

della *performance* ai provvedimenti disciplinari, è costruita all'insegna della più spinta burocratizzazione. Mentre la contrattualizzazione si muoveva nell'orbita della cultura d'impresa, il far valere esclusivamente il punto di vista dell'amministrazione, senza bilanciamento degli interessi, ha finito per burocratizzare di più la dirigenza pubblica.

La bellissima legge sull'impiego privato del '24 è stata capace di regolare l'intero fenomeno del ceto impiegatizio, anche se il fascismo voleva ottenerne il consenso. Il decreto legislativo n. 150 fa di tutto per perdere qualsiasi forma di consenso dei dipendenti pubblici, sul presupposto di ottenere il consenso dei cittadini.

C'erano altre strade per avviare la riforma della pubblica amministrazione che non quella della mortificazione dei dipendenti. Le carote dei premi e dei meriti non sono tali da bilanciare l'impiego forte del bastone delle misure disciplinari.

La scelta veramente riformista di Gino Giu-

gni ha concepito la scarna disciplina del potere disciplinare assieme alla piena valorizzazione della contrattazione collettiva in azienda. Si tratta di un riformismo basato su valori condivisi tra cittadini e destinatari della riforma⁽¹²⁾.

La campagna antifannulloni si è poi saldata con le esigenze di bilancio. Dopo il varo della riforma sono stati disposti il blocco della contrattazione e il blocco delle progressioni automatiche, colpendo soprattutto la Scuola e l'Università. La mortificazione del personale rischia di essere l'unico effetto di un disegno riformatore di una pubblica amministrazione che aiuti la ripresa dello sviluppo del Paese.

MARIO NAPOLI

⁽¹²⁾ Per la modernità dello Statuto dei lavoratori v. il fascicolo n. 1 del 2010 di *Lav. e dir.*, *Buon giorno Statuto*, dove il mio *Lo Statuto ha quarant'anni e li porta bene*.

TITOLO I PRINCIPI GENERALI

Art. 1. (Oggetto e finalità)

1. *In attuazione degli articoli da 2 a 7 della legge 4 marzo 2009, n. 15, le disposizioni del presente decreto recano una riforma organica della disciplina del rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, di cui all'articolo 2, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, intervenendo in particolare in materia di contrattazione collettiva, di valutazione delle strutture e del personale delle amministrazioni pubbliche, di valorizzazione del merito, di promozione delle pari opportunità, di dirigenza pubblica e di responsabilità disciplinare. Fermo quanto previsto dall'articolo 3 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, recano altresì norme di raccordo per armonizzare con la nuova disciplina i procedimenti negoziali, di contrattazione e di concertazione di cui all'articolo 112 del decreto del Presidente della Repubblica 5 gennaio 1967, n. 18, e ai decreti legislativi 12 maggio 1995, n. 195, 19 maggio 2000, n. 139, 13 ottobre 2005, n. 217, e 15 febbraio 2006, n. 63.*

2. *Le disposizioni del presente decreto assicurano una migliore organizzazione del lavoro, il rispetto degli ambiti riservati rispettivamente alla legge e alla contrattazione collettiva, elevati standard qualitativi ed economici delle funzioni e dei servizi, l'incentivazione della qualità della prestazione lavorativa, la selettività e la concorsualità nelle progressioni di carriera, il riconoscimento di meriti e demeriti, la selettività e la valorizzazione delle capacità e dei risultati ai fini degli incarichi dirigenziali, il rafforzamento dell'autonomia, dei poteri e della responsabi-*

lità della dirigenza, l'incremento dell'efficienza del lavoro pubblico ed il contrasto alla scarsa produttività e all'assenteismo, nonché la trasparenza dell'operato delle amministrazioni pubbliche anche a garanzia della legalità.

DOVE VA IL PUBBLICO IMPIEGO?

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il modello pubblicistico e le sue disfunzioni. – 3. La traiettoria della privatizzazione: nodi irrisolti e nuove inefficienze. – 4. Verso il d.lgs. n. 150/09: i prodromi della riforma. – 5. La filosofia della riforma: nuovo assetto delle fonti e sistema delle performance. – 6. Il ruolo del dirigente manager nella valutazione del personale. – 7. Il *punctum dolens*: l'immunità del potere politico-amministrativo. – 8. Lo stallo della riforma e la « rivincita » dei fannulloni.

1. – La privatizzazione del pubblico impiego continua ad essere oggetto di profondi interventi, resi necessari dal permanere delle disfunzioni nel settore, ma condizionati da forti tensioni politiche e contrapposte spinte ideologiche. Sicché, l'interprete si trova a dovere operare su un manufatto normativo *in progress* e con aspetti di asistematicità che via via hanno assunto dimensioni preoccupanti. Per questo una risposta alla domanda « dove va il pubblico impiego », effettuata a ridosso della « terza riforma » contenuta nel d.lgs. n. 150/09 (già oggetto di interventi manutentivi), risulta ardua e densa di suggestioni.

Gli obiettivi che il legislatore si prefigge di raggiungere, contenuti nell'art. 1 del decreto, che a sua volta riproduce le indicazioni della legge delega, sono vari e nel loro insieme si pongono lungo una linea di continuità con lo spirito originario della riforma. Tra le materie indicate, quelle della produttività del lavoro pubblico, della professionalità e della retribuzione di merito (dei dirigenti e degli altri dipendenti) assumono un ruolo centrale, in quanto declinate sotto diversi aspetti all'interno di tutto il corpo del d.lgs. n. 150/09. Per la verità il loro rientro è segnato attraverso un'espressione non italiana, utilizzata per compendiare l'opzione culturale di tipo economico-aziendalista posta a base dell'intervento. Il termine impiegato è *performance*, ma si comprende bene come il nodo centrale dell'intervento regolatore sia rivolto a migliorare l'organizzazione del lavoro e a valutare, sul piano del rendimento e del conseguente tratta-

mento retributivo, la professionalità del dipendente pubblico, individuata tradizionalmente come uno dei punti dolenti dell'azione della p.a.

2. – Prima di entrare nel merito del provvedimento, è opportuno ripercorrere brevemente l'evoluzione del lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni nell'ordinamento italiano, segnalando le ragioni delle sue principali disfunzioni.

Come è noto, il rapporto di lavoro pubblico viene costruito tra la fine del 1800 ed i primi del '900 ed è subito modellato attraverso le categorie del diritto amministrativo⁽¹⁾. Nelle intenzioni del legislatore, l'obiettivo perseguito attraverso la pubblicizzazione era quello di realizzare un sistema in cui la burocrazia risultasse garantita dagli organi di indirizzo politico-amministrativo, rimanendo al tempo stesso imparziale e neutrale. Peraltro, oltre ad essere garantista sul piano sostanziale del rapporto, lo stato giuridico del pubblico dipendente lo era anche su quello della tutela giurisdizionale, atteso che la protezione degli interessi della categoria era affidata alla magistratura amministrativa, la quale, attraverso il sindacato sui tradizionali vizi dell'atto amministrativo, aveva costruito un sistema di tutele del dipendente pubblico assai più pregnante rispetto a quello offerto dal giudice ordinario agli altri lavoratori.

In quel contesto il problema dell'efficienza delle amministrazioni pubbliche risultava offuscato ed era destinato ad assumere un rilievo piuttosto marginale rispetto alle più sentite esigenze di imparzialità e neutralità della pubblica

⁽¹⁾ Cfr. GIANNINI, voce *Impiego pubblico (teoria e storia)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, p. 1 ss.; RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, 1978; CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1983; MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, 1996.

amministrazione. Quest'impianto, tuttavia, era destinato a fallire, perché fortemente condizionato da quelle che efficacemente sono state definite « le voci di dentro »: in sostanza, veniva a configurarsi un sistema orientato a garantire una tutela maggiore agli interessi interni dei funzionari pubblici, rispetto a quelli esterni della collettività. E si trattò di « voci » che ebbero una fortissima pressione anche sui successivi indirizzi di politica legislativa.

Il modello di garanzia dello stato giuridico – i cui punti di visibilità più evidenti si manifestano nella carriera e nella fase di estinzione del rapporto – nasce e si sviluppa su un particolare tipo di amministrazione, detto di *puissance*, ossia rivolta ad esercitare poteri e funzioni pubbliche piuttosto che servizi resi alla collettività. Ma quello stesso modello era destinato ad espandersi, sia per effetto di interventi legislativi, sia per il tramite di incursioni della magistratura amministrativa. In questo modo, un quadro regolativo che sarebbe dovuto rimanere circoscritto a determinati settori, veniva esteso a tutte le amministrazioni e a tutti i soggetti che in un modo o nell'altro avessero intrattenuto con esse un rapporto di lavoro. Adirittura il personale precario e quello a contratto veniva considerato come personale legato da un rapporto di lavoro pubblico. Naturalmente questo fu un elemento che gettò nel sistema delle scorie e che contribuì a contaminare ulteriormente la coerenza del modello.

D'altra parte, anche le regole dirette a preservare la burocrazia dall'ingerenza del potere politico mostrarono gravi disfunzioni. Gli organi di governo condizionavano fortemente i funzionari e i dipendenti della pubblica amministrazione, mentre l'alta burocrazia veniva privata di precise competenze e dei necessari poteri di gestione.

La crisi latente, dovuta alla de-responsabilizzazione della macchina amministrativa ed al suo asservimento alla politica, si manifesterà già nella metà degli anni '60 del secolo scorso, in concomitanza con il rilancio da parte della dottrina giuridica del ruolo del diritto privato e del contratto come strumenti generali di regolazione (anche) dei rapporti giuridici tra cittadino e amministrazioni. Successivamente, nel 1970, con la celebre voce « *Impiego pubblico* » e poi con la redazione del « *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato* », presentato

nel 1979, Massimo Severo Giannini formula in modo organico un progetto di riforma del pubblico impiego in chiave privatistica. Un rapporto regolato dunque dalle norme del diritto privato, dal contratto individuale e, soprattutto, dal contratto collettivo⁽²⁾.

Dal disegno di privatizzazione tratteggiato, tuttavia, viene scorporata la dirigenza, ritenendosi che tutti coloro che sono chiamati allo svolgimento di funzioni pubbliche in senso stretto, e che quindi rappresentano ed impegnano l'amministrazione verso l'esterno, debbano rimanere attratti nell'area di uno statuto più garantista, come quello di diritto pubblico. In questi anni si inserisce – quale ulteriore snodo fondamentale – il movimento sindacale⁽³⁾. Soprattutto tra la fine degli anni '60 e gli inizi degli anni '70 del secolo scorso, le tre grandi confederazioni puntano al settore del lavoro pubblico, nel quale stanno cominciando a conquistare ampi consensi, con il dichiarato intento di fare convergere gli interessi dei dipendenti con quelli dei cittadini e, quindi, di realizzare un'amministrazione efficiente. Invero, la scalata sindacale al pubblico impiego si concretizza attraverso l'immagine della promozione della tutela dei cittadini e del miglioramento dei servizi offerti agli utenti. Sotto questo profilo, le tre grandi confederazioni – che rivendicano un ruolo-guida nelle riforme del pubblico impiego – pongono due istituti (fortemente correlati) al centro della loro attenzione: quello della cosiddetta perequazione retributiva e quello della professionalità.

In questo contesto viene lanciata l'idea della « *qualifica funzionale* », intesa come nuovo modello destinato a sostituire il tradizionale sistema di inquadramento basato sulle carriere e su astratte e formali attribuzioni di funzioni, ed a colorire di contenuto professionale dinamico quelle mansioni che nel pubblico impiego erano ridotte a scatole vuote⁽⁴⁾. Si tratta di un disegno che presuppone naturalmente il sistema di regole privatistiche contenute nel codice civile, ed in primo luogo l'operatività dell'art. 2103,

⁽²⁾ RUSCIANO, *Rapporto di lavoro pubblico e privato: verso regole comuni?*, in *Lav. e dir.*, 1989, p. 371.

⁽³⁾ Cfr. i contributi in LETTIERI (a cura di), *Ripensare il sindacato*, Milano, 1989.

⁽⁴⁾ Cfr. GARILLI, *Profili dell'organizzazione e tutela della professionalità nelle pubbliche amministrazioni*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 101.

quale disposizione cardine per la tutela della professionalità dei lavoratori subordinati, nella parte che limita lo *jus variandi* dell'imprenditore entro i confini segnati dal criterio dell'equivalenza professionale.

Tuttavia, anche questo modello riproduce le debolezze sottese al compromesso politico sindacale e risulta nuovamente attuato con uno spirito eccessivamente sensibile agli interessi specifici delle diverse categorie, al di fuori di una efficace visione di sistema. Neppure la qualifica funzionale sarà infatti capace di funzionare e di far decollare la professionalità nel lavoro pubblico: il meccanismo creato non risulta né premiante né selettivo e sotto il velo della grande riforma si celano in realtà promozioni di massa legate pressoché esclusivamente all'anzianità di servizio. Di ciò anche Giannini si rese ben conto. Ciò nondimeno, il sindacato penetrerà a fondo nel lavoro pubblico con i primi esperimenti di regolazione collettiva che, partendo dal trattamento economico, tenderanno a gestire anche gli inquadramenti del personale.

3. – Si apre la stagione dei progetti volti a rimodellare il lavoro pubblico all'insegna dell'efficienza dell'azione amministrativa e della professionalità dei suoi dipendenti, ma lasciandone intatto lo statuto giuridico pubblico. Punto di arrivo di questo processo è la legge quadro sul pubblico impiego del 1983 (l. n. 93/83), che rappresenta il più compiuto tentativo di modernizzare il lavoro pubblico attraverso una forma di ibridazione della contrattazione collettiva con il diritto amministrativo⁽⁵⁾. In effetti, la legge quadro segna il fallimento della ripartizione, *ratione materiae*, pubblico-privato. In essa si può leggere il tracollo di ogni sforzo teso ad inestare, all'interno di uno statuto essenzialmente pubblico, le norme privatistiche e la contrattazione collettiva. Il fallimento è peraltro attribuibile ad un doppio fenomeno: da una parte l'eccessivo proliferare di « leggi e leggine », emanate da un governo ed un parlamento troppo accondiscendenti ed interessati a distribuire

⁽⁵⁾ BATTINI e CASSESE, (a cura di), *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Milano, 1997; GARILLI, *La « privatizzazione » del rapporto di pubblico impiego: appunti per il legislatore*, in *Lav. e dir.*, 1992, p. 653 ss.

i benefici da corrispondere, dall'altra la diffusione di una gestione clientelare-assistenziale, riconducibile alla responsabilità sindacale, ed alla tendenza da parte della contrattazione collettiva ad invadere indebitamente ogni spazio riservato alla legge e agli atti amministrativi.

La dirigenza, nel senso privatistico del termine, sostanzialmente non esiste, ed anzi, sin da quando viene costituita nel 1972, con uno dei decreti sul riassetto (d.p.r. n. 748/72), è già regolata in modo pessimo, perché in essa viene fatta confluire una pletera di vecchie figure di funzionari, elevatissima nel numero, ma carente di una moderna professionalità. L'amministrazione appare pertanto completamente acfala, ed i suoi vertici privi delle indispensabili competenze e poteri gestionali.

Dalle ceneri di questa esperienza nascerà poi la scommessa della privatizzazione, scandita nelle due fasi, del 1992-93 e del 1997-98, con la seconda che segnerà una enfaticizzazione del ruolo della contrattazione collettiva ed una accentuazione ancora maggiore dei profili di regolazione civilistica⁽⁶⁾. Si tratta di un punto molto delicato, che all'epoca non trovò concordi tutti i giuristi che in un modo o nell'altro parteciparono all'operazione. Basti ricordare, per esempio, il dissenso tra la posizione di Sabino Cassese⁽⁷⁾ e quella espressa dai giuristi lavoristi, primo fra tutti Massimo D'Antona, il più convinto teorico della linea della totale privatizzazione⁽⁸⁾.

Nella prima fase si tende ad operare una distinzione tra organizzazione degli uffici e organizzazione del lavoro. Distinzione, com'è noto, di difficile percettibilità, ma che il legislatore tenta comunque di tracciare al fine di separare la disciplina dell'organizzazione degli uffici, an-

⁽⁶⁾ Cfr. F. CARINCI, *La c.d. privatizzazione del pubblico impiego*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, I, p. 8 ss. LISO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI e D'ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche - Commentario*, Milano, 2000, I, p. 177 ss.

⁽⁷⁾ CASSESE, *Il sofisma della privatizzazione del pubblico impiego*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, I, p. 287 ss.

⁽⁸⁾ D'ANTONA, *Le fonti privatistiche. L'autonomia contrattuale delle pubbliche amministrazioni in materia di rapporti di lavoro*, in *Foro it.*, 1995, V, c. 29 ss.; ID., *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle « leggi Bassanini »*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1998, I, p. 35 ss.

cora regolata dal diritto pubblico, secondo il dettato dell'art. 97 Cost., dall'organizzazione del lavoro, affidata nella gestione concreta all'iniziativa ed ai poteri privati del dirigente/datore di lavoro, secondo una logica paritaria e non più di supremazia speciale.

In questo periodo la contrattazione collettiva viene comunemente parzialmente limitata: se da una parte l'art. 9, d.lgs. n. 29/93, prevedeva che la stessa avrebbe potuto svolgersi su tutte le materie attinenti ai rapporti di lavoro, dall'altra si precisava che gli aspetti organizzativi avrebbero dovuto essere gestiti, a valle della regolazione generale contenuta negli accordi di comparto, esclusivamente dai dirigenti, obbligati alla sola informazione o consultazione sindacale. Il che significa che al termine della procedura sindacale il dirigente si riappropriava dei suoi poteri unilaterali e poteva tornare a gestire autonomamente l'amministrazione⁽⁹⁾. Si tratta di un altro punto centrale, ma questo principio verrà meno con il d.lgs. n. 80/98, e si aprirà così la strada alla contrattualizzazione dei poteri del dirigente⁽¹⁰⁾. Ciò ovviamente costituirà un punto di criticità del sistema.

Nella seconda fase, come detto, il legislatore radicalizza la privatizzazione.

Anzitutto, viene ricondotta all'area del diritto privato anche una parte dell'organizzazione amministrativa, la c.d. micro-organizzazione. Inoltre, tutta la dirigenza, compresa l'alta burocrazia, fino ad allora mantenuta in regime di diritto pubblico, viene privatizzata, suscitando ancora una volta preoccupazioni e dissensi⁽¹¹⁾. Il rapporto di lavoro della categoria è modellato su uno schema peculiare, basato su un contratto a tempo indeterminato, dunque stabile, cui si af-

⁽⁹⁾ ALBANESE, *I poteri dirigenziali nel decreto legislativo n. 29/1993 e il problema della loro negoziabilità*, in *Lav. e dir.*, 1996, p. 419.

⁽¹⁰⁾ BOSCATI, *La partecipazione sindacale nel settore pubblico e la negoziabilità dei poteri privatistici del dirigente datore di lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2000, p. 407 ss.

⁽¹¹⁾ RUSCIANO, *Giannini e il pubblico impiego*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1115; ID., *Contro la privatizzazione dell'alta dirigenza pubblica*, in *Dir. lav. merc.*, 2005, p. 625; CASSESE e MARI, *L'oscuro ruolo dell'alta dirigenza italiana*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 13 ss.; CASSESE, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale (dopo la legge n. 145/2002)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 1341 ss.

fianca un incarico temporaneo, conferito dall'organo di indirizzo politico e amministrativo⁽¹²⁾. Chiaramente, si tratta di una scelta fiduciaria, che la legge tende in qualche modo ad oggettivare, nel senso che ai fini del conferimento dell'incarico occorre tener conto delle capacità, delle attitudini e delle qualità professionali del dirigente. Da qui l'altro grande problema, legato alla difficoltà di far convivere in un unico soggetto l'investitura fiduciaria con l'esigenza di perseguire il principio di imparzialità indicato dall'art. 97 della Costituzione⁽¹³⁾. Così, per un verso, il dirigente è legato da un rapporto di fiducia con l'organo di indirizzo politico-amministrativo, perché deve realizzarne il programma, per un altro, invece, egli deve essere assolutamente privo di condizionamenti e di pressioni politiche, perché deve agire secondo principi di imparzialità (e di efficienza).

Il dirigente diventa dunque il punto nevralgico della riforma. Volendo utilizzare una figura un po' banale (ma efficace), può dirsi che assomiglia ad Arlecchino servo di due padroni. Egli è da una parte asservito al potere politico-amministrativo, in quanto è quest'ultimo che individua la dotazione organica, determina la struttura degli uffici, ha piena discrezionalità nel conferimento dell'incarico e, recentemente, anche nella rimozione dallo stesso, mediante l'utilizzo delle più svariate forme di *spoils system* introdotte a partire dalla legge Frattini (l. n. 145/02)⁽¹⁴⁾. Dall'altra parte ha una forte dipendenza dalle organizzazioni sindacali, soprattutto nella gestione della contrattazione integrativa, atteso che le stesse sigle sindacali che siedono al tavolo decentrato vanno poi a stipulare il contratto dell'area dirigenziale. Quindi, il dirigente è sottoposto ad una sorta di fuoco incrociato: tra sindacati che lo tengono sotto controllo ed organi politici al cui « capriccio » è

⁽¹²⁾ D'ALESSIO, *Incarichi di funzioni dirigenziali*, in F. CARINCI e D'ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 749 ss.

⁽¹³⁾ D'ORTA, *Politica e amministrazione*, in F. CARINCI e L. ZOPPOLI (a cura di), *Lav. pubbl. amm.*, V, II, Torino, p. 955 ss.

⁽¹⁴⁾ D'AURIA, *Commento alla legge 15 luglio 2002, n. 145, in Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 1155 ss.; GAROFALO, *La dirigenza pubblica rivisitata*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, I, p. 873 ss.

condizionata la permanenza o la riconferma nell'incarico.

Sarà la Corte costituzionale a caricarsi dell'arduo compito di ridefinire i poteri del dirigente, al fine di renderlo maggiormente autonomo ed immune dal condizionamento degli organi politici. Sul punto, è sufficiente ricordare la nutrita serie di sentenze con cui è stato circoscritto al massimo lo *spoils system* e sono state precisate le fondamentali garanzie in tema di recesso del dirigente⁽¹⁵⁾. Darà seguito a questo indirizzo anche la Corte di Cassazione, nelle fondamentali pronunce che riconoscono l'applicabilità della reintegrazione *ex art. 18 St. lav.* anche al dirigente pubblico licenziato illegittimamente⁽¹⁶⁾.

La giurisprudenza di legittimità, tuttavia, non sarà altrettanto chiara sul problema del conferimento dell'incarico, che invece resta un punto nodale. Essa infatti oscillerà tra il riconoscimento della massima discrezionalità all'organo di indirizzo politico-amministrativo e l'esigenza di assoggettare anche la fase del conferimento ad una forma di procedimentalizzazione e di controllo della scelta⁽¹⁷⁾. È chiaro che nel primo ca-

so la legittimità del conferimento è condizionata dal semplice rispetto delle clausole di correttezza e buona fede, di modo che, al di fuori di condotte discriminatorie, la determinazione dell'organo di indirizzo politico sarà tendenzialmente valida. Nel secondo, invece, il controllo del giudice dovrebbe riguardare la correttezza della procedura para-concorsuale e delle valutazioni comparative poste a giustificazione della scelta.

La stessa fase (prodromica all'instaurazione del rapporto) del reclutamento dei dipendenti pubblici appare in sofferenza, sia sotto il profilo dei tempi di svolgimento dei concorsi, sia per la loro incapacità di selezionare i migliori e di rendere effettivo il monito della Corte Costituzionale. La riforma sul punto è carente ed è inoltre contrassegnata da continue oscillazioni sulle regole e sugli ambiti territoriali delle selezioni. L'aspetto più sconcertante riguarda il mancato coordinamento tra formazione professionale (specie a livello universitario e *post lauream*) e criteri di valutazione nelle selezioni, nonché la predisposizione, mediante adeguate risorse, di corsi per la formazione permanente.

Peraltro, l'attuazione della riforma determina nuove disfunzioni sul meccanismo delle carriere. Il sistema configurato dalla contrattazione collettiva si rivela infatti un mero automatismo, dove l'accesso alle progressioni economiche è garantito a pioggia ed indipendentemente dal merito⁽¹⁸⁾. Le stesse progressioni verticali, che comportano un *jus variandi in melius* delle mansioni, sfuggono ad un serio criterio selettivo basato sulla professionalità e sul merito dei dipendenti. Di fatto l'unico limite importante ai passaggi di carriera indiscriminati lo ha indicato la Corte costituzionale, ponendo l'obbligo di mettere a concorso esterno almeno il 50 per cento dei posti vacanti nella dotazione organica⁽¹⁹⁾.

1195, con nota di P. COSMAI, *Incarico dirigenziale: quale tutela dopo il « decreto brunetta » e la l. n. 122/2010?*

⁽¹⁸⁾ Cfr. BORDOGNA (a cura di), *Contrattazione integrativa e gestione del personale nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2002.

⁽¹⁹⁾ Corte cost. 16 maggio 2002, n. 194, in *Dir. lav.*, 2002, 533, con nota di BOLOGNINO; Corte cost. 10-23 luglio 2002, n. 373, in *Lav. prev. oggi*, 2002, p. 1352; da ultimo Corte cost. 10 maggio 2010, n. 169, in *www.astrid-online.it*.

4. – Probabilmente, i punti di vera sofferenza del sistema sono addebitabili, da una parte, ad un eccesso di contrattualizzazione nella seconda privatizzazione, dall'altra, all'incapacità di stabilire delle sanzioni per l'organo di indirizzo politico-amministrativo che non eserciti correttamente le proprie funzioni (ad esempio, che non determini gli obiettivi che i dirigenti debbano far propri ed applicare, rendendo impossibile un'azione di responsabilità per il loro mancato raggiungimento). Sotto altro profilo, l'intero corpo burocratico, a cominciare dalla dirigenza, non appare del tutto all'altezza delle sue funzioni, perché dotato di una professionalità assai modesta.

Da qui nasce l'esigenza di un'ulteriore fase, la quale però, come vedremo, non risolve tutti i problemi esistenti e lascia aperti parecchi interrogativi.

La riflessione sulle disfunzioni causate dalla privatizzazione prende avvio soprattutto intorno agli anni 2005-2006, stimolata da un *libro-pamphlet* di Pietro Ichino che s'intitola « *I nullafacenti* »⁽²⁰⁾. In questo lavoro l'Autore identifica in coloro che con gergo mediatico verranno poi chiamati « *fannulloni* » (ossia gli assenteisti cronici e quanti mostrano scarso rendimento nell'esecuzione della prestazione), la causa principale delle inefficienze e delle disfunzioni della burocrazia pubblica italiana. In tal modo, tuttavia, si tende più che altro a spostare il problema, sfruttando un profilo che è anche di più facile presa sui media. È a tutti noto che le cause dell'arretratezza della p.a. non si identificano soltanto nella presenza di dipendenti che non svolgono correttamente o compiutamente il proprio lavoro, ma sono ben più complesse, e coinvolgono a vario titolo tutti i nodi cui si è accennato più sopra. Nodi che attengono ai rapporti tra organo di indirizzo politico-amministrativo e dirigenza, alla gestione contrattual-collettiva dell'organizzazione del lavoro, ai sistemi di reclutamento, alla professionalità (individuale e collettiva) dei lavoratori e della dirigenza.

Il sindacato ha tentato di correggere il tiro con un *Memorandum* del 2007, che però sem-

⁽²⁰⁾ Cfr. ICHINO, *I nullafacenti. Perché e come reagire alla più grave ingiustizia della nostra pubblica amministrazione*, Milano, 2006.

bra ricadere nell'errore di spingere eccessivamente verso una co-gestione dell'efficienza⁽²¹⁾.

Naturalmente, un Ministro interventista, con una formazione di tipo economico e una certa diffidenza nei confronti (di una parte) del sindacalismo confederale, come l'On. Brunetta, ha avuto buon gioco nello sfruttare la situazione. È così che, sulla scia del piano industriale delle pubbliche amministrazioni presentato dallo stesso Ministro nel 2008, prende avvio, preceduta da un intervento rivolto soprattutto a contenere e controllare il costo del personale (d.l. n. 112/08, conv. con l. n. 133/08), una nuova fase di revisione del pubblico impiego, che riconsegna la regolamentazione dell'organizzazione del lavoro e in parte, degli stessi rapporti di lavoro, alla legge, attribuendo alle organizzazioni sindacali e alla contrattazione collettiva la responsabilità principale del fallimento della privatizzazione.

Nell'accostarsi ad un manufatto normativo di non felice fattura ed ideologicamente orientato, l'interprete non può che rimanere condizionato (forse più di quanto non accada normalmente) dalla propria precomprensione sul funzionamento delle dinamiche sociali e sull'assetto degli interessi e dei valori considerati preminenti. Se però la personale formazione indirizza l'attribuzione di senso del dato normativo, e quindi conduce ad una lettura orientata, ciò non collide con un'interpretazione corretta quando « l'impronta semantica » non altera la comprensione del testo con fuorvianti operazioni manipolative.

Peraltro, l'esame delle innovazioni contenute nel d.lgs. n. 150/09 solleva non solo delicati problemi di interpretazione, ma comporta anche una complessa opera di sistematizzazione normativa, atteso che una parte delle sue disposizioni si inserisce formalmente nell'impianto generale contenuto nel d.lgs. n. 165/01⁽²²⁾.

⁽²¹⁾ RUSCIANO, *A margine del Memorandum. « Per una nuova qualità dei servizi e delle funzioni pubbliche »*, in *Dir. lav. merc.*, 2007, p. 229 ss.

⁽²²⁾ Cfr. L. ZOPPOLI (a cura di) *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2009, p. 335 ss.; CARABELLI e M.T. CARINCI, (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, 2010, p. 38 ss.; BELLAVISTA e GARILLI, *Riregolazione legale e decontrattualizzazione: la neoibridazione normativa del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, I,

⁽¹⁵⁾ Cfr. Corte cost. 16 giugno 2006, n. 233 e 23 marzo 2007, n. 103 e 104, in *Mass. giur. lav.*, 2007, p. 361, con nota di VALLEBONA; Corte cost. 20 maggio 2008, n. 161, *ivi*, 2008, p. 565, con nota di VALLEBONA; Corte cost. 10 ottobre 2008, n. 340 e 24 ottobre 2008, n. 351, *ivi*, 2009, 660, con nota di VALLEBONA; Corte cost. 28 novembre 2008, n. 390, in *Riv. imp. e dir. pubbl.*, 2009, p. 11, con nota di TANZARELLA; Corte cost. 27 gennaio-5 febbraio 2010, n. 34, in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, II, p. 144, con nota di DI NARDO; Corte cost. 5 marzo 2010, n. 81 e 24 giugno 2010, n. 224, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2778, con nota di D'AURIA, *Ancora su nomine fiduciarie dei dirigenti pubblici e garanzie contro lo spoils system*. Da ultimo Corte cost. 11 aprile 2011, n. 124, in *www.altalex.com*.

⁽¹⁶⁾ Cfr. Cass. civ., sez. un., 30 marzo 2007, n. 7880 e Cass. 1 febbraio 2007, n. 2233, in *Lav. e giur.*, 2007, 889, con nota di MENGHINI; Cass. 14 aprile 2008, n. 9814 e Cass. 16 febbraio 2009, n. 3677, in *Foro it.*, 2009, I, c. 3079, con nota di D'AURIA, *Dirigenti pubblici: garanzie nel conferimento degli incarichi e tutela reale contro i licenziamenti illegittimi (con brevi note sulla riforma della dirigenza nella « legge Brunetta »*).

⁽¹⁷⁾ Nel primo senso, Cass. 22 febbraio 2006, n. 3880, in *Mass. giust. civ.*, 2006, f. 2; nel secondo, Cass. 14 aprile 2008, n. 9814, in *Mass. giur. lav.*, 2008, p. 888, con nota di BARBIERI. Da ultimo Cass., 30 agosto 2010, n. 18857, in *Lav. e giur.*, 2010, p.

5. – Tenuto conto di ciò, va detto che il nuovo disegno riformista dà l'impressione di muoversi in una logica pseudo-aziendalista. Ed infatti, da una parte esso intende favorire la diffusione della cultura d'impresa nel settore del lavoro pubblico, attraverso meccanismi di valutazione delle *performance*. Dall'altra ne tradisce lo spirito, in quanto predispone un sistema rigido e fortemente eterodiretto. La legge, infatti, spinta dall'esigenza di ovviare alla carenza di mercato nel settore, e quindi di un sistema capace di autoregolarsi per centrare l'obiettivo della produttività, detta una serie di prescrizioni, che arrivano ad essere estremamente minute su tutto il sistema di valutazione, di previsione, di programmazione e di rendicontazione delle *performance*.

Non solo: la nuova riforma, se formalmente imputa la responsabilità delle inefficienze al sindacato, ai dirigenti e al personale scarsamente produttivo, in realtà assume ad oggetto del suo più radicale intervento la contrattazione collettiva, a cui si addebitano le disfunzioni organizzative e la mancanza di un effettivo sistema premiale.

Da ciò consegue che, dei due pilastri su cui è stato edificato l'impianto originario della riforma, privatizzazione e contrattualizzazione, mentre il primo sembra reggere all'impatto del nuovo intervento – anche se sono ipotizzabili preoccupanti ricadute sul riparto di giurisdizione⁽²³⁾ – è quest'ultimo che subisce un indiscutibile ridimensionamento, sia nel rapporto con la legge, sia nella sfera delle competenze ad esso riservate.

Sul primo versante, già l'art. 2 della legge delega, con disposizione dalla portata immediatamente precettiva, elimina il primato della contrattazione collettiva sulla legge con riferimento alla disciplina normativa del lavoro pubbli-

co⁽²⁴⁾. Così, se prima era attribuita ai contratti collettivi successivi la possibilità di derogare a disposizioni di legge (regolamento o statuto) che avessero introdotto discipline dei rapporti di lavoro limitate ai soli dipendenti delle amministrazioni pubbliche, a meno che la legge stessa non avesse disposto diversamente, adesso si prevede che la legge (e forse anche gli atti regolamentari e gli statuti) prevalgano sulla contrattazione collettiva, anche successiva, a meno che non sia la prima a disporre diversamente. In pratica, deve essere la legge ad autorizzare esplicitamente la contrattazione collettiva a modificare quanto in essa stabilito. Il che è presumibilmente avverrà raramente.

Il legislatore è inoltre intervenuto comprimendo direttamente anche l'area riservata alla contrattazione collettiva, sia – e ciò è da condividere – in ordine alle forme di partecipazione sindacale, sia attraverso una regolamentazione di dettaglio di alcuni importanti istituti del rapporto di lavoro⁽²⁵⁾. Questa scelta traspare nitidamente dalla lettura del nuovo art. 40, d.lgs. n. 165/01, laddove dapprima si prevede che la contrattazione collettiva possa determinare i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, restando escluse dal circuito negoziale le materie attinenti all'organizzazione degli uffici, quelle oggetto di partecipazione sindacale ai sensi dell'art. 9 e quelle afferenti alle prerogative dirigenziali; ma poi si statuisce che nelle materie relative alle sanzioni disciplinari, alla valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, della mobilità e delle progressioni economiche, la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge. Ma il processo di reregolazione eteronoma si spinge sino ad abbracciare il trattamento retributivo, che ha costituito tradizionalmente mate-

⁽²⁴⁾ D'AURIA, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 5 ss.

⁽²⁵⁾ Cfr. CORPACI, *Regime giuridico e fonti di disciplina dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, p. 467 ss.; TALAMO, *La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 12 ss.; PISANI, *La vera novità sistematica della riforma «Brunetta» il ridimensionamento dell'autonomia collettiva*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, p. 142.

p. 1 ss., nonché i contributi sul tema *Il pubblico impiego dopo la riforma del 2009*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, p. 447 ss.

⁽²³⁾ Basti pensare alla minuziosa regolazione delle *performance*, che potrebbe lambire, oltre ai profili inerenti all'organizzazione del lavoro, quelli relativi all'organizzazione degli uffici. Sotto questo aspetto si riproporrebbe, sotto una rinnovata veste, il problema della impalpabile linea di confine tra le due partizioni – privatistica e pubblicistica – degli assetti organizzativi, col rischio di sovrapposizioni e conflitti tra giurisdizione civile ed amministrativa.

ria tipica di intervento contrattuale. Ciò accade quando il decreto autorizza il governo ad anticipare acconti sulle retribuzioni, nei limiti previsti dalla legge finanziaria, in attesa del rinnovo del contratto di comparto; o quando, scaduti i termini per la stipulazione del contratto integrativo, autorizza le amministrazioni a provvedere in via provvisoria sulle materie oggetto del mancato accordo, consentendo loro di stabilire autonomamente la destinazione del trattamento economico accessorio legato alle *performance*. L'operazione è rivolta a spogliare il contratto collettivo perché è evidente che il governo e le amministrazioni avranno interesse a ritardare la sottoscrizione del contratto di comparto e di quello integrativo per avere mano libera nel determinare le condizioni economiche e l'organizzazione del lavoro, aprendo spazi ad una negoziazione occulta con gli interlocutori sindacali più « affidabili ».

Inoltre, a differenza del passato, adesso è la legge a disciplinare nel dettaglio il sistema delle *performance*, attraverso l'introduzione di un meccanismo fortemente irregimentato, che prevede aumenti o perdite della retribuzione secondo paletti prestabiliti in modo rigido. La legge determina le incentivazioni che possono essere corrisposte (ce ne sono ben cinque) ed arriva a preconfezionare anche le modalità e le percentuali attraverso cui i premi devono essere distribuiti. In effetti, volendo ragionare secondo quella stessa logica aziendalista cui il decreto si ispira, è appena il caso di chiedersi come sia possibile fissare *ex ante* meccanicamente le fasce di collocazione del personale e le percentuali di distribuzione delle risorse legate alle *performance*. Quali i criteri per stabilire una volta per tutte e in astratto coloro che appartengano alle diverse fasce? E se per caso non vi fossero i decantati nullafacenti, ovvero, al contrario, se tutti i lavoratori lo fossero?

L'intera materia è sottratta alla contrattazione collettiva, che non può intervenire, se non in modo del tutto minimale, nella determinazione delle incentivazioni economiche. Ve n'è a sufficienza per discutere della legittimità costituzionale di un simile meccanismo, con riguardo sia all'art. 36 che all'art. 39 Cost., anche se gli scenari che si andrebbero a dischiudere sono senz'altro piuttosto complessi.

Inoltre, e l'omissione è grave, nella costruzione del modello la riforma non tiene conto, se

non marginalmente, degli aspetti legati all'organizzazione degli uffici e non prevede reali incentivi al lavoro collettivo. Cosicché tutto si risolve nella valutazione, secondo il già ricordato rigido schema, del lavoro individuale in applicazione della teoria dei fannulloni. Il meccanismo proposto si presenta pertanto assai complicato e farraginoso, secondo alcuni finanche controproducente, « nel suo voler riguardare l'intero universo, facendone oggetto non solo le strutture e il loro responsabili, ma tutti, proprio tutti i dipendenti, pure quelli che, per la modestia delle mansioni svolte, risultano solo artificialmente sottoponibili al processo valutativo »⁽²⁶⁾.

6. – Al centro di questo controverso ingranaggio continua ad essere posta, ancora una volta, la dirigenza⁽²⁷⁾. La disciplina dettata dal titolo II del d.lgs. n. 150/09, infatti, le attribuisce un essenziale ruolo di snodo, distinguendo nitidamente tra la posizione del dirigente quale funzionario assoggettato alla valutazione del vertice politico istituzionale, e quella di datore di lavoro/*manager* chiamato valutare il personale dipendente in servizio nelle strutture di cui è responsabile.

Anzitutto, molto opportunamente il legislatore ha introdotto il principio della procedimentalizzazione dell'incarico dirigenziale, stabilendo che le amministrazioni debbano introdurre meccanismi di tipo paraconcorsuale nella scelta del soggetto cui conferire l'incarico. Nella versione originaria dell'art. 19, comma 1^o ter, d.lgs. n. 165/01 si prevedeva inoltre che, in assenza di una valutazione negativa, l'amministrazione che non intendeva confermare l'incarico dovesse fornire un'espressa motivazione con congruo preavviso. Ma quest'ultima disposizione è stata poi abrogata dal d.l. n. 78/10 che, da una parte, sembra stabilire in ogni caso il diritto al conferimento di un altro incarico, dall'altra ribadisce

⁽²⁶⁾ Così F. CARINCI, *Filosofia e tecnica di una riforma*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, p. 462.

⁽²⁷⁾ BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2010, p. 87; BORDOGNA, *Per una maggiore autonomia dell'alta dirigenza pubblica: una proposta*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 92/2009, p. 1 ss.

l'inapplicabilità delle eventuali disposizioni normative e contrattuali più favorevoli ⁽²⁸⁾.

Sulla valutazione del dirigente e sul suo ruolo di valutatore del personale, il comma 1° dell'art. 9, d.lgs. n. 150/09, stabilisce i criteri che devono orientare la misurazione e la valutazione della *performance* individuale da lui resa, fissandoli tra l'altro nel raggiungimento di specifici obiettivi, nella qualità del contributo assicurato al rendimento generale della struttura, nella capacità e professionalità manageriali dimostrate ed in quella di saper valutare i propri collaboratori attraverso una significativa differenziazione dei giudizi; il secondo ne focalizza invece il ruolo attivo, quale valutatore del rendimento del personale impiegatizio, riproponendo gli indicatori legati al raggiungimento di specifici obiettivi individuali o di gruppo, quelli correlati all'andamento dell'unità organizzativa di appartenenza e quelli relativi al possesso di qualità professionali ed organizzative. La valutazione della dirigenza avviene su base annuale (dunque in relazione alla verifica degli obiettivi intermedi), sulla base di un procedimento in cui vengono scandite minuziosamente fasi, parametri, indicatori e modalità di misurazione. In questo contesto, un importante ruolo propulsivo è affidato all'Organismo indipendente di valutazione della *performance*, che ha il compito di proporre all'organo di indirizzo politico la valutazione annuale dei dirigenti di vertice e l'attribuzione dei premi di cui al titolo III (art. 14, comma 4°, lett. e, d.lgs. n. 150/09). Nel fare riferimento espresso alla sola alta dirigenza, tuttavia, la disposizione lascia aperto l'interrogativo su chi abbia competenza a valutare la dirigenza di base. Si tratta di un aspetto critico del nuovo assetto regolativo, che ha già suscitato diverse letture interpretative rivolte ad affidare le funzioni di valutazione ora all'Organismo indipendente, ora al dirigente di vertice, secondo il tradizionale modello piramidale ⁽²⁹⁾. La prima alternativa

semberebbe sostenibile, perché coerente con le attribuzioni dell'Organismo, cui spetta la materiale compilazione della graduatoria delle *performance* individuali dei dirigenti, distinti esplicitamente per livello generale e no, sulla base delle risultanze del sistema di valutazione (art. 19, d.lgs. n. 150/09). Essa, inoltre, potrebbe fornire maggiori garanzie sotto il profilo della terzietà nei rapporti tra valutatore e valutato. D'altro canto, un dirigente generale privo di poteri valutativi sui suoi dirigenti avrebbe difficoltà a svolgere compiutamente il ruolo di datore di lavoro che la legge gli riconosce. Tuttavia, tenuto conto dell'attuale ritardo con cui le amministrazioni hanno provveduto ad implementare i sistemi di valutazione, rispetto alla data prevista per la loro entrata a regime (1 gennaio 2011, ex art. 30, d.lgs. n. 150/09), è ancora presto per effettuare valutazioni approfondite ⁽³⁰⁾.

Per quanto riguarda il ruolo del dirigente quale valutatore del personale assegnato ai propri uffici, va segnalato che adesso è la legge ad individuare unilateralmente i criteri e le finalità cui questi dovrà uniformarsi, superando così l'impostazione precedente, meno formalizzata ed affidata in prevalenza alla contrattazione collettiva decentrata, che però ha fatto cattivo uso di tale attribuzione. In particolare, oltre agli indicatori contenuti nel citato art. 9, comma 2°, è espressamente stabilito che il dirigente debba valutare le risorse umane addette alla propria struttura nel rispetto del principio del merito, ai fini della progressione economica e tra le aree, nonché della corresponsione di indennità e premi incentivanti [art. 17, comma 1°, lett. e *bis*], d.lgs. n. 165/01, introdotto dall'art. 39, d.lgs. n. 150/09] ⁽³¹⁾. Inoltre, al dirigente compete la responsabilità dell'attribuzione della retribuzione accessoria, collegata alla *performance* individuale ed organizzativa (art. 45, d.lgs. n. 165/01). Qui si ritorna all'ormai nota « gabbia », di cui si è detto sopra. Si tratta di uno degli aspetti più discussi della riforma. Ancora una volta, l'eleva-

⁽²⁸⁾ « valutazione » individuale, in WPC.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 103/2010, p. 16.

⁽²⁹⁾ Cfr. sul punto le delibere della Civit nn. 104/10 e 111/10.

⁽³⁰⁾ BATTINI e CIMINO, *La valutazione della performance nella riforma Brunetta*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, cit., p. 269.

to tasso di riregolazione legale contenuto nel d.lgs. n. 150/09 e la conseguente espropriazione di tradizionali ambiti di intervento finora riservati alla contrattazione collettiva, lasciano trasparire un'impostazione « neoautoritativa » della gestione dei rapporti di lavoro alle dipendenze della p.a., in netta controtendenza con le finalità della privatizzazione e con lo stesso obiettivo di accrescere l'autonomia della dirigenza quale effettiva interprete del ruolo di controparte datoriale ⁽³²⁾. D'altra parte, l'assetto « dirigitico e centralista » traspare anche a valle, nell'ambito delle nuove disposizioni su responsabilità disciplinare e dirigenziale ⁽³³⁾. Innanzitutto, si introduce una ipotesi di licenziamento disciplinare da irrogare nei confronti dei dipendenti che, sulla base delle risultanze del sistema di valutazione, abbiano ottenuto un giudizio di insufficiente rendimento, riferibile ad un arco temporale non inferiore al biennio (art. 55 *quater*, comma 2°, d.lgs. n. 165/01, aggiunto dall'art. 69, d.lgs. n. 150/09) ⁽³⁴⁾. E qui, forse, si potrebbe addirittura ritenere che la reiterata collocazione nella fascia di merito bassa sia già una condizione sufficiente. A fare da ideale contraltare a questa previsione vi sono poi le varie fattispecie di responsabilità disciplinare a carico del dirigente che ometta o lasci decadere l'azione disciplinare (art. 55 *sexies*, comma 3°, d.lgs. n. 165/01), e la nuova responsabilità dirigenziale per *culpa in vigilando*, di cui all'art. 21, com-

⁽³²⁾ CARABELLI, *La « riforma Brunetta »: un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 101/10, p. 27; BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, cit., p. 154; D'ALESSIO, *Osservazioni sul decreto legislativo attuativo della legge delega n. 15/2009, con specifico riferimento alle disposizioni sulla dirigenza*, Audizione alla Camera dei deputati, Commissione affari costituzionali - Commissione lavoro, 17 giugno 2009.

⁽³³⁾ SPINELLI, *Organizzazione e poteri « datoriali » del dirigente pubblico*, in CARABELLI e M.T. CARINCI (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, cit., p. 125.

⁽³⁴⁾ Ma si v. anche l'art. 55 *sexies*, comma 2°, d.lgs. n. 165/01, che prevede il collocamento in disponibilità, all'esito del procedimento disciplinare, per il lavoratore che abbia cagionato grave danno al funzionamento dell'ufficio di appartenenza, per inefficienza o incompetenza professionale, accertate secondo le disposizioni in materia di valutazione del personale.

ma 1 *bis*, d.lgs. n. 165/01 (inserito dall'art. 41, d.lgs. n. 150/09). Tralasciando la delicata questione del coordinamento con le altre due ipotesi delineate dall'art. 21, va ricordato che la norma prevede la decurtazione della retribuzione di risultato fino all'80% nei confronti del dirigente che abbia omesso di vigilare sul rispetto, da parte del personale addetto ai propri uffici, degli *standard* quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione.

Sicché, dalla lettura sistematica di tutto l'ordinamento normativo, emerge l'immagine di un dirigente « schiacciato » all'interno di un sistema di regole organizzative e procedurali che ne limitano fortemente l'autonomia e la funzione manageriale. L'attività di valutazione rischia di produrre conseguenze meccaniche ed indifferenziate sotto il profilo della distribuzione della retribuzione incentivante, senza che siano previsti dei correttivi che tengano conto delle peculiarità delle singole amministrazioni o dell'eventuale assenza di nullafacenti. L'imposizione di una fascia di merito bassa, alla quale non corrisponde alcun trattamento premiale, alimenterà il contenzioso giudiziario, non foss'altro perché in grado di ripercuotersi pesantemente anche sotto il profilo disciplinare, dando luogo a licenziamenti per scarso rendimento. In questo contesto, i margini di discrezionalità del dirigente sono ridotti, atteso che la mancata conformazione al percorso pedissequamente tracciato dal legislatore è in grado di generare significative conseguenze sanzionatorie anche a suo carico. In questo senso, sembra trasparire una forte compressione proprio di quegli spazi di autodeterminazione che la riforma intendeva invece ampliare. E questa non sembra proprio una logica vicina alla cultura del *management* privato, dove l'autorevolezza dei vertici aziendali e la loro capacità di sviluppare *best practices* è spesso basata su strategie alternative alla rigida applicazione del dettato sanzionatorio ⁽³⁵⁾.

⁽³⁵⁾ In questo senso anche BOSCATI, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività amministrativa*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2009, p. 49; CARABELLI, *La « riforma Brunetta »: un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche*, cit., p. 30.

7. – Il grande escluso da questa riforma resta nuovamente il potere politico, per il quale non si appresta alcun rimedio atto ad ovviare alle sue omissioni e incapacità di indirizzo, ma soltanto un controllo *ex post* affidato ai cittadini elettori. E dire che agli organi politico-amministrativi continuano ad essere ascritte rilevantisime quote di responsabilità. Basti pensare alla predisposizione dei piani delle *performance*, che risultano sostanzialmente rimessi alla loro iniziativa, mentre la dirigenza vi concorre marginalmente, attraverso un parere di tipo consultivo, certamente non di tipo co-decisionale. Se l'organo di indirizzo politico-amministrativo non predispone il piano (per negligenza o scelta consapevole), non può ovviamente neanche conferire gli obiettivi ai dirigenti e consentire l'avvio del sistema meritocratico delineato dalla riforma. Tuttavia, ed è questa una delle note dolenti, le conseguenze dell'inerzia dell'organo politico sono scaricate in massima parte sui soggetti preposti alla gestione, che perderanno l'accesso all'indennità di risultato, pur non avendo avuto assegnati gli obiettivi per motivi a sé non imputabili. In sostanza, il dirigente subisce le conseguenze di un atto che non gli è proprio e di cui non ha piena e diretta responsabilità. Per contro, il potere politico è sanzionato soltanto attraverso l'imposizione di un blocco nelle assunzioni, peraltro di incerta applicazione, e al divieto di conferire incarichi di consulenza o di collaborazione.

Probabilmente, un'alternativa più condivisibile sarebbe stata quella di prevedere il commissariamento dei politici inadempienti, così come è stato disposto per le regioni che sfiorano i tetti di spesa nel settore della sanità. Invece si continua a ritenere che gli organi di indirizzo politico-amministrativo debbano rispondere soltanto (*ex post*) al « popolo sovrano » che li ha scelti ed ha il potere di non riconfermarli. L'ingenuità di questa rozza concezione della responsabilità politica è di tutta evidenza.

In questo insoddisfacente contesto, un certo interesse rivestono le disposizioni che prevedono l'obbligo delle pubbliche amministrazioni di redigere triennialmente (sentite le associazioni rappresentate nel consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti) un programma delle iniziative in materia, e di pubblicare sui siti istituzionali tutti i dati che riguardano l'organizzazione amministrativa e la gestione, quali l'anda-

mento delle *performance*, i costi dei servizi con evidenza per la spesa del personale, le retribuzioni dei dirigenti, i *curricula* ed i compensi di quanti rivestano incarichi di indirizzo politico-amministrativo, le collaborazioni professionali. Tuttavia, è probabile che gli effetti positivi della trasparenza potranno riscontrarsi dove il livello socioculturale dell'utenza è mediamente elevato, e quindi non nelle aree del Mezzogiorno dove peggiore è la qualità dei servizi e degli interventi. D'altra parte, l'esperienza dimostra che l'interesse diffuso al buon funzionamento delle pubbliche amministrazioni emerge raramente in sede di verifica elettorale, perché prevalgono condizionamenti clientelari e demagogici.

8. – Fin qui la riforma, nel suo originario programma d'innovazione. Di certo, non si può trascurare che la scelta di rafforzare il tasso di regolazione eteronoma a discapito della fonte collettiva sia collegata ai principali insuccessi dell'assetto precedente ed alle sue più note derive: la ridotta autonomia organizzativa e gestionale della dirigenza, troppo spesso sottoposta alle incursioni sindacali e politiche, e l'endemica incapacità della contrattazione integrativa di differenziare i trattamenti retributivi accessori, valorizzando effettivamente merito e produttività delle risorse umane.

Tuttavia, allo stato attuale, quest'ennesimo tentativo di risanare i mali dell'amministrazione italiana stenta a decollare⁽³⁶⁾, sia per il puntuale manifestarsi di numerose disfunzioni tecniche già presagite dagli addetti ai lavori, sia per la naturale ritrosia degli attori sindacali a segnare il passo rispetto alle aree di intervento faticosamente conquistate, sia, infine, per gli effetti riflessi della crisi economico-finanziaria del Paese, che hanno recentemente messo a nudo l'illusoria convinzione circa la possibilità di realizzare un progetto di rinnovamento così ambizioso senza impegnare « nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica ».

Partendo dagli ostacoli di ordine tecnico, è sufficiente ricordare la vicenda che ha recentemente condotto alle dimissioni di uno dei cinque membri della Civit, e l'intervento sconsola-

⁽³⁶⁾ F. CARINCI, *Il secondo tempo della riforma Brunetta: il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 119/11, p. 1 ss.

to con cui questi ha pubblicamente denunciato tutti i limiti di un impianto regolativo caratterizzato da una pleora di adempimenti burocratici che, anziché snellire, hanno finito con l'intrapopolare l'azione amministrativa all'interno di moduli operazionali assai distanti da quelli del settore privato. Il sistema, si è detto, è troppo rigido ed incapace di favorire la diffusione della cultura della responsabilità, essendo essenzialmente incentrato su un mal dosato utilizzo della tecnica del « bastone e della carota », piuttosto che sulla promozione di una *governance* matura e dotata di discrezionalità decisionale, in grado di adattarsi alle specifiche esigenze dell'organizzazione interna e dell'utenza⁽³⁷⁾. Il che, riduce la valutazione da strumento di valorizzazione delle competenze, a mezzo di mera repressione o di attribuzione meccanica di benefici prestabiliti⁽³⁸⁾. A questa valutazione fortemente disincantata, si può solo aggiungere l'ulteriore nodo di fondo, costituito dall'istituzione di un'autorità indipendente che appare tale solo sulla carta, essendo i suoi membri di diretta derivazione politica, con tutti i possibili condizionamenti che ciò comporta in termini di autonomia gestionale ed impegno di risorse umane ed economiche⁽³⁹⁾.

Destinata a slittare in avanti nel tempo è anche un'altra parte fondamentale della riforma, ossia quella che mira a potenziare le prerogative di organizzazione unilaterale della dirigenza, attraverso il restringimento degli spazi di partecipazione degli attori sindacali. Nella visione del legislatore, il sistema di relazioni sindacali finora stratificatosi su forme di partecipazione sempre più intrusive e variamente oscillanti tra la consultazione, la concertazione e la contrattazione vera e propria, avrebbe dovuto essere smantellato, regredendo alla forma minima di coinvolgimento. Non v'è dubbio che questa parte del decreto Brunetta dovesse ritenersi di immediata applicazione. Senonché, una lettura giurisprudenziale attualmente non troppo felice sembra aver prodotto, anche su quest'ambito, la

più classica eterogenesi dei fini. Chiamati a pronunciarsi su una serie di ricorsi *ex art. 28 St. lav.*, i giudici hanno dichiarato antisindacale diverse condotte delle pp.aa. che, in applicazione del d.lgs. n. 150/09, cominciavano già a chiudere gli spazi di partecipazione sindacale, agendo in via unilaterale, nell'esercizio delle proprie prerogative organizzative e gestionali⁽⁴⁰⁾. Le pronunce sinora intervenute, invece, affermano in modo uniforme che il nuovo sistema di relazioni sindacali (quello basato sulla mera informazione) potrà trovare applicazione solo dalla tornata contrattuale successiva a quella in corso, stante il particolare meccanismo di adeguamento dei contratti collettivi nazionali alle disposizioni del d.lgs. n. 150/09 e contenuto nell'ultimo comma dell'art. 65.

Si tratta di una scelta non condivisibile ed appiattita su un dato normativo foriero di confusione. Come detto, ancor prima dell'entrata in vigore del decreto Brunetta, non si poteva dubitare che il riparto di competenze in materia di organizzazione fosse inderogabile ad opera della contrattazione collettiva, per cui le clausole negoziali che avessero invaso spazi sottratti al coinvolgimento sindacale avrebbero già dovuto ritenersi nulle, per violazione di norme imperative. La soluzione proposta dalla giurisprudenza, inoltre, lascia aperta la questione del raccordo tra lo slittamento di efficacia del sistema di relazioni sindacali alla nuova tornata 2010-2012, per la sola contrattazione nazionale, ed i diversi termini di adeguamento stabiliti per la contrattazione integrativa (31 dicembre 2010 per lo Stato, 31 dicembre 2001 per regioni ed autonomie locali), col rischio di generare un contrasto tra fonti difficilmente districabile⁽⁴¹⁾. Ad ogni modo, nessuno di questi problemi è stato affrontato, sicché, almeno per il momento, il percorso di accrescimento di poteri e responsabilità della dirigenza può attendere.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. Trib. Torino 2 aprile 2010, in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, II, p. 99, con nota di MATTEINI, *Relazioni sindacali e Decreto « Brunetta »: prime questioni applicative*; Trib. Pesaro 19 giugno 2010, Trib. Lamezia Terme 7 settembre 2010, Trib. Trieste 5 ottobre 2010, in *Lav. e giur.*, 2011, p. 81, con nota di NICOLOSI, *La negoziabilità dei poteri dirigenziali dopo il d.lgs. n. 150/2009*.

⁽⁴¹⁾ Cfr. MATTEINI, *Relazioni sindacali e Decreto « Brunetta »: prime questioni applicative*, cit., p. 99.

Le ultime considerazioni sono quelle più sconcertanti, perché ricalcano gli esiti della riforma nel suo passaggio dal disegno legislativo astratto allo scenario economico concreto e, segnatamente, l'inevitabile impatto con le esigenze di risanamento dei conti pubblici.

Qui si può dire che la riforma sia davvero rimasta ai blocchi di partenza.

L'obiettivo di far attecchire una contrattazione di secondo livello virtuosa, capace di diversificare i trattamenti economici accessori in base alle risultanze del sistema di valutazione delle *performance*, è stato fortemente depotenziato dalla «manovra anticrisi d'estate», che ha immobilizzato l'ammontare complessivo del fondo per trattamenti accessori, a partire dall'anno 2011 e per i successivi due anni (fino al 31 dicembre 2013), a quello già definito nell'anno 2010 (art. 9 del d.l. n. 78/10, conv. con l. n. 122/10). A ciò va aggiunto il generale blocco dei rinnovi contrattuali (quantomeno nella parte economica) per gli anni 2011, 2012 e 2013, ed il vincolo per cui il trattamento economico complessivo da corrispondere ai singoli dipendenti, anche di qualifica dirigenziale, compreso il trattamento accessorio, non potrà superare il trattamento ordinariamente spettante nell'anno 2010. All'esito di questa correzione di rotta, il meccanismo delle fasce di *performance* appare fortemente indebolito (e con esso i principi della selettività, del merito, dell'impegno e della capacità produttiva individuale) essendo presumibile che dallo stesso non potrà più derivare un'effettiva articolazione migliorativa del trattamento retributivo accessorio, ovvero, secondo una diversa lettura⁽⁴²⁾, che un'articolazione *in melius* potrà comunque esservi, ma in forma ridotta e progressivamente decrescente, in quanto limitata dal tetto di spesa stabilito per l'anno 2010, ed intaccata dai criteri di adeguamento al ribasso dei fondi di amministrazione, stabiliti dall'art. 9, comma 4°, l. n. 122/10.

Per contro, il blocco della manovra d'estate non aveva interessato l'altro corno del sistema

di valutazione, ovvero quello rivolto a disincentivare assenteisti e fannulloni. In sostanza, se le retribuzioni non sarebbero potute crescere, stante l'espresso divieto di legge, di certo sarebbero potute diminuire per coloro che fossero stati posizionati nella fascia più bassa del sistema dei meriti e premi. Il che, secondo alcune stime, avrebbe prodotto una riduzione degli incentivi alla produttività, rispetto a quanto percepito negli anni precedenti, almeno per il 75% dei dipendenti pubblici. Di fatto, via la carota, restava comunque lo spettro del bastone. Le cronache più recenti, tuttavia, riferiscono di un nuova intesa (ancora una volta separata), siglata tra Governo e parti sociali in data 4 febbraio 2011, che a detta di molti avrebbe rappresentato una sorta di confessione espressa del fallimento della legge Brunetta⁽⁴³⁾. L'Accordo segna una tregua, invero momentanea, nello scontro ideologico che ha finora opposto amministrazione e sindacati. Solo che questa volta la posta in gioco è proprio la leva anti-fannulloni, ossia la parte del sistema premiale che avrebbe potuto condurre ad una significativa riduzione del trattamento retributivo per i dipendenti meno meritevoli (art. 19, d.lgs. n. 150/09). Così, l'art. 2 prevede che «le parti convengono che le retribuzioni complessive, comprensive della parte accessoria, conseguite dai lavoratori nel corso del 2010, non devono diminuire per effetto dell'applicazione dell'art. 19 del d.lgs. 150/09». La disposizione centrale del sistema di valutazione delle *performance* viene dunque materialmente disapplicata per tutto il 2010, e con essa ogni velleità di rimodulazione selettiva tra dipendenti più e meno produttivi. Si ritorna pertanto a retribuzioni indifferenziate e schiacciate, ma sempre verso l'alto, per tutti. Unico marginale correttivo è dato dalla possibilità di distribuire nelle tre fasce le risorse aggiuntive ricavate dal cosiddetto dividendo di efficienza (art. 3)⁽⁴⁴⁾: una previsione che, considerata l'entità minima degli importi, assomiglia più ad una norma manifesto per salvare l'impalcatura

⁽⁴²⁾ Cfr. TALAMO, *Gli assetti della contrattazione integrativa dopo il D.lgs. n. 150 del 2009 e la finanziaria d'estate: ratio di una riforma*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 110/10, p. 42; ALAIMO, *Relazioni sindacali e contrattazione collettiva nel d. lgs. n. 150/2009: la riforma alla «prova del tempo»*, in Riv. giur. lav., 2010, I, p. 561.

⁽⁴³⁾ OLIVERI, *Addio alla differenziazione nella valutazione della performance?*, in Boll. Adapt., 8 febbraio 2011, p. 1 ss.; ZILIO GRANDI, *Tanto tuonò... che non piove. Dal blocco degli automatismi al blocco della retribuzione incentivante*, ivi.

⁽⁴⁴⁾ Art. 61, comma 17°, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. con modificazioni, con l. n. 133/08.

della riforma, che ad un incentivo reale all'efficienza e alla propensione al risultato. La sterilizzazione del sistema di valutazione delle *performance* viene infine completata dall'art. 4, disposizione con cui le parti si impegnano a costituire, in sede nazionale, apposite commissioni paritetiche con il compito di monitorare e analizzare i risultati prodotti, al fine di valorizzare le esperienze e i risultati in via di conseguimento, in termini di miglioramento degli indicatori di *performance* delle amministrazioni. Insomma, si continua a procedere mediante una rapsodica moltiplicazione di organismi e commissioni – il più delle volte fonte di spreco di risorse pubbliche – trascurando il noto insegnamento del ra-

soio di Occam ed un principio fondamentale anche per le più moderne scienze del governo e dell'organizzazione amministrativa: *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*. Senza contare che la scelta di affidare il *benchmarking* dei risultati agli istituendi comitati paritetici ripristina un meccanismo di valutazione autoreferenziale e consociativo, assai lontano dagli obiettivi della riforma⁽⁴⁵⁾.

ALESSANDRO GARILLI

⁽⁴⁵⁾ Cfr. ICHINO, «Lettera sul lavoro», in *Il Corriere della Sera*, 7 febbraio 2011.

Art. 31.

(Norme per gli Enti territoriali e il Servizio sanitario nazionale)

1. Le regioni, anche per quanto concerne i propri enti e le amministrazioni del Servizio sanitario nazionale, e gli enti locali adeguano i propri ordinamenti ai principi contenuti negli articoli 17, comma 2, 18, 23, commi 1 e 2, 24, commi 1 e 2, 25, 26 e 27, comma 1.

2. Le regioni, anche per quanto concerne i propri enti e le amministrazioni del Servizio sanitario nazionale, e gli enti locali, nell'esercizio delle rispettive potestà normative, prevedono che una quota prevalente delle risorse destinate al trattamento economico accessorio collegato alla performance individuale venga attribuita al personale dipendente e dirigente che si colloca nella fascia di merito alta e che le fasce di merito siano comunque non inferiori a tre.

3. Per premiare il merito e la professionalità, le regioni, anche per quanto concerne i propri enti e le amministrazioni del Servizio sanitario nazionale, e gli enti locali, oltre a quanto autonomamente stabilito, nei limiti delle risorse disponibili per la contrattazione integrativa, utilizzano gli strumenti di cui all'articolo 20, comma 1, lettere c), d), e) ed f), nonché, adattandoli alla specificità dei propri ordinamenti, quelli di cui alle lettere a) e b). Gli incentivi di cui alle predette lettere a), b), c) ed e) sono riconosciuti a valere sulle risorse disponibili per la contrattazione collettiva integrativa.

4. Nelle more dell'adeguamento di cui al comma 1, da attuarsi entro il 31 dicembre 2010, negli ordinamenti delle regioni e degli enti locali si applicano le disposizioni vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto; decorso il termine fissato per l'adeguamento si applicano le disposizioni previste nel presente titolo fino alla data di emanazione della disciplina regionale e locale.

5. Entro il 31 dicembre 2011, le regioni e gli enti locali trasmettono, anche attraverso i loro rappresentanti istituzionali, i dati relativi alla attribuzione al personale dipendente e dirigente delle risorse destinate al trattamento economico accessorio collegato alla performance individuale alla Conferenza unificata che verifica l'efficacia delle norme adottate in attuazione dei principi di cui agli articoli 17, comma 2, 18, 23, commi 1 e 2, 24, commi 1 e 2, 25, 26 e 27, comma 1, anche al fine di promuovere l'adozione di eventuali misure di correzione e migliore adeguamento.