azione nel suo complesso; dubbi destinati ad accrescersi quando dalla fonte primaria s'inizia a scendere lungo la scala gerarchica, ricorrendo a strumenti meno solidi sul piano delle legittimazione democratica e non particolarmente esaltanti su quello dell'efficacia tecnica.

### 3. *Un potere sempre meno “contrattuale”?*

Quando poi l'angolo di osservazione si sposta sul versante del contratto individuale e, quindi, essenzialmente, su titolarità e ampiezza dei poteri datoriali<sup>14</sup>, il quadro per certi versi si complica. Qui l'atteggiamento di “sfiducia”<sup>15</sup> da parte di un legislatore decisamente autoreferenziale talvolta sembra

<sup>11</sup> RUSCIANO, *Utenti senza garanti*, in *LD*, 1996, p. 59, parla di “norme-manifesto”.

<sup>12</sup> MAINARDI, *Inquadramenti pubblici Atto II. Appunti dai Ccnl tra organizzazione, e tutela della professionalità*, in *LPA*, 2023, p. 449 ss.

<sup>13</sup> Un ricorso pervasivo agli atti di fonte unilaterale sul quale aveva già messo in guardia GIANNINI, *Le incongruenze della normazione amministrativa e la scienza dell'amministrazione*, in *RTDP*, 1954, p. 303 ss.

<sup>14</sup> SPINELLI, *Il datore di lavoro pubblico*, Cacucci, 2012.

<sup>15</sup> MATTARELLA, *Controllo della corruzione amministrativa e regole di etica pubblica*, in *RTDPC*, 2002, 5, p. 1029, che la ricollega ad una citazione di EINAUDI, *La bellezza della lotta*, 1923, ora in

investire le capacità dello stesso management pubblico, per cui – in linea con la discutibile filosofia di fondo che vede nella “minaccia” della sanzione il possibile volano di miglioramento dell’efficienza organizzativa<sup>16</sup> – si adotta un sistema che intende “costringere” il dirigente a fare il suo lavoro, allontanando il sindacato dai luoghi della decisione.

Si tratta di un’accentuazione degli ambiti di determinazione unilaterale che però, come insegna la teorica del rapporto di lavoro subordinato, non presuppone la negazione del contratto – sempre più spesso invocata come “cura” (una sorta di “rimedio della nonna”, evidentemente) –, ma anzi lo richiede quale strumento idoneo a legittimare l’esercizio del potere datoriale da un lato, e al contempo, necessariamente, a limitarlo dall’altro.

#### 4. *Dal contratto ai contratti*

Credo, insomma, che occorra finalmente una riflessione pacata, ma al contempo scevra da ipocrisie e opportunismi, sulla rilevanza, anzi la centralità, dello strumento del contratto nel lavoro pubblico.

Ciò che colpisce dei diversi tentativi di aggressione alla contrattualizzazione, ma anche delle difese sempre più timide di essa, semmai ricorrendo a una nozione di specialità agitata quasi come una specie di legittima difesa o di difesa d’ufficio (e l’esperienza ci dice che spesso il difensore di ufficio è alquanto svogliato) – accomunando dunque tanto i critici quanto coloro che dovrebbero farsi carico della protezione – è il ricorso a categorie e prospettive inerenti allo strumento negoziale che, strumentalmente per i primi, con scarsa convinzione, per i secondi, leggono la prospettiva contrattuale attraverso modelli semplicisticamente unificanti.

*Le lotte del lavoro*, Einaudi, 1972, p. 13, secondo il quale “gli uomini sono troppo egoisti o cattivi o ignari perché trovandosi a capo di una organizzazione potente, non soccombano alla tentazione di trarne profitto per sé, a danno dei propri rappresentati”. V. anche MATTARELLA, *Le regole dell’onestà*, il Mulino, 2007.

<sup>16</sup> È stato rilevato come ne discenda “una filosofia di fondo che enfatizza il potere di irrogare sanzioni disciplinari nell’esercizio dell’azione organizzativa”, sicché il ricorso al “potere disciplinare non è visto tanto e solo come un effetto patologico nell’organizzazione del lavoro (perciò eccezionale), quanto un fattore fisiologico dell’organizzazione” amministrativa. Così BAVARO, *Il potere disciplinare*, in CARABELLI, CARINCI M.T. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, 2010, p. 223, secondo il quale “in tal senso, l’organizzazione della p.a. appare più conformata sul controllo e sulla sanzione dei singoli dipendenti che sulla direzione e organizzazione dell’attività produttiva”.

L'osservazione degli altri ambiti dell'ordinamento che utilizzano lo strumento negoziale (ivi compreso il diritto amministrativo) porta ad affermare senza troppi problemi che ormai lo strumento negoziale, il contratto, vada anch'esso declinato al plurale.

Nessuno studioso del diritto civile si sognerebbe più di accomunare sotto un unico ombrello concettuale il contratto di compravendita, quello di appalto o uno dei tanti strumenti del diritto bancario e finanziario: si tratta di dispositivi retti certamente da regole generali comuni, ma poi distinti quanto a discipline normative (e, prima ancora, tecniche regolative) significativamente differenti.

##### 5. *Quale specialità per il lavoro pubblico?*

E allora viene da chiedersi perché ciò non possa avvenire, se necessario, con riguardo al lavoro pubblico, in relazione al lavoro privato.

A mio avviso, sono ancora tanti gli ambiti nei quali lavoro privato e impiego pubblico possono essere ricondotti a un unico *corpus* normativo. Occorre poi ragionare, laicamente, dei margini di specialità di cui il lavoro pubblico effettivamente abbisogna; ciò che tuttavia va evitato è invece, sulla base di critiche oscillanti tra il pregiudizio ideologico-culturale e una superficiale verifica di attuazione e dunque di effettività degli istituti, il ricorso, sempre più frequente, ma non per questo meno a-sistematico, alla fonte di regolazione pubblicistica unilaterale: e fosse solo la legge...

Con uno sforzo di approfondimento concettuale e riprendendo quella spinta propositiva che caratterizzò la dottrina giuslavoristica protagonista della stagione delle riforme<sup>17</sup>, probabilmente siamo chiamati a un ripensamento teorico della regolazione del lavoro, e all'interno di esso, del lavoro pubblico, che adotti una prospettiva, come usa dire, *a geometria variabile*: cioè che, percorrendo l'asse della regolazione, vada dalla disciplina del lavoro privato nell'impresa a quella dell'impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, passando per il lavoro in favore di datori non imprenditori (come nel terzo settore) o per quello reso all'interno del variegato mondo delle aziende partecipate da enti pubblici: contesti, tanto i primi quanto i secondi, caratterizzati da inevitabili e, direi, fisiologiche ibridazioni.

<sup>17</sup> Una parte di quei protagonisti contribuisce a questo Quaderno; altri, e penso a Massimo D'Antona, purtroppo non sono più tra noi.

Da quanto si è provato a dire discende, però, il rifiuto di un ritorno alla specialità del rapporto, nei termini in cui il legislatore l'ha espunta dall'ordinamento con le scelte operate tre decenni fa. Residua, invece, ma è cosa diversa, una specialità regolativa<sup>18</sup> attinente a peculiarità di disciplina (“si ha, dunque, una specialità di disciplina del rapporto di lavoro, non una specialità di causa del contratto e, quindi, non un rapporto di lavoro speciale”<sup>19</sup>), assolutamente compatibile con la natura contrattuale del rapporto e con la prospettiva, anzitutto ermeneutica, che l’accompagna.

In tal caso, allora, in carenza di disciplina speciale i vuoti regolativi andranno colmati ricorrendo alla normativa generale lavoristica – al codice civile e alle leggi sul lavoro nell’impresa privata, per dirla con il primo capoverso dell’art. 2, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 – e semmai pure all’analogia nell’ambito ordinamentale al quale è ricondotta la disciplina del lavoro privato<sup>20</sup>.

Certo, nel lavoro pubblico ci sono ragioni di specialità (regolativa), nessuno può e vuole negarlo, ma davvero è necessario rinunciare al contratto, alla sua fisiologica dinamicità per rispondere a queste esigenze, piuttosto che limitarsi ad adattarlo a esse? In ogni caso, questa risulta essere una domanda retorica e a tale genere d’interrogativi non si risponde.

<sup>18</sup> ZOLI, *Il contratto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni: dallo Statuto dei lavoratori alla riforma Madia e oltre*, in *QDLM*, 10, 2021, p. 304, parla della “formazione di un diritto privato differenziato o di statuto speciale privatistico per i rapporti di lavoro pubblico”.

<sup>19</sup> BOSCATI, *La specialità del lavoro pubblico. Fonti legali e fonti contrattuali nella progressiva evoluzione del sistema normativo tra organizzazione e disciplina del rapporto di lavoro*, in *LPA*, 2018, p. 1 ss., secondo il quale, “la circostanza che vi sia una iperegolamentazione normativa del lavoro pubblico, peraltro in ampia parte diversa da quella del lavoro privato, non può condurre in alcun modo a ravvisare una ripubblicizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni. È indiscusso che il contratto di lavoro del pubblico dipendente partecipi della medesima natura e caratteristiche del contratto di lavoro del dipendente privato. Come già evidenziato la causa del contratto individuale è anche nel settore pubblico costituita dallo scambio tra prestazione di lavoro e retribuzione; dal contratto di lavoro originano situazioni di debito/credito con assegnazione al datore di lavoro (che si è visto essere il dirigente) di poteri di gestione del rapporto di lavoro che hanno la stessa natura dei poteri del privato imprenditore, ma il cui esercizio presenta alcuni profili di specialità, per taluni aspetti quanto a vincoli peculiari (si pensi, ad esempio, alla speciale disciplina delle mansioni) per altri quanto ad obbligatorietà d’azione (si pensi all’esercizio del potere disciplinare che si connota per una sostanziale obbligatorietà d’azione con conseguente compressione del libero esplicarsi del potere organizzativo)”.

<sup>20</sup> Di diverso avviso chi sottolinea come la specialità sia tale da portare alla negazione di una disciplina comune, per rinvenire nello stesso TUPi i principi-criteri di soluzione dei conflitti, prendendo le mosse dalla diversa *ratio* della disciplina. Mi sembra questa la posizione di CARINCI F., *Il diritto del lavoro pubblico è speciale?*, in *LPA*, 2023, p. 3 ss.

### **Abstract**

Il contributo esamina caratteristiche e ricadute della tendenza alla “decontrattualizzazione” del lavoro pubblico, segnalando la necessità di distinguere tra le esigenze di specialità inerenti alla disciplina del lavoro pubblico e una discutibile, radicale revisione del ricorso al modello negoziale per la disciplina dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni.

The contribution explores the characteristics and consequences of the trend towards “de-contractualization” in public employment. It underscores the importance of distinguishing between the specific requirements related to the regulation of public employment and the questionable, radical overhaul of the negotiation model used to manage labor relations in the public sector.

### **Keywords**

Lavoro pubblico, contratto, specialità.

Public Employment, contract, specialty.

## Vincenzo Luciani

### La disciplina dei licenziamenti individuali tra pubblico e privato: dalla omogeneità alla specialità

SOMMARIO: **1.** La uniformità perduta. **2.** La tutela in forma specifica universale per i lavoratori pubblici. **3.** La tecnica di tipizzazione degli illeciti disciplinari e le ragioni della specialità. **4.** Lo svuotamento della funzione manageriale e i rischi di una gestione acefala (anche) del potere disciplinare. **5.** Gli scenari (im)possibili.

#### 1. *La uniformità perduta*

Si affronta, in questo contributo, la tematica dei licenziamenti riprendendo soprattutto alcuni passaggi delle relazioni di Alessandro Riccobono e Anna Zilli. Nella prima si sottolinea, in più punti, la divaricazione normativa che ormai si è realizzata tra settore pubblico e settore privato, evidenziando che, a differenza di altri segmenti del rapporto, l'allontanamento sul piano delle discipline è frutto di cambiamenti recenti. Infatti solo con il d.lgs. 25 maggio 2017 n. 75 è crollato il ponte – come lo definisce Riccobono – tra pubblico e privato rappresentato dall'art. 51, co. 2, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, disposizione che ancora oggi costituisce una fondamentale valvola “osmotica” tra i due settori, al fine di applicare nel pubblico le norme dello Statuto dei lavoratori. Dal 2017, ma probabilmente già dal 2012, la disposizione non ricomprende più l'art. 18 della l. 20 maggio 1970 n. 300 nel suo ambito di applicazione.

In proposito non può che convenirsi con le osservazioni del relatore, secondo cui la regolazione della fase estintiva del rapporto di lavoro segna l'apice della distanza tra i due ordinamenti e il quadro normativo sui licenziamenti è la cartina di tornasole della crisi del processo di unificazione.

L'evoluzione della normativa sul recesso datoriale dal contratto è andata proprio nella direzione opposta a quella auspicata dalla riforma varata trent'anni fa, vale a dire la graduale riduzione delle distanze fino alla sparizione, almeno per la maggior parte delle vicende del rapporto.

Sui licenziamenti è altrettanto degno di attenzione il paradosso che vi è dietro questa separazione: inizialmente, agli esordi del processo di contrattualizzazione, l'avvicinamento in tale materia era stato "istantaneo", in quanto proprio per effetto del citato art. 51, da subito, con il primo decreto legislativo (d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29) di attuazione della l. 23 ottobre 1992 n. 421, le distanze erano state repentinamente annullate e per la maggior parte delle categorie di lavoratori pubblici e privati, almeno per ciò che concerne le tutele, vi era addirittura una totale convergenza verso un unico strumento, appunto l'art. 18 l. 300/70.

Insomma per trent'anni vi è stata un'assoluta parificazione tra i due ordinamenti, messa in crisi a partire dalla l. 28 giugno 2012 n. 92, momento dal quale si è avviato il processo opposto: da una prossimità intensa di regole, diciamo anche da una identità – tranne alcuni settori (si pensi alle regole per la Scuola, dove si applicano istituti, ai sensi del t.u. sulla Scuola, d.lgs. 16 aprile 1994 n. 297, che hanno, ancora oggi, denominazioni diverse)<sup>1</sup> – si è passati ad una prima fase di assoluta confusione – si è vivacemente discusso se si applicasse o meno al pubblico l'art. 18 come riformato dalla Fornero<sup>2</sup> – fino alla definitiva emancipazione del lavoro pubblico, con il d.lgs. 75/17, dalle tutele indennitarie/reintegratorie delle leggi del 2012 e del 2015.

In questo processo inverso (dall'unificazione alla separazione) tuttavia merita di essere valorizzata una peculiarità probabilmente unica: a differenza di quanto è avvenuto in altri segmenti dello svolgimento del rapporto di lavoro (mansioni, progressioni in carriera), la divaricazione è dipesa da

<sup>1</sup> Artt. da 492 a 499 del d.lgs. 297/1994; tali norme sono rimaste in vigore anche dopo la contrattualizzazione del pubblico impiego, in quanto richiamate dall'art. 91 del ccnl comparto Scuola 29 novembre 2007, secondo il quale continuano ad applicarsi le norme di cui al Titolo 1, Capo 4 della Parte 3 del d.lgs. n. 297 del 1994. L'art. 492 individua le seguenti sanzioni: a) la censura; b) la sospensione dall'insegnamento o dall'ufficio fino a un mese; c) la sospensione dall'insegnamento o dall'ufficio da oltre un mese a sei mesi; d) la sospensione dall'insegnamento o dall'ufficio per un periodo di sei mesi e l'utilizzazione, trascorso il tempo di sospensione, per lo svolgimento di compiti diversi da quelli inerenti alla funzione docente o direttiva; e) la destituzione.

<sup>2</sup> Sul dibattito v. ESPOSITO, "Quo usque tandem . . .?": politica, giudici e realtà nel dibattito sul licenziamento dei dipendenti pubblici, in *DLM*, 2016, p. 665 ss. e sia consentito il rinvio a LUCIANI, *L'art. 18 dello statuto e il suo doppio: due versioni aspettando l'armonizzazione*, in *DLM*, 2016, p. 681.

un'abiura della disciplina in comune (originario art. 18) da parte del settore privato. In questo caso, almeno per le tutele, lo strumento che univa era rappresentato dalla norma statutaria che ha costituito la vetta mai superata, in termini di garanzie in materia di licenziamento, con meccanismi di protezione in grado di soddisfare, una volta trapiantati (nel 1993) nel settore pubblico, anche i principi e i paletti costituzionali che caratterizzano e pretendono la stabilità del rapporto di lavoro del dipendente pubblico. Il riferimento è al necessario bilanciamento dei valori in gioco che ha condotto a ritenere, per il tramite degli interventi della Corte costituzionale e della Cassazione, che è incompatibile con lo *status* di dipendente pubblico (che ha conseguito con concorso il proprio ruolo, quindi con strumenti caratterizzati da imparzialità) perdere illegittimamente il proprio posto di lavoro e avere in cambio, sottoforma di tutela, una somma economica a titolo di indennizzo<sup>3</sup>, principi tanto immanenti al settore pubblico al punto che tale tutela (e qui la distanza tra i due settori vi era anche prima del 2012), deve trovare applicazione anche per il rapporto dirigenziale<sup>4</sup>.

## 2. *La tutela in forma specifica universale per i lavoratori pubblici*

Si può pertanto osservare che, dopo il 2012, con più certezze dopo il 2017, a rimanere fermo e fedele ai valori dell'originario art. 18 è il settore pubblico che ha mantenuto come punto di riferimento la norma statutaria: infatti l'art. 63 del TUPI, come modificato dall'art. 21 del d.lgs. 75/17, ha sostanzialmente riprodotto il modello dell'art. 18, escludendo qualsiasi spazio alla tutela indennitaria ed ha riconosciuto in via generale ed universale la tutela reintegratoria.

Si è dato vita ad un'operazione di semplificazione, forse anche eccessiva, che va esattamente nella direzione opposta di quanto avviene nel settore privato, caratterizzato da una segmentazione di regimi, variabili a seconda del momento di assunzione, delle dimensioni dell'azienda, della qualifica ricoperta e soprattutto del tipo di invalidità fatta valere.

<sup>3</sup> Cass. 9 giugno 2016 n. 11868, secondo cui, non potendosi applicare le modifiche della legge Fornero, la tutela "in caso di licenziamento illegittimo intimato in data successiva all'entrata in vigore della legge n. 92 del 2012 resta quella prevista dall'art. 18 della legge 300 del 1970 nel testo antecedente la riforma".

<sup>4</sup> Corte cost. 24 ottobre 2008 n. 351.

La tutela *ex art. 63* invece si applica sempre e viene riconosciuta a tutti e per tutte le ipotesi, dirigenti e non dirigenti, dipendenti di amministrazioni piccole, medie e grandi, prevista per qualsiasi tipo di licenziamento invalido: quindi viene reintegrato sia il dipendente che impugna il licenziamento per irregolarità formale della procedura sia colui che è stato discriminato o ha subito (ad esempio in caso di molestie) un comportamento che integra un reato. La sanzione è sempre la stessa, quella della reintegrazione, con recupero della retribuzione persa entro 24 mensilità.

Il d.lgs. 75/17 ha l'indubbio merito di razionalizzare il quadro normativo del settore pubblico e, se la scelta, da un lato semplifica notevolmente l'assetto delle fonti, dall'altro origina sperequazioni su un duplice versante: uno esterno, nel confronto con il lavoro privato, perché amplia e approfondisce la distanza tra i due settori; l'altro interno, in quanto l'applicazione monolitica del nuovo art. 63 del TUPI, fa sì che vengano trattati allo stesso modo, sul piano sanzionatorio, licenziamenti con diversi gradi di invalidità, puniti tutti (da quello viziato per la violazione di tipo procedurale a quello nullo perché discriminatorio) con la medesima sanzione.

### 3. *La tecnica di tipizzazione degli illeciti disciplinari e le ragioni della specialità*

La distanza pubblico/privato in tema di licenziamenti si è ampliata (e in proposito prendo spunto da un passaggio della relazione di Anna Zilli) a partire dal 2009, anche nella tecnica di individuazione dei comportamenti meritevoli di provvedimenti disciplinari di licenziamento.

Dalla cd. legge Brunetta il legislatore si è appropriato di un spazio regolativo sconosciuto al settore privato – Zilli parla di “compressioni” del potere disciplinare – incaricandosi di procedere ad una, spesso pedante, definizione delle condotte meritevoli di un provvedimento di licenziamento.

La iperlegificazione in materia di procedimento disciplinare è l'ulteriore cifra della distanza tra lavoro pubblico e privato e i legislatori del 2009 e del 2017, hanno condiviso la medesima opzione autoritaria, per la quale il mercato è l'unica garanzia di efficienza, per cui dove mercato non c'è – come appunto nelle amministrazioni pubbliche – il legislatore deve impedire, con l'imperio della legge, le condotte negligenti<sup>5</sup>. Nei quasi vent'anni trascorsi

<sup>5</sup> CARUSO, *Le riforme e il lavoro pubblico: la 'legge Madia' e oltre. Miti, retoriche, nostalgie e realtà*

dal d.lgs. 150/09, può convenirsi che tale impostazione si è rivelata fallace e utile solo in chiave propagandistica, ma con scarsi effetti di miglioramento del funzionamento delle amministrazioni<sup>6</sup>.

Con la tipizzazione delle condotte punibili con il licenziamento il legislatore si incarica di ridurre i margini di valutazione che competono alla dirigenza, operando una ponderazione *ex ante* del disvalore del comportamento descritto, riproponendo un vero e proprio *statuto speciale* del pubblico dipendente.

L'imposizione autoritaria di tale statuto ha provocato uno scatto in avanti che ha indotto scelte, anche sul piano linguistico, che hanno messo a rischio la tenuta del sistema. Ed infatti con riferimento all'art. 55 *quater*, co. 1, d.lgs. 165/2001, laddove si legge che nelle condotte descritte dallo stesso legislatore "si applica *comunque* la sanzione disciplinare del licenziamento" è stata comprensibilmente sollevata la questione di legittimità costituzionale, paventando il dubbio che con tale formula la disposizione abbia azzerato, nel suo ambito di intervento, la ponderazione della condotta, da parte del dirigente, alla luce del principio di proporzionalità<sup>7</sup>.

La Consulta, nella decisione n. 123/2020 ha respinto i dubbi ritenendo che il principio di proporzionalità sia "vivo e vegeto" anche per i comportamenti sussumibili nell'art. 55 *quater*: tuttavia riconosce che l'avverbio non sia privo di effetti, in quanto, ferma restando la valenza generale del principio di proporzionalità, che non conosce mai deroghe, una volta integrata la fattispecie prevista dal legislatore, si determina un'inversione dell'onere della prova, con obbligo del lavoratore di fornire elementi che escludano la ricorrenza, sul piano oggettivo e soggettivo, dei presupposti per adottare un licenziamento disciplinare<sup>8</sup>.

In realtà l'avverbio produce i suoi effetti anche sul piano della dialettica legge/contrattazione collettiva, nel senso che impedisce alle parti negoziali di intervenire sull'aprioristica ponderazione degli interessi voluta dal legi-

*nell' 'eterno ritorno' allo statuto speciale del lavoratore pubblico, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2019, p. 31.*

Cfr. ZAPPALÀ, *La regolazione asintotica del licenziamento: ratio ed effetti della differenziazione tra lavoro pubblico e lavoro privato, in Il lavoro pubblico a vent'anni dalla scomparsa di Massimo D'Antona, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2019, p. 298.*

<sup>6</sup> BARBIERI, *Note critiche sul licenziamento disciplinare nel lavoro pubblico dopo l'intervento legislativo del 2017, in DLRI, 2019, 1, p. 157 ss.*

<sup>7</sup> Trib. Vibo Valentia 13 marzo 2019.

<sup>8</sup> In questo senso anche Cass. 21 giugno 2021, n. 17600.

slatore, statuendo che “le disposizioni del presente articolo e di quelli seguenti, fino all’articolo 55-octies, *constituiscono norme imperative*, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile” (art. 55, co. 1, d.lgs. 165/01)<sup>9</sup>.

#### 4. *Lo svuotamento della funzione manageriale e i rischi di una gestione acefala (anche) del potere disciplinare*

Se può convenirsi che la tipizzazione non è in grado di ridimensionare i margini di valutazione che spettano al giudice (la SC ha più volte sottolineato che è da escludersi qualsiasi automatismo)<sup>10</sup> tuttavia essa determina sicure ricadute sul potere di valutazione che spetta al dirigente, da cui parte il procedimento disciplinare, e all’UPD che gestisce tale procedura<sup>11</sup>.

C’è un evidente rischio di dar vita ad una gestione acefala (anche) del potere disciplinare, che snatura il ruolo datoriale della dirigenza pubblica, privandola della facoltà di autonoma e responsabile valutazione sulla reale scorrettezza del comportamento del dipendente, con la concreta eventualità che ciò determini anche una proliferazione del contenzioso. Infatti una frammentazione del potere disciplinare in capo a una pluralità di soggetti, nessuno dei quali incarna il datore di lavoro, che annulla e mortifica l’autonomia gestionale, può far sì che le procedure vadano avanti per inerzia, spinte dallo spauracchio delle conseguenze del mancato esercizio del potere disciplinare.

È pur vero che la giurisprudenza di legittimità ha con forza riaffermato l’includibilità del sindacato giudiziale *a valle* circa “l’elemento intenzionale o colposo, ossia la valutazione se vi sono elementi che assurgono a scriminante della condotta del lavoratore”<sup>12</sup>, ma è altresì vero che l’operazione di “tipizza-

<sup>9</sup> MILITELLO, *Il licenziamento tra tipizzazione e proporzionalità*, in ESPOSITO, LUCIANI, A. ZOPPOLI (a cura di), *Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica*, vol. II, in *Quad. DLM*, 2021, p. 256.

<sup>10</sup> Cass. 24 marzo 2023, n. 8453, Cass. 27 giugno 2023, n. 18372, in *RIDL*, 2023, II, 570 ss., con nota mia.

<sup>11</sup> BAVARO, *Note sul potere disciplinare nel lavoro pubblico fra aziendalismo e amministrativismo*, in *RGL*, 2018, p. 511-512.

<sup>12</sup> V. Cass. 20 giugno 2017 n. 15209, secondo cui “anche con riferimento alle ipotesi [...] di illeciti disciplinari tipizzati dalla contrattazione collettiva [deve] escludersi la configurabilità in astratto di qualsivoglia automatismo nell’irrogazione di sanzioni disciplinari, specie laddove queste consistano nella massima sanzione, permanendo il sindacato giurisdizionale sulla pro-

zione”, che presuppone una gerarchia dei valori fissata *ex ante*, è destinata a produrre comunque un effetto di *oggettivizzazione a monte* della responsabilità in capo al lavoratore il cui comportamento ricade nella fattispecie astratta delineata dal legislatore. Se, infatti, il giudice ha istituzionalmente la forza e l'autonomia per (re)introdurre nel giudizio sulla legittimità del licenziamento una valutazione sulla gravità e sull'intenzionalità del fatto contestato, rischi concreti vi sono per un contegno meramente esecutivo e burocratico da parte dell'ufficio per i procedimenti disciplinari e/o del superiore gerarchico che ha il dovere di impulso e di segnalazione della presunta rilevanza disciplinare del comportamento. A fronte della corrispondenza formale tra la fattispecie astratta e il comportamento del lavoratore, cui secondo il legislatore dovrebbe seguire la sanzione del licenziamento, gli spazi di valutazione si restringono sotto la spada di Damocle della minaccia punitiva che incombe su chi deve punire e non esercita prontamente il proprio “dovere” di sanzionare<sup>13</sup>.

Tutto ciò rischia di azzerare la funzione manageriale, trasformandola in attività di mera esecuzione – quanto più formalistica e deresponsabilizzata possibile – di norme di leggi, regolamenti e circolari ministeriali, con ricerca ossessiva della legittimità dell'atto (la c.d. amministrazione difensiva, che è l'opposto dell'amministrazione attiva o proattiva), a prescindere da ogni valutazione di efficienza ed efficacia della scelta.

A ciò si aggiunga il rischio di una deriva conflittuale sul piano del contenzioso, non filtrato da decisioni “coraggiose” da parte dei responsabili, che saranno il più delle volte indotti ad avviare la procedura punitiva spostando sul giudice il compito di decidere sulla tenuta, sul piano disciplinare, della condotta contestata.

porzionalità della sanzione rispetto al fatto [...] La proporzionalità della sanzione disciplinare rispetto ai fatti commessi [...] è, infatti, *regola valida per tutto il diritto punitivo*”.

<sup>13</sup> Sono molteplici le disposizioni che sanzionano la mancata attivazione del potere disciplinare: rifiuto di collaborazione con UPD: sospensione fino a 15 gg (55 *bis* co. 7); omessa attivazione del procedimento disciplinare per falsa attestazione della presenza senza giustificato motivo: licenziamento (55 *quater*, co. 3 *quinquies*); mancato esercizio dell'azione disciplinare ovvero omissioni o ritardi senza giustificato motivo: sospensione fino a 3 mesi, licenziamento se c'è dolo o colpa grave (55 *sexies*, co. 3).

5. *Gli scenari (im)possibili*

Nella sua relazione Riccobono auspica il superamento della distanza, ormai siderale, che si è realizzata in questa materia tra i due ordinamenti. A chi scrive uno scenario di unificazione, ma anche solo di avvicinamento, appare irrealizzabile, il *trend* sembra ormai irreversibile, specie per l'abbrivio che ha preso la legislazione nel settore privato, in cui difficilmente si tornerà al vecchio art. 18 o ad un modello vicino a quello del settore pubblico<sup>14</sup>.

Per ciò che concerne l'esercizio del potere disciplinare il tema della tipizzazione delle condotte mette in luce una lontananza paradigmatica tra i due ambiti: alcune spinte a mantenere vivi e accesi i margini di valutazione del dirigente possono trarsi, con molta buona volontà, dagli arresti, compatti, della giurisprudenza che ritiene il principio di proporzionalità immanente al sistema e di ciò non possono non beneficiare anche i dirigenti. Tuttavia l'approccio del legislatore continua ad essere ispirato a profonda sfiducia nei confronti di *management* pubblico e sindacati, tradottosi in una compressione degli spazi di valutazione, sulla base del *refrain*, oggi molto diffuso e apprezzato, che comportamenti inefficienti possono essere scongiurati solo attraverso provvedimenti di imperio.

<sup>14</sup> Ancorché sia in corso, da parte della CGIL, una raccolta di firme per un referendum abrogativo del *jobs act*: in *Sole 24 ore* del 27 febbraio 2024.

## Abstract

Il contributo analizza la disciplina che regola il licenziamento individuale nel settore pubblico, sottolineandone le differenze con il settore privato. In particolare si evidenzia la paradossale parabola evolutiva che ha caratterizzato il tema delle sanzioni da applicare contro i licenziamenti illegittimi: mentre all'indomani nella contrattualizzazione del lavoro pubblico (1992) vi era un'identità di disciplina tra i due settori (per effetto dell'art. 51 del d.lgs. 165/01 che prevede l'estensione all'ambito pubblico dello Statuto dei lavoratori) tale omogeneità si è completamente persa dopo le modifiche dell'art. 18 l. 300/70 da parte di legge Fornero e l'intervento del *jobs act*, tanto che oggi nel settore pubblico si applica come regola generale una tutela, reintegrazione nel posto di lavoro che, almeno nelle intenzioni dei legislatori del 2012 e del 2015, deve rappresentare una sanzione eccezionale e residuale nel settore privato. Nel contributo si analizza poi la tecnica utilizzata dal legislatore, nel settore pubblico, di tipizzare i casi in cui la Pa "deve" adottare provvedimenti di licenziamento: tale modello rischia di indebolire il management pubblico che viene così 'compresso' nella sua facoltà di decidere autonomamente i provvedimenti da adottare in caso di condotte inadempienti dei dipendenti.

The article analyzes the rules on individual dismissals in the public sector and highlights the differences with the private sector. In particular, we highlight the paradoxical evolution that has characterized the issue of sanctions to be applied against unlawful dismissals: while after the public employment reform in 1992 there was an identity of discipline between the two sectors (due to art. 51 of Legislative Decree 165/01 which provides for the extension of the Workers' Statute to the public sphere) this homogeneity was completely lost after the amendments to the art. 18 l. 300/70 by the Fornero law and the Jobs act, so much so that today in the public sector a protection, reinstatement in the workplace, is applied as a general rule, which, at least in the intentions of the legislators of 2012 and 2015, must represent an exceptional and residual sanction in the private sector. The contribution then analyzes the technique used by the legislator, in the public sector, to typify the cases in which the PA "must" adopt dismissal measures: this model is likely to weaken the public management which is thus 'compressed' in its power to decide independently the measures to be taken in the event of not compliance conduct by employees.

## Keywords

Licenziamento, dipendente pubblico, tutela reale, confronto con il settore privato.

Individual dismissals, public sector, reinstatement in the workplace, differences with the private sector.



## **Sandro Mainardi**

### **Il licenziamento disciplinare nelle pubbliche amministrazioni ed il regime di tutela: sono davvero le Colonne d'Ercole della privatizzazione?**

SOMMARIO: **1.** Gli epigoni di una privatizzazione. **2.** Il sistema delle fonti in materia disciplinare. Dalla riforma Brunetta alla riforma Madia. **3.** Una bulimia legislativa. **4.** La tutela sempre reintegratoria è davvero costituzionalmente dovuta? **5.** Un legislatore schizofrenico in cerca di legittimazione.

#### *1. Gli epigoni di una privatizzazione*

La vicenda della tutela dei dipendenti e dirigenti pubblici in caso di licenziamento illegittimo è ancora una volta rappresentativa dello stato di progressiva “decozione” del modello che aveva ispirato il processo di privatizzazione del lavoro nelle p.a., quanto meno sul piano delle fonti di disciplina applicabile. Da un lato, il legislatore, ben prima della riforma del 2009, ha con sempre maggiore insistenza occupato spazi regolativi, attraverso discipline di legge speciali, diverse da quella applicabili ai lavoratori del settore privato o comunque destinate ai soli dipendenti pubblici; dall'altro, laddove sono state introdotte importanti modifiche agli assetti normativi del lavoro nell'impresa, attraverso tecniche di vera e propria “esclusione”, o di “armonizzazione”, il lavoro nelle amministrazioni pubbliche è restato sostanzialmente “fuori” dalle più recenti riforme del diritto e del mercato del lavoro.

Quanto questo incida su modelli ordinamentali che devono dialogare e cooperare in modo omogeneo sui mercati dei servizi, nonché su efficienza e risposte di supporto strutturale all'intero sistema economico, è ancora troppo presto a dirsi. Il fenomeno ha tuttavia certamente prodotto una de-

viazione dallo schema dell'art. 2, co. 2, prima parte, del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, e da quello, altrettanto noto, dell'art. 51 dello stesso TUPI, con ciò realizzando una sempre più ampia diversificazione di discipline che tradisce l'intento originario della riforma, poi però integralmente confermato, almeno sul piano formale, dai legislatori successivi. Semplicemente, oggi, nonostante le affermazioni di legge, non è vero che i lavoratori pubblici sono assoggettati alle stesse regole dei lavoratori privati; ed anzi, la linea è quella di dotare i primi, secondo vecchia ma solida concezione, di uno statuto normativo proprio, ben identificabile, il più possibile unificante per la categoria, tendenzialmente più protettivo di quello rassegnato dalla legge per i lavoratori privati, almeno con riguardo agli istituti centrali del rapporto di lavoro subordinato.

Poiché l'idea della riforma del 1992-'93 e di quelle successive, nel senso della omogeneità delle regole settoriali tra lavoro privato e pubblico, pur positivamente (e a più riprese) sottoposta al vaglio costituzionale, non ha a sua volta ricevuto un processo di "costituzionalizzazione", bisogna però senz'altro ammettere che il legislatore ordinario possa, con norma successiva, modificare e diversificare il regime giuridico dei dipendenti pubblici rispetto a quello dei lavoratori privati, pur seguendo la stessa matrice privatistica e contrattuale.

Tuttavia, l'operazione ha da essere condotta seguendo il fondamentale canone della certezza e della coerenza normativa, e prima ancora della ragionevolezza, oltremodo necessarie in un ambito, quello del lavoro pubblico, nel quale si sviluppano istanze regolative sensibili non solo ad interessi terzi (gli utenti e la loro percezione delle risposte fornite dalle Amministrazioni rispetto agli inadempimenti contrattuali), ma anche alla responsabilità di gestione degli operatori, troppe volte ormai condizionata, o, peggio, rilasciata, al giudizio del Giudice amministrativo-contabile, piuttosto che a quello del lavoro.

Certezza e coerenza normativa, pur alimentando, in modo dichiarato, gli obiettivi del più recente legislatore, necessitano però, nel loro perseguimento, di un disegno complessivo, compreso dei valori e degli interessi che si intendono tutelare, in una dinamica ben lontana dagli interventi *spot* o *random* con i quali, invece, si è ritenuto di affrontare, per ora, il tema della regolamentazione del lavoro nelle p.a.

2. *Il sistema delle fonti in materia disciplinare. Dalla riforma Brunetta alla riforma Madia*

La metamorfosi del licenziamento disciplinare nelle p.a., ha interessato appunto e anzitutto il sistema delle fonti, facendo emergere tutta la debolezza, per il settore pubblico, di un impianto volto ad integrare ed assimilare le nozioni generali di giustificato motivo soggettivo e di giusta causa, anche attraverso il fondamentale contributo della giurisprudenza, che da sempre, nel settore privato, contribuisce a questa fondamentale funzione ermeneutica, supplendo alla scarsa regolamentazione dei contratti collettivi.

Non si tratta solo della conferma di una imponente regolamentazione di legge, prevalentemente raccolta nel blocco normativo che va dall'art. 54 all'art. 55 *sexies*, d.lgs. 165/01<sup>1</sup>, ma di uno speciale rapporto tra legge e contratto collettivo, appunto in deroga al regime generale di cui agli artt. 2, co. 2-3, e 40, co. 1., d.lgs. 165/01. Da un lato, infatti, ai sensi dello stesso art. 40, co. 1, la contrattazione collettiva, diversamente da quanto avviene per altri istituti, può operare nella materia disciplinare, quindi anche del licenziamento, ma solo “nei limiti previsti dalla norme di legge”, così vincolandosi l'autonomia collettiva ad una regolamentazione “possibile”, ma solo negli spazi lasciati liberi dalla legge; dall'altro, mentre per altre regole legali che presidiano il rapporto di lavoro pubblico opera il (nuovo) regime della derogabilità, anche retroattiva, da parte dei contratti collettivi nazionali ai sensi della (nuova) formula dell'art. 2, co. 2, d.lgs. 165/01<sup>2</sup>, per le norme disciplinari la legge mantiene carattere di inderogabilità assoluta, del resto confermata espressamente dall'art. 55, co. 1, a norma del quale “le disposizioni del presente articolo e di quelli seguenti, fino all'articolo 55-*octies*, costituiscono

<sup>1</sup> Non vanno infatti dimenticati, per la loro portata regolatoria ed interpretativa, l'art. 67 del d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150 che continua a declinare gli obiettivi del sistema disciplinare e l'art. 63 del d.lgs. 165/2001 circa i poteri del giudice in termini di tutela per licenziamenti illegittimi e giudizio di proporzionalità. Esistono poi altre norme di legge che tipizzano condotte di rilievo disciplinare: cfr. ad es. d.lgs. 165/01, art. 55 *septies*, co. 4, in relazione alla inottemperanza all'obbligo (del medico) di invio telematico dei certificati medici per assenze dei dipendenti pubblici dovute a malattia.

<sup>2</sup> Introdotta dall'art. 1, d.lgs. 25 maggio 2017 n. 75. Il riferimento progressivo è naturalmente quello a suo tempo innestato, sempre nel corpo dell'art. 2, co. 2, d.lgs. 165/2001, dall'art. 1, co. 1, l. 4 marzo 2009 n. 15, il quale prevedeva un regime di inderogabilità della legge da parte dei contratti collettivi salvo rinvio dalla prima ai secondi.

norme imperative, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile”.

Se questa è la rappresentazione normativa del particolare regime delle fonti in materia disciplinare è anzitutto possibile affermare che qui le norme di legge del pubblico impiego, e quelle da esse richiamate, non possono trovare deroga né migliorativa, né peggiorativa da parte dei contratti collettivi; ed anzi, come visto, al fine di prevenire antinomie che generebbero ipotesi di nullità degli atti negoziali, gli stessi contratti collettivi trovano sul punto un limite di competenza regolativa rigidamente imposto dallo stesso legislatore.

Ciò deve senz'altro essere affermato per tutti gli aspetti di carattere procedurale, rispetto ai quali la contrattazione collettiva trova limite nell'ampio dettaglio normativo degli artt. 55 *bis*, *ter*, *quater* e *sexies*, nelle parti in cui, appunto, vengono declinate le modalità di esercizio del potere disciplinare, così di fatto inibendo qualunque ulteriore o diversa prerogativa datoriale al riguardo. Non a caso, lo stesso legislatore del 2017, fidandosi assai poco della “autodichia” delle amministrazioni, ha provveduto a sterilizzare le disposizioni procedurali di matrice interna con formula tale da poter essere estesa anche alle norme contrattuali: si dice, all'art. 55 *bis*, co. 9 *bis*, d.lgs. 165/01<sup>3</sup>, che “sono nulle le disposizioni di regolamento, le clausole contrattuali o le disposizioni interne, comunque qualificate, che prevedano per l'irrogazione di sanzioni disciplinari requisiti formali o procedurali ulteriori rispetto a quelli indicati nel presente articolo o che comunque aggravino il procedimento disciplinare”, confermando il carattere imperativo e inderogabile delle norme di legge sul procedimento disciplinare.

Più complessa ed articolata appare invece tale relazione tra le fonti per i profili di carattere sostanziale, segnatamente quelli riferiti alla definizione normativa degli illeciti disciplinari e delle sanzioni applicabili.

È vero che il legislatore, a partire dalla Riforma Brunetta, ha fortemente incrementato le disposizioni di legge che tipizzano illeciti, così aggregandovi sanzioni, in particolare con riguardo alle ipotesi di licenziamento disciplinare di cui all'art. 55 *quater* del d.lgs. 165/01; ma è pure vero che lo stesso legislatore, ferme le previsioni di legge, riconosce e conferma all'art. 55 una ormai “storica” competenza dei contratti collettivi nella definizione delle infrazioni/sanzioni disciplinari, con la formula a suo tempo introdotta dal d.lgs.

<sup>3</sup> Inserito da d.lgs. 75/17, art. 22, co. 13.

31 marzo 1998 n. 80 per cui “salvo quanto previsto dalle disposizioni del presente Capo, la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni è definita dai contratti collettivi”.

Tale delega legislativa alla contrattazione collettiva, o meglio tale riconoscimento legislativo di una competenza originaria dell'autonomia collettiva per la definizione delle pene disciplinari ai sensi dell'art. 2106 cod. civ., può naturalmente estendersi anche alle fattispecie che danno luogo alla sanzione del licenziamento disciplinare (con o senza preavviso) e dunque non appare limitata alla declinazione delle pene conservative<sup>4</sup>, come del resto è possibile desumere dalla stessa formula dell'art. 55 *quater*, co. 1, il quale, oltre a tenere ferme le discipline legali della giusta causa e del giustificato motivo, richiama le “ulteriori ipotesi [di licenziamento] previste dal contratto collettivo”.

Si pone, dunque, il problema della diversa considerazione, da parte di legge e contratto collettivo, della tipologia di sanzione applicabile verso determinati comportamenti; e, di conseguenza dei limiti posti al sindacato giudiziale nel ritenere una certa condotta, pur repressa dalla legge con sanzione espulsiva, fonte invece di sanzione conservativa, appunto seguendo la diversa valutazione operata dal ccnl.

In proposito va sempre rammentata la disciplina a suo tempo introdotta dalla l. 4 novembre 2010 n. 183, la quale tuttora prevede all'art. 30, co. 3, con disciplina di sicura applicazione anche per i dipendenti pubblici<sup>5</sup>, che “nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi”; ed ugualmente deve essere ricordata la posizione della giurisprudenza di legittimità, quando, pur ammettendo che la scala valoriale prevista dalla contrattazione collettiva non sia vincolante per il giudice, che deve compiere un accertamento in concreto della proporzionalità tra sanzione ed infrazione

<sup>4</sup> Tale estensione regolativa è stata da subito percepita dai ccnl di Comparto e poi successivamente di Area dirigenziale, che da sempre contemplano infrazioni ritenute punibili con la sanzione del licenziamento disciplinare nell'ordine di proporzionalità stabilito dai codici disciplinari dei contratti.

<sup>5</sup> Stante la disciplina speciale di tutela contro i licenziamenti illegittimi di cui all'art. 63, co. 2 d.lgs. 165/01 non appare invece applicabile la previsione dell'art. 18, co. 4 St. lav., la quale conferma però, sul piano sistematico la prevalenza delle previsioni contrattuali, rispetto alle declinazioni delle nozioni generali di giusta causa e giustificato motivo operate dal datore in sede di licenziamento.

sotto il profilo oggettivo e soggettivo, ha stabilito che il datore di lavoro non possa legittimamente applicare la sanzione del licenziamento qualora il contratto collettivo preveda che il fatto commesso dal lavoratore (espressamente tipizzato dal codice disciplinare), sia punito con una sanzione di tipo conservativo<sup>6</sup>.

È pacifico che il Giudice possa dunque – e sempre – dare ampio spazio alla valutazione della congruità della sanzione espulsiva in applicazione del principio di proporzionalità, ampiamente richiamato anche per il settore pubblico, stanti i rinvii all'art. 2106 ed ai poteri di rideterminazione della sanzione di cui all'art. 63, co. 2 *bis*, d.lgs. 165/01<sup>7</sup>: ferma l'ipotesi astratta, il Giudice potrà dunque ritenere, in relazione al caso concreto, la sussistenza di elementi di carattere soggettivo od oggettivo atti a confermare (o meno) la gravità della condotta ai fini dell'integrazione delle nozioni di giusta causa o giustificato motivo, e ciò anche nelle ipotesi in cui la condotta trovi definizione in norma di legge, come di recente affermato dalla giurisprudenza di legittimità proprio in relazione alle previsioni dell'art. 55 *quater*, d.lgs. 165/01<sup>8</sup>.

Per quanto detto circa il rapporto tra le fonti (legale e contrattuale) nella definizione della tipologia delle infrazioni e delle sanzioni applicabili a di-

<sup>6</sup> Cfr. Cass. 30 marzo 2016 n. 6165. In tal senso, proprio richiamando l'art. 30, co. 3, l. 183/10 in relazione alle previsioni della contrattazione collettiva del pubblico impiego, App. Bologna 31 ottobre 2018 n. 996.

<sup>7</sup> A proposito dell'art. 63, co. 2 *bis*, poiché il potere riduttivo del Giudice opera “nel caso di annullamento della sanzione disciplinare per difetto di proporzionalità”, e dunque su domanda proposta in ricorso dal lavoratore o dall'amministrazione in sede di costituzione in giudizio al fine di conservare comunque il potere disciplinare per la condotta oggetto di sanzione, deve ritenersi che la rideterminazione da parte del Giudice, pur “tenendo conto della gravità del comportamento e dello specifico interesse pubblico violato”, non possa che avvenire in via di riduzione della sanzione disciplinare originariamente applicata dall'amministrazione datore di lavoro.

<sup>8</sup> Secondo cui “non è ammesso alcun automatismo verso il licenziamento disciplinare nelle ipotesi di cui all'art. 55 *quater*, d.lgs. 165/01 dovendo la valutazione dell'amministrazione, nell'applicazione della massima sanzione espulsiva, muovere nell'apprezzamento del caso concreto, dell'utilità e natura del singolo rapporto, delle mansioni splete dall'incolpato e del relativo grado di affidamento, dell'intenzionalità della condotta e della relativa intensità” (cfr. Cass., 26 gennaio 2016 n. 1351 e 25 agosto 2016 n. 17335). L'orientamento è stato poi confermato da C. Cost. 23 giugno 2020 n. 123, ritenendo inammissibili le questioni di costituzionalità sull'art. 55 *quater* e sul presunto automatismo di legge, in quanto “poiché – in base al diritto vivente – l'uso dell'avverbio ‘comunque’ lascia fermo il sindacato giurisdizionale sulla concreta proporzionalità del licenziamento, sebbene all'esito dell'inversione dell'onere probatorio”.

pendenti e dirigenti pubblici, appare però certo che laddove la medesima condotta illecita, in tutti i suoi elementi caratterizzanti, sia considerata dal codice disciplinare dei contratti collettivi sanzionabile con pena conservativa, mentre la legge per la stessa preveda il licenziamento, quest'ultima previsione deve prevalere su quella di contratto, stante la inderogabilità (assoluta) delle disposizioni di legge in materia. Il sindacato del Giudice troverebbe qui limite invalicabile nella tipizzazione di legge, potendo questi occuparsi dei profili di proporzionalità della sanzione rispetto al caso concreto, ma non entrare nel merito della scelta operata dal legislatore circa la collocazione della condotta tra quelle che portano alla estinzione del rapporto per motivi disciplinari, rispetto ad un ipotetico diverso avviso del contratto collettivo.

In sostanza e ad esempio – ferma naturalmente la valutazione di proporzionalità rispetto al caso concreto – se per l'ipotesi della “reiterazione nell'ambiente di lavoro di gravi condotte aggressive o moleste o minacciose o ingiuriose o comunque lesive dell'onore e della dignità personale altrui” di cui alla lett. e) del co. 1 dell'art. 55 *quater* i contratti collettivi dovessero prevedere sanzioni di tipo conservativo, il Giudice non potrebbe ritenere la prevalenza della norma contrattuale più favorevole, in quanto affetta da nullità rispetto al dato di legge.

Tuttavia, anche considerato il disposto dell'art. 30, co. 3, l. 183/10, il confronto tra fattispecie legale e fattispecie contrattuale non potrà che essere svolto con particolare rigore da parte del Giudice nell'ambito del lavoro pubblico. In sostanza, solo in presenza di effettiva coincidenza tra definizione della fattispecie di illecito da parte di legge e di contratto collettivo, sarà precluso al secondo una valutazione meno grave della condotta in termini sanzionatori: per tornare all'esempio della fattispecie di cui all'art. 55 *quater*, co. 1, lett. e), laddove la condotta aggressiva o molesta non fosse descritta dal contratto come “grave” e/o “reiterata”, l'autonomia collettiva potrebbe svolgere, come ha svolto, una valutazione di gravità minore, disponendo l'applicazione di una sanzione conservativa, così legittimamente vincolando l'interpretazione datoriale e giudiziale sulla fattispecie astratta, fermo ed impregiudicato, come detto, il giudizio di proporzionalità sul caso concreto (anche in termini di maggiore gravità della condotta ad esempio per il ruolo o le mansioni del soggetto agente).

Si è dunque di fronte ad una legittima integrazione legislativa delle clausole generali di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo di licenziamento, fra l'altro dettata dalla necessità di contrastare noti fenomeni di

rilevanza disciplinare di particolare diffusione e gravità: tanto che, appunto, l'art. 55 *quater* si preoccupa, al co. 3, di precisare in quali ipotesi, tra quelle elencate, “il licenziamento è senza preavviso”.

Da ultimo la giurisprudenza sembra confermare tale assetto rigoroso, quando si trova, con la recente Cass. 2 novembre 2023 n. 30418, a delineare la fattispecie della falsa attestazione di presenza in servizio di cui all'art. 55 *quater*, lett. a), affermando che la condotta di rilievo disciplinare se, da un lato, non richiede un'attività materiale di alterazione o manomissione del sistema di rilevamento delle presenze in servizio, dall'altro deve essere oggettivamente idonea ad indurre in errore il datore di lavoro: sicché, anche il breve allontanamento dall'ufficio, non accompagnato dalla necessaria timbratura, integra una modalità fraudolenta, diretta a rappresentare una situazione apparente diversa da quella reale (Cass. 26 agosto 2016 n. 17335 e Cass. 14 dicembre 2016 n. 25750). Secondo la Corte, la disposizione ha, dunque, introdotto una tipizzazione di illecito disciplinare da sanzionarsi con il licenziamento. In particolare, si afferma che l'introduzione del d.lgs. 165/01, art. 55 *quater*, co. 1 *bis* (avvenuta con il d.lgs. 20 giugno 2016 n. 116) non ha portata innovativa, ma vale come interpretazione chiarificatrice del concetto di “falsa attestazione di presenza” (Cass. 11 settembre 2018 n. 22075). È falsa attestazione (prima e dopo la riforma) non solo la alterazione/manomissione del sistema automatico di rilevazione delle presenze, ma anche il non registrare le uscite interruttrive del servizio.

Soprattutto, dice la Corte, nell'eventuale contrasto tra legge e contrattazione collettiva prevale – in quanto imperativa – la disciplina legale, anche se meno favorevole al lavoratore.

Ferma la tipizzazione della sanzione disciplinare del licenziamento, una volta che risulti provata la condotta, permane la necessità della verifica del giudizio di proporzionalità o adeguatezza della sanzione che si sostanzia nella valutazione della gravità dell'inadempimento imputato al lavoratore in relazione al concreto rapporto e a tutte le circostanze del caso. La disposizione normativa è stata, dunque, interpretata (si v., Cass. 24 maggio 2021 n. 14199) alla luce dello sfavore manifestato dalla giurisprudenza costituzionale rispetto agli automatismi espulsivi e, pertanto, si è valorizzato il richiamo testuale all'art. 2106 cod. civ. per limitare l'imperatività assoluta espressa dalla norma al rapporto fra legge e contratto collettivo e per affermare che l'esercizio del potere datoriale resta comunque sindacabile da parte del giudice quanto alla necessaria proporzionalità della sanzione espulsiva.

Insomma, la materia del licenziamento disciplinare resta governata dal principio di proporzionalità e dunque alcun automatismo sanzionatorio può essere desunto dalla previsione di legge dell'illecito, essendo costituzionalmente garantita sia l'emersione delle difese nella sede procedurale, che la gradualità della risposta sanzionatoria, giocoforza parametrata ai profili oggettivi e soggettivi del caso concreto, come appunto affermato dalla citata ed univoca giurisprudenza di legittimità maturata sul “*comunque*” che apre la parte dispositiva dell'art. 55 *quater*.

### 3. *Una bulimia legislativa*

Piuttosto, in relazione alle nozioni generali di giusta causa e di giustificato motivo, vi è da riflettere circa l'opportunità di una certa “bulimia” legislativa che si è affermata con riguardo alla tipizzazione degli illeciti che portano al licenziamento, estesa anche oltre la legislazione più propriamente lavoristica del pubblico impiego (si pensi alla normativa anticorruzione), la quale può condurre ad una vera e propria eterogenesi dei fini rispetto alle dichiarate intenzioni del legislatore, ispirate ad un certo rigore sanzionatorio. In sostanza, anche alla luce di quanto sopra riferito circa gli spazi di definizione degli illeciti di competenza contrattuale, una dettagliata descrizione astratta degli illeciti disciplinari che conducono al licenziamento da parte della legge può indurre ad escludere la sanzione estintiva laddove non siano integrati *tutti* gli elementi formali e sostanziali indicati dalla previsione di legge, rendendo così marginale, o addirittura inapplicabile, la risposta sanzionatoria imposta dal legislatore stesso.

È il caso – davvero emblematico, pare, perché, ad ormai 15 anni dalla Riforma Brunetta, non sussistono precedenti giurisprudenziali che affermino l'applicazione della c.d. norma “antifannulloni” – del licenziamento per “insufficiente rendimento”, regolato prima dal co. 2 *bis* ed ora dal co. 1, lett. *f*) *quinquies* dell'art. 55 *quater*, d.lgs. 165/01<sup>9</sup>. Al di là di una evidente possibile

<sup>9</sup> Ove appunto si prevede il licenziamento per “insufficiente rendimento, dovuto alla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa, stabiliti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza, e rilevato dalla costante valutazione negativa della performance del dipendente per ciascun anno dell'ultimo triennio, resa a tali specifici fini ai sensi dell'articolo 3, comma 5-*bis*, del decreto legislativo n. 150 del 2009”.

sovrapposizione tra fattispecie con il successivo art. 55 *sexies*, co. 2, che invece prevede il collocamento in disponibilità con possibile ricollocazione del dipendente che ha cagionato “grave danno al normale funzionamento dell’ufficio di appartenenza, per inefficienza o incompetenza professionale accertate dall’amministrazione ai sensi delle disposizioni legislative e contrattuali concernenti la valutazione del personale delle amministrazioni pubbliche”, il licenziamento per “insufficiente rendimento” risulta di fatto “impossibile” per almeno due ordini di ragioni.

In primo luogo, diversamente dal settore privato, l’“insufficiente rendimento”, pur dovendo essere colposo, non viene direttamente percepito e segnalato dal datore di lavoro nella persona del dirigente, ma per legge deve derivare all’esito del processo di valutazione della *performance* regolata sulla base delle disposizioni generali di cui al titolo II, d.lgs. 150/09; tanto che la “costante valutazione negativa” deve avvenire ai fini specifici del licenziamento ai sensi dell’art. 3, co. 5 *bis*, d.lgs. 150/09. Tale ultima specificazione normativa dimostra<sup>10</sup>, con una certa e forse consapevole confusione concettuale tra *performance* e *rendimento*, che si richiede ad un sistema, quello di valutazione della *performance*, di rendere informazioni anche su elementi – l’insufficiente rendimento sulla mansione in termini di inadempimento – che normalmente esulano da tali processi, essendo essi votati a misurare il raggiungimento di un *obiettivo* di *performance* ai fini del salario accessorio, che normalmente dà per scontato il diligente e “sufficiente” rendimento sulla mansione contrattualmente assunta dal lavoratore pubblico.

In secondo luogo, la “costante valutazione negativa della performance” – ancora una volta in prospettiva assai distante dagli assetti del settore privato e con buona pace del principio costituzionale di “buon andamento” –, per dare luogo al licenziamento di legge deve avvenire “per ciascun anno dell’ultimo triennio”, rendendo appunto di fatto impossibile o comunque facilmente aggredibile sotto il profilo giudiziale una così lunga corretta catalogazione della condotta del lavoratore ai fini dell’integrazione della fattispecie illecita; inoltre, anche immaginando che il processo di valutazione avvenga in contraddittorio secondo le indicazioni di sistema, potrebbe ri-

<sup>10</sup> L’art. 3, co. 5 *bis*, d.lgs. 150/09 prevede che “La valutazione negativa, resa nel rispetto delle disposizioni del presente decreto, rileva ai fini dell’accertamento della responsabilità dirigenziale e ai fini dell’irrogazione del licenziamento disciplinare ai sensi dell’articolo 55-*quater*, comma 1, lettera *f* *quinquies*, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ove resa a tali fini specifici nel rispetto delle disposizioni del presente decreto”.

sultare eccessivamente complesso per il lavoratore, al termine del triennio, approntare una difesa disciplinare in relazione al reiterato insufficiente rendimento annualmente registrato dal sistema di valutazione della *performance*. Come garantire qui la tempestività della contestazione disciplinare e quindi il diritto di difesa, pur attingendo alla nota teorica dell'illecito a formazione progressiva?

A conferma di tale ineffettività della norma e dell'incapacità delle amministrazioni di inquadrarvi la fattispecie dello "scarso rendimento" ai fini del licenziamento, si può osservare come esso, pur senz'altro sussistente come in qualunque realtà lavorativa, venga fatto passare per fattispecie di insubordinazione, come tali svincolate dal precetto di cui si parla<sup>11</sup>.

Un paradigma, insomma, quello del licenziamento per "insufficiente rendimento", sul quale ancora criticamente tornerò, di come una norma nata e celebrata per contrastare i "fannulloni della p.a." e i fenomeni di scarsa produttività, possa, per la sua stessa formulazione tecnica, rendere di fatto impraticabili i relativi provvedimenti espulsivi.

#### 4. *La tutela sempre reintegratoria è davvero costituzionalmente dovuta?*

La questione delle tutele applicabili in caso di licenziamento disciplinare illegittimo – ché, sulla questione dei licenziamenti economici, il problema non pare porsi, stante l'esistenza di norme speciali in materia di mobilità che impediscono di predicare l'ipotesi estintiva del rapporto *sub forma* di licenziamento – deve essere osservata al momento in cui la Legge Madia ha colto l'occasione per portare chiarezza nel "cratere interpretativo" determinato prima dalla l. 28 giugno 2012 n. 92, poi dalla delega di cui alla l. 10 dicembre 2014 n. 183 ed infine dalle "tutele crescenti" per i licenziamenti illegittimi del d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23.

Ed in effetti oggi il problema è normativamente superato dall'art. 63,

<sup>11</sup> Si veda ad es. Cass. 21 giugno 2021 n. 17602, per la quale, la tabella A del ccnl 2007 del comparto scuola, relativa ai profili di area del personale A.T.A., prevede tra i compiti del personale dell'area A, non solo la accoglienza e sorveglianza nei confronti degli alunni e del pubblico e la custodia dei locali scolastici ma anche i compiti "di pulizia dei locali, degli spazi scolastici e degli arredi" (confermato, nella specie, il licenziamento disciplinare per scarso rendimento del collaboratore scolastico che si era più volte rifiutato di svolgere compiti di pulizia).

co. 2, che, introdotto dal d.lgs. 75/17, smarcando la questione dell'art. 18, fra l'altro anche per i dirigenti pubblici, ha imposto la tutela reintegratoria per ogni ipotesi di vizio del licenziamento disciplinare, accompagnata da un risarcimento del danno che, unico ossequio alle riforme del lavoro privato, trova il limite massimo delle 24 mensilità. Bisogna allora concordare circa il fatto che questa è probabilmente la più significativa deviazione dal modello del lavoro privato e dai suoi epigoni, se è vero, come è vero, che la tutela reintegratoria nel pubblico impiego si applica a tutti i dipendenti, a prescindere dal numero di impiegati e dalla data di assunzione nell'amministrazione ed anche a tutti i dirigenti, a prescindere dalla loro apicalità o meno.

Diversamente dal settore privato, nel pubblico impiego riformato è dunque garantito un sistema di stabilità reale del posto di lavoro in caso di licenziamento illegittimo e coerentemente la giurisprudenza, appunto divergendo dall'attuale assetto del settore privato, riconosce la decorrenza e maturazione della prescrizione dei crediti retributivi dei pubblici dipendenti anche in costanza di rapporto, appunto dopo, e in ragione, della mancata estensione al pubblico impiego delle disposizioni sia della legge Fornero, che del Contratto a tutele crescenti<sup>12</sup>.

Quel che continua a convincere meno è la giustificazione di tale assetto, che, è bene essere intellettualmente onesti, deriva direttamente dallo scambio che si realizzò tra Governo e sindacati il 30 novembre del 2016, con il Memorandum mediante il quale si cercò, vanamente, di scongiurare un certo esito del referendum Renzi del 4 dicembre 2016.

Ora, la più seria opzione teorica diretta a negare l'operatività dell'automatismo dei rinvii alla disciplina lavoristica di cui all'art. 2, co. 2, d.lgs. 165/01 e dell'omologo art. 51 del decreto, peraltro fatta sovente propria dalle dichiarazioni ministeriali, propone una inedita lettura limitativa della portata dei rinvii del d.lgs. 165/01, per cui diverrebbe incompatibile l'applicazione non solo delle norme del lavoro nell'impresa, per le quali esistono discipline diverse nel d.lgs. 165/01, ma anche di quelle disposizioni che, nel silenzio del legislatore, ad una sorta di vaglio di costituzionalità preventivo, si porrebbero in contrasto con talune previsioni costituzionali, segnatamente quelle degli artt. 97 e 98, nella lettura offertane dalla Corte Costituzionale.

Da ciò si deriverebbe l'inapplicabilità, oltre che dell'art. 18 nella versione

<sup>12</sup> Cfr., tra altre, con preciso riferimento all'evoluzione normativa differenziata del settore privato e pubblico, Cass. 26 dicembre 2023 n. 36197.

modificata dalla legge Fornero, anche del d.lgs. 23/15 sulle tutele crescenti, in quanto la Corte Costituzionale, con la nota sentenza 24 ottobre 2008 n. 351 (peraltro con *obiter dictum* nell'ambito di pronuncia riguardante la decadenza da incarico dirigenziale, ricoperto da lavoratore con contratto di lavoro autonomo, e quindi nel solco della giurisprudenza relativa allo *spoil system*) avrebbe ritenuto non compatibile con le norme costituzionali l'esclusione della reintegrazione nel caso di lavoratore pubblico illegittimamente licenziato, in quanto lesiva di un interesse pubblico ulteriore rispetto a quello proprio del dipendente, coincidente, in sostanza, con le finalità perseguite dai concorsi pubblici in fase di assunzione; nonché incompatibile per il costo di rinvenire un altro lavoratore da adibire alla funzione che si affiancherebbe a quello dell'indennizzo per il licenziamento illegittimo.

Tuttavia, tale canone interpretativo proposto (al di là dell'approccio solo tangenziale alla questione appunto svolto dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 351/08), oltre a consentire un importante e definitivo, quanto indeterminato ingresso di interessi pubblicistici e di limiti "interni" in una gestione del rapporto di lavoro pubblico basata su posizioni giuridiche soggettive a matrice contrattuale, non tiene conto che proprio la volontà espressa dal legislatore con l'art. 2, co. 2, d.lgs. 165/01 individua come eccezione l'apposizione di regole differenziate per i lavoratori pubblici, imponendo dunque uno scrutinio puntuale di "inapplicabilità", che, proprio a fronte di norme costituzionali, solo il legislatore può svolgere e fissare espressamente come canone interpretativo di carattere generale o speciale.

Del resto, tale immanenza del principio del concorso pubblico nello svolgimento del rapporto è stata posta seriamente in discussione e sottoposta a severa critica, sia con riguardo alle progressioni verticali di carriera sì come regolate dalla contrattazione collettiva; sia, e soprattutto, con riguardo alla mancata conversione dei contratti a termine in caso di loro utilizzo abusivo, anche laddove, come sempre avviene, l'accesso mediante concorso viene svolto per accedere alla stipulazione di contratti a tempo determinato della p.a.

Inoltre, se davvero ci si preoccupa dell'interesse pubblico e delle amministrazioni laddove fosse esclusa la tutela reintegratoria, occorrerebbe chiedersi se l'imposizione "costituzionale" della reintegrazione nel caso di licenziamento disciplinare per gravissimo inadempimento, poi annullato solo per (a volte lievi) vizi procedurali commessi dall'amministrazione, possa essere spiegata con l'argomento del "doppio costo" denunciato dalla Corte Costi-

tuzionale a fronte di una ipotizzata introduzione della tutela solo indennitaria (rinvenire un altro dipendente che sostituisca il precedente nella funzione e pagare l'indennizzo a quello illegittimamente, ma definitivamente, estromesso); ovvero, se un ragionevole ed equo bilanciamento degli stessi interessi cui è diretta anche la selezione concorsuale pubblica dei lavoratori da immettere nelle nostre amministrazioni possa tollerare tale "doppio costo", traducendo appunto in forma esclusivamente risarcitoria la sanzione per la condotta datoriale illegittima.

Se si fosse abbandonato cioè nel pubblico impiego, come credo sia già stato abbandonato nel nuovo contesto sindacale del settore privato e con le dovute correzioni apportate dalla giurisprudenza del lavoro alle discipline del secondo decennio del nuovo millennio, il valore ideologico che ha alimentato l'art. 18 dello Statuto nella sua originaria formulazione, allora la soluzione preferibile sarebbe stata quella di una disciplina speciale, certo attenta al dato costituzionale che caratterizza l'azione delle p.a., ma anche attenta agli interessi ultimi cui è indirizzata la stessa azione amministrativa, proprio nel perseguimento dei principi di buon andamento, efficienza ed imparzialità.

La via poteva cioè essere quella, di sicuro maggiore equilibrio costituzionale, di mantenere la tutela reintegratoria in caso di licenziamenti discriminatori e quando i fatti contestati siano insussistenti o meritevoli di sanzione solo conservativa, fermo quanto detto con riguardo alle previsioni di legge; accedendo invece alla tutela solo indennitaria del dipendente laddove, sussistendo l'illecito e la sua gravità, il licenziamento presenti solo vizi formali o di procedura. In tal modo l'indennizzo, da collegare ad un minimo e ad un massimo, troverebbe spiegazione nella necessità di risarcire il danno patito dal dipendente per la compromissione/limitazione del diritto a fornire le proprie giustificazioni, magari disponendo l'eventuale recupero della somma in capo al dirigente che abbia condotto malamente o con colpa grave il procedimento disciplinare, e quindi a titolo di responsabilità contabile-amministrativa; ma verrebbe così garantita e tutelata la posizione dell'amministrazione (e degli utenti) a non dover sopportare il grave costo (economico-organizzativo ma, in taluni casi, anche sociale oltre che di immagine) del rientro in organico di chi commette gravi illeciti a danno della p.a.

Del resto, rivisitando il modello amministrativistico dell'art. 21 *octies* della l. 7 agosto 1990 n. 241, introdotto dall'art. 14, co. 1, l. 11 febbraio 2005 n. 15, l'ultimo periodo del co. 3 *ter* del d.lgs. 116/16 prevede l'irrelevanza della eventuale violazione dei termini del procedimento disciplinare breve e spe-

ziale ai fini della legittimità dell'azione disciplinare e della sanzione espulsiva irrogata, se non è stato sostanzialmente violato il diritto di difesa del lavoratore e se viene comunque rispettato il termine finale di 120 gg. previsto per il licenziamento in via ordinaria dall'art. 55 *bis*, co. 4.

La novità appariva di non poco momento, in quanto tende ad azzerare, seppure solo per la violazione dei termini, la tradizionale equiparazione tra vizio sostanziale e vizio formale ai fini della sanzionabilità del licenziamento illegittimo, naturalmente allorquando sono invece giudizialmente accertati la sussistenza dell'illecito ed il rispetto dei diritti di difesa; tuttavia il legislatore ha inteso escludere violazioni, anche lievi, che si concentrino sul termine iniziale e finale del procedimento, così di fatto stemperando il potenziale della norma.

#### 5. *Un legislatore schizofrenico in cerca di legittimazione*

Si sa, chiedere coerenza al legislatore, specie quando il suo lavoro dura da trent'anni, e viene proseguito o ricominciato da altri, costituisce inutile dispendio di energie.

Però è doveroso riconoscere il legislatore schizofrenico, quando cerca di spiegare le proprie scelte alla luce del medesimo principio costituzionale.

Si avrà cioè che, con buona pace del buon andamento e dell'imparzialità, dopo ben tre anni l'amministrazione valuterà negativamente il dipendente colpevolmente fannullone e finalmente riuscirà a recedere dal rapporto; ma per l'accidente di un vizio formale o procedurale, magari davvero molto piccolo, dovrà reintegrarlo per garantire il medesimo buon andamento e imparzialità, che in un passato ormai lontano giustificò l'accesso di quello stesso dipendente alla pubblica amministrazione mediante concorso pubblico.

Il principio della privatizzazione avrebbe voluto che i dipendenti pubblici non dovessero godere di regimi di tutela diversi da quelli del lavoro privato in materia di licenziamento. Si può cioè naturalmente discutere dell'opportunità dell'arretramento della tutela reintegratoria nell'ambito del settore privato; ma non appare in alcun modo giustificata una così marcata diversità di trattamento tra lavoro privato e pubblico, specie se giustificata su una fragilissima idea di "costituzionalizzazione" della reintegrazione per i (soli) dipendenti pubblici.

### **Abstract**

Il licenziamento disciplinare nell'ambito del lavoro pubblico privatizzato è istituto che si presta bene a rappresentare le diverse linee di politica del diritto seguite dai legislatori delle riforme. Le metamorfosi della disciplina, a partire dalla riforma del 2009, segnano una prevalenza della regolamentazione di legge sui temi delle responsabilità, talvolta accompagnata dal richiamo ad istituti e caratteri che finiscono col far prevalere la tutela dell'interesse pubblico generale rispetto alle garanzie tipiche apprestate per i lavoratori nel lavoro di impresa. Il saggio si sofferma sui principali motivi di differenza tra lavoro privato e pubblico, con particolare riguardo ai meccanismi di tutela in caso di licenziamento illegittimo, i quali conoscono ancora, nelle pubbliche amministrazioni, l'affermazione della tutela reintegratoria.

Disciplinary dismissal in the context of privatized public work is an institution that lends itself well to representing the different lines of legal policy followed by the legislators of the reforms. The metamorphoses of the discipline, starting from the 2009 reform, mark a prevalence of legal regulation on the issues of liability, sometimes accompanied by the reference to institutions and characteristics which end up making the protection of the general public interest prevail over the typical guarantees provided for workers in business work. The essay focuses on the main reasons for the difference between private and public work, with particular regard to the protection mechanisms in the event of illegitimate dismissal, which still see the affirmation of reinstatement protection in public administrations.

### **Keywords**

Impiego pubblico, licenziamento disciplinare, regolamentazione, licenziamento illegittimo, tutele.

Public employment, disciplinary dismissal, regulation, illegitimate dismissal, protection.

**Vito Pinto**

## Concorsi pubblici e professionalità del dipendente

SOMMARIO: **1.** Premessa. **2.** L'esplicitazione normativa dei contenuti professionali dell'obbligazione di lavoro. **3.** Prestazione dovuta e *performance* individuale. **4.** Prestazione di lavoro e organizzazione.

### I. *Premessa*

La tesi di questo scritto è che la riforma delle procedure concorsuali, impegnando le amministrazioni pubbliche ad accertare sia le conoscenze tecniche (funzionali all'espletamento delle mansioni) sia le competenze "organizzative" o "trasversali" (strumentali a ottenere comportamenti sintonici con gli assetti organizzativi decisi dal datore di lavoro), offra per la prima volta una base normativa sufficientemente solida per puntualizzare il debito di attività del lavoratore in termini di "professionalità". Attribuendo un'esplicita rilevanza negoziale a comportamenti ulteriori rispetto alla mera esecuzione delle mansioni, d'altra parte, queste sopravvenienze legislative rimettono in discussione anche i confini del diligente adempimento, oggi non più individuabili esclusivamente in ragione della "natura della prestazione dovuta" ma comprensivi dell'interesse (creditorio) del datore di lavoro all'organizzabilità della stessa con i rapporti lavorativi altrui. Torna prepotentemente di attualità, insomma, la necessità di "una ricostruzione contrattualista del rapporto di lavoro, tale da recuperare ed enfatizzare l'obbligazione ad una prestazione lavorativa meno 'passiva' e più 'attiva'" e da evitare un ampliamento incontrollato dell'obbligazione gravante sul lavoratore<sup>1</sup>; o, se si preferisce, di un ripensamento che conservi al contratto di lavoro subordinato

<sup>1</sup> Così CARINCI E, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, in *DLRI*, 1985, p. 222.

una capacità di indirizzo, di governo e di controllo delle relazioni lavorative reali, generalmente contrassegnate dalla necessità di coniugare la sempre più ampia autonomia operativa richiesta al lavoratore con la sua persistente dipendenza organizzativa.

Tema vasto e complesso che, in questa sede, stringenti vincoli editoriali permettono soltanto di tratteggiare<sup>2</sup>.

## 2. *L'esplicitazione normativa dei contenuti professionali dell'obbligazione di lavoro*

L'attuazione del PNRR è stata l'occasione colta dal legislatore per attribuire rilevanza normativa alla professionalità del lavoratore, intesa come l'insieme di conoscenze tecniche e competenze trasversali.

Questa nozione è implicitamente sottesa anzitutto alla norma che, attribuendo al Ministro per la pubblica amministrazione il compito di definire le linee di indirizzo sulla predisposizione dei piani del fabbisogno di personale, specifica che esse debbano fare riferimento “alla definizione dei nuovi profili professionali individuati dalla contrattazione collettiva, con particolare riguardo all'insieme di conoscenze, competenze e capacità del personale da assumere”<sup>3</sup>. Infatti, il “concetto di competenza” posto a base delle linee di indirizzo attualmente in vigore è ampio e include le “capacità tecniche e trasversali” relative alla “posizione organizzativa e di lavoro in cui il singolo individuo” dovrà essere inserito<sup>4</sup>.

Coerente è la previsione che impone alle pp.aa. con più di cinquanta dipendenti di declinare nel ‘Piano integrato di attività e organizzazione’ la propria strategia di gestione del personale formalizzando gli “obiettivi formativi annuali e pluriennali” finalizzati, tra l'altro, “allo sviluppo delle conoscenze tecniche e delle competenze trasversali e manageriali [...] correlati all'ambito d'impiego”<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> La stessa ragione spiega i pochi riferimenti bibliografici. Per l'approfondimento del tema, anche a livello bibliografico, sia consentito il rinvio a PINTO, voce *Contratto di lavoro e professionalità*, in *ED, I Tematici*, VI, *Contratto di lavoro*, Giuffrè, 2023, p. 324 ss.

<sup>3</sup> Art.6-ter, co. 1, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165.

<sup>4</sup> Cfr., seppure con notevoli ambiguità e ridondanze concettuali, le linee guida approvate con il d.m. 22 luglio 2022, in *G.U.* del 14 settembre 2022, par. 2.2, primo periodo; ma v. anche i par. 3 e 3.1.

<sup>5</sup> Così l'art. 6, co. 2, lett. b, d.l. 9 giugno 2021 n. 80, conv., con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2021 n. 113.

Ma, come anticipato, è soprattutto la disciplina dei concorsi pubblici a essere rilevante perché stabilisce espressamente che oggetto di accertamento debbano essere entrambe le componenti – tecnico/operativa e organizzativa/comportamentale – della professionalità del lavoratore.

Per quanto riguarda l'accesso alla dirigenza, la legge stabilisce che i bandi di concorso devono indicare, “in aggiunta all'accertamento delle conoscenze delle materie disciplinate dal decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 1994, n. 487”, “gli ambiti di competenza da valutare” e prevedere “la valutazione delle capacità, attitudini e motivazioni individuali, anche attraverso prove, scritte e orali, finalizzate alla loro osservazione e valutazione comparativa, definite secondo metodologie e standard riconosciuti”<sup>6</sup>. Quali poi possano essere in concreto le “competenze trasversali” da inserire nel bando ed accertare in sede concorsuale si evince da un altro decreto ministeriale, anch'esso previsto dalla legge, con finalità di orientamento delle amministrazioni e uniformazione delle rispettive scelte<sup>7</sup>, con il quale è stato adottato uno specifico “modello di competenze dei dirigenti della PA italiana”<sup>8</sup>.

Quanto al reclutamento del personale non dirigente, le prove concorsuali devono essere “finalizzate ad accertare il possesso delle competenze, intese come insieme delle conoscenze e delle capacità logico-tecniche, comportamentali nonché manageriali, per i profili che svolgono tali compiti”<sup>9</sup>. Anche qualora gli assunti debbano essere inquadrati in “profili iniziali e non specializzati”, cioè siano assegnatari di compiti non particolarmente complessi, “le prove di esame [dovranno attribuire] particolare rilievo all'accertamento delle capacità comportamentali, incluse quelle relazionali, e delle attitudini”<sup>10</sup>. Anche in questo caso è stato predisposto, quale ausilio per le amministrazioni, un repertorio composto da dodici “competenze comportamentali”, accorpate in quattro aree di azione, per ciascuna delle quali sono tipizzati un certo numero di comportamenti attesi (denominati “indicatori

<sup>6</sup> Così l'art. 28, co. 1-bis, d.lgs. 165/01; v. anche l'art. 3, co. 2, lett. c, d.P.R. 9 maggio 1994 n. 487. L'art. 3, co. 6, d.l. 80/21, peraltro, include esplicitamente la regola di cui al testo tra i “principi fondamentali ai sensi dell'articolo 117, terzo comma, della Costituzione” (e, quindi, vincolanti per tutte le amministrazioni pubbliche).

<sup>7</sup> V. sempre l'art. 3, co. 6, d.l. 80/21.

<sup>8</sup> V. spec. p. 24 ss. delle linee guida approvate con d.m. 28 settembre 2022, reperibile in [www.funzionepubblica.gov.it](http://www.funzionepubblica.gov.it).

<sup>9</sup> Art. 35-quater, co. 1, lett. a, d. lgs. 165/01.

<sup>10</sup> V. sempre l'art. 35-quater, co. 1, lett. a, d.lgs. 165/01; e, con formulazione contorta, l'art. 7, co. 8, d.P.R. 487/94 (come novellato dall'art. 1, co. 1, lett. g, d.P.R. 16 giugno 2023 n. 82).

di comportamento”) a loro volta articolati in tre livelli di complessità<sup>11</sup>. La legge stabilisce, infine, che l'accertamento delle competenze di tipo “trasversale” (quindi di natura non tecnico-specialistica) abbia luogo mediante prove cd. situazionali la cui valutazione spetta a commissioni esaminatrici composte, oltre che da “tecnici esperti nelle materie oggetto del concorso”, anche “da specialisti in psicologia e risorse umane” o da “professionisti [...] specializzati nella valutazione delle capacità, attitudini, motivazioni individuali e dello stile comportamentale”<sup>12</sup>.

Sull'accertamento delle competenze trasversali, peraltro, si è sviluppato in breve tempo un ampio contenzioso. La giurisprudenza in materia è, tra l'altro, estremamente interessante perché il sindacato su questo tipo di prove non può essere esercitato sulla base degli stessi criteri di giudizio elaborati in relazione alle prove di accertamento delle conoscenze tecnico-specialistiche. A differenza di queste ultime, infatti, i quesiti situazionali richiedono l'individuazione non della risposta esatta (che non c'è) bensì di quella più efficace ed appropriata “in un determinato scenario ipotizzabile [in una] specifica situazione lavorativa”<sup>13</sup>; ragione per cui “sindacare la correttezza delle risposte significa sconfinare nel merito amministrativo, ambito precluso al giudice”<sup>14</sup>. Insomma, nel caso dei test situazionali “l'ambito di discrezionalità è massimo” e i margini del sindacato giudiziale sono minimi perché “la scelta delle domande da somministrare ai candidati come la successiva valutazione delle risposte fornite sono espressione di puro merito”<sup>15</sup>.

L'ultimo tassello, che dovrebbe completare questo articolato quadro regolativo, è quello esplicitamente richiamato dalla norma sulla determinazione del fabbisogno del personale da cui si sono prese le mosse, vale a dire la revisione dei sistemi di inquadramento del personale ad opera della contrattazione collettiva. Questa revisione era già stata legislativamente prevista nel 2009<sup>16</sup> ma i ccnl della tornata 2016-2018, la prima dopo il blocco legislativo, si erano limitati a istituire in ciascun comparto Commissioni paritetiche con

<sup>11</sup> A seconda che il ruolo da ricoprire sia caratterizzato da un “grado di complessità e di autonomia” basso (essendo l'apporto lavorativo “prevalentemente operativo”), medio o elevato: cfr. il d.m. 28 giugno 2023 (in [www.funzionepubblica.gov.it](http://www.funzionepubblica.gov.it)), spec. par. 3 dell'allegato.

<sup>12</sup> V. l'art. 9, co. 1 e 7, lett. c, d.P.R. 487/94.

<sup>13</sup> Cons. St. 7 luglio 2023 n. 6661.

<sup>14</sup> Così Tar Lazio 21 febbraio 2024 n. 3442, par. 9.1; ma v. Cons. St. 18 gennaio 2024 n. 579.

<sup>15</sup> Cons. St. 7 luglio 2023 n. 6647; in termini, Tar Lazio 13 febbraio 2024 n. 3141, par. 8.4.

<sup>16</sup> Cfr. l'art. 62, d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150.

compiti istruttori<sup>17</sup>. Pur non avendo completato i propri lavori, peraltro, nel periodo di gestazione del PNRR Governo e parti sociali hanno concordato di procedere ugualmente alla rivisitazione adeguando la disciplina ai “fabbisogni di nuove professionalità e competenze richieste dai cambiamenti organizzativi e dall’innovazione digitale” e prevedendo un’apposita area di inquadramento per le “professionalità non dirigenziali dotate di competenze e conoscenze specialistiche [...] in grado di assumere specifiche responsabilità organizzative e professionali”<sup>18</sup>.

Tralasciando per economia di discorso quest’ultima indicazione, che implicitamente riprende un’identica disposizione legislativa<sup>19</sup>, è opportuno evidenziare come la revisione dei sistemi di inquadramento ad opera dei ccnl della tornata 2019-2021<sup>20</sup> sarebbe stata coerente con l’impostazione concordata se avesse valorizzato entrambe le variabili che, ormai esplicitamente, compongono la professionalità richiesta al lavoratore: vale a dire, le conoscenze tecnico-specialistiche e le competenze ulteriori e trasversali. In realtà, ciò non è ancora avvenuto perché i nuovi sistemi di classificazione del personale costituiscono per lo più una riproposizione, lessicalmente diversa e spesso carica di ambiguità, dei precedenti.

### 3. *Prestazione dovuta e performance individuale*

Questo assetto normativo è chiaramente finalizzato a imprimere alle amministrazioni pubbliche un mutamento organizzativo modellato sul paradigma imprenditoriale post-fordista affermatosi a partire dagli anni ‘90 del secolo scorso, sebbene si possa dubitare che un vincolo legislativo possa sortire gli stessi effetti della pressione concorrenziale.

Sul piano sistematico, ad ogni modo, è evidente come soprattutto le re-

<sup>17</sup> Art. 12 ccnl comparto Funzioni centrali del 12 febbraio 2018; artt. 34, 44 e 69 ccnl Comparto Istruzione e ricerca del 19 aprile 2018; art. 11 ccnl Comparto Funzioni locali e art. 12 ccnl Comparto Sanità, entrambi del 21 maggio 2018.

<sup>18</sup> Così il “Patto per l’innovazione del lavoro pubblico e la coesione sociale” sottoscritto da Governo, Cgil, Cisl e Uil il 10 marzo 2021, § 3.

<sup>19</sup> Si tratta dell’art. 52, co. 1-bis, secondo periodo, d.lgs. 165/01.

<sup>20</sup> Art. 13 e allegato A ccnl Comparto Funzioni centrali 9 maggio 2022; art. 12 e allegato A ccnl Comparto Funzioni locali 16 novembre 2022; art. 15 e allegato A CCNL comparto Sanità 2 novembre 2022; e, infine, gli artt. 50 e allegato A, 85 e allegato E, 156 e allegato I dell’ipotesi di ccnl Comparto Istruzione e ricerca 14 luglio 2023.

gole sui concorsi, in quanto disciplinanti la fase precontrattuale, individuino il contenuto della posizione creditoria e circoscrivano l'area del debito del lavoratore. Esse indicano con chiarezza, infatti, che l'apporto di utilità atteso dal datore di lavoro non si esaurisce in quello derivante dalla diligente esecuzione delle mansioni ma include anche l'esercizio di un determinato ruolo<sup>21</sup>. L'esercizio delle competenze trasversali, d'altra parte, diventa parte integrante del programma negoziale per fatti concludenti, poiché esse sono esplicitate nel bando di concorso e sono accettate con la partecipazione alle prove concorsuali. Ovviamente, le difficoltà di individuare e di fissare negozialmente una realtà dinamica e sfuggente qual è qualsiasi attività/comportamento umano risultano moltiplicate rispetto al passato (quando era sufficiente indicare le mansioni di assunzione). La disciplina in discorso, tuttavia, induce a pensare che l'oggetto del vincolo obbligatorio sia determinato e la prestazione contrattuale sia sufficientemente definita – come richiesto dall'art. 1346 cod. civ. – se l'amministrazione procede a selezionare alcune competenze "trasversali" all'interno di una tassonomia predefinita (che poi è quella scelta, tra le tante, dalle linee ministeriali).

Nel corso dell'esecuzione del rapporto, di conseguenza, il datore di lavoro potrà esigere non qualsiasi competenza trasversale bensì soltanto quelle che avrà individuato, anche in ragione dell'inquadramento professionale del lavoratore, nelle fasi di pianificazione del fabbisogno e del reclutamento. Ad esempio, dovendo assumere personale non dirigente e ipotizzando che l'amministrazione utilizzi la tassonomia offerta dal d.m. 28 giugno 2023, se il dipendente dimostra di possedere e si impegna contrattualmente a esercitare ad un certo livello le proprie capacità di iniziativa, accuratezza e affidabilità, dovrà ritenersi inesigibile l'esercizio di altre capacità, per quanto incluse nel medesimo quadro tassonomico (quali, ad esempio, le capacità di gestione dei processi, la guida del gruppo, lo sviluppo dei collaboratori e così via).

Un siffatto quadro normativo, peraltro, pone numerose questioni teoriche. Ad esempio, si dovrà stabilire fino a che punto le competenze trasversali che siano parte del programma negoziale vincolino le amministrazioni nella pianificazione delle proprie strategie di formazione del personale (ossia, nel cd. *competency management*); o quale debba essere la sorte del rapporto di lavoro allorché il datore di lavoro intenda mutare le mansioni e sia acclarata

<sup>21</sup> Da intendersi come la combinazione di un ambito di impiego e di una modalità autonoma di azione.

l'impossibilità per il lavoratore di acquisire competenze trasversali diverse da quelle di assunzione nonostante la diligente frequenza di percorsi formativi.

Soprattutto, essendo parte del contenuto dell'obbligazione di lavoro, la professionalità (nell'accezione qui analizzata) interagisce con il Ciclo delle *performance* e, segnatamente, con la pianificazione delle *performance* individuali. Com'è noto, è proprio all'interno di questo Ciclo che le competenze professionali e organizzative hanno assunto evidenza legislativa per la prima volta. Il d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150, peraltro, ha sempre distinto la posizione dei dirigenti e "del personale responsabile di una unità organizzativa in posizione di autonomia e responsabilità" da quella del restante personale. È previsto, infatti, che la *performance* dei primi debba essere pianificata (e successivamente misurata e valutata) fissando sia "specifici obiettivi individuali"<sup>22</sup>, sia le "competenze professionali e manageriali" prevedibilmente necessarie per condurre le strutture alle quali sono preposti alla realizzazione delle *performance* "produttive" anch'esse programmate<sup>23</sup>. Per il restante personale, invece, la *performance* deve essere pianificata specificando gli "obiettivi di gruppo o individuali" nonché il contributo reputato necessario, sempre in termini di "competenze" e di "comportamenti professionali e organizzativi", per il raggiungimento di una determinata *performance* dell'unità organizzativa di appartenenza<sup>24</sup>. Il decreto, insomma, già spingeva l'attività pianificatoria dell'amministrazione fino ad attingere alla prestazione individuale in termini sia di rendimento (mediante la fissazione degli obiettivi) che di "qualità del contributo" professionale (attraverso la predeterminazione di un certo tipo di comportamenti e del loro grado di espressione).

Orbene, i nuovi apporti normativi non paiono tali da mettere in discussione l'opinione – largamente diffusa – secondo la quale la *performance* individuale pianificata dall'amministrazione individuerebbe un'utilità superiore a quella corrispondente all'esatto adempimento della prestazione convenuta<sup>25</sup>. Tuttavia, essi complicano notevolmente l'attività di pianificazione

<sup>22</sup> Art. 9, co. 1 lett. b, d.lgs. 150/09.

<sup>23</sup> Art. 9, co. 1, lett. c, d.lgs. 150/09.

<sup>24</sup> Art. 9, co. 2 lett. b e c, d.lgs. 150/09.

<sup>25</sup> Cfr., ad esempio, MONDA, *Contratto di lavoro pubblico, potere organizzativo e valutazione*, Giappichelli, 2016, p. 186, e BARBIERI, *Il sinallagma nei contratti di lavoro per le pubbliche amministrazioni*, Cacucci, 2018, p. 89; ma dello stesso avviso sono implicitamente anche coloro che interpretano l'art. 55-*quater*, co. 1, lett. *f-quinquies*, d.lgs. 165/01 e l'art. 3, co. 5-*bis*, d.lgs. 150/09 nel senso della non sanzionabilità del mancato conseguimento della *performance* programmata. *Contra*, senza pretesa di completezza, VISCOMI, *L'adempimento dell'obbligazione di lavoro tra criteri la-*

per la necessità di individuare indicatori di comportamento in grado di segnalare un esercizio delle competenze trasversali superiore a quello negozialmente promesso (dovendo tra l'altro distinguere la situazione debitoria di chi è stato assunto con le nuove procedure concorsuali da chi è stato assunto precedentemente). Difficoltà che, salvo improbabili cambi di passo in termini di consapevolezza giuridica, finiranno con il compromettere definitivamente l'efficacia del Ciclo in termini di miglioramento dell'azione pubblica condannandolo a restare un adempimento meramente formale.

#### 4. *Prestazione di lavoro e organizzazione*

Prima di concludere, è opportuno avvertire come il quadro regolativo innanzi descritto, proprio perché diretto a smuovere le amministrazioni pubbliche dalla propria inerzia organizzativa, fornisca utili apporti anche alle dogmatiche aventi ad oggetto la relazione intercorrente tra contratto di lavoro e organizzazione. Non è qui il caso di ricordare la centralità di questo tema nell'elaborazione dei giuslavoristi.

La disciplina dei concorsi, è opportuno ribadirlo, permette di sostenere che l'impegno contrattuale del lavoratore non si esaurisca nell'esecuzione obbediente e tecnicamente diligente delle mansioni<sup>26</sup>. Il dipendente deve anche assicurare, infatti, quella "qualità essenziale" della prestazione lavorativa che in dottrina è stata variamente configurata e denominata ma che, in sostanza, consiste nell'"idoneità [della stessa] ad aderire al tessuto dell'organizzazione"<sup>27</sup>. La stessa legge, però, pone a carico delle parti l'onere di specificare i contenuti di questa "coordinabilità" o "organizzabilità" della prestazione lavorativa integrando, direttamente<sup>28</sup> o indirettamente<sup>29</sup>, nel programma negoziale le competenze trasversali al cui esercizio il datore di lavoro è interes-

*voristici e principi civilistici*, in *DLRI*, 2010, p. 651; e *AVIO*, *La performance come valutazione dell'adempimento nel rapporto alle dipendenze della p.a.*, Jovene, 2017, specialmente a p. 163.

<sup>26</sup> Come sostenuto, ad esempio, da CARABELLI (*Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *DLRI*, 2004, p. 20) per il quale la coordinabilità della prestazione lavorativa costituisce riflesso *esclusivo* dell'esercizio dei poteri di supremazia del datore di lavoro.

<sup>27</sup> LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, 1982, pp. 52 e 57.

<sup>28</sup> Come nel caso del lavoro pubblico.

<sup>29</sup> Con riferimento all'inquadramento contrattuale, ad esempio, sempre che le declaratorie siano utili allo scopo.

sato. Resta da stabilire *come* debba essere svolta la prestazione lavorativa quando questa integrazione non vi sia dal momento che, proprio perché “trasversali”, le competenze in discorso non sono (o non sono necessariamente) individuabili a partire dalle mansioni di assegnazione; che la tassonomia esplicitata per il lavoro pubblico non ha equivalenti per il lavoro privato (sebbene, in futuro, potrebbe essere stabilita dalla contrattazione collettiva); e che, in ragione delle profonde specificità organizzative che contraddistinguono anche le imprese operanti su uno stesso mercato, appare pressoché impossibile individuare modelli di comportamento “normali” che possano orientare le parti rendendo calcolabile l’effettiva portata del reciproco impegno negoziale.

Purtroppo, qui non è possibile argomentare adeguatamente queste affermazioni, né valutare criticamente le pertinenti elaborazioni dogmatiche<sup>30</sup>. È doveroso segnalare, però, che la valorizzazione dogmatica delle norme sul reclutamento dei dipendenti pubblici presuppone una posizione tuttora controversa, vale a dire che i loro rapporti di lavoro abbiano la stessa causa dei rapporti di lavoro privato. Ma qui, è evidente, si entra in un campo del tutto distinto.

<sup>30</sup> Quali la teoria del contratto di lavoro come contratto di organizzazione (PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 1966) e le proposte che, proprio a seguito della diffusione del modello post-fordista e a legislazione invariata, hanno attualizzato il sinallagma negoziale al fine di comporre la tensione tra la richiesta datoriale di comportamenti assunti autonomamente e l’esigenza della stessa parte di disciplinare tale autonomia impedendo condotte distoniche rispetto al proprio disegno organizzativo (tra le quali v., almeno, quelle di NAPOLI, *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Giuffrè, 1995, II, p. 1057 ss.; e di VISCOMI, *Diligenza e prestazione di lavoro*, Giappichelli, 1997).

### **Abstract**

La tesi sostenuta nello scritto è che la disciplina delle procedure concorsuali, impegnando le amministrazioni pubbliche ad accertare sia le conoscenze tecniche che le competenze “organizzative” o “trasversali” del candidato, costituisca la prima base normativa utile per puntualizzare il debito di attività del lavoratore in termini di “professionalità”. Alla ricognizione delle norme in cui rilevano i contenuti professionali dell’obbligazione di lavoro, segue l’enunciazione di alcune questioni interne all’area del lavoro pubblico (come quella della relazione intercorrente tra prestazione dovuta e performance individuale) e di altre più generali (relative al rapporto tra contratto di lavoro e organizzazione).

The thesis argued in the paper is that the regulation of competition procedures, by committing public administrations to ascertain both the technical knowledge and the “organizational” or “transversal” skills of the candidate, constitutes the first useful regulatory basis for specifying the worker’s duty in terms of “professionalism”. Recognition of the rules in which the professional content of the employment obligation is relevant is followed by the enunciation of some issues internal to the area of public employment (such as that of the relationship between due performance and individual performance) and others more general (relating to the relationship between employment contract and organisation).

### **Keywords**

Reclutamento, obbligazioni del lavoratore, competenze trasversali, performance, organizzazione del lavoro.

Recruitment, employee’s obligations, soft skill, performance, labour organization.

**Carlo Zoli**

## I poteri del datore di lavoro pubblico tra interesse pubblico e contratto

SOMMARIO: **1.** La rilevanza dell'interesse pubblico nell'attività privatistica di gestione dei rapporti di lavoro pubblico. **2.** L'accresciuta portata dei vincoli all'esercizio dei poteri del datore di lavoro pubblico ed in particolare del potere disciplinare. **3.** I limiti agli altri poteri del datore di lavoro pubblico. **4.** La perdurante natura privatistica dell'attività di gestione dei rapporti di lavoro ed il cambiamento del modello di pubblica amministrazione delineato dalla riforma del 1992/93.

### *1. La rilevanza dell'interesse pubblico nell'attività privatistica di gestione dei rapporti di lavoro pubblico*

L'attribuzione alla pubblica amministrazione, e per essa alla dirigenza, dei poteri del privato datore di lavoro (d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, art. 5) costituisce la naturale conseguenza della contrattualizzazione dei rapporti di lavoro pubblico. Pertanto, come nel settore privato, il fondamento dei poteri va rinvenuto nel contratto di lavoro stipulato fra le parti quale diritto di credito che da esso origina in capo al datore di lavoro<sup>1</sup>.

Ciò non significa che l'interesse pubblico sia venuto meno, come per l'intera attività delle pubbliche amministrazioni. Del resto le funzioni pubbliche possono essere esercitate con gli strumenti del diritto comune, anche se i principi regolatori dell'attività amministrativa sono in gran parte diversi da quelli dell'attività privatistica. La prima, infatti, è caratterizzata da vincoli di scopo prefissati dall'ordinamento, che ne permeano l'azione ed i singoli atti, a differenza della seconda, che, comunque, parimenti persegue un inte-

<sup>1</sup> Cfr. SPINELLI, *Il datore di lavoro pubblico*, Cacucci, 2012, p. 158 s.

resse pubblico attribuito alla pubblica amministrazione dalla legge, la quale ne delimita i confini dell'azione indirizzandola. In altre parole, resta un *minimum* pubblicistico intangibile ed impermeabile alla costruzione privatistica, cosicché in entrambi i casi si può parlare di funzionalizzazione all'interesse pubblico o generale<sup>2</sup>. Tuttavia, nel caso dell'attività amministrativa per contratti si può prospettare una funzionalizzazione sintetica, ovvero rispetto al risultato finale, non certo analitica, cioè sui vari atti o segmenti di sviluppo<sup>3</sup>.

Tale schema può trovare piena applicazione ai poteri ed all'azione della pubblica amministrazione quale datore di lavoro. Di conseguenza, da un lato, opera il meccanismo paritario tipico del diritto privato, in base al quale i lavoratori sono titolari di diritti soggettivi, non di interessi legittimi, ed il sindacato giudiziale non può spingersi a valutare vizi quale l'eccesso o lo sviamento di potere, ma tuttalpiù il rispetto delle clausole di correttezza e buona fede. Ciò vale tanto per l'attività di micro-organizzazione degli enti, quanto per la gestione dei rapporti di lavoro, che hanno parimenti assunto natura privatistica e rispetto alla quale l'interesse pubblico o generale opera quale limite esterno.

Dall'altro lato, non si è realizzato un meccanico trapianto di regole privatistiche, ma soltanto un'estensione delle logiche e dei principi del diritto del lavoro privato, un avvicinamento che non significa omologazione; proprio il riconoscimento della perdurante rilevanza dell'interesse pubblico compiuto dal legislatore l'ha indotto a mantenere sin da subito significative differenze quanto alle regole applicabili.

In particolare il legislatore ha introdotto una serie di limiti all'esercizio dei poteri datoriali in parte nell'interesse pubblico, in parte, come nel settore privato, in quello dei lavoratori.

Prendendo le mosse dai limiti di carattere generale che riguardano tutti gli atti di gestione dei rapporti di lavoro, analogamente a quanto accade nel settore privato operano il divieto di discriminazione e le clausole di correttezza e buona fede. Peraltro queste ultime trovano probabilmente un terreno più fecondo di applicazione nel settore pubblico in contesti, come quelli

<sup>2</sup> Cfr. spec. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Giuffrè, 1996, spec. pp. 3 ss., 44 ss., 66 ss.

<sup>3</sup> Cfr. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *DLRI*, 1993, p. 471; MONDA, *Contratto di lavoro pubblico, potere organizzativo e valutazione*, Giappichelli, 2016, spec. p. 24 ss.; ZOPPOLI A., *Filosofia dello Statuto dei lavoratori, contratto di lavoro e organizzazione nelle pubbliche amministrazioni*, in *DLM*, 2021, p. 168.

dell'attribuzione degli incarichi, specie di posizioni organizzative e dirigenziali, ove, pur al di fuori di contaminazioni pubblicistiche, l'espletamento di procedure formali finisce per imporre adempimenti rilevanti anche sul piano sostanziale, quale quello ad una valutazione comparativa<sup>4</sup>, che va ben al di là di una semplice motivazione, ovvero di una giustificazione in termini assoluti della qualità e capacità del lavoratore o dirigente prescelto.

Ma, soprattutto, la previsione dell'obbligo di garantire la parità di trattamento economico e normativo (art. 45, co. 2, d.lgs. 165/01) tra i dipendenti pubblici, che costituisce la traduzione in termini privatistici del principio di imparzialità, benché non ne sia del tutto speculare, e che è correlato alla garanzia di un trattamento standard minimo destinato a fondare l'applicazione generalizzata dei contratti collettivi, introduce limiti più forti che nel settore privato, ove tale principio non è riconosciuto, circoscrivendo l'autonomia individuale anche per esigenze di trasparenza della spesa pubblica. Di conseguenza emerge una riduzione del potere datoriale con riferimento ai trattamenti di miglior favore, ma altresì una tutela maggiore relativamente alla retribuzione minima e a quella adeguata<sup>5</sup>, che, unitamente alla regolamentazione del sistema della contrattazione collettiva, rende impossibili fenomeni di *dumping* contrattuale quali quelli che si verificano sempre più frequentemente nel settore privato.

2. *L'accresciuta portata dei vincoli all'esercizio dei poteri del datore di lavoro pubblico ed in particolare del potere disciplinare*

A partire dal 2003 il processo di avvicinamento tra settore privato e pubblico si arresta ed al contrario incomincia un chiaro percorso di allontanamento dovuto in buona misura ad esigenze di controllo della spesa pubblica, oltre che alla sfiducia nei confronti dei dipendenti pubblici, dei dirigenti, della contrattazione collettiva e dei giudici.

Infatti, dapprima alle pubbliche amministrazioni è stato precluso di operare con gli stessi modelli organizzativi delle imprese private, in particolare con i contratti di lavoro flessibile (artt. 7 e 36, d.lgs. 165/01), col risultato di

<sup>4</sup> Cfr., fra le tante, in tema di incarichi di p.o., Cass. 16 luglio 2014 n. 16247; Cass. 22 ottobre 2019 n. 26966.

<sup>5</sup> Cfr. anche ZOPPOLI L., *Legge, contratto collettivo e autonomia individuale: linee per una riflessione sistematica vent'anni dopo la "privatizzazione"*, in *LPA*, 2013, p. 730.

ridurre gli strumenti di gestione dell'organizzazione amministrativa, da un lato, e di favorire una minore precarietà del lavoro, dall'altro; anche se ciò vale soprattutto sulla carta e sul piano formale, vista l'operatività di meccanismi sanzionatori che non consentono la stabilizzazione dei rapporti di lavoro costituiti in base a contratti nulli<sup>6</sup>.

Dal 2009 il processo di allontanamento si rafforza e si consolida attraverso una serie di interventi legislativi di chiara matrice autoritativa, in cui emerge ancora più forte l'interesse pubblico. Evidente è l'eccesso regolativo e la diversificazione tra privato e pubblico diventa caotica e frammentaria, benché la sua finalità appaia chiara: la riduzione del peso delle organizzazioni sindacali e della discrezionalità dei giudici.

Così si persegue l'obiettivo di rafforzare il ruolo della dirigenza aumentandone l'autonomia, o meglio riducendone i condizionamenti da parte dei sindacati, anche se non si è adottata analoga soluzione rispetto ai condizionamenti della politica. E ciò avviene attraverso l'introduzione di vincoli e divieti. Emblematica è la previsione dell'art. 5, d.lgs. 165/01, come novellato dal d.lgs. 150/09, che sancisce la "non negoziabilità" dei poteri gestionali dei dirigenti.

Inoltre si sono imposti vincoli relativamente all'esercizio di tutti i poteri datoriali.

Il caso più eclatante è quello del potere disciplinare, che nelle fattispecie tipizzate dal legislatore diventa obbligatorio, oppure, si potrebbe dire per non cadere in equivoci, vincolato. Il dirigente e l'UPD, così come in seguito il giudice, hanno margini di discrezionalità limitati nella valutazione: possono ravvisare l'esistenza di un motivo giustificato, rispettivamente, per non esercitare l'azione disciplinare e non irrogare la sanzione, ma devono farlo con molta cautela. In particolare, sul piano oggettivo l'UPD e poi il giudice devono verificare, più che la proporzionalità tra infrazione e sanzione come tipizzata dal legislatore, la coincidenza della fattispecie concreta con la fattispecie astratta. Ma, soprattutto sul piano soggettivo, devono valutare se il comportamento oggettivamente illecito del lavoratore risulti al contrario giustificato alla luce delle circostanze in cui è stato posto in essere, e quindi dell'emergere di eventuali scriminanti, ed in particolare della sussistenza dell'elemento intenzionale o colposo<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Sul punto sia consentito rinviare a ZOLI, *L'evoluzione del sistema rimediabile: privato e pubblico a confronto*, in *LD*, 2017, spec. p. 429 ss.

<sup>7</sup> Cfr., da ultimo Cass. 19 ottobre 2023 n. 29028, che ha rilevato come il licenziamento

Nulla cambia, invece, in tutti gli altri casi in cui non c'è tipizzazione legislativa, ove trova applicazione il principio di proporzionalità nella logica privatistica di valutazione degli interessi confliggenti delle parti.

Gli stessi concetti di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo sono i medesimi del settore privato, soltanto talora specificati in virtù delle tipizzazioni operate dal legislatore nel solo settore pubblico.

Di conseguenza non può essere revocata in dubbio la natura privatistica del potere disciplinare, caratterizzato da scelte libere dal fine e dal vincolo di scopo<sup>8</sup>, benché anche da un forte recupero della rilevanza dell'interesse generale e dalla descritta limitazione del potere di scelta dell'amministrazione.

In definitiva, l'interesse organizzativo della P.A. viene predeterminato dal legislatore a scapito dell'autonomia dei dirigenti e si ridimensiona lo spazio negoziale nell'area a regime giuridico privatistico. Viene in rilievo una tecnica per assicurare il soddisfacimento dell'interesse pubblico. Il potere disciplinare è destinato a tutelare beni e interessi che vanno al di là del rapporto di lavoro, come emerge in modo particolarmente evidente anche nel caso delle sanzioni applicabili ai lavoratori che violino regole prescritte a tutela dell'utenza nel settore dei servizi pubblici essenziali. Ma non può ritenersi che il potere disciplinare torni ad essere funzionalizzato in senso stretto, ovvero in modo analitico<sup>9</sup>.

non sia una conseguenza automatica e necessaria della condotta illegittima, dato che si deve tener conto di tutte le circostanze del caso concreto, potendosi ricorrere alla sanzione espulsiva solamente nell'ipotesi in cui il fatto presenti i caratteri della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo. Si veda altresì C. Cost. 23 giugno 2020 n. 123, che, valorizzando l'interpretazione costituzionalmente orientata esposta nel testo, ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 55 *quater*.

<sup>8</sup> Cfr. NICOSIA, *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche*, Giappichelli, 2011, p. 123.

<sup>9</sup> Cfr. Cass. 11 aprile 2022 n. 11365, che perviene peraltro a riconoscere l'esistenza di una vera e propria funzionalizzazione dell'esercizio del potere disciplinare, "subordinato alla preliminare e condizionante valutazione, di competenza della Commissione (di garanzia), anche se non arriva a prospettare una vera e propria sottoposizione ad un vincolo di scopo. Tuttavia, distingue tra il comportamento illegittimo dei soggetti collettivi, a cui il singolo lavoratore abbia prestato adesione", e il mancato rispetto da parte del lavoratore delle modalità legittimamente programmate dai sindacati: in quest'ultimo caso "il potere disciplinare del datore di lavoro continua ad avere le ordinarie caratteristiche" e "resta integralmente in capo al datore di lavoro, senza alcuna riserva di competenza o di intervento preventivo della Commissione".

### 3. I limiti agli altri poteri del datore di lavoro pubblico

A maggior ragione la natura privatistica è confermata per gli altri poteri del datore di lavoro, che presentano comunque differenze rispetto al settore privato. I poteri continuano a trovare fondamento nel contratto di lavoro quale effetto della contrattualizzazione del lavoro pubblico, anche se per diversi aspetti operano vincoli di legge nell'interesse pubblico o in quello dei lavoratori.

Anche il potere direttivo è fortemente etero-diretto o conformato dalla legge ed è strettamente correlato al potere disciplinare.

In particolare, è stato esteso l'ambito dei doveri ed accresciuta la rilevanza attribuita ai valori etici attraverso il codice di comportamento e il codice etico. L'art. 54, d.lgs. 165/01, al comma 1 dispone che le regole comportamentali siano fissate da un d.P.R. e al comma 5 che ciascuna P.A. definisca un proprio codice di comportamento, il quale deve specificare ed integrare il d.P.R. Questo secondo codice è un regolamento dotato della stessa natura dei regolamenti d'azienda. Al comma 4 è previsto altresì che in alcuni ambiti sia adottato un codice etico, configurabile quale normativa di orientamento.

Le norme del codice di comportamento e del codice etico si pongono in una prospettiva etica e non modificano, ma integrano, la struttura dei doveri, per alcuni soltanto metagiuridici, che caratterizzano il rapporto di lavoro con la P.A. Le differenze si collocano nella disciplina del rapporto tra diritti e doveri, ma non vanno ricostruite in termini antitetici<sup>10</sup>. Non cambia la causa del contratto di lavoro<sup>11</sup>. Si recuperano nel sinallagma contrattuale dei doveri pubblicistici peculiari, con relativo allargamento del debito contrattuale, tanto più che molti di essi sembrano comunque prospettabili anche nel settore privato, deducibili dall'obbligo di fedeltà e soprattutto dalle clausole di correttezza e buona fede. Pare superata la "sbornia efficientista" degli anni '90 a vantaggio delle prestazioni "impeccabili", dei *boni mores*<sup>12</sup>. Si deve

<sup>10</sup> Cfr. CARUSO, *Le riforme e il lavoro pubblico: la "legge Madia" e oltre (Miti, retoriche, nostalgie e realtà nell'"eterno ritorno" allo statuto speciale del lavoratore pubblico*, in 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, p. 38.

<sup>11</sup> Cfr. BORGOGELLI, *Le prerogative del datore di lavoro pubblico: l'eloquente caso delle sanzioni disciplinari*, in *DLM*, 2021, p. 197.

<sup>12</sup> Cfr. NICOSIA, *op. cit.*, p. 213.

tener conto della persona anche in termini di comportamenti moralmente ineccepibili<sup>13</sup>.

Se si passa al potere modificativo, analogamente al settore privato operano il divieto di *ius variandi in peius* ed i limiti alla mobilità orizzontale. Al riguardo, come ben noto, la novella dell'art. 3 del d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81 ha introdotto deroghe al primo per il solo settore privato ed ha avvicinato la disciplina dei secondi, rendendo centrale il ruolo della contrattazione collettiva ed in particolare la revisione del sistema di classificazione del personale.

Le differenze attengono soprattutto alla mobilità verticale. A questo proposito la svolta in termini di ripubblicizzazione dei passaggi di carriera e la lettura panpubblicistica delle procedure comparative, anche dedicate al personale interno, allontanano decisamente lavoro privato e pubblico in una logica eminentemente funzionalistica ben distante da quella paritaria e contrattualistica della privatizzazione<sup>14</sup>.

Al contrario, con riguardo al tempo di lavoro, i regimi di orario, legali e contrattuali, tendono ad avvicinarsi ed il potere di determinarne la collocazione è uniformato nei due settori, tanto che anche per i dipendenti pubblici la valutazione della trasformazione del rapporto da *full time a part time* è rimessa al datore di lavoro, nella specie alla dirigenza.

Circa le modifiche del luogo di lavoro, il trasferimento del lavoratore è molto più complicato. Potremmo dire che egli è inamovibile, se non per mobilità volontaria, stante la disapplicazione di fatto dell'art. 30, co. 2, d.lgs. 165/01<sup>15</sup>. Ed ancora una volta la rilevanza dell'interesse pubblico, in funzione rafforzativa della tutela del dipendente, non incide sulla logica paritaria del rapporto di lavoro.

Lo stesso dicasi per il potere di controllo e per quello di licenziare per ragioni organizzative.

Quanto al primo, la stessa misurazione della *performance* individuale aveva finito per diventarne espressione e sembrava perdere il connotato tipico degli strumenti premiali o incentivanti dei lavoratori, per di più destinata ad essere attratta in una logica sanzionatoria dell'adempimento, in uno scambio con-

<sup>13</sup> Cfr. ancora NICOSIA, *op. cit.*, p. 208.

<sup>14</sup> Per la ricostruzione dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale sul punto cfr. RICCOBONO, *Le nuove carriere dei dipendenti pubblici: professionalità, merito, imparzialità tra concorso, comparazione e valutazione*, in *LPA*, 2023, p. 301 ss.

<sup>15</sup> Cfr. CARUSO, *op. cit.*, p. 74.

tinuo di piani tra esercizio del potere disciplinare e del potere organizzativo. Tuttavia si è correttamente rilevato che le più recenti riforme hanno mostrato un “aumentato interesse per la qualità della prestazione, a discapito dei controlli”<sup>16</sup>.

Quanto al secondo, il giustificato motivo oggettivo è residuale ed il licenziamento del dipendente pubblico per soppressione del posto di lavoro resta confinato nei limiti dell’art. 33, d.lgs. 165/01, ovvero nell’ambito delle procedure ivi previste di eccedenze di personale e di mobilità collettiva.

Altra significativa differenza attiene ai meccanismi sanzionatori, che assicurano una maggior tutela ai lavoratori, in una logica in cui si ritiene che sia l’interesse pubblico a giustificarne, se non addirittura ad imporne, le soluzioni più garantiste adottate, operando, quindi, non soltanto in chiave repressiva e punitiva dei lavoratori, ma anche di tutela della stabilità e di garanzia minima delle condizioni di lavoro<sup>17</sup>.

4. *La perdurante natura privatistica dell’attività di gestione dei rapporti di lavoro ed il cambiamento del modello di pubblica amministrazione delineato dalla riforma del 1992/93*

Alla luce delle osservazioni svolte si può concludere nel senso che, da un lato, l’uniformazione normativa di status tra dipendente pubblico e privato non è venuta meno e che, dall’altro, benché la rilevanza dell’interesse pubblico si sia progressivamente accentuata, non ne è cambiato il modo di operare. L’interesse pubblico costituisce sempre il fondamento di limiti esterni all’esercizio dei poteri della pubblica amministrazione e si pone, quindi, al di fuori della logica funzionalistica precedente la riforma del 1992, anche con riguardo agli elementi ed ai profili più propriamente organizzativi.

Di tale riforma restano i principi basilici, nonostante i plurimi interventi del legislatore: la natura ed il ruolo delle fonti, benché siano stati in parte modificati ambiti e competenze della legge e del contratto collettivo mediante l’introduzione di nuove tecniche regolatorie; l’origine contrattuale

<sup>16</sup> Così ZILLI, *Il rapporto di lavoro: poteri dell’amministrazione e obblighi del lavoratore*, nel presente Quaderno, par. 3.

<sup>17</sup> Cfr. PINTO, *La tutela reintegratoria per i dipendenti pubblici e le sue ragioni costituzionali*, in DLM, 2021, p. 221 ss.

del rapporto di lavoro<sup>18</sup> anche se a seguito di un concorso pubblico; il ruolo di datore di lavoro della dirigenza amministrativa; la separazione tra direzione politica e amministrativa; la natura negoziale degli atti di micro-organizzazione degli enti e degli atti di gestione del rapporto di lavoro, con l'eccezione delle progressioni di carriera; la giurisdizione del giudice del lavoro.

È altrettanto vero, tuttavia, che l'omologazione delle discipline ha ceduto il passo ad una marcata diversificazione, di cui si sono in precedenza ricordati alcuni esempi assai rilevanti, anche se alternata a qualche riavvicinamento (ad es. in tema di mobilità orizzontale, di rappresentanza sindacale, di *whistleblowing*).

Anziché di una vera e propria ripubblicizzazione sembra più corretto parlare di formazione di un diritto privato differenziato o di statuto speciale privatistico per i rapporti di lavoro pubblico<sup>19</sup>, nei quali emergono, da un lato, elementi ispirati ad una logica autoritarista o ad interessi pubblici superiori (ad es. in tema di esercizio del potere disciplinare e di vincoli di bilancio per la contrattazione collettiva sulle retribuzioni) e, dall'altro, soluzioni di maggior favore per i lavoratori, di non sempre agevole comprensione o condivisione<sup>20</sup>.

Si deve quindi parlare di rilegificazione, non di ripubblicizzazione. Si resta nel prisma del contratto e delle logiche privatistiche, ma la disciplina del lavoro pubblico è ricostruita in termini nuovi.

Respingere le soluzioni pubblicistiche non è sufficiente a rivitalizzare la *ratio* originaria della riforma. C'è un "disallineamento sistematico" tra il fondamento del potere e gli strumenti regolativi<sup>21</sup>. Viene meno l'originaria coerenza del progetto riformatore, che in alcuni punti rischia di essere stravolto<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> Cfr. spec. BARBIERI, *Il sinallagma nei contratti di lavoro per le Pubbliche Amministrazioni: un percorso storico-critico*, Cacucci, 2018, che si sofferma in modo ampio e ricco di stimoli sulla causa del contratto di lavoro pubblico, condivisibilmente ricostruita in chiave privatistica.

<sup>19</sup> Cfr., fra gli altri, MONDA, *op. cit.*, che parla di "specialità del diritto privato" (p. 114) e di "implosione del modello c.d. 'privatistico'" (p. 119). Da ultimo v. BOSCATI, *La percezione dell'eterno incompiuto nel processo riformatore del lavoro pubblico*, in *VTDL*, 2020, p. 1 ss., che, pur senza mettere in discussione la natura contrattuale del rapporto di lavoro pubblico, sottolinea la necessità di "un'azione di *restyling* della disciplina vigente, al fine di superare alcune aporie e di rendere effettive le condizioni per l'attuazione delle riforme" (p. 43).

<sup>20</sup> Per un incisivo quadro generale delle differenze tra discipline del lavoro pubblico e privato v. CARUSO, *op. cit.*, *passim*.

<sup>21</sup> Cfr. LAFORGIA, *Autorità, contratto, poteri nel lavoro pubblico*, Cacucci, 2023, p. 299.

<sup>22</sup> Cfr. CARUSO, *op. cit.*, p. 58.

Non cambiano i principi della riforma per quanto riguarda il rapporto di lavoro e la sua gestione, ma cambia il modello di pubblica amministrazione: si torna al modello tradizionale dirigitico/burocratico rispetto a quello di *new public management* ipotizzato inizialmente dalla riforma. “Il deficit di autonomia è un evidente ossimoro della funzione manageriale”<sup>23</sup>. Il dirigente diventa un mero esecutore di regole rigidamente predefinite<sup>24</sup>. Del resto è mancata una vera riforma della dirigenza. E, comunque, il problema di una dirigenza debole e precaria è imputabile, come ben sottolineato<sup>25</sup>, più che al “modello privatistico” in sé, al suo sviluppo. Altrettanto giustamente si è affermato che del disegno originario è rimasto ben poco<sup>26</sup>. Per poter sostenere che la riforma non sia stata solo una “grande illusione”, bisogna sperare che le potenzialità di una pubblica amministrazione più concentrata sull’organizzazione e la direzione e meno sul controllo ossessivo della presenza si sviluppino adeguatamente.

Le differenze aumentano, ma guarda caso specie quando nel settore privato il diritto del lavoro ha visto indebolirsi le proprie fondamenta<sup>27</sup>.

Tuttavia, in quest’ottica ed in tale contesto sembra altresì di poter rilevare come la tutela della libertà e della dignità dei lavoratori e la limitazione dei poteri del datore di lavoro, oltre che il sostegno all’attività sindacale nei luoghi di lavoro, conservino un maggiore riconoscimento proprio nel settore pubblico, ove i condizionamenti della crisi economica e le difficoltà create dalla globalizzazione incidono in misura minore. Infatti, la modifica del paradigma normativo<sup>28</sup>, che si è verificata con riguardo al rapporto di lavoro dei dipendenti privati attraverso la riduzione della tutela della professionalità e del posto di lavoro, non ha corrispondenza nel settore pubblico ove, paradossalmente, in una sorta di nemesi storica, i principi garantisti, specie dello statuto dei lavoratori, sono entrati più tardi, ma

<sup>23</sup> Cfr. ancora CARUSO, *op. cit.*, p. 26.

<sup>24</sup> Cfr. SPINELLI, *op. cit.*, p. 206.

<sup>25</sup> Cfr. MONDA, *La dirigenza pubblica tra amministrazione e politica*, in questo Quaderno, par. 18.

<sup>26</sup> Cfr. RICCOBONO, *Le metamorfosi del lavoro pubblico a trent’anni dalla privatizzazione: reclutamento, inquadramenti, estinzione*, in questo Quaderno, par. 7.

<sup>27</sup> Cfr. ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 734.

<sup>28</sup> Come giustamente rileva PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la NASPI: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro?*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, 2015, p. 5.

dimostrano una maggiore capacità di resistenza, pur in una fase in cui anche le condizioni del lavoro pubblico sono peggiorate, specie con riguardo alle retribuzioni<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> Cfr. BARBIERI, *op. cit.*, il quale sottolinea ancora una volta come il diritto civile, unitamente alle norme costituzionali, funga da limite e freno rispetto al ritorno a forme di sfruttamento protocapitalistiche. Sia consentito rinviare anche a ZOLI, *Il contratto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni: dallo Statuto dei lavoratori alla riforma Madia e oltre*, in *QDLM*, 10, 2021, sul punto p. 303 s.

### **Abstract**

Il presente contributo esamina la rilevanza che l'interesse pubblico assume nella gestione dei rapporti di lavoro delle pubbliche amministrazioni. Benché i vincoli di legge all'esercizio dei poteri del datore di lavoro pubblico siano progressivamente aumentati proprio a tutela dell'interesse pubblico, tali poteri trovano comunque fondamento nel contratto, come quelli dell'impresa privata. L'interesse pubblico, pertanto, continua ad operare quale limite esterno all'esercizio dei poteri della pubblica amministrazione. In conclusione non si assiste ad una ripubblicizzazione dei rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni, ma alla formazione di un diritto privato differenziato. Cambiano non i principi ispiratori della riforma per quanto riguarda i rapporti di lavoro e la loro gestione, ma il modello di pubblica amministrazione, che torna ad essere quello dirigitico/burocratico precedente la riforma di privatizzazione dei rapporti di lavoro pubblico del 1992/93.

This paper examines the relevance that the public interest assumes in the management of employment relationships in public administrations. Although the legal constraints on the exercise of the powers of the public employer have progressively increased precisely to protect the public interest, these powers are still based on the contract, like in the context of private companies. The public interest, therefore, continues to operate as an external limit to the exercise of the powers of the public administration. In conclusion, there is no re-publicisation of employment relationships with public administrations, but rather the formation of a differentiated private law. What changes is not the inspiring principles of the reform regarding employment relationships and their management, but the model of public administration, which once again resembles the dirigistic/bureaucratic one prior to the 1993/92 reform on the privatization of public employment relationships.

### **Keywords**

Pubblica amministrazione, poteri, fondamento, contratto, interesse pubblico.

Public administration, powers, grounds, contract, public interest.

## sezione quarta

# Sul rapporto di lavoro

**Pasquale Monda**

La dirigenza pubblica tra amministrazione e politica

SOMMARIO: Sezione I. Le coordinate del “modello privatistico”. **1.** Perché una riflessione a trent’anni dalla riforma. **2.** L’evoluzione (in sintesi) del “modello privatistico”. **3.** Le conferme della Corte costituzionale. **4.** Il ruolo “organizzativo” della politica: la macro-organizzazione. **5.** *Segue.* Il potere di indirizzo tra procedure multilivello e bisogni dell’utenza. Sezione II. Le difficoltà del “modello privatistico”. **6.** Il nodo della valutazione *esterna*, la sua difficile attuazione... **7.** ... e i suoi problemi: l’oggetto. **8.** *Segue.* I soggetti della valutazione. **9.** La politica nel governo della valutazione. Sezione III. I riflessi della crisi sulla contiguità organizzativa. **10.** La disciplina degli incarichi: verso un diritto privato “speciale”? **11.** *Segue.* Le incerte scelte normative. **12.** I vincoli normativi e giurisprudenziali all’utilizzo del contratto a termine. **13.** Dalla scelta del dirigente alla sua responsabilità. **14.** *Segue.* Cenni su recesso per responsabilità dirigenziale e tutela reintegratoria. **15.** *Segue.* I problemi applicativi della responsabilità e le relative “soluzioni”. **16.** La disciplina premiale: critiche di sistema ed equilibri normativi. **17.** *Segue.* I contratti collettivi sulla differenziazione premiale. Sezione IV. Le prospettive del “modello privatistico”. **18.** Declino *vs* sviluppo parziale: come (non) “rafforzare” il dirigente. **19.** *Segue.* Dal ruolo “organizzativo” della politica alle sue “omissioni”. **20.** Lezioni per il futuro.

Sezione I.

*Le coordinate del “modello privatistico”*

*1. Perché una riflessione a trent’anni dalla riforma*

A trent’anni dalla riforma del lavoro pubblico, riflettere sul modo in cui il dirigente si “frappone” tra amministrazione e politica ha un duplice significato. Tentare un bilancio sulla direzione seguita dall’ordinamento rispetto a uno dei pilastri del lavoro pubblico c.d. privatizzato, ma anche, e soprattutto, fare luce su come ci si accinge ad affrontare sfide imminenti e da tempo non più rinviabili.

Si pensi, solo per fare un esempio, alla digitalizzazione<sup>1</sup>. L'amministrazione è chiamata a confrontarsi con il digitale in modo più convinto rispetto al passato, essendo evidente – lo ha mostrato la pandemia – che la tecnologia può contribuire alla qualità dei servizi solo se integrata in dinamiche micro-organizzative adatte alle sue caratteristiche. Affermazione in apparenza scontata, ma che, in realtà, cela la grande sfida emersa nell'ultimo biennio: adeguare cultura e tecniche gestionali, per utilizzare al meglio una leva chiave della moderna amministrazione e che, fino a qualche tempo, risultava lontana dal quotidiano.

Naturalmente, la digitalizzazione è solo una delle sfide che le amministrazioni devono affrontare. Sullo sfondo del PNRR, infatti, si fa molto più concreta la spinta verso un'organizzazione basata sulle competenze (c.d. *competency-based organizations*): un'organizzazione dove il personale è gestito in base al “saper fare” (c.d. *competency-based human resource management*), che diventa il pilastro dei sistemi di reclutamento, valutazione, premialità, formazione e sviluppo professionale. Un modello gestionale verso cui diversi e visibili sono i primi passi intrapresi: si pensi agli interventi sul sistema di inquadramento, realizzato dai contratti collettivi del triennio 2019-2021 per il personale non dirigenziale<sup>2</sup>, e alla logica sottesa sia alla panificazione dei fabbisogni di personale sia al Piano Integrato di Attività e Organizzazione (di seguito PIAO)<sup>3</sup>.

Quelle considerate sono solo alcune delle sfide prima indicate, la cui elencazione potrebbe proseguire per pagine. Anche solo limitandosi a esse, però, emerge nitida la necessità, che oggi pare più marcata rispetto a ieri (in realtà già ieri improcrastinabile), di una dirigenza portatrice e, al contempo, garante di una razionalità organizzativa orientata dal “risultato” verso il buon andamento e l'imparzialità: una razionalità – sia chiaro – incline a esprimersi dialetticamente nell'organizzazione, interagendo con chi prioritariamente provvede (o dovrebbe farlo) alla sintesi degli interessi dell'utenza, ossia la politica. Di qui la domanda che riporta all'utilità del “bilancio” al quale prima

<sup>1</sup> Sulla digitalizzazione della pubblica amministrazione, v. DUNI, *Amministrazione Digitale*, in *ED*, Annali, I, 2007, pp. 13-15 e LOSANO, *La lunga marcia dell'informatica nelle istituzioni italiane*, in CAVALLO PERIN, GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, 2020, pp. XXIII-XXXIV. Per i profili più strettamente lavoristici v. ZOPPOLI L., MONDA, *Innovazioni tecnologiche e lavoro nella pubblica amministrazione*, in *DRI*, 2020, p. 312 ss.

<sup>2</sup> In merito a tali aspetti v. RICCOBONO, in questo *Quaderno*.

<sup>3</sup> V., rispettivamente, le linee guida ministeriali del 14 settembre 2022 e del 24 giugno 2022.

si faceva cenno: il quadro giuridico sulla dirigenza pubblica come si presenta al cospetto di tali sfide? Domanda non marginale, perché a trent'anni dalle riforme degli anni '90, il principale nodo da sciogliere rispetto alla dirigenza sembra riguardare ancora gli equilibri del modello di riferimento e, in ultima istanza, la sua stessa identità.

## 2. *L'evoluzione (in sintesi) del "modello privatistico"*

Per meglio comprendere quanto detto, è opportuno compiere un passo indietro e ripercorrere, brevemente essendo eventi noti, l'evolversi del modello in parola.

Al riguardo, giova prendere avvio dall'ambigua impostazione del d.lgs. 29/93, che, per arginare la "cattiva politica"<sup>4</sup>, introduce il principio di separazione tra "politica" e "amministrazione"<sup>5</sup>: alla prima si attribuisce il potere di indirizzo; alla seconda i poteri organizzativo-gestionali. Il principio è di primario rilievo: costituisce – si è scritto – la *golden rule* della riforma del lavoro pubblico<sup>6</sup>. Tuttavia – ecco l'ambiguità – all'intervento sul piano funzionale non segue nessun intervento sul piano strutturale, sul piano, cioè, dell'interazione organizzativa tra politica e dirigenza. Un profilo tutt'altro che marginale, perché, se il potere di indirizzo deve elaborare le priorità e le direttive generali, quello organizzativo, sintetizzando a sua volta interessi talvolta confliggenti, deve realizzarle e, al contempo, assicurare i principi dell'art. 97 Cost.

Eloquente testimonianza di tale ambiguità – come da molti rilevato – va rinvenuta nei noti confini della riforma "privatistica" della dirigenza<sup>7</sup>. Nel

<sup>4</sup> BELLAVISTA, *La figura dal datore di lavoro pubblico*, in *DLRI*, 2010, p. 90.

<sup>5</sup> Sul rapporto "politica-amministrazione" – non è superfluo ricordarlo – la Costituzione è stata considerata "strabica" (CASSESE, *Perché una nuova Costituzione deve contenere norme sulle pubbliche amministrazioni e quali debbono essere queste norme*, in CASSESE, ARABIA (a cura di), *L'Amministrazione e la Costituzione. Proposte per la Costituente*, il Mulino, 1993, p. 19): attenta alla responsabilità ministeriale con l'art. 95, rivolta invece verso il principio di legalità e l'esclusività del servizio alla Nazione con gli artt. 97 e 98. In proposito, si è ritenuto che suddetto strabismo garantisca alle istituzioni la duttilità necessaria "per sopravvivere nel tempo e nello spazio" (v., anche per una sintesi del dibattito, SAITTA, *Burocrazia e indirizzo politico: il modello della Corte costituzionale*, in *DPA*, 2008, p. 179).

<sup>6</sup> NICOSIA, *La dirigenza statale tra fiducia, buona fede e interessi pubblici*, in *DLRI*, 2003, p. 253 ss.

<sup>7</sup> Ripercorre l'evoluzione indicata nel testo SPINELLI, *Il datore di lavoro pubblico. Autonomia organizzativa e poteri del dirigente*, Cacucci, 2012.

riscriverne la disciplina, si parte dal contratto di lavoro del dirigente privato, il cui assetto di interessi è interamente fondato sulla contiguità organizzativa delle parti<sup>8</sup>. Ma la riforma si arresta sulla soglia della dirigenza generale, per la quale permane uno statuto pubblicistico, fondato sulla logica, opposta a quella privatistica, della contrapposizione.

Ecco perché con la c.d. seconda privatizzazione è da qui che si parte, per insistere sul piano strutturale, in una prima fase lasciato ai margini. Le coordinate di fondo del contratto di lavoro del dirigente privato raggiungono anche il dirigente generale e, al contempo, cercano sbocchi più nitidi. Sbocchi che l'ordinamento, in modo consapevole, non rinviene nella libera rececibilità, pur essendo la principale soluzione giuridica a "garanzia" della contiguità strutturale tra il dirigente privato e il titolare ultimo dell'impresa. Le ragioni vengono prontamente chiarite dalla Consulta<sup>9</sup>, secondo cui, estendendo il libero recesso alla dirigenza pubblica, la si esporrebbe al rischio di un'indebita pressione politica: l'attenzione, quindi, viene rivolta verso soluzioni alternative.

Il riferimento è alla disciplina degli incarichi e della responsabilità di risultato. Tuttavia, mentre per quest'ultima si attinge a discipline precedenti – noto è l'art. 19 del d.P.R. 30 giugno 1972 n. 748<sup>10</sup> – con gli incarichi si elabora un inedito quadro normativo, che prova a conciliare "flessibilità" organizzativa e, per intuibili ragioni istituzionali, "garantismo". Certo, il modello elaborato è stato accolto non senza critiche<sup>11</sup>, ma la sua logica di fondo è chiara: il dirigente, se sul piano funzionale deve compensare la "parzialità" del politico, sul piano strutturale deve essere (e non può non esserlo) un suo interlocutore.

Prende forma, così, un modello di dirigenza da collocare sinergicamente nel quadro di quella peculiare opzione di politica del diritto costituita dalla c.d. "amministrazione di risultato": un'espressione talvolta discussa<sup>12</sup>, ma che incisivamente esprime il passaggio da un'amministrazione di stampo liberale, incardinata sul principio di legalità e chiusa in sé già nel definire l'interesse pubblico, a un'amministrazione chiamata a raccordarsi costantemente con la realtà sociale.

<sup>8</sup> ZOPPOLI A., *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, ESI, 2000.

<sup>9</sup> C. Cost. 25 luglio 1996 n. 313.

<sup>10</sup> V. RUSCIANO, *Spunti su rapporto di lavoro e responsabilità "di risultato" del dirigente pubblico*, in *RTDPC*, 1998, p. 398 ss.

<sup>11</sup> RUSCIANO, *Contro la privatizzazione dell'alta dirigenza pubblica*, in *DLM*, 2005, p. 621 ss.

<sup>12</sup> CASSESE, *Che cosa vuol dire "amministrazione di risultati"?*, in *GDA*, 2004, p. 941 ss.

La dirigenza, in particolare, diventa il pilastro di una concezione nuova di organizzazione, che da “strumento” indisponibile per l’amministrazione – espressione di un pervasivo disegno legislativo – assurge a principale leva per fronteggiare la complessità del reale: i suoi equilibri, non più eterodefiniti, sono rimessi all’autonomia e alla responsabilità del dirigente stesso, che ne individua, di volta in volta, i concreti assetti. Si tratta del principale risvolto di una funzionalizzazione dell’organizzazione non più *analitica* ma  *sintetica*<sup>13</sup>. Il vincolo finalistico dell’art. 97 Cost. non viene più assicurato scomponendo l’organizzazione in molteplici unità elementari, plasmate secondo il modello dell’atto amministrativo, ma “riferendo il medesimo vincolo all’attività organizzativa nel suo insieme”<sup>14</sup>: la gestione *interna* all’amministrazione diventa “autonoma”, poiché la verifica imparziale del buon andamento si concentra sull’esito ultimo dell’organizzazione o di un suo segmento autonomo, vale a dire il risultato. Tale verifica lascia impregiudicato il singolo atto gestionale, riflettendosi, attraverso una peculiare responsabilità, sulla sola posizione di chi il potere organizzativo esercita: si punta – ed è questa la scommessa dell’ordinamento – ad attivare quella tensione verso il risultato, che è assolutamente cruciale per rendere l’interazione tra i vertici dell’amministrazione operante secondo logiche propriamente privatistiche.

### 3. *Le conferme della Corte costituzionale*

La legittimità del modello ricostruito trova conferma nella giurisprudenza della Corte costituzionale sullo *spoils system*.

Muovendo dall’importanza, rispetto ai principi dell’art. 97 Cost., sia di

<sup>13</sup> Sul punto, v. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto di impiego con enti pubblici*, in *DLRI*, 1993, p. 470 ss. Dello stesso Autore v. anche ORSI BATTAGLINI, CORPACI, Sub art. 4, I, in CORPACI, RUSCIANO, ZOPPOLI L., (a cura di), *La riforma dell’organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche (D.lgs 3 febbraio 1993, n. 29). Commentario*, in *NLCC*, 1999, pp. 1096-1098. Sull’argomento significativi sono anche i contributi di D’ANTONA, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, in *ADL*, 1997, p. 35 ss.; ID, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle “leggi Bassanini”*, in *LPA*, 1998, I, p. 35 ss.; ZOPPOLI A., *Dirigenza, contratto di lavoro*, cit., pp. 342-345. V. anche CERBO, *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella pubblica amministrazione*, Cedam, 2007, pp. 247-335; NAPOLITANO, *L’attività amministrativa e il diritto privato*, in *GDA*, 2005, p. 481 ss.; SPINELLI, *Il datore di lavoro pubblico. Autonomia organizzativa e poteri del dirigente*, Cacucci, 2012, in particolare cap. I.

<sup>14</sup> V. ORSI BATTAGLINI, CORPACI, *op. cit.*, p. 1098.

“un efficace sistema valutativo in relazione agli obiettivi programmati” sia di “adeguate garanzie procedurali nella valutazione dei risultati e dell’osservanza delle direttive ministeriali ai fini della revoca dell’incarico dirigenziale”<sup>15</sup>, la Corte censura l’estinzione automatica dell’incarico al mutare della compagine politica. La riforma del lavoro pubblico – spiega la Consulta – se amplia le competenze direttive dei dirigenti a fronte del potere di solo indirizzo della politica, impone anche il rigoroso accertamento di una peculiare forma di responsabilità, che, fondandosi sul risultato, ne richiede una verifica oggettiva: lo *spoils system* annullerebbe del tutto simile dinamica.

Le censure in questione, però, non riguardano la totalità della dirigenza pubblica, giacché per i c.d. apicali gli automatismi menzionati non vengono ritenuti illegittimi: è la loro “responsabilità nell’attuare il complessivo programma politico in modo da garantire la complessiva efficienza dell’amministrazione” – spiega la Consulta – a giustificarlo. Lo *spoils system* – si aggiunge – consente alla politica di “assumere scelte coerenti al proprio indirizzo” nell’individuare il più alto livello di dirigenza, ad essa legata da “maggiore coesione” e da un peculiare “grado di contiguità”.

La Corte, dunque, valorizza decisamente l’*intuitus personae* nella scelta della dirigenza, ma sembra limitarlo a quella apicale. Al riguardo, qualche perplessità è legittima, in quanto la contiguità di cui discorre la Corte caratterizza tutta la dirigenza e, del resto, la stessa Corte sembra esserne consapevole quando sostiene che il principio di temporaneità dell’incarico “completa il processo di riforma strutturale dell’intero corpo dirigenziale”.

Non è peregrino, pertanto, ritenere che il giudice delle leggi, più che escludere del tutto l’*intuitus personae* per la dirigenza “altra”, si preoccupi di precisare i rapporti dirigenziali con un *intuitus personae* – citando ancora la Corte – maggiore, prospettandone, pur se indirettamente, una “gradazione” fondata sulla diversa ampiezza della responsabilità di risultato. Più precisamente, nel caso del dirigente di vertice, la maggiore coesione di cui parla la Corte viene collegata alla responsabilità nell’attuare il “complessivo programma politico, in modo da garantire la complessiva efficienza dell’amministrazione”<sup>16</sup>. Per la dirigenza “altra”, invece, la presenza di una “minore coesione” non può che essere giustificata, tenendo ferma l’impostazione della Consulta e pur se non detto espressamente, da una responsabilità incentrata su un risul-

<sup>15</sup> C. Cost. 23 marzo 2007 n. 103.

<sup>16</sup> C. Cost. 16 giugno 2006 n. 233 ripresa anche in C. Cost. 103/2007.

tato non incline ad attuare il “*complessivo* programma politico”: un risultato, sì, autonomo, ma idoneo a realizzare solo una *parte* del *complessivo* programma in quanto espressione di un segmento dell’organizzazione.

A complicare il quadro, tuttavia, sono le pronunce che individuano le competenze del dirigente di vertice “nella collaborazione al processo *formativo* dell’indirizzo politico”: diversamente dalla dirigenza “altra”, competente a realizzare il medesimo indirizzo.

La lettura della Corte – si è osservato – escluderebbe la “dirigenza di vertice” dall’area della gestione, in netta controtendenza rispetto ai suoi precedenti orientamenti<sup>17</sup>. Ne deriverebbero effetti gravosi: negando la natura gestionale del dirigente apicale, si finirebbe con l’alterare il ruolo di istituti, quali la responsabilità di risultato, che quelle competenze presuppongono. Tuttavia, sebbene aprano scenari sistematici dubbi, le sentenze in parola<sup>18</sup> mostrano più attenzione a motivare l’esclusione della dirigenza “altra” dal legittimo ambito dello *spoils system*, che non a ricostruire i caratteri della dirigenza di vertice: è a tal fine che si evidenzia come il “dirigente non apicale attui l’indirizzo politico e non collabori alla sua formazione”. Ciò non cancella le perplessità menzionate, ma aiuta a comprendere perché, con successive sentenze<sup>19</sup>, la Corte prova a ricercare una maggiore coerenza con i suoi precedenti orientamenti.

In tali pronunce, il *proprium* della dirigenza apicale viene rinvenuto nel suo essere una figura di cui “l’organo di governo si avvale per *svolgere* l’indirizzo politico amministrativo”. Anche in tal caso – sia chiaro – la posizione della Consulta non è sempre delle più limpide. Ma il richiamo ai suoi precedenti<sup>20</sup> e l’esplicita volontà di ricercare un equilibrio con essi consentono di rinvenire nello “svolgimento dell’indirizzo” il riferimento alla fase attuativa del programma; un’attività diretta a “eseguire l’indirizzo politico”, creando i presupposti per rendere la gestione *complessivamente* efficace ed efficiente.

<sup>17</sup> ZOPPOLI A., *Dirigente (privato e pubblico)*, in *ED*, Annali, V, p. 552.

<sup>18</sup> Significativa, al riguardo, è la sentenza della C. Cost. 5 febbraio 2010 n. 34.

<sup>19</sup> C. Cost. 11 aprile 2011 n. 124.

<sup>20</sup> Le sentenze cui la C. Cost. rinvia sono le n. 233/2006, n. 103/2007, n. 104/2007 e n.

4. *Il ruolo “organizzativo” della politica: la macro-organizzazione*

Una precisazione sulla struttura del modello risulta, a questo punto, opportuna.

Da quanto finora detto, evidente è la stretta relazione tra il piano micro-organizzativo e il piano della responsabilità: sul dirigente si polarizza quella che nel privato è stata definita “funzione passiva di sopportazione del rischio”<sup>21</sup>, in modo da farne il promotore di dinamiche gestionali genuinamente rivolte al buon andamento.

Risulterebbe, però, miope pensare che il dirigente possa rendere le amministrazioni performanti in totale autonomia: quasi come fosse un demiurgo. Si trascurerebbe, infatti, il ruolo prioritario che la politica assume entro le strutture pubbliche, come responsabile “ultimo” del suo impatto effettivo nella realtà di riferimento. Aspetto di importanza determinante, perché, sebbene separate, le prerogative organizzative del dirigente devono interagire con i poteri della politica, che non sono indifferenti al risultato<sup>22</sup>: qualche considerazione ulteriore, al riguardo, è doverosa, concentrando l’attenzione sul potere sia di indirizzo sia di macro-organizzazione.

Partendo dalla macro-organizzazione, il comma 2 dell’art. 5, d.lgs. 165/01 rende chiaro che le competenze dirigenziali presuppongono il preventivo esercizio dei poteri rimessi all’organo di indirizzo: del resto, se la macro-organizzazione si esprime nel definire le modalità per svolgere le funzioni istituzionali dell’ente pubblico e le “linee organizzative” più confacenti alla loro attuazione, il nesso richiamato assume un significato anzitutto logico. A confermare quanto detto, è l’art. 2, co. 1, lett. b), d.lgs. 165/01, che, imponendo un esercizio dei poteri macro-organizzativi idoneo a garantire “adeguati margini” alle determinazioni dirigenziali, investe l’organo di indirizzo del compito di tracciare l’ambito nel quale collocare l’attività organizzativa del dirigente.

Il potere organizzativo-gestionale, dunque, viene strutturalmente delimitato da quello macro-organizzativo, che non lo rende privo – è bene precisarlo – di autonomia. Simile delimitazione assume un significato diverso, da ricercare nella fisiologica strumentalità intercorrente tra competenze di-

<sup>21</sup> MENGONI, *Recenti mutamenti nella struttura e nella gerarchia dell’impresa*, in *RS*, 1958, p. 700 ss.

<sup>22</sup> Al riguardo la letteratura è ampia, da ultimo v. ZOPPOLI L., *Datore di lavoro pubblico*, in *ED*, I Tematici, VI, 2023.

rigenziali e competenze politiche: le prime – non va tralasciato – sono pur sempre dirette a realizzare le scelte di indirizzo, anche se nel modo più opportuno ad assicurare il buon andamento.

Affiora, così, in termini molto chiari che l'attività macro-organizzativa non è refrattaria all'efficacia, all'efficienza e all'economicità del risultato. Il potere micro-organizzativo – come detto – è delimitato da quello macro-organizzativo, che, nel riverberarsi sul primo, deve ispirarsi – per esplicita previsione dell'art. 2, co. 1, lett. a), d.lgs. 165/01 – al criterio della “funzionalità rispetto ai compiti e ai programmi di attività, nel perseguimento degli obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità”. Imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, quindi, dipendono da un complesso equilibrio di atti macro-organizzativi e micro-organizzativi: i primi, nel definire i margini delle determinazioni gestionali, devono risultare “funzionali” a consentirle di attuare i compiti e i programmi di attività secondo i principi di imparzialità e buon andamento.

##### 5. *Segue. Il potere di indirizzo tra procedure multilivello e bisogni dell'utenza*

Discorso non diverso riguarda il potere di indirizzo: anzi, dopo gli ultimi sviluppi normativi, i condizionamenti sulla micro-organizzazione e sul risultato sono più nitidi e, a dirla tutta, più problematici rispetto al passato.

Per rendersene conto, va osservato che il potere di indirizzo viene calato in una sequenza procedimentale – il riferimento è al ciclo delle performance – inaugurata dal d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150 e rivisitata dal d.lgs. 25 maggio 2017 n. 74, che gli conferisce – di qui le difficoltà – una dimensione multilivello. Il d.lgs. 74/17, infatti, collega la programmazione delle singole amministrazioni alle politiche nazionali, introducendo gli “obiettivi generali” – determinati tramite “linee guida adottate su base triennale con decreto del Presidente della Repubblica” – volti a identificare “le priorità strategiche” delle amministrazioni. Tali obiettivi sono destinati ad avere un'incidenza significativa sugli “obiettivi specifici” della singola amministrazione: la cui programmazione – lo prevede l'art. 5, d.lgs. 150/09 – deve essere *coerente* con gli obiettivi generali. Certo, il riferimento alla “coerenza”, data la natura politico-istituzionale del piano considerato, non è agevolmente decifrabile, ma lo stretto dato di diritto positivo induce a ritenere che gli obiettivi specifici debbano articolare i contenuti degli obiettivi generali. Pertanto, se gli obiet-

tivi specifici dell'amministrazione sono alla base di quelli dirigenziali, gli obiettivi generali finiranno con il condizionare, pur se indirettamente, i percorsi gestionali delle amministrazioni.

Passando agli obiettivi specifici, per integrarli nel ciclo delle performance, diventa prioritario leggere il nuovo comma 01 dell'art. 5, d.lgs. 150/09 attraverso la lente delle competenze politiche entro tale ciclo<sup>23</sup>: solo così è possibile indentificarne meglio contenuto e articolazione.

Ragionando in questi termini, una prima declinazione degli obiettivi specifici è costituita dagli obiettivi strategici, che, elaborati in coerenza con la programmazione finanziaria e di bilancio, specificano gli interessi sui quali incentrare l'azione dell'ente pubblico nell'arco di un triennio: su questi direttamente incidono gli obiettivi generali dell'art. 5, co. 01, lett. a), e, quindi, il vincolo di coerenza prima indicato.

A tali obiettivi si affiancano gli "obiettivi finali e intermedi", che, stando all'art. 10, co. 1, lett. b), vanno distinti sia da quelli programmatici calibrati sul triennio sia da quelli destinati ai dirigenti. Gli obiettivi in parola, dunque, traducono le scelte strategiche pluriennali nei piani che, per ognuna delle tre annualità, il ciclo delle performance deve realizzare. In questo si esprime il senso del carattere finale e intermedio menzionato dal legislatore: finale perché gli obiettivi strategici annuali sono destinati a esaurirsi entro l'anno; intermedi perché, allo stesso tempo, compongono una pianificazione triennale da "definire" – usando il lessico normativo – per ognuno dei cicli annuali sviluppati nel triennio cui è riferita la programmazione in senso stretto.

Tale soluzione permette di dare un senso a due rilevanti snodi procedurali tenuti distinti dal dato normativo: la "programmazione su base triennale" e la definizione "prima dell'inizio del rispettivo esercizio". Entrambi i momenti procedurali sono riferiti a uno stesso *genus* di obiettivi, ossia gli obiettivi specifici; tuttavia, dovendo preservare la distinzione procedimentale introdotta dalla norma, la "programmazione triennale" e la definizione "prima dell'inizio del rispettivo esercizio" non possono che presupporre, entro il *genus* richiamato, due distinti obiettivi: quelli programmatici in senso stretto, volti ad articolare una programmazione triennale, e quelli "intermedi e finali", diretti a definire la proiezione annuale del programma triennale. Saranno gli obiettivi intermedi e finali a fungere da immediato riferimento su cui tarare gli obiettivi dei dirigenti, delimitandone la relativa attività organizzativa.

<sup>23</sup> V. artt. 15, co. 2, lett. b), e 10, co. 1, lett. a) e b), d.lgs. 150/09.

Dopo il d.l. 9 giugno 2021 n. 80, la progettazione degli obiettivi specifici, nella loro articolata composizione, si riversa interamente nel PIAO, che costituisce il fulcro indiscusso di tutti i processi socio-organizzativi dell'ente pubblico: non fosse altro perché assorbe tutti gli atti programmatici prima esistenti come "entità singole"<sup>24</sup>. Precisarlo è importante, in quanto – a chiarirlo sono le linee guida ministeriali sul PIAO<sup>25</sup> – gli obiettivi specifici sono determinanti nel "progettare i risultati dell'amministrazione": risultati che – proseguono le linee guida – non vanno intesi in termini di "quantità" di servizio prodotto (*output*), bensì di capacità nel soddisfare i bisogni della realtà di riferimento (*outcome*): mutamento di prospettiva espresso con il concetto, più economico che giuridico, di "valore pubblico"<sup>26</sup>. Ciò significa che, attraverso gli obiettivi specifici, spetta in primo luogo alla politica assumere le scelte necessarie a tradurre l'azione amministrativa in "valore pubblico, ovvero in un sano rapporto *outcome*/impatti"<sup>27</sup>. Alla programmazione politica, quindi, è rimesso il compito di sintetizzare i bisogni provenienti dalla realtà, in modo da tracciare, poi, la rotta che l'organizzazione deve percorrere per soddisfarli: non a caso – la disciplina del PIAO non lascia dubbi – sul valore pubblico opportunamente pianificato si innesta la successiva progettazione della performance, la costruzione del modello organizzativo, la definizione stessa dei fabbisogni di personale e la gestione del digitale.

Insomma, anche da questo versante, risulta fin troppo evidente come la politica condizioni lo sviluppo di una micro-organizzazione indirizzata verso un effettivo buon andamento.

<sup>24</sup> In merito al rapporto tra il PIAO e i precedenti atti programmatici della pubblica amministrazione, v. MONDA, *Il lavoro agile nelle amministrazioni pubbliche: scenari e prospettive dopo la pandemia*, in SANTAGATA, MONDA (a cura di), *Il lavoro a distanza: una prospettiva interna e comparata*, in *QDLM*, 2022, pp. 133-135.

<sup>25</sup> V. d.m. 24 giugno 2022.

<sup>26</sup> Per qualche ulteriore osservazione sulla declinazione giuridica del "valore pubblico", si rinvia a quanto verrà detto rispetto alla valutazione del risultato: per il momento, è possibile solo aggiungere che l'impostazione menzionata nel testo ribadisce la logica attenta alle istanze sociali già insita nell'originario d.lgs. 150/09, ma non portata fino alle sue estreme conseguenze proprio rispetto al piano programmatico: v. *amplius* MONDA, *Contratto di lavoro pubblico, potere organizzativo e valutazione*, Giappichelli, 2017, in particolare cap. II.

<sup>27</sup> V. ancora d.m. 24 giugno 2022 sul contenuto del PIAO.

## Sezione II.

*Le difficoltà del “modello privatistico”*6. *Il nodo della valutazione esterna, la sua difficile attuazione...*

Stando a quanto detto, ben si comprende il ruolo cruciale assunto dalla valutazione *esterna* del risultato, ossia condotta con parametri oggettivi e svolta da soggetti “terzi”<sup>28</sup>: una valutazione, per evitare ogni fraintendimento, diversa da quella *interna* (incentrata sul funzionamento gestionale dei processi organizzativi), perché diretta a misurare in chiave istituzionale gli esiti dell’azione amministrativa<sup>29</sup>.

La valutazione *esterna* avrebbe dovuto svolgere un ruolo dirompente, poiché, misurando l’impatto amministrativo sulla realtà di riferimento, avrebbe dovuto permettere di giudicare la conformità dell’azione politica e di quella dirigenziale ai principi di buon andamento e imparzialità. Ma non è tutto. La valutazione *esterna* avrebbe dovuto anche far emergere l’operato del dirigente, renderne visibili le competenze e consentirgli di maturare una propria *soggettività*: aspetto dalla rilevanza cruciale, poiché solo così la dirigenza avrebbe potuto maturare la “forza negoziale” necessaria a dialogare alla “pari” con la politica<sup>30</sup>. In definitiva, la valutazione *esterna* avrebbe dovuto costituire, per il lavoro pubblico, una sorta di succedaneo di ciò che, sia pur non senza problemi, il “mercato” rappresenta per il lavoro privato: un elemento strutturale di regolazione.

<sup>28</sup> ZOPPOLI A., *Dirigenza, contratto di lavoro*, cit.

<sup>29</sup> In merito alla profonda rilevanza della valutazione esterna: tra i tanti v. ALES, *La corretta definizione degli elementi contenutistici del provvedimento di incarico quale presupposto legittimante della valutazione della “prestazione dirigenziale” nelle pubbliche amministrazioni: teoria e prassi a confronto nell’esperienza italiana e comparata*, in AA.Vv., *I sistemi di valutazione della dirigenza nelle pubbliche amministrazioni dello Stato*, Methis, 2005, p. 67 ss.; BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Cedam, 2000, p. 475 ss.; BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, in *DLRI*, 2010, p. 88 ss.; BOSCATI, *Il dirigente dello Stato. Contratto di lavoro e organizzazione*, Giuffrè, 2006, p. 293 ss.; CARINCI F., *La dirigenza nelle amministrazioni dello Stato ex capo II, titolo II, d.lgs. n. 29 del 1993 (il modello “universale”)*, in *ADL*, p. 27 ss.; CERBO, *op. cit.*, p. 300 ss.; RUSCIANO, *Spunti su rapporto di lavoro e responsabilità “di risultato” del dirigente pubblico*, in *RTDPC*, 1998, p. 398 ss.; ZOPPOLI A., *Dirigenza, contratto di lavoro*, cit., p. 342 ss.; ZOPPOLI L., *La valutazione delle prestazioni della dirigenza pubblica: nuovi scenari, vecchi problemi, percorsi di “apprendimento istituzionale”*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 63/2007* e in *Studi in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, 2008, p. 1389 ss.

<sup>30</sup> ZOPPOLI A., *Dirigente (privato e pubblico)*, cit.

L'uso ripetuto del condizionale non è casuale, perché la strada della valutazione si è mostrata decisamente in salita e di difficile percorrenza, pregiudicando la relazione organizzativa tra dirigenza e politica<sup>31</sup>. Il senso stesso di suddetta relazione è stato completamente alterato<sup>32</sup>: da presupposto per consentire alle moderne amministrazioni risposte rapide ed efficaci ai complessi bisogni della società, è diventata uno “strumento” usato dalla “cattiva politica” per intromettersi, di fatto, nella gestione amministrativa”, offrendo alla dirigenza “la ‘monetizzazione’ (aumenti retributivi non fondati sulla verifica degli esiti della gestione) dell’assunzione in via esclusiva delle responsabilità attinenti all’esercizio delle funzioni”<sup>33</sup>. La separazione tra “politica”

<sup>31</sup> A rimarcarlo sono stati in tanti: per tutti v. ALES, *Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni*, Utet, 2007, p. 18; BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, in *DLRI*, 2010, p. 87 ss.; BORDOGNA, *Per una maggiore autonomia dell'alta dirigenza pubblica: una proposta*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 92/2009, pp. 4-10; BOSCATI, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività amministrativa*, in *LPA*, 2009, I, pp. 14-15; CARINCI F., *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla l. n. 133/2008 alla l.d. n. 15/2009*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* - 88/2009; CARUSO, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (Il ridisegno della governance nella p.a. italiane)*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* - 104/10, pp. 37-38; CASSESE, *Il rapporto tra politica e amministrazione e la disciplina della dirigenza*, in *LPA*, 2003, I, p. 231 ss.; D'ALESSIO, FERRANTE, PIOGGIA, *La disciplina degli incarichi della dirigenza professionale*, in D'ALESSIO (a cura di), *L'amministrazione come professione. I dirigenti pubblici tra spoils system e servizio ai cittadini*, il Mulino, 2008, pp. 133-137; D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle "leggi Bassanini"*, in *LPA*, 1998, I, p. 35 ss.; D'ORTA, *Cinque proposte per una reale funzionalità delle pubbliche amministrazioni*, in *LPA*, 2007, I, p. 434 ss.; MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale. Il modello italiano in Europa*, il Mulino, 2006, p. 173; RUSCIANO, *Spunti su rapporto di lavoro e responsabilità "di risultato" del dirigente pubblico*, in *RTDPC*, 1998, p. 398 ss.; ROMAGNOLI, *Dirigenti pubblici: lo scenario politico istituzionale per la valutazione*, in *DLM*, 2004, p. 599; TALAMO, *Per una dirigenza pubblica riformata*, in DELL'ARRINGA, DELLA ROCCA (a cura di), *Pubblici dipendenti. Una nuova riforma?*, Rubbettino, 2007, p. 119; SPINELLI, *Il datore di lavoro pubblico. Autonomia organizzativa e poteri del dirigente*, Cacucci, 2012, pp. 56-59; ZOPPOLI A., *Dirigente (privato e pubblico)*, cit., p. 535 ss.; ZOPPOLI L., *Il datore di lavoro*, cit.

<sup>32</sup> V. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale. Il modello italiano in Europa*, il Mulino, 2006, pp. 173-175.

<sup>33</sup> Ancora attuali sono le riflessioni di CASSESE (*Grandezza e miserie dell'alta burocrazia in Italia*, in *PD*, 1981, p. 220) sullo scambio “sicurezza-potere” poi riprese in BATTINI, *Un vero datore di lavoro per il settore pubblico: politico o amministrativo*, in *GDA*, 2009, p. 475 ss.; TALAMO, *Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* - 90/2009, p. 468 ss.; SAVINO, *Le riforme amministrative: la parabola della modernizzazione dello Stato*, in *RTDP*, 2015, p. 641 ss. Significative, inoltre, sono le considerazioni di TORCHIA (*La lentissima modernizzazione*, in *EAD.*, *Il sistema amministrativo italiano*, il Mulino, 2009, pp. 14-15), secondo cui lo scambio sicurezza potere “non è, dunque, scomparso, ma è divenuto

e “dirigenza”, in definitiva, è venuta progressivamente svuotandosi in un circuito pericolosamente autoreferenziale, portando il “modello privatistico”, elaborato nella seconda metà degli anni 90, a implodere.

Sullo sfondo di questo quadro, per certi versi non stupisce il tentativo di correre ai ripari, tutelando il piano funzionale con soluzioni rigide: una strada con ricadute significative su dinamiche organizzative centrali nelle moderne amministrazioni. Il riferimento è alle soluzioni interpretative e normative dirette a preservare l'esercizio imparziale del potere organizzativo-gestionale a scapito di quelle interazioni organizzativo-strutturali, che dovevano costituire l'anima della riforma. Come si avrà modo di verificare, il modello non viene, almeno dichiaratamente, messo in discussione, ma lo si “altera” dall'interno.

#### 7. ... e i suoi problemi: l'oggetto

Prima di dilungarsi su tali aspetti, non ci si può esimere dal confronto con la disciplina della valutazione *esterna*: non fosse altro per chiarire dove continuano ad annidarsi le principali difficoltà.

Tralasciando aspetti che è possibile qui solo menzionare – il riferimento è alla rigida proceduralizzazione e alla marcata regolazione legislativa<sup>34</sup> – preme confrontarsi, anzitutto, con l'oggetto della valutazione, che l'ordinamento disciplina minuziosamente.

Si tratta di un profilo tanto rilevante quanto complesso, perché, se attraverso il risultato si giudica l'efficacia e l'efficienza dell'amministrazione, i parametri per svolgere tale controllo devono misurare le declinazioni del *buon andamento* in termini *oggettivi* (*rectius* imparziali): dove il riferimento all'*oggettività* (*rectius* imparzialità) rimanda a una verifica sulla capacità dell'organizzazione nel conferire ai propri compiti istituzionali un concreto ed effettivo *radicamento sociale*. A una verifica *oggettiva* del buon andamento o, se si preferisce, *radicata socialmente* l'ordinamento si è mostrato poco sensibile, privilegiando una valutazione autoreferenziale e, più precisamente, sbilanciata

più ineguale e si svolge in termini mutati: la sicurezza ha ad oggetto il livello retributivo raggiunto più che la preposizione all'ufficio, il potere viene esercitato, dalla classe politica, mediante la scelta delle persone piuttosto che mediante l'esercizio diretto di attività di gestione”.

<sup>34</sup> Su cui v. MONDA, *Contratto di lavoro pubblico*, cit., pp. 169-172.

sul funzionamento in chiave gestionale dell'organizzazione: di qui l'attenzione al conseguimento in sé dell'obiettivo.

Solo con le riforme del 2009 e del 2017 qualche correttivo è stato apportato, che non ha intaccato, né avrebbe potuto, il ruolo dell'obiettivo: ancora di assoluta centralità nella verifica del risultato<sup>35</sup>, costituendo uno snodo chiave tra attività di programmazione e attività direttiva.

Tuttavia, per “abbattere” il muro dell'autoreferenzialità, al tradizionale impiego degli obiettivi l'ordinamento<sup>36</sup> affianca gli standard, che, in relazione al tipo di servizio erogato, individuano la soglia qualitativa o quantitativa cui l'amministrazione deve allinearsi, per esplicitare la propria missione in modo *oggettivamente* efficace: nella sistematica legislativa, quindi, sono gli standard a garantire l'effettivo *radicamento sociale* dell'azione amministrativa. Per effetto di simile intervento – nel quale si è rinvenuta una prima apertura al concetto di valore pubblico e alle più ampie logiche della *Public Value Theory*<sup>37</sup> – sia la progettazione dell'obiettivo sia la verifica del suo conseguimento vanno collegate ai valori espressi dagli standard<sup>38</sup>, che diventano, pertanto, il baricentro di un complesso equilibrio tra scelte organizzative interne, appannaggio della politica e della dirigenza, e legittime attese dell'utenza: un equilibrio mediato da un *oggettivo* livello di buon andamento, operante da baluardo contro patologiche derive autoreferenziali nella gestione organizzativa.

La valutazione del risultato, così, diventa strutturalmente complessa e, per accorpate le molteplici declinazioni del buon andamento, l'art. 8, d.lgs. 150/09 la indentifica nel giudizio sulla performance organizzativa, che, non a caso, si basa anche “sull'attuazione dei piani di lavoro nel rispetto dei *tempi previsti*, di appositi *standard qualitativi e quantitativi* e in conformità al *livello di assorbimento delle risorse*”. A confermare siffatta sovrapposizione sono gli artt. 3 e 4, d.lgs. 150/09, i quali fanno della performance organizzativa lo strumento per monitorare la qualità dei servizi.

I problemi, però, sono ben lontani dall'essere risolti; al contrario, si spostano sul piano della determinazione dei suddetti standard, che, stando a quanto detto, andrebbe rimessa a un soggetto “terzo”.

<sup>35</sup> A confermarlo sono gli artt. 4 e 5, d.lgs. 150/09.

<sup>36</sup> V. l'art. 5, co. 2, lett. e), d.lgs. 150/09.

<sup>37</sup> MERCURIO, ESPOSITO, *La valutazione delle strutture: il punto di vista dello studioso di organizzazione*, in ZOPPOLI L., *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, 2011, p. 231 ss.

<sup>38</sup> V. ancora l'art. 5, co. 2, lett. e), d.lgs. 150/09.

Al silenzio legislativo degli anni passati, colmato dalle delibere CiViT<sup>39</sup> che demandano ogni competenza alle singole amministrazioni<sup>40</sup>, seguono sviluppi normativi dubbi, perché secondo il nuovo comma 1-*bis* dell'art. 8 “le valutazioni della performance organizzativa sono predisposte sulla base di appositi modelli definiti dal Dipartimento della funzione pubblica”. Il riferimento ai modelli per valutare la performance organizzativa è tanto ampio da includere tutto quanto è *funzionale* al suo svolgimento, non escludendo, quindi, la stessa costruzione degli standard. Già rispetto a tale profilo, non certo marginale, emerge il principale problema dell'attuale assetto normativo sulla valutazione: la scelta di polarizzare su un soggetto connotato politicamente competenze cruciali per giudicare la performance organizzativa, con l'effetto che la sua naturale “parzialità” rischia di contaminarne lo svolgimento.

#### 8. Segue. *I soggetti della valutazione*

Le difficoltà continuano quando si passa alla disciplina sui soggetti che valutano il risultato.

La prima emerge dallo schema dell'art. 4 d.lgs. 165/01, che rimette all'organo di indirizzo anche il potere di controllo. Evidente è l'insufficienza di questo schema, visto che la valutazione imparziale richiede, oltre a parametri oggettivi, adeguate garanzie di indipendenza in chi la effettua: suo naturale terreno applicativo è la valutazione *interna*<sup>41</sup>. L'ordinamento ricalibra simile schema, rimettendo all'Organismo Indipendente di Valutazione (di seguito OIV) il compito di valutare la performance organizzativa (v. art. 7 co. 2, d.lgs. 150/09): un soggetto diverso dalla politica, ma le cui garanzie di indipendenza sono tutt'altro che incisive.

Le incertezze derivano da un assetto delle sue funzioni, risalente al d.lgs. 150/09, che sovrappone controllo sul risultato e controlli interni all'amministrazione: tra questi ultimi significativo è il controllo strategico, che pre-

<sup>39</sup> Poi denominata A.N.A.C. con l'art. 1, co. 2, l. 190/2012: sul trasferimento di funzioni al Dipartimento della Funzione Pubblica v. *infra*.

<sup>40</sup> V. la delibera 24 giugno 2010 n. 88.

<sup>41</sup> ZOPPOLI A., *La dirigenza pubblica tra mancata riforma e persistenti equivoci*, in ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2018, p. 317 ss.

suppone una posizione contigua alla politica. Tali ambiguità funzionali non vengono eliminate dal d.lgs. 74/17, che si “limita” a valorizzare un ruolo degli OIV più dinamico rispetto a quello emergente dal d.lgs. 150/09: in aggiunta alla valutazione della performance organizzativa, l'OIV esprime il parere vincolante sul sistema di valutazione, ne garantisce la corretta applicazione e ne monitora il funzionamento.

Per effetto di questa sovrapposizione di compiti *interni* ed *esterni*, quasi non stupisce la nomina politica dell'organismo in parola: aspetto da tenere nella massima considerazione, perché qui emerge con forza il nodo dell'indipendenza. A poco serve escludere dagli OIV<sup>42</sup> il personale interno all'amministrazione, ritenendolo più esposto all'influenza della politica, se poi i suoi componenti da questa sono nominati.

Diventa decisivo, dunque, verificare come l'ordinamento controbilanci la “parzialità” della nomina politica. Se l'originaria disciplina conferiva alla CiViT il compito di formulare i requisiti per nominare i membri dell'OIV e di esprimere il parere non vincolante sulla medesima nomina, a partire dal d.P.R. 9 maggio 2016 n. 105 i componenti degli OIV vanno individuati tra i soli iscritti, previo possesso di peculiari requisiti, in un elenco nazionale. Abilitato a tenere l'elenco nazionale è il Dipartimento della Funzione Pubblica, mentre i requisiti per iscriversi sono stabiliti dal Ministro per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione. Su tale quadro si inserisce il d.lgs. 74, confermando, con l'art. 14-*bis*, la disciplina appena richiamata: il comma 1 del citato articolo ribadisce il compito del Dipartimento della Funzione Pubblica nel tenere e aggiornare l'elenco nazionale secondo quanto stabilito dal “decreto adottato in attuazione” dell'art. 19, co. 10, d.l. 24 giugno 2014 n. 90.

### 9. La politica nel governo della valutazione

Si impone, a questo punto, una riflessione attenta sulla scelta del d.lgs. 74/2017 di ribadire la centralità del Dipartimento della Funzione Pubblica rispetto ai processi di valutazione del risultato: una centralità che il d.lgs. 74/17 definisce con più precisione, rimuovendo i numerosi difetti di coordinamento ancora sussistenti dopo il d.l. 90/14 e il d.P.R. 105/16.

<sup>42</sup> V. il nuovo art. 14, co. 8, d.lgs. 150/09.

Considerando le competenze conferitegli<sup>43</sup>, diventa difficile non annoverare tra i principali punti deboli dell'attuale disciplina sulla valutazione del risultato la concentrazione di compiti su un soggetto politicamente connotato: una concentrazione poco coerente con la "valutazione indipendente", che pure la l. 7 agosto 2015 n. 124 intendeva valorizzare.

Per rendersene conto, è sufficiente considerare che secondo un parere del Consiglio di Stato – il numero 870/2010 – le funzioni oggi trasferite al Dipartimento richiedono l'assenza di ogni collegamento "sia funzionale sia strutturale" tra chi le esercita e l'autorità politica. Esse svolgono un ruolo cruciale nell'attuare i "valori di diretta derivazione costituzionale": la misura obiettiva del risultato "secondo regole certe e in un sistema idoneo ad assicurare che la stessa sia *al riparo da interferenze politiche improprie*" (mio il corsivo) esprime – si legge nel parere n. 870/2010 – un valore di rango costituzionale, radicato nel principio di "buon andamento e imparzialità dell'amministrazione (art. 97), nel dovere di fedeltà degli impiegati pubblici (art. 98) e nel principio, oramai riconosciuto come di diretta derivazione dal sistema costituzionale, della separazione tra politica e amministrazione".

Non a caso – prosegue il Consiglio di Stato – le considerazioni fatte hanno ispirato la scelta originaria del d.lgs. 150/09, "secondo un processo logico comune alla istituzione di altre autorità indipendenti", di "allocare le attribuzioni in materia di valutazione a un organismo autonomo" dalla politica, ossia la CiViT (poi A.NA.C.).

Risulta evidente, quindi, che il trasferimento di competenze a un soggetto connotato politicamente, attuato dal d.l. 90/14 e consolidato dal d.lgs. 74/17, alimenta una profonda asimmetria sistematica: sebbene l'esercizio di siffatte competenze richieda adeguate garanzie di indipendenza, le recenti opzioni legislative le trasferiscono a chi imparziale non è: la "parzialità" della politica – di cui il Dipartimento della Funzione Pubblica e il relativo Ministro sono espressione – rischia di diffondersi, mediante le loro nuove attribuzioni, in ogni fase del sistema di valutazione del risultato, contaminando aspetti cruciali per la sua corretta implementazione.

Anche gli ultimi passaggi riformatori, in definitiva, non sviluppano con convinzione il ruolo istituzionale della valutazione. Si ripropongono pro-

<sup>43</sup> Indirizzare l'elaborazione del sistema di valutazione, predisporre i modelli per valutare la performance organizzativa, tenere l'elenco dei componenti gli OIV. Cui si aggiunge la competenza del Ministro della Funzione Pubblica nel definire i requisiti per l'accesso al suddetto elenco.

blemi noti: anzi, per certi versi, vengono esasperati. Sulla valutazione del risultato aleggia ancor più di ieri l'ombra della politica: non a caso, dopo il d.l. 90/14, l'intensa produzione di linee guida, avuta quando la CiViT svolgeva il suo originario ruolo, si è bruscamente limitata, determinando il venir meno di quel necessario supporto metodologico alla verifica del risultato.

### Sezione III.

#### *I riflessi della crisi sulla contiguità organizzativa.*

##### 10. *La disciplina degli incarichi: verso un diritto privato "speciale"?*

Proseguendo nell'analisi, occorre approfondire i percorsi giuridici per irrigidire gli istituti mediante cui la contiguità organizzativa si esprime. Tra questi merita attenzione, anzitutto, la disciplina degli incarichi: tratto paradigmatico del "modello privatistico", attraverso la quale *scegliere* il dirigente.

In primo luogo, una rapida precisazione: il potere di scelta del dirigente rinviene la propria radice giuridica nella temporaneità dell'incarico e nell'inapplicabilità dell'art. 2103 cod. civ. Venendo al tentativo di "allontanare" i vertici dell'organizzazione, eloquente è il dibattito sulla natura giuridica degli elementi indicati nel primo comma dell'art. 19, d.lgs. 165/01 e di cui "tener conto" per attribuire l'incarico stesso: la questione è molto incerta dato il sempre più marcato ricorso alla buona fede, per imprimere una spiccata contaminazione pubblicistica al diritto privato applicabile all'assegnazione dell'incarico.

La complessità della tematica consiglia di ripercorrere, pur se per grandi linee, gli snodi cruciali di quello che è stato ritenuto un diritto privato "speciale".

Protagonista di tale ricostruzione è la giurisprudenza di legittimità, che, per conformare la scelta del dirigente al principio di imparzialità, recupera regole e principi pubblicistici tramite le clausole di buona fede. Alla base di siffatte interpretazioni si pone un duplice assunto: 1) le clausole generali contribuiscono a delimitare le scelte datoriali in termini di "ragionevolezza" delle decisioni; 2) la "normalità" tecnico-organizzativa costituisce il parametro per rilevare quando, secondo un'ordinaria gestione, da alcune premesse ci si possa "ragionevolmente" attendere talune determinazioni organizzative. Partendo da tali considerazioni, la giurisprudenza ritiene che le clausole di

buona fede consentano ai principi dell'art. 97 Cost. di plasmare “il comportamento che ragionevolmente ci si può attendere da parte dell'amministrazione datore di lavoro”, definendo “la ‘normalità organizzativa’ di un datore di lavoro particolare qual è la pubblica amministrazione”. Pertanto, attraverso la loro intermediazione, buon andamento e imparzialità imprimerebbero alla scelta organizzativa non il suo “dover essere ... ma le linee del suo peculiare modo di essere, in quanto potere privato esercitato da una pubblica amministrazione”.

Seguendo tale impostazione, le clausole di buona fede permettono di ricorrere alle regole pubblicistiche che orientano l'attività amministrativa verso i fini generali; un'apertura indiretta, fondata sui parametri di correttezza e non di legittimità, ma, in ogni caso, incline a integrare le predette regole nel regime giuridico sul conferimento dell'incarico. Si giunge, così, a “procedimentalizzare” – per usare una formula frequente nelle pronunce di legittimità – l'attribuzione dell'incarico in modo del tutto peculiare: è ammesso il ricorso ai principi del contraddittorio, della motivazione e della trasparenza, come regolamentati dalla l. 7 agosto 1990 n. 241. Ma, soprattutto, dalle clausole di buona fede i giudici di legittimità desumono l'obbligo di svolgere valutazioni comparate: è questo l'approdo che più interessa nell'esaminare la natura dei criteri per assegnare l'incarico. Nell'ottica della valutazione comparata, infatti, gli elementi del comma 1 dell'art. 19, d.lgs. 165/01 fungono da criteri per “comparare” i diversi “aspiranti” all'incarico: la Cassazione, più precisamente, considera gli elementi fissati nel comma 1 dell'art. 19 “criteri di valutazione comparata, applicabili alla stregua dei principi di imparzialità e di buon andamento dell'art. 97 cost.”, al cui rispetto la scelta sul dirigente è vincolata<sup>44</sup>.

Le prospettate interpretazioni, da più parti collegate all'ineffettività dei sistemi di valutazione, riducono drasticamente la libertà di scegliere il destinatario dell'incarico, che diventa incompatibile con l'obbligo di valutazione comparata<sup>45</sup>. Tuttavia, per quanto sia comprensibile il tentativo di tamponare l'“emorragia” di razionalità, simili letture si fondano su basi tecniche fragili,

<sup>44</sup> Da ultimo v. Cass. 7 ottobre 2022 n. 29206. Tra le tante, v. anche Cass. 28 dicembre 2012 n. 23351; Cass. 9 gennaio 2013 n. 355; Cass. 7 agosto 2013 n. 18836; Cass. 23 settembre 2013 n. 21671; Cass. 24 settembre 2015 n. 18972, in *DJ*.

<sup>45</sup> Non a caso, numerosi sono gli autori che le ritengono “eccessive” (SORDI, *Le controversie in tema di incarichi dirigenziali*, in *ADL*, 2009, p. 84 ss.) e “improprie” (CERBO, *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella pubblica amministrazione*, Cedam, 2007, p. 293).

poco in linea con i limiti generali entro cui le clausole di buona fede possono incidere sulle decisioni organizzative.

Secondo un consolidato dibattito, la buona fede, imponendo di salvaguardare gli interessi della controparte contrattuale, ben può essere estesa anche all'attività organizzativa del datore di lavoro; essa ne condiziona l'esplorazione, ma senza comprometterne l'autonomia funzionale: diversamente, la principale caratteristica del potere di assumere scelte organizzative, cioè la libertà, risulterebbe gravemente compromessa<sup>46</sup>. D'altronde, la giurisprudenza di legittimità, in relazione al lavoro privato, afferma chiaramente che la "buona fede rileva soltanto come limite esterno all'attività organizzativa" e il legislatore, con l'art. 30, l. 4 novembre 2010 n. 183, precisa che il giudice non può desumere dalla buona fede regole inclini a comprimere il "merito delle valutazioni organizzative".

Su tali premesse si fondano le perplessità rispetto alla citata giurisprudenza: la clausola di buona fede, non potendo introdurre limiti interni alla scelta organizzativa, dovrebbe essere priva, nel lavoro pubblico privatizzato come nel lavoro privato, dell'idoneità a condizionare il merito di ogni suo sviluppo, incluso il conferimento dell'incarico. Pertanto, la giurisprudenza che desume i contenuti della buona fede dalla l. 241/90, influenzando il merito della scelta in questione, rischia – contraddicendo le interpretazioni da essa sostenute nel privato<sup>47</sup> – di alterare i limiti strutturali entro cui alla medesima buona fede è permesso incidere sui processi organizzativi: comprimendone sia l'*an* sia il *quomodo*, le interpretazioni prima richiamate riducono in radice l'autonomia a essi correlata.

Da quanto detto discende che difficilmente la buona fede giustifica contaminazioni "pubblicistiche" del diritto privato e altrettanto difficilmente

<sup>46</sup> Tra i numerosi autori che hanno approfondito il tema, v. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e posttaylorismo*, in *DLRI*, 2004, p. 1 ss.; DE LUCA TAMAJO, *Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro*, in *ADL*, 2005, p. 467 ss.; GRANDI, *Rapporto di lavoro*, in *ED*, XXXVIII, 1989, p. 313 ss.; GRAGNOLI, *Considerazioni preliminari sui poteri del datore di lavoro e sul loro fondamento*, in *RGL*, 2011, I, p. 511 ss.; MANCINI, *La responsabilità contrattuale e i rapporti del prestatore di lavoro*, Giuffrè, 1957, p. 23 ss.; SANTORO PASSARELLI G., *I poteri del datore di lavoro*, in *ID.*, *Diritto dei lavori. Diritto sindacale e rapporti di lavoro*, I, Giappichelli, 2013, p. 253 ss.; PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè, 1992, in special modo cap. II e cap. IV.

<sup>47</sup> Per limitarsi alle più recenti, v. Cass. 16 dicembre 2022 n. 36955; Cass. 19 maggio 2022 n. 16206; Cass. 17 novembre 2021 n. 34976; 17 agosto 2021 n. 23044; Cass. 5 agosto 2021 n. 22352, in *DJ*.

giustifica l'obbligo della comparazione. Sicché, gli elementi del comma 1 dell'art. 19 non operano quali "criteri di valutazione applicabili alla stregua dei principi di imparzialità e di buon andamento", ma, in un diritto privato non connotato da "specialità", costituiscono limiti esterni alla libera attribuzione dell'incarico: si incide sulla legittimità della scelta, imponendone la consequenzialità con i vincoli in parola, nulla di più.

## II. Segue. *Le incerte scelte normative*

Sulla scia della giurisprudenza considerata, il legislatore ha apportato "confuse" modifiche all'art. 19, d.lgs. 165/01: il riferimento è al nuovo comma 1-bis, cui prestare la massima attenzione<sup>48</sup>. Taluni autori vi hanno rinvenuto una precisa apertura legislativa verso l'*obbligo del concorso* nell'attribuire l'incarico, con l'effetto di compromettere, ancora una volta, la libertà di scegliere il dirigente.

Avallando tale soluzione, la procedura descritta nella norma andrebbe letta attraverso la lente della disciplina – principalmente il d.P.R. 487/94 – sui concorsi pubblici. Sicché, il bando costituirebbe l'unica soluzione per rendere conoscibili il numero e la tipologia dei posti di funzione che si rendono disponibili nella dotazione organica e i criteri di scelta. Mentre il riferimento alla "valutazione" che l'amministrazione deve svolgere andrebbe inteso come valutazione comparativa, destinata a culminare in una graduatoria vincolante, da realizzare per "far emergere, nel raffronto dei singoli giudizi, i candidati da ascrivere al novero degli idonei, rispetto a quelli che l'idoneità non conseguano o la conseguano in misura (relativamente) insufficiente"<sup>49</sup>.

Certo, il comma 1-bis non brilla per chiarezza, ma simile lettura non sembra fondarsi su solidi elementi.

A ben vedere, la norma impone all'amministrazione di rendere conoscibili "il numero e la tipologia dei posti di funzione che si rendono disponibili nella dotazione organica ed i criteri di scelta", ma non contiene alcun

<sup>48</sup> La norma dispone che "L'amministrazione rende conoscibili, anche mediante pubblicazione di apposito avviso sul sito istituzionale, il numero e la tipologia dei posti di funzione che si rendono disponibili nella dotazione organica ed i criteri di scelta; acquisisce le disponibilità dei dirigenti interessati e le valuta".

<sup>49</sup> Cons. St. 29 agosto 2017 n. 4105.

vincolo sulle modalità per adempiere siffatto obbligo e, soprattutto, non menziona minimamente il ricorso al bando pubblico. Tale omissione non va trascurata, perché l'adozione del bando, ossia di un atto amministrativo, richiede un'indicazione normativa espressa e puntuale; a esigerlo è la "piana interpretazione"<sup>50</sup> del comma 1-*bis* dell'art. 1, l. 241/90, secondo cui il ricorso agli atti amministrativi, sottoposti al regime autoritativo, è consentito solo in presenza di una precisa "previsione legislativa che conferisce all'amministrazione il relativo potere"<sup>51</sup>: una puntuale indicazione, però, che nel caso in esame manca. La disposizione, al contrario, pare rimettere all'amministrazione il compito di individuare la soluzione più appropriata per rendere conoscibili, a tutti i potenziali interessati, le informazioni precisate nel comma in parola: lo stesso riferimento testuale all'avviso – lo dimostra l'espressione "anche" – costituisce una mera possibilità e non un vincolo. Inoltre, se pure si rinvenisse nell'avviso la soluzione giuridica richiesta dal legislatore per esigere l'adempimento dell'obbligo di informazione, nemmeno si potrebbe prescindere dall'osservare che esso costituisce un atto giuridicamente diverso dal bando: quest'ultimo, in ogni caso, è destinato a rimanere privo di un autonomo spazio.

Non diverse sono le considerazioni riguardanti il riferimento alla valutazione: per trattarsi di valutazione comparativa il legislatore dovrebbe prevederlo espressamente. Ma simile indicazione manca nel testo della norma, che discorre di valutazione senza aggiungere altro.

Poiché il comma 1-*bis* non chiarisce il tipo di valutazione da svolgere, all'interprete non rimane che cercare risposta nell'attento coordinamento del dato letterale con il dato sistematico. Ebbene, tale coordinamento induce a confrontarsi ancora con la libertà del potere di scegliere il dirigente nella logica privatistica: una libertà che, è opportuno ricordarlo, costituisce il baricentro dell'art. 19, nella cui prospettiva va letta l'intera disposizione. Pertanto, non potendo la selezione del dirigente essere vincolata nel fine, la valutazione citata dalla norma altro non è che la valutazione di consequentialità correlata all'apprezzamento autonomo delle capacità dirigenziali.

<sup>50</sup> NAPOLITANO, *op. cit.*, p. 481 ss.

<sup>51</sup> A precisarlo è ancora NAPOLITANO, *op. cit.*

12. *I vincoli normativi e giurisprudenziali all'utilizzo del contratto a termine*

A irrigidire ulteriormente le dinamiche di scelta del dirigente sono le restrizioni riguardanti il conferimento dell'incarico mediante contratto a termine.

Al riguardo – giova chiarirlo subito – i margini di autonomia sono sempre stati molto ampi; basti solo considerare che per stipulare il contratto a termine non è necessario il preventivo concorso pubblico<sup>52</sup>. E che il medesimo contratto rende più incisivo il ricambio dei dirigenti, consentendo di modificare direttamente la consistenza degli organici dirigenziali assunti dall'amministrazione.

Anche, se non soprattutto, per via della mancata spinta razionalizzatrice della valutazione, la suddetta autonomia ha alimentato prassi gravemente patologiche: la scelta del dirigente a termine è stata troppo spesso ispirata a ragioni di parte. Con l'effetto di indebolire il dirigente di ruolo, compromettendo il tentativo di farne un interlocutore indipendente della politica e consolidando, nei fatti, il potere di condizionarne l'operato<sup>53</sup>.

Non stupisce, allora, che tanto il legislatore quanto la giurisprudenza contabile abbiano sempre più irrigidito l'utilizzo del contratto a termine. Sicché, la vigente formulazione dell'art. 19, co. 6, d.lgs. 165/01 ne ammette la stipula, previa esplicita motivazione, solo con persone di comprovata qualificazione, non rinvenibile nei ruoli dell'amministrazione, attestata dalla riconducibilità in una delle categorie professionali tassativamente elencate: lo scopo è impedire che l'autonomia nella scelta del dirigente possa compromettere le esigenze istituzionali correlate al suo ruolo. A tal fine – osservano i giudici contabili – la riconducibilità del dirigente assunto a termine in una delle suddette categorie va provata in modo puntuale: diversamente, il contratto risulta nullo, violando una norma imperativa quale sicuramente è il comma 6 dell'art. 19, d.lgs. 165/01. La prova in questione – prosegue la Corte dei Conti – deve riguardare tutti i requisiti della categoria di riferimento e deve includere anche la sussistenza di un'esigenza professionale specifica: ri-

<sup>52</sup> A dimostrarlo è l'art. 28, che impone il concorso solo per accedere alla qualifica di dirigente di ruolo: più approfonditamente, v. MONDA, *Il lavoro a tempo determinato del dirigente privato e pubblico*, in SARACINI, ZOPPOLI L. (a cura di), *Riforme del lavoro e contratti a termine*, Editoriale Scientifica, 2017, p. 141 ss.

<sup>53</sup> D'ALESSIO, *La nuova disciplina della dirigenza nel disegno di legge sulla riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*, in LPA, 2015, p. 1 ss.

spondente, cioè, ai compiti gestionali concretamente attribuiti e non frangibile dai dirigenti in servizio presso l'amministrazione<sup>54</sup>.

I vincoli menzionati, sebbene rigorosi, non sono i soli.

A essi si aggiunge un rigido contingentamento legale, che limita il ricorso al contratto a termine, per colmare il vuoto professionale, entro soglie quantitative tarate sui dirigenti assunti a tempo indeterminato<sup>55</sup>. Da segnalare è la scelta, compiuta con il d.l. 80/21 (conv. con modifiche dalla l. 113/21), di ampliare siffatte quote, per affrontare l'attuazione del PNRR. Non sono mancate critiche, rivolte alla "curvatura fiduciaria che la norma accentuerebbe"<sup>56</sup>: al riguardo, però, va osservato che la norma, oltre ad avere una "durata circoscritta" (fino al 31 dicembre 2026), affronta un'esigenza – l'attuazione del PNRR – in sé molto peculiare.

Espressione ulteriore della logica restrittiva è rinvenibile nella durata degli "incarichi direttivi". Il comma 6 dell'art. 19, d.lgs. 165/01, escludendo la possibilità di "eccedere" i termini prescritti per gli "incarichi direttivi", individua il loro tempo di massima vigenza. Ebbene, poiché nell'ipotesi considerata l'incarico direttivo è conferito con il contratto a tempo determinato, difficilmente può dubitarsi che il termine in parola definisca pure la durata massima complessiva, comprensiva di proroghe e rinnovi, del medesimo contratto: diversamente, verrebbe fatta salva la possibilità di dilatare i tempi del contratto a termine e, quindi, dell'incarico per un tempo indefinito.

### 13. *Dalla scelta del dirigente alla sua responsabilità*

Le incongruenze che stanno "corrodendo" il "modello privatistico" coinvolgono anche le tecniche per realizzare la c.d. tensione verso il risultato.

Senza snaturare la struttura dell'obbligazione lavorativa del dirigente, l'ordinamento affida a precisi istituti il compito di collegare gli andamenti

<sup>54</sup> C. Conti 1° settembre 2016 n. 107; 14 dicembre 2016 n. 213; 22 dicembre 2016 n. 234.

<sup>55</sup> L'art. 19, co. 6, d.lgs. 165/01 dispone che gli incarichi a termine possono essere conferiti nei limiti del 10 per cento della dotazione organica dei dirigenti appartenenti alla prima fascia dei ruoli dell'articolo 23 e dell'8 per cento della dotazione organica di quelli appartenenti alla seconda fascia.

<sup>56</sup> BELLAVISTA, *Una pubblica amministrazione al servizio dei cittadini. Il ruolo della dirigenza pubblica*, in SANTUCCI, CERBONE (a cura di), *La dirigenza degli enti locali alla prova della contrattazione collettiva*, Giappichelli, 2022, p. 5.

del risultato alla vicenda esecutiva del contratto di lavoro: un'impostazione evidente in materia retributiva, ma indubbiamente sublimata dalla più volte richiamata responsabilità dirigenziale.

Sulla sua configurazione giuridica molto si è discusso e a distanza di trent'anni, può considerarsi prevalente la lettura che ne fa una responsabilità oggettiva, fondata sul contratto perché connessa al suo oggetto, ma collocata su di un piano diverso dall'adempimento in senso stretto. Simile costruzione conferma che il risultato non integra, né potrebbe, l'obbligazione lavorativa del dirigente, regolamentata, pur con non marginali peculiarità, secondo le generali coordinate del lavoro subordinato<sup>57</sup>. Ed è coerente, per certi versi giustificandola, con la distinzione tra responsabilità dirigenziale e disciplinare prevista dalle norme<sup>58</sup>, al fine di impedire che le dinamiche tipiche della seconda responsabilità – dove l'elemento soggettivo risulta determinante – compromettano la logica istituzionale insita nella prima.

La diffusione di tali argomenti non è stata agevole, avendo attraversato un percorso in salita. Basti pensare alle posizioni non sempre lineari della giurisprudenza di legittimità: famosa rimane la tesi secondo cui “i due tipi di responsabilità [*disciplinare e di risultato*] possono in parte coincidere, in parte essere divergenti”<sup>59</sup>.

Su siffatta impostazione la giurisprudenza di legittimità è tornata, precisando che “la responsabilità dirigenziale ... non coincide con la responsabilità disciplinare che presuppone un inadempimento colpevole di obblighi gravanti sul dirigente”. Sicché, in presenza di “inosservanza delle direttive imputabili al dirigente” o “di un comportamento astrattamente riconducibile ad entrambe le forme di responsabilità”, la responsabilità “assumerà valenza solo disciplinare ove la p.a. ritenga di sanzionare la violazione in sé dell'ordine e della direttiva”: la responsabilità, invece, avrà natura dirigenziale quando la mancanza del dirigente rimane assorbita negli esiti della struttura<sup>60</sup>.

Tali consapevolezze emergono pure nei recenti contratti collettivi di area, che, nell'intervenire sulla responsabilità disciplinare, reputano oramai

<sup>57</sup> V. *amplius* ZOPPOLI A., *Dirigenza, contratto di lavoro*, cit. e TOSI, *Il dirigente d'azienda. Tipologia e disciplina del rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1974.

<sup>58</sup> V. art. 21, d.lgs. 165/01.

<sup>59</sup> Cass. 20 febbraio 2007 n. 3929, su cui da ultimo NICOSIA, *La responsabilità dirigenziale*, FIORILLO (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Giuffrè, 2019, p. 1026.

<sup>60</sup> Cass. 24 gennaio 2017 n. 1753.

“principio generale la distinzione tra le procedure ed i criteri di valutazione dei risultati e quelli relativi alla responsabilità disciplinare”. E gli effetti sono visibili, perché, con formule talvolta imprecise, evidente è l’attenzione a fondare la responsabilità disciplinare sulla sola “violazione degli obblighi di comportamento”: evitando di intaccare le “condotte gestionali”, in quanto “ricondotte nella responsabilità dell’art. 21”<sup>61</sup>.

#### 14. Segue. *Cenni su recesso per responsabilità dirigenziale e tutela reintegratoria*

Restando alla contrattazione collettiva del triennio 2018–2020, più di un dubbio, invece, ha sollevato l’intervento sul c.d. recesso per responsabilità dirigenziale compiuto dal contratto collettivo per il personale dell’area funzioni locali<sup>62</sup>.

In estrema sintesi, sulla scia dell’ampio rinvio al contratto collettivo contenuto nell’art. 21, il recesso in parola è venuto ancorandosi a due ipotesi: il mancato raggiungimento di obiettivi particolarmente rilevanti per il conseguimento dei fini istituzionali dell’amministrazione, previamente individuati nei documenti di programmazione e formalmente assegnati al dirigente; l’inosservanza delle direttive generali per l’attività amministrativa e la gestione, formalmente comunicate al dirigente, i cui contenuti sono stati espressamente qualificati di rilevante interesse. Un’impostazione con evidenti finalità restrittive, sulla quale la contrattazione interviene, per i soli dirigenti degli enti locali, eliminando entrambe le ipotesi indicate: in questo modo – viene rimarcato in chiave critica<sup>63</sup> – si ridimensiona il collegamento con il sistema di valutazione della *performance*.

Certo, l’esclusione dei due incisi richiamati alimenta qualche incertezza, ma con difficoltà può desumersi l’attenuazione di ogni raccordo con la valutazione. Sulla scia della giurisprudenza costituzionale citata nelle pagine iniziali, tale raccordo è oggi formalizzato dallo stesso art. 21, d.lgs. 165/01: punto non marginale dato che il contratto collettivo, per quanto siano estese

<sup>61</sup> In termini pressoché analoghi: ccnl Comparto Funzioni Centrali triennio 2016–2018, art. 33; ccnl Comparto Funzioni Locali triennio 2016–2018, art. 33; ccnl Comparto Istruzione e Ricerca triennio 2016–2018, art. 25.

<sup>62</sup> Ccnl Comparto Funzioni Locali triennio 2016–2018, art. 49.

<sup>63</sup> MAINARDI, *Valutazione e responsabilità della dirigenza pubblica. A proposito di un recente libro*, in *LPA*, 2022, p. 22.

le sue competenze sul recesso in parola, non può destrutturarne i presupposti procedurali e sostanziali stabiliti dalla norma.

La logica della responsabilità dirigenziale nemmeno è messa in discussione dalle scelte maturate, dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 351/2008, sulla reintegrazione. Scelte in sé discutibili<sup>64</sup>, perché inclini a condizionare la logica della contiguità: sia chiaro, però, rispetto agli effetti del recesso illegittimo e non alla natura della responsabilità.

Il tema è troppo ampio per essere ulteriormente approfondito. È possibile solo aggiungere che la contrattazione collettiva, se è sempre intervenuta problematicamente sul recesso<sup>65</sup> – con una tutela almeno in parte meramente obbligatoria – soltanto dopo la sentenza della Corte costituzionale del 2008 – contraria a un rimedio di carattere esclusivamente “monetario” (sembrerebbe) per l’intera dirigenza pubblica – ha optato per la tutela reintegratoria. Simile cambio di rotta – è evidente – muove dalla chiara constatazione che la sentenza 351, affermando l’incompatibilità tra i principi costituzionali e la tutela di carattere soltanto economico contro il licenziamento “ingiustificato”, implicitamente esige la “reintegrazione”: sicché, la tutela contro il licenziamento ingiustificato del dirigente viene sottratta sia alla “disponibilità” del legislatore sia della contrattazione collettiva. La medesima constatazione, tra l’altro, porta lo stesso legislatore a modificare l’art. 63, d.lgs. 165/01, estendendo indistintamente la reintegrazione a tutto il personale: un’impostazione, è fin troppo agevole rilevarlo, opposta rispetto a quella del privato.

### 15. *Segue. I problemi applicativi della responsabilità e le relative “soluzioni”*

Quanto detto sulla natura della responsabilità dirigenziale spiega perché, se il risultato ne è il presupposto, le difficoltà della valutazione hanno travolto anch’essa, limitandone l’operare empirico.

Ne è derivata un’alterazione del binomio autonomia – responsabilità, che culmina in nuove forme di scambio “sicurezza-potere”: se prima il dirigente si ritirava dalla gestione in cambio di garanzie nello *status* e nella car-

<sup>64</sup> A rimarcarlo è ZOPPOLI A., *Licenziamento del dirigente pubblico e organizzazione dopo la sentenza della consulta n. 351 del 2008*, in *DLM*, 2009, p. 111.

<sup>65</sup> Da ultimo ZOPPOLI L., *Datore di lavoro pubblico*, cit., pp. 571-574.

riera, adesso fugge le responsabilità gestionali, pur ricevendo comunque la corrispondente “monetizzazione”, e adempie i soli doveri di condotta<sup>66</sup>.

Per affrontare simile deriva, l’ordinamento sempre più confida nella “capacità dei vincoli legali di conformare effettivamente i comportamenti organizzativi e gestionali dei dirigenti”<sup>67</sup>. A questo scopo imbocca un percorso assai peculiare, perché, oltre a imporre sempre più nitidamente un modello di gestione basato sulla obbligatorietà della sanzione<sup>68</sup>, vincola il dirigente a regole di condotta rilevanti ai fini della responsabilità dirigenziale. Tanto emerge da una serie articolata e in costante crescita di disposizioni, che collegano la responsabilità di risultato all’inadempimento di multiformi obblighi comportamentali: alcuni latamente collegabili alle dinamiche istituzionali del risultato – è il caso della disciplina sulla trasparenza e sull’anticorruzione – altri, invece, privi di ogni connessione con esse<sup>69</sup>.

Diversamente da quanto si è sostenuto<sup>70</sup>, tuttavia, le menzionate disposizioni non giustificano la sovrapposizione tra responsabilità dirigenziale e disciplinare. A escluderlo è la difficoltà di rinvenire in una serie di prescrizioni

<sup>66</sup> TALAMO, *Incarichi dirigenziali e poteri datoriali: le regole del diritto e torsioni della politica*, in *LPA*, 2022, p. 11.

<sup>67</sup> MAINARDI, *Valutazione e responsabilità della dirigenza pubblica. A proposito di un recente libro*, in *LPA*, 2022, p. 21.

<sup>68</sup> Da ultimo v. ZILLI, in questo *Quaderno*.

<sup>69</sup> Tra i molteplici obblighi privi di ogni connessione con la valutazione del risultato è possibile qui ricordare: l’emanazione del provvedimento amministrativo (art. 2, co. 9, l. 241/90); la partecipazione alla conferenza di servizi ovvero l’adozione della determinazione motivata di conclusione del procedimento (art. 14-ter, co. 6-bis, l. 241/90); la regolarità nell’utilizzo del lavoro flessibile (art. 36, commi 3 e 5, d.lgs. 165/01); l’osservanza delle disposizioni per favorire l’accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici (art. 9, l. 4/04); l’attuazione delle disposizioni del Codice dell’amministrazione digitale (art. 12, d.lgs. 82/05); la comunicazione e l’aggiornamento dei dati pubblici che devono essere contenuti nei siti delle amministrazioni (art. 54, d.lgs. 82/05); la comunicazione degli elementi necessari al completamento e all’aggiornamento dell’indice degli indirizzi delle pubbliche amministrazioni (art. 57-bis, co. 3, d.lgs. 82/2005); il rispetto dei termini per la conclusione dei procedimenti (art. 7, co. 2, legge 69/09); la pubblicazione sui siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni dell’elenco degli atti e dei documenti che l’istituto ha l’onere di produrre a corredo dell’istanza (d.l. 70/11, conv. con modifiche dalla l. 106/11, art. 6, co. 2); il rilascio di certificazioni delle somme dovute per somministrazioni, forniture e appalti mediante piattaforma elettronica (art. 7, co. 2 e 5, d.l. 35/13).

<sup>70</sup> BORGOGELLI, *Valutazione e responsabilità della dirigenza pubblica: ancora una riforma*, in CARINCI F. (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi. Atti del X Seminario di Bertinoro-Bologna del 23-24 ottobre 2014*, in *Adapt*, e-Book series, 2015, p. 416.

maturate “un po’ alla rinfusa”<sup>71</sup> l’idoneità e, soprattutto, la reale intenzione legislativa di incidere sul significato istituzionale della responsabilità di risultato. Se quest’ultima concorre ad attuare l’art. 97 Cost., l’ordinamento, qualora volesse modificarne la natura, dovrebbe perseguire tale intento in maniera chiara e, soprattutto, sistematica: si tratterebbe, pur sempre, di rimodulare il percorso giuridico-organizzativo per assicurare i principi costituzionali.

Escluso l’esito più estremo di simili sviluppi normativi, i problemi sono tutt’altro che risolti, perché, includendo taluni obblighi comportamentali nell’orbita della responsabilità dirigenziale, si rischia di improntare la valutazione del risultato a parametri con essa del tutto inconciliabili. Per l’esattezza, se la responsabilità in parola trova il suo necessario fondamento nella valutazione *esterna*, nulla esclude che, sulla scia della legislazione considerata, ai criteri normativi per misurare il risultato – su cui v. art. 8 d.lgs. 150/09 – si affianchi un criterio ulteriore: l’adempimento di puntuali obblighi legislativi, ritenuti dall’ordinamento rilevanti per la qualità dei servizi. Naturalmente, procedendo in questa direzione, non si rafforza il binomio valutazione-responsabilità, perché tale relazione si “alimenta” di autonomia organizzativo-gestionale e non di obblighi comportamentali da osservare. Anzi, si aggrava ancor più lo scambio prima accennato, perché spinge il dirigente a non esercitare i poteri del datore di lavoro e a rifugiarsi nel mero adempimento delle norme: in tali termini, non a caso, si discorre di “burocrazia difensiva”.

#### 16. *La disciplina premiale: critiche di sistema ed equilibri normativi*

Tra le soluzioni adottate dall’ordinamento per collegare il risultato all’esecuzione del contratto di lavoro del dirigente – a chiarirlo è la giurisprudenza contabile – ricorre pure la retribuzione di posizione, correlata alla “dimensione quantitativa” del risultato prodotto, e la retribuzione, per l’ap-punto, di risultato, che ne “incentiva” il conseguimento.

Anche su questo piano i problemi non sono mancati e lo dimostra l’erogazione “a pioggia” degli incentivi; un esito su cui hanno pesato diversi fattori: la crisi di sistema della valutazione con le sue connesse impli-

<sup>71</sup> V.TULLINI, *L’inadempimento e la responsabilità disciplinare del dipendente pubblico: tra obblighi giuridici e vincoli deontologici*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*. IT - 229/14, p. 18.

cazioni, l'impiego non sempre virtuoso del contratto integrativo oltre, più in generale, allo sviluppo di non sane relazioni sindacali. Ecco perché numerose sono state le soluzioni legislative per rilanciare il senso dell'incentivazione economica, del tutto compromesso dalla tendenza ad annullare ogni "differenza".

Il tema è tornato all'attenzione della letteratura, perché gli ultimi interventi legislativi, modificando il quadro di riferimento, hanno spinto a riaprire il dibattito sulle difficoltà incontrate dalla riforma del 2009. Sul banco degli imputati, oltre alla contrattazione di secondo livello<sup>72</sup>, è finita la tendenza a valorizzare eccessivamente l'incentivazione individuale, che avrebbe fatto smarrire una visione complessiva e inscindibile degli ambiti della *performance*<sup>73</sup>. In realtà, al netto di soluzioni troppo rigide – si pensi all'ormai superato sistema delle fasce – a ostacolare una sana incentivazione non sembra essere stata la *performance* individuale, che, almeno per i dirigenti, non prescinde da quella organizzativa.

Per rendersene conto, è sufficiente osservare che il risultato, pur non integrando strutturalmente l'obbligazione lavorativa, si relaziona in termini diretti con la prestazione dirigenziale, perché suo oggetto sono i poteri organizzativo-gestionali. Sul presupposto di tale relazione immediata, l'ordinamento pone il risultato al centro di una dimensione dove, più che il fulcro di un articolato circuito di responsabilità, rappresenta l'esito diretto di un'attività lavorativa da incentivare. E, per verificare se la prestazione si sia espressa con l'intensità necessaria a ottenere il risultato, introduce la performance individuale, collegandola osmoticamente alla performance organizzativa.

Al fine di cogliere il senso di tale osmosi, è utile considerare più attentamente la progettazione della quantità di lavoro da prestare. Essa, infatti, si basa su obiettivi individuali<sup>74</sup>, che, dovendo strutturare il risultato conseguente alla prestazione, non possono non essere organizzativi. L'individualità menzionata dal legislatore riflette l'indivisibilità del risultato rimesso alla responsabilità del dirigente: se gli obiettivi rappresentano lo strumento per pianificare l'esito finale della sua prestazione, la natura individuale a questi imposta dal legislatore permette di garantirne la riconducibilità nell'esclusiva responsabilità dirigenziale. Sicché, il riferimento agli "indicatori di perfor-

<sup>72</sup> V. FERRARA, in questo *Quaderno*.

<sup>73</sup> CERBONE, *Lavoro del dirigente pubblico e autonomia territoriale*, Giappichelli, 2020.

<sup>74</sup> V. l'art. 9, co. 1, lett. b), d.lgs. 150/09.

mance relativi all'ambito organizzativo di *diretta* responsabilità” va letto come obbligo di calibrare i parametri per misurare l'elemento quantitativo della prestazione su ciò che scandisce l'*ambito* della responsabilità di risultato: il riferimento è ai servizi e ai correlati standard in funzione dei quali costruire gli indicatori di performance e che, come indispensabile riferimento di questi ultimi, vanno inclusi nella misura dell'obiettivo, definendo la soglia quantitativa cui la prestazione deve tendere.

Stando a simili osservazioni, non è peregrino ritenere che la performance individuale, limitatamente alla sua componente quantitativa<sup>75</sup>, includa i parametri utilizzati per accertare l'efficacia del risultato, da appurare nell'indagine sulla performance organizzativa. È questo il senso della richiamata osmosi, che il d.lgs. 74/17 valorizza: nella valutazione della performance individuale del dirigente, non a caso, *peso prevalente* è riconosciuto alla dimensione quantitativa della prestazione.

#### 17. Segue. *I contratti collettivi sulla differenziazione premiale*

Se la “crisi di rigetto” della “premialità differenziata” non dipende dalla centralità della *performance* individuale, bensì da problemi di più ampio respiro, non è secondario verificare come l'ordinamento affronti la questione con le riforme del 2017.

Confermato il divieto dell'erogazione “a pioggia”, leva indiscussa del nuovo quadro normativo è il contratto collettivo nazionale, competente a stabilire tanto la quota di risorse “destinate a remunerare la performance organizzativa e individuale” quanto i criteri per garantire “un'effettiva diversificazione dei trattamenti economici”: confrontarsi con la contrattazione collettiva, quindi, diventa inevitabile.

<sup>75</sup> Da precisare che, per coordinare la dimensione quantitativa della prestazione alle qualità soggettive profuse nell'espletamento dell'attività lavorativa, la lett. c) dell'art. 9, co. 1, d.lgs. 150/09 affianca agli obiettivi e ai correlati indicatori le competenze sia dinamico-relazionali sia personali che il dirigente esprime: a tal fine, nel primo caso, si ricorre alla “qualità del contributo assicurato alla performance della struttura” mentre, nel secondo, si utilizzano le “competenze professionali dimostrate” nell'eseguire l'oggetto del contratto di lavoro e, dopo il d.lgs. 74/17, i “comportamenti organizzativi richiesti per il più efficace svolgimento delle funzioni assegnate”. È così che il legislatore consente di pianificare una componente di primo piano nello svolgimento della prestazione, per poi misurare, mediante la sintesi effettuata con la performance individuale, la sua capacità di contribuire a realizzare il risultato.

I contratti di area meritoriamente ribadiscono che la retribuzione di risultato “è attribuita sulla base dei diversi livelli di valutazione della stessa conseguiti da dirigenti e professionisti, fermo restando che la sua erogazione può avvenire, nel rispetto delle vigenti previsioni di legge in materia, solo a seguito del conseguimento di una valutazione positiva”<sup>76</sup>.

Dubbia, invece, è la soluzione di dettaglio adottata per differenziare l'erogazione dei premi.

I contratti collettivi introducono una “maggiorazione premiale” corrisposta a chi, nei limiti della quota massima stabilita dal contratto integrativo, consegue le *performance* “più elevate”: si prescrive, per così dire, di individuare i “migliori”, cui spetta un incremento della retribuzione in parola a fronte di un risultato che rimane identico.

La soluzione è discutibile, perché l'art. 19, d.lgs. 150/09, ponendo l'accento sulla selettività della retribuzione incentivante, intende proporzionarne l'erogazione agli esiti della valutazione<sup>77</sup>. Muovendo da tale assunto, al grado di conseguimento del risultato programmato andrebbe collegato *solo* un corrispondente ammontare della retribuzione premiale e non, poiché la valutazione è tra le più elevate, anche un “incremento premiale”: per corrispondere quest'ultimo, secondo la stretta logica corrispettiva valorizzata dalla giurisprudenza contabile, è imprescindibile un presupposto strutturale distinto da quello su cui è fondata la retribuzione premiale<sup>78</sup>. La tecnica della “maggiorazione premiale”, inoltre, trascura la doverosa “diversificazione” dei “trattamenti economici” riservati ai dirigenti esclusi dalla quota dei “migliori”: profilo da rimarcare anch'esso, perché l'art. 19 rimette al contratto collettivo il compito di differenziare i premi in funzione di valutazioni altrettanto differenziate per *tutto* il personale dirigenziale.

Non è secondario, infine, soffermarsi su come strutturare la “quota ristretta di personale”: è possibile, cioè, articolarla secondo criteri specificati dal contratto integrativo o la stessa deve essere unica?

A spingere verso la seconda soluzione, sono gli stessi contratti collettivi,

<sup>76</sup> In termini analoghi v. ccnl Comparto Funzioni Centrali triennio 2019-2021; ccnl Comparto Funzioni Locali triennio 2016-2018; ccnl Comparto Istruzione e Ricerca triennio 2016-2018; ccnl Comparto Sanità triennio 2019-2021.

<sup>77</sup> RICCI, CUTTONI, *Valutazione e premi*, in FIORILLO, *op. cit.*, p. 808 ss.

<sup>78</sup> Il riferimento è alla giurisprudenza contabile secondo cui tutti gli emolumenti ulteriori a quelli fondati sull'adempimento della prestazione “vanno giustificati da un preciso *quid plus* rispetto alla prestazione esatta”.

che sembrano riferire la quota massima a tutti i dirigenti: diversamente, tra l'altro, il carattere *limitato* della maggiorazione rischierebbe di risentirne.

Assodata l'unicità della "quota ristretta", un dubbio ulteriore emerge e riguarda la tendenza a mettere "in concorrenza" dirigenti con diverse responsabilità. Profilo non marginale, visto che la stessa giurisprudenza costituzionale non impedisce di individuare dirigenti con responsabilità *quantitativamente* diverse, i cui effetti sulla valutazione e sulle tecniche di incentivazione sono inevitabili. Tuttavia, per via della quota unica restrittiva, tali effetti rischiano di perdere consistenza, ripercuotendosi sulla "parità delle armi" nella "competizione" al premio maggiorato.

#### Sezione IV.

##### *Le prospettive del "modello privatistico"*

#### 18. Declino vs sviluppo parziale: come (non) "rafforzare" il dirigente

L'analisi sin qui svolta impone di chiedersi se, come da taluni sostenuto, le difficoltà prospettate costituiscono il chiaro indice di un inesorabile tramonto del "modello privatistico": un tramonto giustificato dall'inadeguatezza nel garantire amministrazioni efficaci.

Tali opinioni, degne della massima attenzione, vanno attentamente ponderate. Non solo perché la capacità delle amministrazioni di offrire un'azione pubblica di qualità è stata condizionata da numerose variabili esogene al "modello privatistico": aspetto non marginale e che, già di per sé, mette in seria discussione la correlazione tra le difficoltà del "modello privatistico" e la qualità dei servizi<sup>79</sup>. Ma anche perché, prima di chiedersi se il modello in parola sia ancora attuale, occorre chiedersi quanto lo stesso sia stato reso effettivo: il che equivale a chiedersi se sia stato attuato in modo coerente. Una domanda per nulla secondaria, visto che il "modello privatistico" si è retto su basi estremamente fragili: tanto fragili che l'avanzata della "politica" era prevedibile o, se si preferisce, inevitabile.

È opinione condivisa che il principale lascito di questi trent'anni di privatizzazione sia una dirigenza precarizzata: indebolita, privata di ogni autonomia e della possibilità di essere vettore di equilibrio tra la *mission*

<sup>79</sup> Per ulteriori approfondimenti, v. ZOPPOLI L., MONDA P., *op. cit.*

dell'amministrazione e la politica<sup>80</sup>. Sia chiaro, il problema è drammaticamente reale, ma imputabile, più che al "modello privatistico" in sé, al suo sviluppo. Costituendo il "modello privatistico" l'architrave dell'intera riforma, l'ordinamento, per valorizzare il dirigente, avrebbe dovuto conferirgli una posizione di effettiva forza: serve a poco riconoscergli la "gestione" esclusiva se poi lo stesso, nel suo esercizio, può essere "condizionato" dalla politica.

I meccanismi che avrebbero dovuto garantire siffatta posizione di forza, però, non sono stati interiorizzati appieno dall'ordinamento. Eloquente è la parabola della valutazione, che "inizia" con la l. 15 marzo 1997 n. 59: l'art. 17, co. 1, lett. b), prevedeva il ricorso a meccanismi di "valutazione, sulla base di parametri oggettivi, dei risultati dell'attività amministrativa e dei servizi pubblici favorendo ulteriormente l'adozione di carte dei servizi e assicurando in ogni caso sanzioni per la loro violazione". Nonostante la delega, con il d.lgs. 30 luglio 1999 n. 286 è stato introdotto un sistema integrato di controlli interni, ciascuno con un proprio contenuto e strettamente connesso all'altro. Ne è derivato un modello ripiegato su di sé e lontano dal realizzare la verifica oggettiva degli esiti organizzativi; un modello, tra l'altro, cui non hanno giovato la scarsa attenzione verso la riduzione dell'invasione politica nella valutazione, la mancanza di un ruolo autonomo dei nuclei di valutazione, l'assenza di chiari meccanismi sia formali sia sostanziali per assegnare gli obiettivi e, infine, la procedimentalizzazione approssimativa delle attività di valutazione<sup>81</sup>. L'unico baluardo a tutela del buon andamento era proprio la suddetta integrazione, che avrebbe dovuto garantire la genesi spontanea dell'equilibrio organizzativo più adatto a realizzare risultati efficaci ed efficienti: un assetto debole, essendo, in ultima istanza, integralmente rimesso alle scelte del soggetto politico.

Si giunge, così, alle riforme del 2009 e del 2017. Le novità non mancano, ma la fragilità del quadro normativo persiste innegabile: si pensi al passaggio di competenze da un'autorità indipendente a un soggetto istituzionale connotato politicamente.

Ma non è tutto.

La valutazione del risultato fa, sì, emergere le competenze del dirigente, ma per renderle visibili necessita di un ampio bacino dell'offerta di lavoro:

<sup>80</sup> Da ultimo TALAMO, *op. cit.*

<sup>81</sup> ZOPPOLI L., *La valutazione delle prestazioni*, cit.

un “palcoscenico professionale” incline a diffondere tali capacità, permettendo al dirigente di maturare una propria *soggettività* da riversare nell’interlocuzione con la politica<sup>82</sup>. Era questa l’originaria funzione del ruolo unico: creare il suddetto “palcoscenico professionale”, garantire una mobilità ampia dei dirigenti e, in quanto causa principale dello scambio sicurezza-potere, recidere lo storico legame con il dicastero. Tuttavia – è noto – il ruolo unico è stato superato dalla l. 145/02 e non più reintrodotta.

Nemmeno va trascurata, inoltre, l’abrogazione di quelle norme volte a razionalizzare, ricorrendo alla valutazione, la disciplina degli incarichi: si pensi al comma 1-ter dell’art. 19, d.lgs. 165/01 abrogato dall’art. 9, co. 32, d.l. 78/2010. In presenza di una valutazione “positiva”, la norma vincolava l’amministrazione che non intendeva confermare l’incarico a darne “idonea e motivata comunicazione al dirigente con un preavviso congruo, prospettando i posti disponibili per un nuovo incarico”. Non si irrigidiva né si escludeva la scelta del dirigente: alla valutazione “positiva” si collegava un diritto sia alla chiarezza sia alla conoscenza delle proprie sorti, ma non al “mantenimento” dell’incarico.

#### 19. Segue. *Dal ruolo “organizzativo” della politica alle sue “omissioni”*

Nemmeno va trascurato – riprendendo le parole della Corte dei Conti<sup>83</sup> – che sul difficile sviluppo del “modello privatistico” molto hanno pesato le mancanze della politica. Le cause spesso additate a fondamento di tale deriva – si è incisivamente osservato – “costituiscono più degli alibi che delle motivazioni reali”: “l’incidenza della retribuzione di risultato”, “la sproporzione tra obiettivi e risorse” e “i vincoli di carattere sindacale” non presentano nelle amministrazioni pubbliche “criticità differenti rispetto a quanto accade nel privato, dove sono molto diffuse”<sup>84</sup>. Invece, spesso trascurate – tornando alla Corte dei Conti – sono state le gravi storture prodotte dal limitato radicamento della funzione di programmazione: mancanza imputabile alla stasi politica. E un problema di regole, se si è posto, ha riguardato i meccanismi

<sup>82</sup> ZOPPOLI A., *Dirigenza, contratto di lavoro*, cit.

<sup>83</sup> Celebre rimane la delibera 17 maggio 2002 n. 19.

<sup>84</sup> Rapporto, *Processi di programmazione strategica e controlli interni nei Ministeri. Stato e prospettive. Rapporto di legislatura*, Roma, 2006 elaborato dal Comitato Tecnico Scientifico istituito dal d.lgs. 286/99.

per affrontare siffatto stallo: come, al contrario, avrebbe richiesto il “ruolo organizzativo” della politica.

La questione pure nel d.lgs. 150/09 non ha ricevuto attenzione; anzi, per garantire una gestione della performance ispirata a un sano equilibrio tra costi e qualità del risultato, il decreto è intervenuto sulla sola dirigenza, alimentando numerose perplessità quanto alla proporzione tra competenze, responsabilità e “sanzioni”. Dimostrarlo non è complicato: l’assenza dei “tasselli” costituenti il ciclo di gestione delle performance determina, in coerenza con la sua logica procedimentale, il divieto di erogare la retribuzione premiale, ma il legislatore trascura che taluni degli atti strutturanti siffatto ciclo sono rimessi alla sola politica. Eloquente in tal senso è l’art. 10, co. 5, d.lgs. 150/09: la norma vieta l’erogazione della retribuzione di risultato “ai dirigenti che risultano avere concorso alla mancata adozione del Piano”, tralasciando che la mancanza del Piano (adesso PIAO), la cui adozione spetta alla politica<sup>85</sup>, può dipendere anche da sue esclusive mancanze.

Da tale impostazione non si allontana il d.lgs. 74/17: nell’integrare il suddetto art. 10, co. 5, introduce, nei casi di assenza del Piano (adesso PIAO) o della Relazione sulla performance causata da omissioni o inerzie politiche, una peculiare ipotesi di responsabilità amministrativa (*rectius* contabile) a carico dell’“organo che dispone” l’erogazione dei “trattamenti” e delle “premierità del Titolo III”.

Intendiamoci, l’erogazione del premio in assenza del PIAO o della Relazione sulla Performance integra una sicura patologia. Mancando il primo, la gestione premiale verrebbe scissa dal momento programmatico, che, nel ciclo delle performance, costituisce un *pruis* rispetto alla pianificazione delle performance, alla sua valutazione e agli stessi incentivi. Non adottando la Relazione sulle performance, invece, il premio verrebbe corrisposto senza consentire all’Organismo di Valutazione le dovute verifiche metodologiche sulle procedure di valutazione.

Rimane, però, il problema dell’omissione e dell’inerzia politica: la disposizione consente di imputare all’organo di indirizzo una responsabilità amministrativa, ma solo se abbia disposto la liquidazione del premio. Si tralascia del tutto, invece, che sia l’omissione sia l’inerzia nel pianificare gli obiettivi o nel rendicontare i risultati possono, in sé considerate, arrecare un “danno” grave all’amministrazione: tanto la loro mancanza quanto la ritardata

<sup>85</sup> Per il PIAO v. art. 11, d.m. 22 giugno 2022.

adozione paralizzerebbe l'intera gestione organizzativa, impedendo di assegnare gli obiettivi ai dirigenti e al restante personale.

## 20. *Lezioni per il futuro*

Il più recente tentativo di correggere la complessiva deriva esaminata risale allo schema di decreto legislativo sulla dirigenza pubblica fondato sull'art. 11 della legge delega 124 dell'agosto 2015 (cd. riforma Madia), travolto dalla sentenza della Corte costituzionale n. 25/2016. Nel sintetizzarne il fine, si è detto che, valorizzando il rilievo del sistema pubblico cui appartiene il dirigente, esso mirava a superare la separazione tra organizzazione e rapporto di lavoro, in modo da correggere un presupposto fondamentale della "privatizzazione"<sup>86</sup>.

Lasciando intatto l'inquadramento privatistico e lo schema contratto a tempo indeterminato-incarico a termine, lo schema di decreto concentrava la sua attenzione sulla disciplina degli incarichi, provando a valorizzare la figura unitaria di "dirigente della Repubblica" (al centro della relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo). Numerose sono state le perplessità, che hanno riguardato pure i ruoli unici: architrave del nuovo "sistema di dirigenza pubblica", ma penalizzato da regole di difficile attuazione e poco in linea con gli intenti di flessibilità dalla delega.

Sono le considerazioni di sintesi sullo schema di decreto, però, a richiedere più attenzione, perché offrono la possibilità di riflettere, al termine dell'analisi, sulle possibili strade da seguire per uscire dal "guado". Al riguardo, doverosa è una precisazione preliminare: la riforma del lavoro pubblico non ha mai inteso separare organizzazione e rapporto di lavoro. Partire da questo assunto rischia di essere fuorviante, perché, soprattutto nel caso dei dirigenti, le riforme degli anni '90 evidenziano un dato radicalmente divergente: il rapporto di lavoro viene posto in stretta connessione al momento organizzativo tramite la formula della contiguità strutturale.

Ciò che la riforma del lavoro pubblico separa sono i poteri della dirigenza e della politica: sin dalle prime pagine, infatti, è emerso che, sullo

<sup>86</sup> BATTINI, *Al servizio della Nazione? Verso un nuovo modello di disciplina della dirigenza e del personale*, Testo della Relazione tenuta al 62° Convegno di Studi amministrativi su *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della Pubblica Amministrazione*, Varese, 22, 23 e 24 settembre 2016.

sfondo del contratto di lavoro del dirigente privato, l'autonomo esercizio del potere gestionale-organizzativo viene limitato a un soggetto dalla legittimazione esclusivamente tecnica. Per impedire l'appiattimento della dirigenza sulla sfera politica, quindi, la separazione di funzioni non culmina in nessuna separazione organizzativa. Il problema, piuttosto, sta nell'assicurare una virtuosa interazione tra il versante organizzativo e funzionale: un'interazione tanto complessa quanto necessaria e il cui punto di congiuntura doveva essere la valutazione *esterna*, che – lo si è detto – si è rivelata decisamente in salita.

Ritenere che nulla sia stato fatto e che gli ultimi trent'anni siano trascorsi invano sarebbe eccessivo: nelle amministrazioni non mancano percorsi, magari anche tortuosi e poco performanti, ma in passato completamente sconosciuti. Nemmeno vanno trascurate, inoltre, quelle (poche ma esistenti) esperienze di sicuro interesse, le quali dimostrano che, al netto delle indiscutibili difficoltà tecniche, in sé la valutazione *esterna* non è impraticabile.

Di questo occorre essere consapevoli, perché sulle sorti della valutazione *esterna* – in un certo senso – hanno pesato le sue stesse potenzialità. Se operante in modo organico e sistematico, simile valutazione fungerebbe da vettore – si è scritto – di un “rinnovamento incline a coinvolgere chiunque operi nell'amministrazione, a partire dalla politica, orientandone l'azione verso concrete prospettive di *policy*”<sup>87</sup>; ridefinirebbe, inoltre, equilibri e dinamiche di potere, operando come antidoto alle patologie della politica<sup>88</sup>. Tale piano politico-istituzionale va tenuto nella massima considerazione, perché a ragione i principali freni alla valutazione sono stati rinvenuti in esso.

Pertanto, a trent'anni dalla riforma del lavoro pubblico, si può anche sostenere che la valutazione sia irrealizzabile, ma bisognerebbe, poi, affrontarne con convinzione le conseguenze: per l'esattezza, andrebbero rivisti gli equilibri del “modello privatistico” e occorrerebbe ragionare su alternative concrete a quello che la valutazione costituisce nella sistematica normativa. Sicché, la domanda diventa inevitabile: simile alternativa può rinvenirsi nella regolazione spinta, che porta all’“irrigidimento organizzativo”?

Nutrire qualche dubbio sembra legittimo, perché tali percorsi – si è provato a dimostrarlo – presentano numerose incertezze tecniche e alimentano forse più problemi di quanti effettivamente ne risolvono. Ma soprattutto por-

<sup>87</sup> MUSSARI, *Performance e valore pubblico*, Cedam, 2022.

<sup>88</sup> REGONINI, *Le riforme amministrative come politiche pubbliche. Il problema della semplificazione*, in DELL'ARINGA, DELLA ROCCA (a cura di), *Lavoro pubblico fuori dal tunnel?*, il Mulino, 2017, p. 385.

tano a trascurare che la riforma del lavoro pubblico scommetteva sulla “concreta legislatività dell’organizzazione”<sup>89</sup>, fatta di “regole coesenziali all’organizzazione assai più ferree delle legge in senso giuridico-formale”<sup>90</sup>. Nella duplice consapevolezza che la “cattiva politica” difficilmente può essere arginata mediante il solo rigore formale e che la modernità chiede organizzazioni capaci di plasmare i propri assetti in un confronto dialogico con la complessità del reale.

D'altronde – riprendendo talune suggestioni iniziali – è proprio tale dinamismo che l’ordinamento chiede all’amministrazione, per affrontare sfide cruciali come quella digitale: la logica della programmazione, infatti, ha ampiamente raggiunto anch’essa, facendone una “questione organizzativa”. Emblematico è il d.lgs. 82/2005, che, rimesso all’Agenzia per l’Italia digitale (AgID) l’adozione del Piano triennale per l’informatica, ne affida l’attuazione al percorso giuridico-organizzativo che in ogni ente pubblico dovrebbe assicurare il buon andamento: come a dire, per affrontare la modernità, guardare a modelli del passato non è la soluzione migliore e, allora, non “resta” che armarsi di speranza e credere ancora nella potenzialità valutazione.

<sup>89</sup> ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992.

<sup>90</sup> RUSCIANO, *Contributo alla lettura della riforma dell’impiego pubblico*, in RUSCIANO M., ZOPPOLI L. (a cura di), *L’impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Giappichelli, 1993, XVII ss.

### **Abstract**

Dopo aver ricostruito l'evoluzione del modello di dirigenza pubblica, l'A. individua la principale causa della sua implosione nella limitata diffusione della valutazione esterna. L'indagine prosegue esaminando gli effetti di tale implosione sulla relazione di contiguità organizzativa che lega la dirigenza alla politica e, in particolare, si dilunga su: responsabilità dirigenziale; disciplina degli incarichi; disciplina della retribuzione di risultato. Nella parte conclusiva, il contributo approfondisce le prospettive future del c.d. modello privatistico e, in particolare si dilunga sulle tesi che ne rilevano l'ormai inesorabile declino.

After analyzing the evolution of the public management model, the Author identifies the leading cause of its implosion as the limited diffusion of external evaluation. The investigation continues by examining the effects of this implosion on the organizational contiguity relationship that links management to politics. In particular, it dwells on managerial responsibility, assignment discipline, and performance wage discipline. In the final part, the essay deals with the prospects of the so-called private model and, in particular, dwells on the theses that highlight its now inexorable decline.

### **Keywords**

Dirigenza pubblica, modello privatistico, politica, valutazione, contiguità organizzativa.

Public management, private model, politics, evaluation, organizational contiguity.



## Alessandro Boscati

### La dirigenza pubblica e la responsabilità dirigenziale di risultato

SOMMARIO: **1.** Premessa. **2.** La centralità della dirigenza pubblica e il rapporto con la politica. **3.** Esercizio della funzione, adempimento del contratto di lavoro e responsabilità dirigenziale. **4.** Attività organizzativa privatistica, interesse pubblico e responsabilità dirigenziale. **5.** Le problematiche applicative della disciplina in materia di responsabilità dirigenziale. **6.** Riflessioni conclusive.

#### 1. *Premessa*

Il tema che intendo affrontare, la responsabilità dirigenziale di risultato, deve prendere le mosse da due suggestioni di fondo emerse nel corso dei lavori del Convegno. La prima è data dalla centralità dell'organizzazione, o meglio della riforma dell'organizzazione nel processo di c.d. privatizzazione del pubblico impiego (anche se a chi scrive è sempre parso preferibile utilizzare il termine contrattualizzazione, dato il ruolo di fonte costitutiva del rapporto di lavoro assegnata al contratto individuale, pilastro fondamentale per il mutamento della natura giuridica in senso privatistico del rapporto e per la privatizzazione dei suoi atti di gestione). La seconda è costituita dalla configurazione della responsabilità dirigenziale di risultato come funzionale alla riforma dell'organizzazione. Si tratta due profili che erano stati individuati in maniera chiara dal Professore Mario Rusciano già nella primissima fase della riforma. Egli, infatti, affermava che l'intervento del legislatore sull'amministrazione segna il passaggio da “norme di organizzazione” ispirate alla logica burocratica” a “norme di organizzazione” ispirate *veramente* alla logica dell'organizzazione”<sup>1</sup>. Ed ancora evi-

<sup>1</sup> Così RUSCIANO, *Introduzione*, in RUSCIANO e ZOPPOLI L. (a cura di), *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Giappichelli, 1993, p. XXI.

denziava come la logica organizzativa e non burocratica espressa dalla riforma comportasse conseguenze di tipo sia strutturale sia tecnico giuridico; ed in particolare “una rilevante autonomia di scelta, con annessa assunzione di responsabilità, spettante alla dirigenza amministrativa – ben distinta dalla dirigenza politica – degli strumenti di organizzazione del lavoro, necessari a raggiungere le finalità di interesse generale che la legge assegna a questa o a quella amministrazione e che vengono via via concretizzate negli obiettivi stabiliti dai responsabili dell’indirizzo politico”<sup>2</sup>. In sostanza non era più la legge a definire minuziosamente i comportamenti dovuti, ma era la politica a definire gli obiettivi dell’azione amministrativa nell’esercizio della c.d. funzione di indirizzo politico-amministrativo, la cui attuazione era demandata alla dirigenza, chiamata ad agire in maniera autonoma e responsabile.

Occorre qui chiedersi quale sia la situazione oggi, decorsi trent’anni dall’emanazione del d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, ovvero se in tutti gli interventi riformatori succedutisi siano state rispettate le premesse poste alla base della riforma, oppure se vi sia stato un mutamento tale da potersi parlare di “metamorfosi” del lavoro pubblico.

## 2. *La centralità della dirigenza pubblica e il rapporto con la politica*

Il dato dal quale occorre partire è il richiamo della *ratio* ispiratrice della riforma, propria anche di tutti gli interventi di modifica successivi, cioè quella di migliorare l’efficienza e la produttività dell’azione delle amministrazioni, nonché di contenere e di razionalizzare la spesa pubblica (cfr. art. 2, l. 23 ottobre 1992 n. 421). Ciò in un contesto che affiancava alla riforma del pubblico impiego quelle della sanità e della previdenza.

Dunque, il lavoro pubblico era parte, di indubbio rilievo, ma parte, di un progetto più ampio. E nell’ambito del lavoro pubblico una centralità era assegnata alla dirigenza, unanimemente considerata il “motore” della riforma. L’intervento sulla disciplina della dirigenza era stato pensato e costruito sul modello di quella statale, espressione di un’idea volta a considerare le amministrazioni pubbliche come un monolite. Tant’è che per un lungo periodo il confronto è stato tra chi riteneva erroneo parlare di dirigenza pubblica, ritenendo più corretto parlare di dirigenze pubbliche in ragione delle diverse

<sup>2</sup> Sempre RUSCIANO, *Introduzione*, cit., p. XXII.

funzioni ascrivibili alle varie amministrazioni e chi, tra chi scrive, reputava possibile parlare di dirigenza pubblica sul presupposto della necessaria differenziazione tra il piano delle funzioni dell'ente, ovvero dei compiti di una certa amministrazione, e quello del rapporto di lavoro del personale dirigenziale che vi era impiegato, caratterizzato da elementi di identità strutturale e trasversale nell'ambito di tutte le amministrazioni, sanità compresa, pur nella presenza di alcuni indubbi elementi di specialità. Sulla scorta di quanto appena detto non si può che condividere la scelta di intitolare la sessione di questo Convegno, al singolare, "La dirigenza pubblica".

Uno degli aspetti di maggior rilievo nella prospettiva generale tracciata ed in quella specifica oggetto di queste riflessioni attiene al rapporto tra la dirigenza e gli organi politici, indicati dal legislatore come organi di vertice delle amministrazioni per includere tutte le realtà, anche quelle in cui gli organi di indirizzo non siano direttamente o indirettamente espressione di rappresentanza politica.

La riforma del 1993 ribadisce un principio, quello di distinzione funzionale tra politica ed amministrazione, già desumibile dall'art. 19, d.P.R. 30 giugno 1972 n. 748 (recante "Responsabilità per l'esercizio delle funzioni dirigenziali"). Distinzione e non separazione in quanto non è possibile sostenere, neppure in astratto, una divisione netta tra le due sfere, risultando irrinunciabile una loro collaborazione, nella differenziazione dei ruoli e, conseguentemente, delle responsabilità, politica per l'una e giuridica, nelle sue molteplici articolazioni (penale, civile, dirigenziale, disciplinare, amministrativo-contabile), per l'altra. In particolare è evidente il permanente legame tra il principio di distinzione funzionale e l'istituto della responsabilità dirigenziale: all'autonomia gestionale della dirigenza fa da *pendant* una sua responsabilità manageriale di risultato in relazione all'attività svolta.

Se, dunque, il principio di distinzione funzionale non è nuovo, come non è nuovo l'istituto della responsabilità dirigenziale, ciò che cambia è il contesto, di contrattualizzazione del rapporto di lavoro dei dipendenti, dirigenti compresi, con esclusione di quelli generali, ma solo per la sola primissima fase della riforma, dal 1993 al 1998. Ed in tale mutato scenario si è rafforzata l'idea di considerare la dirigenza come attore centrale per addivenire ad una riforma dell'organizzazione, facendo leva sulla sua rafforzata autonomia e conseguente responsabilità di risultato.

Ma vi è un'altra significativa novità, l'introduzione da parte della novella del 1998 (ovvero nel corso di quella che comunemente viene definita come

la seconda fase della riforma) della scissione per tutta la dirigenza di ruolo tra il contratto di assunzione a tempo indeterminato e l'incarico a termine. Tale soluzione, nel costituire l'elemento di specialità del rapporto di lavoro del dirigente pubblico, rappresenta l'esito di un non celato scambio politico-istituzionale volto a coniugare il definitivo allontanamento della politica dalla gestione concreta con il riconoscimento ad essa di una certa discrezionalità nell'individuazione dei dirigenti cui conferire gli incarichi. Il che ha portato autorevole dottrina a ravvisare un innegabile rafforzamento della contiguità strutturale tra politica ed amministrazione, con ricadute negative sulla tenuta del principio di distinzione funzionale<sup>3</sup>.

In merito è senza dubbio condivisibile l'osservazione per cui l'attuazione concreta del modello non sia stata all'altezza delle premesse. Tuttavia coglie del pari nel segno la considerazione che ciò non dipende dalla natura privatistica del rapporto che, anzi, come si avrà modo di esplicitare meglio di seguito, ha in astratto tutti i requisiti per consentirne una piena attuazione, con garanzie maggiori per la dirigenza rispetto a quello pubblicistico.

### 3. *Esercizio della funzione, adempimento del contratto di lavoro e responsabilità dirigenziale*

Posta la già vista connessione tra il principio di distinzione funzionale e l'istituto della responsabilità dirigenziale, è ugualmente indubbio l'intreccio tra organizzazione e rapporto di lavoro o, detto diversamente, tra esercizio della funzione e adempimento del contratto di lavoro. Tutti i dirigenti pubblici per svolgere i compiti assegnati sono tenuti ad esercitare poteri pubblici nell'esercizio della funzione e poteri privati nella gestione del personale dell'ufficio. Dunque, in definitiva, devono esercitare poteri di diversa natura, ma entrambi volti all'adempimento degli obblighi contrattuali e segnatamente, per quanto più rileva in questa sede, per raggiungere gli obiettivi assegnati. Con tutta evidenza ciò non significa né una privatizzazione della funzione, né tantomeno una funzionalizzazione del rapporto.

Il perimetro dell'obbligazione contrattuale del dipendente è definito nell'atto di conferimento a termine dell'incarico che accede al contratto di

<sup>3</sup> ZOPPOLI A., *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, ESI, 2000, sp. p. 230 ss.; BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Cedam, 2000, p. 622.

lavoro a tempo indeterminato. Con esso, infatti, si definiscono l'oggetto dell'attività e gli obiettivi cui essa è rivolta, sì da assumere detto atto unilaterale la natura di atto gestionale privatistico determinativo delle mansioni. Nell'ambito dei compiti assegnati l'ordinamento postula un dirigente autonomo e, per questa ragione, responsabile della propria azione. Ed in questa prospettiva centrali sono la misurazione e la valutazione della prestazione resa che assumono rilievo non solo sotto il profilo "sanzionatorio" dell'accertamento di una eventuale responsabilità, ma anche sotto quello "premiabile" della corresponsione del trattamento economico accessorio di risultato e, in linea generale, quale elemento da considerare in sede di conferimento dei successivi incarichi. Tra i criteri indicati nell'art. 19, co. 1, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 vi è anche la considerazione "dei risultati conseguiti in precedenza nell'amministrazione di appartenenza e della relativa valutazione".

Sul piano dell'assetto delle fonti il quadro è lineare e ben definito. L'atto di conferimento dell'incarico prepone il dirigente ad un certo ufficio, in ragione di ciò egli può (ma forse sarebbe più opportuno dire deve) esercitare i poteri pubblici intestati all'ufficio e di cui ha la "disponibilità", nonché, nell'ambito degli atti di c.d. macro-organizzazione di cui all'art. 2, co. 1, d.lgs. 165/2001, i poteri privatistici di organizzazione degli uffici e di gestione del personale assegnato all'ufficio. Un'attività che deve essere svolta in maniera autonoma e responsabile, con il rilievo assunto dai risultati raggiunti per l'adozione delle conseguenti decisioni sopra già sinteticamente riportate.

#### 4. *Attività organizzativa privatistica, interesse pubblico e responsabilità dirigenziale*

Nell'assetto sopra definito l'interesse pubblico non rientra nella causa del contratto di lavoro, ma assume rilievo in sede di valutazione della prestazione del dirigente quale dipendente tenuto all'adempimento dell'obbligazione lavorativa. L'interesse pubblico, ovvero l'interesse generale, assume rilievo sul piano del rapporto di lavoro e, del conseguente adempimento dell'obbligazione lavorativa, in quanto tradotto in specifici obiettivi assegnati alla dirigenza. Sul punto rimane insuperato l'insegnamento di Massimo D'Antona e la teoria a tutti nota del c.d. vincolo di scopo. Per l'attività organizzativa funzionalizzata l'interesse pubblico assume un rilievo immediato nei singoli atti, mentre per quella privata finalizzata quale vincolo di scopo

dell'attività colta nel suo insieme, e non dei singoli atti, sì da rispettare ugualmente i vincoli di economicità, speditezza e rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa<sup>4</sup>.

L'attività di indirizzo politico-amministrativo è per definizione un'attività di parte, espressione della volontà di attuare uno specifico disegno programmatico, rispetto al cui concepimento ed attuazione sarà, di regola, il corpo elettorale ad esprimere "a consuntivo" la propria valutazione per la riconferma o meno di chi l'ha ideata (o, comunque, di coloro che ne possono essere astratta continuazione); l'attività di realizzazione dell'indirizzo, di competenza degli organi burocratici, dirigenza per prima, implica, invece, imparzialità d'azione e rispetto ad essa il dirigente sarà valutato in ragione dei risultati ottenuti. Tutto ciò secondo un processo circolare indirizzo-gestione-verifica strettamente connesso al principio di distinzione funzionale tra politica ed amministrazione.

In particolare, nel caso di misurazione e di valutazione negativa il dirigente sarà assoggettato alle misure previste dall'art. 21, d.lgs. 165/2001 per accertata responsabilità dirigenziale. Com'è noto la previsione prevede una responsabilità per mancato raggiungimento degli obiettivi ed inosservanza delle direttive imputabili, (comma 1) ed 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 (comma 1-bis); una responsabilità che comporta, in relazione alla gravità dell'accertato inadempimento, nel primo caso, l'impossibilità di rinnovo dello stesso incarico, la revoca dell'incarico e il collocamento nei ruoli, il recesso (per giusta causa) secondo le disposizioni del contratto collettivo e nel secondo caso la decurtazione della retribuzione di risultato di una quota fino all'ottanta per cento. In tutti i casi la responsabilità deve essere accertata secondo le procedure di valutazione e l'applicazione della misura "sanzionatoria" è subordinata al previo coinvolgimento del Comitato dei Garanti che deve essere sentito (con l'eccezione della misura dell'impossibilità di rinnovo dell'incarico che impone un vincolo ad un'azione e non l'adozione di un provvedimento) e che è tenuto ad esprimere un parere non vincolante.

Ricostruiti sinteticamente i contenuti della norma che disciplina la responsabilità dirigenziale, ciò che assume rilievo precipuo è la definizione

<sup>4</sup> V. D'ANTONA, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, in *ADL*, 1997, 4, p. 35 ss.

della sua natura giuridica e le ricadute che ne derivano sul piano sistematico. Tale responsabilità non può essere qualificata in termini di responsabilità oggettiva (tantomeno quale articolazione della responsabilità pubblica<sup>5</sup>), dovendo essere configurata quale responsabilità privatistica conseguente ad un accertato inadempimento contrattuale del dirigente connessa all'esercizio dei compiti cui egli è tenuto in virtù dell'atto di conferimento dell'incarico. A ciò conducono considerazioni di ordine sistematico e letterale. Quanto alle prime rileva il fatto che la responsabilità dirigenziale non è legata alla generica osservanza dei doveri d'ufficio o al meticoloso rispetto di regole formali<sup>6</sup>, ma ha la finalità di accertare che l'attività dei dirigenti sia stata nel suo complesso diretta al perseguimento dell'interesse pubblico ed al raggiungimento degli obiettivi generali prefissati dall'organo di indirizzo pubblico e precisati nell'atto di conferimento dell'incarico. Poiché l'atto di conferimento dell'incarico è l'atto unilaterale privatistico con cui è definito l'oggetto dell'obbligazione lavorativa del dirigente<sup>7</sup>, il mancato raggiungimento di quanto in esso definito non può che essere qualificato come inadempimento contrattuale. Quanto alle seconde, molteplici sono le indicazioni: il comma 1 si riferisce espressamente al recesso dal rapporto di lavoro secondo le disposizioni della contrattazione collettiva; il comma 1-bis alla colpevole violazione del dovere di vigilanza sul personale e alle procedure previste dalla legge e dalla contrattazione collettiva.

Peraltro, affermarne la natura di responsabilità oggettiva significherebbe attribuire incongruamente al dirigente responsabilità anche per eventuali carenze, di ordine organizzativo o di altro tipo, non rientranti in alcun modo nella sua sfera di disponibilità. Certamente la responsabilità dirigenziale configura un'accertata inidoneità del dirigente allo svolgimento dei compiti assegnati, ma detto giudizio costituisce l'effetto dell'accertato inadempimento di un'obbligazione contrattuale.

Posta la natura privatistica della responsabilità dirigenziale la questione

<sup>5</sup> Per una ricostruzione in chiave pubblicistica v. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Cedam, 2000, p. 142; BATTINI, *Il rapporto di lavoro*, cit., p. 690 ss.

<sup>6</sup> Così espressamente RUSCIANO, *Spunti su rapporto di lavoro e responsabilità "di risultato" del dirigente pubblico*, in *RTDPC*, 1998, p. 390; ZOPPOLI A., *Commento all'art. 21*, in CORPACI, RUSCIANO, ZOPPOLI L., *Commentario al d. lgs. 29/93*, in *NLCC*, 1999, p. 1176; GARILLI, *Il riparto di giurisdizione tra organizzazione amministrativa e rapporto di lavoro*, in *LPA*, 2000, p. 724 ss.

<sup>7</sup> Sulla natura privatistica dell'atto di conferimento dell'incarico, tra le molte, da ultimo, v. Cass. 1° giugno 2023 n. 15511; Cass. 16 novembre 2022 n. 33810; Cass. 27 maggio 2022 n. 17320; Cass. Sez. Un. 2 febbraio 2018 n. 2603, in *DJ*.

che si è posta agli interpreti, e che in questa sede può essere solo accennata, attiene al suo rapporto con quella disciplinare<sup>8</sup>, ferma la necessità di ricercarne gli elementi di differenza in ragione del chiaro dettato legislativo che ne presuppone la diversità (all'art. 21, d.lgs. 165/2001 si afferma “ferma restando l'eventuale responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo”). Cercando di coniugare quanto affermato dal legislatore, dalla contrattazione collettiva, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, si può ritenere che la responsabilità dirigenziale riguardi una valutazione negativa dei risultati raggiunti in relazione ad obiettivi assegnati, la qualità del contributo assicurato alla performance generale della struttura, le competenze professionali e manageriali dimostrate, nonché i comportamenti organizzativi richiesti per il più efficace svolgimento delle funzioni assegnate, mentre la responsabilità disciplinare alla violazione degli obblighi di comportamento, secondo i principi e le modalità previste dalla legge e dalla contrattazione collettiva<sup>9</sup>.

Sul piano sistematico la circostanza che la responsabilità dirigenziale sia da qualificare quale responsabilità privatistica conseguenza di un inadempimento contrattuale rafforza la garanzia di indipendenza del dirigente. Ciò che assume rilievo è l'adempimento dell'obbligazione contrattuale, non potendo assumere rilievo elementi ad essa esterni. Non è dato comprendere come il regime pubblicistico potrebbe garantire maggiormente il dirigente rispetto alle ingerenze della politica e preservare maggiormente la sua autonomia operativa. Ancor oggi si parla della sussistenza tra dirigenza e politica di uno scambio tra sicurezza e potere, ricondotto alla natura temporanea degli incarichi e al regime privatistico del rapporto di lavoro e che porrebbe in crisi i principi della disciplina, sì da minarne l'intrinseca coerenza. Tuttavia è incontrovertibile che la definizione di tale scambio fu coniata da autorevole dottrina nella vigenza del regime pubblicistico che presentava, dunque, le stesse criticità<sup>10</sup>, con la differenza che in quel caso era lo stesso modello che

<sup>8</sup> V., condivisibilmente, SALOMONE, *La responsabilità dirigenziale oltre i confini della prestazione dirigenziale*, in *GI*, 2010, c. 2722 secondo cui le responsabilità dirigenziale e disciplinare devono essere considerate alla stregua di *species* del *genus* responsabilità contrattuale.

<sup>9</sup> In dottrina v. GARDINI, *La perenne riforma della dirigenza pubblica*, in *VTDL*, 2020, p. 60. Per quanto concerne la contrattazione collettiva cfr. art. 33, co. 2, ccnl Area Dirigenza Funzioni centrali e Funzioni locali 2016-2018 e art. 46, co. 2, ccnl Area Sanità 2016-2018; in giurisprudenza v. Cass. 10 dicembre 2019 n. 32258; Cass. 9 maggio 2018 n. 11161; per la giurisprudenza di merito cfr. Trib. Roma, sez. lav., 10 ottobre 2019 n. 8729, in *DJ*.

<sup>10</sup> CASSESE, *Grandezza e miserie dell'alta burocrazia italiana*, in *PD*, 1981, p. 219 ss.

lasciava più spazi per un intervento diretto della politica, pur nell'affermata inamovibilità dall'incarico dirigenziale, a parere di chi scrive solo in apparenza garanzia di maggiore autonomia. Oggi la sussistenza di un rapporto di lavoro privatistico, la necessaria preventiva definizione degli obiettivi, la misurazione in termini oggettivi e la valutazione che, invece, deve tener conto di tutte le circostanze del caso concreto, costituiscono elementi tali da definire un modello idoneo a garantire in maniera più ampia l'autonomia "operativa" del dirigente pubblico.

5. *Le problematiche applicative della disciplina in materia di responsabilità dirigenziale*

Se il modello astratto generale è in sé chiaro e ben definito l'attuazione concreta ed alcune soluzioni normative non del tutto coerenti con esso tendono a snaturarlo. E questo con ricadute dirette sul tema che stiamo qui affrontando della responsabilità dirigenziale.

In merito possiamo partire da due affermazioni che, per la loro diffusa condivisione, non necessitano di particolari puntualizzazioni.

La prima è data dall'ampia ineffettività della valutazione, in parte riconducibile ad un legislatore che, nel cercare di coniugare regole puntuali con il riconoscimento di autonomia agli enti nella definizione concreta dei sistemi di misurazione e di valutazione, detta un sistema a maglie troppo larghe e che riconosce ancora alla politica un ruolo fin troppo vasto; ed in parte, quale effetto di quanto appena detto, riferibile al comportamento degli attori che esprimono difficoltà nell'applicare i modelli di valutazione, vuoi per incapacità, vuoi per precisa scelta "strategica".

La seconda, connessa alla prima, concerne lo scarso rilievo assunto nell'esperienza applicativa dalla responsabilità dirigenziale che proprio sulla misurazione e valutazione e, ancor prima, sulla preventiva assegnazione degli obiettivi, si fonda. Sul punto è sufficiente analizzare le raccolte giurisprudenziali presenti in banca dati per prendere atto delle limitate pronunce in materia, sì da essere la responsabilità dirigenziale "sostanzialmente" sconosciuta" nella prassi applicativa e conseguentemente nel successivo eventuale contenzioso<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Cfr. sul punto, con specifico riferimento al legame tra valutazione e responsabilità di-

Ciò implica una riflessione sul perché di detta situazione. E ciò pare dipendere sia da alcune scelte legislative non del tutto coerenti rispetto al modello sopra definito, sia da condotte applicative che nel tempo hanno finito per depotenziarne la portata.

Innanzitutto è indubbia l'introduzione da parte del legislatore di una serie di vincoli puntuali per l'azione del dirigente, per quanto concerne l'esercizio sia della funzione amministrativa, sia dei poteri datoriali privatistici. Quanto ai primi il riferimento è alle c.d. leggi-provvedimento, ovvero al c.d. amministrare per legge che ha portato all'adozione di "leggi 'auto applicative', come se il legislatore potesse essere autosufficiente, ignorando che il Parlamento non è adatto al disbrigo di compiti amministrativi"<sup>12</sup>. Per i secondi emblematico è il peculiare assetto dei poteri datoriali, significativamente differente rispetto al settore privato. Nel settore pubblico i poteri di controllo e disciplinare hanno uno specifico rilievo finalistico che conduce a configurare il loro sostanziale obbligo di esercizio, sì da non essere semplicemente strumentali all'esercizio del potere direttivo la cui ampiezza risulta, con tutta evidenza, ridimensionata.

Inoltre l'affermazione del principio di parità di trattamento, se da un lato ha la finalità di garantire i diritti dei lavoratori, dall'altro lato, parallelamente, comprime l'autonomia gestionale del dirigente limitandogli la possibile adozione di soluzioni organizzative rivolte a dar seguito a specifiche esigenze, anche del prestatore di lavoro.

Infine vi è l'indicazione normativa di una serie di obbligatori comportamenti gestori (anch'essa ovviamente limitativa dell'autonomia gestionale) il cui inadempimento, per espressa previsione legislativa, dà luogo ad una responsabilità qualificata come dirigenziale allorquando sarebbe stata, invece, più congrua una riconduzione in quella disciplinare.

Con riguardo all'attuazione concreta vi è un doppio elemento di tensione, riconducibile a comportamenti degli organi di vertice politico.

Il primo risiede nel loro intendere il concetto di macro-organizzazione in maniera estensiva, sì da ricondurre talvolta in essa decisioni organizzative di dettaglio. Un comportamento che si traduce in atti che, in astratto, potrebbero essere impugnati in via diretta davanti al giudice amministrativo (o,

rigenziale, MAINARDI, *Valutazione e responsabilità della dirigenza pubblica. A proposito di un recente libro*, in *LPA*, 2022, 1, p. 13 ss.

<sup>12</sup> Così CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica*, in *RTDP*, 2019, p. 4.

nel caso della sanità innanzi al giudice ordinario, avendo l'atto aziendale natura privatistica<sup>13</sup>), con tutti i limiti, però, sottesi a una tale domanda, attesi i canoni con cui sono sindacabili gli atti di alta amministrazione; e in via indiretta davanti al giudice del lavoro, quali atti amministrativi presupposti, con una cognizione destinata a stabilizzarsi nella cosa giudicata che investe anche l'atto amministrativo presupposto, in ipotesi disapplicato dal giudice in quanto ritenuto illegittimo.

Il secondo attiene al processo di formulazione e di assegnazione degli obiettivi.

Innanzitutto è indubbio (finanche banale) che l'obiettivo non deve essere né troppo generico, né troppo dettagliato. L'eccessiva genericità comporta un'evidente difficoltà nella definizione puntuale dell'oggetto dell'obbligazione contrattuale e, dunque, ai fini della misurazione e della valutazione della prestazione; all'eccessiva puntualizzazione consegue, al contrario, la compressione dell'autonomia della dirigenza, con organi di vertice che si riappropriano della gestione concreta. La prassi applicativa sconta entrambe le patologie.

L'ulteriore questione attiene alla tempistica. Nonostante un dettato normativo che la scansiona in maniera chiara e stringente, con un'assegnazione degli obiettivi logicamente propedeutica all'inizio dell'attività e con possibilità di eventuale correzione in corso d'opera, in molti casi si assiste ad un ritardo nella formulazione dell'indirizzo politico con effetti a cascata sull'attribuzione degli obiettivi ai singoli dirigenti. Il che, è fin troppo ovvio, indebolisce la stessa effettività della valutazione riferita ad un arco temporale annuale, ma con obiettivi assegnati ad anno avanzato. A chi è contestato il mancato raggiungimento degli obiettivi potrebbe risultare facile eccepire la non coincidenza temporale tra il periodo di riferimento per la valutazione e quello in cui ha avuto espressa conoscenza degli obiettivi, momento iniziale da considerare per valutare il suo comportamento.

## 6. *Riflessioni conclusive*

Da quanto fin qui descritto emerge come l'apporto della dirigenza alla riforma dell'organizzazione pubblica non sia stato all'altezza delle premesse. Segnatamente l'istituto della responsabilità dirigenziale di risultato non ha

<sup>13</sup> Cfr. Cass. Sez. Un. 22 luglio 2013 n. 17783; Cass. Sez. Un. 30 gennaio 2008 n. 2031, in *DJ*.

nei fatti concretamente svolto il ruolo per cui era stato pensato. Molte volte, ferme indubbie e non limitate apprezzabili eccezioni, assistiamo ad un dirigente che presta un'attenzione maggiore all'adempimento puntuale, in una logica prettamente difensiva, in continuità con quelle che sono consolidate prassi applicative, rispetto all'assunzione propositiva di decisioni effettivamente innovative. Ciò rappresenta l'esito sia di successivi interventi normativi che incidendo sul modello originario l'hanno in parte depotenziato sia di una certa inerzia di tutti gli attori nel coglierne a pieno la spinta propulsiva. Il che, con tutta evidenza, ha inciso sull'effettività dell'istituto della responsabilità dirigenziale.

Sulla scorta di ciò, e riprendendo quanto enunciato nella premessa del presente scritto, occorre chiedersi quali possano essere le possibili soluzioni; ed una volta affrontata detta questione domandarsi se ciò che è accaduto in questi trent'anni abbia condotto ad una metamorfosi del lavoro pubblico.

Tra le altre due sono le considerazioni che mi pare si possano esprimere in sede conclusiva.

In primo luogo, a livello generale, deve porsi l'accento sulla necessità di rimettere al centro delle riflessioni il diritto che negli ultimi tempi ha assunto un rilievo "ancillare" rispetto ad altre scienze, prima fra tutte quella organizzativa. Senza dubbio le questioni attinenti alla pubblica amministrazione hanno un rilievo interdisciplinare ed a ciò non si sottraggono certamente quelle riferite al personale. Tuttavia l'impressione è di essere passati da un'apertura ad altre scienze, non solo opportuno, ma anche doveroso, ad un diritto al servizio passivo di altre scienze: un diritto non più coautore delle decisioni, ma recettore delle stesse, con l'effetto dell'elaborazione di una legislazione non sempre coerente e con la difficoltà per l'interprete di addivinare a soluzioni altrettanto coerenti a livello di sistema.

In secondo luogo la responsabilità dirigenziale di risultato per poter fungere da motore del cambiamento organizzativo presuppone prima ancora della rivitalizzazione degli strumenti di valutazione, la necessità della puntuale determinazione dell'oggetto dell'obbligazione contrattuale del dirigente, con precisa e tempestiva definizione ed assegnazione degli obiettivi. Sotto questo profilo l'eventualità di spostare l'oggetto della valutazione dalla verifica del raggiungimento degli obiettivi a quella del rispetto degli standard non pare idonea a risolvere le problematiche. Nel ricordare che il comma 1-bis dell'art. 21, d.lgs. 165/2001 opera un esplicito riferimento al rispetto degli standard, la questione risiede anche in questo caso nella loro necessaria predetermi-

nazione. Il che pone il problema di individuare chi in ipotesi li debba definire, in considerazione del fatto che devono essere determinati sulla base dei contenuti dell'atto di indirizzo politico-amministrativo, non potendosi introdurre ed utilizzare indicatori generali, come tali necessariamente generici.

Con specifico riferimento alla valutazione la critica più rilevante è data dall'essere svolta da organismi interni e con un ruolo assegnato alla politica di verificare "la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti". La questione è senza dubbio ampia ed articolata e risolverla in poche battute presenta il rischio di poter essere fraintesa. La questione, a mio avviso, non è tanto se l'organismo di valutazione debba essere interno od esterno; la questione è altra, cioè è quella per cui deve trattarsi di un organismo composto da soggetti che siano effettivamente competenti ed indipendenti. Pensare ad un organismo esterno, magari unitario per più amministrazioni, nella forma, in ipotesi, dell'Agenzia, può apparire un'idea eccellente; senonché il punto di debolezza è dato dal rischio della scarsa conoscenza delle dinamiche interne all'ente, limitata all'analisi di documenti non sempre completi, con il pericolo di privilegiare l'oggettiva misurazione a discapito di una valutazione che come tale deve tener conto anche del contesto. Quale possa essere l'effetto di tutto ciò appare facilmente intuibile, ovvero l'assegnazione di obiettivi in cui l'ordinarietà e la semplicità assumono un rilievo prevalente (per non dire assorbente), sì da circoscrivere l'eventualità di una misurazione (e di una conseguente valutazione) negativa. Tuttavia, ciò darebbe luogo ad una situazione che negherebbe sostanzialmente le premesse (ovvero le finalità della riforma), limitativa del perseguimento di un effettivo miglioramento organizzativo.

Sempre avendo riguardo al versante esterno, qui se ne può parimenti operare solo un accenno ed in termini prettamente assertivi, è criticabile l'idea di chi intendesse demandare agli utenti la valutazione dell'attività resa dall'amministrazione e, dunque, dal suo personale. In questo caso la salvaguardia di posizioni di interesse individuale finirebbe inevitabilmente per prevalere, perdendosi di vista la prospettiva collettiva, con detrimento del principio di buon andamento. Il confronto con i fruitori del servizio appare, invece, imprescindibile per l'acquisizione di elementi e di criteri per una più compiuta valutazione.

In definitiva, la circostanza che la valutazione rimanga interna appare la soluzione migliore; questo purché i valutatori siano soggetti posti in posizione di indipendenza. Così si potrebbe pensare alla creazione di un organismo

collegiale di valutazione, con la presenza necessaria di un interno, ma con maggioranza di esterni scelti attingendo da un elenco nazionale (com'è già oggi previsto dall'art. 6, co. 3 e 4, d.P.R. 9 maggio 2016 n. 105) non in esito ad una procedura di valutazione, bensì ad un sorteggio, a mio parere garanzia di una più solida terzietà.

In ogni caso, rispondendo al quesito iniziale, titolo di questo Convegno, non ritengo si sia realizzata una metamorfosi del lavoro pubblico. Il permanente ruolo costitutivo del rapporto di lavoro attribuito, anche per i dirigenti, al contratto individuale impedisce di poterla ravvisare<sup>14</sup>. È però indubbio che rispetto alla primissima fase della riforma, tutta all'insegna di un'unificazione del diritto del lavoro pubblico e di quello privato, l'evoluzione successiva abbia segnato un'evidente discontinuità, con un diritto del lavoro pubblico contrattualizzato connotato da indubbi elementi di specialità<sup>15</sup>, e sotto molteplici profili del tutto autosufficiente, tale da differenziarlo da quello del privato senza avvicinarlo a quello dell'impiego pubblico rimasto sotto l'egida pubblicistica.

<sup>14</sup> In merito v. CARINCI F., *La cd. privatizzazione del pubblico impiego*, in *RIDL*, 1993, I, p. II che configura il contratto individuale come la pietra d'angolo dell'intera privatizzazione; più recentemente con riguardo al ruolo del contratto individuale ed agli orientamenti ad esso relativi, si veda per tutti, ZOPPOLI L., *Buon andamento della pubblica amministrazione e diritti e doveri dei lavoratori*, in *LPA*, 2019, 2, p. 9 ss.

<sup>15</sup> Già GARGIULO, *Principio di legalità ed efficienza organizzativa: una "lente bifocale" per la lettura delle più recenti riforme del lavoro pubblico*, in *RGL*, 2014, I, p. 410 osservava come lavoro pubblico e lavoro privato "hanno quindi ripreso a viaggiare, nella migliore delle ipotesi, in parallelo, quando non hanno imboccato percorsi centrifughi di allontanamento".

### **Abstract**

La responsabilità dirigenziale di risultato quale istituto funzionale ad un modifica dell'assetto dell'organizzazione pubblica è esaminata nel contesto dei principi generali che caratterizzano il lavoro pubblico. Un'analisi che giunge ad evidenziare come tale responsabilità, ricostruitine le specificità nell'ambito dell'assetto regolamentare del lavoro pubblico, non abbia svolto il ruolo per cui era stata originariamente pensata anche in ragione di una scarsa effettività degli strumenti di valutazione cui è strettamente interconnessa e dell'introduzione di una serie di obblighi puntuali in capo al dirigente.

Managerial responsibility for results as a functional institution for a change in the structure of the public organization is examined in the context of the general principles that characterize public work. An analysis which comes to highlight how this responsibility, having reconstructed its specificities within the regulatory framework of public work, has not played the role for which it was originally designed also due to the lack of effectiveness of the evaluation tools to which it is strictly interconnected and the introduction of a series of specific obligations on the manager.

### **Keywords**

Lavoro pubblico contrattualizzato, principi generali, dirigenza, responsabilità dirigenziale, scarsa effettività.

Contractualized public work, general principles, management, managerial responsibility, limited effectiveness.



## Domenico Mezzacapo

### Disciplina della dirigenza ed equilibrato dosaggio di fonti regolatrici a trent'anni dalle riforme: incarichi dirigenziali e *spoils system*

SOMMARIO: **1.** Alla ricerca di un equilibrato dosaggio di fonti regolatrici nel regime della dirigenza. **2.** La natura privatistica degli atti di conferimento degli incarichi: differenza tra autonomia privata e funzione amministrativa. **3.** Motivazione e comparazione alla luce del dettato normativo. **4.** L'utilizzo giurisprudenziale dei principi di correttezza e buona fede in funzione del recupero di garanzie pubblicistiche (critica). **5.** Cenni sullo *spoils system*. **6.** Conclusioni: un dosaggio di fonti regolatrici probabilmente squilibrato.

#### 1. *Alla ricerca di un equilibrato dosaggio di fonti regolatrici nel regime della dirigenza*

La riforma del 1992/1993, come icasticamente affermato, rappresenta “la vera svolta storica nella regolazione dell’impiego pubblico”. Le riforme successive, infatti, sebbene numerose, “hanno toccato questo o quell’aspetto della disciplina, ma non hanno mai messo in discussione l’impianto complessivo della prima riforma”<sup>1</sup>.

Impianto complessivo che, secondo il monito della Corte costituzionale, ribadito in netta discontinuità rispetto ai dubbi espressi, invece, dal Consiglio di Stato<sup>2</sup>, avrebbe dovuto fondarsi su “un equilibrato dosaggio di fonti regolatrici”<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> RUSCIANO, *La privatizzazione come contrattualizzazione*, in *Trent'anni di riforme, Le testimonianze dei protagonisti*, in <https://www.federica.eu/federica-pro/trentanni-di-riforme/>.

<sup>2</sup> Cons. St., Ad. Gen., parere n. 146/1992, in *FI*, 1993, III, c. 4.

<sup>3</sup> C. Cost. 25 luglio 1996 n. 313; C. Cost. 16 ottobre 1997 n. 309. Tale esigenza è ribadita da ultimo da ZOPPOLI L., *Buon andamento dell'amministrazione e diritti e doveri dei lavoratori*, in *LPA*, 2019, p. 1 ss.

Non c'è dubbio, però, che alcuni aspetti della disciplina hanno avuto, e hanno tutt'ora, vicende regolative piuttosto travagliate: si pensi, in particolare, alla disciplina della dirigenza.

Dirigenza che, come è noto, avrebbe dovuto essere oggetto di una ennesima riforma, se fosse stato attuato quanto previsto dalla legge delega 7 agosto 2015 n. 124 (c.d. Riforma Madia)<sup>4</sup>.

Tra l'altro, se un equilibrato dosaggio di fonti regolatrici è imprescindibile per riportare a sistema la convivenza tra la natura pubblica dell'amministrazione e la natura privata del rapporto di lavoro<sup>5</sup>, questa esigenza assume una particolare rilevanza con riguardo alla dirigenza. Il dirigente, infatti, riveste al contempo il ruolo della pubblica amministrazione datore di lavoro e quello di pubblico dipendente. La prestazione lavorativa dirigenziale, inoltre, non si esaurisce nello svolgimento di mansioni ma, più di ogni altra, si sostanzia anche nell'esercizio di pubbliche funzioni.

Si comprende allora perché il regime giuridico degli incarichi dirigenziali investa inevitabilmente anche la tutela di interessi pubblici strettamente correlati al principio di imparzialità dell'azione amministrativa.

Questo accade sia con riferimento all'interesse della collettività generale a che il dirigente sia un soggetto capace e particolarmente qualificato, in grado di assumersi in concreto la responsabilità esclusiva dell'amministrazione in condizioni di effettiva indipendenza dagli organi di vertice politico, sia in relazione alle eventuali tutele esperibili dal dirigente illegittimamente pretermesso nel conferimento di un determinato incarico.

Non è un caso che il monito della Corte costituzionale di assicurare un equilibrato dosaggio di fonti regolatrici prenda corpo e sostanza normativa nella maniera più evidente proprio nell'art. 5, co. 2, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, ai sensi del quale i dirigenti assumono in via esclusiva le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro "con le capacità e i poteri del privato datore di lavoro", ferma restando la c.d. macro-organizzazione<sup>6</sup> presidiata dal regime

<sup>4</sup> Cfr. BOSCATI, *La riforma mancata: il ruolo della dirigenza pubblica nei nuovi assetti*, in *LPA*, 2017, p. 46 ss.

<sup>5</sup> Convivenza addirittura "schizoide" secondo CARINCI F., *La dottrina giuslavoristica e l'esigenza del Testo Unico*, in *Trent'anni di riforme, Le testimonianze dei protagonisti*, cit.

<sup>6</sup> Sulla distinzione tra macro e micro-organizzazione quale linea di confine tra regime pubblicistico e regime privatistico cfr., per tutti, D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro, Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle "leggi Bassanini"*, in *LPA*, 1998, p. 35.

pubblicistico (“nell’ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all’articolo 2, comma 1”).

In questa sede, e senza pretesa di completezza, si tenterà di valutare l’attuale punto di equilibrio delle fonti regolatrici su due aspetti: a) il conferimento degli incarichi dirigenziali: “il cuore della problematica della dirigenza”<sup>7</sup>, con particolare riferimento agli obblighi di motivazione e di comparazione; b) lo *spoils system*.

2. *La natura privatistica degli atti di conferimento degli incarichi: differenza tra autonomia privata e funzione amministrativa.*

Come è noto, ai fini del concreto svolgimento delle mansioni dirigenziali non è sufficiente “essere” un dirigente, cioè aver acquisito la relativa qualifica, ma è necessario “fare” il dirigente. A tal fine occorre che al dirigente venga effettivamente conferito un determinato incarico di funzioni dirigenziali, ai sensi dell’art. 19, d.lgs. n. 165/01<sup>8</sup>.

A fronte di un rapporto di lavoro dirigenziale destinato a protrarsi a tempo indeterminato, le funzioni concretamente svolte dal dirigente sono destinate, dunque, a mutare a seconda dell’incarico temporaneo che questi, di volta in volta e nella continuità del rapporto di lavoro, si troverà ad assumere.

Il rapporto di lavoro è regolato da un complesso di fonti che vede coesistere provvedimento e contratto: questa coesistenza potrebbe ingenerare dubbi sulla natura giuridica degli atti di conferimento degli incarichi.

Risolvere la questione della natura giuridica degli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali non costituisce un mero esercizio teorico ma assume la massima importanza, perché dalla soluzione in termini privatistici o pubblicistici discende il diverso regime giuridico applicabile.

La Cassazione, a partire dalla famosa sentenza n. 5659 del 2004<sup>9</sup>, è ormai

<sup>7</sup> Così D’ALESSIO, *Percorsi possibili e impossibili della riforma della dirigenza*, in *Trent’anni di riforme, Le testimonianze dei protagonisti*, cit.

<sup>8</sup> Cfr., in argomento, ZOPPOLI A., MONDA, *Gli incarichi dirigenziali: conferimento, rinnovo e revoca*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA, *Il Lavoro pubblico*, Giuffrè, 2019, p. 973 ss.

<sup>9</sup> In *DLM*, 2004, p. 337, con commenti di ALES, *L’incerta qualificazione del provvedimento di conferimento o revoca degli incarichi dirigenziali*, p. 355, e CORPACI, *Su natura e regime giuridico degli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali nel settore pubblico*, p. 374, e in *LPA*, 2004, p. 153, con nota di BOSCATI, *Atto di conferimento dell’incarico dirigenziale: la Cassazione ne riafferma la natura privatistica*, p. 170. Più recentemente, *ex multis*, cfr. Cass. 9 marzo 2021 n. 6485.

granitica nel sostenere che gli atti di conferimento realizzino una fattispecie complessa indipendentemente dai singoli decreti e contratti in cui si estrinsecano e abbiano natura privatistica.

Il regime dell'atto privatistico, però, è molto diverso da quello dell'atto amministrativo.

In linea generale, e in assenza di un'espressa previsione di legge, l'atto di autonomia privata non deve essere motivato, perché i motivi che ispirano l'attività dei privati sono, di norma, irrilevanti<sup>10</sup>.

La nozione di "autonomia", però, è molto diversa da quella di "funzione". Quest'ultima individua un'attività svolta da un soggetto per la tutela di un interesse alieno<sup>11</sup>: la funzione amministrativa, in particolare, è l'attività posta in essere attraverso l'esercizio di poteri amministrativi finalizzati alla cura in concreto di interessi della collettività generale<sup>12</sup>.

La norma attributiva del potere, infatti, predetermina l'interesse a tutela del quale il potere stesso è attribuito. Si tratta, normalmente, dell'interesse di cui è istituzionalmente portatrice la singola pubblica amministrazione.

Senonché, l'esercizio del potere spesso incide su altri interessi, pubblici o privati, che possono porsi in conflitto con quello preso in considerazione dalla norma attributiva del potere.

Il presupposto per l'esplicarsi della funzione amministrativa è, allora, l'individuazione e la cura dell'interesse pubblico in concreto, all'esito di un'attività di comparazione e di scelta tra i vari interessi (primari e secondari) da soddisfare o da sacrificare<sup>13</sup>.

I motivi dell'agire pubblico, dunque, diversamente da quelli dell'agire privato, sono sempre rilevanti e comportano la necessità di valutare tutti i presupposti dell'agire amministrativo e di motivare i relativi provvedimenti<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Cfr., per tutti, SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, 2002, pp. 128, 160 e 178. Con particolare riferimento al lavoro pubblico cfr. D'ANTONA, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, in *ADL*, 1997, p. 36; CARINCI F., *Il lento tramonto del modello unico ministeriale; dalla "dirigenza" alle "dirigenze"*, *LPA*, 2004, p. 836.

<sup>11</sup> MODUGNO, voce *Funzione*, in *ED*, 1969, XVIII, p. 309.

<sup>12</sup> Cfr. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, 1993, I, p. 75. Secondo l'A., tuttavia, si tratta di un'espressione verbale priva di attitudine definitoria in senso giuridico, posto che le funzioni esercitate dalle amministrazioni di uno stato moderno appaiono diversificate e non suscettibili di una ricostruzione unitaria.

<sup>13</sup> MODUGNO, voce *Funzione*, cit., p. 309.

<sup>14</sup> Cfr. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 88.

L'analisi differenziale dei tratti caratterizzanti dell'autonomia privata e della funzione pubblica permette di concludere nel senso che l'autonomia privata, in quanto libertà di regolare i propri interessi, "non ha mai natura funzionale di fronte all'interesse pubblico"<sup>15</sup>.

Non essendo l'autonomia privata un potere a cui corrisponde una funzione, anche l'interesse pubblico non potrebbe mai porsi come obiettivo diretto dell'atto privatistico<sup>16</sup>. Quando un atto privatistico entra in contatto con interessi pubblici, la cura di tali interessi passa attraverso la tecnica, ben nota al diritto del lavoro, dell'individuazione di limiti esterni<sup>17</sup> all'autonomia privata, limiti da rinvenirsi in apposite norme di legge.

L'utilizzo di strumenti privatistici è astrattamente ipotizzabile in ordine alla realizzazione di qualunque fine istituzionale della pubblica amministrazione<sup>18</sup>, ma è sempre necessario "accertare la congruenza del mezzo rispetto al fine"<sup>19</sup>.

Per riprendere l'interrogativo già posto in chiusura del par. 1, si tratta di capire, allora, se l'art. 19, d.lgs. 165/01, che costituisce la cornice legale di riferimento, individui limiti esterni adeguati a garantire i profili funzionalistici e le esigenze di tutele dell'interesse pubblico che il conferimento degli incarichi dirigenziali, di natura privatistica, inevitabilmente sottendono.

In altri termini, eventuali obblighi di motivazione e di comparazione tra i candidati, a fronte della natura privatistica degli atti di conferimento, dovrebbero essere espressamente previsti dalla legge per "recuperare" garanzie pubblicistiche e tutele sul versante dell'interesse all'imparzialità dell'amministrazione.

Non costituendo provvedimenti amministrativi, agli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali non può essere applicata la disciplina generale dettata dalla l. 7 agosto 1990 n. 241. Essi, dunque, non rientrano tra i provvedimenti che devono essere motivati, ai sensi dell'art. 3, comma 1, della

<sup>15</sup> SANTORO PASSARELLI F., *L'autonomia dei privati L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia*, in *DE*, 1956, p. 1213 e ora in *Saggi di diritto civile*, ESI, 1961, p. 240.

<sup>16</sup> FERRI, *Nozione giuridica di autonomia privata*, in *RDPC*, 1957, pp. 135-137.

<sup>17</sup> MINERVINI, *Contro la funzionalizzazione dell'impresa privata*, in *RDC*, 1958, p. 618 ss., OPPO, *L'iniziativa economica*, in *RDC*, 1988, pp. 324 e 325, PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *ADL*, 1995, pp. 1 e 34; SANTORO PASSARELLI G., *La parità di trattamento retributivo nell'ordinamento italiano e nella prospettiva dell'ordinamento comunitario*, in *GI*, 1994, p. 913.

<sup>18</sup> ROMANO, voce *Attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, in *DDP*, I, 1987, p. 535.

<sup>19</sup> RUSCIANO, *Contro la privatizzazione della dirigenza pubblica*, in *DLM*, 2005, p. 630.

stessa legge. Né ai sensi della stessa legge potrebbero riconoscersi le garanzie partecipative per i destinatari dei provvedimenti e per i controinteressati<sup>20</sup>.

### 3. *Motivazione e comparazione alla luce del dettato normativo*

Ai sensi dell'art. 19, co. 1, d.lgs. 165/01, ai fini del conferimento di ciascun incarico di funzione dirigenziale si deve tener conto di una serie di requisiti, la cui considerazione, tuttavia, è espressamente riferita al "singolo dirigente".

Questo elemento stempera di molto anche quanto previsto dal successivo comma 1-bis, che, nel prevedere la pubblicazione di appositi interpelli, impone un obbligo di valutazione delle domande.

La valutazione delle domande, infatti, limitata al *curriculum* del singolo dirigente, ancora non fonda espressamente né un obbligo di motivazione né un obbligo di comparazione. Nel contemperamento tra imparzialità e fiduciarità la norma sembra consentire l'attribuzione dell'incarico ad un soggetto in possesso di determinati requisiti che lo rendono idoneo a svolgerlo, indipendentemente dal fatto che sia il migliore<sup>21</sup>.

Gli eventuali partecipanti all'interpello, inoltre, con le tecniche civili, potrebbero essere legittimati a verificare la corretta valutazione, ma difficilmente potrebbero ottenere una tutela demolitoria dell'atto di conferimento dell'incarico al terzo in ipotesi meno competente e qualificato<sup>22</sup>.

Limitatamente alla motivazione, diversa appare la disciplina degli incarichi agli esterni contemplata dall'art. 19, co. 6: qui, effettivamente, l'obbligo di motivazione degli atti di conferimento degli incarichi è espressamente previsto dalla legge. La norma, inoltre, contempla ulteriori limiti percentuali, oggettivamente verificabili, la cui violazione potrebbe comportare la nullità dell'atto di conferimento.

<sup>20</sup> In generale cfr. SANTORO PASSARELLI G., *La specialità del rapporto e il regime transitorio nella c.d. privatizzazione del pubblico impiego*, in *LD*, 1993, p. 568.

<sup>21</sup> Condivisibilmente, in quest'ottica, Cass. Sez. Un. 7 luglio 2005 n. 14252 aveva escluso obblighi di comparazione, non costituendo quella di conferimento dell'incarico una procedura concorsuale.

<sup>22</sup> Sia consentito il rinvio a MEZZACAPO, *Dirigenza pubblica e tecniche di tutela*, Jovene, 2010, spec. p. 230 ss. e, più recentemente, ID. *La dirigenza pubblica*, in SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Utet, 2020, p. 3596 ss.

L'obbligo di motivazione, sotto questo punto di vista, individua un limite esterno compatibile con la natura privatistica dell'atto.

Ma la previsione *ex lege* dell'obbligo di motivazione per il conferimento degli incarichi agli esterni può testimoniare, *a contrario*, l'inesistenza di un tale obbligo per gli atti di conferimento degli incarichi agli interni.

4. *L'utilizzo giurisprudenziale dei principi di correttezza e buona fede in funzione del recupero di garanzie pubblicistiche (critica)*

C'è da dire, però, che obblighi di comparazione e motivazione nel conferimento degli incarichi dirigenziali sono ormai pacificamente riconosciuti dalla giurisprudenza, che, pur ribadendo la natura privatistica degli atti di conferimento, interpreta l'art. 19, d.lgs. 165/01 alla luce di principi di correttezza e buona fede, spesso mescolandoli con gli stessi principi di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione.

Questa interpretazione porta a riconoscere, in applicazione di tali principi, obblighi di motivazione e comparazione che non sembrano evincersi espressamente dalla lettera della legge<sup>23</sup>.

L'operazione ha il merito di provare a reintrodurre alcune garanzie volte a salvaguardare interessi sicuramente meritevoli di tutela e correlati all'esigenza di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa, sia in termini di scelta dei soggetti più idonei a ricoprire determinate funzioni, sia in relazione

<sup>23</sup> Emblematico, ad esempio, Trib. Roma 3 ottobre 2023 n. 8347, ai sensi del quale "Nel pubblico impiego privatizzato il conferimento di incarichi dirigenziali ha natura di determinazione negoziale, cui vanno applicati i criteri generali di correttezza, buona fede, imparzialità e buon andamento della P.A. ex art. 97 Cost., principi che obbligano l'ente datore di lavoro a valutazioni comparative e motivate, senza alcuna discrezione, né automatismo della scelta, cui corrisponde una posizione di interesse legittimo in capo agli aspiranti all'incarico". Cfr. anche App. Roma 8 maggio 2023 n. 1090, secondo cui "in ogni caso, per l'adozione di tale atto di conferimento l'Amministrazione è tenuta ad osservare le norme di cui all'art. 19, comma 1, del D.lgs. n. 165 del 2001 e quindi a procedere, alla stregua delle clausole generali di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. e dei principi enunciati dall'art. 97 Cost. La valutazione comparativa con gli altri candidati deve contemplare adeguate forme di partecipazione ai processi decisionali e deve essere sorretta da una congrua motivazione circa i criteri seguiti e le ragioni giustificatrici delle proprie scelte. Laddove, pertanto, l'Amministrazione non abbia fornito nessun elemento circa i criteri e le motivazioni seguiti nella selezione dei dirigenti ritenuti maggiormente idonei agli incarichi da conferire, è configurabile inadempimento contrattuale, suscettibile di produrre danno risarcibile". Analogamente Cass. 9 marzo 2021 n. 6485.

alle effettive possibilità di impugnare i provvedimenti di conferimento degli incarichi a terzi.

Allo stesso tempo, però, la tecnica utilizzata per perseguire tale finalità appare non del tutto condivisibile.

In primo luogo, affiancare imparzialità e buon andamento ai principi di correttezza e buona fede appare discutibile sul piano tecnico, se è vero che tra i principi propri dell'autonomia privata e della funzione pubblica, “non è consentita nessuna osmosi”<sup>24</sup>.

L'aggancio ai principi fondamentali della Carta costituzionale per legittimare l'imposizione di limiti alla stessa autonomia privata rischia di determinare un'applicazione diretta di norme costituzionali la cui attuazione deve essere, invece, curata dal legislatore (si pensi all'utilità sociale, come limite dell'iniziativa economica privata). Se così non fosse, infatti, il potere privatistico dovrebbe ritenersi funzionalizzato, cioè limitato dall'interno, mentre, invece, come già evidenziato, tollera solo limiti esterni.

In secondo luogo, sebbene esista autorevole dottrina in senso contrario<sup>25</sup>, ragioni di certezza del diritto rendono maggiormente condivisibile la tesi che vede operare la buona fede nell'ambito del singolo rapporto e non anche in relazione a comportamenti esterni in funzione correttiva<sup>26</sup>.

Come è stato icasticamente rilevato, l'interprete e il giudice non sono autorizzati “a sostituirsi al legislatore, inventandosi un regime diverso da quello statuito, ma solo a chiederne lo scrutinio di costituzionalità”<sup>27</sup>.

Il che ci riporterebbe a quell'equilibrato dosaggio di fonti regolatrici tanto raccomandato dalla Corte costituzionale.

<sup>24</sup> CASSETTA, voce *Attività amministrativa*, in *DDP*, 1987, I, p. 526. Si veda anche GIACCHETTI, *Giurisdizione amministrativa e legge n. 15/2005: verso la riscoperta dell'interesse pubblico o verso una riserva indiana?*, in *CS*, 2005, p. 396, secondo cui “se a un civilista si parlasse di diritto privato retto dal principio generale di discrezionalità amministrativa e non da quello di autonomia privata resterebbe esterrefatto, come se gli si parlasse di marziani, o come se gli si proponesse di giocare a poker con le regole del tressette”.

<sup>25</sup> In particolare RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto, ristampa integrata*, Giuffrè, 2004, p. 178.

<sup>26</sup> MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *RCD*, 1986, pp. 13 e 17.

<sup>27</sup> CORPACI, *op. cit.*, p. 380.

### 5. *Cenni sullo spoils system*

Anche con riferimento allo *spoils system*, seppur in estrema sintesi, è possibile proporre qualche riflessione sull'attuale punto di equilibrio, stavolta non tanto tra fonti regolatrici diverse, pubblicistiche e privatistiche, quanto della disciplina integralmente legale dell'istituto, soprattutto per come si è evoluta.

Al modello del 1998 (conferma, salvo provvedimento espresso di rimozione), è succeduto quello, attuale, introdotto nel 2002 (rimozione *ex lege*, salvo provvedimento espresso di conferma).

Come è noto, l'istituto è principalmente finalizzato all'esigenza dei vertici politici di avvalersi di una dirigenza apicale nominata accentuando la componente fiduciaria del rapporto e trova copertura costituzionale nell'ambito dell'art. 95 Cost., (responsabilità politica del ministro per gli atti del proprio dicastero).

Questa esigenza, tuttavia, non pone nel nulla quella di garantire l'imparzialità dell'amministrazione, ai sensi dell'art. 97 e 98 Cost. e, più nello specifico per quanto qui esaminato, l'autonomia della dirigenza, anche apicale, seppur con i temperamenti del caso, nei confronti degli organi di vertice politico<sup>28</sup>.

Certamente la cessazione automatica degli incarichi apicali pone un problema di tutela del dirigente e della collettività generale, anche alla luce di una disciplina del conferimento degli incarichi in cui le aspirazioni a ricoprire un determinato incarico da parte del più competente non sembrano così tutelate.

Si insiste molto sul principio di distinzione tra politica e amministrazione come motore della riforma<sup>29</sup>, ma l'attuale assetto normativo non sembra del tutto immune al rischio che l'organo di vertice politico finisca per riappropriarsi del governo dell'amministrazione attraverso l'assoluta libertà di "avvicendamento" dei dirigenti apicali. Il meccanismo di cessazione automatica degli incarichi agevola la sostituzione di dirigenti non politicamente affini alla nuova maggioranza, anche se questi risultino competenti e garantiscano un imparziale esercizio delle funzioni pubbliche connesse all'ufficio.

<sup>28</sup> Secondo autorevole dottrina, addirittura, le due esigenze non sarebbero affatto sullo stesso piano: cfr. ONIDA, voce *Costituzione italiana*, in *DDP*, 1989, IV, p. 332.

<sup>29</sup> Cfr. TALAMO, *Incarichi dirigenziali e poteri datoriali*, in *LPA*, 2022, p. 3.

I dirigenti cessano, infatti, “*ex lege*” e non possono quindi impugnare alcun atto di cessazione, diversamente da quanto avveniva col sistema precedente.

È vero che ogni nuovo governo dovrebbe in primo luogo preoccuparsi di non sostituire dirigenti di elevata professionalità e competenza solo per ragioni di fede politica, ma questo scenario non appare realisticamente prospettabile in un contesto socio-politico molto aspro, sempre più all’insegna della “*passion des places*”<sup>30</sup>.

Non si può fare a meno di rilevare, in conclusione, che il modello di *spoils system* previsto dalle riforme del 1998 appare più idoneo di quello attuale a garantire tanto le esigenze di fiduciarietà degli incarichi apicali quanto quelle di garanzia dell’imparzialità della pubblica amministrazione.

#### 6. Conclusioni: un dosaggio di fonti regolatrici probabilmente squilibrato

A chiusura di queste sintetiche e certamente incomplete riflessioni, sembra possibile dubitare che l’attuale quadro delle fonti regolatrici del conferimento degli incarichi dirigenziali e dello *spoils system* si riveli pienamente equilibrato.

Sul versante degli incarichi, la natura privatistica degli atti di conferimento non sembra supportata da una cornice legale di riferimento idonea a garantire, attraverso la previsione di specifici limiti esterni, alcune garanzie basilari a tutela dell’imparzialità dell’amministrazione, quali gli obblighi di motivazione delle nomine e di comparazione tra i candidati.

Di questa esigenza si è fatta carico la giurisprudenza, costretta però a recuperare dette garanzie attraverso un uso distorto dei principi di correttezza e buona fede e mescolando autonomia privata e funzione amministrativa.

Sotto questo punto di vista, non sembra realizzarsi appieno quell’equilibrato dosaggio di fonti regolatrici più volte invocato dalla Corte costituzionale a garanzia del “funzionamento” della riforma.

Ma anche sul versante dello *spoils system* la disciplina legale non appare così equilibrata. Si è affermato, infatti, un modello, incentrato sulla cessazione *ex lege* piuttosto che sulla necessità di un provvedimento espresso, forse

<sup>30</sup> CASSESE, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale*, in *GDA*, 2002, p. 1343.

troppo sbilanciato verso una fiduciarità degli incarichi apicali eccessivamente scollegata dall'imparzialità dell'azione amministrativa.

In conclusione, vale la pena sottolineare che, nonostante trent'anni di riforme dal 1993, sono ancora estremamente calzanti ed attuali le parole di Giannini: "il problema che si pone è quello della dirigenza pubblica, che comunque va risolto, perché le leggi vigenti sono, più che incerte, contraddittorie"<sup>31</sup>... e non risalgono neppure al 1993, bensì al 1979!

<sup>31</sup> GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, in *RTDP*, 1982, p. 722 ss.

### **Abstract**

Il saggio prende le mosse dal monito della Corte costituzionale sulla necessità di un equilibrato dosaggio di fonti regolatrici affinché la privatizzazione del lavoro pubblico potesse garantire, oltre che il buon andamento, anche l'imparzialità dell'amministrazione.

Una veloce ricognizione del regime degli incarichi dirigenziali e della disciplina dello *spoils system* porta a dubitare che, su queste tematiche, l'equilibrio auspicato dalla Corte costituzionale possa dirsi pienamente raggiunto.

This essay takes its starting point from the Constitutional Court's warning on the need for a balanced mix of regulatory sources so that privatisation of public employment could guarantee both good performance and impartiality of the administration.

A quick reconnaissance of management appointments regime and spoils system discipline leads one to doubt that, on these issues, the balance wished by the Constitutional Court can be fully achieved.

### **Keywords**

Lavoro nelle pubbliche amministrazioni, dirigenza pubblica, incarichi dirigenziali, spoils system, obblighi di motivazione e comparazione.

Employment in the civil service, public management, executive appointments, spoils system, obligations to justify and compare.

## Gabriella Nicosia

### Le dirigenze nel trentennale della riforma del lavoro pubblico: evoluzioni e involuzioni nel modello

SOMMARIO: **1.** Le radici di una scelta organizzativa. **2.** Le accelerazioni verso il *competency management*: i tratti fisiognomici della dirigenza di ultima generazione. **3.** La *soft law* e la riforma “gentile” del rapporto di lavoro dirigenziale. **3.1.** Una proposta interpretativa. **4.** Brevi riflessioni conclusive.

#### 1. *Le radici di una scelta organizzativa*

Il tema del mio intervento esprime l'*amarcord* personale, avendo partecipato nel 1998<sup>1</sup> all'esperienza irripetibile dei tavoli di studio ministeriali voluti da Massimo D'Antona<sup>2</sup>. Erano anni pieni di dinamismo ed entusiasmo innovatore che mi è particolarmente caro rammentare proprio nella ricorrenza dei trent'anni della privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico. Come sempre accade in occasione del festeggiamento di date importanti, si avverte forte il bisogno di formulare bilanci, provando a cogliere successi (o insuccessi) di una riforma che va considerata epocale; ciò anche in funzione

<sup>1</sup> Della Commissione di giovani esperti nominata da Franco Bassanini il 31 marzo del 1998 hanno fatto parte: Marco Barbieri, Alessandro Boscati, Piera Campanella, Pasquale Chieco, Sandro Mainardi e Gabriella Nicosia.

<sup>2</sup> Si fa riferimento alla seconda privatizzazione degli anni 1997-98, attuata intervenendo sulle norme racchiuse nel d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, con i decreti legislativi n. 396/97, 80/98 e 387/98, e oggi confluita nel d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165. I diversi momenti di quel percorso sono delineati in M. D'ANTONA, P. MATTEINI, V. TALAMO, *Riforma del lavoro pubblico e riforma della pubblica amministrazione*, Milano 2001. Per l'analisi dei tratti e della *ratio* di quella riforma, rinvio all'ampia relazione presentata da G. D'ALESSIO fruibile all'indirizzo <https://www.youtube.com/watch?v=hIYZsAJQP10> ma pure in questo Quaderno.

di un salutare apprendimento sistemico. Ponendosi in questo specifico punto di osservazione, appare centrale, nell'economia complessiva del sistema, proprio lo studio della metamorfosi rilevabile nel rapporto di lavoro dirigenziale.

La domanda dalla quale prende le mosse il ragionamento che proverò a sviluppare nei successivi paragrafi può essere così sintetizzata: a che punto siamo arrivati con l'evoluzione del modello?<sup>3</sup>

I modelli, infatti, evolvono e, quando va bene, imparano dai propri errori, secondo il meccanismo del *trial and error*. E non v'è dubbio che il modello, lanciato con la privatizzazione del lavoro pubblico, si sia evoluto e a tratti anche involuto, e che alcune *guidelines* iniziali abbiano resistito, corroborate dai successivi interventi, riuscendo persino a progredire.

Osservando l'andamento delle riforme che si sono susseguite a partire dal lontano 1993, l'anno cioè in cui è stato fortemente avvertito il bisogno di contenimento della spesa pubblica e quindi dell'efficientamento dei nostri apparati<sup>4</sup>, è possibile rendersi conto di come ogni intervento successivo abbia affinato una parte del modello intervenuta in precedenza e rimasta, sino a quel momento, solo accennata. Questo perché di ciascuna di queste riforme<sup>5</sup>, nell'immediatezza della relativa adozione, gli attori del sistema sono parsi in grado di introiettare soltanto una parte. Quando poi il core (il nucleo elaborativo) è entrato a regime e il sistema e tutti gli attori coinvolti si sono mostrati pronti ad assorbire nuovi cambiamenti, ecco che il ciclo successivo di riforme ha affinato le parti del modello rimaste ancora in sospeso. Se vo-

<sup>3</sup> Per l'analisi dei tratti originari del modello si leggano: D'ANTONA, *La disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni, dalla legge al contratto*, in BATTINI S., CASSESE S. (a cura di), *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, 1997; CARINCI F., *La dirigenza nella seconda fase della privatizzazione: la legge delega n. 59/1997 e i due decreti legislativi n.n. 396/1997 ed 80/1998*, in CARINCI F., D'ORTA (diretto da), *I contratti collettivi per le aree dirigenziali. Commentario*, Giuffrè, 1998, p. XVII-XXXVI.

<sup>4</sup> È proprio questa la *ratio* sottesa alla legge delega 23 ottobre 1992 n. 421, come si evince facilmente dall'art. 2 che disponeva testualmente "Il Governo della Repubblica è delegato a emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge uno o più decreti legislativi, diretti al contenimento, alla razionalizzazione e al controllo della spesa per il settore del pubblico impiego, al miglioramento dell'efficienza e della produttività, nonché alla sua riorganizzazione[...]".

<sup>5</sup> Ben 5 cicli di riforma che vale la pena rammentare ricorrendo alla citazione dei relativi autori: Amato - Cassese negli anni 1992-1993, Bassanini - D'Antona negli anni 1997/1999<sup>5</sup>, Brunetta - Calderoli negli anni 2009-2011<sup>5</sup>, Madia nel 2017, e da ultimo la riforma ormai nota nella vulgata come "Brunetta bis". Tutte unite dal filo rosso della forte volontà di costruire un'azione pubblica più efficiente, anzi impeccabile, in grado di soddisfare appieno le attese e le pretese (tutelabili) della collettività degli utenti (anche interni).

gliamo, anche rispetto al percorso evolutivo della disciplina del lavoro pubblico, è possibile scorgere un processo logicamente sequenziato che evoca le logiche del *project management* (cui spesso il legislatore negli ultimi anni ha fatto ricorso) secondo cui gli *output* del processo di riforma che ci si lascia alle spalle, finiscono per corrispondere agli *input* del processo successivo. In una sorta di apprendimento sistemico sequenziale che presuppone la metabolizzazione delle coordinate basilari del ciclo precedente<sup>6</sup>.

Così è stato negli anni 90, rispetto alla privatizzazione del lavoro pubblico e all'ingresso del contratto, in sostituzione dell'atto di imperio, per la quale sono occorsi 10 anni affinché entrasse a regime e venisse accettata da tutti, specie dai dipendenti pubblici e dai giudici. E così accade oggi, posto che, dopo avere introiettato e accettato la contrattualizzazione, e poi nel 2009<sup>7</sup> il meccanismo del monitoraggio e della valutazione delle performance, ci troviamo persino di fronte all'implementazione di un PNRR che si mostra con le fattezze di un contratto di performance e che, in quanto tale, pretende un cambio di passo manageriale. Per tale ragione pure noi giuristi siamo costretti a ragionare di *milestone*, ovvero di fasi di attuazione, nonché *target* e traguardi da raggiungere.

Nel peculiare contesto storico degli anni 90 si faceva ancora difficoltà a dismettere l'atto di imperio, di matrice pubblicistica, a vantaggio dell'atto gestionale di diritto privato. Basti ricordare i conflitti di giurisdizione di quelle prime fasi concitate, in cui sembrava di doversi davvero misurare con una rivoluzione ingestibile (e ancora, per molti aspetti, inaccettabile).

Eppure gradatamente, con grande merito della giurisprudenza, il modello è stato sorretto, interpretato, applicato e progressivamente affermato, con buona pace di tutti gli attori del sistema. Solo a mero titolo di esempio,

<sup>6</sup> Si legga sul tema CAPALDO, CAPONE, *Programmare e gestire progetti nelle organizzazioni delle PA, una guida snella per i project manager "occasionalisti"*, Franco Angeli, 2022.

<sup>7</sup> Con la riforma Brunetta racchiusa nel d.lgs. 30 ottobre 2009, n. 150. Nella vasta e stratificata letteratura di commento a quest'ultima riforma, senza pretesa di esaustività, si vedano almeno i commentari a cura di ZOPPOLI L., *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, 2009; CARABELLI, CARINCI M.T., *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, 2010; AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA, *Diritto del lavoro, Il lavoro pubblico*, Giuffrè, 2011; CARINCI F., MAINARDI, *La terza riforma del lavoro pubblico*, Ipsos, 2011; Si veda pure il numero monografico delle *NLCC*, 5, 2011, a cura di NAPOLI, GARILLI; nonché il numero monografico della rivista *GI*, n. 12 del 2010, e ivi l'introduzione di PERSIANI. Nella saggistica, si rinvia a D'ALESSIO, *Osservazioni sul decreto legislativo attuativo della legge delega n. 15/2009, con specifico riferimento alle disposizioni sulla dirigenza*, Audizione del 17 giugno 2009, Camera dei Deputati, Commissione Affari Costituzionali, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

e dovendo necessariamente tralasciare la trincea della giurisprudenza di merito, basti ricordare le pietre miliari di quel cammino che lentamente, ma in modo incrementale, ha condotto alla completa accettazione dell'applicazione di alcune delle regole del diritto dei privati.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 313/1996<sup>8</sup> ha scritto, infatti, un pezzo di storia, elaborando la formula “dell'equilibrato dosaggio di fonti” in grado di soddisfare, al pari del diritto pubblico *tout court*, la finalità racchiusa nell'art. 97 della Costituzione, promuovendo così a pieni voti la privatizzazione<sup>9</sup>.

Cosicché la fase immediatamente successiva, potendosi dare per acquisito il dato della contrattualizzazione, si connota per la proiezione verso nuove consapevolezze, a partire proprio da quel punto di consolidamento sistemico.

E non va nemmeno dimenticata la svolta interpretativa segnata più avanti dalla Suprema Corte con la sentenza n. 5659 del 2004 che, come si ricorderà, consacrò la natura di atto di gestione persino del conferimento dell'incarico di funzione dirigenziale.

Insomma, momenti decisivi per la tenuta del modello, in cui i giudici delle alte Corti hanno offerto una concreta sponda interpretativa per sostenere il solido radicamento della privatizzazione, delle relative regole e dei nuovi linguaggi<sup>10</sup>.

Quelli appena descritti sono solo alcuni degli esempi possibili di vero apprendimento sistemico dal quale il processo evolutivo è poi ripartito, lanciandosi verso nuovi approdi, secondo l'approccio di evoluzione sequenziale cui si è fatto cenno.

<sup>8</sup> Cui ha fatto seguito la sentenza C. Cost. 16 luglio 1997 n. 309.

<sup>9</sup> “Attraverso un equilibrato dosaggio di fonti regolatrici si è potuto così abbandonare il tradizionale statuto integralmente pubblicistico del pubblico impiego, non imposto dall'art. 97 Cost., a favore del diverso modello che scaturisce appunto dal nuovo assetto delle fonti. In proposito, la Corte ha osservato come per questa via il legislatore abbia inteso garantire, senza pregiudizio dell'imparzialità, anche il valore dell'efficienza contenuto nel precetto costituzionale, grazie a strumenti gestionali che consentono, meglio che in passato, di assicurare il contenuto della prestazione in termini di produttività ovvero una sua ben più flessibile utilizzazione” cfr. C. Cost. 25 luglio 1996 n. 313.

<sup>10</sup> È un evergreen il saggio di D'ANTONA, *La neolingua del pubblico impiego riformato*, in *LD*, 1996, p.237, e il riferimento al “matrimonio d'interesse” fra regole pubbliche e private. Va letto pure RUSCIANO, *Il diritto del lavoro tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di L. Mengoni*, II, Giuffrè, p. 1205.

## 2. *Le accelerazioni verso il competency management: i tratti fisiognomici della dirigenza di ultima generazione*

Da quelle prime fasi e durante un lungo processo di assestamento, ha trovato conferma l'idea che, non senza timori, ho provato a ipotizzare nel lontano 2011: l'affermazione di un vero paradigma personalistico<sup>11</sup>. Complice pure l'esperienza pandemica, ovvero l'evento dirompente e imprevedibile che ha svolto il ruolo di acceleratore di (ma soprattutto detonatore rispetto ad) alcuni processi. L'asse del sistema si è, infatti, sensibilmente inclinato lambendo una dimensione che può essere considerata decisiva per la buona riuscita del complessivo investimento: la scommessa sulle persone che lavorano nei nostri apparati.

Non appare più soddisfacente un modello di dirigenza capace solo di mettere a sistema le logiche del *new public management*, dell'efficienza spinta delle nostre amministrazioni, ovvero di riempire di contenuti, invernandola, la *ratio* ispiratrice proprio della prima versione del d.lgs 3 febbraio 1993 n. 29: il risanamento dei costi<sup>12</sup>.

La logica neo liberale dell'efficienza ad ogni costo è ormai superata con buona pace di tutti. Viviamo, piuttosto, un momento storico in cui si scommette su una dirigenza capace di traghettare i nostri apparati verso modelli più innovativi e sintonici con tutte le esigenze esplose a ridosso della fase post pandemica e in buona parte consacrate nel PNRR. Siamo entrati in una fase in cui diventa sempre più strategico non solo il *quantum* della gestione dirigenziale (rappresentato dal conseguimento dell'obiettivo) ma il *quomodo* (le modalità gestionali del relativo raggiungimento). Si coglie in

<sup>11</sup> Sia consentito rinviare a NICOSIA, *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche*, Giappichelli, 2011. Per quanto non fossi l'unica visionaria a voler scommettere su questa evoluzione sistemica. Basti rileggere CARABELLI, *La "riforma Brunetta": un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche*, in *RU*, 2010, p. 17 ss., e anche in *Mélanges à la mémoire de Yota Kravariou*, ETUI, Bruxelles, 2011, che già rilevava come fosse obsoleto il binomio comando/autorità essendo più opportuna e produttiva l'adozione di una "[...]strategia composita connotata da un mix di trasparenza, coinvolgimento, motivazione, valorizzazione delle competenze e riconoscimento del potenziale".

<sup>12</sup> Per lo studio della dirigenza pubblica si leggano almeno le monografie di ZOPPOLI A., *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, Esi, 2000; ALES, *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro. Un'interpretazione giuslavoristica del rapporto tra indirizzo e gestione*, Giuffrè, 2002; BOSCATI, *Il dirigente dello Stato. Contratto di lavoro e organizzazione*, Giuffrè 2006; MEZZACAPO, *Dirigenza pubblica e tecniche di tutela*, Jovene, 2010; SPINELLI, *Il datore di lavoro pubblico, autonomia organizzativa e poteri del dirigente*, Cacucci, 2012.

modo viepiù evidente la propensione a voler saggiare il possesso di nuove e importanti attitudini. Perché è attraverso il modo di gestire che è possibile prendersi cura delle persone che lavorano negli apparati, valorizzandole e investendo anche sull'appagamento che deriva dall'affermazione di sé e della propria professionalità.

Per questa ragione entrano nel nostro sistema le metriche del *competency management* volto a rilanciare l'*empowerment* cioè il potenziamento delle conoscenze e l'investimento sulle persone e questo con la chiara finalità di costruire motivazione, dentro i nostri apparati, e non disperdere i talenti qui presenti. Questo approccio appare in linea con il *trend* del periodo che è proprio quello della sostenibilità.

Il cambiamento che si è dispiegato sotto gli occhi dell'interprete, in ragione delle norme più recenti, ha implicato che a livello centrale siano state delineate solo le coordinate dell'evoluzione sistemica perseguita e cioè un perimetro di norme e incentivi per favorire un cambiamento che comunque deve avvenire a livello di singola amministrazione. Questo con un inevitabile coinvolgimento, in prima linea, della buona gestione e micro-organizzazione dirigenziale.

Ecco perché la dirigenza sempre più deve attrezzarsi per il conseguimento dei nuovi fini tracciati dal legislatore: cioè la costruzione di un'azione amministrativa proiettata alla creazione di valore pubblico ma senza pretermettere (*rectius* dimenticare) il valore di chi lavora negli apparati.

Naturalmente dò per presupposta la consapevolezza che la gestione, a livello micro, non sia mai autoportante ma brilli, piuttosto, di luce riflessa dalla scelta discrezionale funzionalizzata all'interesse pubblico. Quella disposta, per esempio, nell'art. 6, co. 1, d.lgs 30 marzo 2001 n. 165 e oggi rinsaldata nel PIAO<sup>13</sup> che appare il luogo privilegiato per l'esercizio creativo della progettazione amministrativa. Questo significa che la preconditione per la riuscita di una buona gestione resta comunque l'attuazione a livello macro di una progettualità amministrativa seria, consapevole e a lunga gittata<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Il Piano Integrato di attività e organizzazione che riconduce a unità la progettazione sottesa ai piani delle performance, piano triennale dei fabbisogni, il POLA sul lavoro agile, il piano di prevenzione della corruzione e trasparenza

<sup>14</sup> Sulla necessaria programmazione in termini non più di investimento quantitativo ma qualitativo, si legga MAINARDI, *Inquadramenti pubblici atto II. Appunti dai cnl tra organizzazione e tutela della professionalità*, in *LPA*, 2023, 3, p. 449; sul tema pure RICCOBONO, *Il rapporto di lavoro: reclutamento, inquadramento, estinzione*, in questo *Quaderno*; PALLINI, *L'inquadramento professionale dei dipendenti pubblici a metà del guado*, in *VTDL*, 2020, 283 ss.

Per la verità le amministrazioni sono da sempre allenate al raggiungimento dell'interesse pubblico dei consociati, al cosiddetto vincolo di scopo, ma oggi si parla di valore pubblico nell'accezione proprio di valore sociale: questo nel senso che sempre più bisogna proiettarsi alla verifica dell'impatto che una certa azione amministrativa abbia avuto, nei tempi attesi. Superando in tal modo quell'approccio tradizionale per cui spesso nelle amministrazioni si è stati molto attenti alla impeccabilità di un certo procedimento – come se fosse quella la vera finalità dell'agire pubblico – e non invece a quello che si intendeva costruire con quel percorso. Insomma vi è stata per molto tempo una sorta di disattenzione diffusa rispetto all'impatto effettivo dell'azione amministrativa (meglio noto come *outcome*).

Il cambio di passo rilevato a partire dal PNRR induce a riflettere sul fatto che il modello sembri tendere in modo più concreto alla verifica degli impatti, dimodoché le performance dirigenziali è necessario siano sempre più *performanti* anche in considerazione di queste finalità. È quindi il legislatore che, con le finalità da ultimo perseguite, conforma in qualche modo le nuove fattezze della dirigenza: il raggiungimento del valore pubblico modella inevitabilmente, e con una sorta di effetto di ritorno, l'obbligazione dirigenziale. Ma si proverà ad approfondire questa argomentazione nei paragrafi che seguono.

### 3. *La soft law e la riforma “gentile” del rapporto di lavoro dirigenziale*

Non v'è dubbio che la tecnica normativa scelta, negli ultimi anni, si caratterizzi per l'evidente predilezione della *soft law*, e quindi delle direttive di armonizzazione, per incidere su temi e ambiti rispetto ai quali sinora si era, invece, preferito intervenire con leggi delega e con i conseguenti decreti delegati. Assistiamo, per questo verso, a una sorta di riforma “gentile”<sup>15</sup> che promette, tuttavia, di rivelarsi più efficace dei cicli che la hanno preceduta. In questo insieme di previsioni soft si coglie un vero cambio di pelle per la dirigenza che verrà.

È possibile trovare traccia di ciò nel PNRR, ma pure nella lettura delle “Linee guida sull'accesso alla dirigenza pubblica” – scritte con l'ausilio della

<sup>15</sup> Sintetizzata nel bisogno di “fare accadere le cose”. Si veda a tal proposito l'intervista del ministro Zangrillo, reperibile all'indirizzo <https://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/ministro/17-05-2023/il-ruolo-della-pa-zangrillo-ripartiamo-dalle-persone>.

Scuola nazionale dell'Amministrazione (SNA) e adottate con decreto del Ministro della PA del 28 settembre 2022 – combinate con la lettura delle linee guida per le competenze trasversali del personale non dirigenziali del 2023.

Di seguito si proverà a indicarne le ragioni.

Nelle Linee guida sull'accesso alla dirigenza pubblica si legge, infatti, una specifica raccomandazione per le procedure di valutazione nei concorsi per dirigenti<sup>16</sup>. È previsto che congiuntamente alla verifica delle conoscenze sia necessario adottare, in virtù di questa novella normativa, “misure idonee a prevedere che le selezioni vengano aggiornate al fine di consentire la valutazione [...] delle competenze (capacità, attitudini) e delle motivazioni dei candidati in rapporto alle posizioni da ricoprire”. Questo perché oggi, e diversamente dal passato, l'art. 28 del d.lgs 165/01 – come novellato dal d.l. 80/2021 – prevede che oltre alla conoscenza delle materie disciplinari “i bandi definiscono gli ambiti di competenza da valutare e prevedono la valutazione delle capacità, attitudini e motivazioni individuali, anche attraverso prove, scritte e orali, finalizzate alla loro osservazione e valutazione comparativa, definite secondo metodologie e standard riconosciuti”<sup>17</sup>.

È dirompente, a mio modo di vedere, l'apparizione, in una fonte di indirizzo, della valorizzazione di elementi come le attitudini o ancora la motivazione in ragione di quello che si verrà chiamati a fare dentro le amministrazioni. Finalmente ci si rende conto che non è più sufficiente verificare la capacità di scrivere un buon tema o di mostrare una brillante conoscenza di norme, in sede di eventuali esami orali, occorrendo piuttosto possedere vere attitudini alla *leadership*<sup>18</sup>. E questo pare del tutto coerente con

<sup>16</sup> Si tratta delle linee guida per l'accesso alla dirigenza pubblica rinvenibili all'indirizzo internet [https://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/DM\\_28\\_9\\_22\\_Linee\\_Guida\\_Accesso\\_Dirigenza.pdf](https://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/DM_28_9_22_Linee_Guida_Accesso_Dirigenza.pdf).

<sup>17</sup> Sul tema si legga ALES, *L'adeguatezza professionale del dirigente pubblico tra prerogative e responsabilità*, in BOSCATI, ZILLI (a cura di), *La professionalità tra legge e contratti*, Wolters Kluwer-Cedam, 2023, p. 389-433.

<sup>18</sup> Se si vuole, in questo senso già NICOSIA, *La dirigenza “sostenibile” e l'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *LDE*, 2021; Sui nodi irrisolti del manager che non c'è, rinvio alle riflessioni di BELLAVISTA, *Il dirigente pubblico e i suoi poteri alla luce della riforma Madia*, in *QRGL*, n. 4, 2019, p. 39 ss.; ZOPPOLI A., *La dirigenza pubblica tra mancata riforma e persistenti equivoci*, in ESPOSITO M., LUCIANI V., ZOPPOLI A., ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2018, p. 317 ss; BOSCATI, *La riforma mancata: il ruolo della dirigenza pubblica nei nuovi assetti*, in *LPA*, 2017, pp. 46-83.

la recente tendenza che si coglie fra le righe di tutta la *soft law* di cui si è detto e che può ben essere sintetizzata nella forte volontà di indirizzare un focus sul *quomodo* delle prestazioni piuttosto che sul *quantum*.

Come si legge ancora nel documento “si tratta di un’innovazione sostanziale delle procedure concorsuali, in quanto tocca aspetti che sino ad ora erano stati solo parzialmente considerati ai fini della definizione del profilo professionale occorrente per la copertura di posizioni dirigenziali (essendo quest’ultima basata esclusivamente sulla conoscenza delle specifiche materie oggetto del bando di concorso)”.

Il passaggio che consacra la metodologia che dovrebbe, d’ora in poi, trovare adeguata implementazione nel nostro ordinamento è certamente quello in cui si afferma che “le nuove modalità di reclutamento comportano un allargamento del campo di valutazione delle potenzialità dei candidati, che dovrà riguardare profili attinenti a qualità personali che possano essere indicative dell’effettiva idoneità a ricoprire ruoli dirigenziali”<sup>19</sup>.

Si tratta di una autentica evoluzione ordinamentale, alla quale fa da controcanto, in senso rafforzativo, il d.m. 28 giugno 2023 e cioè il decreto che racchiude il modello delle competenze trasversali per il personale non dirigente.

Qui si legge ancora che “i requisiti di ruolo non possono [...] più limitarsi all’insieme delle conoscenze e delle competenze tecnico-specialistiche necessarie per svolgere specifici compiti lavorativi (il “cosa” deve essere fatto), al contrario devono considerare anche le dimensioni comportamentali di carattere trasversale, riferite cioè al “come” svolgere il lavoro in modo efficace”<sup>20</sup>. Dal “cosa” si passa, *expressis verbis*, all’analisi del “come” si adempie ai propri obblighi.

Va detto, però, che per riempire di contenuti questo passaggio sistemico, occorre che i soggetti preposti alla verifica del “come” posseggano lo strumentario adatto. Ecco perché oggi si è particolarmente interessati alle abilità di ciascuno.

E quindi nel modello entrano a pieno titolo quelle *soft skills* in genere trascurate e che ora si rivelano, invece, un punto di snodo sistemico per il reclutamento dei futuri manager nelle PA. Fin qui i dati significativi della metamorfosi che è possibile cogliere in generale nella evoluzione del mo-

<sup>19</sup> Cfr. p. 20 delle Linee guida del 28 settembre 2022, cit.

<sup>20</sup> Cfr. il d.m. reperibile all’indirizzo [https://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/DM\\_competenze\\_trasversali\\_personale\\_non\\_dirigenziale.pdf](https://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/DM_competenze_trasversali_personale_non_dirigenziale.pdf).

dello. Chi osserva da tempo questi ambiti sa bene che un conto sono le norme, altro conto le interpretazioni applicative che possono valorizzarne o, viceversa, mortificarne ratio ed efficacia. Di seguito proverò, quindi, a delineare una proposta interpretativa che a mio avviso può dare concretezza alle disposizioni racchiuse nelle direttive di nuovo conio.

### 3.1. Una proposta interpretativa

Il cambio di passo ravvisabile nella novella dell'art. 28, d.lgs 165/01, e quindi nei documenti esplicativi che ne sono seguiti, pur riferendosi tecnicamente al momento del concorso, e quindi al primo accesso nella PA, è opportuno coinvolga l'esercizio effettivo della funzione dirigenziale e cioè un momento sistemico successivo a quello *stricto sensu* dell'accesso nelle nostre PA.

Questo perché appare spesso complicato, se non prematuro, saggiare compiutamente motivazione e attitudine in quella fase iniziale, che è appunto il concorso per il primo accesso nei nostri apparati, ben potendo, tali qualità, essere sperimentate e verificate, molto più fruttuosamente, proprio al momento di effettiva esecuzione della funzione dirigenziale: cioè al momento dell'espletamento dell'incarico ricevuto. È proprio in questo punto del sistema che si è davvero obbligati – per tutte le ragioni declinate nello stesso d.m. 28 settembre 2022 – a verificare il possesso delle nuove competenze richieste, proprio per assicurare al modello del *competency management* una chance di successo<sup>21</sup>.

Con il contratto di incarico le dirigenze si obbligano non solo a raggiungere tutti gli obiettivi assegnati e proiettati alla costruzione di valore pubblico (impatto sociale) ma anche ad un certo modo di raggiungerlo, ovvero “al come”; si obbligano cioè a sfoderare il proprio talento di *leader*, se vogliamo, le proprie competenze trasversali, le *soft skill*, mettendo in campo tutta la propria motivazione a comportarsi secondo buona fede e correttezza comportamentale e mostrando le migliori doti gestionali.

Non è possibile, infatti, dimenticare uno dei punti nevralgici della riforma del lavoro pubblico. Tutti ricordiamo che il vero *shock* organizzativo (il mo-

<sup>21</sup> Nel d.m. 28 settembre 2022, sopra citato, si legge, infatti, che “[...]per la dirigenza, poi, la valutazione delle competenze è centrale anche ai fini del conferimento degli incarichi che sono assegnati sulla base di criteri che tengono in massimo conto ciò che il dirigente ha dimostrato di “saper fare”.

mento di adattamento sistemico più complicato), all'indomani della seconda privatizzazione del 1997/98, si è rivelato proprio quello riguardante la sequenza "contratto di accesso/temporaneità dell'incarico di funzione dirigenziale"<sup>22</sup>.

Come ho potuto affermare anni fa, naturalmente ergendomi sulle spalle dei giganti studiosi del tema, va tenuta ferma e valorizzata la dinamica del doppio contratto: di accesso e di incarico di funzione dirigenziale. È con il sinallagma sotteso all'incarico di funzione dirigenziale che il dirigente soggiace all'obbligazione del raggiungimento di un certo obiettivo e oggi anche ad un certo modo di conseguirlo (*quomodo*).

E riprendendo tutti quei ragionamenti che, nel tempo, hanno trovato conforto nell'evoluzione normativa e nella interpretazione giurisprudenziale, riaffermo oggi che è proprio in questo specifico momento sistemico che occorre effettuare la vera scelta ponderata del dirigente adatto ad un certo tipo di funzione dirigenziale. Scelta che opportunamente pretende si tengano in considerazione alcune componenti come l'attitudine e le motivazioni individuali.

Il talento amministrativo<sup>23</sup> delle dirigenze di cui si è parlato a ridosso della seconda privatizzazione è, infatti, messo alla prova concretamente con l'incarico di funzione dirigenziale. Ancora una volta, è proprio in questo momento che il dirigente deve dare prova di sé ma sotto mutate spoglie. L'allargamento del sistema alle *soft skill* è inevitabile che abbia ripercussioni anche in questo punto così delicato del sistema. È qui che si pretende l'adempimento dell'obbligazione correlata all'incarico di funzione dirigenziale e quindi il raggiungimento degli obiettivi assegnati, ricorrendo ad un insieme di competenze considerate rilevanti e sintoniche con i fini programmati. Competenze che ormai è lo stesso legislatore a raggruppare in macro insiemi: l'area cognitiva, l'area manageriale, l'area realizzativa, l'area relazionale, l'area del *self management*, dove ci si spinge addirittura a intercettare la tenuta emotiva del dirigente<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Esemplicativo del modello è il disposto dell'art. 19, d.lgs 165/01.

<sup>23</sup> Aveva fatto ricorso a questa significativa espressione GUY PETERS, *La pubblica Amministrazione*, il Mulino, 1978. Si veda in particolare il capitolo IV e ivi il paragrafo intitolato "merito e clientelismo". Sulla capacità di usare gli strumenti di incentivazione del personale in funzione del merito, v. GARGIULO, *Merito e premialità nella recente riforma del lavoro pubblico*, in *IF*, 2009, p. 929 ss.

<sup>24</sup> In generale sono 15 le competenze indicate con il supporto della elaborazione della Scuola Nazionale dell'Amministrazione: soluzione dei problemi, visione strategica, pensiero sistemico (Area cognitiva); gestione dei processi, sviluppo dei collaboratori, guida del gruppo, promozione del cambiamento (Area manageriale); decisione responsabile, orientamento al ri-

Naturalmente serve a maggior ragione oggi, consegnare al modello effettività sistemica e, come sempre, questo può accadere solo all'interno del ciclo di gestione delle performance<sup>25</sup>.

Se le dirigenze, nel corso della propria gestione annuale, abbiano dimostrato di possedere, oppure no, le competenze adatte all'incarico, sotto il profilo pure delle attitudini e della motivazione necessarie, va *more solito* verificato e sottoposto a controllo nell'ambito dei modelli di valutazione delle performance. Qualora la performance non sia stata performante, sotto questo specifico aspetto, occorrerà sanzionare secondo il percorso ancora fisiologico che incide sulla retribuzione di risultato, in modo da spingersi solo nei casi di gravi distonie gestionali, e quindi come *extrema ratio*, all'apertura, tutta eventuale, della fase patologica del procedimento di addebito della responsabilità manageriale/dirigenziale di cui all'art. 21 del d.lgs 165/2001<sup>26</sup>.

#### 4. *Brevi riflessioni conclusive*

Le performance dirigenziali si rivelano *performanti* nella misura in cui siano parse anche in grado di esprimere e confermare, sul piano della gestione e micro organizzazione, le attitudini e le motivazioni immaginate *ex ante* e sulla cui base sia avvenuto, al momento del conferimento dell'incarico, l'investimento del capitale di fiducia datoriale.

Ecco perché i modelli di valutazione ben strutturati, con una chance di successo applicativo, sono proprio quelli che abbiano consolidato il doppio

sultato (Area realizzativa); gestione delle relazioni interne ed esterne, negoziazione, orientamento alla qualità del servizio (Area relazionale); tenuta emotiva, *self development*, consapevolezza organizzativa (Area del *self management*). Cfr. p. 27 del DM 28.09.2022 sopra citato.

<sup>25</sup> Sul tema, in generale, si leggano VECCHI, *La valutazione della performance: strumento per una – non più rinviabile – politica di sviluppo organizzativo nel settore pubblico*, in *Quaderno di RGL*, n. 4, 2019, p. 77; D'ALTERIO, *Dall'amministrazione di risultato all'amministrazione "performante": storie di paradossi in tema di pubblico impiego*, in *RGL*, n. 3, 2018, pp. 488–506; GABRIELE, *La misurazione e la valutazione della performance nelle PA tra nodi irrisolti e incoerenze di sistema*, in GARILLI, RICCOBONO, DE MARCO, BELLAVISTA; MARINELLI M., NICOLOSI, GABRIELE, *Il lavoro alle dipendenze della P.A. dopo la riforma Madia*, Cedam, 2018, p. 125 ss.; MONDA, *Contratto di lavoro pubblico, potere organizzativo e valutazione*, Giappichelli, 2016.

<sup>26</sup> Sull'argomento, specie con riguardo ai connessi profili della responsabilità, rinvio alla relazione di MONDA, *La dirigenza pubblica tra amministrazione e politica*, in questo *Quaderno*, ma v. pure ROMEI, *Spunti sulla responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici e sulla responsabilità dirigenziale*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, vol. III, Jovene, 2011, p. 1627.

canale della verifica: sia del raggiungimento dell'obiettivo assegnato sia del *modus gerendi*.

Questo ricorrendo ancora una volta a set di indicatori modellati sulle indicazioni disseminate nella *soft law* di cui si è sin qui detto.

Ciò deve accadere tenendo pure in considerazione la traiettoria sistemica deducibile dalle parole racchiuse nel codice etico novellato con il d.P.R. 13 giugno 2023 n. 81. Il codice introduce, infatti prescrizioni importanti sui comportamenti manageriali auspicabili e sintonici con il generale cambio di passo che si è provato a delineare.

L'attenzione per la crescita professionale aperta ad opportunità di sviluppo, la corroborata cura del benessere organizzativo, l'assunzione di comportamenti esemplari, inclusa la parità di trattamento, equità ragionevolezza, buona fede e correttezza, solo per citare alcuni degli esempi comportamentali ricavabili dalla novella del codice etico, esprimono altrettanti suggerimenti per le *best practices* e su ““come” svolgere il lavoro in modo efficace”<sup>27</sup>.

Si tratta cioè di tutti quei comportamenti che, oggi più di ieri, riempiono di contenuti anche gli obiettivi perseguiti a livello macro organizzativo. Proprio qui si è, infatti, potuto sperimentare il superamento dell'approccio “spinto” all'efficienza, di matrice neoliberale, a vantaggio del piano di investimenti, di cui si è più sopra detto, che scommette sulle competenze, sul talento delle persone, sul loro fiorire negli apparati.

<sup>27</sup> Riprendo le parole del d.m. sulle competenze trasversali sopra citato.

### Abstract

Il saggio analizza l'evoluzione del modello dirigenziale nel corso delle riforme che nell'ultimo trentennio si sono susseguite in ambito pubblico e prova a tratteggiarne i punti di approdo sistemico. L'Autrice osserva una evidente interconnessione fra le finalità sempre diverse che nel tempo l'agire pubblico ha inteso perseguire e il modello di gestione dirigenziale di volta in volta necessario. Da ultimo, la recente soft law ha rimodellato le coordinate delle performance auspiccate nel senso del riconosciuto valore delle persone che lavorano nei nostri apparati. Sempre più si investe sull'*empowerment* e sul benessere di lavoratrici e lavoratori, preconditione per l'erogazione dell'azione amministrativa capace di produrre valore pubblico e cioè benessere sociale. Ecco perché si è interessati in modo progressivo e incrementale al *quomodo* della performance dirigenziali e non più solo al *quantum*.

The essay analyzes the evolution of the management model during the reforms that have taken place in the public sector over the last thirty years and tries to outline its systemic final landing points. The Author observes a clear interconnection between the ever-changing purposes that public action has intended to pursue over time and the managerial management model necessary from time to time. Lastly, recent soft law has reshaped the coordinates of desired performances in the sense of the recognized value of the people who work in our systems. More and more investments are being made in the empowerment and well-being of workers, a precondition for the provision of administrative action capable of producing public value, i.e. social well-being. This is why we are progressively and incrementally interested in the *quomodo* of managerial performance and no longer just in the *quantum*.

### Keywords

Dirigenza pubblica, evoluzioni sistemiche, competency management, nuove obbligazioni.

Public management, systemic evolutions, competency management, new obligations.

**Paolo Pascucci**

Tra politica e amministrazione.

Il caso dell'individuazione del datore di lavoro

per la sicurezza sul lavoro nelle pubbliche amministrazioni

SOMMARIO: **1.** Salute e sicurezza sul lavoro nelle pubbliche amministrazioni. **2.** L'individuazione del datore di lavoro per la sicurezza nelle pubbliche amministrazioni. **3.** Sull'adeguatezza dell'individuazione del datore di lavoro. **4.** La peculiare posizione di garanzia datoriale nelle aziende sanitarie pubbliche.

### *1. Salute e sicurezza sul lavoro nelle pubbliche amministrazioni*

Questo breve intervento riguarda il rapporto tra politica e amministrazione, peraltro dal particolare angolo visuale della tutela della salute e della sicurezza sul lavoro. Un tema spesso trascurato nelle riflessioni sul lavoro pubblico ad onta della sua indiscutibile rilevanza.

Basterebbe infatti evocare quanto è successo durante l'emergenza pandemica per verificare come gli effetti spesso più drammatici della diffusione del virus e della malattia si siano manifestati proprio in alcune pubbliche amministrazioni come le aziende ospedaliere nelle quali il personale sanitario ha pagato un pesante tributo<sup>1</sup>.

Peraltro, le problematiche prevenzionistiche emerse con la pandemia hanno rappresentato soltanto la punta di un *iceberg* dal momento che, anche in condizioni di normalità, le strutture ospedaliere rappresentano uno degli ambiti più critici per la salute e la sicurezza di chi vi lavora, rinvenendovisi

<sup>1</sup> PASCUCCI, DELOGU, *Sicurezza sul lavoro nella PA nell'emergenza da Covid-19*, in *RSin*, 2020, I, p. 131 ss.

un catalogo pressoché sterminato di rischi: fisici, chimici, biologici, da radiazioni, da movimentazione manuale dei carichi, per non parlare di quelli di più recente generazione come i rischi psico-sociali, tra cui emergono quelli legati alle aggressioni<sup>2</sup>.

D'altro canto, se il luogo comune secondo cui le questioni della prevenzione riguarderebbero solo marginalmente le pubbliche amministrazioni è smentito sul piano formale dalla dir. 89/391 CEE del 12 giugno 1989 e dal d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81 che riguardano qualunque contesto lavorativo privato e pubblico, la presenza di rischi serissimi nel settore pubblico emerge non solo nel comparto sanitario, ma anche in quello della protezione civile, della gestione dell'ordine pubblico, del settore penitenziario, spingendosi fino alla scuola e all'università, per non parlare della crescente diffusione dei rischi psico-sociali, al cui contrasto sono finalizzate non solo le prescrizioni del d.lgs. 81/08 sulla valutazione dello stress lavoro correlato<sup>3</sup>, ma anche quelle del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 (artt. 7 e 57) che impegnano le amministrazioni ad improntare l'ambiente di lavoro al benessere organizzativo<sup>4</sup>, concepito in una prospettiva dinamica di continuo miglioramento mediante l'azione dei CUG ed il cui concetto si intreccia inestricabilmente con quello olistico di salute accolto dallo stesso d.lgs. 81/08<sup>5</sup>.

Ma c'è anche un ulteriore elemento che dimostra come il tema della sicurezza sul lavoro costituisca una sfida importante per le pubbliche amministrazioni.

Si tratta del ruolo fondamentale che esse rivestono, con le connesse responsabilità, nella gestione degli appalti pubblici come stazioni appaltanti<sup>6</sup>,

<sup>2</sup> PASCUCCI, *Le aggressioni al personale sanitario come rischio lavorativo*, in *DSL*, 2022, 1, I, p. 49 ss.

<sup>3</sup> ANGELINI (a cura di), *La prevenzione dei rischi da stress lavoro-correlato. Profili normativi e metodiche di valutazione. Atti del Convegno Urbino - 8 novembre 2013*, in *WP*, n. 31/2014, [https://olympus.uniurb.it/images/wpo/2014/angelinia%20curawpo31\\_2014.pdf](https://olympus.uniurb.it/images/wpo/2014/angelinia%20curawpo31_2014.pdf).

<sup>4</sup> NICOSIA, *La ricerca della felicità: aspettativa o diritto al benessere nel lavoro pubblico?*, in *VTDL*, 2022, 1, p. 87 ss.; LAFORGIA, *Tutela della salute e sicurezza, benessere dei lavoratori e legalità: interconnessioni organizzative e giuridiche*, in *DSL*, 2015, 1, I, p. 126 ss.; CORAZZA, *Misure atte a garantire pari opportunità, benessere di chi lavora e assenza di discriminazioni nelle amministrazioni pubbliche*, in NOGLER, MARINELLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro. Commento alle disposizioni della l. n. 183/2010*, Utet, 2012, p. 143 ss.; AVALONE e BONARETTI (a cura di), *Benessere organizzativo. Per migliorare la qualità del lavoro nelle amministrazioni pubbliche*, Rubbettino, 2003.

<sup>5</sup> Che l'art. 2, lett. o, definisce come "stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un'assenza di malattia o d'infermità".

<sup>6</sup> Art. 1 dell'allegato I.1 del d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36.

essendo gravate in quanto tali delle posizioni di garanzia che il d.lgs. 81/08 ed il codice dei contratti pubblici prevedono in capo al committente per la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori che operano negli ambiti degli appalti, quand'anche si tratti di lavoratori non dipendenti dalle pubbliche amministrazioni, con quanto ne consegue per la promozione del coordinamento e della cooperazione tra le imprese coinvolte nell'appalto e per il contrasto dei rischi interferenziali<sup>7</sup>.

Per altro verso, non si deve trascurare che l'adeguamento delle proprie disposizioni che il d.lgs. 81/08 ha previsto mediante decretazione ministeriale per alcune pubbliche amministrazioni in ragione delle effettive particolari esigenze connesse al servizio espletato o delle loro peculiarità organizzative talvolta non è apparso del tutto convincente, mentre in altri casi (come l'università) a distanza di oltre quindici anni dall'emanazione del d.lgs. 81/08 non è purtroppo stato ancora attuato, continuando ad applicarsi i precedenti decreti attuativi del d.lgs. 19 settembre 1994 n. 626 risalenti alla fine degli anni Novanta, con tutte le problematiche interpretative che tali decreti evidenziano nel momento in cui si debbono confrontare con i ben più evoluti principi del d.lgs. 81/08<sup>8</sup>.

## 2. *L'individuazione del datore di lavoro per la sicurezza nelle pubbliche amministrazioni*

Premesso ciò, vorrei soffermare brevemente l'attenzione su di un aspetto che ha rappresentato uno dei problemi più delicati dell'applicazione della disciplina prevenzionistica alle pubbliche amministrazioni<sup>9</sup> e che si interseca in maniera evidente con il principio fondante della riforma del pubblico impiego del 1992/1993, vale a dire quello relativo alla separazione tra l'indi-

<sup>7</sup> Art. 26, d.lgs. 81/08.

<sup>8</sup> TAMPIERI, *La sicurezza del lavoro nell'Università tra regolamento interno e modello organizzativo*, in *WP*, n. 11/2012, <https://olympus.uniurb.it/images/wpo/wpo11.2012-tampieri.pdf>; PASCUCCI, *La figura complessa del datore di lavoro per la sicurezza nelle università tra "vecchio" e "nuovo" diritto*, in *DSL*, 2016, I, I, p. 1 ss.

<sup>9</sup> Sul tema, prima dell'avvento del d.lgs. 81/08, v. ZOPPOLI L., *La sicurezza del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, Giappichelli, 1997, p. 83 ss., e, dopo il 2008, PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori pubblici: cosa cambia dopo le riforme del 2008/2009?*, in *LPA*, 2009, p. 553 ss.

rizzo politico-amministrativo e l'organizzazione e la gestione dei rapporti di lavoro.

Mi riferisco alla questione della individuazione del datore di lavoro per la sicurezza nelle pubbliche amministrazioni che, dopo essere stata oggetto in passato di variazioni interpretative spesso discutibili anche da parte della giurisprudenza, a partire dal d.lgs. 19 marzo 1996 n. 242<sup>10</sup> ha trovato una sua più convincente sistemazione poi confermata dall'art. 2, lett. *b*, secondo periodo, del d.lgs. 81/08.

Come è noto, tale disposizione prevede che per datore di lavoro per la sicurezza si intende il dirigente al quale spettano i poteri di gestione, individuato dall'organo di vertice dell'amministrazione tenendo conto dell'ubicazione e dell'ambito funzionale degli uffici nei quali viene svolta l'attività, e dotato di autonomi poteri decisionali e di spesa, potendo tale figura datoriale, in mancanza di dirigenti, incardinarsi anche in capo al funzionario non avente qualifica dirigenziale nei soli casi in cui quest'ultimo sia preposto ad un ufficio avente autonomia gestionale.

La stessa disposizione prevede peraltro anche un meccanismo di chiusura del sistema giacché, ove l'organo di vertice ometta la predetta individuazione o effettui un'individuazione non conforme ai criteri dettati dalla stessa norma, la posizione di garanzia datoriale per la sicurezza coincide con lo stesso organo di vertice.

È evidente come queste previsioni tendano a riprodurre quella netta distinzione tra il soggetto preposto all'indirizzo politico-amministrativo – l'organo di vertice che, pur se non sempre, per lo più coincide con il vertice politico dell'amministrazione<sup>11</sup> – e il soggetto responsabile dell'organizzazione. È infatti al responsabile politico che spetta adottare un atto di alta amministrazione con il quale si individua il dirigente datore di lavoro.

A tale proposito va ricordato come per lungo tempo ci sia stata confusione su questo aspetto anche in giurisprudenza<sup>12</sup>, interpretandosi anche nominalmente l'atto di individuazione come una sorta di delega di funzioni<sup>13</sup>,

<sup>10</sup> TAMPIERI, *L'applicabilità del decreto legislativo n. 626/1994 alle Pubbliche Amministrazioni*, in GALANTINO (a cura di), *La sicurezza del lavoro. Commento ai decreti legislativi 19 settembre 1994, n. 626 e 19 marzo 1996, n. 242*, II ed., Giuffrè, 1996, p. 134.

<sup>11</sup> STOLFA, *Le definizioni*, in ZOPPOLI L., PASCUCCI, NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori. Commentario al D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, Ipsoa, 2008, p. 68.

<sup>12</sup> Cass. Pen. 20 febbraio 2002 n. 6804, in *LPA*, 2003, p. 71, con nota di POLIMENI.

<sup>13</sup> V. l'art. 16, d.lgs. 81/08.

con ciò accreditando erroneamente l'immagine dell'organo di vertice come titolare originario della posizione di garanzia datoriale poi trasferita al dirigente.

Nulla di tutto ciò, invece, in quanto, come emerge anche nella giurisprudenza più recente, il dirigente ha una posizione di garanzia datoriale a titolo originario<sup>14</sup> che l'organo di vertice ha il dovere di evidenziare ed attualizzare mediante l'atto di individuazione.

Non c'è quindi alcun trasferimento di una posizione di garanzia che l'organo di vertice non ha e che gli si riconduce soltanto in via sussidiaria e sanzionatoria ove egli abbia omesso di individuare il dirigente o l'abbia individuato in modo non conforme ai criteri di legge, non essendo ovviamente ammissibile una lacuna di tutela in questa materia.

### 3. *Sull'adeguatezza dell'individuazione del datore di lavoro*

Se è ormai assodato che l'individuazione non è una delega che trasferisce funzioni, c'è tuttavia un aspetto scarsamente esplorato che riguarda la reale posizione dell'organo di vertice dell'amministrazione in materia di salute e sicurezza sul lavoro.

A tale proposito occorre prendere le mosse da una consolidata acquisizione del diritto della sicurezza sul lavoro, secondo la quale ad essere investito della primaria posizione di garanzia è il principale responsabile dell'organizzazione<sup>15</sup>.

Non a caso nelle strutture private la posizione di garanzia datoriale per la sicurezza si riconduce in capo a chi eserciti effettivamente i poteri decisionali e di spesa per incidere sull'organizzazione, come d'altronde conferma l'indelegabilità dell'obbligo datoriale di valutazione dei rischi.

Nelle pubbliche amministrazioni, alla luce del d.lgs. 81/08, questi poteri organizzativi sono esercitati dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro<sup>16</sup>, vale a dire dai dirigenti in una prospettiva funzionale.

Senonché, la spettanza al dirigente-datore di lavoro di tali poteri relativi

<sup>14</sup> Cass. Pen. 5 luglio 2018 n. 30170 e Cass. Pen. 3 ottobre 2018 n. 43829, entrambe in <https://olympus.uniurb.it>.

<sup>15</sup> LAZZARI, *Figure e poteri datoriali nel diritto della sicurezza sul lavoro*, Franco Angeli, 2015.

<sup>16</sup> ALES, *Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni*, Utet, 2007, p. 15.

alla gestione del sistema di prevenzione aziendale non significa che l'organo di vertice dell'amministrazione possa rimanere totalmente estraneo alle scelte strategiche di fondo che riguardano la salute e la sicurezza dei lavoratori.

Infatti, se si conviene che, grazie ad una lettura sistematica degli artt. 32 e 97 Cost., il buon andamento dell'amministrazione non possa non tener conto anche della tutela della salute e della sicurezza di chi lavora nelle pubbliche amministrazioni, pare difficile sostenere che le scelte strategiche relative alle politiche di prevenzione non rientrino tra gli obiettivi, le priorità, i piani, i programmi e le direttive generali per l'azione amministrativa e per la gestione che, ai sensi dell'art. 4, comma 1, del d.lgs. 165/01, gli organi di governo definiscono verificando la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti.

Si pensi all'ipotesi in cui un'amministrazione decida di avvalersi di un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro, o addirittura di adottare ed attuare efficacemente un modello di organizzazione e di gestione della sicurezza, ovviamente non al fine di ottenere l'esonero della responsabilità amministrativa del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 che non riguarda le pubbliche amministrazioni, bensì per rispettare al meglio, mediante procedure trasparenti e tracciabili, i precetti prevenzionistici.

È tuttavia evidente che le scelte relative alle politiche di prevenzione presuppongono a monte l'effettiva conoscenza delle varie situazioni di rischio presenti nell'organizzazione del lavoro che spetta al dirigente datore di lavoro evidenziare nella valutazione dei rischi.

Col che emerge come la relazione tra l'organo di vertice e il dirigente datore di lavoro non si atteggi tanto in senso verticale *top down* quanto piuttosto come un processo circolare.

Il che peraltro – pur senza pretendere di modificare la ripartizione dei compiti delineati dal legislatore – consente di mettere meglio a fuoco il significato della citata norma di chiusura secondo cui la posizione di garanzia si riconduce in capo all'organo di vertice non solo ove non abbia individuato il dirigente, ma soprattutto qualora lo abbia individuato in modo non conforme ai criteri di legge.

Quest'ultima ipotesi si verifica, da un lato, ove l'individuazione riguardi un dirigente privo di poteri di gestione, o non tenga conto dell'ubicazione e dell'ambito funzionale degli uffici in cui si svolge l'attività a cui sarà preposto il dirigente, non essendo ammissibile – ad esempio in un'amministrazione di notevoli dimensioni – che la posizione di garanzia datoriale riguardi

un settore a cui il dirigente sia estraneo. Da un altro lato, tale ipotesi emergerà soprattutto ove l'individuazione non sia accompagnata dalla adeguata attribuzione al dirigente degli autonomi poteri decisionali e di spesa, dove l'autonomia di tali poteri sottintende anche la specificità degli stessi per la sicurezza.

Senonché come può l'organo di vertice essere a conoscenza delle esigenze e dei fabbisogni di potere decisionale ed economico necessari per questa situazione? In altri termini, quando i poteri del dirigente attribuiti dall'organo di vertice saranno effettivamente adeguati e conformi ai criteri del d.lgs. 81/08?

A ben guardare, l'effettiva adeguatezza della dotazione di tali poteri dipende da quel processo circolare – seppur non espressamente evidenziato nella norma – tra la individuazione del datore di lavoro e la valutazione dei rischi, la quale pertiene alle responsabilità ed alle prerogative del dirigente datore di lavoro e che, evidenziando i rischi e le necessarie misure di prevenzione e di protezione, individua pertanto anche le risorse di potere e finanziarie necessarie per realizzarle.

A ben guardare non può esserci un'attribuzione astratta e generale di poteri al dirigente per la sicurezza individuato come datore di lavoro, occorrendo una ricognizione di quelli che sono i reali bisogni a cui far fronte in materia di salute e sicurezza che solo la valutazione dei rischi è in grado di evidenziare, ben potendosi a tale proposito valorizzare la stessa consequenzialità logico-temporale con cui l'art. 17, d.lgs. 81/08 configura l'elaborazione del documento di valutazione dei rischi rispetto a tale valutazione.

Il che evidenzia l'esigenza di una strettissima cooperazione tra il dirigente individuato come datore di lavoro e l'organo di vertice, la quale si esplicita anche in fasi successive alla individuazione.

Cosicché, l'iniziale attribuzione di poteri decisionali e di spesa prevista all'atto dell'individuazione potrà essere considerata davvero adeguata solo se si rivelerà coerente con gli esiti della valutazione dei rischi, dovendo essere eventualmente ricalibrata nel passaggio dalla stessa valutazione all'elaborazione del relativo documento. Pertanto, l'atto di individuazione con l'attribuzione dei poteri in realtà non si esaurisce in un'unica soluzione giacché esiste una dimensione dinamica in questo raccordo tra vertice politico e dirigente individuato che si dipana nel tempo.

Il che è perfettamente coerente fra l'altro con quella prospettiva dinamica in cui la direttiva europea ha concepito il diritto della sicurezza sul la-

voro e che nell'ordinamento italiano trova puntuale riscontro nell'art. 29, d.lgs. 81/08 là dove prescrive l'aggiornamento del documento di valutazione dei rischi in occasione di modifiche del processo produttivo o della organizzazione del lavoro significative ai fini della salute e sicurezza dei lavoratori, o in relazione al grado di evoluzione della tecnica, della prevenzione o della protezione o a seguito di infortuni significativi o quando i risultati della sorveglianza sanitaria ne evidenzino la necessità. Ipotesi che presumibilmente evidenzieranno un'integrazione di poteri soprattutto di spesa.

In questa prospettiva dinamica del raccordo tra vertice politico e dirigente individuato, da cui consegue che l'attribuzione dei poteri connessi alla individuazione non si esaurisce in un'unica soluzione, il dirigente-datore di lavoro pubblico deve coinvolgere continuamente il vertice politico visto che, a differenza di ciò che accade nel settore privato in cui il datore di lavoro dispone dei "cordoni della borsa", il datore di lavoro pubblico ha necessità di essere supportato dal vertice politico che va costantemente aggiornato e coinvolto.

Ciò beninteso non significa negare che la posizione di garanzia sia in capo al dirigente, ma piuttosto che la responsabilità per la sicurezza sul lavoro ha una capacità diffusiva che a diverso titolo coinvolge i vari protagonisti della vicenda.

Pertanto, quando il d.lgs. 81/08 chiama in causa l'organo di vertice a fronte di un'inadeguata individuazione del dirigente non si riferisce solo al momento "iniziale" dell'individuazione, bensì, in una sorta di *continuum*, a tutta la vicenda, comprendendo anche le ipotesi in cui, a fronte delle successive richieste del dirigente, l'organo di vertice non le esaudisca.

Cosicché l'adeguata individuazione non va intesa come un atto istantaneo, *uno actu*, ma va concepito in una dimensione dinamica.

Ed è anche in tal senso – vale a dire come disponibilità ad ascoltare e a provvedere – che dovrebbe intendersi quella vigilanza che, nonostante il silenzio della legge, secondo alcuni l'organo di vertice dovrebbe esercitare sull'operato del dirigente<sup>17</sup>.

D'altro canto, il dinamismo cui si accennava è coerente con la prospettiva dinamica di continuo miglioramento con cui la dir. quadro 89/391/CEE ha concepito la gestione della sicurezza sul lavoro e che trova riscontro anche nella recente modifica apportata all'art. 18, comma 1, lett. a, del d.lgs. 81/08 dall'art. 14, d.l. 4 maggio 2023 n. 48, convertito con modificazioni dalla l. 3

<sup>17</sup> STOLFA, *op. cit.*, pp. 70-71.

luglio 2023 n. 85, la quale, prevedendo che il medico competente debba essere nominato anche ove la valutazione dei rischi evidenzia la necessità di sorveglianza sanitaria, evidenzia la progressiva emersione di nuovi rischi lavorativi e, fra questi, di quelli psico-sociali<sup>18</sup> che proprio nelle pubbliche amministrazioni trovano spesso un fertile terreno di coltura, come dimostra l'attenzione del d.lgs. 165/01 per il benessere organizzativo.

A ben guardare, la necessità di quel raccordo circolare tra organo di vertice e dirigente non smentisce la distinzione dei loro ruoli e l'originaria posizione di garanzia del dirigente, fermo restando che là dove la legge evidenzia la posizione di garanzia sussidiaria dell'organo di vertice inadempiente, lungi dal legittimare un'originarietà di tale posizione, non fa che sottolineare quel tratto fondante del diritto della sicurezza sul lavoro di matrice comunitaria per cui nessuno, al di là dei diversi ruoli e delle differenti responsabilità, può evitare di contribuire alla realizzazione ed all'efficienza del sistema partecipato di prevenzione aziendale.

#### 4. *La peculiare posizione di garanzia datoriale nelle aziende sanitarie pubbliche*

È peraltro evidente come la circolarità di cui si è parlato non emerga invece nelle specifiche ipotesi in cui, diversamente da quanto prevede il d.lgs. 81/08, organo di vertice e datore di lavoro coincidono, come si coglie negli atti aziendali di diritto privato delle aziende sanitarie pubbliche in relazione al direttore generale.

Senonché i possibili dubbi sulla legittimità di tale situazione potrebbero stemperarsi in virtù della disciplina speciale del d.lgs. 30 dicembre 1992 n. 502, che, ad onta della loro natura pubblicistica, dota tali aziende di autonomia imprenditoriale, cosicché la scelta di incardinare direttamente in capo al direttore generale la posizione di garanzia datoriale parrebbe risultare sostanzialmente coerente – più che con la definizione di datore di lavoro del settore pubblico – con il criterio in base al quale l'art. 2, lett. b, seconda parte del primo periodo, del d.lgs. 81/08 ricostruisce la figura datoriale nel settore privato, nel quale il datore di lavoro emerge in ragione dell'assetto dell'organizzazione di cui è responsabile in quanto vi esercita i poteri decisionali e di spesa.

<sup>18</sup> PASCUCCI, *Le novità del d.l. 48/2023 in tema di salute e sicurezza sul lavoro*, in *DLRI*, 2023, p. 414 ss.

### **Abstract**

L'Autore analizza il tema dell'individuazione del datore di lavoro per la sicurezza nelle pubbliche amministrazioni con particolare riferimento al rapporto "circolare" che si instaura tra l'organo di vertice e il dirigente individuato come datore di lavoro, specialmente per quanto riguarda l'attribuzione dei poteri decisionali e di spesa.

The Author analyzes the topic of identifying the employer for safety in public administrations with particular reference to the "circular" relationship that is established between the top body and the manager identified as the employer, especially with regards to attribution of decision-making and spending powers.

### **Keywords**

Pubblica amministrazione, datore di lavoro, organo di vertice, poteri.

Public administration, employer, top body, powers.

**Paolo Ricci**

**La dirigenza pubblica italiana:  
breve considerazioni economico-aziendali**

SOMMARIO: **1.** Una riforma tra le riforme. **2.** Privatizzare, liberalizzare, aziendalizzare. **3.** Una questione ancora da affrontare: il valore pubblico.

*1. Una riforma tra le riforme*

Non è affatto cosa agevole riassumere l'esperienza della dirigenza pubblica nelle norme e nelle prassi italiane degli ultimi trent'anni. La prospettiva economico-aziendale, in particolare, è segnata da numerosi contributi e riflessioni, a volte oscillanti negli approdi ma sicuramente forieri nell'insieme di una crescita culturale e scientifica rilevante. Forte in questi anni sono stati il confronto e il dibattito con altre discipline e altri campi di osservazione. Senza dubbio, il tema presenta un carattere di complessa e impegnativa multidisciplinarietà; è bene riflettere sull'ineludibile incontro tra il diritto del lavoro, il diritto amministrativo, l'organizzazione aziendale, l'economia aziendale, la psicologia del lavoro, giusto per citare alcune discipline, logiche e competenze che occorre considerare per comprendere a fondo l'oggetto di studio: la dirigenza pubblica e la sua evoluzione. Le diverse barriere lessicali, frutto di saperi con storie, approcci teorici e tecniche di indagine differenti tra loro, non hanno però rappresentato un limite al confronto aperto, alla visione comune, a collaborazioni, anche con varie finalità e scopi. In questi anni neanche la discrasia tra norme e comportamenti ha rallentato tale incontro, anzi, ha contribuito alla critica e spinto ulteriormente verso lo studio e l'approfondimento interdisciplinare. La riflessione e l'indagine giuridica hanno rappresentato fattori di utile contaminazione

per gli studi aziendalistici, e questi ultimi hanno potuto patrimonializzare e valorizzare aspetti prima trascurati della managerialità pubblica. Pur essendo differenti le posture adottate rispetto alla questione della privatizzazione del rapporto di lavoro o delle concrete ricadute della aziendalizzazione della pubblica amministrazione, i risultati di studio sono stati più che soddisfacenti, a tratti anche sorprendenti. Definita e ben ancorata la soggettività pubblica dell'ente amministrato, fissati i finalismi aziendali pubblici, messo al centro l'interesse generale come principale obiettivo dell'azione amministrativa, non può disconoscersi alla aziendalizzazione una significativa funzione di analisi e di approfondimento del rapporto di lavoro e della dirigenza. La non pacifica, ma nonostante tutto, unica percorribile interpretazione ha contribuito a trasformare la dirigenza pubblica, spingendola verso una sua "professionalizzazione" e quindi verso una recuperata piena consapevolezza della capacità di contribuire alla unità organizzativa di cui si è parte e di cui si ha la responsabilità. Il processo, tuttavia, non è stato affatto lineare, né può dirsi vicino ad una sua conclusione, ammesso che essa possa esistere.

Innanzitutto, occorre fare un passo indietro e ampliare l'angolo di osservazione. La riforma della dirigenza pubblica può essere ben affrontata se letta congiuntamente con tutte le altre iniziative riformatrici vissute nel trentennio: quella dei controlli, quella dei sistemi di valutazione e contabili, e quelle che in maniera verticale hanno coinvolto tutti i comparti o settori della amministrazione dello Stato (si pensi per un attimo alle epocali trasformazioni indotte dalla l. 8 giugno 1990 n. 142 per gli enti locali, o dal d.lgs. 30 dicembre 1992 n. 502 per il sistema sanitario). Processi riformatori, è bene ricordarlo, indotti spesso, se non sempre, da pesanti (e pressanti) finalità finanziarie: dalla razionalizzazione economica quindi, piuttosto che da razionalità, tanto da non prevedere quasi mai seri investimenti e necessari oneri aggiuntivi per lo Stato. Tale ultimo *sentiment* non è stato influente, avendo condizionato negativamente la cultura del cambiamento, fino a generare una nociva confusione tra mezzi e fini, aggravata da una certa interpretazione applicativa attribuita alla teoria del *New Public Management* (NPM). Questa confusione risulta particolarmente evidente nelle relazioni tra politiche pubbliche e *performance*, tra entità amministrata e suo *purpose*, tra politica e *management*. I mezzi sono diventati fini e si è assistito ad un capovolgimento delle priorità, con assoluta perdita di vista dell'interesse generale e del bene comune. Giusto per in-

tendersi: l'azienda sanitaria è diventata il fine, con la perdita di centralità della persona e della sua cura.

## 2. *Privatizzare, liberalizzare, aziendalizzare*

Tanta confusione, anche nella opinione pubblica, si è, inoltre, diffusa intorno a tre diversi concetti: a) privatizzare, processo attraverso il quale la proprietà ed il controllo delle imprese operanti in un determinato settore passano da un soggetto economico pubblico ad un soggetto economico privato; b) liberalizzare, processo attraverso il quale un mercato monopolistico, pubblico o privato, si trasforma in un mercato concorrenziale; c) aziendalizzare, processo attraverso il quale si intendono trasferire modelli organizzativi e gestionali tipici delle aziende private nelle aziende pubbliche, ovvero si mira a definire e realizzare modelli e regole specifici per il funzionamento e il governo delle realtà pubbliche. Sul punto, sovrviene utile una generale considerazione. Aziendalizzare la pubblica amministrazione non poteva e non può che significare esclusivamente la necessità di corrispondere ad una esigenza: prendere consapevolezza della forma e della sostanza di cui è fatta una qualunque entità pubblica. In ciò si è consumato un paradosso: si è aziendalizzato ciò che era già azienda, era già sistema complesso composto da persone, risorse e organizzazione, tenute insieme dal perseguimento di una finalità. La questione è molto dibattuta e non risparmia equivoci, sia sotto un profilo teorico che pratico.

Procedendo per ordine, una certa complessità ha pervaso fin da subito le riforme che hanno interessato la dirigenza pubblica, a partire dal processo di “aziendalizzazione”, spesso malamente o semplicisticamente tradotta con “privatizzazione”. Forse, se si fosse parlato di “managerializzazione”, intesa come valorizzazione delle capacità e delle abilità professionali dei dirigenti, avremmo con maggiore rapidità e con meno agitazione trasformato e migliorato le nostre organizzazioni. In Italia si sono introdotte tante norme sulla dirigenza pubblica, ma si è modificato sostanzialmente poco: molti gli interventi normativi a fronte di scarsi impatti su risultati e comportamenti. La cultura amministrativa si è andata trasformando a ritmi altalenanti, giovando poco e male al reale miglioramento dei servizi pubblici, e ciò per ragioni di varia natura: politica, organizzativa, finanziaria, ma anche a causa di alcuni vincoli o limiti. L'età media dei dirigenti pubblici e la formazione

di questi ultimi (prevalentemente giuridica e, nella maggioranza dei casi, priva di specifiche conoscenze nel campo economico, tecnico e finanziario) non hanno del tutto aiutato a rendere effettive le riforme, a rendere coerenti i comportamenti. Più di recente si sono diffusi alcuni esperimenti o aperture nella qualità dei saperi richiesti: si pensi, ad esempio, ai dottorati di ricerca destinati ai dipendenti pubblici. Il modello manageriale del NPM ha incontrato non poche difficoltà e resistenze nella sua acritica applicazione. Il confronto sociale, ideologico, persino antropologico, è stato sicuramente ricco di insuccessi. La causa è da ricercare in una certa incoscienza sulla destinazione finale del percorso riformatore e del collegato modello manageriale; qualunque riforma non può prescindere da una affermazione identitaria: come si è detto, la finalità primigenia o almeno prevalente è stata la razionalizzazione economica e quindi la correzione di dispendi. Tuttavia, ciò è stato interpretato per lo più come riduzione delle risorse finanziarie piuttosto che come ripensamento di processi organizzativi, motivazioni e risultati a più ampio spettro. La storia, anche recente, è piena di soluzioni che hanno generato caotiche ricadute e criticità spesso di gran lunga superiori a quelle che si intendeva, anche in buona fede, affrontare e risolvere. Bisognerebbe innanzitutto convincersi dell'importanza che assume lo spirito con cui si affrontano taluni cambiamenti. Per dirla, come fatto in altre sedi, con le parole dei ricercatori di Palo Alto, le riforme non hanno tenuto conto delle necessarie "relazioni tra gli elementi di una classe e la classe stessa". Così come non è stato valutato che un comportamento, per durare stabilmente, per radicarsi, implica e impone mutamenti a qualche livello inferiore; l'esempio suggerito dai medesimi ricercatori è illuminante: chi guida una bicicletta deve compiere continui piccolissimi movimenti oscillatori per mantenere l'equilibrio e per poter restare in sella, ma se tali movimenti fossero in qualche maniera ostacolati e interrotti, il ciclista perderebbe, in men che non si dica, l'equilibrio, rovinando a terra. Tradotto in termini di pubblica amministrazione, ciò significa che le riforme sono in grado di produrre mutamenti duraturi e significativi solo se i principali destinatari, innanzitutto i cittadini, sono in grado di comprenderle, condividerle, assimilarle, praticarle, diffonderle. La quantità di riforme ha rappresentato il primo ostacolo alla loro applicazione, alla loro indispensabile metabolizzazione. Prima di introdurre un cambiamento, prima di prevedere un nuovo sistema contabile o un nuovo meccanismo di tassazione, prima cioè di dar vita ad una novità, occorre domandarsi a chi si rivolge e

a quale scopo. Il dipendente pubblico, in particolare, è stato oggetto spesso di critiche e di ridiscussione del proprio ruolo, in maniera astratta, senza appropriati collegamenti con il singolo contesto aziendale, basandosi, dunque, sulla concezione che tutte le pubbliche amministrazioni (e relativi dipendenti) sono uguali: erratissimo! In tutte le aziende i cambiamenti avvengono solo per volontà di chi è chiamato ad applicarli e dunque su questa volontà, che diventa capacità, si sarebbe dovuto lavorare meglio e di più. Naturalmente la partecipazione attiva implica anche capacità di controllo e di indirizzo. Anche in questo caso sono evidenti l'eccesso di retorica, incapace di produrre cambiamenti reali, e la scarsa persuasione. Si è fatto molto poco, ad esempio, nel campo della gestione delle risorse umane nelle aziende e nelle amministrazioni pubbliche. In queste realtà gli uffici dedicati al personale si occupano più di buste paga e di permessi che di valorizzazione e motivazione delle risorse umane. Solo più di recente è stata posta maggiore attenzione al tema della centralità delle persone e della loro corretta gestione. Seppure le progressioni di carriera siano ancora eccessivamente gravate da norme inutili e non funzionali allo sviluppo aziendale, recenti elementi riformatori, che riguardano soprattutto il reclutamento, potranno benevolmente incidere. Alcune riforme hanno introdotto nuovi strumenti come il Piano della performance e la Relazione sulla performance (entrambi attualmente confluiti nel Piano Integrato di Attività e Organizzazione – PIAO – insieme ad altri documenti), compiendo un passo importante o addirittura decisivo per quel che concerne la valutazione e la responsabilizzazione delle pubbliche amministrazioni, e andando incontro alle aspettative di chiarezza e trasparenza nei confronti dei cittadini.

Al di là di qualche beneficio che sicuramente vi è stato e ci sarà, la schizofrenia normativa è prevalentemente dannosa. Le riforme non pare che abbiano prodotto un uniforme e soprattutto consolidato incremento della qualità dei servizi pubblici. Anzi. Anche il grado di soddisfazione dei cittadini appare disomogeneo, sia da un punto di vista territoriale sia nei diversi comparti. Lo stesso potrebbe dirsi per la qualità, la motivazione e la soddisfazione dei suoi dipendenti.

### 3. *Una questione ancora da affrontare: il valore pubblico*

Volendo in questa sede soffermarsi su quali siano le questioni ancora aperte, dopo trent'anni, sotto un profilo economico-aziendale, potremmo menzionare:

- il rapporto tra politica e amministrazione;
- la cultura dell'adempimento *versus* quella del risultato;
- la definizione e la misurazione del valore pubblico.

Rispetto al grado di formalizzazione che deve essere assegnato alla relazione tra politica e amministrazione, ci sono due anelli importanti: uno tra organo di indirizzo politico-amministrativo e *stakeholder*, condizionato dalla retorica, e l'altro tra chi amministra e i politici, influenzato a volte dalla complicità, altre dal ricatto. Non bisogna però dimenticare che nelle aziende, pubbliche o private che siano, non è mai possibile tenere separate le parti che le compongono, le une necessitano delle altre; i subsistemi che alimentano l'azienda sono distinti e possono presentare larga autonomia, ma sono equifinalizzati e non sono in grado di conseguire i propri risultati senza il contributo e l'apporto reciproco. Come può un Sindaco prescindere nella sua azione dalle capacità strategiche dei suoi dirigenti? Come si può pensare di riformare la sanità senza il contributo dei dirigenti medici e dei coordinatori sanitari? E così via. Emblematica, in tal senso, è la previsione normativa contenuta all'articolo 53, comma 23 della l. n. 388 del 2000, secondo cui, negli enti locali con popolazione inferiore a cinquemila abitanti, è possibile attribuire ai componenti dell'organo esecutivo la responsabilità degli uffici e dei servizi ed il potere di adottare atti anche di natura tecnico-gestionale, per obiettivi di contenimento della spesa. Emblematica perché afferma come sia sottile il rapporto tra politica e dirigenza, a conferma che si tratta di poteri separabili nelle responsabilità e distinguibili solo nelle proprie funzioni. I documenti strategici e di previsione, in particolare, rappresentano il tratto di unione tra politica e amministrazione. Con essi la programmazione si materializza e si formalizza, diventa possibile esercitare forme di controllo, si migliorano le decisioni, le azioni e le rendicontazioni. Eppure la stessa programmazione e le tecniche, le metodologie e tutti gli strumenti, generalmente utilizzati per dare una evidenza alle priorità della politica, necessari alla costruzione delle relazioni tra gli organi di indirizzo politico-amministrativo e il *management* pubblico, sono stati travolti e mal indirizzati.

Ancora, le riforme non hanno, nel passato, tenuto nella giusta considerazione il necessario equilibrio tra norme e risultati conseguibili dentro quel preciso assetto normativo. Ciò ha prodotto, a discapito dei cittadini, o il rispetto delle sole norme, assolutizzando la legalità, o il rispetto dei soli obiettivi, assolutizzando l'efficacia. Il tema è delicato. La dirigenza pubblica per ben operare deve poterlo fare con norme che non siano di contrasto ad un efficiente uso delle risorse e, allo stesso tempo, perseguendo risultati che non siano contrari al bene pubblico e di ostacolo al corretto svolgersi della vita di comunità. Il governo della pubblica amministrazione implica una sperimentazione continua o, se si preferisce, una continua ricerca di soluzioni sempre più avanzate e innovative nei rapporti tra tutti i soggetti coinvolti: politici, amministratori, utenti. I processi decisionali rigidi, e soprattutto chiusi, dovrebbero essere pochissimi e comunque essere riservati a poche determinazioni. La burocrazia, infatti, diventa odiosa e ostacola la vita della comunità quando non è in grado di percepire le influenze esterne e si trasforma esclusivamente in un onere per cittadini e imprese. In questo senso, diventa fondamentale che la dirigenza pubblica sia chiamata a progettare, sperimentare, diffondere. Senza abilità nella progettazione, senza desideri di tentare percorsi e strumenti nuovi, senza divulgare e aprirsi all'esterno, tutto diventa molto più complesso e ritarda non solo la managerializzazione ma, diremmo, la modernizzazione della pubblica amministrazione. I limiti fanno parte del disegno complessivo. In alcuni casi si è trattato anche di incapacità del *management* e della classe dirigente. Il Paese è rimasto poco avvezzo al cambiamento e alla innovazione, con effetti nella cultura che predomina nelle relazioni, a partire da quelle tra rappresentanti e rappresentati.

Eppure, occorre ammetterlo, anche la *governance* pubblica si è notevolmente riformata negli ultimi anni. La partecipazione istituzionale si è allargata anche se i risultati complessivamente ottenuti, in termini di decisioni e di efficacia delle scelte, non sono stati molto esaltanti. La *governance*, del resto, dovrebbe essere intesa almeno in tre diversi modi: a) come regole che presiedono le decisioni pubbliche; b) come insieme di procedure che devono essere osservate per determinare le scelte; c) come modello organizzativo, interno ed esterno alla pubblica amministrazione, in grado di selezionare per mezzo dei propri organi le decisioni. La *governance* pubblica necessita sempre più di partecipazioni istituzionali ampie e durature. Tutto ciò richiede una perfetta conoscenza delle caratteristiche degli *stakeholders*

che sono destinatari della azione e degli effetti reali delle scelte amministrative. Un modo per innovare fortemente il Paese e per offrire opportunità ed esperienze alle future generazioni potrebbe derivare proprio dall'apertura del governo della cosa pubblica ai cittadini, agli utenti, ai destinatari dell'attività amministrativa. Una buona *governance*, infatti, richiede una buona capacità di ascolto e di partecipazione, non formale, alla comunità servita, alla vita delle aziende e delle (altre) pubbliche amministrazioni: trasparenza e condivisione dovrebbero essere i primi anelli di una relazione più vera e intensa tra Stato e cittadino, aiutando a superare i confini che spesso la burocrazia e le norme alzano pensando di difendere, senza riuscirvi, la cosa pubblica. Non di poco conto è il tema del valore pubblico e della sua co-produzione o co-generazione: stiamo andando verso un mondo della pubblica amministrazione nel quale sempre più, per la scarsità di risorse e la carenza di capacità organizzativa, si produce insieme a chi il servizio lo riceve. Lo stesso tema della sostenibilità richiederà un'altra idea di cittadino e di cittadinanza. Allora, solo se lo *stakeholder* partecipa a questa generazione può non mettere in discussione la realizzazione del risultato auspicato.

Il valore pubblico non può che coincidere con la realizzazione del bene comune: volendo fornire, considerata la complessità della questione, una possibile definizione in negativo, si può affermare che si distrugge valore in ambito pubblico ogni qualvolta una decisione o un'azione di una pubblica amministrazione riduce, di fatto, il grado di soddisfazione dei cittadini. La recente introduzione del prima menzionato Piano Integrato di Attività e Organizzazione (PIAO) ha fornito, per la prima volta, una definizione di valore pubblico. Più in particolare, l'articolo 3, comma 1, lettera a), punto 4), del d.P.C.M. 30 giugno 2022 n. 132 (Regolamento recante definizione del contenuto del Piano integrato di attività e organizzazione) individua, quali obiettivi di valore pubblico generato dall'azione amministrativa: "l'incremento del benessere economico, sociale, educativo, assistenziale, ambientale, a favore dei cittadini e del tessuto produttivo". Si tratta di un tentativo definitorio di cui dovrà necessariamente tenersi conto nel futuro ma, di certo, non è facile misurare il valore pubblico creato o distrutto per effetto di una decisione pubblica. Anche questo impatterà (e non poco) sulla dirigenza pubblica e sulla sua condizione all'interno della pubblica amministrazione, innanzitutto in termini di obiettivi e di valutazione della sua azione.

Ma cosa davvero “misura” il benessere individuale e collettivo esce dai rigidi schematismi imposti da formule e algoritmi. L’attuale crisi globale, i conflitti e la crescente scarsità di risorse, la complessa precarizzazione sociale ed economica di tutti i contesti territoriali, molto probabilmente imporranno una accelerazione alla riflessione su ciò che rende felici, sul benessere collettivo e sulle capacità e le abilità che la dirigenza pubblica dovrà dimostrare di possedere, a prescindere dalle norme<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Per opportuni approfondimenti di alcune delle questioni affrontate, si consultino: AA.VV., *Contabilità e finanza pubblica. Profilo nazionale e profilo internazionale*, Zanichelli, 2023; BORGONOVÌ, *Principi e sistemi aziendali per le amministrazioni pubbliche*, Egea, 2005; CERBONE, RICCI, *La dirigenza nelle Accademie di Belle Arti italiane: poche luci, molte ombre*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2015, pp. 869-908; FARNETI, *Gestione e contabilità dell’ente locale*, Maggioli, 2006; FARNETI, *Economia d’azienda*, FrancoAngeli, 2007; MUSSARI, *Performance e valore pubblico*, Cedam, 2022; RICCI, *Riformite. La retorica e la persuasione nella pubblica amministrazione attraverso 50 domande su democrazia, economia e politica*, Maggioli, 2012.

### **Abstract**

La riforma della dirigenza pubblica può essere ben affrontata se letta insieme alle altre iniziative riformatrici: quella dei controlli, quella dei sistemi di valutazione e contabili, e quelle che in maniera verticale hanno coinvolto tutti i comparti o settori della amministrazione pubblica. Processi riformatori, è bene ricordarlo, indotti spesso, se non sempre, da pressanti finalità finanziarie: dalla razionalizzazione economica quindi, piuttosto che da razionalità. Oggi, dopo trent'anni di riforme, occorre riflettere su alcune questioni ancora aperte e su alcune nuove, come il valore pubblico e la capacità della dirigenza di concorrere alla sua realizzazione.

The reform of public management can be well addressed if read together with the other reform initiatives: that of controls, that of evaluation and accounting systems, and those that have vertically involved all entities of public administration. It should be remembered that these reform processes are often, if not always, driven by pressing financial aims: by economic rationalization, therefore, rather than by rationality. Today, after thirty years of reforms, it is necessary to reflect on some questions that are still open and on some new ones, such as public value and the ability of the leadership to contribute to its generation.

### **Keywords**

Dirigenza, azienda, potere, risultato, valore pubblico.

Management, entity, power, performance, public value.

**Carla Spinelli**

## Parità di genere e contrasto alla violenza sulle donne: nuove sfide per il manager pubblico

SOMMARIO: **1.** Le competenze manageriali del dirigente pubblico nel quadro della pianificazione strategica per la creazione di valore pubblico. **2.** La promozione della parità di genere nell'organizzazione del lavoro e nella gestione del personale. **3.** Strategie organizzative e misure di prevenzione per contrastare la violenza sulle donne.

### 1. *Le competenze manageriali del dirigente pubblico nel quadro della pianificazione strategica per la creazione di valore pubblico*

La professionalità manageriale del dirigente pubblico, nella sua veste di datore di lavoro, si pone, oggi più che mai, al centro di processi sfidanti per le pubbliche amministrazioni<sup>1</sup>, che sono compulsate verso obiettivi di generazione di valore pubblico, inteso come miglioramento del benessere dei cittadini, delle imprese e di tutti gli *stakeholders*, che deve operare sia sul versante esterno e interno di ogni amministrazione.

Per la realizzazione di tali obiettivi risulta imprescindibile contare su personale preparato e motivato, nonché inserito in contesti organizzativi declinati all'insegna dell'innovazione dei processi e del benessere di chi lavora. In ragione, infatti, delle opzioni strategiche adottate con il Piano di Ripresa e Resilienza (PNRR), alle amministrazioni pubbliche è stata (ri)lanciata una sfida di *empowerment* organizzativo, sostenuta anche dalle richieste dei lavoratori e

<sup>1</sup> Sia consentito il rinvio a SPINELLI, *La professionalità del dirigente pubblico nel ruolo di datore di lavoro*, in BOSCATI, ZILLI (a cura di), *La professionalità tra legge e contratti*, Wolters Kluwer-Cedam, 2023, p. 113 ss.

dalla mediazione sindacale, divenute più insistenti su questo fronte dopo la sperimentazione forzata del lavoro da remoto occasionata dalla pandemia, che ha impresso un'accelerazione alla digitalizzazione dei processi di lavoro.

In realtà, nell'accogliere le logiche del *performance management*, il legislatore italiano degli anni '90 del secolo scorso aveva già inteso promuovere una managerialità responsabile all'interno degli apparati pubblici, dotando i dirigenti di poteri gestionali e micro-organizzativi, condensati nella previsione dell'art. 5, co. 2, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165. *Nihil sub sole novum* si potrebbe, quindi, dire.

A distanza di trent'anni dalla prima stagione di riforme del lavoro pubblico, infatti, il dirigente continua a essere identificato come figura cardine per gli interventi di miglioramento della produttività del lavoro e della qualità dei servizi delle pubbliche amministrazioni, ma in un rinnovato clima politico-culturale-organizzativo, sempre più orientato alla valorizzazione delle differenze che connotano l'unicità della persona, "riconosciuta portatrice di valori soggettivi identitari, ma anche socializzanti, che devono costituire l'oggetto primario delle scelte organizzative"<sup>2</sup>.

Il dettato normativo è perciò espressione di una volontà politica fortemente orientata – e forse persino coartata, stante la necessità di dare attuazione al PNRR nel rispetto di una tempistica serrata – in tale direzione.

In questo quadro va letta la previsione relativa alla predisposizione del Piano integrato di attività e organizzazione (PIAO)<sup>3</sup>, che riguarda le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, co. 2, del d.lgs. 165/01, che abbiano più di 50 dipendenti<sup>4</sup>. La *ratio* di questa scelta regolativa del legislatore va individuata nella volontà di far adottare alle amministrazioni una visione unitaria della propria programmazione strategica, per evitare duplicazioni, nonché

<sup>2</sup> CARABELLI, *Torniamo a ragionare seriamente su come rendere la Pubblica Amministrazione consona ai bisogni della società del futuro. Spunti di riflessione a margine di un recente libro sulla PA*, in *RGL Giurisprudenza on line*, 2023, n. 6.V. anche NICOSIA, *Professionalità e managerialità: percorsi e strumenti per rendere attrattivo il lavoro nelle amministrazioni italiane*, in *LPA*, 2023, 2, p. 281 ss.

<sup>3</sup> Il Piano di attività e organizzazione è stato introdotto dall'art. 6, d.l. 9 giugno 2021 n. 80 convertito dalla l. 6 agosto 2021 n. 113.

<sup>4</sup> Ad eccezione delle scuole di ogni ordine e grado e delle istituzioni educative. Le Regioni e le Aziende del servizio sanitario nazionale sono tenute ad adeguare i rispettivi ordinamenti ai principi dettati in materia dal legislatore e ai contenuti del Piano tipo (art. 6, co. 7 bis d.l. 80/21). Questi sono stati adottati successivamente con il d.p.r. 24 giugno 2022 n. 81, che ha individuato gli adempimenti assorbiti dal PIAO e con il d.P.C.M. 30 giugno 2022, che ha definito il contenuto del PIAO e fornito lo schema di Piano-tipo, per il quale la guida alla compilazione è allegata al decreto.

conseguire maggiore trasparenza a beneficio dei cittadini. Ogni amministrazione deve, infatti, predisporre un unico Piano con sezioni specifiche, indicando la programmazione degli obiettivi, le azioni da intraprendere e gli indicatori di performance. In particolare, il Piano integrato di attività e organizzazione ha durata triennale, sebbene con aggiornamento annuale, e accorpa, tra gli altri, i piani della performance, del lavoro agile, della parità di genere e dell'anticorruzione<sup>5</sup>.

Per poter ricevere adeguata attuazione, il sistema concepito dal legislatore presuppone che ci sia davvero un governo strategico delle pubbliche amministrazioni, attraverso una precisa pianificazione degli obiettivi, ma anche che sussistano competenze organizzative in capo alla dirigenza tali da promuoverne l'attuazione attraverso un processo di comunicazione con il personale, che rappresenta un'opportunità di valorizzazione e sviluppo tanto per l'organizzazione quanto per i lavoratori.

In questa ottica, la presente riflessione si propone di indagare l'impatto che si produce sulla cultura organizzativa e sulle competenze manageriali dei dirigenti pubblici per effetto della declinazione in una prospettiva di genere dell'esercizio dei loro poteri datoriali.

## *2. La promozione della parità di genere nell'organizzazione del lavoro e nella gestione del personale*

Il legislatore ha codificato alcuni principi per la gestione delle risorse umane, contenuti nell'articolo 7 del d.lgs. 165/01, che operano quali atti di indirizzo per l'esercizio della professionalità manageriale nel ruolo datoriale, ascrivibile a qualsiasi posizione dirigenziale, in qualsiasi comparto, con assoluta trasversalità. In particolare, tali prescrizioni si identificano con la garanzia di parità e pari opportunità tra uomini e donne, il contrasto a ogni forma di discriminazione, la costruzione di un ambiente di lavoro improntato al benessere organizzativo, il contrasto a ogni forma di violenza morale o psichica al proprio interno, ma anche la flessibilità organizzativa a favore dei dipendenti in situazioni di svantaggio personale, sociale e familiare.

<sup>5</sup> Esso deve prevedere modalità di monitoraggio dei suoi esiti e deve essere pubblicato sui siti istituzionali delle amministrazioni, che ne curano la trasmissione al Dipartimento di Funzione Pubblica (art. 6, co. 3 e 4, d.l. 80/21).

La medesima *ratio* informa la previsione del nuovo comma 5 dell'art. 15 del Codice di comportamento dei dipendenti pubblici<sup>6</sup>, a norma del quale “il dirigente cura, compatibilmente con le risorse disponibili, il benessere organizzativo nella struttura a cui è preposto, favorendo l’instaurarsi di rapporti cordiali e rispettosi tra i collaboratori, nonché di relazioni, interne ed esterne alla struttura, basate su una leale collaborazione e su una reciproca fiducia e assume iniziative finalizzate alla circolazione delle informazioni, all’inclusione e alla valorizzazione delle differenze di genere, di età e di condizioni personali”.

Nell’ottobre del 2022 sono state approvate le Linee guida sulla “Parità di genere nell’organizzazione e gestione del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni”<sup>7</sup>, redatte dal Dipartimento per la funzione pubblica e dal Dipartimento per le pari opportunità<sup>8</sup>. Come precisato nelle dichiarazioni rese dai Ministri sottoscrittori, le Linee guida intendono “offrire indicazioni concrete e percorribili per supportare le pubbliche amministrazioni a realizzare una migliore organizzazione lavorativa, più inclusiva e rispettosa della parità di genere”.

Il documento di indirizzo si articola in due parti e reca in appendice un glossario, che raccoglie le principali voci riferibili al tema dell’equilibrio di genere.

Nella prima parte si individua lo scenario di contesto e, in particolare, si colloca l’iniziativa nell’ambito delle Strategie per la parità di genere definite dall’Unione Europea (2020–2025) e a livello nazionale (2021–26). Quest’ultima si inserisce tra gli interventi del Piano nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), in cui l’*empowerment* femminile e il contrasto alle discriminazioni di genere sono obiettivi trasversali di tutte le sei Missioni in cui si sviluppano le sue finalità.

La seconda parte del documento entra nel merito delle azioni utili a migliorare la parità di genere nelle pubbliche amministrazioni e si rivolge, in particolare, ai responsabili delle strutture apicali e a quanti sono investiti

<sup>6</sup> Art. 15, co. 5, d.P.R. 16 aprile 2013 n. 62 modificato da art. 1, lett. d), d.P.R. 13 giugno 2023 n. 81.

<sup>7</sup> Reperibili on line al seguente link: <https://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/ministro/07-10-2022/parita%C3%A0o-genere-brunetta-bonetti-firmano-linee-guida>.

<sup>8</sup> Tale documento d’indirizzo è stato adottato ai sensi dell’art. 5, d.l. 30 aprile 2022 n. 36, conv. dalla l. 29 giugno 2022 n. 79 e si rivolge a tutte le amministrazioni di cui all’articolo 1, co. 2, d.lgs. 165/01.

della gestione delle risorse umane. Nello specifico, le Linee guida si propongono come strumento operativo a disposizione delle amministrazioni per “individuare misure che attribuiscono vantaggi specifici ovvero evitano o compensino svantaggi nelle carriere al genere meno rappresentato”. Si è scelto un approccio di metodo, appunto, per lasciare alle singole amministrazioni e, quindi, ai loro dirigenti, l’individuazione delle soluzioni operative più confacenti al proprio contesto e, per ciò stesso, più efficaci.

Il percorso tracciato, accompagnato dall’individuazione, anche solo esemplificativa, di misure concrete da adottare, va nella direzione, per un verso, di potenziare l’adozione della prospettiva di genere nella gestione del personale pubblico e, per altro verso, di promuovere la presenza delle donne nei ruoli manageriali. Il che rappresenta una grande opportunità per le amministrazioni di sperimentare le potenzialità di una declinazione al femminile della leadership, che potrebbe costituire una formula vincente per le diverse esigenze di innovazione organizzativa prima evidenziate.

Senza pretesa di esaurire tutte le problematiche legate alla parità di genere nel settore pubblico, le Linee guida si focalizzano su alcune priorità, che vertono, in particolare, sulle modalità di reclutamento e di accesso a posizioni apicali, nonché sul ruolo dell’organizzazione del lavoro e della conciliazione tra tempi di lavoro e tempi di vita nello sviluppo di una cultura manageriale di genere.

Con riferimento alle procedure di reclutamento, selezione e progressione di carriera, le Linee guida propongono soluzioni operative dirette ad assicurare una più ampia partecipazione delle donne ai bandi di concorso per l’accesso ai ruoli dirigenziali o alle posizioni di maggiore responsabilità<sup>9</sup>. Per quanto, infatti, la percentuale di lavoratrici nelle pubbliche amministrazioni sia spesso superiore a quella maschile o comunque in crescita, non è dato riscontrare gli stessi dati quando si tratta di osservare i percorsi di sviluppo professionale e l’acquisizione di posizioni apicali. Per contrastare questa tendenza, è importante anche curare la composizione delle commissioni esaminatrici, non semplicemente assicurandone l’adeguata rappresentanza di genere, ma fornendo, tra l’altro, indicazioni precise circa i criteri per procedere alla pesatura dei titoli legati all’esperienza professionale, che siano in

<sup>9</sup> A tal fine, si suggerisce come formulare l’articolato dei bandi di selezione affinché non riproducano discriminazioni di genere, ad esempio preservando l’anonimato dei candidati finché questo non costituisce ostacolo alla funzionalità del procedimento.

grado di attutire l'impatto della durata temporale, in modo da neutralizzare l'effetto negativo di assenze legate alla genitorialità o all'assolvimento di oneri di gestione familiare.

Di notevole impatto per assicurare l'efficacia delle strategie di contrasto alle discriminazioni, è la proposta di definire "obiettivi vincolanti per i vertici delle amministrazioni, legati alla parità di genere, sui quali l'intera struttura deve essere coinvolta" e introdurre "premi e incentivi nella valutazione della performance (sia organizzativa che individuale) per realizzare obiettivi misurabili di impatto di genere". Opportunamente, le Linee guida raccomandano di inserire i dati sulla *performance* dell'ente relativamente alle pari opportunità e all'equilibrio di genere nell'ambito del Piano integrato di attività e organizzazione.

Il tema della conciliazione vita-lavoro, infine, è affrontato nelle Linee guida nella prospettiva del suo essere funzionale alla promozione di una cultura manageriale di genere e, quindi, a favorire l'accesso delle donne alle posizioni di responsabilità e ai ruoli dirigenziali. Si rileva, infatti, come il rispetto del confine tra i tempi di lavoro e quelli della vita personale risulti essere poco praticato ai livelli più elevati della scala professionale. A ciò consegue il prodursi di un effetto dissuasivo per le donne già dal candidarsi per quei ruoli e partecipare alle relative selezioni. Si propone, pertanto, l'adozione di misure quali l'allestimento di collegamenti anche in videoconferenza ogni qualvolta siano convocate riunioni in presenza; lo sviluppo di programmi di *mentoring* "per il passaggio di esperienze inter-generazionale"; la previsione di programmi di "riallineamento" dedicati al rientro in servizio a seguito di assenze prolungate. Una proposta innovativa riguarda l'adozione di una "Carta del tempo del lavoro manageriale", da condividere con il CUG e l'Organismo paritetico per l'innovazione, dove istituito. La Carta dovrebbe definire regole di condotta per l'organizzazione dei tempi di lavoro, quali ad esempio la definizione di fasce orarie per fissare le riunioni e l'orario massimo oltre il quale una convocazione è da considerare un'eccezione, anche per i ruoli manageriali.

La promozione delle pari opportunità è un tema per molti versi paradigmatico delle sfide che le pubbliche amministrazioni sono chiamate a raccogliere in termini di innovazione organizzativa e di migliore utilizzo delle risorse umane. La parità di genere è una componente importante del concetto di benessere organizzativo, anche in relazione alla sua crescente integrazione con i processi programmatori. In particolare, le Linee guida

prospettano, tra l'altro, la definizione di obiettivi per i dirigenti che implicino una responsabilità chiara per la mancata carriera delle donne.

Risulta allora fondamentale, per le amministrazioni, dotarsi di strumenti di rilevazione e misurazione della dimensione del fenomeno della parità di genere nel proprio contesto organizzativo, attraverso dati omogenei e scientificamente validati. Su questo fronte, assume rilievo la redazione del Bilancio di genere, che si configura come un'attività complessa volta, da un lato, ad individuare le risorse stanziate ed erogate in favore delle pari opportunità di genere (nei rapporti sia interni che esterni dell'amministrazione) e, dall'altro, alla verifica dell'impatto delle azioni intraprese su uomini e donne.

Altrettanto importante è, quindi, svolgere attività di monitoraggio e verifica delle azioni intraprese in funzione degli obiettivi di miglioramento individuati. Il necessario presupposto per intraprendere qualunque azione correttiva è l'individuazione delle aree critiche che necessitano di intervento, pertanto le amministrazioni sono invitate a effettuare un'attività di autovalutazione. A tal fine, un confronto stabile con gli organismi istituzionalmente posti a presidio di questi temi, come il CUG<sup>10</sup> e la Consigliera di Fiducia<sup>11</sup>, è indispensabile, in quanto può costituire un importante momento di riflessione dal quale muovere per individuare e proporre adeguate iniziative di prevenzione e/o risoluzione degli aspetti di criticità dell'agire organizzativo dei dirigenti pubblici, fonte di malessere e conflitti.

### 3. *Strategie organizzative e misure di prevenzione per contrastare la violenza sulle donne*

Il dirigente pubblico si pone al vertice del sistema prevenzionistico che opera all'interno delle pubbliche amministrazioni per quel che concerne la tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, poiché egli è individuato quale datore di lavoro, ai sensi dell'art. 2, lett. b) del t.u. 9 aprile

<sup>10</sup> Il Comitato Unico di Garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni è stato istituito con la legge 4 novembre 2010 n. 183, che ha modificato il d.lgs. 165/01 agli artt. 1, 7 e 57.

<sup>11</sup> Il ruolo di Consigliere di fiducia è stato previsto, per la prima volta, dalla Raccomandazione Europea n. 92/131/CEE del 27 novembre 1991 relativa alla *Tutela della dignità delle donne e degli uomini sul lavoro*, disponibile on line al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31992H0131>.

2008 n. 81. Il già richiamato art. 7, d.lgs. 165/01, peraltro, per le medesime ragioni, ne fa il vero perno anche per le politiche di benessere organizzativo, in quanto detentore di tutti i poteri di organizzazione del lavoro e affidatario dell'esclusiva gestione delle risorse umane (art. 5, co. 2). La stessa norma, conseguentemente, affida al dirigente pubblico l'impegno a "rilevare, contrastare ed eliminare ogni forma di violenza morale o psichica" dall'ambiente di lavoro.

A seguito della ratifica della Convenzione n. 190 del 21 giugno 2019, approvata in occasione del centenario dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, gli Stati Membri sono tenuti a rispettare, promuovere e attuare il diritto di tutti a un mondo del lavoro libero dalla violenza e dalle molestie. L'Italia ha ratificato la Convenzione con la l. 15 gennaio 2021 n. 4, entrata in vigore il 29 ottobre 2022, con il correlato strumento applicativo che l'accompagna, la Raccomandazione n. 206.

Per effetto del recepimento di queste fonti internazionali il quadro normativo interno è stato innovato, sia sul versante delle definizioni che su quello dell'approccio ai fenomeni regolati. Tuttavia, la scelta del legislatore di non intervenire a raccordare le previsioni normative sopravvenute con quelle già in vigore, mi riferisco in particolare alla disciplina delle molestie di cui all'art. 26 del Codice delle pari opportunità, il d.lgs. 11 aprile 2006 n. 198, determina qualche problema di coordinamento<sup>12</sup>.

Per quanto d'interesse in questa sede, va evidenziato che, ai sensi della Convenzione, violenza e molestie nei luoghi di lavoro costituiscono ormai una fattispecie unitaria e che, pertanto, diversamente da quanto dispone l'art. 26 CPO, "vanno contrastate a prescindere dal fatto che integrino anche una discriminazione, e dunque si rivolgano a soggetti portatori di uno dei fattori protetti dalla normativa antidiscriminatoria"<sup>13</sup>.

Se questa è una novità per il settore privato, il contrasto ad ogni forma di violenza morale o psichica, come prima ricordato, è stato normativamente presidiato nel lavoro pubblico da tempo risalente, e specificamente declinato nel settore sanitario dalla l. 14 agosto 2020 n. 113<sup>14</sup>, per effetto dell'incremen-

<sup>12</sup> CALAFÀ, *Molestie e violenze sul lavoro: strumenti di prevenzione e contrasto*, in *ISL*, numero monografico agosto 2023; GIOVANNONE, LAMBERTI E, *Il rischio violenza e molestie nella disciplina prevenzionistica e nella certificazione della parità di genere*, in *DSL*, 2023, 2, p. 2 ss.

<sup>13</sup> ALESSI, *La Convenzione ILO sulla violenza e le molestie sul lavoro*, in *LD*, 2023, 3, p. 578 ss., spec. p. 581.

<sup>14</sup> La l. 113/20 impone alle strutture sanitarie di prevedere nei propri piani per la sicurezza misure volte ad inserire specifici protocolli operativi con le forze di polizia, al fine di prevenire

tarsi di episodi di violenza a danno degli operatori sanitari anche in seguito alla pandemia.

A fine novembre 2023, è stata adottata la Direttiva del Ministro per la Pubblica amministrazione in materia di “riconoscimento, prevenzione e superamento della violenza contro le donne in tutte le sue forme”<sup>15</sup>, con l’obiettivo di porre in essere azioni strategiche per incidere positivamente sul contesto organizzativo del lavoro pubblico, nella consapevolezza della gravità del fenomeno, che affonda le proprie radici in un sostrato culturale intriso di stereotipi, spesso rafforzato da comportamenti comunemente tollerati, persino dalle stesse vittime.

La Direttiva si rivolge ai responsabili dell’organizzazione del lavoro e delle politiche di gestione delle risorse umane e quindi, in particolare, alle figure dirigenziali e apicali, che devono agire quali promotori del cambiamento. Quanto agli strumenti operativi necessari e utili per “favorire una maggiore consapevolezza che aiuti a riconoscere i casi in cui si manifestano violenze e molestie, in tutte le loro forme” e per “sviluppare una cultura organizzativa volta a radicare il rispetto della dignità della persona all’interno delle amministrazioni pubbliche”, la Direttiva individua tanto nelle attività di informazione e sensibilizzazione quanto nella formazione le leve abilitanti essenziali.

In particolare, si chiede di promuovere e organizzare adeguati cicli formativi – anche nell’ambito della formazione obbligatoria sui temi dell’etica pubblica e sul comportamento etico, prevista dal già richiamato nuovo Codice di comportamento dei dipendenti pubblici (art. 15, co. 5 bis) – in materia di pari opportunità, al fine di far progredire la cultura di genere all’interno delle pubbliche amministrazioni, nonché sviluppare la capacità di prevenire, riconoscere e rimuovere episodi di discriminazione, molestie e violenze nel contesto lavorativo. Tra le azioni previste sono contemplate anche l’adozione di Codici etici e di condotta<sup>16</sup> e il ricorso agli strumenti di formazione messi

episodi di aggressione e di violenza nei confronti del personale esercente una professione sanitaria o socio-sanitaria, nonché nei confronti di chiunque svolga attività di cura, assistenza sanitaria o di soccorso presso strutture sanitarie e socio sanitarie, pubbliche o private. Con l’approvazione del d.l. 30 marzo 2023 n. 34, convertito con modificazioni dalla l. 26 maggio 2023, n. 56, sono state inasprite le sanzioni per i casi di violenze che causino lesioni ad operatori sanitari in servizio.

<sup>15</sup> Reperibile on line al seguente link: <https://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/dipartimento/07-12-2023/direttiva-superamento-violenza-contro-le-donne>.

<sup>16</sup> Al riguardo, e non solo, un ruolo fondamentale è attribuito ai Comitati unici di garanzia (par. 3.1.).

a disposizione dal Dipartimento della funzione pubblica, tra cui il corso “Riforma-Mentis”, concepito come attività di autoformazione *on line*, da seguire in parallelo ai corsi sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro.

Risulta così rafforzato il nesso tra una concezione non neutra di salute e sicurezza sul lavoro, quale emerge dalla previsione dell’art. 28, d.lgs. 81/08, che, in sintonia con i postulati della medicina di genere, impone di tener conto delle differenze di genere nella valutazione dei rischi<sup>17</sup>, e il contrasto alla violenza e alle molestie nei luoghi di lavoro quale cifra caratterizzante di un’organizzazione improntata al rispetto della dignità delle persone e al loro benessere, di cui deve farsi interprete ogni manager pubblico che eserciti con responsabilità il proprio ruolo datoriale.

<sup>17</sup> Cfr. LAZZARI, *Salute e lavoro: questioni di genere*, in *RGL*, 2021, I, p. 226 ss.

## **Abstract**

A distanza di trent'anni dalla prima stagione di riforme del lavoro pubblico, il dirigente continua a essere identificato come figura cardine per gli interventi di miglioramento della produttività del lavoro e della qualità dei servizi delle pubbliche amministrazioni, ma in un rinnovato clima politico-culturale-organizzativo, segnato dagli obiettivi strategici del PNRR. In questa ottica, il saggio si propone di indagare l'impatto che si produce sulla cultura organizzativa e sulle competenze manageriali dei dirigenti pubblici per effetto della declinazione in una prospettiva di genere dell'esercizio dei loro poteri datoriali.

Thirty years after the first season of public employment reforms, the manager continues to be identified as a pivotal figure for interventions to improve labour productivity and the quality of services in public administrations, but in a renewed political-cultural-organisational climate, marked by the strategic objectives of the Next Generation UE program. With this in mind, the essay aims to investigate the impact on the organisational culture and managerial skills of public managers as a result of the exercise of their managerial powers from a gender perspective.

## **Keywords**

Dirigente pubblico, poteri manageriali, benessere organizzativo, parità di genere, violenza di genere.

Public management, managerial prerogatives, wellness at work, gender equality, gender based violence.



**Mario Rusciano**

Racconto di un “vissuto giuridico”

SOMMARIO: **1.** La legge 421 del 1992 e il decreto legislativo 29 del 1993 come “riforma-base” del lavoro pubblico. **2.** I fermenti sindacali degli anni '70 e la necessità di riformare il lavoro pubblico avvicinandolo al lavoro privato. Confronto dottrinario tra amministrativisti e lavoristi. **3.** L'importanza dell'art. 37 della legge 20 maggio 1970 n. 300 (statuto dei lavoratori). **4.** Il passaggio del lavoro pubblico dal diritto amministrativo al diritto del lavoro. **5.** La legge-quadro del pubblico impiego n. 93 del 1983 antesignana della riforma del '92-'93. **6.** La legge 146 del '90 (sciopero nei servizi essenziali) e l'interesse dei cittadini. **7.** Frammenti di riflessione personale sulle quattro parti del *Quaderno*.

1. *La legge 421 del 1992 e il decreto legislativo 29 del 1993 come “riforma-base” del lavoro pubblico*

Ritengo che – dagli scritti inseriti in questo *Quaderno di Diritti Lavori Mercati* – emerga come la legislazione del '92-'93 (legge 421 del 1992 e decreto legislativo 29 del 1993) debba considerarsi la “riforma-base” del lavoro pubblico. Costituisce infatti il nucleo centrale del testo unico 165 del 2001, che ha sistemato gl'interventi legislativi, correttivi e/o integrativi del decreto 29, emanati dal 1993 al 2000. Poi sullo stesso testo unico sono stati innestati gl'interventi successivi, non tutti coerenti con la *ratio* della riforma-base. Come dire che, col tempo, essa ha subito più d'una alterazione rispetto all'impostazione originaria. Anche perché, nell'arco di trent'anni, gl'interventi riformatori non sono stati pochi ed è cambiato il contesto. Sono cioè cambiati i tempi, per non dire le epoche, della politica, dell'economia e della società. Ciò risulta abbastanza chiaramente dai tanti saggi qui raccolti, che ne danno ampia trattazione critico-ricostruttiva.

Eppure a me pare che quella del '92-'93 rimanga comunque la riforma-

base, in quanto non sono stati toccati i quattro “pilastri” del lavoro pubblico in essa costruiti: 1) il rapporto individuale come “contratto”, regolato dal codice civile e dalle leggi sul lavoro nell’impresa; 2) una nuova concezione della dirigenza (la più toccata dalle riforme successive); 3) la previsione del “contratto collettivo” come fonte di regolazione delle condizioni di lavoro, accanto alla legge; 4) il passaggio delle controversie dal giudice amministrativo al giudice ordinario (del lavoro). Insomma, tutti gl’interventi successivi, sebbene talora distonici, non hanno intaccato la pietra angolare poggiata sui pilastri indicati.

Ora è forse utile aggiungere, in questo volume, alcune osservazioni e (perché no?) qualche ricordo personale – di taglio prevalentemente storico – intorno al processo logico-giuridico e ai fermenti politico-economici e sindacali che, nel 1992-93, portarono alla nuova disciplina dell’impiego pubblico.

La materia si presentava allora molto cristallizzata nel tempo: sia sul piano, diciamo così, “filosofico-giuridico”, sia su quello del diritto positivo e della giurisprudenza amministrativa. Andava, grosso modo, dalla fine del XIX fino a quasi tutto il XX secolo.

Parlando di esperienza personale, posso dire che, se la riforma-base ha trent’anni, la mia ricerca – da giuslavorista – sul lavoro pubblico di anni ne ha più di cinquanta. Difatti, quando Giuliano Amato (allora Presidente del Consiglio dei Ministri) mi invitò a collaborare con Maurizio Sacconi (Sottosegretario con delega della Funzione pubblica) per riformare il pubblico impiego, io ne avevo già studiato i tratti salienti da una ventina d’anni. E fin dall’inizio dei miei studi – più o meno dai primi anni ’70 – avevo capito quanto la materia fosse parecchio complicata. Non a caso il mio volume “*L’impiego pubblico in Italia*” fu pubblicato per *il Mulino* nel 1978.

La mia idea – di confrontare da vicino lavoro pubblico e lavoro privato per farne emergere omogeneità e differenze – mi apparve in partenza più semplice di quanto si sarebbe in seguito rivelata. Peraltro, di per sé, l’idea non era nemmeno tanto originale, perché di confronti ce n’erano stati eccome. Ma di solito per escludere ogni vicinanza tra le due figure di lavoro. Innovativo semmai era il mio tentativo di fare, di quella vicinanza, una trattazione storico-sistematica e organica. E di farlo utilizzando prevalentemente la mentalità e la tecnica del giuslavorista, incline a dare rilevanza alla concreta “prestazione di lavoro” del dipendente piuttosto che all’inquadramento formale del relativo rapporto.

Del resto, in ogni epoca, era abbastanza naturale che si parlasse dell'avvicinamento tra i due settori del lavoro umano. Ne parlava però soprattutto la dottrina del diritto amministrativo, che doveva fare i conti con l'elaborazione giurisprudenziale del Consiglio di Stato – vera fonte del pubblico impiego – costruita soprattutto sul testo unico del 1923. Dunque, se ne parlava appunto per riaffermare la sensibile diversità tra lavoro pubblico e lavoro privato, accettata supinamente anche dalla dottrina tradizionale del diritto del lavoro.

Va poi ricordato che, nel tempo, si sono occupati del pubblico impiego non solo i giuristi, ma pure gli esperti di altre discipline, logicamente ciascuno coi propri strumenti di studio e ricerca: sociologi, psicologi, politologi, scienziati organizzativi, economisti. Ciò in quanto il lavoro pubblico, come s'intuisce, tocca alcuni dei gangli più vitali della convivenza civile e quindi delle sue organizzazioni burocratiche. Le burocrazie (centrale e locale) sono parte essenziale della complessa compagine dei poteri pubblici. E, da strumenti del governo della cosa pubblica (ai vari livelli), toccano inevitabilmente la sfera mutevole e incandescente della politica. Sono, per esempio, gli economisti a occuparsi della finanza pubblica, sulla quale gravano le risorse per retribuire gli impiegati pubblici. Infine l'organizzazione amministrativa impegna gli scienziati organizzativi, intenti a disegnare modelli per tentare di migliorarne – non sempre riuscendovi – le prestazioni in vista degli obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità.

L'apporto di tanti studiosi diversi ha accentuato la necessità d'un approccio metodologico interdisciplinare e pragmatico, prima ancora che giuridico, del lavoro pubblico. Se non altro perché l'interdisciplinarietà giova alla revisione delle dottrine giuridiche tradizionali, talora ritenute intoccabili.

2. *I fermenti sindacali degli anni '70 e la necessità di riformare il lavoro pubblico avvicinandolo al lavoro privato. Confronto dottrinario tra amministrativisti e lavoristi*

Dunque, il senso della trasformazione giuridica dell'impiego pubblico, nei primi anni '90 del secolo scorso, si coglie compiutamente se si tiene presente che, nei precedenti anni '70, e con l'apporto di vari altri studiosi, ci sono stati notevoli fermenti sindacali – oltre che politici – causati dall'esigenza, ormai non più rinviabile, d'una riforma complessiva delle burocrazie

pubbliche. Lo richiedevano tanto le Confederazioni storiche quanto gl'imprenditori, ostacolati dall'inefficienza e dalle lentezze burocratiche.

Non è di poco conto del resto che, tardando ad arrivare la riforma complessiva, cominciarono a vedere la luce "pezzi" di riforma per singoli settori. L'esempio più importante, all'epoca, fu la riforma del cosiddetto "parastato", con la legge 70 del 1975.

Infatti, in certa misura, tale legge fu anche una risposta alle pressioni delle Organizzazioni confederali, che chiedevano una forma di partecipazione sindacale diversa da quella precedente. Nella quale i rappresentanti dei dipendenti sedevano nei Consigli di Amministrazione di Ministeri ed Enti pubblici. Chiedevano in pratica una partecipazione "non consociativa", ma incentrata sull'idea, ancora alquanto grezza, di "contrattare" le condizioni di lavoro per uno dei settori non certo secondario della pubblica amministrazione. Il che, tra l'altro, mostrava la debolezza d'un discorso troppo generico sull'amministrazione pubblica, erroneamente ritenuta un "sistema granitico", quando invece era (ed è) una "galassia". Una sorta di "sistema stellare": dove ogni stella ha una sua identità e un suo percorso a seconda delle diverse funzioni da esercitare o dei servizi da erogare. La varietà funzionale delle varie amministrazioni si riverbera naturalmente sulla condizione degli'impiegati. Il lavoro nei ministeri è diverso da quello negli enti locali e negli altri enti pubblici; il lavoro nella sanità differisce da quello nella scuola e via dicendo. E la diversità dipende logicamente dalla diversità dell'organizzazione. La quale spesso – in particolare quando si tratta di amministrazioni che non esercitano pubbliche funzioni ma erogano servizi – si avvicina più a un'organizzazione imprenditoriale che a un'organizzazione pubblica.

Perciò all'epoca, da giovane studioso di diritto del lavoro, ero indotto, in primo luogo, ad aggrapparmi ovviamente agli spunti offerti dalla dottrina del diritto del lavoro. Ricavabili specialmente (ma non solo) dagli scritti di studiosi di calibro – come Umberto Romagnoli, Edoardo Ghera, Tiziano Treu – rivelatisi certo utili, ma parziali. Nel senso dell'insufficienza del solo approccio lavoristico; e quindi della necessità di partire, ancora prima, dai contributi proprio degli studiosi del diritto amministrativo, gli unici depositari della dottrina giuridica dell'impiego pubblico. Del quale però la maggior parte di essi si limitava a descrivere la visione tradizionale.

C'era però un'altra parte della dottrina – autorevole, seppure minoritaria tra i pubblicisti, come Massimo Severo Giannini e Sabino Cassese – aperta

a prospettive di sicura innovazione. Tale da mettere in crisi l'unicità dell'antico modello di “rapporto d'impiego” costruito sulla figura del “funzionario pubblico” e riferito poi a tutti i dipendenti da un datore di lavoro pubblico.

La lettura degli scritti di questi pubblicisti – diciamo così: “eretici” – spingeva a riflettere utilmente sulla critica delle dottrine tradizionali, che essi avanzavano dall'interno della logica amministrativa, riconoscendone luci e ombre, pregi e difetti.

E così, per esempio, uno stimolo importante proveniva dall'illuminante “voce” di Massimo Severo Giannini, *Impiego pubblico (teoria e storia)* nella *Enciclopedia del diritto* (vol. XX, 1970). Quanto a Sabino Cassese bisognava riflettere su vari e numerosi scritti: da giurista eclettico, occupandosi del lavoro pubblico, riusciva a combinare magistralmente il dato giuridico con la storia e la scienza dell'amministrazione, coltivate in particolare dallo storico Guido Melis. Tra l'altro, all'epoca, ebbi la fortuna di giovarmi del pensiero di questi illustri giuristi e storici in varie occasioni di fruttuoso incontro personale, anche amichevole. Ai quali partecipava spesso anche Marco D'Alberti, uno degli ultimi e più bravi allievi di Giannini (ora Giudice costituzionale). Un giovane studioso (e amico) col quale il colloquio scientifico era ovviamente più semplice e assiduo, ma altrettanto proficuo.

Naturalmente non si trattava di trascurare i contributi dei giuslavoristi. Senza dubbio spunti originali – e interdisciplinari – provenivano da Umberto Romagnoli (nel *Commento dell'art. 37 della legge 20 maggio 1970 n. 300, lo Statuto dei lavoratori*, nel *Commentario*, per Zanichelli 1973 dei bolognesi Ghezzi-Mancini-Montuschi-Romagnoli). E da Edoardo Ghera: la cui elaborazione complessiva – dopo vari scritti dei primi anni '70 – era confluita nel volume *Il pubblico impiego. Rapporto di lavoro e attività sindacale* (Cacucci, 1975). Mentre di Tiziano Treu si apprezzava il pragmatismo tecnico-giuridico mostrato in vari scritti: tra gli altri, nel saggio *Politiche rivendicative e riforma dell'amministrazione pubblica* (*Rivista Giuridica del lavoro* 1975, I).

### 3. *L'importanza dell'art. 37 della legge 20 maggio 1970 n. 300 (statuto dei lavoratori)*

Indubbiamente la spinta più forte a occuparsi del lavoro pubblico proveniva dallo “Statuto dei diritti dei lavoratori”. Se non altro perché la legge 300 del 1970 se, per un verso, imponeva un approccio metodologico del

tutto nuovo ai problemi del lavoro privato in generale; per un altro verso, costringeva i giuslavoristi a occuparsi anche del lavoro pubblico.

Nello Statuto dei lavoratori infatti c'è l'art. 37, che prevede l'applicazione della legge 300 ai dipendenti da enti pubblici. Non tanto per la prima parte della disposizione – che ribadisce l'applicazione del diritto del lavoro, da tempo sancita dalla legge e quindi scontata, “anche ai rapporti di lavoro e d'impiego dei dipendenti da enti pubblici che svolgono esclusivamente o prevalentemente attività economica” – quanto per la seconda parte che prosegue: “Le disposizioni della presente legge si applicano altresì ai rapporti d'impiego dei dipendenti dagli enti pubblici, salvo che la materia sia diversamente regolata da norme speciali”.

Già a prima vista appariva poco convincente la lettura, parecchio riduttiva, dell'art. 37, avanzata da qualche autore che tentava di farne la piatta ripetizione dell'art. 2129 del codice civile (sezione III, “Del rapporto di lavoro”, § 5, “Disposizioni finali), secondo cui “Le disposizioni di questa sezione si applicano ai prestatori di lavoro dipendenti da enti pubblici, salvo che il rapporto sia diversamente regolato dalla legge”.

Senza entrare qui nelle cavillose differenze testuali tra l'art. 2129 del codice civile e l'art. 37 dello Statuto – entrambi destinati a estendere la disciplina lavoristica anche ai rapporti di lavoro pubblico – salta all'occhio un'enorme differenza tra le due norme. Mentre l'estensione del 2129 è molto residuale ed è stata rarissima – perché ogni rapporto di dipendenti pubblici è sempre stato “diversamente regolato dalla legge” – l'art. 37 estende una disciplina che, per i lavoratori del pubblico impiego, non si rinviene in alcuna regolazione di “norme speciali”: né di legge né di altre fonti giuridiche. Si pensi alle norme sulla libertà e dignità dei lavoratori e ancor più a quelle sulla libertà e attività sindacale; e financo all'art. 28 sulla condotta antisindacale della pubblica amministrazione, in precedenza inconcepibile.

#### 4. *Il passaggio del lavoro pubblico dal diritto amministrativo al diritto del lavoro*

Era abbastanza evidente che il legislatore della legge 300 del 1970 avesse inteso aprire una breccia nello storico muro di divisione, alto e solido, tra lavoro privato e lavoro pubblico. Evidentemente s'era in presenza di una rivoluzione copernicana, seppure abbastanza silenziosa, di politica del diritto.

Che, all'epoca, finiva col ridisegnare il perimetro di due diverse aree disciplinari: allargando quella del diritto del lavoro (privatistica) e restringendo quella del diritto amministrativo (pubblicistica). D'altronde tra le due tecniche interpretative c'è diversità logica (da non intendere come radicale). La si potrebbe sintetizzare, magari col rischio d'eccessiva semplificazione, così: mentre gli amministrativisti interpretano la realtà del lavoro pubblico attraverso le norme e le sentenze del Consiglio di Stato, i giuslavoristi interpretano le norme attraverso la realtà del lavoro pubblico. Perché nel diritto del lavoro – per giurisprudenza consolidata – la “sostanza” del rapporto prevale sulla sua “forma” giuridica.

I giuslavoristi peraltro hanno fatto presto ad attrezzarsi per accogliere il pubblico impiego nel diritto del lavoro (per la verità più gli studiosi che gli avvocati). Ne sa qualcosa la scuola napoletana. Che, aiutandomi nella mia consulenza del Governo, aveva partecipato alla riforma-base, e aveva poi seguito attivamente anche le riforme successive. Basta passare in rassegna l'ampia produzione di Lorenzo Zoppoli, di Antonello Zoppoli e di tanti altri studiosi napoletani.

A quella napoletana s'è aggiunta poco dopo la scuola bolognese capeggiata da Franco Carinci, anch'egli partecipe di tavoli di confronto e autore di numerosi brillanti interventi in materia; e poi fondatore e direttore della Rivista *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, unica nel suo genere.

Ma l'art. 37 dello Statuto è solo una prima breccia aperta dal legislatore. Che, come ho detto prima, era pressato già a partire dalla fine degli anni '60 dai fermenti sindacali. Il sindacalismo confederale, acquisendo notevole forza nel lavoro privato e penetrando sempre di più anche nel lavoro pubblico, insisteva sulla necessità di superare il più possibile le diseguaglianze tra lavoratori privati e lavoratori pubblici. Partiva dall'idea che, specie in taluni grandi servizi pubblici, il lavoro non potesse più essere oggetto di una regolamentazione soltanto legislativa – ma in realtà frutto di “accordi sottobanco” tra potere pubblico e sindacati autonomi di matrice corporativa – e dovesse tener conto delle chiare (e soprattutto trasparenti) rivendicazioni dei sindacati confederali. Aveva raggiunto livelli intollerabili la vecchia prassi degli accordi informali, colpevole della famosa “giungla retributiva e normativa”, creata da leggi e leggine a favore di questa o quella categoria di dipendenti. Giungla che, secondo i Confederali, giustamente andava debellata. Lo si poteva fare soltanto sostituendo alla disciplina unilaterale, del legislatore e del governo, la “contrattazione collettiva” gestita da organizzazioni molto rappresentative.

Con lo strumento tipico dell'azione sindacale si poteva disboscare la giungla in quanto esso era in grado di mettere ordine in un quadro d'insieme delle condizioni di lavoro: nel privato e nel pubblico.

Esemplare al riguardo la citata legge del parastato, alla cui stregua l'accordo sindacale con le organizzazioni confederali dovesse precedere alla luce del sole l'emanazione delle norme legislative sul lavoro in quel settore. Al quale poco dopo si aggiunse il settore della sanità.

Logicamente già il legislatore dello Statuto non ignorava l'esigenza e la forte pressione dei sindacati confederali di fare avvicinare lavoro pubblico e lavoro privato. Se s'interpreta in questa logica anche l'art. 37 della legge 300 del 1970 – l'unica coerente con la *ratio* della legge – si capisce che dall'art. 37 comincia appunto la lunga marcia giuridica del lavoro pubblico verso un "sistema normativo del lavoro" in quanto tale: privato o pubblico che sia. Un sistema in cui ovviamente non possono mancare distinzioni – spesso anche marcate – che però si possono superare partendo dall'unicità della struttura giuridica elementare della relazione in cui è implicata la "persona" del lavoratore. Il quale si obbliga a un *facere* in cambio d'una retribuzione. Una struttura logica molto lontana da quella tradizionale del "rapporto d'impiego" di marca amministrativa. Che è regolato esclusivamente dalla legge in quanto concepito come "rapporto autoritario" caratterizzato dalla "supremazia speciale" dell'amministrazione pubblica e dalla "soggezione speciale" del dipendente. Un modello costruito sulla "immedesimazione organica" del "funzionario" e, come ho detto, riferito poi a ogni tipo di rapporto, a prescindere dall'organizzazione e dall'inquadramento dei dipendenti.

5. *La legge-quadro del pubblico impiego n. 93 del 1983 antesignana della riforma del '92-'93*

Non è da credere però che questa lunga marcia non sia stata lenta e graduale passando attraverso alcune tappe, si può dire, di maturazione. Né c'è da meravigliarsi: in fondo una rivoluzione così pesante di politica del diritto non si poteva realizzare con la bacchetta magica. Proprio la stretta interdipendenza "lavoro pubblico/burocrazia/politica" fa intuire le difficoltà – persino di ordine culturale – d'una troppo semplicistica omologazione tra lavoro privato e lavoro pubblico. Basti solo pensare alla grande distinzione tra dirigenza pubblica e altri dipendenti (su cui tornerò).

Tutto sta a vedere, attraverso un'accorta comparazione tra le diverse esigenze di questa o quella organizzazione produttiva se e quali siano i profili di effettiva compatibilità. D'altronde profili rilevanti di differenza non si riscontrano soltanto tra lavoro pubblico e lavoro privato, ma anche all'interno di ciascuno dei due settori. Di quelle nel pubblico s'è già detto. Nel privato si può fare l'esempio delle differenze nell'organizzazione e nel lavoro tra un'impresa industriale e un'impresa agricola o commerciale e via dicendo.

E così, tra le tappe intermedie del lento processo di avvicinamento alla “riforma-base” del 1993, va indicata come particolarmente significativa la legge 29 marzo 1983 n. 93, intitolata “legge-quadro sul pubblico impiego”. Le cui norme – qualificate “principi fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica” (art. 1) – stabilirono la distinzione e la relativa competenza, tra “fonti legislative” e “fonti sindacali”. E anzitutto la necessità che le situazioni giuridiche ed economiche dei dipendenti – di tutte le amministrazioni pubbliche, centrali e locali, e anche a ordinamento autonomo – venissero fissate in un accordo sindacale, da recepire poi in un Decreto del Presidente della Repubblica. (Su tale legge il *Commentario* a cura di M. Rusciano e T. Treu, Padova, Cedam, 1985).

La legge 93 del 1983 (ora abrogata) allargò parecchio quella breccia iniziale aperta dal legislatore con l'art. 37 dello Statuto, facendo fare così un grande passo avanti al processo d'avvicinamento del lavoro pubblico al lavoro privato. La legge 93 del 1983 conteneva frequenti richiami allo Statuto dei lavoratori, come pure la riscrittura di alcune norme di esso per renderle applicabili al lavoro pubblico, togliendo così ogni dubbio e incertezza sull'applicabilità della legge 300, emerse nella giurisprudenza (specie amministrativa).

Risultò con chiarezza, all'epoca, lo “scambio politico” tra il Governo e le Confederazioni sindacali Cgil-Cisl-Uil. Il Governo riconobbe alle organizzazioni sindacali importanti prerogative per la tutela dei lavoratori di fronte alla pubblica amministrazione (datore di lavoro), prima fra tutte l'ingresso nel lavoro pubblico della “fonte contrattuale”, anche se attraverso la “ricezione” in un decreto presidenziale. Le organizzazioni sindacali, a loro volta, accettarono che le procedure contrattuali avessero inizio solo a condizione che si fossero date “codici di autoregolamentazione del diritto di sciopero”, da allegare agli accordi sindacali.

In pratica lo scambio fu tra la “contrattazione” riconosciuta al sindacato e la “riduzione della conflittualità” ottenuta dal Governo.

6. *La legge 146 del '90 (sciopero nei servizi essenziali) e l'interesse dei cittadini*

Di notevole importanza, nel discorso sul lavoro pubblico, l'autodisciplina del conflitto. La quale – assieme alla previsione di procedure di raffreddamento della conflittualità – se da un lato è un'ulteriore tappa dell'avvicinamento tra lavoro pubblico e privato, da un altro lato ne segna pure una certa differenza. Quella per cui, nel lavoro pubblico, occorre sempre garantire la continuità delle funzioni pubbliche e dei servizi pubblici mediante la limitazione del diritto di sciopero.

Un'esigenza divenuta in seguito talmente rilevante sul piano sociale e sentita dai cittadini da indurre il legislatore a emanare la legge 146 del 1990. L'autodisciplina dei codici infatti s'era rivelata insufficiente a ridurre e limitare la conflittualità. Specialmente quella, agguerrita, dei sindacati autonomi, che non avevano sottoscritti i codici.

La vicenda della legge 146 è uno dei più interessanti esempi di “concertazione legislativa”. Essa infatti fu il frutto non solo dell'accordo delle grandi Confederazioni storiche ma anche dell'apporto d'una Commissione di studiosi – di cui io stesso feci parte – che riuscì a trovare il punto di equilibrio e temperamento tra diritti dei lavoratori e diritti dei cittadini e degli utenti dei servizi pubblici essenziali, valorizzando anche le stesse clausole dell'autodisciplina. Avendo in seguito fatto parte anche della Commissione di garanzia istituita dalla legge 146 per la valutazione degli accordi sindacali – volti a temperare il diritto di sciopero col diritto dei cittadini e degli utenti ai servizi essenziali – e l'eventuale erogazione di sanzioni per i trasgressori, ho potuto fare esperienza di quanto sia importante la funzione d'un Organismo imparziale nei conflitti di lavoro.

L'avvicinamento al lavoro privato sta nel fatto che la 146, dovendo garantire la continuità dei servizi essenziali, non fa distinzione tra gestori pubblici e gestori privati dei servizi stessi. Del resto non tutti i servizi essenziali sono pubblici e non tutti i servizi pubblici sono essenziali.

L'allontanamento dal lavoro privato invece si coglie nella frequente distinzione, che va tenuta presente, tra “interesse organizzativo” dell'amministrazione e “interesse generale”. Due interessi che non sempre coincidono. Difatti la Commissione di garanzia è tenuta a erogare sanzioni non solo ai lavoratori e ai sindacati (non rispettosi degli accordi sottoscritti), ma pure ai dirigenti pubblici del servizio essenziale, se inadempienti dei loro doveri. A dimostrazione, come dirò in seguito, della distinzione, quanto mai necessaria,

tra l'interesse organizzativo dell'amministrazione e l'interesse generale. (Sulla legge 146 del 1990, ho curato nel 1991 uno dei primi *Commentari* per l'Editore Giuffrè, assieme al compianto Giuseppe Santoro-Passarelli, il quale negli ultimi anni è stato anche Presidente della Commissione di garanzia).

### 7. Frammenti di riflessione personale sulle quattro parti del Quaderno

A questo punto, avviandomi a concludere la mia riflessione, vorrei esprimere alcune osservazioni sulle varie parti dell'articolato percorso, proposto da Antonello Zoppoli e Umberto Gargiulo, curatori di questo *Quaderno*.

I) *Sulla privatizzazione*. La legislazione del 1992-93, in tanto passa per la “riforma della privatizzazione dell'impiego pubblico”, in quanto esistono alcune norme del decreto 29 che espressamente richiamano il diritto del lavoro. Norme toccate dai successivi interventi riformatori solo nella numerazione degli articoli (che perciò qui non cito), ma non nei contenuti.

Anzitutto, tra i “principi generali”, la norma sulle “fonti” di regolazione, dove si prevede: sia che “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...”; sia che “i rapporti individuali di lavoro... sono regolati contrattualmente”. Mentre la norma sul “Potere di organizzazione” afferma che le determinazioni degli organi preposti agli uffici “sono assunte in via esclusiva...con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro...”.

Ma questo non è sufficiente per parlare di “privatizzazione” del pubblico impiego. Infatti i rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni rimangono pur sempre “pubblici”. Il carattere pubblico cioè è impresso dal fatto della dipendenza da un soggetto pubblico. Né più né meno di quel che avviene nel lavoro privato (lavoro industriale, agricolo, nel commercio ecc.), la natura del datore di lavoro determina la qualificazione del rapporto dei relativi dipendenti. Chiarirò più avanti che tale precisazione non ha un valore soltanto formale.

Appropriato invece è parlare di “contrattualizzazione” del pubblico impiego: sia perché la legge sottolinea più volte il carattere di rapporto individuale di scambio, “paritario” e non “autoritario”. Sia perché, tra le fonti di

regolazione, un ruolo centrale è attribuito dalla legge alla “contrattazione collettiva”.

II) *Sulle relazioni sindacali.* Qui occorre ricordare che la riforma-base del '92-'93 intese raccogliere non solo le pressioni, ma pure lo spirito delle strategie delle maggiori Confederazioni storiche del sindacalismo italiano. In altri termini si volle, all'epoca, valorizzare la logica “confederale” delle maggiori organizzazioni sindacali. Logica che, per sua natura, si contrappone a quella “corporativa” dei sindacati autonomi. Si riteneva infatti, direi “concettualmente”, che la Confederazione perseguisse gl'interessi di *tutte* le categorie confederate, mantenendo l'equilibrio fra di esse nelle strategie rivendicative del sindacato. Più si avvicinano le condizioni economiche e normative dei lavoratori pubblici e dei lavoratori privati, più si riducono le rivalità e aumenta la coesione sociale. Anche perché, alla fin dei conti, è pur sempre costituita da lavoratori (sindacalizzati oppure no) la maggior parte dei cittadini e degli utenti delle funzioni e dei servizi pubblici. Questa interdipendenza degli interessi diventa eclatante proprio nella disciplina dei conflitti, mitigati, per quanto possibile, dalla legge 146 del 1990.

III) *Sul rapporto di lavoro.* Al riguardo il discorso teorico è più complicato e delicato. Non è possibile entrare, in questa sede, nel dibattito dottrinale circa i dubbi sulla natura contrattuale dello stesso rapporto di lavoro privato. Dubbi che non si trasferiscono sul rapporto di lavoro pubblico, visto che in questo caso la natura contrattuale, accolta dalla riforma-base del '93, almeno formalmente, risulta *per tabulas*.

Non va però trascurato che nel lavoro pubblico lo scambio contrattuale tra prestazione e retribuzione si presenta con alcune particolarità: non nella sua struttura causale, bensì negli effetti del contratto.

In premessa, è bene ricordare che ogni tipo di rapporto di lavoro, inseguendosi nell'organizzazione produttiva del datore di lavoro (specie se imprenditore), necessariamente si plasma sull'interesse dello stesso datore al profitto. Difatti, se da un lato l'imprenditore può inventarsi l'organizzazione in piena discrezionalità e convenienza – grazie alla libertà d'impresa, garantita dal 1° comma dell'art. 41 della Costituzione (pur nei limiti del 2° comma) – da un altro lato, secondo l'art. 2104 del codice civile “il prestatore di lavoro deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione e dall'interesse dell'impresa”, inteso questo quale interesse dell'organizzazione in cui lo stesso

prestatore è inserito. Nel privato dunque interesse dell'imprenditore e interesse dell'organizzazione che lo stesso imprenditore ha creato, se non coincidono del tutto, molto si avvicinano.

Nel rapporto di lavoro pubblico invece c'è una chiara distinzione tra l'interesse dell'organizzazione (di cui è portatore la dirigenza, che incarna il datore di lavoro) e l'interesse pubblico generale. Non nel senso che i due interessi confliggono o s'ignorano, bensì nel senso che rimangono in ogni caso distinti in quanto costruiti secondo criteri differenti e contingenti. Difatti, per esempio, non di rado capita che l'interesse della burocrazia sopravvanti l'interesse della collettività. Anche perché l'interesse generale, che attiene appunto a una collettività, è concettualmente “astratto”, mentre l'interesse organizzativo è molto “concreto”.

La distinzione in parola è una conseguenza della contrattualizzazione. Per la dottrina tradizionale dell'impiego pubblico infatti il dipendente, immedesimandosi organicamente nell'organizzazione, ne diventava elemento strutturale interno. Con il contratto si afferma l'alterità delle posizioni contrattuali tra datore di lavoro pubblico e dipendente.

Interesse organizzativo e interesse della collettività possono anche divaricarsi per le cause più diverse, oggettive o soggettive. Per esempio, per la scarsità di risorse (umane e/o finanziarie) che non consente di soddisfare l'interesse della cittadinanza ad avere funzioni, procedure e servizi rapidi ed efficienti. Oppure dipendere dall'incapacità d'un dirigente di utilizzare modelli organizzativi proporzionati e adatti alla stella polare che guida (o dovrebbe guidare) l'azione amministrativa: efficacia-efficienza-economicità.

Logicamente l'interesse organizzativo, seppure distinto dall'interesse generale è, in ogni caso, e direi inevitabilmente, da questo pervaso. Non potrebbe essere diversamente, visto che l'apparato burocratico è lo strumento delle politiche di chi governa per realizzare l'interesse della collettività. Si può allora dire che questo interesse, se pervade l'interesse organizzativo, indirettamente incide sulla diligenza del dipendente, misurata comunque sull'interesse dell'organizzazione. In sostanza l'interesse della collettività di riferimento arriva a toccare il rapporto di lavoro pubblico, pur se “mediato” dall'interesse organizzativo dell'amministrazione.

La norma di riferimento, a questo proposito, è l'art. 97 della Costituzione. La quale, dopo aver stabilito (al comma 1) che “le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione Europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico”, prosegue (al

comma 2) che “i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e la imparzialità dell’amministrazione”. Qui il Costituente suppone evidentemente che, affidando alla legge (seppure non con riserva assoluta) l’organizzazione degli uffici, venga salvaguardato l’interesse generale. L’ottimismo del Costituente trascura che la burocrazia pubblica è quasi sempre più forte della politica, per sua natura più instabile (tanto in democrazia quanto financo nella dittatura o nella cosiddetta “democrazia”). Non per niente ricorre poi all’affermazione di valori, giuridicamente poco incisivi. In base al successivo art. 98 comma 1, infatti “i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione”. Il “servizio esclusivo” evoca una dedizione assimilabile quasi, si fa per dire, a una “missione”. Quando allora il dipendente s’inserisce nell’organizzazione pubblica, la diligenza nell’adempimento della sua prestazione si misura sì sull’interesse organizzativo, ma permeato dell’interesse di una collettività. La diligenza poi si dilata quando si sale nella scala delle funzioni. Per il comma 2 dell’art. 54 della Costituzione, infatti, “i cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore...”.

In definitiva la struttura del contratto di lavoro pubblico va configurata oggi come una risultante: sia della componente privatistica (interesse organizzativo) sia della componente pubblicistica (interesse generale).

IV) *Sulla dirigenza*. Quello della dirigenza è il profilo più controverso, a cominciare dalla riforma-base. Non a caso in tutte le riforme che si sono succedute negli ultimi trent’anni è stata toccata appunto la dirigenza, specie riguardo ai poteri e alle responsabilità. Dico subito che sulla dirigenza io ho una posizione minoritaria rispetto alla dottrina più autorevole. Fin da quando se ne discusse nel ’92-’93, alla fine la dirigenza fu esclusa dalla contrattualizzazione. Mi sembrava e mi sembra difficile che potesse porsi, nella posizione contrattuale, alla pari con gli altri dipendenti.

Infatti, nella mia ricostruzione teorica – in dissenso dal carissimo compianto amico Massimo D’Antona e partendo dall’elementare osservazione che nel pubblico impiego manca un “datore di lavoro in carne e ossa” – a mio parere proprio la dirigenza, oltre a essere detentrica del potere burocratico, incarna il datore di lavoro degli altri dipendenti. Pertanto va regolata esclusivamente dalla legge, come avviene per i magistrati, i prefetti, i diplomatici, i militari e le forze dell’ordine. A ben vedere è appunto la legge a

porre questa differenza quando afferma che il dirigente agisce, nell’organizzazione del lavoro, “con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro”.

Questa posizione della dirigenza peraltro viene confermata dall’attuale art. 4 del t. u. 165 del 2001 che, nello stabilire nel dettaglio le competenze degli organi d’indirizzo politico-amministrativo e quelle degli organi di gestione, tiene a operare una precisa distinzione (non una separazione) tra “politica” e “amministrazione”, sottolineando l’autonomia dell’una e dell’altra nelle rispettive competenze. Sicché non si capisce, a questo punto, “chi” sarebbe il datore di lavoro (nel contratto) del dirigente. Ritengo una contraddizione che controparte del contratto del dirigente sia l’organo politico. Il dirigente infatti finirebbe con l’essere, per un verso, l’esecutore delle decisioni dell’organo politico – assumendo in autonomia la responsabilità della relativa gestione – e, per un altro verso, sottoposto allo stesso organo politico, sua controparte nel contratto individuale. Una vera contraddizione in termini.

### Abstract

L'autore ripercorre il percorso dei suoi studi sull'avvicinamento tra lavoro pubblico e lavoro privato attraverso i suoi ricordi: non solo di studioso della materia fin dai primi anni '70 ma anche da consulente del Governo di Giuliano Amato che emanò, tra la fine del 1992 e l'inizio del 1993, la legislazione per quella che egli chiama "riforma-base" del lavoro pubblico. Con la quale si realizzò la "contrattualizzazione" (individuale e collettiva) dei rapporti di impiego pubblico. Aggiunge poi talune riflessioni sui maggiori profili della riforma giovandosi anche della sua esperienza di Componente della Commissione di garanzia della legge 146 del 1990 sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali. Inoltre, partendo dalla distinzione tra "interesse dell'organizzazione" e "interesse della collettività", ritiene che la dirigenza pubblica, in quanto detentrica del "potere organizzativo", si ponga come datore di lavoro degli altri dipendenti e debba perciò stare fuori della contrattualizzazione.

The author revisits the evolution of his research on the convergence of public and private employment, drawing from his personal recollections. These memories stem not only from his role as a scholar of the subject since the early 1970s but also from his position as a consultant to Giuliano Amato's government. Between the end of 1992 and the beginning of 1993, that government enacted legislation for what he terms the "foundational reform" of public employment. This reform introduced the "contractualization" of public employment relationships, both at the individual and collective levels. He further shares insights into the reform's most significant aspects, informed by his experience as a member of the Guarantee Commission established under Law 146 of 1990, which regulates strikes in essential public services. Moreover, by distinguishing between the "interest of the organization" and the "interest of the community," he argues that public management, as the entity holding "organizational power," essentially functions as the employer of other employees and, for this reason, should remain outside the process of contractualization.

### Keywords

Pubblico impiego, contrattualizzazione, sciopero nei servi pubblici essenziali, dirigenza pubblica.

Public employment, Contractualization, Strike in essential public services, Public management.

## Fiorenzo Liguori

### Il pubblico impiego dal diritto amministrativo al diritto del lavoro: viaggio di andata (e ritorno?)\*

SOMMARIO: **1.** Le ragioni (anche) culturali della svolta di trent'anni fa. **2.** Il passaggio dal diritto amministrativo al diritto del lavoro. **3.** Le necessarie ibridazioni della disciplina lavoristica. È utile un diritto misto? **4.** Riformismo giuridico e capacità amministrativa. Il fattore umano.

#### 1. *Le ragioni culturali della svolta di trent'anni fa*

Le testimonianze di Giuliano Amato e di Mario Rusciano<sup>1</sup> ci hanno ricordato le ragioni culturali della privatizzazione-contrattualizzazione: si avvertiva, all'epoca, l'esigenza di affrancare il lavoro pubblico dalla logica autoritaria della supremazia speciale, che si esprimeva con poteri unilaterali e provvedimenti amministrativi anche quando non c'era necessità. La parabola del prefetto e dell'usciera rende bene l'idea.

Occorreva, dunque, realizzare il passaggio dal diritto amministrativo al diritto del lavoro e con esso adeguare il lavoro pubblico al lavoro privato, configurando il rapporto di impiego con le amministrazioni pubbliche in termini maggiormente paritari.

Il cambiamento dell'involucro giuridico (Cassese) era visto – ed è un punto importante da rimarcare – come un valore in sé, in quanto espressione

\* Il testo riprende il contenuto delle conclusioni al Convegno *Le metamorfosi del lavoro pubblico a trent'anni dalla privatizzazione*, tenutosi a Napoli il 29-30 novembre 2023 presso l'Università Federico II.

<sup>1</sup> Si fa riferimento alle testimonianze registrate in occasione del Convegno *Le metamorfosi del lavoro pubblico a trent'anni dalla privatizzazione*, cit., disponibili su <https://www.federica.eu/federica-pro/trentanni-di-riforme/>.

di una visione culturale e ideologica non più autoritaria ma democratica; e doveva, allo stesso tempo, servire, per la sua maggiore duttilità e modernità, a razionalizzare un comparto inefficiente, dove imperversavano corporativismi e leggine di favore, avendo di mira il miglioramento dei servizi resi alla comunità, che ne sostiene gli oneri.

Ragioni culturali ed esigenze di contenimento della spesa convergevano, in quella visione, nella direzione della privatizzazione.

È in definitiva l'impostazione del Rapporto Giannini (1980), che delinea proposte di riforma basate sull'assunto che alle amministrazioni pubbliche si dovessero applicare le medesime tecniche sperimentate per le imprese private.

La l. 23 ottobre 1992 n. 421 riprenderà proprio quel programma per disporre la prima delega legislativa “per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità, di pubblico impiego, di previdenza e di finanza territoriale”.

Una riforma pensata per fronteggiare le serie difficoltà finanziarie dell'epoca e che aveva tra gli obiettivi la razionalizzazione del pubblico impiego e il miglioramento della sua produttività, da ottenere mediante la graduale sostituzione del regime in vigore con uno di impianto privatistico.

Per certo molto influì nell'assunzione di una tale scelta quella fortunata corrente di pensiero nota come *new public management*, secondo la quale le tecniche di gestione sperimentate nelle grandi imprese consentivano un miglioramento della produttività ed i tradizionali controlli sul rispetto delle regole riguardanti i processi produttivi andavano sostituiti da controlli sulle performance, sui risultati.

La spinta verso la privatizzazione proveniva anche dalle forze sindacali e dalla parte della cultura giuridica ad esse più vicina, che puntava a ridurre le differenze tra lavoro pubblico e lavoro privato. Ma ebbe una certa influenza anche la tentazione di chi, chiamato a ricoprire incarichi di governo, con le regole nuove avrebbe potuto sbarazzarsi dei dirigenti sgraditi perché non li aveva scelti o anche solo perché si mostravano troppo rigorosi<sup>2</sup>.

Questa idea della trasposizione delle logiche aziendalistiche nell'ambito della pubblica amministrazione, consolidata in numerosi atti di indirizzo e disposizioni legislative, aveva però sottovalutato le differenze tra le pubbliche

<sup>2</sup> DELLA CANANEA, *Le funzioni di gestione: personale, finanza, beni*, in *Della Cananea, Dugato, Marchetti, Police, Ramajoli, Manuale di diritto amministrativo*, II ed., Giappichelli, 2023, p. 228-229.

amministrazioni e le imprese, e specialmente il peso dell'imparzialità, principio a cui le amministrazioni devono attenersi, ma che non condiziona, se non per libera scelta, l'attività delle imprese private.

In effetti, gli esiti di questa forse troppo ideologica trasposizione sono stati deludenti, come hanno riconosciuto anche coloro che quelle innovazioni pensarono e adottarono.

Mi pare che colga il punto la Corte dei conti, nella Relazione sul costo del lavoro pubblico 2020, secondo la quale "importare" astrattamente modelli che hanno dato buoni risultati in ambiti diversi dalla pubblica amministrazione non assicura di per sé l'obiettivo di aumentare la produttività del lavoro e, di conseguenza, l'efficienza e la qualità dei servizi resi alla collettività.

Le politiche del pubblico impiego, in Italia, hanno privilegiato un approccio teorico, costruendo modelli di disciplina del personale ispirati a grandi ragioni ideali, ma la cui applicazione ha spesso innescato dinamiche diverse da quelle attese.

La "simulazione dell'efficienza dei privati", evocata da Bernardo Mattarella, non ha funzionato.

## 2. *Il passaggio dal diritto amministrativo al diritto del lavoro*

Vi è un ulteriore aspetto, connesso ai rilievi già svolti, che il dibattito ha toccato avendo riguardo a più profili della disciplina oggi vigente e che, a mio avviso, richiede una riflessione complessiva, che in questa sede mi limiterò soltanto ad accennare.

Mi riferisco a quello che Mario Rusciano ha definito il passaggio dal diritto amministrativo al diritto del lavoro ed alla visione di un tale passaggio in termini di conquista di diritti per la parte più debole e di affrancamento dalle visioni più autoritarie ancorate ad un passato pre-costituzionale, spesso identificato col Ventennio fascista, che aveva visto realizzarsi, peraltro in continuità con la pubblicizzazione di inizio Novecento, una sorta di militarizzazione del pubblico impiego.

Dal dibattito è, in verità, emersa una realtà che appare significativamente più articolata e diversa, se si guarda all'oggi, e cioè a quello che sono diventate oggi le due discipline messe a confronto.

Gli atti che istaurano e regolano il rapporto e che un tempo erano con-

cepiti – per via della famigerata supremazia – alla stregua di provvedimenti sono stati, dunque, trasformati in atti di diritto privato.

Ma cosa cambia davvero per effetto di questo cambiamento di regime? Il livello delle garanzie per il dipendente – e per la collettività che si accolla il costo del personale pubblico – aumenta o si affievolisce?

Il dibattito ci ha consegnato alcuni spunti davvero interessanti, specialmente le relazioni di Alessandro Riccobono<sup>3</sup> e Pasquale Monda<sup>4</sup>.

Particolarmente significativa la tematica della motivazione, che, in particolare nel caso del conferimento degli incarichi, non può essere omessa e deve essere totalmente esaustiva nella logica del diritto amministrativo, laddove, nella logica del rapporto di lavoro privatizzato, viene invece faticosamente ricostruita, quando non ritenuta del tutto inutile, al più come una giustificazione che non va necessariamente esternata *ab origine*, ma che si può fornire anche in sede di giudizio.

Quanto alle clausole di correttezza e buona fede, queste vengono utilizzate con spericolate acrobazie per giungere a risultati garantistici – che Monda ritiene opinabili per via delle fragili basi tecniche sui quali poggiano – comunque lontani da quelli assicurati dal diretto rispetto delle regole dettate dalle l. 7 agosto 1990 n. 241.

Riccobono ha sottolineato, poi, quella che ha definito l'ontologica diversità in punto di tutele, posto che dalla Costituzione, come la Corte costituzionale ha nel 2008 chiarito, si ricava l'indefettibilità della tutela reale e, quindi, reintegratoria, che dunque va assicurata anche a seguito della privatizzazione-contrattualizzazione del rapporto.

La tutela dell'interesse pubblico all'imparzialità, che è per certo il *focus*, assicura al contempo una protezione forte al dipendente; all'imparzialità, del resto, si può anche guardare come ad un diritto da garantire a tutti coloro che entrano in contatto con le pubbliche amministrazioni<sup>5</sup>.

Questi spunti, ai quali altri se ne potrebbero aggiungere, sono, a mio avviso, sufficienti per osservare come nel guardare al diritto amministrativo contemporaneo non si sia adeguatamente messo a fuoco come e quanto si è ampliata nel corso del tempo la matrice garantistica di una disciplina nata

<sup>3</sup> RICCOBONO, *Le metamorfosi del lavoro pubblico a trent'anni dalla privatizzazione: reclutamento, inquadramenti, estinzione*, in questo *Quaderno*.

<sup>4</sup> MONDA, *La dirigenza pubblica tra amministrazione e politica*, in questo *Quaderno*.

<sup>5</sup> PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto. Epifanie dell'interesse legittimo*, Maggiori, 2021.

come “macchina dell’obbedienza”. E sembra anche che, nel guardare al diritto del lavoro, sia rimasto in ombra quel che Mario Rusciano ha ricordato, e cioè che, se la sua origine è determinata dall’esigenza di contenere lo sfruttamento vetero-capitalistico della forza-lavoro, da allora in poi anche questa branca del diritto ha fatto tanta strada ed oggi la tutela del lavoro è soltanto una delle sue componenti.

Tornando al diritto amministrativo, la sua trasformazione in strumento di garanzia per gli amministrati si coglie sul piano generale, se è vero che è il regime pubblicistico a comportare l’assoggettamento della decisione dell’amministrazione ai principi di corrispondenza tra decisione e fine legale, imparzialità, ragionevolezza, proporzionalità, e inoltre a sancire la rilevanza giuridica di interessi terzi ed a garantire la fruizione di una tutela di tipo reale, che mira ad attribuire lo specifico bene della vita in discussione e non un suo succedaneo economico. Del resto, da tempo una scuola di pensiero individua nelle ipertrofie garantistiche del diritto amministrativo uno dei principali ostacoli allo sviluppo economico.

La forma pubblica è stata però a lungo percepita, non senza ragione, come un modo per conservare “un assetto che, fondandosi sulle ragioni del soggetto (lo Stato portatore dell’interesse pubblico) trova i suoi (più congrui) riferimenti negli ordinamenti dello Stato precostituzionale”<sup>6</sup>.

È la matrice originaria del diritto amministrativo a produrre forme di pubblicizzazione che vanno al di là dell’esigenza irrinunciabile di assicurare all’amministrazione poteri di intervento unilaterale che consentano di curare l’interesse pubblico anche senza il consenso dei privati.

L’uso di questi strumenti, specie per effetto dell’estensione progressiva delle garanzie procedurali, se comporta maggiori vincoli in punto di principi e regole da osservare, si accompagna però ad una serie di privilegi, riconducibili essenzialmente all’area dell’autotutela decisoria ed esecutiva, che si proiettano, in termini francamente esorbitanti, anche nell’area del pubblico impiego.

È vero, dunque, che allontanarsi dal diritto amministrativo significa abbandonare le visioni autoritarie centrate sulla supremazia speciale, e dunque affrancarsi dai privilegi pubblicistici, ma è vero anche che un tale allontanamento, tenendo conto delle trasformazioni in senso democratico e parteci-

<sup>6</sup> MARZUOLI, *Le privatizzazioni tra pubblico come regola e pubblico come soggetto*, in *DP*, 1995, p. 413.

pativo dell'amministrazione, equivale anche a ridimensionare le garanzie apprestate ai cittadini.

Quando si è scelto di privatizzare si è guardato evidentemente ai privilegi da eliminare e assai meno alle garanzie che il diritto amministrativo aveva col tempo imparato ad assicurare.

Oggi dobbiamo constatare che per molti aspetti il diritto amministrativo è più garantistico e che per "salvare" la compatibilità costituzionale della privatizzazione occorre in più punti ibridare il diritto del lavoro, come nei casi ricordati della tutela reintegratoria e della motivazione-giustificazione.

Anche la interessante proposta ricostruttiva di Maria Dolores Ferrara<sup>7</sup> in tema di contrattazione, e specialmente l'idea che il sindacato che rappresenta il lavoro pubblico sia portatore di "un interesse collettivo a vocazione generale", mi pare espressione di questa tendenza all'ibridazione, che per certo non semplifica il lavoro dell'interprete.

### 3. *Le necessarie ibridazioni della disciplina lavoristica. È utile un diritto misto?*

Si tratta di una questione che interessa tutti gli ambiti nei quali un'amministrazione pubblica ricorre al diritto privato, o fugge verso di esso proprio per aggirare qualche vincolo (l'evidenza pubblica, il concorso, il giusto procedimento, la motivazione, ecc.), e che viene in genere risolta imponendo, quando ad opera del giudice quando ad opera di un legislatore almeno in parte ravvedutosi, qualche significativa deviazione rispetto al diritto privato per c.d. ordinario. Basti pensare alla parabola infausta delle assunzioni nelle società pubbliche, ricordata da Anna Zilli<sup>8</sup>.

Sul versante del personale, le logiche pubblicistiche hanno nel tempo riguadagnato terreno, a dispetto di aziendalizzazioni e privatizzazioni, come dimostra, ad esempio, lo sviluppo della giurisprudenza costituzionale in tema di *spoils system*, che, come ricorda nella sua interessante analisi Pasquale Monda, è stato ridimensionato rispetto alle scelte del legislatore nazionale e regionale, proprio in ragione dei tratti pubblicistici dell'organizzazione e della natura amministrativa dell'attività svolta dal dirigente, che fondano il

<sup>7</sup> FERRARA, *Le relazioni sindacali in trent'anni di riforme del lavoro pubblico*, in questo *Quaderno*.

<sup>8</sup> ZILLI, *Il rapporto di lavoro: poteri dell'amministrazione e obblighi del lavoratore*, in questo *Quaderno*.

richiamo ai principi di imparzialità e buon andamento, il cui rispetto richiede la garanzia del giusto procedimento e di rimedi giurisdizionali che non possono esaurirsi nel riconoscimento di un succedaneo economico ma devono consentire il conseguimento della specifica utilità in discussione.

La dimensione pubblicistica valorizzata dal giudice delle leggi, con le relevantissime implicazioni in punto di tutele, sembra peraltro porre in crisi le stesse ragioni che sono alla base non solo della scelta di privatizzare il rapporto, ma anche di quella di aziendalizzarlo, per esempio, il S.S.N., per valersi dei più agili strumenti forniti dal diritto comune, nel cui ambito la fiduciarità del rapporto col dirigente reca con sé anche la sua licenziabilità quando il rapporto fiduciario venga a cadere.

Ha ancora senso il ricorso al diritto privato se poi il dirigente pubblico è assistito da garanzie pubblicistiche capaci di stabilizzarlo ben oltre la misura assicurata al suo omologo privato?

La scelta di privatizzare e fare uso del diritto comune tutte le volte in cui l'interesse pubblico si può curare senza fare uso di strumenti autoritativi (art. 1, co. 1 bis, l. 241/90, opportunamente richiamato da Monda, per interpretare prudentemente le confuse modifiche all'art. 19 del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 nel senso che non comportano il ricorso al bando pubblico) ha indubbiamente avuto anche dei meriti.

È stato in particolare utile a far percepire il carattere non intrinsecamente provvedimento ed autoritativo di ogni azione delle pp.aa., e perciò a far raggiungere la consapevolezza che il potere è una risorsa, non una necessità ineluttabile in ogni contesto in cui agisca una p.a., e, nello specifico, che un usciere è un usciere, sia che lavori presso questa Università che presso la compagnia di navigazione che ha la sede qui accanto.

Ma quel che è certo è che la cd. privatizzazione ha creato un altro pezzo di diritto misto di cui non si avvertiva il bisogno e prodotto una diminuzione del tasso di certezza del diritto su molti aspetti cruciali (per stare all'ambito della dirigenza: gli incarichi vanno motivati? chi sono veramente gli apicali? ecc.) di cui del pari non si avvertiva il bisogno.

E, dunque, pur riconoscendo le apprezzabili ragioni culturali delle scelte di trent'anni fa, è opportuno domandarsi se valga davvero la pena di produrre innovazioni ispirate al diritto comune, poi destinate ad essere assorbite in buona misura dalle immanenti esigenze pubbliche, che, a quanto sembra, soltanto le discipline pubblicistiche riescono a salvaguardare adeguatamente.

#### 4. *Riformismo giuridico e capacità amministrativa. Il fattore umano*

Che fare, dunque? Forse è meglio fermarsi, interrompere questo flusso inarrestabile di riformismo giuridico che, come ha sottolineato Cassese, non ha cambiato stile, cultura e metodo del pubblico impiego.

In effetti, è proprio il riformismo giuridico che va rimesso in discussione e che ha riguardato la pubblica amministrazione nel suo complesso, non solo il settore del personale, interessato da quattro riforme in trent'anni.

Forse, come è stato rilevato, c'è un'errata presunzione da ridiscutere, e cioè che il diritto sia di per sé in grado di produrre efficienza. Il diritto ha certamente la funzione ineludibile di delineare la cornice giuridica all'interno della quale le organizzazioni pubbliche e private esercitano la propria attività, ma non basta a determinare l'efficienza di queste organizzazioni.

“Non è certo il Codice civile a determinare l'efficienza di un'impresa, bensì le capacità dell'imprenditore, così come non è il diritto pubblico a determinare l'efficienza delle pubbliche amministrazioni”<sup>9</sup>.

Se non si sono raggiunti i risultati immaginati ciò è probabilmente accaduto perché le cause non stanno nel diritto, ma nello svuotamento delle capacità amministrative, determinato, in particolare, dalle politiche di reclutamento del personale, le cui stranezze sono state ampiamente analizzate nel corso del dibattito, in particolare da Riccobono, e che richiederebbero, per dirla con Stefano Battini, una saldatura dell'attuale cesura tra i due mondi, il reclutamento e il lavoro, per tenere effettivamente conto nel primo di ciò che davvero occorre nel secondo.

Se, dunque, da qualcosa bisogna partire è dal reclutamento, che merita di essere ripensato con scelte razionali, coerenti e non confuse come quelle da ultimo poste in essere.

<sup>9</sup> MAZZAMUTO, *Contratti pubblici di diritto privato*, in *DE*, 2022, p. 97.

### **Abstract**

Lo scritto, muovendo dalla considerazione delle ragioni culturali della privatizzazione del pubblico impiego, si sofferma sulle ibridazioni che la disciplina privatistica ha subito per effetto della sua trasposizione in ambito pubblicistico e si interroga sull'opportunità di dar vita a un ulteriore segmento di diritto misto e sull'efficacia del c.d. riformismo giuridico.

This analysis, which generates from a consideration about a cultural reasons within civil service privatization regime, dwells on hybridization that the private-sector discipline has undergone as a result of its transposition into public-sector sphere and questions of appropriateness about creation of an additional segment of "mixed law" and effectiveness of so-called legal reformism.

### **Keywords**

Diritto del lavoro, diritto amministrativo, privatizzazione, ibridazione, riformismo giuridico.

Labour law, administrative law, privatization procedure, hybridization, legal reformism.



## Lorenzo Zoppoli

### Le metamorfosi del lavoro pubblico in trent'anni di riforme: tra sterili miti e mostri fecondi\*

SOMMARIO: **1.** Atteone e i testimoni di un futuro possibile. **2.** Kronos o Chronos? **3.** Due insegnamenti da ricordare. **4.** Due pericolose trappole anacronistiche, ma ricorrenti. **5.** E un vuoto incolmabile che bisogna colmare: il datore di lavoro pubblico.

#### 1. *Atteone e i testimoni di un futuro possibile*

Le metamorfosi del lavoro pubblico nei trent'anni sotto osservazione – dal 1993 al 2023 – sono sicure nell'*an* assai meno nel *quomodo*. Di certo oggi il lavoratore pubblico non si riconoscerebbe più nelle parole di Umberto Romagnoli che, parafrasando Sabino Cassese, nel 1995<sup>1</sup> (ma con termini identici nel 2020<sup>2</sup>) scriveva: “costretto a passare anni partecipando a concorsi. Deve seguire procedure antiquate. Non ha premi e neppure sanzioni. Ha poche possibilità di carriera e scarse gratificazioni. Quasi sempre gli sfugge il significato delle ore che passa in ufficio e forse è per questo che ci arriva in ritardo o se ne scappa prima che finisca l'ultima ora, come amano sottolineare i mass media che ne fanno spesso oggetto di denigrazione e derisione. Dunque, è frustrato e malvisto”. Oggi quel lavoratore si ritrova molto ridimensionato nel numero; mediamente invecchiato; guardato a vista da utenti e opinione pubblica; incalzato dalla politica che verso di lui ha perso ogni

\* Il contributo è stato anticipato, come editoriale, in *DLM*, 2024.

<sup>1</sup> ROMAGNOLI, *Il Lavoro in Italia. Un giurista racconta*, il Mulino, 1995, p. 214.

<sup>2</sup> ROMAGNOLI, *Risposte a quattordici blocchi di domande*, in DE MASI, *Lo Stato necessario. Lavoro e pubblico impiego nell'Italia postindustriale*, Rizzoli, 2020, p. 565.

tratto di bonarietà senza aver imparato a maneggiare meglio le organizzazioni pubbliche; ancora sindacalizzato, ma con forti sensi di colpa verso i colleghi delle aziende private in cui il posto di lavoro sembra sempre a rischio; ansioso di tagliare il traguardo della pensione, pur sapendo che dovrà aspettare per godersela e molto probabilmente sarà inferiore alle sue attese. Insomma il dipendente pubblico appare sfigurato, non più uguale a quello di trent'anni fa, ma ormai privo di una identità collettiva riconoscibile e, comunque, degna di per sé di considerazione e rispetto. Non più fannullone: troppe aspettative su di lui. Non certo punto di riferimento: lo Stato è ancora troppo spesso introvabile<sup>3</sup>. Smarrito; soprattutto, disorientato. Con le debite eccezioni: rinvenibili essenzialmente tra prefetti, diplomatici, giudici, professori universitari, primari famosi, alti dirigenti che muovono milioni di euro. Non più di un terzo. Gli altri due/tre milioni sentono da qualche decennio sulla propria pelle soprattutto una metamorfosi rispetto alle altre: quella di Atteone, trasformato dalla dea Diana da cacciatore in cervo braccato dai cani. Però con una differenza rispetto a 10/15 anni fa: oggi lo Stato assume sempre più le sembianze di uno Stato digitale<sup>4</sup>. E forse nelle sue nuove, modernissime e ampie braccia il cervo può ancora proteggersi dai suoi inseguitori. Forse può persino depistarli una volta ancora e cercare una nuova metamorfosi. La pandemia ha infatti fatto rinascere la necessità, persino la voglia di uno Stato che programmi e agisca. E dall'ostile Europa è venuta una grande apertura di credito – in senso molto concreto e per nulla figurato – che può rilanciare la speranza di un sistema amministrativo che pensa e opera per migliorare la vita dei cittadini. Una metamorfosi che farebbe del dipendente pubblico un portatore sano di pubblica utilità. Sicuramente una prospettiva desiderabile. Però sicuramente già da tempo desiderata. E – sembrava di poter dire soltanto ieri o l'altro ieri – messa per tempo al centro dell'azione di Governi assai qualificati. Da trent'anni appunto.

Perciò è difficile ricominciare come se in questi trent'anni non fosse accaduto nulla. Anche perché molte cose sono accadute.

Il punto però è proprio questo: cosa è accaduto di significativo e irreversibile? Perché quattro Governi tecnici (Ciampi, Dini, Monti e Draghi) e almeno una quindicina di Governi guidati da politici di primo piano (vecchi: Amato, Berlusconi, Prodi, D'Alema: solo per fare qualche nome; ma anche

<sup>3</sup> CASSESE, *Lo Stato introvabile*, Donzelli, 1998.

<sup>4</sup> TORCHIA, *Lo Stato digitale*, il Mulino, 2023.

nuovi, come Enrico Letta, Matteo Renzi e Giuseppe Conte) sono riusciti solo a far assomigliare la maggioranza dei dipendenti pubblici al cervo del mito di Atteone? È forse possibile sperare che, nelle spire del nascente Stato digitale, quel cervo stia ridiventando un essere umano dalle nuove fattezze?

Solo porsi questi interrogativi può apparire temerario a chi segue le metamorfosi del lavoro pubblico da ben oltre trent'anni. Però è necessario capire meglio cosa è davvero accaduto prima che la scena cambi così tanto da rendere troppo distante quel che si è fatto ieri e quello che si prova a fare oggi. Senza mettere in campo nuove feroci polemiche o, meglio, dopo aver ricordato, per non rimuoverle dalla coscienza collettiva, anche le feroci polemiche che hanno accompagnato le riforme (come quella sullo *spoils system*): facendole andare avanti o determinandone l'arresto. Trent'anni di riforme non volevano certo mettere solo in fuga il cervo. Anche la riforma del lavoro pubblico partorita trent'anni fa è, per dirla con Giovanni De Luna<sup>5</sup>, un'eredità del Novecento. Un secolo pieno di brutture, ma anche ricco di idee, di visioni e soprattutto di un desiderio di futuro che ha provato ad esprimersi in tutte le direzioni. Tra queste c'è anche l'idea che in Italia potesse nascere un nuovo sistema amministrativo in una nuova Repubblica dove il dipendente pubblico fosse un mestiere utile e rispettato. La prima Repubblica non ci aveva nemmeno provato, riuscendo al massimo a racchiudere in un testo unico del lontano 1957 tutta la giurisprudenza del Consiglio di Stato dei trent'anni precedenti. La seconda Repubblica invece almeno ci ha provato: anche se tardivamente, in modo tormentato, talora ingenuo, generoso, forse illusorio, certamente dispendioso e perciò pericoloso per la spesa come per l'etica pubblica. Risorse ed etica pubbliche si sono poi rarefatte nel nuovo millennio. Ma tutto è avvenuto in un mondo ancora impregnato di fisicità dove, quasi a nascondere le storture di quella rinveniente fisicità, la comunicazione e la politica-spettacolo irrompevano sulla scena pubblica. La mia impressione è che, per miopia o avventatezza o superficialità, per strada si siano lasciati molti pezzi pregiati delle riforme avviate negli anni '90 senza averli neanche tirati fuori dalle belle confezioni che li avvolgevano. Oggi lo Stato digitale chiede, ma offre anche, altri strumenti. Solo che al centro ci sono ancora donne e uomini molto simili per cultura a quelli di ieri: o, per certi versi, peggiori (non foss'altro che per essere più disillusi e più arrabbiati). Perciò il modo di raccontarsi la storia di questi trent'anni può molto influire

<sup>5</sup> *Cosa resta del Novecento*, Utet, 2023.

su come ci si attrezza per andare avanti. Fare storia, come ci ricorda Lacan, “è costituzione retroattiva del senso” di ciò che è stato<sup>6</sup>.

C’è indubbiamente ancora molto da studiare e discutere per capire meglio, tutti insieme, come ci si attrezza per andare avanti. Fondamentale però è la convinzione che bisogna tenere conto con precisione e lucidità di cosa si è fatto e di cosa si voleva fare. E perché si è fatto meno di quel che si voleva o poteva fare.

Nel convegno napoletano citato (novembre 2023) si è provato a riprendere le fila di questa riflessione collettiva da parte dei lavoristi in dialogo con altri studiosi e protagonisti dei trent’anni di riforme. Grazie alla piattaforma digitale per la formazione dell’Università Federico II – *Federica web learning* – e alla neonata *School of public management federiciana*, è stato possibile raccogliere al riguardo 18 preziose testimonianze<sup>7</sup>.

In esse si può ascoltare la voce diretta di chi<sup>8</sup> ha politicamente ideato le tappe delle varie (almeno 4) riforme, che solo apparentemente si possono raccontare come un *continuum*. Strettamente intrecciate alle loro risuonano le voci degli studiosi<sup>9</sup> che a quei progetti hanno dato parte non insignificante delle loro conoscenze e intelligenze (qualcuno anche la vita). Voci che si confondono e si intrecciano con le valutazioni degli operatori<sup>10</sup> che hanno visto più o meno realizzati o traditi i loro sforzi di mettere in pratica pezzi importanti di quelle riforme. Infine non sono stati dimenticati i giudici che, tra profezie infauste e norme altalenanti, hanno reso quelle riforme diritto vivente (lo testimoniano due eccellenze delle alte magistrature italiane come Silvana Sciarra e Annalisa Di Paolantonio); e la presenza di istituzioni come l’ANAC<sup>11</sup> o la SNA<sup>12</sup> che hanno provato e provano a tradurre quelle riforme in cultura del settore pubblico.

Da tutte queste testimonianze viene fuori un quadro molto mosso e problematico; ma anche, almeno a mio parere, molto incoraggiante. Perché forse mai come in questi trent’anni il campo del lavoro pubblico è stato tanto arato e con tanto impegno, pur con intermittenze e giravolte non da poco.

<sup>6</sup> RECALCATI, *La storia sul lettino di Lacan*, in *la Repubblica* del 24 ottobre 2023.

<sup>7</sup> Tutte ancora fruibili su <https://www.federica.eu/federica-pro/trentanni-di-riforme/>.

<sup>8</sup> Giuliano Amato, Franco Bassanini, Renato Brunetta, Sabino Cassese e Marianna Madia.

<sup>9</sup> Mario Rusciano, Franco Carinci, Massimo D’Antona (ricordato da Bruno Caruso e da me), Gianfranco D’Alessio, Tiziano Treu, intervistato da Edoardo Ales.

<sup>10</sup> Ancora Treu, Antonio Naddeo, Mino Focillo, Carmine Russo, Serena Sorrentino.

<sup>11</sup> Ne parla Francesco Merloni, che ne è stato Presidente.

<sup>12</sup> Di cui parla il vice-Presidente Remo Morzenti Pellegrini.

Il giurista – e il giuslavorista in particolare – può uscirne frastornato. Come pure arricchito dal confronto diacronico tra giuristi di branche diverse e con studiosi di altre discipline, sempre di più chiamati in causa, talora in maniera preponderante come nella riforma Brunetta. Il giurista – come ogni altro specialista – può anche essere tentato di rifugiarsi nelle sue granitiche certezze, affrettandosi a ergere difese vecchie e nuove. Magari dando sfogo a tutto il suo ingegno critico-esegetico e coltivando o poco ampliando il proprio orticello tradizionale. C'è poco da fare quanto a questo: ognuno ha reagito e reagirà secondo il proprio know-how, il proprio temperamento, le proprie convinzioni. L'approfondimento e il confronto saranno comunque utili. Però raccogliere queste testimonianze, ascoltarle tutte in sequenza e ragionare insieme su quello che oggi ci consegnano trent'anni di riforme può assumere anche un altro significato, che è il più auspicabile. Cioè riprendere un percorso di elaborazione collettiva che faccia tesoro delle speranze del secolo scorso dando ad esse le gambe e gli strumenti di un secolo nuovo, che sembra più potente pur nel suo essere assai più inquietante.

Mi auguro perciò che, se non l'avete già fatto, ascoltiate queste testimonianze sforzandovi di scorgere in ognuna quelle riflessioni su un recente passato che più ci possono aiutare a dischiudere un futuro migliore per i lavoratori pubblici e, soprattutto, per i tanti cittadini che della loro attività hanno un bisogno vitale.

## 2. *Kronos o Chronos?*

In effetti, a ben guardare, il significato più profondo delle riforme avviate trent'anni fa è proprio aver restituito al Tempo che (s)corre (cioè alla Storia) il lavoro pubblico, tirandolo fuori da quella specie di teca polverosa e ormai variamente incrinata che era il testo unico del 1957 (e successive modificazioni). Così però lo abbiamo dato in pasto a divinità per tanti versi mostruose, tutte facce del Tempo. E certo non può negarsi che trenta anni di riforme mettono in scena la durata del processo riformatore almeno quanto il suo oggetto.

La prima faccia del tempo è Kronos: una divinità feroce che divora i propri figli. E, se i giuslavoristi sono padri della riforma del '92-'93, spesso sono stati tentati, e ancora lo sono, di divorarlo questo figlio col pretesto di una cattiva crescita o di una fame non appagata. Non è però una pratica

commendevole; e comunque, essendo i padri destinati a scomparire, porta alla sterilità della storia. O a spianare la strada ad altri protagonisti, come se il diritto del lavoro fosse già alla vigilia della sua fine. E non credo che nessuno lo voglia e nemmeno che abbia serie intenzioni di scommettere su un evento tanto triste quanto improbabile. La fine del lavoro è stata già annunciata tante volte e pure revocata; il suo diritto, più o meno, ha seguito la stessa sorte, soprattutto in Italia. E poi, fuor di metafora, non pare che nelle pubbliche amministrazioni il diritto del lavoro abbia fatto tanto peggio del “vecchio” diritto amministrativo.

A Kronos, forse da uomo del Meridione dove allignano le teogonie orfiche, io preferisco Chronos. Una differenza piccola nel tratto scritto, ma di enorme significato. Chronos è tutto un altro “mostro” o “mito”, come sanno gli appassionati dei misteri orfici, che porta in sé metamorfosi non meno inquietanti, ma molto più interessanti per chi vuole guardare al futuro più che ri-muginare un passato non tanto digeribile. Chronos viene descritto come un serpente con le ali, nato da acque eteriche, con la testa di Toro e/o di Leone e in mezzo il volto di un Dio. Genera tre creature dai nomi particolarmente adatti al tema che qui trattiamo: Etere, cioè umido, scivoloso; Chaos, ovvero “senza limiti” o refrattario ai limiti; Erebo, che vuol dire “nebbioso”. All’interno di questa triade – in cui ognuno, a suo piacimento e con le sue conoscenze, può agevolmente collocare le varie tappe della riforma del lavoro pubblico – Chaos genera “Uovo”, altro essere assai insolito, ma che, alla ricerca delle metamorfosi del “nostro”, appare promettente. Si tratta infatti di una creatura dall’aspetto sia femminile sia maschile, con le ali d’oro, la testa del toro sui fianchi, un enorme serpente sul capo che rimanda a tutte le creature selvatiche, ma che ha al suo interno i semi del futuro e li sparge in lungo e in largo. Il suo nome proprio è Protogonos: e, senza troppo impegno etimologico, può alludere alla genesi di nuovi protagonisti, proprio come quelli di cui da trent’anni andiamo affannosamente alla ricerca nelle pubbliche amministrazioni italiane.

### 3. *Due insegnamenti da ricordare*

Fuor di metafora – che spero mi sia consentita in virtù della mia ormai lunga militanza sia tra gli studiosi della materia sia tra i (più piccoli) riformatori dello scorso trentennio – mi pare si possa dire che questa tormentata

storia ci lasci con molto futuro da progettare, ma anche con alcuni preziosi frutti da non consegnare all'oblio o cancellare in preda al timore del nuovo. Alcuni di questi frutti sono indicazioni in positivo da tenere sempre a mente. Altri sono avvertimenti di possibili "trappole" evitate in passato, ma che si ripropongono in continuazione. Infine c'è una sorta di frutto proibito che non si riesce neanche a cogliere.

Cominciando dagli insegnamenti, il primo attiene al metodo con cui studiare e discutere la materia del lavoro pubblico. Lo indicava molto bene Mario Rusciano all'inizio del trentennio: il lavoro pubblico è per il giurista un laboratorio critico in cui scandagliare i problemi, affondare il bisturi della ricerca più raffinata per far venire in luce tutto il guasto che c'è, spesso sedimentato da anni; ma deve essere un laboratorio in cui mai lo studioso deve dimenticare lo sforzo propositivo, la fatica di indicare una o più soluzioni, senza imboccare la facile strada del pensiero distruttivo o catastrofista<sup>13</sup>. Infatti in questa materia troppi sono i beni e gli interessi in gioco per la collettività: il senso di responsabilità dello studioso deve essere espresso in massimo grado. Ricordare oggi questo invito è più importante di ieri, proprio perché dopo tanti anni la tentazione di arrendersi al persistere delle disfunzioni e della *maladministration* è quasi irresistibile. Ma tradirebbe una acquisizione ormai antica, prospettata da Michel Crozier oltre mezzo secolo fa, che ammoniva a non illudersi mai sull'approdo delle riforme dei sistemi amministrativi, in quanto riforme che per loro natura non possono mai finire<sup>14</sup>. Il che, ovviamente, non deve però far cadere in un altro errore, cioè quello dell'"imbroglio delle riforme", da cui metteva in guardia qualche anno fa Fabio Merusi per denunciare quell'approccio politico volto a riformare sempre tutto per non risolvere nessun problema concreto<sup>15</sup>.

Per tenersi lontano dallo scoramento, si possono sottolineare due segnali positivi che ho colto soprattutto nel convegno napoletano citato<sup>16</sup>. Il primo mi sembra quello di un dialogo tra studiosi del diritto pubblico – specie amministrativo – e del diritto del lavoro molto più maturo e costruttivo di quanto fosse solo qualche decennio fa. Forse, pur con significative eccezioni,

<sup>13</sup> RUSCIANO, *Introduzione*, in RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Giappichelli, 1993, p. XX.

<sup>14</sup> Lo ricorda di recente DE MASI, *op. cit.*, p. 245 ss.

<sup>15</sup> *L'imbroglio delle riforme amministrative*, Mucchi editore, 2016.

<sup>16</sup> Gli atti sono qui raccolti.

vanno stemperandosi approcci “proprietari” a questa complessa materia e comincia a prevalere la voglia di unire le forze per trovare soluzioni più solide e resistenti ai problemi che permangono.

Il secondo segnale viene dalla giurisprudenza, indubbiamente investita in pieno da questa riforma e per tanti versi da essa sottoposta a vari stress. Qui le valutazioni sono molto complesse ed eterogenee. Però l'impressione è che la magistratura ordinaria sia riuscita nell'insieme ad affrontare con crescente competenza ed equilibrio i tanti problemi posti dalle trentennali riforme e che la Corte costituzionale abbia fornito un importante puntello per fondamenta costruite su terreni infidi che potevano far crollare l'intero edificio in costruzione. Questo non vuol dire che tutte le soluzioni siano cristalline e condivisibili; però vale quanto si è detto prima per il dialogo interdisciplinare: mi pare che la tendenza sia a fornire materiali utili per continuare a lavorare nella paziente edificazione del nuovo lavoro pubblico.

L'altro insegnamento riguarda l'individuazione del vero elemento trainante della riforma: cioè l'organizzazione. Non è una novità assoluta. Anzi da sempre sappiamo – ce lo ha insegnato Massimo Severo Giannini – che funzioni e apparati vengono prima di regolazione e gestione del personale. Però una novità c'è e l'ha espressa con la consueta efficacia Sabino Cassese: l'organizzazione non è un orologio ma un organismo<sup>17</sup>. Molte sono le conseguenze di questa rappresentazione<sup>18</sup>: quella principale è che questo “organismo” tende a funzionare sempre più con dinamiche simili tra privato e pubblico in virtù delle tecnologie utilizzate (e il digitale dilaga e unifica) e della formazione dei vertici politici e amministrativi. Questa acquisizione indica anche quali sono le leve principali per tirar fuori dalla palude il lavoro pubblico riformato che sembra non riuscire ad incidere sul funzionamento degli apparati e sulla soddisfazione degli utenti. Queste leve potranno sortire effetti se la cultura dei vertici delle amministrazioni si avvarrà sempre più di competenze progettuali e gestionali ispirate dalle più moderne discipline economiche, ingegneristiche, tecnologiche, sociologiche e psicologiche. Ma guardandosi bene dal marginalizzare il ruolo dei giuristi – amministrativisti, lavoristi e altri – che, senza dover più aspirare ad anacronistici monopoli in una moderna burocrazia che deve dismettere i panni di un vetusto formali-

<sup>17</sup> V. da ultimo *Amministrare la nazione. La crisi della burocrazia e i suoi rimedi*, Mondadori, 2022.

<sup>18</sup> Ne ho parlato in *Lavoro agile, persone, e amministrazioni: le sfide post-pandemia*, in *RIDL*, 2022, I, p. 199 ss.

smo o di una barocca proceduralizzazione, sono chiamati a un ruolo importante e delicato: fornire le “infrastrutture” regolative per affinare e rendere solidi i nuovi modelli organizzativi indispensabili per avere amministrazioni efficaci, ma anche sempre più orientate a creare valore pubblico.

#### 4. *Due pericolose trappole anacronistiche, ma ricorrenti*

Le trappole ricorrenti da evitare toccano un paio di punti cruciali delle riforme trentennali.

La prima trappola è ordita intorno alla natura “speciale” del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni. Non si può certo qui dilungarsi su un nodo antico delle teorie giuridiche in materia che, giustamente, hanno sempre posto in primo piano la rilevanza della cornice in cui il lavoratore è tenuto ad adempiere e degli interessi pubblici che è tenuto a soddisfare. L'una e gli altri non sono toccati dalle riforme del nostro trentennio: che però ha fatto subito i conti con la c.d. specialità del rapporto, che, come si ricorderà, sopravviveva nei primi decreti attuativi della delega del 1992. Però, una volta scelta la via del fondamento contrattuale del lavoro pubblico, la “specialità” come clausola di salvaguardia di una generica incombenza del diritto pubblico sul contratto fu consapevolmente espunta dall'ordinamento: prima con il d.lgs. n. 470 di fine 1993 e poi con la più drastica formulazione del d.lgs. 80/1998, confluita nell'art. 2, co. 2, del d.lgs. 165/01. Da allora certo l'unificazione della disciplina tra pubblico e privato ha conosciuto frenate e vere e proprie retromarcie; ma nessuna ulteriore tappa riformatrice e nessun governo ha mai più messo in discussione il tramonto della specialità. E questo non vuol dire che il lavoro pubblico venga giuridicamente collocato in un quadro di indifferenza verso la realizzazione di interessi pubblici o, se si preferisce, il soddisfacimento di diritti costituzionali. Piuttosto vuol dire che quegli interessi devono essere filtrati attraverso il contratto di lavoro, la sua dinamica esecutiva, la sua piena funzionalità: nella quale rientra, proprio nella configurazione tradizionale di contratto di scambio con funzione organizzativa<sup>19</sup>, l'adempimento coerente con gli interessi perseguiti dall'organizzazione in

<sup>19</sup> Più diffusamente, di recente, ZOPPOLI L., *Buon andamento delle pubbliche amministrazioni e diritti e doveri dei lavoratori*, in *LPA*, 2019, p. 1 ss.; ID., *Contratto di lavoro e rilevanza giuridica dell'organizzazione e del risultato*, in *Liber amicorum per Umberto Carabelli*, Cacucci, 2021, p. 429 ss.

cui il lavoratore è inserito. Perciò la realizzazione dell'interesse pubblico non è espulso dal contratto del dipendente pubblico; esso è ben presente, ma deve essere fatto valere da chi ha la responsabilità di gestire l'organizzazione, cioè dal datore di lavoro pubblico (v. *infra*). Le riforme del trentennio si basano su un assunto che non può essere rimesso in discussione: è il contratto di lavoro l'infrastruttura giuridica più adeguata a contemperare interesse organizzativo e tutele del lavoro. Nel pubblico come nel privato. Con pochissime eccezioni (i ruoli in cui troppo intrecciato appare l'esercizio di funzioni basilari dello Stato di diritto – politici, giudici, militari, diplomatici, professori universitari; ma degli ultimi si potrebbe tornare a discutere). Né questo assunto è messo in crisi dalla disciplina speciale (ovvero peculiare, diversa) di alcuni istituti o frammenti di istituti (da sempre il diritto del lavoro ha al suo interno una molteplicità di micro-sistemi regolativi, che per di più risultano di recente in aumento). A mio parere riprendere a cavalcare il vecchio arnese della specialità del rapporto per sottolineare i limiti del processo riformatore è tanto pericoloso quanto inutile. Vuol dire solo cascare di nuovo nella trappola delle classificazioni dogmatiche poco utili per risolvere problemi pratici ovvero fornire a studiosi e riformatori occhiali che rendono più sfocata la vista di entrambi sui raccordi da realizzare tra forma e realtà del funzionamento della vita delle amministrazioni.

In questa trappola a mio parere cade anche chi prova a giustificare la permanenza di un regime speciale della stabilità del posto di lavoro dei dipendenti pubblici alla luce di principi costituzionali come imparzialità, buon andamento o obbligo del reclutamento tramite concorso pubblico. Nessuno di questi principi rende necessario mantenere nel lavoro pubblico una sanzione reintegratoria più ampia e profonda di quella esistente nel privato. Quest'ultima dopo varie dimenticanze e tribolazioni è ormai, dal 2017, una scelta esplicita del legislatore. Ma non è, a mio parere, né una scelta costituzionalmente obbligata<sup>20</sup> né una scelta irreversibile. E dico questo senza assolutamente essere contrario alla sanzione reintegratoria per i licenziamenti illegittimi: purché si mantenga una medesima linea di politica del diritto tra pubblico e privato.

L'altra trappola, forse più insidiosa, riguarda il ruolo del sindacato nelle riforme e nel funzionamento delle pubbliche amministrazioni. Anche qui si

<sup>20</sup> Per le argomentazioni rinvio al mio *La contrattazione collettiva nel lavoro pubblico e il pensiero di Carlo Dell'Aringa, Professore e Presidente dell'Aran*, in *DLM*, 2019, p. 201 ss.

parla di un fondamentale *driver* dei processi innovativi di cui non è certo possibile fare a meno. La contrattazione collettiva era ed è un istituto centrale per la disciplina dei rapporti di lavoro tanto privati quanto pubblici. E va reso onore alla Corte costituzionale che in un paio di tornanti cruciali di questi trent'anni non ha avuto dubbi nel rammentarlo a tutti, legislatore *in primis*. Questo però non vuol dire che si possano conservare o rilanciare singolari suggestioni originarie. Tra queste quella secondo cui è il sindacato – in particolare quello confederale – il soggetto primario di riforme volte a migliorare efficienza ed efficacia degli apparati pubblici<sup>21</sup>. Anche se il panorama complessivo è desolato e desolante, nulla autorizza a sovraccaricare la funzione del sindacato di una irrealistica capacità propulsiva dell'incisività delle riforme con specifico riguardo alla creazione di valore pubblico e alla soddisfazione degli utenti. Questo compito spetta ad altri; il sindacato, per quanto sensibile verso gli interessi generali, svolge un altro compito primario nel pubblico come nel privato: tutelare i lavoratori massimizzando le ragioni di scambio condensate nelle loro condizioni contrattuali. Questo non vuol dire che al sindacato non si possa chiedere qualcosa in più: persino un ruolo di cogestione di scelte e assetti organizzativi. Ma anche qui senza dare per scontato che questo possa verificarsi al di fuori di responsabilità e peso negli assetti organizzativi che devono mantenere un delicato equilibrio interno. Ne' mi pare che il mix tra ruoli contrattuali – o conflittuali – e ruoli partecipativi possa essere diverso tra pubblico e privato. Del resto sul piano del diritto vigente da oltre un trentennio abbiamo una chiara riprova di quanto appena detto: nella disciplina dello sciopero nei servizi essenziali, che, com'è noto, non distingue affatto tra pubblico e privato.

Resta il problema delle lacune normative pur sempre riscontrabili in un tessuto via via più complesso, stratificato, variegato: si colmano ricorrendo al sistema privatistico e pubblicistico? L'alternativa che l'interprete ha davanti non rischia di radicalizzarsi troppo se l'ibridazione regolativa supera determinate soglie? Si tratta di quesiti che, seppure rinvenibili non spessissimo nella pratica, sono di grande rilevanza teorica e richiedono approfondimenti specifici qui impossibili. In linea di principio, mi pare che il quadro di fondo della disciplina dei rapporti di lavoro debba propendere per una coerenza da ricercare nel sistema giuslavoristico generale. Però sono ben consapevole sia

<sup>21</sup> Da ultimo ho rintracciato la forza di questa originaria suggestione in *Umberto Romagnoli e le riforme del lavoro pubblico: "un nobile avversario del proprio tempo"?*, in *LD*, 2024, n. 1.

della progressiva difficoltà di pensare a questo sistema in termini di compattezza e completezza sia delle interferenze con principi di altra matrice e declinazione. In tutta onestà al riguardo poco mi sento di dire in chiave generale se non consigliare ai giovani di studiare in profondità i punti di frattura come le saldature tra le diverse piattaforme telluriche di cui è ormai costituita la disciplina del lavoro pubblico e dintorni. Nella speranza che ci sia sempre qualche intelligente rimedio per arginare gli effetti di inevitabili terremoti innescati da questa o quella normativa di volta in volta chiamata in causa o improvvidamente inserita dal legislatore o dalla contrattazione o da qualche invenzione giudiziaria.

##### 5. *E un vuoto incolmabile che bisogna colmare: il datore di lavoro pubblico*

Infine il frutto proibito, cioè un convincente assetto normativo del datore di lavoro pubblico, dove per convincente intendo un assetto che si traduca in realtà nelle miriadi di organizzazioni pubbliche.

La questione viene spesso ricondotta alla riforma più o meno incompiuta della dirigenza pubblica. E quanto ad incompiutezza non c'è dubbio alcuno. Mentre ancora da approfondire sono le molteplici “creature selvatiche” che le mancate riforme in questo ambito, accompagnate non di rado da riuscite valorizzazioni retributive, hanno contribuito a mettere in circolazione con scarsissimi benefici per l'attività amministrativa al servizio dei cittadini. Tuttavia io continuo a credere che la ricetta non sia quella di un ritorno al passato, fosse anche un passato rivisitato alla luce di involucri formali più o meno rimodernati, come “il dirigente della Repubblica” o “il dirigente che risponde al territorio che amministra”. Piuttosto mi vado convincendo che i nodi al riguardo si addensino intorno a due aspetti problematici lasciati sempre più nell'ombra: il primo riguarda la inevitabile responsabilità del vertice politico come datore di lavoro pubblico; il secondo l'eccessiva contiguità tra dirigenti e dipendenti nelle pubbliche amministrazioni.

Su entrambi gli aspetti le riforme del trentennio hanno profuso un impegno calante, limitandosi ad affidarsi a tecniche di valutazione dei risultati sempre più sofisticate, diffuse e di difficile praticabilità e a distinzioni puramente formali tra la dirigenza, *rectius* le dirigenze – malamente assortite per quantità e qualità nelle diverse aree del sistema amministrativo (si pensi a sa-

nità e scuola) – e il restante personale. L'esito mi pare di uno stallo che produce poco in termini di reale responsabilizzazione organizzativa sia dei vertici politici sia dei vertici burocratici. Per non essere troppo criptico devo necessariamente rinviare ad altri miei recenti scritti in cui ho cercato di guardare a prospettive diverse, valorizzando schemi interpretativi in cui l'assetto normativo del datore di lavoro pubblico sia più equilibrato nel responsabilizzare il vertice politico e più rigoroso nel configurare il dirigente pubblico come un professionista che deve mettersi in gioco davvero nella realizzazione dei risultati dell'attività amministrativa<sup>22</sup>. E al riguardo forse davvero serve il diritto del lavoro più moderno e ardito, cioè quello che non si ritrae dinanzi a schemi negoziali incentrati sull'autonomia e sul risultato come connotati del contratto che lega il lavoratore all'organizzazione. Schemi del resto presenti anche nel lavoro pubblico ai vertici di aziende sanitarie e istituzioni universitarie.

In ogni caso la configurazione del datore di lavoro pubblico non può più essere unicamente affidata a natura e regime dei contratti riguardanti la dirigenza. Sempre più importanti sono attività ed atti legati alla programmazione delle attività interne ed esterne delle amministrazioni (emblematico il PIAO, piano integrato delle attività organizzative), il ricorso a modelli manageriali legati strettamente a specifici progetti (cd *project management*), la valorizzazione delle competenze gestionali e tecnologiche anche in professionalità non dirigenziali, la mappatura dei processi amministrativi prodromica a una loro proficua digitalizzazione, la promozione di una moderna partecipazione organizzativa dei lavoratori come dei loro sindacati. Chi segue con attenzione i più recenti sviluppi delle riforme sa che sto parlando della più recente semina di Protogonos, ultimo erede del Chronos che meglio raffigura la trentennale riforma. Purtroppo sono semi che ancora stentano a germogliare bene e diffusamente. Non c'è però da far altro che sperare che i primi germogli crescano vigorosamente e che anche i giuslavoristi trovino il modo di proteggerli, ricorrendo persino ai necessari diserbanti che servano a tener separato il grano dal loglio.

<sup>22</sup> ZOPPOLI L., voce *Datore di lavoro pubblico*, in DEL PUNTA, ROMEI, SCARPELLI (diretta da), *Contratto di lavoro*, in ED, *I tematici*, 2023, VI, p. 548 ss.

### **Abstract**

Il saggio ripercorre tutto l'arco delle riforme del lavoro pubblico e privato segnalando come la metamorfosi del lavoro pubblico si sia ormai realizzata in profondità. Solo che il lavoro riformato non appartiene né al pubblico né al privato di trent'anni fa ed è inutile cercare di omologarlo a un modello che non c'è più. Siamo dinanzi ad un assetto con tratti forse mostruosi, più ispirato a un lavoro privato intriso di valori costituzionali, da far evolvere facendo maturare i semi fecondi in esso racchiusi. Per far questo occorre non ricadere nelle trappole del passato (specialità del contratto, ipertutela della stabilità, enfasi astratta sul ruolo dei sindacati) e migliorare snodi cruciali con qualche nuova regola, ma soprattutto con una nuova stagione gestionale che responsabilizzi entrambe le figure (vertice politico e vertice amministrativo) che nella pratica incarnano il datore di lavoro.

The essay traces the entire arc of public and private labour reforms, pointing out how the metamorphosis of public employment has now been accomplished in depth. Only, the reformed work does not belong to either the public or private sector of thirty years ago, and it is useless to try to homologate it to a model that no longer exists. We are faced with an arrangement with perhaps monstrous traits, more inspired by a private labour steeped in constitutional values, which must be developed by letting the fertile seeds it contains ripen. To do this, it is necessary not to fall back into the traps of the past (speciality of the contract, over-protection of stability, abstract emphasis on the role of trade unions) and to improve crucial junctures with some new rules, but above all with a new management season that gives responsibility to both figures (political and administrative top management) that in practice embody the public employer.

### **Keywords**

Riforme del pubblico impiego, metamorfosi, doppia figura del datore di lavoro pubblico.

Reforms of public employment, metamorphosis, double figure of public employer.

## notizie sugli autori

### **Anna Alaimo**

*Ordinaria di Diritto del lavoro, Università di Catania*

### **Marco Barbieri**

*Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Bari Aldo Moro*

### **Stefano Battini**

*Ordinario di Diritto amministrativo, Università della Tuscia*

### **Franca Borgogelli**

*già Ordinaria di Diritto del lavoro, Università di Siena*

### **Alessandro Boscati**

*Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Milano Statale*

### **Renato Brunetta**

*Presidente del CNEL*

*già Ordinario di Economia del lavoro, Università di Roma Tor Vergata*

### **Guido Capaldo**

*Ordinario di Ingegneria economico-gestionale, Università di Napoli Federico II*

### **Gianfranco D'Alessio**

*Emerito di Diritto amministrativo, Università Roma Tre*

### **Madia D'Onghia**

*Ordinaria di Diritto del lavoro, Università di Foggia*

### **Maria Dolores Ferrara**

*Associata di Diritto del lavoro, Università di Trieste*

### **Vincenzo Ferrante**

*Ordinario di Diritto del lavoro, Università Cattolica del Sacro Cuore*

**Luigi Fiorillo**

*Professore di Diritto del lavoro, Università Luiss Guido Carli  
già Ordinario, Università di Napoli Federico II*

**Umberto Gargiulo**

*Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II*

**Alessandro Garilli**

*Emerito di Diritto del lavoro, Università di Palermo*

**Bernardo Giorgio Mattarella**

*Ordinario di Diritto amministrativo, Università Luiss Guido Carli*

**Fiorenzo Liguori**

*Ordinario di Diritto amministrativo, Università di Napoli Federico II*

**Vincenzo Luciani**

*Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Salerno*

**Sandro Mainardi**

*Ordinario di Diritto del lavoro, Università Alma Mater Studiorum di Bologna*

**Domenico Mezzacapo**

*Ordinario di Diritto del lavoro, Sapienza Università di Roma*

**Pasquale Monda**

*Associato di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II*

**Gaetano Natullo**

*Ordinario di Diritto del lavoro, Università del Sannio*

**Gabriella Nicosia**

*Ordinaria di Diritto del lavoro, Università di Catania*

**Paolo Pascucci**

*Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Urbino Carlo Bo*

**Vito Pinto**

*Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Bari Aldo Moro*

**Paolo Ricci**

*Ordinario di Economia aziendale, Università di Napoli Federico II*

**Alessandro Riccobono**

*Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Palermo*

**Mario Rusciano**

*Emerito di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II*

**Silvana Sciarra**

*Emerita di Diritto del lavoro, Università di Firenze  
già Presidente della Corte Costituzionale*

**Carla Spinelli**

*Ordinaria di Diritto del lavoro, Università di Bari Aldo Moro*

**Antonio Viscomi**

*Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Catanzaro*

**Anna Zilli**

*Associata di Diritto del lavoro, Università di Udine*

**Carlo Zoli**

*Ordinario di Diritto del lavoro, Università Alma Mater Studiorum di Bologna*

**Antonello Zoppoli**

*Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II*

**Lorenzo Zoppoli**

*Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II*



## abbreviazioni

L'elenco delle abbreviazioni in uso in questa rivista è consultabile sul sito [www.ddlmm.eu](http://www.ddlmm.eu) sezione Riviste.

Finito di stampare nel mese di ottobre 2024  
dalla Grafica Elettronica (Na)