

Carlo D'Orta

L'organizzazione delle PA dal diritto pubblico al diritto privato: fallimento di una riforma ¹

SOMMARIO: 1. Introduzione: una riforma fallita (salvo miracoli). - 2. Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni nelle tre stagioni della "privatizzazione" (1992-93, 1997-98, 2009-10). - 2.1. Dalle origini alla "privatizzazione" del pubblico impiego. La separazione tra pubblicità dell'organizzazione e privatizzazione del lavoro (1992-93). - 2.2. La seconda stagione di "privatizzazione" del pubblico impiego. Una nuova linea di confine tra pubblico e privato (1997-98). - 2.2.1. Il regime pubblicistico dell'organizzazione "alta". -2.2.2. Il regime privatistico dell'organizzazione "bassa" e del rapporto di lavoro. - 2.3. La terza stagione di "privatizzazione" del pubblico impiego. Dal pancontrattualismo alla gestione unilaterale (2009-10). - 3. Regole particolari sul potere organizzativo privatistico delle amministrazioni. - 3.1. Vincolo di scopo: a) indirizzo e controllo sull'attività organizzativa. 3.2. Vincolo di scopo: b) indirizzo e controllo sulla contrattazione collettiva. - 3.3. Procedure e vincoli per l'attività organizzativa e di gestione del personale. - 3.4. Il problema della "negoziabilità" del potere organizzativo. - 3.5. Il nodo della natura giuridica degli incarichi dirigenziali. - 3.6. Tutela giurisdizionale e diritto di accesso agli atti. - 4. Conclusioni. - 4.1. La mancanza del "datore di lavoro" nelle pubbliche amministrazioni. - 4.2. Quando il diritto amministrativo, uscito "dalla porta", rientra "dalla finestra": ovvero come si svuota la "privatizzazione" dall'interno. - 4.3. Il pendolo della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico e la ricerca politica del consenso sindacale.

1. Introduzione: una riforma fallita (salvo miracoli).

La prima versione di questo saggio risale a dodici anni fa. La scrissi nel 1999, all'indomani della "seconda stagione" della cosiddetta "privatizzazione" del pubblico impiego ². Erano ancora freschi di stampa i "decreti Bassanini" nn. 397/1997, 80 e 387/1998, che a questa seconda stagione avevano dato corpo e che sarebbero poi confluiti, nel 2001, nel nuovo testo unico del lavoro nelle pubbliche amministrazioni (d.lgs 165/2001). Ed erano ancora vive e ottimistiche le aspettative che l'introduzione, anche in Italia, delle logiche anglosassoni del *New Public Management* avrebbe impresso una svolta dura ma salutare alle amministrazioni nostrane, liberandole (almeno nella gestione delle risorse interne) dei lacci e laccioli del diritto amministrativo, per

¹ Questo saggio sarà pubblicato - in versione più ampia e più ampio corredo di note e bibliografia - ne *"Il rapporto di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche"* (a cura di S.Mainardi), Volume VIII del "Trattato di Diritto del Lavoro" diretto da Mattia Persiani e Franco Carinci (Cedam Ed).

² La presente versione costituisce una rielaborazione profonda e sostanziale, che abbina all'originario approccio prospettico una valutazione realistica dell'attuazione della riforma, alla luce dei venti anni ormai decorsi dalla legge delega 421/1992 e dal d.lgs 29/1993. La versione originaria si trova in F.CARINCI-M.D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal d.lgs n. 29/1993 al d.lgs n. 387/1998. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2000, vol. I, p. 89. Un primo aggiornamento fu pubblicato nel 2004, nell'ambito di F.CARINCI-L.ZOPPOLI (a cura di), *Diritto del lavoro. Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino, vol. V, p. 96.

metterle realmente al servizio degli utenti in nome di una gestione ispirata alla cultura aziendale della economicità, efficienza ed efficacia.

Queste aspettative e questo ottimismo avevano allora basi convincenti. Il riferimento al mondo delle imprese per modernizzare la pubblica amministrazione – che è la sostanza del NPM – era la ricetta che, nata nel regno Unito e negli USA, si stava diffondendo in tutti i Paesi occidentali. In Italia, questo progetto appariva condiviso, politicamente bipartisan e con solide basi scientifiche.

Basti pensare che il suo primo vero iniziatore fu nel 1992-93 Maurizio Sacconi (d.lgs 29/1993), supportato da una Commissione di esperti che comprendeva nomi come Tiziano Treu, Franco Carinci, Mario Rusciano, Gaetano D'Auria, Lorenzo Zoppoli e altri, tra cui, “minimo”, chi scrive; che la riforma fu profondamente rivista e perfezionata nel 1993-94 da un ministro come Sabino Cassese, massimo studioso italiano dell'organizzazione amministrativa negli ultimi tre decenni del secolo; che nel 1997-98 accanto a Franco Bassanini sedette, come strettissimo collaboratore, un uomo e giuslavorista della tempra di Massimo D'Antona; e, ancora, che non meno convinta fu, pur con alcune differenze di approccio, l'adesione al progetto di riforma manageriale dell'amministrazione di un ministro della Funzione pubblica come Franco Frattini, cui si deve tra l'altro, nel 2001-2002, il primo forte ed efficace tentativo di attuare davvero, nei ministeri, il sistema di pianificazione degli obiettivi e valutazione dei risultati di gestione delineato dal d.lgs 286/1999³.

Purtroppo oggi, a distanza di anni, è inevitabile guardare con disillusione al percorso fin qui compiuto, perché quasi tutte le principali aspettative sono andate, alla prova dei fatti, deluse. Ed è inevitabile guardare con altrettanto scetticismo anche alle ulteriori ricette “correttive” messe in atto nel 2009 con quella che è stata definita la “terza stagione” di riforma del pubblico impiego.

Beninteso, non tutto ciò che si è fatto dal 1992 al 2008 è da buttare, né mancano alcune componenti apprezzabili nella “terza riforma” del 2009-2010. Tuttavia, se i temi centrali della riforma del lavoro pubblico sono stati, sin da 1992-93, la “privatizzazione” del rapporto di lavoro e la introduzione di “regole e metodi manageriali” nella *governance* (indirizzo e controllo) e nella gestione, con tutto il corollario di conseguenze in tema di flessibilizzazione dell'organizzazione, di semplificazione nell'impiego delle risorse umane, di controlli di risultato più che di regolarità, di retribuzione variabile, e via dicendo, allora riesce difficile negare che a 20 anni di età la riforma risulti fallita, pesantemente fallita.

E riesce altrettanto difficile nutrire fiducia negli interventi “correttivi” del 2009 che, se opportunamente restituiscono all'autonomia dell'amministrazione territori occupati da una debordante contrattazione collettiva, tuttavia presentano tre gravi debolezze.

La prima debolezza è che resta ancora irrisolto e, semmai, persino aggravato il vero nodo mai sciolto: cioè chi sia il cosiddetto “datore di lavoro” nelle pubbliche amministrazioni e, soprattutto, se si vuole che esso sia “il dirigente”, di quale reale autonomia operativo/gestionale questo “dirigente-datore di lavoro” goda rispetto alla

³ Cfr. la Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 15 novembre 2001, recante *Indirizzi per la predisposizione della direttiva generale dei Ministri sull'attività amministrativa e sulla gestione per l'anno 2002* e, soprattutto, il programma di sostegno alla prima attuazione nei Ministeri di questo sistema che fu finanziato, in parallelo, dal Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio e attuato dallo stesso Dipartimento con la collaborazione del Formez e del Comitato tecnico-scientifico per la valutazione e il controllo strategico della PCM.

politica, che dell'amministrazione mantiene doverosamente, in base ai principi democratici, la *governance*.

La seconda debolezza è che gli interventi correttivi del 2009 sono affetti da un accentuato strabismo individualistico (o individuo-centrico), nel senso che fingono di credere che la efficienza/qualità dell'amministrazione consista nelle prestazioni, premi e punizioni dei singoli dipendenti e non, piuttosto, come invece dovrebbe essere, nella misurazione/valutazione/miglioramento dei servizi e prestazioni resi dalla amministrazione come organizzazione, che è l'unica cosa che davvero interessa alla collettività degli utenti.

La terza debolezza sta, infine, nella iper-regolazione e iper-procedimentalizzazione di tutto quello che attiene alla gestione delle risorse umane (valutazione, disciplina, retribuzione variabile, mobilità, reclutamento): analizzando, oggi, la "cosiddetta" privatizzazione dei rapporti di lavoro nelle PA e i suoi meccanismi operativi viene infatti da domandarsi se non siamo di fronte ad un travestimento, con il vecchio e ben noto diritto amministrativo del pubblico impiego camuffatosi, ma solo nelle forme e non nella sostanza, da diritto del lavoro privato.

Tutti questi problemi, fallimenti e sviamenti della riforma hanno, naturalmente, diverse ragioni, variamente intrecciate nel corso di questi 20 anni trascorsi dalla prima legge-delega 421/1992 e dal d.lgs 29/1993. Basti qui anticiparne tre, su cui si tornerà più in dettaglio nei paragrafi che seguono e nelle conclusioni:

a) la resistenza della politica ad accettare davvero la perdita di controllo diretto sulle attività di gestione delle risorse (finanziarie e umane) delle amministrazioni, con il suo corollario di progressiva e pervasiva "fidelizzazione" della dirigenza;

b) la pressione dei sindacati per appropriarsi di poteri di cogestione delle risorse umane, caratterizzata da esiti altalenanti a seconda delle stagioni politiche e del prevalere, nel Governo e nel legislatore, ora di una visione liberista/aziendalista ora, all'opposto, di un approccio orientato alla ricerca del sostegno politico (dei sindacati);

c) il sempre più immanente conflitto tra esigenza di investire sulla modernizzazione dell'amministrazione ("non si fanno riforme senza soldi", recita un vecchio e saggio adagio) ed esigenza di tagliare drasticamente e per lo più in modo lineare (cioè in modo rozzo ma facile) la spesa delle amministrazioni pubbliche.

2. Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni nelle tre stagioni della "privatizzazione" (1992-93, 1997-98, 2009-10).

2.1. Dalle origini alla "privatizzazione" del pubblico impiego. La separazione tra pubblicità dell'organizzazione e privatizzazione del lavoro (1992-93).

È osservazione largamente condivisa che la scelta del tipo di regime giuridico - pubblico o privato - del potere di organizzazione e, più in generale, dell'attività delle pubbliche amministrazioni è un dato essenzialmente storico⁴. In Italia, semplificando al

⁴ Cfr. M.NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1966, pp. 13 ss.; M.S.GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2° ed., 1993, I, p. 337 e II, p. 343; S.CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Garzanti, Milano, 3° ed., 1995, p. 21. Con specifico riferimento al regime giuridico del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche si vedano, per primi, i celebri saggi di M.S.GIANNINI, *Impiego pubblico: profili storici e teorici*, in *EncDir*, XX, 1970, p. 293, e di M.RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1978. La visione "ontologica" del necessitato regime pubblicistico del pubblico impiego è stata per altro sostenuta, ancora nel 1992, da

massimo, possiamo registrare, per quanto concerne il potere di organizzazione e il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, quattro grandi fasi.

La prima fase, dall'Unità alla fine del secolo, è caratterizzata dal diffuso ricorso a strumenti del diritto comune. Il rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche è, infatti, qualificato come "*locatio operarum*" di diritto civile, sia pure con alcune specialità concernenti le procedure di reclutamento, la statuizione di dotazioni organiche e un particolare regime pensionistico.

Negli ultimi due decenni del XIX secolo e nel primo decennio del '900 (seconda fase) si verifica, però, un profondo cambiamento: in nome della giustizia e dell'imparzialità nell'amministrazione si ha dapprima (1889) la attribuzione, al Consiglio di Stato, delle funzioni di giudice speciale sull'attività delle amministrazioni pubbliche, con penetranti poteri in precedenza negati alla magistratura ordinaria, e, poi (1908), l'adozione di una legislazione speciale (intitolata "statuto") sul rapporto di lavoro dei dipendenti dello Stato. L'effetto è la prepotente affermazione, con il determinante contributo del neonato giudice amministrativo, del diritto amministrativo (diritto speciale delle amministrazioni pubbliche) e del diritto del pubblico impiego, relativo cioè ad un rapporto di lavoro regolato e gestito mediante atti non di diritto comune, ma qualificati come provvedimenti amministrativi.

Il regime integralmente pubblicistico dell'organizzazione, e del lavoro nelle amministrazioni pubbliche resiste, senza grandi cambiamenti (fa eccezione esclusivamente la vicenda degli enti pubblici economici) fino agli anni '70-'80 del XX secolo, quando prima informalmente ed episodicamente⁵ e, poi, in modo normato e generale attraverso la legge quadro sul pubblico impiego n. 93/1983, penetra nella cittadella dell'organizzazione pubblica la logica della contrattazione collettiva con le organizzazioni sindacali dei dipendenti.

Anche in questa fase, però, la visione pubblicistica rimane assorbente: da un lato, infatti, gli accordi tra amministrazioni e sindacati - concernenti sia profili di organizzazione del lavoro e, talora, degli uffici, sia la disciplina del rapporto di lavoro - sono concepiti come moduli negoziali endoprocedimentali, cioè interni ad un procedimento amministrativo che sfocia in regolamenti governativi recettivi di quelli che, non a caso, continuano ad essere denominati accordi e non contratti collettivi; dall'altro, nulla intacca la concezione per cui tutta la vita dei rapporti individuali di lavoro si svolge attraverso provvedimenti amministrativi, dalla costituzione (atto di nomina) alla estinzione (accettazione delle dimissioni a domanda, dimissioni d'ufficio).

È soltanto circa venti anni fa, con l'art. 2 della legge delega n. 421/1992 e con i successivi decreti delegati, che si creano le premesse per un nuovo radicale mutamento di impostazione e per un generale ritorno, dopo circa un secolo, del diritto privato nella organizzazione delle nostre pubbliche amministrazioni e nel rapporto di lavoro del relativo personale (di "ritorno alle origini" nella disciplina del lavoro con le pubbliche amministrazioni ha parlato anche la Corte dei conti nel 1997⁶). Siamo a quella che è stata chiamata "privatizzazione del pubblico impiego".

un famoso e criticatissimo parere del Consiglio di Stato del 1992, ma è stata ampiamente superata anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

⁵ Cfr. l. n. 132/1968 e D.P.R. n. 130/1969 per il settore ospedaliero; leggi numero 775/1970 e 382/1975 per le amministrazioni statali; l. n. 70/1975 per gli enti parastatali; D.L. n. 946/1977, convertito nella L. n. 43/1978 per gli enti locali; infine l. n. 833/1978 per l'intero settore sanitario.

⁶ Corte Conti, sez. contr., *Relazione sull'attuazione del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modifiche e integrazioni* (deliberazione n. 101/1997)

La “privatizzazione” del pubblico impiego va incontro, per altro e a propria volta, a tre diverse stagioni riformatrici:

a) quella caratterizzata dalla prima versione del d.lgs. n. 29 (ministri della Funzione pubblica Sacconi e poi Cassese), vigente sino a fine 1997;

b) quella introdotta dalla complessiva riscrittura della riforma con i decreti legislativi nn. 397/1997, 80/1998 e 387/1998 (Bassanini); riscrittura poi consolidata con il d.lgs. n. 165/2001 (Bassanini) e non modificata, nell’impianto d’insieme, nemmeno dagli interventi legislativi successivi quali la legge n. 145/2002 (Frattini).

c) quella avviata nel 2009, caratterizzata da una nuova revisione di alcune parti “calde” del d.lgs 165/2001, afferenti alle relazioni sindacali e alla gestione delle risorse umane, e dall’adozione di una nuova disciplina organica sulla valutazione del personale (Brunetta).

Vediamo le differenze. Nella prima stagione della “privatizzazione” del pubblico impiego (1993-97), il legislatore delinea una abbastanza chiara distinzione tra organizzazione amministrativa strettamente intesa da un lato e, dall’altro lato, regolazione e gestione dei rapporti di lavoro del personale.

L’organizzazione resta in regime di diritto pubblico, ossia - e con riserva di approfondire la questione nei paragrafi seguenti - continua ad essere regolata mediante atti del potere pubblico sovrano o autoritativo (leggi, altri atti normativi, atti amministrativi) e, soprattutto, ad essere configurata come espressione di una potestà “funzionalizzata” (nel senso attribuito a questa espressione dal diritto amministrativo) delle amministrazioni. L’art. 2 della legge delega n. 421/1992 stabilisce, infatti, con disposizione immediatamente precettiva, che “sono regolate con legge, ovvero, sulla base della legge o nell’ambito dei principi dalla stessa posti, con atti normativi o amministrativi” le seguenti cinque principali materie (cui se ne aggiungono due minori): organi, uffici e modi di conferimento della titolarità dei medesimi; principi fondamentali di organizzazione degli uffici; ruoli e dotazioni organiche e loro consistenza complessiva; procedimenti di selezione per l’accesso al lavoro e di avviamento al lavoro; responsabilità giuridiche attinenti all’espletamento di procedure amministrative.

Altre norme dell’originaria formulazione del d.lgs. n. 29, poi, finalizzano le scelte organizzative ad obiettivi di pubblico interesse. Anzi, per certi versi il regime pubblicistico dell’organizzazione viene accentuato, perché il primo decreto delegato n. 29/1993 non solo si conforma alla menzionata prescrizione della legge delega, ma abbandona anche, per le tematiche dell’organizzazione del lavoro, il condominio obbligatorio tra legge e contrattazione sindacale (alla prima i principi, alla seconda la normativa attuativa) che era stato sancito dalla legge-quadro n. 93/1983, per rimettere il relativo potere all’unilaterale volontà delle amministrazioni, salvo previsione di forme diverse di partecipazione sindacale (informativa o esame congiunto con i sindacati prima della decisione dell’amministrazione).

Per converso, sono “privatizzate” la disciplina e la gestione dei rapporti individuali di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni. Nel quadro di alcuni principi e limiti inderogabili posti direttamente dalla riforma, la regolamentazione generale dei rapporti di lavoro è rimessa integralmente al codice civile, alla legislazione sui rapporti di lavoro subordinato nell’impresa e alla negoziazione con le organizzazioni sindacali, che assume forma di una vera e propria contrattazione collettiva, efficace direttamente, senza intermediazione di atti regolamentari di recepimento, e capace di

prevalere, determinandone la disapplicazione, anche su disposizioni speciali eventualmente adottate dal legislatore.

La gestione dei rapporti individuali di lavoro, dal proprio canto, cambia completamente natura: “I rapporti individuali di lavoro e di impiego ... sono regolati contrattualmente” e “Nelle materie soggette alla disciplina del codice civile, delle leggi sul lavoro e dei contratti collettivi (le amministrazioni pubbliche: ndA) operano con i poteri del privato datore di lavoro” (rispettivamente, art. 2, comma 3, e art. 4, comma 1, secondo periodo, dell'originaria versione del d.lgs. n. 29/1993).

Questo significa che il rapporto individuale di lavoro nasce non più da un provvedimento amministrativo unilaterale di nomina, ma da un negozio giuridico bilaterale e paritario (contratto individuale di lavoro), e che le sue successive vicende, fino all'estinzione del rapporto, non sono più determinate e scandite da provvedimenti amministrativi dell'amministrazione, bensì da atti dell'amministrazione-datore di lavoro aventi natura privatistica, sia unilaterali che, all'occorrenza, bilaterali. A ciò si collega la devoluzione non più al giudice amministrativo, ma al giudice ordinario del lavoro, di gran parte delle controversie sui rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, mantenendosi alla giurisdizione amministrativa esclusiva soltanto le controversie su alcune particolari materie (art. 68 dell'originaria versione del d.lgs. n. 29/1993).

2.2. La seconda stagione della “privatizzazione” del pubblico impiego. Una nuova linea di confine tra pubblico e privato (1997-98).

2.2.1. Il regime pubblicistico dell'organizzazione “alta”.

Con la seconda stagione della riforma, introdotta nel 1997-1998, il legislatore fa un passo in più. Prendendo atto dell'intreccio, talvolta inestricabile, tra organizzazione dell'amministrazione e disciplina-gestione dei rapporti di lavoro, esso intensifica la “privatizzazione”, ossia la introduzione di modelli privatistici nella organizzazione delle pubbliche amministrazioni.

Il dato di partenza è la legge delega n. 59/1997 che all'art. 11, comma 4, demanda al governo una integrale revisione del d.lgs. n. 29/1993. A tal fine la delega stabilisce i seguenti principali criteri direttivi per il legislatore delegato: attenersi ai principi contenuti negli artt. 97 e 98 Cost. e ai criteri direttivi della legge delega n. 421/1992; completare l'integrazione della disciplina del lavoro pubblico con quella del lavoro privato e la conseguente estensione al lavoro pubblico delle disposizioni del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro nell'impresa; semplificare e rendere più spedite le procedure di contrattazione collettiva; devolvere senza più eccezioni, al giudice ordinario, l'intera giurisdizione sulle controversie di lavoro dei dipendenti pubblici, ancorché concernenti in via incidentale atti amministrativi presupposti, eventualmente da disapplicare; infine, prevedere procedure di consultazione delle organizzazioni sindacali firmatarie dei contratti collettivi prima della adozione di atti interni di organizzazione aventi riflessi sul rapporto di lavoro.

Su questa base, i decreti legislativi delegati nn. 396/1997, 80/1998 e 387/1998 introducono diverse importanti novità e soprattutto, per quanto qui interessa, definiscono un nuovo confine tra area del potere organizzativo in regime pubblicistico e area del potere organizzativo in regime privatistico.

La linea di confine tra diritto pubblico e diritto privato non divide più organizzazione e lavoro, ma taglia in due la stessa attività di organizzazione. Il diritto privato penetra nei territori dell'organizzazione strettamente intesa.

Per di più, la nuova distribuzione del potere organizzativo non ripercorre la cesura (ben nota, pur con tutte le sue ambiguità, sin dalla legge-quadro sul pubblico impiego del 1983), tra organizzazione degli uffici e organizzazione del lavoro, ma segue una linea di divisione nuova, interna alla stessa organizzazione degli uffici.

In via di prima approssimazione, si può dire che il nuovo confine tra regime pubblicistico e regime privatistico degli atti di organizzazione separa il territorio dell'organizzazione "alta" (o macro-organizzazione), che resta in regime di diritto pubblico, dal territorio "privatizzato", comprendente sia l'organizzazione "bassa" (o micro-organizzazione) che la regolazione-gestione dei rapporti di lavoro ⁷. Meno semplice è individuare, con precisione e sicurezza, l'oggetto dell'organizzazione "alta" e "bassa" ⁸. Per capire se un atto/attività organizzativa rientri nella organizzazione "alta" o "bassa" occorre analizzare dettagliatamente le singole norme del d.lgs. n. 165/2001 (come vigenti anche dopo le novelle del 2009), e valutare da quale soggetto, in quali forme e con quali procedure l'atto/attività debba essere compiuto. In linea di massima, indicatore significativo della appartenenza di un atto/attività alla organizzazione "alta" e della sua conseguente natura pubblicistica appare la provenienza da un organo politico o comunque di governo dell'ente, tanto più se nella forma, tradizionalmente pubblicistica, del decreto normativo o provvedimentale (decreto presidenziale, ministeriale, ecc.) o dell'atto di indirizzo/direttiva.

In base a questi criteri, nonché al combinato disposto dell'art. 2 della legge delega n. 421/1992 e di numerose disposizioni particolari del d.lgs. n. 165/2001 (come vigente sia prima che dopo le novelle del 2009), si può identificare un nucleo minimo e incomprimibile dell'organizzazione "alta", nell'insieme riconducibile agli atti degli organi di governo, che comprende:

- a) l'organizzazione degli uffici di diretta collaborazione del ministro (Gabinetto, Ufficio legislativo, Segreteria particolare, ecc.);
- b) l'articolazione strutturale dell'amministrazione in uffici dirigenziali di livello generale e di livello subordinato, nonché la istituzione, a prescindere dalla qualificazione o meno come uffici dirigenziali, di particolari tipologie di uffici (per le relazioni con il pubblico, per il contenzioso, per il controllo interno);

⁷ Il ricorso alle espressioni "organizzazione alta" e "organizzazione bassa" (più raramente "macro" e "micro" organizzazione) per rappresentare, anche metaforicamente, il nuovo assetto normativo sull'organizzazione delle pubbliche amministrazioni è stato fatto proprio dalla dottrina largamente prevalente. Cfr. F.CARINCI, *Una riforma "conclusa". Fra norma scritta e prassi applicativa*, in F.CARINCI-L.ZOPPOLI (diretto da), *Diritto del lavoro, cit.*, Vol. V, Utet, Torino, 2004, p. XLVIII ss.; L. FIORILLO, *Potere di organizzazione*, in L.FIORILLO (a cura di), *Diritto del lavoro. Il lavoro pubblico*, Milano, Giuffrè, 3° ed., 2011, vol. III, p. 118; M.CRESTI, *Efficienza e garanzie nell'evoluzione organizzativa statale*, Giuffrè, Milano, 2006. M.SGROI, *Dalla contrattualizzazione dell'impiego alla organizzazione privatistica degli uffici*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 31 ss. e 266 ss., è critico sulla efficacia e utilità di qualsiasi tentativo di dividere l'organizzazione in una parte (macro-organizzazione) retta dal diritto pubblico e in un'altra retta dal diritto privato, e sostiene la necessità (de iure condendo) di defunzionalizzare e demandare al diritto privato tutta l'organizzazione delle pubbliche amministrazioni, sancendo solo (quando occorra) limiti puntuali alla capacità/autonomia privatistica del datore di lavoro.

⁸ Di persistente ambiguità della linea di confine, anche se ammette un progresso rispetto alla precedente ancora più ambigua distinzione tra organizzazione e lavoro, parla F.CARINCI, *Una riforma "conclusa"* cit, 2004, p. XLVI.

- c) la graduazione dei livelli di funzione-responsabilità dirigenziale, ai fini del trattamento economico accessorio;
- d) la determinazione dell'organico complessivo del personale di ciascuna amministrazione, ossia del numero complessivo dei dipendenti di qualsiasi categoria, livello e qualifica;
- e) la assegnazione o, meglio, la ripartizione delle risorse umane, materiali ed economico-finanziarie fra gli uffici di livello dirigenziale generale (cui corrispondono, nelle amministrazioni non statali, gli uffici del più elevato livello);
- f) la definizione delle procedure di selezione e di avviamento al lavoro ai fini del reclutamento e le determinazioni di avvio delle medesime (cioè di avviare un reclutamento di personale).
- g) la definizione - come fondamentali principi di organizzazione - di criteri attinenti alla tipologia dei diversi uffici in relazione alle funzioni (per esempio, criteri che presiedono alla scelta di creare, per l'una o l'altra funzione, uffici monocratici o collegiali, assegnazione a uffici diversamente strutturati delle funzioni finali e delle funzioni strumentali, organizzazione degli uffici secondo funzioni omogenee, ecc.) e dei criteri di raccordo della organizzazione e delle dotazioni organiche con gli effettivi fabbisogni;
- h) la definizione - sempre come fondamentali principi di organizzazione - di altri criteri generali attinenti alla organizzazione delle funzioni (programmazione, organizzazione per obiettivi o per processi, metodi e standard di comunicazione e raccordo tra uffici, ecc.), alla organizzazione delle risorse finanziarie e tecnologiche (razionalizzazione e valutazione dei costi, metodologie e interconnessioni informatiche, ecc.) e alla organizzazione delle risorse umane (per esempio, in tema di orari di servizio e di apertura degli uffici): principi e criteri dal contenuto specifico difficilmente tipizzabile in modo esaustivo, ma di cui danno comunque un esempio gli artt. 1 (comma 1), 2 (comma 1), 6 (comma 1), 11, 12 del d.lgs. n. 165/2001;

Tutti queste determinazioni, concernenti l'organizzazione "alta", sono espressione di un potere organizzativo che l'ordinamento qualifica come pubblicistico, in quanto atti di sovranità (nel caso delle norme di organizzazione dettate direttamente dalla legge statale), ovvero manifestazione di autoritatività e di discrezionalità normativa o amministrativa (nel caso delle norme di altre fonti e dei provvedimenti amministrativi di organizzazione), nonché in quanto atti tutti funzionalizzati, cioè vincolati nello scopo alle indicazioni costituzionali e legislative e sottoposti ciascuno a controllo rispetto a tale scopo.

Un dubbio potrebbe sorgere per il fatto che mentre l'art. 2 della legge delega n. 421/1992 demanda, nel quadro delle indicazioni legislative, la disciplina organizzativa ad "atti normativi o amministrativi", l'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001 demanda invece, sempre al di sotto della legge, la disciplina organizzativa a più generici "atti organizzativi", usando una formula che potrebbe far pensare ad atti anche non pubblicistici. Il dubbio sembra dissolversi, però, leggendo il secondo comma dell'art. 5 del d.lgs. e la contrapposizione, qui contenuta, tra gli atti di organizzazione degli uffici e di gestione dei rapporti di lavoro aventi carattere privatistico e gli atti di organizzazione

di cui all'art. 2 del decreto, dei quali, secondo chi scrive, appare perciò confermato a contrario il carattere pubblicistico⁹.

Il raffronto tra le parzialmente diverse formule delle legge delega e del d.lgs. n. 165 induce anche ad un'altra considerazione. Mentre la l. 421/1992 e la versione del 1993 del decreto delegato hanno manifestato una certa preferenza per la disciplina organizzativa mediante atti normativi (legge, statuti, regolamenti), lasciando un ruolo residuale agli atti amministrativi di organizzazione non aventi carattere normativo, la nuova versione del decreto delegato adottata nel 1998-2001 evita il riferimento a regolamenti o atti normativi sublegislativi, limitandosi a parlare, come si è detto, di “atti organizzativi”. Tra questi possono ben rientrare anche statuti, regolamenti, ecc., ma il senso complessivo della novità è che, al di sotto delle indicazioni legislative, la potestà organizzativa pubblicistica potrà esprimersi, assai più di prima, attraverso atti non normativi, ma semplicemente provvedimentali. Ne deriva un evidente stimolo alla “deregolazione”, da apprezzare positivamente come fattore che accentua la flessibilità del potere organizzativo, quand'anche si espliciti in regime di diritto pubblico.

L'area dell'organizzazione “alta”, costituita dal descritto nucleo minimo e incomprimibile, non necessariamente si riduce, però, soltanto ad esso. L'ambito della organizzazione “alta” in regime pubblicistico può, infatti, essere integrato ed ampliato dagli ordinamenti delle singole amministrazioni.

In proposito, rilevano i commi 1 e 3 dell'art. 6 del d.lgs. n. 165, i quali precisano che nelle amministrazioni pubbliche “l'organizzazione, e la disciplina degli *uffici*, sono determinate ... previa verifica degli effettivi fabbisogni e previa consultazione delle organizzazioni sindacali”, e che “ogni amministrazione procede adottando gli atti previsti dal proprio ordinamento”. Qui non si fa, dunque, riferimento solo ad uffici dirigenziali, ma in genere a tutti gli uffici delle amministrazioni. Al contempo, però, non si fa esplicito riferimento a regolamenti o provvedimenti amministrativi, ma, più genericamente, agli “atti” previsti dagli ordinamenti delle singole amministrazioni.

Fermo - per quanto detto poc'anzi - che questi “atti” di organizzazione saranno necessariamente atti pubblicistici (norme o provvedimenti) quando attengano al nucleo che si è detto minimo e incomprimibile dell'organizzazione “alta” (e, quindi, innanzi tutto, quando riguardino uffici dirigenziali), resta da chiarire che natura essi abbiano quando attengano ad altri uffici, non rientranti nel suddetto nucleo minimo (per esempio, eventuali articolazioni interne degli uffici dirigenziali di base). Il fatto che si preveda la consultazione delle organizzazioni sindacali potrebbe essere un argomento a favore del regime pubblicistico di tutti gli atti di organizzazione di uffici, quale che sia il livello dell'ufficio, ma non sembra un argomento determinante. La consultazione dei sindacati, infatti, attesta il carattere unilaterale dell'atto di organizzazione di uffici, ma non impone che si tratti di atto di organizzazione pubblicistico, ben potendo trattarsi anche di atto unilaterale di organizzazione di natura privatistica.

La conclusione è che il legislatore ha decentrato la scelta di quale configurazione dare agli atti di organizzazione di uffici non attinenti al nucleo minimo e necessario della organizzazione “alta”. Se essi siano, di volta in volta, atti unilaterali pubblicistici (che quindi vanno ad ampliare l'ambito della organizzazione “alta”), ovvero atti privatistici unilaterali ovvero anche bilaterali/contrattuali (rientranti nell'ambito della

⁹ Di “garbuglio ermeneutico” parla – riferendosi alla complessa interpretazione degli artt. 2 e 5 del d.lgs. 165 e, più in generale, alla individuazione dei territori dell'organizzazione “alta” e “bassa” – F.CARINCI, *Una riforma “conclusa”*, cit. 2004, p. XLIX.

organizzazione “bassa”) è rimesso, cioè, alle specifiche e discrezionali scelte degli ordinamenti delle singole amministrazioni.

2.2.2. Il regime privatistico dell'organizzazione “bassa” e del rapporto di lavoro.

Quanto detto sull'oggetto dell'organizzazione “alta” consente di definire, di conseguenza, anche il territorio della organizzazione “bassa”, sottoposta a regime privatistico. In quest'area rientrano, in particolare, le seguenti principali materie:

- a) l'organizzazione interna degli uffici dirigenziali non generali [art. 16, lett. c)] e quindi, in primo luogo, la individuazione e disciplina degli uffici non aventi carattere dirigenziale (normalmente, collocati all'interno di uffici dirigenziali “di base”), salvo che – come detto poco sopra - l'ordinamento particolare dell'amministrazione non riconduca anche tali uffici non dirigenziali, in tutto o in parte, all'area della organizzazione “alta” (in regime pubblicistico);
- b) in base alla già ricordata giurisprudenza della Cassazione, gli atti di conferimento di incarichi dirigenziali (quanto meno per gli incarichi dirigenziali di base, conferiti con atto del dirigente di livello generale: sul punto si rinvia *infra*);
- c) gli atti di conferimento degli eventuali incarichi di direzione o coordinamento concernenti uffici non dirigenziali;
- d) la ripartizione delle risorse (umane, materiali e finanziarie) assegnate a ciascun ufficio dirigenziale di livello generale tra gli uffici – sia dirigenziali di “base” che non dirigenziali - in cui l'ufficio dirigenziale generale si articola;
- e) tutta l'attività, compresi gli atti di direzione, coordinamento e controllo, che - all'interno degli uffici dirigenziali generali e delle loro articolazioni - concerne la organizzazione delle risorse strumentali. In primo luogo, quindi, tutta l'attività di organizzazione del lavoro e di gestione del personale nel suo insieme, incluso ciò che attiene ai carichi di lavoro, alla produttività e alla determinazione e articolazione degli orari di lavoro. In secondo luogo, tutta l'attività di organizzazione delle risorse materiali e finanziarie che sia strumentale al funzionamento dell'amministrazione e non esercizio delle funzioni finali (rivolte verso l'esterno e la collettività) dell'amministrazione.
- f) la mobilità collettiva, ai sensi dell'art. 33 del d.lgs. n. 165/2001 (si veda, in particolare, il comma 5);
- g) l'attività di gestione dei rapporti individuali di lavoro, dal contratto di assunzione alle assegnazioni e trasferimenti alle promozioni, agli atti che estinguono il rapporto.

In linea di massima, dunque, e salvo specifiche indicazioni contrarie dell'ordinamento generale e degli ordinamenti delle singole amministrazioni, l'organizzazione “bassa” comprende tutte le decisioni di organizzazione e di gestione dell'apparato che competono ai dirigenti preposti agli uffici di livello dirigenziale generale e ai dirigenti subordinati¹⁰.

A questa attività di organizzazione “bassa” e di gestione dei rapporti individuali di lavoro si affianca, poi, nel quadro della più complessiva nozione di potere organizzativo che si è richiamata nel primo paragrafo:

¹⁰ Per analoghe conclusioni cfr. C.RUSSO, *Poteri, responsabilità e partecipazione*, Giappichelli, 1996 (soprattutto pp. 132 ss.), per il quale il discrimine tra macro-organizzazione e micro-organizzazione è individuato dal potere di direttiva degli organi di governo, che segna il passaggio dall'area della organizzazione normativamente definita all'area della organizzazione affidata all'autonomia dei dirigenti.

h) l'attività di disciplina collettiva dei rapporti di lavoro attraverso la contrattazione (nazionale di comparto e integrativa), inclusi i contratti collettivi che definiscono i trattamenti economici fondamentali e accessori per i dirigenti.

Tutti gli atti della organizzazione “bassa” e tutti gli atti di regolazione collettiva e di gestione individuale dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni sono espressione di un potere che l'ordinamento qualifica come privatistico, cioè sono atti di diritto privato e non di diritto pubblico. Infatti, l'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 165, stabilisce che “Nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'art. 2, comma 1 (l'organizzazione “alta”: ndA) 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*”. La contrattazione collettiva per i dipendenti delle pubbliche amministrazioni, dal proprio canto, è senza discussione attività pienamente di diritto privato, espressione di autonomia negoziale delle amministrazioni e dei sindacati.

Tuttavia, è qui bene sottolineare che la natura privatistica degli atti di organizzazione “bassa” e di gestione dei rapporti di lavoro non implica in alcun modo che essi debbano avere necessariamente carattere negoziale, né forma bilaterale/contrattuale. Hanno, ovviamente, carattere bilaterale i contratti che - ai sensi dell'art. 2, comma 3, del d.lgs. n. 165 - costituiscono e regolano i rapporti individuali di lavoro con le pubbliche amministrazioni; ed hanno, altrettanto ovviamente, carattere bilaterale i contratti individuali che, - ai sensi dell'art. 19, comma 2, del d.lgs. n. 165, come novellato legge n. 145/2002 - accedono all'atto unilaterale di conferimento dell'incarico e definiscono il trattamento economico nel rispetto dei principi definiti dall'articolo 24. Ma moltissimi altri degli atti privatistici con i quali viene ordinata l'organizzazione “bassa” delle pubbliche amministrazioni e sono gestiti i rapporti individuali di lavoro hanno carattere unilaterale. Per l'esattezza, si tratta di atti privatistici unilaterali che l'amministrazione-privato datore di lavoro adotta nell'esercizio di un potere organizzativo in tutto analogo, strutturalmente e giuridicamente, al potere organizzativo-direttivo dell'imprenditore; atti privatistici e unilaterali che trovano oggi fondamento presso le pubbliche amministrazioni - così come avviene presso le imprese - nel contratto di lavoro individuale, con il quale il dipendente pubblico “privatizzato” (lavoratore subordinato) si impegna a prestare il proprio lavoro alle dipendenze e secondo la direzione dell'amministrazione-datore di lavoro.

Dunque, il regime privatistico degli atti di organizzazione “bassa” e di gestione dei rapporti individuali di lavoro con le pubbliche amministrazioni non significa - come non lo significa nel lavoro subordinato presso le imprese - natura necessariamente bilaterale o contrattuale degli atti medesimi ¹¹.

Una conferma, se mai ve ne fosse bisogno, viene dall'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001, che recita: “Le amministrazioni pubbliche assumono ogni determinazione organizzativa al fine di assicurare l'attuazione dei principi di cui all'art. 2, comma 1, e la rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa”. Assunzione di ogni determinazione organizzativa significa, evidentemente, adozione, anche unilaterale, delle decisioni di organizzazione e di gestione dei rapporti di lavoro necessarie a realizzare i fini (chiaramente pubblici) indicati dalla norma, con i soli limiti derivanti

¹¹ Cfr. anche G.D'ALESSIO, *La responsabilità dell'amministrazione e dei dirigenti nella gestione dei contratti*, in *Atti del convegno “Il nuovo assetto del lavoro pubblico”*, Giuffrè, 1999; F.CARINCI, *Una riforma “conclusa”*, cit, p. XLVII.

dalle norme di legge e di contratto, collettivo e individuale. Inoltre, l'assenza di qualsiasi sillogismo "privatistico = bilaterale", per altro mai seriamente messa in dubbio in dottrina, appare oggi ulteriormente confermata dal d.lgs 150/2009 (cosiddetta "riforma Brunetta"). A tutela dell'autonomia organizzativo-gestionale dell'amministrazione pubblica questo nuovo decreto legislativo ha persino imposto il carattere necessariamente unilaterale di tutta una serie di atti dell'amministrazione-datore di lavoro; atti che restano nondimeno indiscutibilmente privatistici, pur se risulta preclusa sui relativi contenuti qualsiasi negoziazione formale.

L'analisi sin qui condotta sull'oggetto e sul diverso regime della organizzazione "alta" e della organizzazione "bassa" (inclusa in quest'ultima anche la disciplina collettiva e la gestione individuale dei rapporti di lavoro) consente di apprezzare i due principali aspetti positivi della seconda stagione di "privatizzazione" del pubblico impiego e della nuova linea di confine che essa ha tracciato tra area pubblicistica e area privatizzata dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni.

Il primo aspetto positivo è la forte semplificazione dei problemi interpretativi che, vigente la prima versione del d.lgs. n. 29/1993, si erano posti per capire quali fossero gli atti di organizzazione (da ricondurre al regime pubblicistico) e quali fossero gli atti di gestione del personale (da ricondurre al regime privatistico). Il problema di confine e di zone grigie si poneva, soprattutto, per alcuni atti di organizzazione degli uffici aventi diretti riflessi sui rapporti di lavoro e per gli atti di organizzazione del lavoro; atti che alcuni riconducevano alla organizzazione, rivendicandone il carattere pubblicistico, altri tentavano di inglobare nella gestione del personale, rivendicandone il carattere privatistico, e altri ancora (la maggioranza) sottolineavano essere di difficile attribuzione e qualificazione. Gli oggetti controversi andavano dalle piante organiche alla mobilità collettiva, all'articolazione degli orari, ai carichi di lavoro, all'assegnazione della sede, ai trasferimenti, comandi e distacchi, all'attribuzione di mansioni, e via dicendo.

Ebbene in base alla normativa oggi vigente queste categorie di atti appaiono senz'altro riconducibili alla organizzazione "bassa" e alla "gestione del personale" e, quindi, al regime privatistico. Per alcune di esse, il d.lgs. n. 165 detta principi, criteri, anche vincoli, ma entro questa cornice, che delineare più o meno forti tratti di specialità rispetto agli istituti corrispondenti del lavoro nell'impresa, l'attività organizzativa e gestionale delle amministrazioni pubbliche è sicuramente retta da regime privatistico (cioè esse operano, in queste materie, come privati datori di lavoro).

Il secondo aspetto positivo avrebbe dovuto stare – ma si richiama qui l'attenzione sull'uso del modo verbale "condizionale" - nella assai maggiore semplicità e flessibilità organizzativa e gestionale che la riconduzione di queste categorie di atti al regime privatistico avrebbe dovuto in teoria comportare. La misura di questa potenziale (e si sottolinea "potenziale") maggiore semplicità e flessibilità - che qui per ora può essere soltanto intuita - sarà più evidente alla luce delle considerazioni dei due seguenti paragrafi. Tuttavia, è bene sin d'ora anticipare che due decenni di prassi attuativa della "privatizzazione del pubblico impiego" inducono a sollevare molti dubbi e perplessità sull'effetto semplificatorio della riforma, come d'altronde si è già accennato nella introduzione di questo scritto e come si dirà più ampiamente in sede di conclusioni. E questi dubbi sono accentuati dal carattere iper-regolatorio e dall'approccio "proceduralmente pesante" della riforma del 2009.

2.3. La terza stagione di “privatizzazione” del pubblico impiego. Dal pancotrattualismo alla gestione unilaterale (2009-10).

La terza stagione della “privatizzazione del pubblico impiego” prende le mosse ai giorni nostri, cioè nel 2009. Preceduta da alcune anticipazioni inserite nel d.l. 25 giugno 2008, n. 112, in tema di finanza pubblica (conv. dalla legge 133/2008), la nuova “manovra” sulla pubblica amministrazione è attivata da una legge-delega (la terza dopo quelle del 1992 e del 1997) promossa dal ministro della Funzione Pubblica Brunetta (legge 4 marzo 2009, n. 15, che peraltro reca anche alcune disposizioni direttamente precettive) ed è concretata poi dal d.lgs 27 ottobre 2009, n. 150.

I primi due titoli del nuovo decreto legislativo dettano una disciplina organica e molto innovativa in materia di valutazione delle prestazioni individuali dei dipendenti e dei servizi pubblici e in materia di merito, premi e sanzioni per il personale. Una disciplina che per altro, ad avviso di chi scrive, è tanto condivisibile nei fini quanto invece molto discutibile nei contenuti concreti, in quanto rigida, farraginosa, sostanzialmente burocratica, col rischio di mettere in piedi solo un enorme apparato procedurale senza alcun positivo impatto su performances, efficienza ed efficacia dei servizi pubblici¹². L’ultimo titolo del d.lgs 150, invece, apporta modifiche anche rilevanti al d.lgs 165/2001, con particolare riferimento a tre temi: relazioni sindacali, dirigenza e materia disciplinare.

L’obiettivo di fondo delle nuove disposizioni appare duplice. Da un lato, e giustamente, reagire alla “irresistibile” tendenza espansiva della contrattazione collettiva che ha progressivamente invaso – a partire dalla tornata contrattuale nazionale 1998-2001 - sia a livello nazionale che a livello decentrato/integrativo i territori dell’organizzazione degli uffici e dei servizi, ma anche più in generale tutti quelli afferenti in qualche modo alla gestione delle risorse umane (dagli incarichi alle responsabilità, dalla disciplina alla valutazione, dalle progressioni alla formazione, ecc.)¹³. Dall’altro lato, spingere con decisione, e persino “costringere”, i dirigenti pubblici ad

¹² Il d.lgs 150 punta tutto sulla misurazione e valutazione delle prestazioni individuali dei dirigenti e del personale, con minuziose norme di procedura che regolamentano in ogni passaggio il cosiddetto “ciclo della performance”, giungendo persino a prestabilire per legge le percentuali di dipendenti da classificare “bravissimi” (25%), “bravi” (50%) e “non bravi” (25%), con tutto quel che ne consegue in termini di corresponsione della retribuzione di risultato. Ben poca attenzione è invece dedicata alla misurazione del livello/efficienza/efficacia/qualità dei servizi, che logicamente dovrebbe stare a monte, e non a valle, della valutazione individuale e che, oltretutto, sarebbe di assai più agevole gestione. Sia consentito citare, in proposito, il mio *Cinque proposte per una reale funzionalità delle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. nelle pubbl. amm.*, 2007, p. 417, ove si sottolineava la esigenza di porre l’accento sulla misurazione/valutazione dei servizi, lasciando la introduzione di meccanismi valutazione delle prestazioni individuali solo ad una fase successiva, dopo che le amministrazioni e il personale avessero assorbito e fatto realmente propria la “cultura della valutazione”. Ma non meno preoccupanti, perché ingestibili nella pratica, sono le norme che di fatto eliminano ogni discrezionalità dirigenziale nell’esercizio dell’azione disciplinare, trattando i dirigenti pubblici non come managers chiamati a operare con logiche aziendali, ma come “caporali”. Cfr., per analoghe preoccupazioni, il commento “in tempo reale” di P.MICHELI, *Pubblica amministrazione: la riforma perde i pezzi*, in www.lavoce.info, 1.2.2011; commento autorevole anche perché proveniente dall’interno, ossia da un componente, poi dimessosi, della Civit (Autorità sulla valutazione dei servizi pubblici) istituita proprio dalla riforma del 2009.

¹³ Su questa “irresistibile” tendenza espansiva della contrattazione collettiva, che ha alterato di fatto gli equilibri tra “legge e contrattazione” e tra “poteri datoriali e autonomia negoziale” disegnati dal legislatore, cfr. principalmente: F.CARINCI, *Una “riforma conclusa”*, cit., 2004, p. LXI ss.; L.ZOPPOLI, *A dieci anni dalla “riforma Bassanini”: dirigenza e personale*, in *Lav. nelle pubbl. amm.*, 2008, p. 24 ss.;

esercitare fino in fondo il proprio ruolo di gestori delle risorse umane. Fine, quest'ultimo, sicuramente giusto, ma perseguito in modo discutibile, perché il legislatore del 2009 non si limita a rafforzare i poteri manageriali dei dirigenti pubblici, soprattutto nei confronti dei sindacati, ma detta anche lo "stile manageriale" cui la dirigenza pubblica deve ispirarsi; stile caratterizzato – come ci dicono le norme sulla valutazione, sui premi e sul sistema sanzionatorio - da una netta preferenza per la valorizzazione/penalizzazione dei singoli rispetto alla politica di valorizzazione del gruppo e di miglioramento delle performances delle strutture e dell'organizzazione nel loro insieme (oggi invece preferite nelle più avanzate organizzazioni aziendali).

Ma sul merito di "politica del diritto" di alcune scelte delle riforme del 2009 ci si soffermerà più avanti, e soprattutto nelle conclusioni. Qui - nell'ambito di un ragionamento dedicato al potere di organizzazione nelle pubbliche amministrazioni e alla "privatizzazione" del lavoro pubblico - preme sottolineare che la riforma del 2009 conferma il confine teorico tra area pubblicistica e area privatizzata dell'organizzazione definito nel 1997-98. Rimane valida, cioè, quale linea di cesura tra diritto pubblico e diritto privato, la distinzione tra organizzazione "alta" e "bassa" confezionata alla fine degli anni '90.

Ciò che cambia – e molto! - sono le modalità di esercizio del potere privatistico del datore di lavoro. Le norme del 2009 enfatizzano, infatti, il potere di gestione unilaterale dell'amministrazione datore di lavoro, ridimensionano fortemente il ruolo della contrattazione collettiva (ricondata - come e forse più che negli anni 1993-96 - nei soli territori del trattamento economico, della disciplina delle relazioni sindacali e di poche altre questioni) e riducono notevolmente l'ambito delle forme di partecipazione sindacale diverse dalla mera informazione.

Di tutto ciò dà prova il novellato art. 5, comma 2, del d.lgs 165/2001, che conserva intatta la formula originaria sulla natura privatistica del potere datoriale, ma apporta due aggiunte (di seguito evidenziate in corsivo) che attengono per l'appunto alla unilateralità del potere gestionale del datore di lavoro: "Nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'art. 2, comma 1, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti ai rapporti di lavoro sono assunte *in via esclusiva* dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, *fatta salva la sola informazione ai sindacati, ove prevista nei contratti di cui all'art. 9. 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.*"

Inoltre, non solo la contrattazione collettiva viene respinta fuori da ambiti considerati prerogativa datoriale, ma questa esclusione è inderogabile, ossia che nelle pubbliche amministrazioni – a differenza di quanto avviene nel settore privato – il datore di lavoro non può decidere di negoziare questioni rientranti nel proprio potere gestionale unilaterale. Anticipato dal novellato art. 5 del d.lgs 165, questo divieto è chiaramente esplicitato dal nuovo art. 40 del d.lgs 165, nel quale si legge "*Sono, in particolare, escluse dalla contrattazione collettiva le materie attinenti all'organizzazione degli uffici, quelle oggetto di partecipazione sindacale ai sensi dell'art. 9, quelle afferenti alle prerogative dirigenziali ai sensi degli artt. 5, comma 2, 16 e 17, la materia del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali, nonché quelle di cui all'art. 2, comma 1, lett. c) della legge 421/1992.*"

E vi è ancora dell'altro. Pur quando si muove nel proprio ambito, la contrattazione collettiva è – in base alle nuove norme del 2009 – fortemente condizionata ed esposta a depotenziamento, per tre ragioni:

- a) Anche nei territori riconosciuti propri dal novellato art. 40 del d.lgs 165, la contrattazione collettiva risulta in parte vincolata nei contenuti dal legislatore, che detta criteri e limiti. Per esempio, nel disciplinare la materia delle relazioni sindacali i contratti collettivi non potranno comunque prevedere, nelle materie riservate al potere unilaterale del datore di lavoro (organizzazione, ecc.), forme di partecipazione diverse dall'unica consentita dal legislatore (l'informazione). Oppure, nelle materie relative a sanzioni disciplinari, valutazione delle prestazioni, mobilità e progressioni economiche, la contrattazione è consentita solo negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge relative a tali istituti.
- b) La riforma del 2009 ha capovolto il meccanismo di coordinamento tra legge e contrattazione collettiva nazionale vigente dal 1998 (art. 2, comma 2, secondo periodo del d.lgs 165/2001). Dal 1998 ad oggi, in materia dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni eventuali casi di conflitto tra legge e successiva contrattazione collettiva di comparto si risolvevano a favore della norma contrattuale: il contratto collettivo successivo poteva derogare alla norma di legge, salvo espresso divieto di quest'ultima. D'ora in poi sarà vero il contrario: come era già stato fino al 1998, il contratto collettivo, pur successivo, non potrà derogare alla preesistente norma di legge, a meno che non sia proprio quest'ultima a consentire tale derogabilità.
- c) Infine la novità più rilevante. Sia per la contrattazione collettiva nazionale che per quella decentrata e integrativa sono stati introdotti meccanismi che consentono all'amministrazione-datore di lavoro - dopo la scadenza del contratto collettivo e decorso inutilmente il termine ordinario per rinnovarlo/rinegoziarlo – di adottare interventi unilaterali sostitutivi anche in materia di trattamenti economici fondamentali e accessori per il personale (cfr. l'art. 47-bis e i commi 3-ter e 3-quater dell'art. 40 del d.lgs 165/2001, introdotti dal d.lgs 150/2009)¹⁴.

Ora, l'esigenza e la bontà di alcune di queste innovazioni in materia di relazioni sindacali – per esempio, la restituzione all'autonomia dell'amministrazione-datore di lavoro di territori inopinatamente invasi da una debordante e poco responsabile contrattazione collettiva (nazionale e, soprattutto, integrativo/decentrata) – è difficilmente contestabile. Sulle altre i commenti si divideranno in favorevoli e contrari.

Comunque, emerge un profondo cambiamento nella struttura del potere organizzativo privatistico delle pubbliche amministrazioni. Un cambiamento che attiene non alla estensione territoriale del potere organizzativo privatistico (cioè alle materie

¹⁴ Sul nuovo assetto normativo dei rapporti tra amministrazione-datore di lavoro e sindacati cfr. F.CARINCI, *Il secondo tempo della riforma Brunetta: il d.lgs 150/2009*, in "Working Papers di M. D'Antona" e in *Lav.nelle pubbl.amm.*, 2011; ID, *La terza riforma del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo governo Berlusconi*, in *Lav.nelle pubbl.amm.*, 2008, p. 959 ss.; L.FIORILLO, *Le fonti di disciplina del rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in L.FIORILLO (a cura di), *Diritto del lavoro. Il lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 3° ed, 2011, vol. III, p. 50 ss; A.BOSCATI, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e attività amministrativa*, *ibidem*, 2009, p. 13 ss.; S.MAINARDI, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici*, *ibidem.*, 2009, p. 729 ss.; A.GARILLI-A.BELLAVISTA, *Riregolazione legale e decontrattualizzazione: la neoibridazione normativa del lavoro con le pubbliche amministrazioni*, *ibidem*, 2010, p. 8 ss; A.Alaimo, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e blocchi*, *ibidem*, 2010, p. 287. Cfr. inoltre i saggi citati infra alla n. 26.

sue proprie), ma alla intensità e modalità della sua espressione, che da forme di esercizio prevalentemente “negoziali” transita a forme di esercizio spesso “unilaterali”. L’ambito spaziale di espressione del potere organizzativo pubblicistico e privatistico rimane grosso modo lo stesso delineato nel 1997-98, e la cesura tra diritto pubblico e diritto privato continua a correre lungo la linea che separa l’organizzazione “alta” da organizzazione “bassa” e disciplina dei rapporti di lavoro. Da oggi però la pubblica amministrazione, anche quando opererà come privato datore di lavoro, lo farà molto più spesso di prima in modo unilaterale, senza necessariamente dover coinvolgere (se non nelle forme *soft* della partecipazione non negoziale) la controparte sindacale. Non è un ritorno al passato del diritto pubblico, dell’amministrazione gestita con provvedimenti amministrativi. Il potere datoriale di gestire organizzazione “bassa” e rapporti di lavoro rimane privatistico. Ma si tratta di un potere privatistico molto più unilaterale di prima

¹⁵

3. Regole particolari sul potere organizzativo privatistico delle amministrazioni.

Definito l’ambito spaziale del potere organizzativo privatistico delle pubbliche amministrazioni, possiamo ora a verificare in quale misura questo potere organizzativo privatistico delle pubbliche amministrazioni sia effettivamente analogo a quello dell’imprenditore privato, e in quale misura esso sia invece assoggettato, dalla legislazione di delega e dal d.lgs. n. 165/2001 (come novellato da ultimo nel 2009), a regole particolari applicabili solo alla PA.

Riprendendo una autorevolissima domanda formulata da Massimo D’Antona nel 1997 ¹⁶, la questione è se, e in che misura, la natura pubblica delle amministrazioni abbia indotto il legislatore a configurare il potere organizzativo privatistico delle amministrazioni in modo un po’ speciale e diverso rispetto al potere organizzativo dell’imprenditore.

3.1. Vincolo di scopo: a) indirizzo e controllo sull’attività organizzativa.

Fattore di specificità della normativa sul potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni è sicuramente il cosiddetto “vincolo di scopo”, ossia la finalizzazione del potere organizzativo ad uno scopo predeterminato. Pur privatizzando l’organizzazione “bassa” e i rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni, il legislatore non ha considerato - né avrebbe potuto considerare, alla luce dei principi di imparzialità e buon andamento dell’art. 97 Cost. - irrilevanti ed esclusivamente interni all’amministrazione i fini del potere organizzativo. Al contrario, sia le leggi delega nn. 421/1992, 59/1997 e 15/2009, sia i vari dd.lgs attuativi (da ultimo il d.lgs 165/2001 come novellato dal d.lgs 150/2009) sono intrisi di disposizioni sugli scopi e sui criteri cui deve essere informata l’attività organizzativa (inclusa la regolazione e gestione del personale) nelle pubbliche amministrazioni, qualunque ne sia il regime giuridico

¹⁵ Analogamente cfr. F.CARINCI, “*Il secondo tempo della riforma Brunetta*”, cit., 2011; ID, “*La terza riforma del lavoro nella pubblica amministrazione. La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi*”, in *Lav.nelle pubbl.amm.*, 2008, p. 950 ss.; B.CARUSO, *Gli esiti regolativi della “riforma Brunetta”*, in *Lav. nelle pubbl. amm.*, 2010, p. 249; G.D’AURIA, *Il nuovo sistema delle fonti nel pubblico impiego*, in *Giorn.dir.amm.*, 2010, p. 5.

¹⁶ M.D’ANTONA, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle PA*, in *Amm.dir.lav.*, 1997, p. 42.

(pubblicistico o privatistico). Questi vincoli di scopo e criteri attengono a cinque principali aspetti.

Il primo è quello della efficienza, efficacia ed economicità. Il legislatore impegna sia le fonti normative subordinate, sia gli organi di governo e i dirigenti ad ispirare l'attività organizzativa al miglior rapporto costi/risultati, al miglior rapporto obiettivi/risultati e al contenimento della spesa per l'organizzazione e il personale, coerentemente con le finalità generali di contenimento della spesa pubblica. L'indicazione si ritrova, come principio, nell'art. 2 della l. n. 421 e negli artt. 1 e 2 del d.lgs 165 [in particolare, comma 1, lett. a) e b) dell'art. 1 e comma 1, lett. a) del'art. 2], ma è anche tradotta in specifiche direttive organizzative e gestionali da diverse altre disposizioni del d.lgs. n. 165 (si vedano, per esempio, gli artt. 8, commi 1 e 2; 18, comma 1; 40, comma 3; 47, commi 4-7; 48; 58-60). Questa stessa finalità, con accento particolare sui temi delle performances e della qualità di servizi e prestazioni, ispira poi gli artt. 4 e 11 della legge-delega 15/2009 e il titolo II ("Misurazione, valutazione e trasparenza della performance") del d.lgs 150/2009.

In parte connesso al precedente è, poi, l'insieme di principi e criteri in tema di razionale impiego delle risorse umane, di determinazione dei fabbisogni di personale in relazione ai carichi di lavoro e di politica della formazione stabiliti sia nelle leggi delega, sia più dettagliatamente dal d.lgs. n. 165 [se ne vedano, ad esempio, gli art. 1, comma 1, lett. c); 6, commi 1, 3 e 4; 7, comma 4; 35, comma 4].

Ancora, una serie di disposizioni del d.lgs. n. 165 dettano principi e criteri in tema di orientamento dell'organizzazione alle esigenze dell'utenza e al pubblico interesse, di organizzazione delle amministrazioni per funzioni omogenee e per obiettivi, di eliminazione delle duplicazioni funzionali, di flessibilità nell'organizzazione degli uffici e del lavoro, di semplificazione e intensificazione della comunicazione tra uffici, di interconnessione informatica e statistica tra le amministrazioni, e analoghi [cfr., ad esempio, gli artt. 2, comma 1, lett. b), c), e); 5, comma 1; 10, comma 1; 11; 36, comma 1; 54, comma 1].

Un quarto gruppo di principi e criteri organizzativi attiene, poi, al fondamentale capitolo dell'imparzialità e trasparenza dell'amministrazione, nel presupposto che l'assetto organizzativo è strumentale alla realizzazione di tali valori [nel d.lgs 165/2001, si vedano gli artt. 2, comma 1, lett. d); 10, comma 1; 35, comma 3, lett. a), b), e); 50, comma 1; si vedano poi anche l'art. 2, comma 1, lett. d), e l'art. 4 della l. 15/2009].

Infine, specifici criteri organizzativi del d.lgs. n. 165 attengono alla promozione della pari opportunità tra uomini e donne dipendenti di pubbliche amministrazioni e all'impiego flessibile dei dipendenti che si trovino in situazioni di svantaggio personale, sociale o familiare [artt. 1, comma 1, lett. c); 7, commi 1 e 3; 19, commi 4-bis, 5-ter; 35, comma 3; 57].

Tutti questi principi e criteri qualificano - in attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento posti dall'art. 97 Cost. - il potere organizzativo delle amministrazioni pubbliche come potere "finalizzato" ad uno scopo esterno al titolare del potere, e ciò sia quando il potere si esprime attraverso atti pubblicistici, sia quando si esprime attraverso atti privatistici¹⁷.

¹⁷ Così da subito A.ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *Dir.lav.rel.ind.*, 1993, p. 468 e M.D'ANTONA, *Autonomia negoziale* cit, p. 43; *contra* M.BARBIERI, *Problemi costituzionali della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico*, Cacucci, Bari 1997, p. 134, per il quale i suddetti principi e criteri valgono solo per il potere organizzativo in regime di diritto pubblico, ma non per la gestione del personale in regime privatistico.

Il diverso regime giuridico stabilito da un lato per l'organizzazione "alta" e, dall'altro lato, per l'organizzazione "bassa" e per la regolazione e gestione dei rapporti di lavoro non determina, cioè, la scissione tra una quota di potere organizzativo delle amministrazioni in cui il fine è esterno al titolare del potere e vincolato (il potere pubblicistico) e una quota di potere organizzativo delle amministrazioni in cui il fine resta libero e interno al titolare del potere (quale il potere relativo alla organizzazione "bassa" e alla gestione dei rapporti di lavoro sarebbe se fosse in tutto analogo al corrispondente potere organizzativo di un imprenditore privato, di cui si dice che è "libero nel fine"). Entrambe le quote del potere organizzativo delle amministrazioni – potere organizzativo "pubblicistico" e potere organizzativo "privatistico" – sono vincolate nel fine alla soddisfazione del pubblico interesse. Cambia radicalmente, però, almeno in linea teorica, il modo in cui l'ordinamento monitora e garantisce il conseguimento del fine pubblico.

Nel caso del potere organizzativo in regime di diritto pubblico, lo strumento è la "funzionalizzazione" del potere. Questa espressione, tipica del diritto amministrativo, indica una attività caratterizzata dall'esercizio di un potere autoritativo e imperativo; attività e potere e che proprio per questo l'ordinamento considera giuridicamente rilevanti in tutti i passaggi e singoli atti, sottoponendoli (in ottica di garanzia) ad un controllo analitico che riguarda sia ogni singolo atto, sia l'attività nel suo insieme (e il suo risultato).

Nel caso del potere organizzativo in regime di diritto privato, invece, l'ordinamento non appresta alcuna "funzionalizzazione", cioè non prevede né la rilevanza giuridica di ogni singolo atto né un controllo analitico. La ragione è che qui l'attività organizzativa, pur restando "finalizzata", si svolge senza i caratteri di autoritatività e imperatività, e dunque viene meno l'esigenza (di garanzia) del controllo analitico. A tutela della "finalizzazione" all'interesse generale è sufficiente, nel caso del potere organizzativo in regime privatistico, un controllo meno pervasivo, e in teoria limitato al risultato finale.

In altri termini, l'osservanza del vincolo di scopo può essere assicurata, dall'ordinamento, attraverso strumenti giuridici diversi a seconda che si tratti di attività organizzativa delle amministrazioni in regime pubblicistico o in regime privatistico. Nel primo caso, poiché l'amministrazione si avvale di un potere autoritativo e imperativo, sono necessari la "funzionalizzazione" e il controllo analitico sia dell'attività che di tutti i singoli atti organizzativi; nel secondo caso, invece, poiché l'amministrazione non si avvale di potestà diverse da quelle dei privati, il controllo sulla corrispondenza dell'attività al fine non deve essere puntuale e analitico sui singoli atti, ma può essere configurato come sintetico e riferito al solo risultato complessivo dell'attività o di singole fasi intermedie dell'attività¹⁸.

La utilità e concreta praticabilità della distinzione tra potere organizzativo "funzionalizzato" (in regime di diritto pubblico) e potere organizzativo semplicemente "finalizzato" (in regime di diritto privato) è stata criticata, da una recente dottrina, con vari argomenti, tra cui principalmente due: la difficoltà di separare le due aree ("alta" e

¹⁸ A.ORSI BATTAGLINI, *Op.cit.*, p. 471; L.FIORILLO, *Potere di organizzazione*, p. 127 ss.; M.D'ANTONA, *Autonomia negoziale* cit, pp. 43 e 48. Di recente cfr. anche l'analisi di P.CERBO, *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nelle pubbliche amministrazioni*, Padova, Cedam, 2007, pp. 247 ss., che propone un parallelo tra la finalizzazione dell'attività organizzativa privatistica delle amministrazioni pubbliche e i vincoli per fini sociali imposti all'autonomia dell'imprenditore privato. Cfr. inoltre M.CRESTI, *Efficienza e garanzie nell'evoluzione dell'organizzazione statale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 156 ss.

“bassa”) del potere organizzativo; l'eccessiva pervasività dei vincoli e condizionamenti che le norme impongono, in concreto, alla attività organizzativa privatistica delle amministrazioni, al punto da svuotarne l'effettiva autonomia¹⁹.

Questa critica merita molta attenzione, soprattutto per il secondo dei due argomenti. A mio avviso, infatti, è necessario tenere distinti il piano teorico e quello del modo concreto in cui il modello teorico viene attuato. In linea teorica, la distinzione tra potere organizzativo pubblicistico “funzionalizzato” e potere organizzativo privatistico semplicemente “finalizzato” appare valida e attuabile. In concreto, molto (se non tutto) dipende dalla coerenza del legislatore e dalla capacità effettiva degli attori del sistema pubblico (organi di governo, dirigenti e sindacati) di attuare questo modello. Infatti: se il legislatore non sa/vuole limitarsi a dettare i fini e i controlli di risultato, ma prima o poi torna ad invadere le modalità di gestione con regolamentazioni minute; se gli organi politici e la dirigenza non sanno/vogliono interpretare i rispettivi ruoli di indirizzo-controllo sui risultati (politica) e di autonomia gestionale manageriale (dirigenza); se i sindacati puntano principalmente alla co-gestione, allora di fatto si torna alla situazione ante-riforma e la costruzione teorica del potere organizzativo privatistico “finalizzato” anziché “funzionalizzato” perde qualsiasi utilità concreta.

Purtroppo, come si è qua e là anticipato e come si dimostrerà meglio poi, proprio questa coerenza e capacità sono venute in più casi a mancare nei venti anni di applicazione della riforma. Soprattutto la censura contro la eccessiva pervasività dei vincoli e condizionamenti al potere “privatistico” delle amministrazioni pubbliche si rivela fondata ed evidenzia crepe molto gravi in una riforma in astratto valida e attuabile. Un esempio concreto è dato dal malfunzionamento del nuovo sistema dei controlli sul lavoro pubblico, attivato sin dagli anni '90 e oggetto di interventi a più riprese e ancora, da ultimo, nel 2009. A seguito della “privatizzazione” del lavoro pubblico, i tradizionali controlli amministrativi avrebbero dovuto essere sostituiti da controlli di tipo nuovo. Ed effettivamente nel 1993-94 gli atti individuali privatistici di gestione del personale sono stati sottratti (art. 4, comma 2, dell'originaria versione del d.lgs. n. 29 e legge 20/1994 sulla Corte dei conti) al preesistente e pervasivo controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti e di altri organi di controllo esterno. In seguito il d.lgs. n. 80/1998 ed altre leggi coeve estesero la soppressione dei controlli esterni di legittimità sui singoli atti oltre la sfera della gestione del personale, per riguardare anche gli atti di organizzazione strutturale e di organizzazione del lavoro (organizzazione “bassa”) ricondotti al regime privatistico, e cercarono di enfatizzare la logica, tipica del modello privatistico, che vuole i controlli di risultato come controlli “collaborativi” (cioè diretti a fornire elementi e stimoli correttivi alla gestione) più che “repressivi”. Infine il d.lgs n. 286/1999 ha portato a compimento questa fase di riscrittura del sistema dei controlli interni nelle amministrazioni statali classificando quattro diverse tipologie di controllo interno (di regolarità amministrativa e contabile; di gestione; valutazione dei dirigenti; valutazione e controllo strategico) differenziate in ragione delle funzioni assolte da ciascuna. Tale tendenza è stata in parallelo recepita

¹⁹ Cfr. la approfondita e appassionata analisi di M.SGROI, *Dalla contrattualizzazione dell'impiego alla organizzazione privatistica dei pubblici uffici*, Giappichelli, Torino, 2006, in particolare pp. 69, 265 ss e 288 ss. Questo A. sostiene la necessità di puntare, *de iure condendo*, ad una integrale privatizzazione del potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni, unica soluzione in grado di garantire effettivamente l'obiettivo di una gestione ispirata a criteri aziendalistici. A ciò non osterebbe l'art. 97 Cost, che imporrebbe di “funzionalizzare” solo l'attività delle pubbliche amministrazioni, ma non la loro organizzazione, mentre il rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento sarebbe sufficientemente garantito dalla previsione di limiti alle capacità “datoriali” dell'amministrazione.

dalla legislazione in materia di ordinamento regionale e locale. Nell'insieme, la legislazione di riforma dei controlli amministrativi degli anni '90 del secolo passato ha cercato di creare un contesto normativo abbastanza coerente con la "privatizzazione" di una parte del potere organizzativo delle amministrazioni.

Eppure, le cose non hanno funzionato. Problemi si sono manifestati sin dai primi anni a livello di cultura e prassi dell'organizzazione, nonché per le resistenze dei diversi "attori" del sistema ad accettare il nuovo modello. Le amministrazioni e la dirigenza si sono mostrati assai intimoriti dagli spazi di libertà – ma anche di maggior responsabilità - che il nuovo assetto comportava. Il sistema di controllo sui risultati non ha mai realmente preso piede ovvero, quando è stato attuato, lo è stato in modo burocratico e formale, senza "mordere" realmente il funzionamento delle amministrazioni. D'altra parte, anche la Corte dei conti ha mostrato difficoltà a far proprio il nuovo ruolo non più di controllore giuridico, ma soprattutto di vertice di una rete o *network* deputata al controllo prevalentemente economico sulla gestione complessiva delle amministrazioni, e ha cercato di recuperare spazi per il controllo di legalità sugli atti in sede di controllo successivo sulla gestione e in sede di esercizio della giurisdizione in tema di responsabilità contabile e amministrativa patrimoniale (legittimando, in tal modo, le "paure" delle amministrazioni e della burocrazia)²⁰.

Queste difficoltà si sono aggravate durante tutto il primo decennio del XXI secolo²¹. Ad esse ha cercato di reagire, recentemente, la riforma del 2009. Uno dei suoi capisaldi è, infatti, il tentativo di rilanciare la misurazione e valutazione dell'attività delle pubbliche amministrazioni in termini di risultato. Di qui, una nuova normativa su predeterminazione degli obiettivi, pianificazione dei risultati e loro valutazione, il tutto riassunto nella formula "ciclo della performance" (cfr. il titolo II del d.lgs 150/2009). E altrettanto importante è, nella strategia del legislatore del 2009, il rafforzamento del circuito degli organismi di controllo interno delle pubbliche amministrazioni, simbolizzato anche dalla istituzione di una sorta di autorità di coordinamento nazionale (la Civit, Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche), insediata (per altro in modo estemporaneo sul piano concettuale) presso l'Agenzia per le Relazioni sindacali nella PA (Aran).

Il tempo dirà se questo nuovo tentativo riuscirà negli intenti. Purtroppo però non è possibile, qui, tacere che la bontà delle intenzioni della riforma del 2009 si mescola con soluzioni tecniche discutibili e con un evidente eccesso di regolamentazione e procedimentalizzazione, soprattutto per ciò che concerne la valutazione individuale, che va in direzione opposta a quella semplificazione e flessibilità che la gestione manageriale richiederebbe²². Legittimo, perciò, è il timore che ancora una volta, agevolata dai difetti

²⁰ Sull'attuazione del d.lgs. n. 296/1999, cfr. Corte Conti, Sezione centrale sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, Collegi I e II, Deliberazione n. 19/2002 del 17.5.2002 e C. Conti Sezione centrale sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, Collegi I e II, Deliberazione n. 15/2003 del 7.5.2003 che rilevano i ritardi nell'attuazione della riforma.

²¹ Cfr. G.D'AURIA, *I nuovi "controlli" della Corte dei conti (dalla "legge Brunetta" al federalismo fiscale, e oltre)*, in *Lav.nelle pubbl.amm.*, 2009, p. 470 ss.

²² Non è questa la sede per commentare in dettaglio la nuova normativa sul ciclo della performance. Tuttavia, non si può non rilevare la pesantezza procedurale di un sistema che prevede atti di indirizzo della autorità di settore in materia di controllo sulle performance delle amministrazioni pubbliche (la Civit), atti di ulteriore indirizzo degli organi di governo delle amministrazioni, controlli dei dirigenti, controlli degli "organismi indipendenti di controllo" delle singole amministrazioni e controlli della Civit, cui si aggiungono poi i controlli della Corte dei conti, il tutto intersecato da poteri di vigilanza del Dipartimento della Funzione pubblica e della Ragioneria generale dello Stato e dalla possibilità di contenziosi davanti al giudice ordinario. Né si può non segnalare l'assurda rigidità di un vincolo come

tecniche di impostazione anche di quest'ultima riforma, la "palude burocratica" prevalga²³.

Tutti questi difetti e disfunzioni, però, se legittimano le censure al modo in cui la "privatizzazione" del lavoro pubblico è stata dis-attuata, non revocano in dubbio la correttezza del modello teorico. In particolare, volendo valutare se la nuova cornice di "finalizzazione degli scopi-controllo sui risultati" sia coerente o meno con la "privatizzazione" di una quota del potere organizzativo delle amministrazioni pubbliche, si può dire quanto segue.

Il nuovo modello tende a sostituire, alla tradizionale sequenza "indirizzo amministrativo-provvedimento amministrativo di organizzazione-controllo amministrativo puntuale", una nuova sequenza "indirizzo amministrativo-attività privatistica di organizzazione-controllo amministrativo di risultato". Ciò è in via concettuale coerente con la transizione di organizzazione "bassa" e rapporto di lavoro verso moduli di gestione aziendalistici. La nuova sequenza potrebbe forse sembrare anomala là dove costringe l'attività organizzativa privatistica delle amministrazioni - che, in quanto attività di diritto privato, dovrebbe essere libera nel fine - entro i vincoli di indirizzi e controlli amministrativi. Ma questa perplessità non ha ragion d'essere. L'ordinamento già conosce, infatti, altri casi in cui - attraverso strumenti di indirizzo e controllo amministrativo - si realizza un coordinamento fra attività di diritto privato della pubblica amministrazione e fini pubblici imputati all'amministrazione.

Il riferimento è alle numerose varietà delle cosiddette "procedure di evidenza pubblica", un sistema nato in relazione a contratti e appalti delle pubbliche amministrazioni, ma che non nessuna ragione impedisce concettualmente di estendere al lavoro pubblico "privatizzato". Infatti, la struttura del sistema di evidenza pubblica consta di una attività retta dalle norme del diritto privato (la formazione della volontà contrattuale delle parti, pubblica e privata, e, poi, delle decisioni per l'esecuzione del contratto) e, in parallelo, di un procedimento amministrativo, volto ad evidenziare le ragioni di pubblico interesse per cui la parte pubblica intende concludere il contratto e a consentire, su tali ragioni, un controllo pubblico²⁴. Non appare, allora, molto diversa la struttura del rapporto tra attività organizzativa privatistica delle amministrazioni e fasi (pubblicistiche) di indirizzo e controllo su di essa. L'indirizzo prima, e la verifica di risultato poi, sono attività pubblicistiche che circoscrivono l'attività privatistica di organizzazione e di gestione del personale: l'uno evidenzia gli interessi pubblici concreti cui devono ispirarsi micro-organizzazione e gestione del personale; l'altra controlla *ex post* che l'attività organizzativa privatistica si sia svolta in coerenza con gli interessi pubblici evidenziati.

quello che presiede alla erogazione della retribuzione di risultato al personale, per il quale lo stesso d.lgs 150/2009 definisce le quote percentuali di attribuzione e stabilisce che almeno un dipendente su quattro non debba percepire alcun premio! E' facile diagnosticare una serie di tentativi di disapplicazione, come lascia intuire il fatto che già alcune amministrazioni "più forti" (Presidenza del Consiglio, Ministero dell'Economia, settore Scuola) hanno ottenuto che l'operatività del nuovo ciclo della performance resti subordinata a futuri dPCM attuativi.

²³ Con analoghe perplessità sui nuovi controlli e sistemi di valutazione in base al d.lgs 150/2009 cfr. anche: G.D'AURIA, *op.ult.cit.*, p. 471 ss.; F.CARINCI, *La terza riforma del lavoro nella pubblica amministrazione*, cit., 2008, pp. 956 ss, 974 e 982; S.MAINARDI, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici*, in *Lav.nelle pubbl.amm.*, 2009, pp. 747 ss; G.NICOSIA, *I dirigenti pubblici nella "riforma Brunetta": più controllori o più controllati?*, in *Lav.nelle pubbl.amm.*, 2010, p. 343. Sul nuovo assetto della valutazione delle performances nella PA cfr ancora, più recentemente, F.CARINCI, *Il secondo tempo della riforma Brunetta: il d.lgs 150/2009*, cit., 2011.

²⁴ Così M.S.GIANNINI, *Diritto amministrativo* cit, II, pp. 362 ss..

3.2. Vincolo di scopo: b) indirizzo e controllo sulla contrattazione collettiva.

Un'altra importante strumentazione a garanzia del vincolo di scopo del potere organizzativo privatistico delle amministrazioni è data dai meccanismi di indirizzo e controllo sulla contrattazione collettiva. Si tratta di una strumentazione che ha subito un andamento ondulatorio, passando dal modello originario del 1993 (soprattutto artt. 50-52 prima formulazione del d.lgs. n. 29/1993) a quello messo a punto dalle riforme del 1997-98 (soprattutto artt. 47-48 d.lgs. n. 165/2001), per poi tornare, almeno per alcuni aspetti, alle origini con le modifiche introdotte nel d.lgs. 165/2001 attraverso tre interventi in rapida successione (d.l. 112/2008, conv. dalla l. 233/2008; l. 15/2009; d.lgs. 150/2009).

Nella prima versione erano previsti, per la contrattazione collettiva nazionale, direttive del Presidente del Consiglio dei ministri all'ARAN ai fini della conduzione delle trattative relative a tutti i comparti, un controllo "di merito" del Governo sullo schema di contratto concluso (autorizzazione governativa alla sottoscrizione dell'ARAN), nonché un controllo della Corte dei conti sulla legittimità dell'autorizzazione governativa alla sottoscrizione, sulla corretta quantificazione degli oneri derivanti dal contratto e sulla adeguata loro copertura finanziaria. Inoltre, numerose disposizioni erano preordinate ad assicurare il coordinamento della contrattazione con gli obiettivi di contenimento della spesa pubblica, mentre l'art. 52 dell'originaria formulazione del d.lgs. n. 29/1993 vincolava i contratti collettivi nazionali a prevedere, con apposite clausole, la possibilità di sospendere l'esecuzione parziale o totale del contratto in caso di accertata esorbitanza dei limiti di spesa quantificati all'atto della stipulazione²⁵.

Questo impianto si è rivelato, alla prova dei fatti, alquanto farraginoso e proceduralmente lento. Inoltre, il notevole potere di intervento della Corte dei conti, concernente non solo il profilo finanziario ma anche la legittimità delle norme contrattuali, ha sollevato forti reazioni delle organizzazioni sindacali, che sin dal primo momento hanno visto in esso una interferenza nella piena autonomia negoziale delle due controparti (Governo e OS). Di qui la scelta del legislatore, nel biennio 1997-98, di procedere ad una profonda revisione, ispirata a valorizzare il pluralismo dei comparti amministrativi e l'autonomia negoziale delle parti, nonché a ridurre le interferenze pubblicistiche sulle procedure di contrattazione. Nell'insieme, gli aspetti salienti dell'impianto attivato nel 1998 e sostanzialmente vigente fino al 2008, sono stati i seguenti:

- a) il potere di indirizzo nei confronti dell'ARAN e il controllo "di merito" sugli schemi di contratto prima della sottoscrizione non sono stati più centralizzati in capo al Governo, ma sono stati decentrati, in linea con la valorizzazione delle autonomie propria di questa stagione di riforme amministrative, ad organismi - denominati "comitati di settore" - operanti presso l'ARAN e composti da soggetti designati dalle istanze rappresentative delle amministrazioni dei diversi comparti (Conferenza dei presidenti regionali, ANCI, UPI, Unioncamere, Conferenza dei rettori delle

²⁵ Anche per la contrattazione decentrata erano previste una autorizzazione dell'organo di governo dell'amministrazione ai dirigenti ai fini della sottoscrizione e controlli su tale autorizzazione ad opera degli organi competenti secondo gli ordinamenti delle singole amministrazioni. Particolarità della contrattazione decentrata era, poi, di essere "finalizzata" al contemperamento tra esigenze organizzative, tutela dei dipendenti e interesse degli utenti (art. 45, comma 4, d.lgs. n. 29/1993, prima formulazione).

- università, ecc.) ovvero, per le amministrazioni statali, da un gruppo ristretto di ministri;
- b) la sottoscrizione dei contratti da parte dell'ARAN non è stata più subordinata ad una autorizzazione, ossia ad un provvedimento amministrativo discrezionale, ma ad un parere del comitato di settore, ossia ad una “dichiarazione di giudizio”, che non ha natura di provvedimento; la conseguenza è che mentre l'autorizzazione alla sottoscrizione era soggetta, come tutti i provvedimenti, a controllo di legittimità e a sindacato giurisdizionale, il parere sullo schema di contratto, come tutte le dichiarazioni di giudizio delle amministrazioni, non vi era, in linea di massima, sottoposto.
 - c) il controllo della Corte dei conti sui contratti nazionali non è stato più riferito, nemmeno indirettamente, alla legalità delle clausole contrattuali, ma soltanto alla quantificazione degli oneri e alla loro compatibilità economica rispetto agli obiettivi indicati dagli strumenti di programmazione e di bilancio (leggasi “DPEF-documento di programmazione economica e finanziaria” e “legge finanziaria”, approvati ogni anno dal Parlamento rispettivamente entro maggio ed entro settembre), ed è stato inoltre trasformato da “impeditivo” in prevalentemente “collaborativo”, togliendo alla certificazione negativa l'effetto di interdire la sottoscrizione del contratto (cfr. art. 47, commi 6 e 7, del d.lgs. n. 165/2001; per i corrispondenti controlli sui contratti integrativi, svolti dagli organismi a ciò deputati in ciascuna amministrazione, cfr. invece l'art. 40 bis del d.lgs 165, introdotto dal d.l 448/2001);
 - d) si è tentato di potenziare gli strumenti statistici e conoscitivi necessari a determinare e valutare attendibilmente la spesa per il personale delle pubbliche amministrazioni;
 - e) è venuta meno la sopra detta formale “finalizzazione” della contrattazione decentrata ad interessi diversi da quelli delle parti;
 - f) è rimasto, infine, l'obbligo di prevedere, nei contratti nazionali, apposite clausole per la sospensione dell'esecuzione del contratto in caso di sopravvenuta esorbitanza dei suoi costi.

L'esperienza applicativa ha però fatto emergere problemi diversi ma non meno gravi di quelli della prima stagione: la cabina di regia del lavoro pubblico, frammentata tra Governo, troppi comitati di settore, troppi comparti di contrattazione nazionale e un'Aran sempre meno autorevole e indipendente, si è rivelata via via inefficace e non in grado di coordinare il settore in modo adeguato; la contrattazione collettiva, nazionale e soprattutto decentrata, ha progressivamente esorbitato dal proprio ambito naturale andando ad occupare via via spazi che avrebbero dovuto essere propri dell'autonomia gestionale dell'amministrazione; la sostituzione di controlli esterni impeditivi della stipula (del contratto collettivo) con controlli prevalentemente interni e, comunque, collaborativi piuttosto che impeditivi, ha dato cattiva prova, favorendo la lievitazione della spesa e soprattutto, a livello decentrato, un utilizzo poco “produttivo” degli istituti di flessibilità e delle risorse per il salario accessorio.

Ecco allora, in questa terza stagione di “privatizzazione” del lavoro pubblico, il nuovo intervento correttivo, volto a ripristinare meccanismi volti a tutelare l'interesse pubblico al controllo della spesa e a cercare di un punto di equilibrio tra opposte esigenze. Questi i tratti salienti:

- a) ridefinizione del rapporto tra legge e contrattazione collettiva, con rilevante limitazione dello spazio negoziale tanto in modo diretto (esplicita esclusione della contrattazione collettiva da certe materie, come la micro-organizzazione o istituti del rapporto lavoro su cui si era espansa, in modo ritenuto inappropriato, soprattutto la

contrattazione decentrata/integrativa), quanto in modo mediato (disciplina legislativa di principio su alcuni istituti del rapporto di lavoro, con conseguente riduzione della contrattazione ad un ruolo integrativo) (cfr. artt. 2 e 40 del d.lgs 165/2001, come novellato nel 2008-2009);

- b) attribuzione per la prima volta, alla parte pubblica, del potere di anticipare unilateralmente misure in materia di trattamento economico a favore del personale qualora, nei tempi ordinari previsti per le procedure di contrattazione (nazionale e decentrata/integrativa) non si sia pervenuti alla conclusione dell'accordo con i sindacati (cf. artt. 2, comma 3; 40, commi 3-ter e 3-quater; 47-bis del d.lgs 165/2001, come novellato)
- c) riduzione del numero dei comparti di contrattazione e dei corrispondenti comitati di settore, nonché riforma dell'Aran (artt. 40, comma 2, 41 e 46 del d.lgs 165/2001);
- d) ripristino della "finalizzazione" della contrattazione decentrata/integrativa, ora indirizzata istituzionalmente ad assicurare "adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici, incentivando l'impegno e la qualità della performance" destinando "al trattamento accessorio collegato alla performance individuale una quota prevalente del trattamento accessorio complessivi comunque denominato" (cfr., nell'art. 40 del d.lgs 165/2001, i nuovi commi da 3-bis a 3-sexies)²⁶;
- e) controlli sulla contrattazione collettiva, con reintroduzione del divieto di stipula del contratto collettivo nazionale nel caso di certificazione negativa della Corte dei conti in ordine alla quantificazione e copertura della spesa, e con introduzione di più efficaci e sistematici controlli interni ed esterni sulla stipula dei contratti integrativi (cfr. artt. 47 e 40-bis del d.lgs 165/2001, come novellato)²⁷.

La strumentazione prevista ai fini dell'indirizzo e controllo sulla contrattazione collettiva per il personale pubblico ha determinato, sin dall'inizio, un vivace dibattito dottrinario. Ci si è domandati, in particolare, se, e in che misura, indirizzi e controlli pubblicistici incidano sulla natura privatistica dei contratti collettivi e ne alterino la qualificazione come manifestazioni di autonomia negoziale delle parti, libera nel fine.

Una prima corrente di opinione degli anni '90 (M.Rusciano, L.Zoppoli) ha teorizzato la "funzionalizzazione" della contrattazione collettiva. Facendo leva sulla particolare clausola del d.lgs 29/1993 che finalizzava la contrattazione decentrata alla salvaguardia anche dell'interesse degli utenti, sulle innumerevoli indicazioni che subordinano le scelte contrattuali agli obiettivi complessivi di finanza pubblica e alle esigenze di razionalizzazione e buon andamento dell'amministrazione, sui meccanismi di indirizzo e controllo collegati alla attività contrattuale, nonché, infine, riconducendo tutto questo impianto ai principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione stabiliti dall'art. 97 Cost., questa dottrina ha argomentato che la contrattazione collettiva

²⁶ Parla di "massiccia funzionalizzazione della contrattazione collettiva" ad opera della riforma del 2009 B.CARUSO, *Gli esiti regolativi della "riforma Brunetta"*, in *Lav.nelle pubbl.amm.*, 2010, p. 251. L'uso del termine "funzionalizzazione" fatto da questo A. sembra però "atecnico", cioè nel senso più generale di "finalizzazione".

²⁷ Per una disamina di queste innovazioni cfr. F.CARINCI, *La terza riforma del lavoro nella pubblica amministrazione*, cit., 2008, p. 949; V.TALAMO, *La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, in *Giorn.dir.amm.*, 2010, p. 13; B.CARUSO, *Op.ult.cit.*, 2010, p. 235; A.ALAIMO, *op.cit.*, 2010, in particolare p. 297 ss; G.D'AURIA, *Per un vero datore di lavoro nella pubblica amministrazione*, in *Giorn.dir.amm.*, 2009, p. 461; *ID*, *Il nuovo sistema delle fonti nel pubblico impiego*, *ibidem*, 2010, p. 5; A.GARILLI-A.BELLAVISTA, *Riregolazione legale e de contrattualizzazione: la neoibridazione normativa del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lav.nelle pubbl.amm.*, 2010, p. 1.

per il personale pubblico configurerebbe un genere particolare. Si tratterebbe, cioè, di un contratto collettivo di diritto privato speciale, con una causa diversa da quella del contratto collettivo comune, in quanto caratterizzato da vincoli di scopo che impegnerebbero le parti (sia quella pubblica che i sindacati) a perseguire non solo gli interessi loro propri, come avverrebbe in una logica di autonomia negoziale pienamente privatistica, ma anche interessi esterni, generali (interesse pubblico) o di particolari categorie di soggetti quali gli utenti²⁸.

L'altra principale opinione degli stessi anni (soprattutto A.Maresca, G.Ghezzi, M.D'Antona) ha invece escluso ogni ipotesi di funzionalizzazione della contrattazione collettiva per il personale pubblico. La funzionalizzazione è apparsa in primo luogo incompatibile con l'autonomia negoziale che, nella contrattazione e ai sensi dell'art. 39 Cost., compete sia ai sindacati (soggetto privato cui in nessun caso potrebbero ritenersi imputati pubblici interessi), sia alla amministrazione (che, nella contrattazione, opera come privato datore di lavoro e, dunque, come soggetto privato); in secondo luogo, essa è apparsa contraddittoria con la volontà legislativa di superare i modelli pubblicistici del lavoro con le pubbliche amministrazioni e di configurare i contratti collettivi per il personale pubblico come contratti effettivamente di diritto privato. Questa corrente dottrina ha, quindi, sostenuto che gli strumenti di indirizzo e controllo sulla contrattazione collettiva previsti dal d.lgs. n. 29 erano diretti ad orientare e a vincolare nello scopo non il contratto collettivo in quanto tale, bensì soltanto l'azione negoziale della parte pubblica (ARAN per la contrattazione nazionale, dirigenti delle amministrazioni per la contrattazione decentrata). Nessuna confusione e compenetrazione si avrebbe, perciò, tra procedura negoziale e attività di indirizzo e controllo, e tra fini della contrattazione e fini pubblici o degli utenti. Al contrario, procedura negoziale e procedimenti pubblicistici di indirizzo e controllo sui contratti sarebbero nettamente distinti, anche se paralleli, nello svolgimento²⁹.

Questa seconda ricostruzione appare senz'altro la più convincente. Tra natura privatistica della contrattazione collettiva e funzionalizzazione del contratto collettivo sembra esservi un insanabile contrasto logico, non potendosi sostenere al contempo che il contratto è espressione di autonomia negoziale delle parti, libera nel fine, e che esso è, in quanto contratto - e, dunque, non solo per il datore di lavoro, ma anche per la controparte sindacale - vincolato nel fine e persino preordinato a realizzare fini pubblici. Altra cosa è, invece, affermare che l'autonomia negoziale di una delle parti contrattuali - la della parte pubblica, e soltanto essa - possa essere parzialmente condizionata e indirizzata alla realizzazione di determinati fini pubblici, entro i confini dei quali l'autonomia negoziale della stessa parte contrattuale è poi libera di esplicarsi in merito

²⁸ Di L.ZOPPOLI si veda ancora di recente, il saggio *A dieci anni dalla riforma Bassanini: dirigenza e personale*, in *Lav.nelle pubbl.amm.*, 2008, pp. 21 ss. Si veda poi anche B.CARUSO, *Gli esiti regolativi della "riforma Brunetta"*, in *Lav.nelle pubbl.amm.*, 2010, p. 251.

²⁹ Da un punto di vista giuridico, questa vicenda è stata ricostruita in termini di sistema di evidenza pubblica. Da un lato vi sarebbe un insieme di procedimenti amministrativi volti ad evidenziare gli interessi pubblici (concernenti la razionalizzazione e il buon andamento dell'amministrazione e il rispetto degli obiettivi di finanza pubblica) implicati dalla contrattazione, ad indirizzare, mediante scelte di discrezionalità amministrativa, l'azione della parte pubblica della contrattazione al rispetto di tali interessi e a controllare che il contratto concluso sia coerente con le indicazioni impartite; dall'altro lato vi sarebbe la procedura negoziale vera e propria, pienamente privatistica, nella quale entrambe le parti operano confrontando - come qualsiasi soggetto nell'esercizio dell'autonomia negoziale - gli interessi di cui sono portatrici come interessi di parte, propri e non pubblici o di terzi.

alle singole soluzioni contrattuali, e che soggetti pubblici esterni alla contrattazione possano, poi, verificare se il risultato della contrattazione, che costituisce un compromesso tra gli interessi delle due parti negoziali, sia compatibile con gli interessi pubblici. In questo caso, infatti, il vincolo di scopo non pervade il contratto, ma incide solo sull'azione di una delle parti negoziali.

Altro e diverso discorso è, poi, quello se gli strumenti previsti dal d.lgs. n. 165/2001 per garantire gli interessi pubblici coinvolti dalla contrattazione collettiva siano, nella realtà delle cose, efficaci. Per esempio, quantificare e verificare preventivamente il costo dei contratti collettivi è importante, ma le amministrazioni dispongono davvero di informazioni idonee a tale scopo?

Ecco, allora, l'importanza – ai fini della efficacia sostanziale del controllo - di sistemi e banche dati che consentano l'analitica ed effettiva conoscenza della spesa per il personale pubblico e di procedure che, prima della sottoscrizione dei contratti, permettano una realistica valutazione dei possibili oneri finanziari ³⁰.

Per quanto riguarda, invece, la garanzia che i contratti collettivi non violino norme imperative di legge e, in particolare, non invadano l'area riservata alla legge e al potere organizzativo dell'amministrazione-datore di lavoro, il discorso è più complesso. Fino al 1997, per lo meno per i contratti collettivi nazionali, il controllo preventivo anche di legalità che la Corte dei conti svolgeva ai fini dell'autorizzazione alla sottoscrizione assicurava tale garanzia. Nel 1997, tuttavia, con la eliminazione dell'autorizzazione alla sottoscrizione della Corte dei conti, tale controllo generale e d'ufficio a tutela dell'ordinamento è venuto meno. E' rimasta invece la facoltà delle pubbliche amministrazioni e di eventuali altri soggetti di adire il giudice ordinario contestando la legalità delle clausole contrattuali in contrasto con norme imperative, ma si tratta chiaramente di un meccanismo eventuale e rimesso all'iniziativa di singoli potenziali interessati.

Le riforme del 2009 hanno preso atto dei problemi derivanti da questa situazione ed hanno cercato di presidiare in modo più severo l'eventuale violazione di norme imperative da parte della contrattazione collettiva. D'ora in poi non solo la clausola contrattuale in contrasto con norma imperativa potrà essere dichiarata nulla, ma in molti casi - quando cioè la norma contrattuale comporti oneri in violazione di norme di legge di carattere economico-finanziario - sussisterà per l'amministrazione l'obbligo di disapplicare la clausola contrattuale applicando invece, automaticamente e sostitutivamente, la norma imperativa violata (cfr. il nuovo comma 3-bis dell'art. 2 del d.lgs 165) ³¹.

³⁰ Per un lungo periodo questo è stato un punto dolente del sistema. Le statistiche sulla spesa per il personale pubblico e l'analisi degli oneri della contrattazione collettiva non erano attendibili poiché l'aggiornamento dei dati sugli organici e sulle retribuzioni risultava sempre arretrato di anni rispetto allo svolgimento della contrattazione, i dati erano spesso incompleti (soprattutto per i comparti non statali) e il risultato era, alla fine, che la quantificazione degli oneri contrattuali risultava quasi "di fantasia" e che la copertura finanziaria, adeguata alla quantificazione "di fantasia", si rivelava, a distanza di tempo, in occasione del consuntivo sull'applicazione del contratto, anche largamente sottostimata. Nel primo decennio del XXI secolo, tuttavia, almeno per la contrattazione collettiva nazionale la situazione è notevolmente migliorata, grazie al perfezionamento (promosso anche da apposite leggi) delle informazioni statistiche a disposizione di ARAN, Ragioneria generale dello Stato e ISTAT. E uno sforzo significativo per una più attendibile quantificazione dei costi contrattuali si sta facendo anche a livello di amministrazioni regionali e locali.

³¹ Così V.TALAMO, *Op.ult. cit.*, p. 18.

Tuttavia, nella misura in cui sia ritenuto ancora necessario l'intervento del giudice – come afferma parte della dottrina³² – per far valere la nullità della clausola del contratto collettivo e la sua sostituzione automatica con la norma imperativa di legge, il problema è se, in concreto, vi sia chi abbia un effettivo interesse al ricorso al giudice³³.

Concludendo, l'interesse pubblico al buon andamento dell'amministrazione dispone di alcuni strumenti sia di controllo che di tutela giurisdizionale anche nel nuovo sistema della contrattazione collettiva privatistica per il personale pubblico. La efficacia di questi strumenti dipende, però, molto più di prima, dalla capacità e volontà del Governo e delle amministrazioni pubbliche di attivarli e farli funzionare bene. In un certo senso, la “privatizzazione” ha accresciuto le responsabilità della parte pubblica, affidando ad essa, prima ancora che ad organi terzi come Corte dei conti e giudici, la salvaguardia dell'interesse pubblico organizzativo³⁴.

3.3. Procedure e vincoli per l'attività organizzativa e di gestione del personale.

Fin qui abbiamo visto i vincoli di scopo (o finalizzazione) che la legge impone al potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni, sia quando si esplica in forma

³² B.CARUSO, *Op.ult.cit.*, p. 270 ss, analizzando in dettaglio il nuovo regime delle nullità connesse alla violazione di norme imperative di legge da parte della contrattazione collettiva, distingue, in base ai diversi effetti della violazione, tra “norme imperativamente inderogabili”, dalla cui violazione sorgerebbe per l'amministrazione il dovere di disapplicazione, e “norme ordinativamente inderogabili”, per le quali la nullità deve eventualmente essere fatta acclarare al giudice.

³³ Ci si può domandare se un simile interesse sostanziale ad agire in giudizio contro clausole contrattuali illegali possa averlo, comunque, il Governo, la cui legittimazione processuale davanti al giudice ordinario - anche se il Governo non è parte né del contratto collettivo né dei rapporti individuali di lavoro – potrebbe fondarsi sulla sua posizione nel sistema amministrativo e sui principi dell'ordinamento. In particolare, la legittimazione processuale del Governo ad agire, davanti al giudice ordinario, contro le clausole di contratti collettivi che invadano materie riservate alla legge o ad atti pubblicistici potrebbe essere desunta, in via di interpretazione sistematica, dalla normativa sul potere governativo di annullamento straordinario di atti amministrativi illegittimi “a tutela dell'unità dell'ordinamento” [art. 2, c. 3, lett. p), della l. n. 400/1988]. Tale potere corrisponde ad una esigenza di tutela dell'ordinamento disciplinata secondo le logiche di un contesto – quello del 1988 - in cui la normativa sulle amministrazioni poteva essere posta, oltre che dalla legge, soltanto da atti amministrativi (provvedimenti o regolamenti, inclusi i regolamenti con cui allora erano recepiti gli accordi sindacali conclusi ai sensi della legge quadro sul pubblico impiego del 1983). Pertanto in quegli anni questa esigenza di tutela dell'ordinamento è stata soddisfatta con un meccanismo di autotutela, quale è l'annullamento governativo di atti amministrativi. Nel contesto odierno, ormai mutato, di normativa sulle amministrazioni rimessa anche ad atti privatistici, non suscettibili di annullamento d'ufficio in via di autotutela amministrativa, è possibile pensare che sia scomparso il potere governativo di intervenire a tutela dell'ordinamento? O non è più corretto ritenere che questo potere governativo, fondato sulla legge del 1988, dovrebbe automaticamente ed implicitamente essere ridisegnato come potere, all'occorrenza, di agire in giudizio davanti al giudice ordinario per ottenere la dichiarazione di nullità delle clausole contrattuali illegali?

³⁴ Per valutazioni e commenti sulle innovazioni delle riforme del 2009 ai sistemi di controllo e tutela giurisdizionale relativi alla contrattazione collettiva nel settore pubblico cfr: F.CARINCI, *La terza riforma del lavoro nella pubblica amministrazione*, cit., 2008, pp. 956 e 974; G.D'AURIA, *I nuovi controlli della Corte dei conti (dalla “legge Brunetta” al federalismo fiscale, e oltre)* cit, 2009, p. 469 ss; ID, *Il nuovo sistema delle fonti nel pubblico impiego*, cit., 2010, p. 5; V.TALAMO, *La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, cit, 2010, p. 13; B.CARUSO, *Op.ult.cit.*, 2010, p. 235; A.ALAIMO, *op.cit.*, 2010, p. 287 ss; A.GARILLI-A.BELLAVISTA, *Riregolazione legale*, cit., p. 20.

pubblicistica, sia quando si esplica in forma privatistica, e sia quando assume forma unilaterale che quando assume forma contrattuale.

Ma, accanto a questa “finalizzazione” – che può essere considerata un vincolo “di carattere generale” - il d.lgs. n. 165/2001 e le altre norme sul lavoro pubblico stabiliscono, per il potere privatistico di organizzazione e di gestione del personale delle pubbliche amministrazioni, anche altri vincoli specifici, limiti e regole procedurali. Si tratta ora di vincoli di contenuto, ora di limiti finanziari, ora di regole procedurali attinenti al modo in cui devono essere motivate le scelte, al previo svolgimento di valutazioni comparative o, ancora, all’esperienza di apposite procedure di partecipazione sindacale.

Questi specifici vincoli, limiti e procedure sono variati in modo significativo nel tempo, assumendo, nelle tre stagioni della “privatizzazione” del pubblico impiego, intensità e caratteri differenti:

- nella prima stagione (1992-1996) particolare enfasi hanno avuto i vincoli finanziari, che, attenuati nella seconda stagione, sono tornati con forza ancora maggiore nella legislazione a partire dal 2007/2008 in poi;
- nella seconda stagione (1997-2008) sono stati progressivamente rafforzati gli obblighi di coinvolgimento dei sindacati, ora invece molto attenuati dalla riforma del 2009;
- infine, già molte norme a partire dal 2006/2007 e poi, con particolare intensità, la riforma del 2009, hanno introdotto obblighi di motivazione per determinati atti di gestione privatistica delle amministrazioni.

Partiamo, per una sommaria ricognizione, dalle regole procedurali sulla partecipazione sindacale. La più importante forma di confronto tra amministrazione e sindacati è, naturalmente, la contrattazione. In proposito va sottolineato che, a differenza del preesistente sistema della legge quadro sul pubblico impiego n. 93/1983, nel nuovo sistema non vi sono più - con la sola eccezione del trattamento economico - materie riservate alla contrattazione, ossia temi la cui disciplina debba per forza essere concordata tra amministrazione-datore di lavoro e controparte sindacale.

Al contempo, però, la contrattazione è di fatto intervenuta – soprattutto nella stagione 1997-2008 – su un’area molto più ampia rispetto a prima, investendo via via temi di gestione del personale, di organizzazione del lavoro e di micro-organizzazione degli uffici che, fino al 1993 e anche nel primo periodo della “privatizzazione”, erano stati di diritto o di fatto riservati alla legge o ad atti unilaterali pubblicistici (e, dopo il 1993, ad atti unilaterali privatistici). Oggi, infine, assistiamo ad una nuova oscillazione del pendolo, perché la riforma del 2009 restringe di nuovo lo spazio della contrattazione. Sono infatti riattribuite all’esclusivo potere unilaterale dell’amministrazione-datore di lavoro (sia pure in regime “privatistico” e non più in regime di diritto pubblico come fino al 1993) molte tematiche oggetto, nel decennio precedente, di negoziazioni formali e informali, e su altre materie (come ad esempio quelle elencate all’art. 40, comma 1) l’intervento negoziale viene espressamente limitato a quanto non già prescritto direttamente dalla legge.

Se la contrattazione collettiva è la più intensa tra le forme di partecipazione sindacale alla organizzazione-gestione del personale nelle pubbliche amministrazioni non è, tuttavia, l’unica. Il d.lgs. prevede espressamente altre forme di coinvolgimento dei sindacati, che vanno dalla più tenue “informativa” alla “consultazione” e alla “concertazione”. In via di principio il d.lgs. n. 165 affida (art. 9) alla contrattazione collettiva nazionale la disciplina dettagliata delle forme di partecipazione sindacale,

ossia la previsione delle materie di competenza di ciascuna procedura e delle modalità di svolgimento. Tuttavia, fermo questo principio, il d.lgs non rinuncia (soprattutto nella versione da ultimo novellata nel 2009) a stabilire direttamente alcune prescrizioni.

Così, ad esempio, il nuovo secondo comma dell'art. 5 precisa che in materia di "determinazioni – si intende "privatistiche": ndr - per l'organizzazione degli uffici e misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro" è ammessa, come forma di partecipazione sindacale, solo la "informazione", con esclusione delle forme di partecipazione più intense (consultazione, concertazione e persino accordo) che si erano via via fatte strada in tale ambito negli anni 1997-2008. Per parte sua l'art. 6, comma 1, del d.lgs. n. 165 prevede la consultazione dei sindacati riguardo alla adozione degli atti (pubblicistici) in tema di organizzazione e disciplina degli uffici e di determinazione e variazione delle dotazioni organiche. E ancora, l'art. 33 del d.lgs. n. 165 stabilisce una particolare procedura di concertazione sindacale in materia di eccedenze di personale e di mobilità collettiva nella pubblica amministrazione.

Tutte queste procedure sindacali, risultanti dalla legge e dai contratti collettivi, costituiscono altrettanti vincoli procedurali per l'esercizio del potere organizzativo privatistico delle pubbliche amministrazioni. Come si vedrà meglio oltre, la loro eventuale violazione si traduce – a parte ogni possibile tensione di fatto nelle relazioni sindacali – in violazione non più di interessi legittimi, bensì di diritti soggettivi perfetti (di tipo strumentale) delle organizzazioni sindacali, azionabili davanti al giudice ordinario sia con azione ordinaria di tutela del diritto, sia con l'azione per la repressione di comportamenti antisindacali (art. 63, comma 3, del d.lgs. n. 165/2001)³⁵.

Un secondo importante vincolo per il potere organizzativo-gestionale privatistico delle amministrazioni attiene alla motivazione degli atti di organizzazione "bassa" e di gestione "privatistica" dei rapporti individuali di lavoro. Come è noto, nel sistema del "pubblico impiego" tali atti erano sempre provvedimenti amministrativi, soggetti al dovere generale di motivazione di ogni provvedimento ex art. 3, comma 1, della l. n. 241/1990 (legge generale sul procedimento amministrativo). Oggi invece, nel nuovo sistema di impiego "privatizzato", gli atti di gestione del rapporto di lavoro con l'amministrazione sono a tutti gli effetti atti di diritto privato; essi dovrebbero perciò, in teoria, essere esenti da obblighi di motivazione, in nome del principio "privatistico" della "libertà nel fine". Questa teorica libertà di agire trova però, in concreto, un limite nella regola - stabilita dal combinato disposto degli artt. 2 e 45, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 - della parità di trattamento contrattuale fra i dipendenti. Tale regola viene intesa nel senso che differenze di trattamento individuale siano possibili, nelle pubbliche amministrazioni, soltanto motivatamente e in presenza di diversità di situazioni che ne costituiscano giustificazione ragionevole.

³⁵ Dubbio è, invece, se la violazione delle regole sulle procedure sindacali possa essere lamentata giudizialmente, quando l'atto dell'amministrazione abbia riflessi sul rapporto d'impiego, anche dai singoli dipendenti interessati. Questa possibilità sussisteva senz'altro prima della "privatizzazione", giacché non solo i sindacati, ma anche i dipendenti interessati dall'atto dell'amministrazione risultavano titolari di un interesse legittimo a che l'esercizio del potere amministrativo avvenisse in conformità dell'ordinamento. Oggi, invece, di fronte al potere organizzativo privatistico non si trovano più interessi legittimi al corretto esercizio del potere, ma solo diritti soggettivi ad un determinato comportamento oggetto di obbligazione contrattuale e, nel caso delle regole sulle procedure sindacali, l'obbligazione risultante dal contratto collettivo sembrerebbe assunta, dall'amministrazione, soltanto nei confronti della controparte sindacale, alla quale soltanto, perciò, spetterebbe il corrispondente diritto.

Ma un obbligo di motivare gli atti di natura “privatistica” con cui vengono gestite le risorse umane nelle pubbliche amministrazioni risulta anche da altre disposizioni legislative. Così, solo spigolando tra le norme legislative - e sottolineando che molti ulteriori obblighi di motivazione sono rinvenibili nelle disposizioni dei contratti collettivi sia nazionali che integrativi - si possono richiamare: il divieto di erogare trattamenti economici accessori che non corrispondano a prestazioni effettivamente rese, le quali debbono quindi essere motivate e documentate (art. 7, comma 5, del d.lgs 165/2001); i penetranti obblighi di istruttoria, valutazione comparativa e motivazione ai fini del conferimento di consulenze e collaborazioni coordinate e continuative o a progetto (art. 7, commi da 6 a 6-ter); gli obblighi di valutare le diverse candidature dei dirigenti in servizio ai fini del conferimento, previa conseguente motivazione, di incarichi dirigenziali resisi disponibili (art. 19, comma 1-bis); gli obblighi di motivazione relativi al conferimento di incarichi dirigenziali ad esterni e alla determinazione del relativo trattamento economico (art. 19, comma 6); i criteri e gli obblighi di motivazione concernenti i trasferimenti individuali di personale tra amministrazioni dello stesso e di diversi comparti (art. 30); gli obblighi di motivazione relativi all'utilizzo di contratti di lavoro flessibile (art. 36, comma 2); l'obbligo di motivare le obiettive ragioni di servizio che legittimano l'adibizione di un dipendente a mansioni superiori (art. 52, comma 2).

Una forte enfasi sulla istruttoria e motivazione è stata poi posta, recentemente, dal d.lgs 150/2009 con riferimento agli atti gestionali (sempre “privatistici”) concernenti: la distribuzione di incentivi e premi collegati alle performance del personale (art. 18); l'attribuzione con modalità selettive delle progressioni economiche (art. 23, in raccordo con l'art. 52, comma 1-bis, del d.lgs 165/2001); il conferimento di incarichi e responsabilità a dipendenti non dirigenti (art. 25, comma 2); l'attribuzione del “premio di efficienza” (art. 27). Non vi è bisogno, infine, di ricordare che una esplicita e argomentata motivazione è ovviamente richiesta per tutti gli atti gestionali “privatistici” in materia disciplinare, ed assume oggi, dopo il d.lgs 150/2009, carattere essenziale non solo ai fini dell'esercizio, ma anche ai fini della decisione di non esercitare l'azione disciplinare (cfr. art. 55-sexies, comma 3, introdotto nel d.lgs 165/2001 dal d.lgs 150/2009)³⁶.

Dunque, non in base alla legge sul procedimento amministrativo, bensì in base a norme speciali del “lavoro pubblico privatizzato”, la motivazione resta un requisito spesso essenziale per la regolarità dell'atto di gestione; requisito la cui mancanza: a) diventa sindacabile dal giudice del lavoro (come si vedrà nel par. sulla tutela giurisdizionale) non in termini di illegittimità per eccesso di potere (come nel diritto amministrativo) bensì in termini di violazione degli obblighi di correttezza e buona fede nella esecuzione del contratto di lavoro (artt. 1175 e 1375 c.c.)³⁷; b) può assumere

³⁶ Ulteriori vincoli e limiti al potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni - taluni di tipo procedurale, altri in forma criteri per le scelte organizzative, altri ancora di tipo diverso - sono stabiliti, infine, dal d.lgs. n. 165/2001, nel disciplinare, il livello di rappresentatività delle organizzazioni sindacali ai fini della ammissione alla contrattazione (art. 43, comma 1) e la quota di permessi, aspettative e, distacchi sindacali attribuibile a ciascun sindacato (art. 43, comma 6).

³⁷ Nella sentenza della Cassazione n. 9814 del 14.4.2008, relativa al conferimento di incarichi dirigenziali, si legge, in modo quasi “programmatico”, che le clausole generali di correttezza e buona fede degli artt. 1175 e 1375 c.c., applicate alla stregua dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost., obbligano l'amministrazione a valutazioni anche comparative e ad esternare le ragioni giustificatrici delle scelte...e che laddove l'amministrazione non abbia fornito elementi su criteri e motivazioni delle scelte è configurabile l'inadempimento contrattuale.

rilievo per la Corte dei conti ai fini della eventuale contestazione di un danno erariale al dirigente responsabile dell'atto di gestione, e anche talvolta a fini disciplinari ³⁸.

Proprio la presenza di vincoli e limiti che la legislazione (e i contratti collettivi) pongono al potere organizzativo delle amministrazioni hanno indotto diversi interpreti a denunciare come sostanzialmente fittizia la "privatizzazione" del pubblico impiego. Si è affermato, cioè, che la logica di flessibilità che ispira il potere organizzativo e gestionale dell'imprenditore privato sarebbe stata estesa, alle pubbliche amministrazioni solo in via di principio, per essere poi smentita dalle disposizioni di dettaglio, che renderebbero pressoché invisibile lo spazio reale di autonomia negoziale delle amministrazioni ³⁹.

Questa critica era ragionevole nel primo periodo della riforma, in cui inestricabile appariva l'intreccio tra parti dell'amministrazione pubblica "privatizzate" e parti rimaste nel regime pubblicistico tradizionale (si pensi alla iniziale sottrazione di tutta la dirigenza di livello generale alla riforma). Lo è sembrata meno, ed è stata controbattuta con forza da larga dottrina - talvolta anche con motivazioni/argomentazioni "ideologiche" e di politica del diritto più che giuridiche - nel decennio 1996-2008. Anche chi scrive ha, in passato, cercato di vedere "mezzo pieno" il bicchiere della transizione verso modelli privatistici di gestione delle risorse umane, riconoscendo la persistenza di vincoli e limiti ignoti alla gestione del personale nelle imprese, ma anche cercando di valorizzare l'oggettiva adozione di forme privatistiche nella gestione del personale pubblico ⁴⁰.

Oggi però - a fronte dell'esperienza applicativa ventennale dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 29/1993, e di fronte alla ulteriore forte riduzione dell'autonomia e discrezionalità gestionale dei dirigenti per effetto dei molto più intensi vincoli normativi e obblighi di motivazione imposti dalla legislazione del 2009 - diventa difficile non condividere l'obiezione.

La questione non è solo (come pure in passato è stato sostenuto da F.Liso, G.D'Auria, L.Fiorillo, S.Battini e altri) che la natura pubblica delle amministrazioni impedirebbe - a causa della necessità di mantenere in ogni caso, nell'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, alcune regole particolari a tutela non dei lavoratori, ma degli interessi pubblici - una integrale e assoluta identificazione tra ordinamento del lavoro "pubblico" e ordinamento del lavoro nell'impresa ⁴¹. E non è nemmeno questione di auto-illudersi sottolineando che, sul piano formale, la disciplina sul potere organizzativo nelle pubbliche amministrazioni si sta adeguando al modello proprio delle imprese e che il lavoro con le pubbliche amministrazioni sia ormai progressivamente e sicuramente retto dalla disciplina privatistica, sebbene con alcune regole particolari di diritto privato speciale. Né, infine, è utile una querelle terminologica e sostanzialmente "bizantina" sul fatto se oggi siamo

³⁸ Cfr. in proposito A.BOSCATI, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità*, cit., 2009, p. 12 ss.

³⁹ Cfr. sin dal principio e *ante litteram* U.ROMAGNOLI, *La revisione della disciplina del lavoro pubblico: dal disastro verso l'ignoto*, in *Lav.dir.*, 1993, pp. 237 ss. e S.CASSESE, *Il sofisma della privatizzazione del pubblico impiego*, in *Riv.it.dir.lav.*, 1993, I, p. 402. Più recentemente cfr. anche M.RUSCIANO, *Organizzazione pubblica e contrattualizzazione del rapporto di lavoro*, in *Dir.pubbl.*, 2008, pp. 65-66.

⁴⁰ Sia consentito rinviare alle versioni del 2000 e del 2004 di questo scritto, cit. alla nota 2 (cfr. rispettivamente il par. 3.4. e il par. 1.8.3.4, quest'ultimo redatto insieme ad A.Boscati).

⁴¹ Una considerazione in tal senso si trova anche in molte sentenze della Corte costituzionale, che su tale base ha più volte giustificato la previsione di regole particolari per il lavoro "privatizzato" nelle pubbliche amministrazioni: cfr., tra le altre, le sentenze nn. 275/2001, 82/2003, 89/2003, 199/2003, 367/2006, 146/2008, quest'ultima commentata da S.SANTINELLI, *La specialità del rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione è ancora "residua"*, in *Lav.nelle pubbl.amm.*, 2008, p. 845.

in presenza di un nuovo “diritto speciale” del lavoro nelle pubbliche amministrazioni (formula che richiama la “specialità” attribuita un tempo al diritto del pubblico impiego), o invece di un diritto del lavoro privato “differenziato” (che resterebbe sempre interno alla famiglia del diritto generale del lavoro)⁴².

Il punto è che - al di là di forme, qualificazioni, categorie e classificazioni giuridiche - con sempre più evidenza manca, sia nella disciplina normativa e contrattuale, sia nei comportamenti di fatto di coloro che quotidianamente governano e gestiscono il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, quella flessibilità, snellezza e semplificazione operativa che costituisce la vera sostanza della gestione del lavoro privato, nonché un fattore determinante per l'efficienza dell'organizzazione.

E questa mancanza non è né inspiegabile né irrazionale, perché appare legata (e in qualche modo conseguente) ad un dato concreto. Dato che non sta nella natura pubblica dell'amministrazione, ma molto più “banalmente” nella assenza, nelle pubbliche amministrazioni, di un vero “datore di lavoro”; di un soggetto, cioè, i cui comportamenti e decisioni siano mossi realmente dalla ricerca di economicità, efficienza, efficacia e non, come invece troppo spesso è, da valutazioni di ordine politico e dalla ricerca del consenso. Da qui infatti discende che il legislatore - preso atto (sebbene in modo spesso estemporaneo) che né gli organi politici che governano le amministrazioni pubbliche, né i dirigenti che gestiscono le risorse assumendo la veste formale di “datore di lavoro”, si muovono secondo logiche realmente imprenditoriali - reagisce e, per evitare l'uso diseconomico delle risorse, detta regole e limiti giuridici, chiedendo la motivazione degli atti di gestione, accentuando i controlli della Corte dei conti, ecc.

In altre parole, il legislatore ha smesso di credere alla logica del *New Performance Management* che originariamente (1992-93) ispirò la riforma: organi politici responsabili della qualità dei servizi davanti agli elettori, indotti da tale responsabilità a scegliere i migliori dirigenti cui affidare, con ampia autonomia, la concreta gestione dei servizi in base ad obiettivi e programmi di medio termine; dirigenti realmente autonomi e valutati in base ai risultati e non a criteri fiduciari o fidelitari, indotti perciò a gestire realmente secondo economicità, efficienza ed efficacia; un effettivo controllo finale sui risultati come vera garanzia contro gli abusi e le inefficienze, in luogo del preesistente sistema amministrativo fatto di regole, procedure e controlli minuti e pervasivi⁴³. Il legislatore ha smesso di credere a questa logica ed ha avuto un riflesso condizionato: ha cioè riproposto ricette da diritto amministrativo, introdotte in un vestito che resta esteriormente quello del diritto privato. Ricette funzionali, tra l'altro, ad un controllo sulla finanza pubblica forse rudimentale (tagli

⁴² Di un diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni come tipologia particolare e differenziata all'interno del diritto del lavoro generale parla B.CARUSO, *Gli esiti regolativi*, cit., soprattutto p. 252 ss.. In senso analogo G.D'AURIA, *Il nuovo sistema delle fonti nel pubblico impiego: legge e contrattazione collettiva*, in *Giorn.dir.amm.*, 2010, p. 7 ss. Più propenso a constatare il ritorno ad un vero e proprio diritto “speciale”, ormai esterno al diritto generale del lavoro, G.GARDINI, *L'autonomia della dirigenza nella “(contro) riforma Brunetta”*, in *Lav.nelle pubbl.amm.*, 2010, p. 588.

⁴³ Una brillante sintesi di questa linea ispiratrice fu all'epoca quella di B.DENTE, *In un diverso Stato. Come rifare la pubblica amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 1995. Sia poi consentito rinviare a C.D'ORTA, *Riforma dell'amministrazione e dirigenza: per un nuovo equilibrio tra garanzia ed efficienza nella pubblica amministrazione*, in F.CARINCI-C.D'ORTA (diretto da), *I contratti collettivi per le aree dirigenziali*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 3 ss. Più recentemente cfr. P.CERBO, *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nelle pubbliche amministrazioni*, Padova, Cedam, 2007;

lineari degli stanziamenti, rallentamento dei flussi di spesa, ecc.), ma semplice e rapido da attuare e gestire centralmente (dagli uffici della Ragioneria generale dello Stato)⁴⁴.

E per evitare ogni fraintendimento, preciso: non formulo queste amare considerazioni per nostalgia del diritto amministrativo e del pubblico impiego d'*un temp*, ma solo perché non ha ormai senso chiudere gli occhi di fronte alla realtà di una riforma: a) smentita a più riprese e in modo bypartisan nel corso degli ultimi 14 anni, cioè a partire dal 1998/1999; b) che anche la legislazione del 2009 continua a dirottare (inconsapevolmente?) su binari morti; c) il cui principale problema attuativo sta nella persistente ambiguità sul ruolo degli organi politici, nel progressivo svuotamento di ogni reale autonomia dei dirigenti-datori di lavoro e nella mancata attuazione di un sistema di controllo sui risultati efficace, tale da giustificare la effettiva rimozione, nella gestione, di vincoli di matrice amministrativa.

3.4. Il problema della “negoziabilità” del potere organizzativo.

Nei venti anni trascorsi dall'avvio della “privatizzazione” del lavoro nelle pubbliche amministrazioni ha assunto notevole rilievo – di fatto e di diritto – la questione che, in dottrina, è stata denominata “negoziabilità” (o contrattabilità) dei poteri dirigenziali, ma che sembra più esatto definire come “negoziabilità del potere organizzativo delle amministrazioni” (quindi, non solo dei poteri organizzativi dei dirigenti). La questione è la seguente: le pubbliche amministrazioni possono concludere accordi con i sindacati sulle materie nelle quali sono titolari di poteri organizzativi e gestionali unilaterali? Nel settore del lavoro privato la risposta è pacificamente positiva, rientrando nella piena autonomia del datore di lavoro decidere le modalità di esercizio (unilaterali o partecipate) del proprio potere organizzativo. Nel settore pubblico la questione è più complessa, e il legislatore e la prassi hanno dato risposte differenti nel corso del tempo⁴⁵.

Nella prima stagione della “privatizzazione”, cioè fino al 1997, la ricerca ed eventuale conclusione di accordi con i sindacati su materie proprie del potere datoriale unilaterale è stata un fenomeno marginale; inoltre, l'art. 40 del d.lgs 29/1993

⁴⁴ Cfr. in senso analogo F.CARINCI, *La terza riforma del lavoro pubblico*, cit., 2008, in particolare pp. 973 ss.; L.ZOPPOLI, *A dieci anni dalla “riforma Bassanini”: dirigenza e personale*, in *Lav.nelle pubbl.amm.*, 2008; S.MAINARDI, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione di merito dei dipendenti pubblici*, in *Lav.nelle pubbl.amm.*, 2009, p. 729; A.ALAIMO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e blocchi*, cit., 2010, 293 ss.; G.GARDINI, *Op.cit.*, p. 289. Sulla incompleta defunzionalizzazione della capacità organizzativa e gestionale del datore di lavoro nelle pubbliche amministrazioni (che è un altro modo per dire che la logica del diritto amministrativo rimane anche sotto le mentite spoglie del diritto privato) cfr. M.SGROI, *Dalla contrattualizzazione dell'impiego all'organizzazione privatistica degli uffici*, 2006, cit, che in particolare, a p. 265 ss e p. 274 ss., parla di funzionalizzazione e vincoli solo dissimulati ma perduranti, anche per opera di parte della giurisprudenza sia amministrativa che ordinaria. Si veda anche, dello stesso autore, *Atti negoziali, procedimenti amministrativi e contratti collettivi nelle controversie di lavoro pubblico*, in *Lav.nelle pubbl.amm.*, 2005, p. 29

⁴⁵ Sulla negoziabilità dei poteri dirigenziali di natura privatistica in materia di organizzazione “bassa” e gestione dei rapporti di lavoro cfr. per tutti, prima della riforma del 2009, BELLAVISTA, *Lavoro pubblico e contrattazione collettiva*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2007, I, p. 334 ss., con ampi riferimenti dottrinari. Sui limiti e divieti alla negoziabilità dei poteri datoriali introdotti riforma del 2009 cfr. A.BOSCATI, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività amministrativa*, in *Lav nelle pubbl. amm.*, 2009, p. 25, e A.ALAIMO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e “blocchi”*, cit., p. 289 .

espressamente vietava alla contrattazione collettiva interventi sulle materie organizzative che la legge delega n. 421/1992 riservava espressamente ad atti pubblicistici. Nella seconda stagione, dal 1998 al 2008, il fenomeno degli accordi su materie proprie del potere datoriale unilaterale privatistico si è fatto prepotentemente largo, con riferimento sia all'organizzazione del lavoro che a quella degli uffici, e sia in modo ufficiale, a livello di contrattazione collettiva nazionale e integrativa, che in modo informale, attraverso intese di fatto destinate ad essere recepite negli atti unilaterali dell'amministrazione-datore di lavoro. E non a caso anche il divieto di contrattazione sulle materie organizzative riservate al potere pubblicistico dalla legge 421 è scomparso, nel 1998, dal testo dell'art. 40 del d.lgs 165/2001, anche se questa scelta ha avuto più che altro valore simbolico e non ha reso di per sé negoziabili tali materie. Infine, in questa terza stagione, aperta dalle riforme del 2009, il legislatore ha imposto una drastica inversione di tendenza, che si spiega proprio come reazione agli eccessi "pancontrattualisti" della fase precedente.

Ma cerchiamo di esaminare la questione sotto un profilo strettamente giuridico. Un primo quesito è se siano negoziabili le materie che l'art. 2 della legge delega n. 421/1992 (mai abrogato) riserva alla legge, ad altre fonti normative e al potere amministrativo pubblicistico (provvedimenti amministrativi). Qui la risposta negativa appare pacifica.

L'art. 2 della l. n. 421, là dove riserva determinate materie al potere organizzativo pubblicistico, è "norma imperativa di legge" che esclude ogni possibilità, su tali materie, di accordi giuridicamente rilevanti con i sindacati e costituisce parametro di legalità dei contratti collettivi per il personale pubblico. E questo carattere della imperatività, desumibile fino ad oggi solo in via interpretativa, è stato espressamente e solennemente riaffermato dalla legislazione del 2009, che l'ha anzi esteso a tutte le disposizioni del d.lgs 165/2001⁴⁶. Di conseguenza, eventuali invasioni dei contratti nelle materie riservate al potere organizzativo pubblicistico (del legislatore, delle amministrazioni) sarebbero affette da nullità rilevabile dal giudice ordinario su azione della parte interessata; e, inoltre, ove la norma contrattuale risultasse in contrasto con una disciplina in tema di spesa, sussisterebbe non solo l'obbligo di disapplicare la norma del contratto collettivo, ma anche di sostituirla automaticamente con la norma illecitamente violata, così come ora prescrive il nuovo comma 3-bis dell'art. 2 del d.lgs 165/2001 (introdotto dall'art. 33 del d.lgs 150/2009)⁴⁷.

Il secondo quesito è se siano negoziabili con la controparte sindacale le materie - di organizzazione "bassa" degli uffici, di organizzazione del lavoro, di gestione del personale - rimesse al regime privatistico. Qui registriamo oggi le maggiori novità dovute al d.lgs 150/2009. Infatti, da un lato il riformulato art. 5, comma 2, del d.lgs 165 testualmente recita che "le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte *in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione ... fatta salva la sola informazione ai sindacati...*"; dall'altro, il nuovo primo comma dell'art. 40 del d.lgs 165 esclude tassativamente dalla

⁴⁶ Cfr. in particolare l'art. 2, comma 2, del d.lgs 165/2001, come novellato dall'art. 1, comma 1, della legge 15/2009 e poi dall'art. 33, comma 1, lett. a) del d.lgs 150/2009.

⁴⁷ Questo non significa che le amministrazioni, in sede di esercizio del potere organizzativo pubblicistico, non possano concordare di fatto i contenuti della disciplina con i sindacati: una tale intesa, però, avrebbe valore soltanto su un piano di politica delle relazioni sindacali e sarebbe priva di qualsiasi effetto giuridico (esclusa anche qualsiasi azione per repressione di condotta antisindacale), restando rimesso alla esclusiva discrezionalità (amministrativa) dell'amministrazione la sua trasfusione nell'atto organizzativo adottato in regime pubblicistico.

contrattazione collettiva non solo le materie riservate alla fonte pubblicistica unilaterale dall'art. 2 della l. 421/1992, ma anche quelle attinenti all'organizzazione ("privatistica") degli uffici, quelle afferenti alle prerogative dirigenziali, quelle oggetto informativa, consultazione o altre forme di partecipazione sindacale di tipo non negoziale, e altre ancora.

Cade, alla luce di queste precisazioni legislative recenti, ogni possibilità di "negoziare" materie oggetto del potere datoriale unilaterale. Una negoziabilità che prima era stata persino abusata e che ora viene totalmente preclusa. E cade, così, anche tutto un copioso dibattito dottrinario sulla negoziabilità dei poteri dirigenziali che aveva visto gli interpreti dividersi in molte correnti di pensiero, dai pienamente favorevoli ai tendenzialmente contrari⁴⁸.

3.5. Il nodo della natura giuridica degli incarichi dirigenziali.

Nell'assetto del potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni uno dei nodi più delicati è costituito dal conferimento e disciplina degli incarichi dirigenziali. Qui infatti che si manifesta, con la massima intensità, la connessione tra pubblicità delle funzioni dell'amministrazione e carattere privatistico del rapporto individuale di lavoro. Qui, di conseguenza, che la linea di confine tra potere organizzativo pubblicistico e potere organizzativo privatistico delle amministrazioni entra intensamente in fibrillazione, come dimostrano i numerosi interventi normativi succedutisi, dal 1993 al 2009, su una delle disposizioni "chiave" del testo unico del lavoro nelle pubbliche amministrazioni (art. 19 del d.l.s 165/2001, già art. 19 del d.lgs 29/1993).

Non è un caso – a testimonianza della delicatezza di questo "nodo" - che le prime ipotesi di "privatizzazione" del pubblico impiego elaborate, a livello scientifico, negli anni '80 del XX secolo escludessero dalla privatizzazione i dipendenti chiamati ad esercitare le potestà pubbliche dell'amministrazione e, quindi, in primo luogo, i dirigenti. E non è un caso se, nella prima fase della riforma (1993-1998), la dirigenza generale è stata effettivamente (anche se irrazionalmente) esclusa dalla "privatizzazione" del rapporto di lavoro, mentre la materia degli incarichi dirigenziali, di qualsiasi livello, è stata senz'altro e integralmente ricondotta al diritto pubblico.

A partire dal 1998, con la seconda stagione della "privatizzazione" del lavoro pubblico, molte delle iniziali e più ideologiche resistenze sono state tuttavia superate. La privatizzazione del rapporto di lavoro è stata estesa anche ai dirigenti degli uffici dirigenziali generali, superando la contraddizione del preesistente doppio regime, privatistico per la dirigenza di base e pubblicistico per quella apicale; inoltre, è stato adottato un modello di disciplina del rapporto amministrazione-dirigente incentrato sulla coppia "provvedimento di incarico+contratto individuale". A quest'ultimo proposito, occorre però distinguere tra il regime normativo vigente dal 1998 al 2002 e quello introdotto nel 2002, tutt'ora vigente⁴⁹.

⁴⁸ Nello stesso senso L.FIORILLO, *Potere di organizzazione*, cit., 2011, p. 130. Non è il caso di richiamare, qui, il vecchio dibattito dottrinario che si basava sulle completamente diverse formule legislative del d.lgs 29/1993 e poi del dei dd.lgs degli anni 1997/1998 (confluite nel d.lgs 165/2001). Per chi vi abbia interesse, si rinvia alle precedenti versioni di questo saggio (cit. retro, alla nota 1) pubblicate nel 2000 e, soprattutto, nel 2004 (in quest'ultima si vedano i parr 1.8.3.4 e 1.8.4.2.2).

⁴⁹ Il d.lgs 150/2009 ha modificato anch'esso in più punti l'art. 19 del d.lgs 165/2001, ma non ha toccato la parte sulle modalità di conferimento e disciplina degli incarichi dirigenziali, che qui si analizza.

Secondo la normativa del 1998, in regime pubblicistico veniva mantenuto l'atto - costitutivo del rapporto d'ufficio - con il quale l'amministrazione individuava il dirigente cui attribuire una certa funzione pubblica (direzione di un certo ufficio, svolgimento di certe funzioni di studio o ispettive). Tale era l'atto di formale e stretto conferimento dell'incarico (recante solo l'indicazione che *"il dr...è preposto all'ufficio..."*), per il quale era prevista, nei ministeri e nelle aziende autonome, la forma del dPR (incarico di segretario generale e di dirigente di dipartimento o di altro ufficio apicale articolato al proprio interno in uffici dirigenziali generali: art. 19, comma 3), del dPCM (incarico di direzione di uffici di livello dirigenziale generale: art. 19, comma 4) o, ancora, di un provvedimento del dirigente dell'ufficio dirigenziale generale (incarico di direzione di uffici dirigenziali di base: art. 19, comma 5). Al regime privatistico, invece, era ricondotto ciò che il legislatore dell'epoca riteneva fosse attinente al rapporto di servizio: la definizione di oggetto, obiettivi e durata dell'incarico dirigenziale, nonché la definizione del trattamento economico corrispondente all'incarico. Questi contenuti erano rimessi ad appositi contratti individuali tra l'amministrazione e il dirigente cui l'incarico era conferito (art. 19, comma 2, come riformulato dal d.lgs. n. 387/1998).

La l. n. 145/2002 ha mantenuto ferma la coppia "provvedimento+contratto individuale", ma ha diversamente definito i ruoli dei due elementi. Essa ha infatti spostato dal contratto individuale al provvedimento di incarico la competenza a definire oggetto, obiettivi e durata dell'incarico, lasciando alla fonte negoziale la determinazione del trattamento economico e degli altri aspetti del rapporto individuale di lavoro. La novella del 2002 - ferma la natura pubblicistica dell'atto di conferimento e la natura privatistica del rapporto di servizio - intese così ripristinare quella che riteneva una più esatta corrispondenza tra contenuto proprio del rapporto di ufficio e contenuto proprio del rapporto di servizio.

Il ragionamento era il seguente: l'atto di conferimento dell'incarico individua un dirigente e gli attribuisce la potestà di esercitare funzioni pubbliche agendo in nome e per conto dell'amministrazione; esso è, perciò, atto di astratta distribuzione della funzione pubblica e di assegnazione di una quota del relativo potere ad un certo dipendente. Un simile atto incide sulla articolazione al massimo livello della potestà pubblica e non può che essere pubblico a propria volta, in quanto atto concernente quella che viene usualmente denominata organizzazione "alta" o macro-organizzazione. Esso, inoltre, implica una scelta sulla idoneità e attitudine del dirigente all'incarico che - essendo vincolata dai particolari criteri posti, sul conferimento degli incarichi dirigenziali, dal comma 1 dell'art. 19 del d.lgs. n. 165 (e ora anche dal comma 1-bis, introdotto dal d.lgs 150/2009) - non sembra riconducibile alla autonomia negoziale libera nel fine del datore di lavoro privato, ma presenta, piuttosto, caratteri affini alla discrezionalità amministrativa.

Una volta che la potestà pubblica è stata attribuita e che la scelta sulla persona più idonea ad esercitarla è stata compiuta, si tratta, però, di definire in concreto il contenuto dell'attività richiesta al dirigente incaricato. Con la novella del 1998 tale compito era stato attribuito alla fonte negoziale; con la riforma del 2002 è stato riattribuito alla competenza provvedimento dell'amministrazione. Il motivo di questa scelta è stato che il contenuto astratto della prestazione professionale del dirigente non può che avere lo stesso oggetto e le stesse finalità della funzione pubblica cui l'incarico si riferisce, e dunque corrisponde sostanzialmente alla elencazione delle diverse competenze, poteri ed attività che il dirigente deve esercitare in quanto preposto ad un certo ufficio o ad una certa funzione. Ne deriva la concreta impossibilità di qualsiasi

negoziato sul punto: né l'organo che conferisce l'incarico, né il dirigente che lo riceve sono legittimati a ridefinire - negoziando l'oggetto dell'incarico - ampiezza, contenuto e poteri della funzione pubblica legata per legge all'ufficio o anche solo a ridefinire il modo di esercitarla. E del resto, la prassi contenutistica dei contratti dirigenziali degli anni 1998-2001 aveva confermato proprio questa impossibilità⁵⁰.

Infine, anche la definizione degli obiettivi dell'incarico dirigenziale è stata ricondotta, nel 2002, al medesimo atto unilaterale di conferimento, anche se si tratta di una definizione in questa sede assolutamente generica e di larga massima. Come è noto, il dirigente è chiamato a svolgere, nel nuovo modello di organizzazione pubblica delineato dal d.lgs. n. 165, una attività professionale che si qualifica per gli obiettivi e i risultati da raggiungere. Ciò porta senz'altro a ritenere opportuna una determinazione consensuale degli obiettivi e dei risultati che il dirigente si impegna a raggiungere. Tuttavia la sede per tale definizione condivisa di obiettivi e mezzi non è il momento di conferimento dell'incarico (che magari ha durata pluriennale, e persino quinquennale, quindi con un orizzonte temporale che va ben oltre l'esercizio finanziario, su cui si definiscono e misurano i concreti obiettivi di gestione), bensì l'annuale determinazione degli obiettivi per tutti i dirigenti dell'amministrazione, secondo le procedure dettate fino a qualche tempo fa dal d.lgs 286/1999 e ora dal d.lgs 150/2009.

In definitiva, su questo punto la novella del 2002 aveva un intento più tecnico che politico, mosso da finalità di corretto drafting legislativo piuttosto che di restaurazione pubblicistica. Nondimeno, essa ha suscitato le vibranti obiezioni nella dottrina che vi ha intravisto un ritorno al passato e, persino, l'avvisaglia di una ripubblicizzazione del lavoro con le pubbliche amministrazioni. Ma la querelle si è "sgonfiata" nei fatti, ad opera della giurisprudenza, e, si potrebbe dire, senza né vinti né vincitori. L'esito, infatti, è un singolare compromesso, frutto del lavoro di Cassazione e Corte costituzionale, che hanno progressivamente definito principi e criteri giuridici che devono presiedere al conferimento degli incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni.

In pratica, nel primo decennio del XXI secolo la Corte di Cassazione ha consolidato un orientamento che qualifica i "provvedimenti" di conferimento degli incarichi dirigenziali come "atti di natura privatistica"⁵¹. Parallelamente, però, la Corte costituzionale – più propensa a riconoscere la natura pubblica dei conferimenti di incarico – ha sostenuto la necessità che la scelta dei dirigenti cui conferire gli incarichi dirigenziali sia ispirata ai principi del giusto procedimento (di derivazione palesemente

⁵⁰ Leggendo i contratti si rinvenivano, infatti, definizioni dell'oggetto dell'incarico "*per relationem*", cioè mediante rinvio alle norme che disciplinavano le funzioni dell'ufficio assegnato. Paradossalmente, perciò, i contratti individuali dei dirigenti del periodo 1998-2001 pretendevano di novare la fonte delle competenze del dirigente, facendo divenire di fonte contrattuale compiti e poteri che invece erano (e restavano) interamente fondati su norme legislative e regolamentari.

⁵¹ Cfr. prima della l. 145/2002 le sentenze della Cassazione nn. 7859, 9650 e 9771/2001 e n. 202954/2002; ma anche successivamente, cfr. le sentenze nn. 1128, 7623, e 10288/2003; nn. 22990 e 5659/2004; n. 14252/2005. Più di recente, poi, cfr. Cassazione, SU, 14 aprile 2008, n. 9814; Id. 9 febbraio 2009, n. 3052; Id., 16 febbraio 2009, n. 3677; Id., 1 dicembre 2009, n. 25254. In questo orientamento la Cassazione è stata forse anche agevolata dal fatto che l'art. 19, comma 2, del d.lgs 165/2001 usa sempre e soltanto il sostantivo "provvedimento" (di conferimento dell'incarico), senza mai accompagnarlo con l'aggettivo "amministrativo", nonché dal fatto che l'art. 19, comma 5, concernente il conferimento degli incarichi dirigenziali di base ad opera del dirigente di livello generale non usa nemmeno la parola "provvedimento". Per una attenta analisi della più recente giurisprudenza civile cfr. V.A.IANNITTI, *La giurisdizione sugli incarichi dirigenziali*, in *Lav.nelle pubbl.amm.*, 2009, pp. 1053 ss.

pubblicistica) e di imparzialità, anche mediante ricorso ad adeguati criteri e procedure comparative di scelta⁵². E la Cassazione ne ha tratto la conclusione che l'atto "di natura privatistica" di conferimento dell'incarico – soggetto agli stessi limiti intrinseci di tutti gli altri atti del potere datoriale privato – violerebbe l'obbligo di correttezza e buona fede nella esecuzione del contratto (art. 1175 e 1375 c.c.), e attraverso di esso anche il principio di imparzialità dell'art. 97 Cost., ove fosse adottato in assenza di una adeguata (e documentata, deve intendersi) procedimentalizzazione e valutazione comparativa dei possibili candidati⁵³. Infine, a suggellare questo "percorso giurisprudenziale"⁵⁴, è arrivato il legislatore che, nel 2009, ha novellato l'art. 19 del d.lgs 165/2001 sanzionando anche normativamente l'obbligatorio ricorso a procedure pubbliche e comparative per il conferimento degli incarichi dirigenziali ai dirigenti in servizio (cfr. il nuovo comma 1-bis).

Senonché, a questo punto, che senso ha discutere se il conferimento dell'incarico dirigenziale sia atto di natura pubblica o privata? Cosa ha di realmente "privatistico" l'odierno atto di conferimento di incarico dirigenziale?

L'autonomia del datore di lavoro privato trova, come si è già più volte ricordato, la sua specificità nella "libertà del fine", cioè nel non dover né motivare né documentare - se non eccezionalmente - le ragioni delle proprie scelte organizzative, tra cui quelle di attribuzione delle posizioni dirigenziali. Questa "libertà del fine", per tante e buone ragioni, non appare applicabile – né per le massime corti, né per il legislatore - agli atti con cui vengono conferiti, nel settore pubblico, gli incarichi ai dirigenti. Si può allora anche continuare a qualificare questi atti come "privatistici", ma nel momento in cui li si vincola a regole procedurali e a criteri di scelta ignoti al datore di lavoro privato, di fatto si dà una sostanza da "diritto pubblico" ad un vestito che privatistico rimane solo nella forma esteriore. Una soluzione davvero degna di Tomasi di Lampedusa! Tutto questo conferma, ad avviso di chi scrive, il buon senso della pur tanto vituperata novella del 2002, che senza ideologismi prendeva atto della specificità di questo nodo e della impossibilità di pervenire ad una piena "liberalizzazione" privatistica degli incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni. Se, poi, la ragione di tutto questo impegno

⁵² Cfr. Corte cost. nn. 275/2001, 11/2002, 233/2006, 103, 104 e 108/2007, 351 e 390/2008, 34, 81, 224 e 304/2010. Per un esame di questa giurisprudenza cfr., tra i tanti altri, M.MIDIRI, *La Corte, i politici e lo spoils system*, in *Dir pubbl.*, 2008, p. 927; G.AMOROSO, *Dirigenza pubblica e spoils system nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2009, I, p. 1332; e, da ultimo, G.DI COSIMO, *La Corte e lo spoils system all'italiana*, in corso di pubblicazione in UNIVERSITÀ DI MACERATA, *Atti del Convegno su "Il rapporto di lavoro alle dipendenze della PA"*, 21 maggio 2010.

⁵³ Cfr. sempre Cassazione, 14 aprile 2008, n. 9814.

⁵⁴ Su questo percorso della giurisprudenza, sia costituzionale che civile, cfr. F.CARINCI, *Una "riforma conclusa"*, cit. 2004, p. XLIX; F.SAITTA, *Organizzazione e dirigenza nei pubblici uffici*, in *Lav.nelle pubbl.amm.*, 2008, p. 761 ss.; S. BOSCATI, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità*, cit., 2009, p. 13; V.IANNITTI, *La giurisdizione sugli incarichi dirigenziali*, in *Lav.nelle pubbl.amm.*, 2009, p. 1053; G.GARDINI, *L'autonomia della dirigenza nella (contro)riforma Brunetta*, in *Lav.nelle pubbl.amm.*, 2010, p. 585; P.MATTEINI, *La dirigenza pubblica. Quadro d'insieme e principi generali*, in L.FIORILLO (a cura di), *Diritto del lavoro. Il lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 3° ed, 2011, vol. III, p. 320 ss.; D.BOLOGNINO, *Garanzia e tutela del dirigente pubblico attraverso il rispetto dei criteri di conferimento dell'incarico*, in *Lav.nelle pubbl.amm.*, 2008, p. 847 ss, che tra l'altro osserva che i criteri di conferimento degli incarichi dirigenziali, combinati con il principio di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto, assicurano al dirigente pubblico che aspira all'incarico un doppio livello di tutela: preventivo, davanti alla Corte dei conti, in sede di registrazione dell'atto di incarico ex art. 3 l. 20/1994, e successivo, in sede risarcitoria, davanti al giudice del lavoro.

interpretativo è stata solo evitare dubbi sul fatto che la giurisdizione in materia spetta al giudice ordinario, forse si è trattato di un impegno non necessario, a fronte del disposto dell'art. 63 del d.lgs 165/2001⁵⁵.

Due ultime considerazioni devono essere fatte con riferimento al controllo e alla giurisdizione sugli atti di conferimento di incarichi dirigenziali.

Relativamente agli incarichi dirigenziali nelle amministrazioni statali, permane a tutt'oggi il controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti, chiamata a registrare i relativi decreti di conferimento ai sensi dell'art. 3 della legge 20/1994. E questo potere di controllo è tutt'ora ritenuto sussistente anche per quegli incarichi dirigenziali "di seconda fascia" che, dal 1998, sono ormai conferiti con atto del dirigente generale e non più con atto ministeriale, come prima avveniva. La Corte dei conti, pur con qualche avviso contrario, ha infatti ritenuto che la formula dell'art 3 della legge 20/1994 – scritta quando tutti gli incarichi dirigenziali statali, di qualsiasi livello, erano conferiti con decreto ministeriale – vada interpretata in modo sostanzialistico ed evolutivo, nel senso di continuare ad assicurare il controllo preventivo sulla stessa platea di atti, anche se alcuni oggi non promanano più da ministri (cioè dal Governo) ma da dirigenti⁵⁶. Questa giurisprudenza della Corte dei conti può essere condivisa o meno, ma è un fatto consolidato da oltre dieci anni. Però essa determina un effetto singolare, e cioè che atti di incarico come quelli a dirigenti statali di seconda fascia o "di base", adottati non da organi di Governo ma da dirigenti di livello generale: a) siano da un lato ormai pacificamente qualificati dalla Cassazione come atti di natura privatistica, suscettibili di sindacato non più secondo i tradizionali vizi di legittimità del diritto amministrativo ma solo sotto il profilo della correttezza e buona fede nella esecuzione del contratto; b) siano anche, al contempo, soggetti a controllo preventivo di legittimità da parte della Corte dei conti, che tale legittimità valuta secondo i canoni del diritto amministrativo.

E veniamo alla giurisdizione. L'art. 63, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001 demanda "al giudice ordinario ... tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni ... incluse le controversie concernenti ... il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale ...". Non si intende qui riprendere l'ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale sorto in merito all'interpretazione del riparto di giurisdizione definito dalla norma, ma si vuole

⁵⁵ Oltretutto rimane aperto un altro "dettaglio". La giurisprudenza della Cassazione sulla "natura privatistica" degli incarichi dirigenziali si è formata su casi concreti di incarichi a dirigenti di secondo livello, conferiti con atto del dirigente di livello generale, cioè del soggetto che, per il d.lgs 165, assolve alle funzioni privatistiche del "datore di lavoro". Ma qui era certo più facile sostenere la tesi adottata. Senonché, la giurisprudenza civile avrebbe altrettanto agio nel qualificare come "atti di natura privatistica" i decreti del Presidente della Repubblica e i decreti del Presidente del Consiglio con cui, ai sensi del terzo e quarto comma dell'art. 19 del d.lgs 165, sono conferiti gli incarichi apicali e quelli di livello dirigenziale generale nei Ministeri? E potrebbe essere sostenuta la tesi di una sostanza privatistica dentro atti aventi la forma più pubblica conosciuta dal nostro ordinamento? Questi dubbi sono, credo, legittimi, e mi sembra che siano anche autorevolmente condivisi: cfr. F.CARINCI, *Una "riforma conclusa"*, cit., p. LI ss., che osserva: "Ai sensi e per gli effetti di quello che è oggi l'art. 63 del d.lgs 165/2001, ritengo che sia perfettamente condivisibile continuare a qualificare come provvedimenti amministrativi quei conferimenti di cui all'art. 19, commi 3 e 4, senza dover escludere la giurisdizione piena del giudice ordinario, cioè estesa fino al potere di annullamento."

⁵⁶ Cfr, in proposito Corte Conti, Sez.cent.r.contr., 22.6.1999, n. 45; ID., 4.2.2003, n. 3, con ampia motivazione. Per un caso recentissimo di rifiuto di registrazione di atto dirigenziale generale per il conferimento di incarico a dirigente di seconda fascia cfr. Corte Conti, Sez.cent.r.contr., 4.10.2010, delib 18/2010/P. In dottrina cfr. S.NESPOR, *Conferimento di incarichi dirigenziali presso l'amministrazione dello Stato: criteri e limiti secondo la giurisprudenza della Corte dei conti*, in *Riv.Cr.Dir.Lav.*, 2006, n.3.

concentrare l'attenzione su un unico profilo relativo alla possibilità di impugnare l'atto di conferimento in via principale davanti al giudice amministrativo.

Pur consapevole dell'orientamento di ampia parte della dottrina favorevole alla esclusiva giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria in tema di incarichi, resto assai dubbioso che il giudice ordinario sia davvero competente quando oggetto del contendere sia il provvedimento di conferimento dell'incarico in sé e per sé, e non il rapporto di lavoro sottostante. Che tale provvedimento sia autonomamente impugnabile non può essere negato, sia perché esso preesiste ed ha vita propria, sia perché alla sua impugnazione possono essere legittimati (come a quella di qualsiasi provvedimento amministrativo) anche soggetti diversi dal titolare dell'incarico (per esempio: altri aspiranti allo stesso incarico).

Ora, se la competenza fosse anche in questo caso del giudice ordinario, si avrebbe il paradosso che nessun giudice sarebbe competente ad annullare il provvedimento amministrativo illegittimo, il quale, per quanto disapplicato, sarebbe rimuovibile dall'ordinamento soltanto per intervento dell'amministrazione in sede di autotutela. Inoltre, la legittimazione processuale di terzi aspiranti allo stesso incarico, pacifica davanti al giudice amministrativo, potrebbe non esserlo davanti al giudice ordinario, ma se così fosse si determinerebbe una carenza di tutela. Questi paradossi portano, perciò, a ritenere che la formula dell'art. 63 del d.lgs. n. 165 vada intesa come attributiva della competenza al giudice ordinario soltanto quando vengono in discussione diritti ed obblighi relativi al rapporto di lavoro; ma che resti comunque salva la possibile competenza del giudice amministrativo quando oggetto di impugnazione sia soltanto la legittimità del provvedimento amministrativo di conferimento dell'incarico e non il rapporto giuridico di lavoro ad esso sottostante⁵⁷.

3.6. Tutela giurisdizionale e diritto di accesso agli atti.

Dalla "privatizzazione" dei rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni dovrebbero discendere, in via di principio, sia una diversa configurazione delle posizioni soggettive dei dipendenti di fronte al potere organizzativo privatistico dell'amministrazione, sia una trasformazione delle forme di tutela giurisdizionale.

Nella prima stagione della riforma le norme hanno confortato solo in parte questa conclusione⁵⁸. Solo nel 1998 è stato, infine, raggiunto un assetto definitivo per la giurisdizione sul lavoro pubblico, con una norma – poi confluita nell'odierno art 63 del d.lgs. n. 165/2001 - che, anche alla prova dell'attuazione, sembra aver definitivamente

⁵⁷ In questi termini, da ultimo Cass. 5.3.2003, n. 3252, in www.giust.it, n. 4/2003.

⁵⁸ Soprattutto la disciplina della giurisdizione è stata, infatti, in tale fase, arena di confronto tra spinte al completamento della privatizzazione e nostalgie del sistema pubblicistico, con ripetuti tentativi di ridefinire il confine tra aspetti soggetti a giurisdizione amministrativa e, perciò, destinati a rimanere nell'area del diritto pubblico, e aspetti soggetti a giurisdizione ordinaria e, quindi, transitati nei domini del diritto privato. Nello stesso periodo, il giudice amministrativo ha mostrato sia una ideologica avversione per la riforma, sia una straordinaria capacità di ricondurre al diritto amministrativo e alla propria giurisdizione anche ciò che apparirebbe proprio dell'ambito privatistico, giustificando così la convinzione che la privatizzazione dei rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni non sarebbe mai divenuta effettiva senza un radicale mutamento delle competenze giurisdizionali. Sulla lunga incertezza e fluidità della linea di confine tra giurisdizione ordinaria e amministrativa in relazione ai rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni, espressione di una più ampia fluidità del confine tra diritto pubblico e diritto privato nella disciplina delle organizzazioni pubbliche, cfr. F.CARINCI, *Una "riforma conclusa"*, cit., p. L ss.

superato incertezze e resistenze. Alla giurisdizione mista sui rapporti di lavoro con pubbliche amministrazioni – parte del giudice ordinario, parte di quello amministrativo - che aveva caratterizzato il primo quinquennio della riforma, l'art. 63, comma 1, del d.lgs 165 ha sostituito una giurisdizione piena del giudice ordinario. Spettano a questo, infatti, “tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni ... *ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti*” (quali, ad esempio, gli atti pubblicistici in materia di organizzazione “alta”: nda). “Quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica, se illegittimi”⁵⁹.

L'importanza del mutamento risalta considerando che spettano, adesso, al giudice ordinario anche le controversie in tema di conferimento e revoca di incarichi dirigenziali e di responsabilità dirigenziale, nelle quali la connessione tra profili privatistici del rapporto di lavoro del dirigente e profili pubblicistici attinenti all'esercizio delle funzioni dell'amministrazione è particolarmente intensa. E la forza innovativa di questa scelta è stata tale non solo da resistere alla qualificazione dell'atto di conferimento degli incarichi dirigenziali come “provvedimento” (pur senza l'aggettivo “amministrativo”), operata dalla legge 145/2002, ma anche da indurre la Cassazione, con ripetute sentenze negli anni dal 2003 in poi, a sostenere che i provvedimenti di conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali sono atti di natura privatistica.

Altrettanto innovativa è la previsione del comma 3 dell'art. 63, che devolve al giudice ordinario le controversie in tema di comportamento antisindacale delle amministrazioni e quelle - promosse da sindacati, ARAN e pubbliche amministrazioni - relative al rispetto delle procedure di contrattazione e di partecipazione sindacale previste dalla legge o dai contratti collettivi, dalle quali possono nascere ordini di *facere* del giudice ordinario nei confronti dell'amministrazione. Il comma 2 dell'art. 63 stabilisce, d'altro canto, che “Il giudice (ordinario: nda) adotta, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati” e che le sue sentenze possono anche determinare la costituzione o l'estinzione del rapporto di lavoro. Una applicazione concreta di questo principio si legge nell'art. 36, comma 5, il quale, dopo aver stabilito che la violazione delle disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte delle pubbliche amministrazioni non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato, precisa che “il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative”.

Le conseguenze di queste norme sono evidenti. Innanzi tutto, l'antico assioma che demandava le controversie di lavoro dei pubblici dipendenti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo a causa dello “inestricabile intreccio tra rapporto di lavoro e organizzazione amministrativa” è totalmente rovesciato. L'indissolubilità

⁵⁹ Merita sottolineare che il giudice ordinario ha pieno titolo per conoscere, in sede di giudizio sul rapporto di lavoro, anche della legittimità degli atti amministrativi; l'unico limite che incontra è che non può annullare ma solo disapplicare tali atti; l'interessato che voglia pervenire alla rimozione dell'atto amministrativo presupposto illegittimo deve adire a tal fine il giudice amministrativo. Osserva P. SORDI, *Atti negoziali*, cit., p. 35, che la sindacabilità, da parte del giudice ordinario, degli atti di macro-organizzazione in quanto atti amministrativi presupposti aventi riflessi sul rapporto di lavoro costituisce una differenza del lavoro pubblico rispetto alla tendenziale irrilevanza che gli atti di organizzazione del datore di lavoro hanno nel lavoro generale privato.

dell'intreccio non è più negata - come hanno vanamente tentato di fare le prime versioni del d.lgs. n. 29 - ma l'intreccio, confermato, viene devoluto ad un altro giudice, ossia al giudice ordinario. Per poter giudicare, questi è legittimato - in misura assai più ampia che nel precedente sistema - a conoscere e disapplicare gli atti amministrativi presupposti⁶⁰. Inoltre, è superato l'antico tabù che precludeva al giudice ordinario di impartire ordini o dettare comportamenti all'amministrazione, giacché ordini e prescrizioni di comportamento all'amministrazione sono proprio l'esito naturale di una serie di controversie, tra cui quelle sopra menzionate in tema di condotta antisindacale e di rispetto delle procedure sindacali.

In secondo luogo, con il mutamento del giudice, muta il tipo di processo: non si giudica più di un atto dell'amministrazione oggetto di impugnazione, ma dello svolgimento di un rapporto giuridico e della eventuale incidenza degli atti e comportamenti delle parti sulle posizioni giuridiche che ne sono oggetto. La natura giuridica degli atti dell'amministrazione - ossia se si tratti di atto pubblicistico attinente all'organizzazione "alta" o, all'opposto, di atto privatistico attinente all'organizzazione "bassa" - diventa, perciò, irrilevante ai fini della giurisdizione e non ha significato domandarsi chi abbia giurisdizione sugli atti del potere organizzativo privatistico, giacché o tali atti incidono sul rapporto di lavoro e, allora, sono oggetto della giurisdizione ordinaria, ovvero non vi incidono e allora, ove non ledano altrimenti diritti di terzi, risultano insindacabili.

Infine, si determina una profonda trasformazione delle situazioni giuridiche dei dipendenti. I dipendenti di pubbliche amministrazioni restano titolari di posizioni giuridiche qualificabili come interessi legittimi di diritto amministrativo soltanto in particolari e improbabili casi, ossia quando l'ordinamento riconosca loro un interesse giuridicamente protetto nei confronti di atti di organizzazione in regime pubblicistico che non abbiano incidenza sul loro personale rapporto di lavoro. Invece, ogni qual volta l'atto del potere organizzativo incide sul rapporto di lavoro del dipendente, questi o vanta un diritto soggettivo perfetto (finale o strumentale) o, all'opposto, è titolare di un interesse di mero fatto, giuridicamente non protetto⁶¹.

Anche nel sistema attuale restano, comunque, riservati alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo due ordini di questioni: *a)* quelle attinenti a rapporti di lavoro non privatizzati, concernenti magistrati, avvocati e procuratori dello Stato, personale militare e delle forze di Polizia, personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia, e altre categorie minori; *b)* quelle in materia di procedure concorsuali per l'assunzione del personale⁶².

⁶⁰ In merito all'opportunità che sia un solo giudice ad occuparsi dell'intera ed unitaria controversia cfr. Cass. S.U. (ord.), 18.4.2003, n. 6348, in www.giust.it, n. 5/2003.

⁶¹ Si veda Cass. S.U., 24.2.2000, n. 41, *LPA*, 2000, 303 ss. secondo cui "quand'anche la lesione lamentata dal prestatore di lavoro derivi dall'esercizio di poteri discrezionali dell'amministrazione datrice di lavoro, la situazione soggettiva lesa dovrà qualificarsi, alla stregua delle più recenti classificazioni civilistiche, come interesse legittimo di diritto privato, da riportare, quanto alla tutela giudiziaria, all'ampia categoria dei "diritti" di cui all'art. 2907 c.c.". Negli stessi termini cfr. C. Cost. 23.7.2001, n. 275, *LPA*, 2001, 619 e Corte Cost. (ord.), 9.12.2002, n. 525. Si vedano ancora Cass. S.U. 28.1.2003, n. 1241, in www.giust.it, n. 2/2003; Cass. S.U. (ord), 6.2.2003, n. 1807, in www.giust.it, n. 4/2003 e Cass. 5.3.2003, n. 3252, in www.giust.it, n. 4/2003 che espressamente riconoscono la legittimazione del dipendente a proporre l'azione al giudice del lavoro domandando la tutela dei diritti soggettivi mediante disapplicazione dell'atto amministrativo presupposto e ad impugnare davanti al giudice amministrativo lo stesso atto per ottenerne l'annullamento. Dopo tali sentenze pilota, la questione è divenuta sostanzialmente pacifica.

Una questione che si è concretamente posta è se, per effetto della privatizzazione dell'impiego con le pubbliche amministrazioni, sia o meno modificato il regime dell'accesso agli atti di gestione del rapporto di lavoro. In particolare, ci si è domandati se il diritto di accesso previsto dalla l. n. 241/1990 - diritto che, prima della riforma, era senz'altro esercitabile, nei confronti dei provvedimenti amministrativi di gestione del rapporto d'impiego pubblico, sia dal destinatario del provvedimento, sia da terzi eventualmente interessati - sussista anche ora, dopo la trasformazione degli atti di gestione del rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche in atti di diritto privato.

La risposta all'interrogativo va ricercata, innanzi tutto, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato sull'attività di diritto privato delle pubbliche amministrazioni, categoria di attività cui sono riconducibili anche gli atti privatistici delle amministrazioni concernenti la gestione dei rapporti di lavoro. Inizialmente, il Consiglio di Stato aveva ritenuto che il diritto di accesso previsto dalla l. n. 241 fosse applicabile soltanto all'attività svolta dalle pubbliche amministrazioni nella veste di autorità, ossia soltanto all'attività amministrativa di diritto pubblico. Esso era, cioè, concepito inizialmente come contrappeso per l'amministrato alla situazione di supremazia del soggetto pubblico che eserciti potestà e strumenti pubblicistici; di conseguenza, nei casi in cui la pubblica amministrazione agisce in regime di diritto privato, senza godere di potestà o situazioni di supremazia derivanti dall'esercizio della funzione autoritativa, è stata, in una prima fase, ritenuta non giustificabile alcuna intrusione attraverso il mezzo dell'accesso⁶³.

Questo primo orientamento è stato, però, completamente capovolto dalla successiva giurisprudenza del Consiglio di Stato⁶⁴, che ha ritenuto:

- a) che l'art. 22 della l. n. 241/1990 nel disciplinare il diritto di accesso ai documenti amministrativi, "al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale" ha dato attuazione all'art. 97 della Costituzione, per il quale la legge assicura "il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione";
- b) che i principi di buon andamento e di imparzialità costituiscono i valori essenziali di riferimento di ogni comportamento dell'amministrazione e, pertanto, riguardano allo stesso modo l'attività volta all'emanazione dei provvedimenti e quella con cui sorgono o sono gestiti i rapporti giuridici disciplinati dal diritto privato. Ogni attività dell'amministrazione, anche quando le leggi amministrative consentono l'utilizzazione di istituti del diritto privato, è vincolata a curare, in modo imparziale, l'interesse collettivo. L'attività amministrativa suscettibile di accesso è quindi

⁶² In merito a quest'ultimo profilo, per una rassegna delle varie posizioni sempre nel periodo in cui la discussione fu intensa, a cavallo tra i due secoli, cfr. G.NOVIELLO-B.SORDI-E.APICELLA-ATENORE, *Le nuove controversie sul pubblico impiego*, Giuffrè, 2001, 32 ss.; in giurisprudenza cfr. Cass. S.U. (ord.), 12.3.2003, n. 3658, www.giust.it, n. 3/2003.

⁶³ Cfr. C. Stato, sez. IV, 5 giugno 1995, n. 412; C. Stato, sez. VI, 1 marzo 1996, n. 297; C. Stato, sez. VI, 1 dicembre 1996, n. 1734; C. Stato, sez. V, 17 dicembre 1996, n. 1559.

⁶⁴ Cfr. C. Stato, sez. IV, 4 febbraio 1997, n. 82; C. Stato, sez. IV, 17 giugno 1997, n. 649; C. Stato, sez. VI, 3 giugno 1997, n. 843; C. Stato, sez. IV, 15 gennaio 1998, n. 14; C. Stato, sez. V, 15 giugno 1998, n. 838) che ha trovato la definitiva consacrazione in due pronunce dell'Adunanza Plenaria (C. Stato, Ad.plenaria, 22.4.1999, n. 4 e n. 5, *GDA*, 1999, 946; successivamente negli stessi termini, tra le molte, C. Stato 5.3.2002, n. 1303, in www.giust.it, n. 3/2002; C. Stato, sez. VI, 15.5.2002, n. 2618, www.giust.it, n. 6/2002; C. Stato 27.5.2003, n. 2938, in www.giust.it, n. 6/2003; Tar Valle D'Aosta 23.5.2003, n. 102, in www.giust.it, n. 6/2003).

- configurabile non solo quando l'amministrazione eserciti pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando essa (nei limiti consentiti dall'ordinamento) persegua le proprie finalità istituzionali mediante atti sottoposti, in tutto o in parte, alla disciplina prevista per i rapporti tra i soggetti privati (anche quando gestisca un servizio pubblico o amministri il proprio patrimonio o il proprio personale);
- c) che la l. n. 241/1990 non ha assegnato decisivo rilievo alla natura pubblicistica o privatistica degli atti nei cui confronti si chiedi l'accesso e non ha indicato una particolare tipologia di atti dell'amministrazione nei cui confronti sia radicalmente precluso. Essa ha, infatti, attribuito ai documenti cui riferisce il diritto di accesso un carattere allargato, sia in senso oggettivo (documenti relativi non solo ad atti formati dalle amministrazioni, ma anche ad atti comunque utilizzati dalle amministrazioni), sia in senso soggettivo (essendo soggetta ad accesso anche l'attività dei concessionari di pubblici servizi, che possono essere soggetti privati);

Certo anche sotto l'influsso di questa giurisprudenza, e per sgombrare il campo da possibili fattori lessicali di equivoco, il legislatore ha poi riformulato, nel 2005, la lett. d) dell'art 22 della legge 241/1990, chiarendo che per documento amministrativo suscettibile di diritto di accesso "deve intendersi ogni rappresentazione...del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico provvedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, *indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale*".

Alla luce di quanto sopra, appare chiaro che il diritto di accesso va correlato non più solo agli atti amministrativi in senso stretto (o di diritto pubblico), ma all'attività amministrativa *lato sensu* intesa, comprensiva anche dell'attività amministrativa di diritto privato, purché non disancorata dall'interesse pubblico di settore proprio dell'apparato amministrativo e, di conseguenza, soggetta, al pari dell'attività di diritto pubblico, al principio costituzionale di imparzialità. Questa interpretazione appare pienamente riferibile anche agli atti privatistici di gestione del rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni, la cui natura non fa venir meno, per l'amministrazione-datore di lavoro, l'obbligo di riferirsi al principio costituzionale-faro dell'imparzialità⁶⁵. La conclusione è che il diritto di accesso è esercitabile nei confronti degli atti di gestione dei rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni, anche se essi non sono più provvedimenti amministrativi, ma atti di diritto privato.

Negli ultimi anni questo approccio è stato sia condiviso dalla Cassazione, sia confermato da ampia giurisprudenza amministrativa. La Cassazione ha fissato il proprio orientamento con due sentenze della Sezione lavoro (2 aprile 2004, n. 6570; 18 febbraio 2005, n. 3360) che hanno operato, ai fini della applicazione della legge 241/90 al lavoro nelle pubbliche amministrazioni, una fondamentale distinzione: da un lato vi sono le norme della legge 241 sul procedimento e sull'atto amministrativo e relativi vizi, che sicuramente non si applicano al lavoro nelle pubbliche amministrazioni poiché questo è gestito, ormai, attraverso atti privatistici che non sono più parte di un procedimento; dall'altro vi è la normativa della legge 241 sul diritto di accesso, che invece si applica a qualsiasi atto, anche privatistico, delle pubbliche amministrazioni, in quanto vincolato al rispetto del principio costituzionale di imparzialità. Sulla stessa linea la giurisprudenza

⁶⁵ In proposito, si rimanda a quanto osservato *retro* circa il recupero, nel lavoro "privatizzato" con le pubbliche amministrazioni, del principio costituzionale di imparzialità attraverso l'utilizzo delle clausole di buona fede e correttezza nella esecuzione del contratto di lavoro privato, e attraverso alcune norme speciali del d.lgs 165 come quelle sulla parità di trattamento contrattuale.

amministrativa più recente, tra cui ad esempio, Tar Sicilia-Catania, sez. IV, 20 luglio 2006, n. 1194; Tar Lazio, sez I-quater, 10 marzo 2006, n. 1862; Cons.giust.amm. Sicilia, 4 luglio 2007, n. 558; Tar Lombardia-Milano, sez. IV, 28 giugno 2010, n. 2647.

4. Conclusioni.

Svolta l'analisi, è venuto il momento di tirare le conclusioni. Conclusioni già in parte anticipate nel paragrafo di apertura e, poi, qua e là nel testo, ma che ora è necessario approfondire. Purtroppo - e faccio questa ammissione con la vera sofferenza e passione istituzionale di chi ha partecipato attivamente, in ruoli diversi, a molte stagioni di elaborazione della riforma e ha creduto davvero nella possibilità di migliorare, per questa via, l'efficienza e la qualità dei servizi alla collettività⁶⁶ - è impossibile non constatare sia il fallimento degli sforzi compiuti dal 1992 ad oggi, sia il fatto che nemmeno la riforma del 2009 offre credibili speranze di miglioramento. Le evidenze di questo fallimento sono tante, ma credo che l'accento vada posto su tre aspetti.

7.1. La mancanza del "datore di lavoro" nelle pubbliche amministrazioni.

La ragione forse principale per cui la riforma è fallita, né si vedono prospettive di miglioramento, sta nella mancanza, nelle pubbliche amministrazioni, di un vero "datore di lavoro". Finché non si risolverà questo problema nessun artificio, nessun intervento su temi specifici produrrà alcunché. E se ne comprende facilmente la ragione.

La riforma è nata per rendere l'azione delle nostre amministrazioni pubbliche più economica, efficiente ed efficace. Per farlo, si è pensato di trasformare radicalmente la gestione delle risorse umane nelle amministrazioni, abbandonando i modelli burocratico/amministrativi per ispirarsi alle logiche e procedure di matrice aziendalistica (*New Public Management*). Di qui la "privatizzazione" del rapporto di lavoro del personale.

Naturalmente questa trasformazione aveva (ed ha) in sé un rischio. Il rischio che l'abbandono delle minuziose procedure e controlli tipici del diritto pubblico aprisse le porte ad abusi e sperperi, ad un uso delle risorse pubbliche finalizzato non al bene comune ma a scopi privati nel senso deteriore del termine. L'unico antidoto a questo rischio era ed è:

- a) che la maggiore libertà di azione (autonomia gestionale di tipo manageriale) sia affidata ad un soggetto (datore di lavoro) indotto ad operare nell'interesse generale da un sistema di indirizzo-controllo sui risultati effettivo, concreto, efficace;
- b) che, al contempo, sia attivato un sistema di regole istituzionali che renda, anche per gli organi politici al vertice delle amministrazioni, l'economicità, l'efficienza e l'efficacia del servizio obiettivo non meno essenziale del consenso politico.

Il datore di lavoro è rappresentato, nelle imprese, dall'amministratore delegato e dal management che lo supporta. A questi soggetti è affidato il compito di tradurre,

⁶⁶ Per una serie di circostanze, in parte anche casuali, ho avuto l'onore e la responsabilità di collaborare alla elaborazione dei capitoli della riforma concernenti la dirigenza dapprima, in qualità di consulente del Dipartimento della Funzione Pubblica, a fianco di Maurizio Sacconi (1992-1993), di Sabino Cassese (1993-1994) e di Franco Bassanini e Massimo D'Antona (1996-1998) e poi, come Capo Dipartimento della Funzione Pubblica, a fianco di Franco Frattini (2001-2002).

nella gestione quotidiana, gli indirizzi e gli obiettivi definiti dalla proprietà. *Conditio sine qua non* per il successo della “privatizzazione” del lavoro pubblico è, dunque la riproduzione di una figura simile; di qualcuno che abbia, nei singoli ministeri ed enti, ruolo, autonomia e poteri realmente corrispondenti a quelli di un amministratore delegato; di qualcuno che, come l’amministratore delegato di una impresa, sia tenuto ad attenersi agli indirizzi strategici della proprietà, si confronti anche costantemente con essa sulle principali decisioni operative e ad essa risponda poi periodicamente per i risultati, ma goda di piena e reale autonomia nella gestione quotidiana.

Ebbene, il problema della nostra riforma del lavoro pubblico è che questo modello, correttamente disegnato sulla carta dalle norme del 1993-1998, non è mai stato davvero attuato e anzi, a partire dal 1999, è stato progressivamente sostituito da un altro modello, frutto di un’opera progressiva e bipartisan di “distorsione della riforma”. In pratica: Governo, legislatore ed organi politici al vertice delle varie amministrazioni statali, regionali e locali hanno preferito assicurarsi il “controllo” dell’apparato puntando sullo *spoils system* e sulla precarizzazione/fidelizzazione della dirigenza, piuttosto che sui pur delineati sistemi di pianificazione degli obiettivi e controllo sui risultati.

In tal modo, e dal proprio punto di vista, gli organi politici hanno conseguito facilmente un duplice obiettivo: mantenere un controllo sulle singole attività assai pervasivo e costante, e farlo per di più senza nemmeno (come avveniva fino al 1993) la responsabilità personale per la firma diretta degli atti di gestione. Ma, dal punto di vista della riforma, l’effetto è stato disastroso, perché la dirigenza è stata indotta – salvo eccezioni - ad operare non secondo logiche manageriali, ma secondo logiche di adesione alla volontà e ai desideri dell’organo di governo, pena la certezza del mancato rinnovo dell’incarico alla prima (magari anche ravvicinata) scadenza, quali che fossero i risultati di gestione, e paradossalmente anche in presenza di risultati molto positivi.

Gli strumenti per ottenere questa progressiva “fidelizzazione” della dirigenza sono stati: l’ampliamento progressivo degli incarichi dirigenziali soggetti a decadenza ad ogni rinnovo dell’organo politico (cosiddetto “*spoils system*”), inizialmente limitati a segretari generali e capi dipartimento dei Ministeri e poi estesi nello Stato ai direttori delle agenzie (che erano nate per distacco dai ministeri proprio per valorizzarne la natura di organismi “tecnici”) e nelle regioni ed enti locali ai dirigenti generali⁶⁷; il ricorso, soprattutto nei ministeri, a periodici azzeramenti *ope legis* di tutti gli incarichi dirigenziali, di qualsiasi livello, come avvenuto nel 1999 e nel 2002⁶⁸ e ancora, seppure limitatamente agli incarichi dirigenziali conferiti ad esterni, nel 2006⁶⁹; la breve durata degli incarichi dirigenziali, ridottasi persino a pochi mesi in talune amministrazioni

⁶⁷ Cfr. per la regola generale l’art. 19, comma 8, d.lgs 165/2001; per l’ampliamento ai direttori delle agenzie statali l’art. 2, comma 160 della l. 24.11.2006, n. 286; per il prolungamento da 90 a 210 giorni del termine per l’esercizio ministeriale dello *spoils system* di cui all’art. 9, comma 8, del d.lgs 165/2001 ancora l’art. 2, comma 161, della l. 286/2006; per l’estensione dello *spoils system* nei confronti dei semplici dirigenti generali molte leggi regionali. In linea generale, il fenomeno dello *spoils system* ha assunto, a livello regionale e locale, toni ancora più marcati che nello Stato.

⁶⁸ Cfr. l’art. 8 del dPR 150/1999 e l’art. 3, comma 7, della l. 145/2002.

⁶⁹ Cfr ancora la l. 286/2006, art. 2, comma 159 e 161 (questo secondo comma, tra l’altro, è stato dichiarato illegittimo da Corte cost. 161/2008, con motivazioni estensibili anche al comma 159, salvato dall’annullamento solo a causa di un difetto di ammissibilità del quesito del giudice *a quo*).

statali nel periodo 2002-2005, e solo nel 2006 ristabilita dalla legge in un minimo di tre anni ⁷⁰.

Ma lo strumento di “pressione” sulla dirigenza forse più efficace, e al contempo più in contraddizione con la logica manageriale della riforma, è stato la previsione che, alla scadenza naturale dell’incarico - o anche prima di tale scadenza, in presenza di processi di riorganizzazione dell’amministrazione (che possono, ove occorra, anche essere confezionati *ad hoc*) - il dirigente possa non essere confermato anche se i risultati di gestione siano stati positivi. E *transat* se valesse l’obbligo – inizialmente previsto dai contratti collettivi per la dirigenza - di conferire, al dirigente non immeritevole, un incarico equivalente, seppur diverso. Tale obbligo però ormai non c’è più: ciò appariva già chiaro nel nuovo comma 1-ter dell’art. 19 del d.lgs 165/2001 (introdotto dal d.lgs 150/2009), che imponeva all’amministrazione, alla scadenza dell’incarico, o anche prima di tale scadenza nei casi di riorganizzazione, soltanto di dare al dirigente non confermato “idonea e motivata comunicazione con preavviso congruo...prospettando i posti disponibili per un nuovo incarico” ⁷¹; ma ora anche questo mero vincolo di motivazione è stato abrogato, perché l’art. 9, comma 32, del d.l. 78/2010, come convertito dalla legge 122/2010, ha espressamente previsto la facoltà di conferire, al dirigente non confermato senza demerito, un nuovo incarico di valore economico inferiore, col solo obbligo che sia della medesima fascia (livello generale o non generale) e sancendo inoltre l’inapplicabilità di norme legislative o contrattuali più favorevoli ⁷².

Dunque il dirigente anche efficiente e manageriale, ma troppo autonomo, sa per certo che – alla scadenza dell’incarico o anche prima, bastando una piccola riorganizzazione interna su misura che ne sopprima o modifichi strutturalmente l’ufficio – potrà, anche in presenza di risultati ottimali, vedersi proporre/imporre un incarico formalmente di pari livello ma sostanzialmente insignificante (per esempio, un incarico “di studio”) e di valore economico inferiore. E’ ovvio che in tali circostanze – e salve le debite eccezioni – questo dirigente sarà indotto ad un atteggiamento di sostanziale “allineamento” non agli indirizzi e programmi strategici, ma alle indicazioni quotidiane, anche molto “gestionali”, che potrebbero provenire dall’organo politico.

⁷⁰ In taluni casi queste norme regionali e statali sono dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale (cfr. ad esempio Corte cost. 233/2006 sulla LR Calabria 12/2005; Corte cost. 103/2007 e 104/2007 su due LR rispettivamente del Lazio e della Sicilia; Corte cost. 34/2010 ancora sulla LR Calabria 12/2005; le già citate Corte cost. 161/2008 e 81/2010 sul comma 159 dell’art. 2 della l. 286/2006). Tuttavia, tanto più le sentenze della Corte riducevano gli spazi per norme esplicite di spoils system, tanto più il legislatore ha cercato la soluzione in meccanismi alternativi di “precarizzazione” degli incarichi dirigenziali, come la breve durata o la facoltà di mancato rinnovo alla scadenza naturale.

⁷¹ Sulla inidoneità di tale norma a tutelare l’autonomia dei dirigenti cfr. A.GARILLI-A.BELLAVISTA, *Riregolazione legale e de-contrattualizzazione*, cit., 2010, pp 21 ss.

⁷² Recita testualmente la norma: “*A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente provvedimento le pubbliche amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001 che, alla scadenza di un incarico di livello dirigenziale, anche in dipendenza dei processi di riorganizzazione, non intendono, anche in assenza di una valutazione negativa, confermare l’incarico conferito al dirigente, conferiscono al medesimo dirigente un altro incarico, anche di valore economico inferiore. Non si applicano le eventuali disposizioni normative e contrattuali piu’ favorevoli; a decorrere dalla medesima data e’ abrogato l’articolo 19, comma 1-ter, secondo periodo, del decreto legislativo n. 165 del 2001. Resta fermo che, nelle ipotesi di cui al presente comma, al dirigente viene conferito un incarico di livello generale o di livello non generale, a seconda, rispettivamente, che il dirigente appartenga alla prima o alla seconda fascia.*”

Come si può pensare, allora, che questo soggetto possa davvero svolgere in modo manageriale e autonomo le funzioni di “datore di lavoro”? Come si può pensare che egli resti insensibile alle possibili sollecitazioni degli organi politici e dei sindacati, quand’anche non coerenti con una gestione realmente aziendalistica delle risorse umane e dell’organizzazione? Questa dirigenza precarizzata e fidelizzata, “strutturalmente” non è messa nelle condizioni di assolvere al ruolo del “datore di lavoro-manager” ipotizzato in teoria dalla riforma⁷³.

Se, poi, a questa carenza “strutturale” della figura del dirigente-datore di lavoro si aggiunge che mancano regole istituzionali tali da indurre gli organi politici – che nel settore pubblico assolvono un po’ al ruolo della “proprietà” – a ricercare il consenso attraverso l’economicità, efficienza ed efficacia dei servizi piuttosto che con altri meccanismi, allora appare ancora più chiaro perché la riforma non ha funzionato e continuerà a non funzionare⁷⁴.

Qualcuno potrebbe pensare che sia mancata, a livello governativo e di legislatore, la effettiva piena consapevolezza del problema di fondo, e che da tale ignoranza nascano i difetti della cura. Ma non è così! Infatti, la necessità di costruire una reale figura di datore di lavoro pubblico e di attivare meccanismi di “fallimento politico” tali da stimolare gli organi politici a fare davvero proprie esigenze/obiettivi di economicità, efficienza ed efficacia dei servizi appariva ben chiara nei programmi iniziali del Ministro della Funzione pubblica nel maggio 2008 e, in particolare, nel documento intitolato “*Piano industriale della pubblica amministrazione*”. Questo documento del Governo offre una analisi molto lucida della vera sostanza dei problemi, come mostra lo stralcio che si riporta in nota⁷⁵. Colpisce perciò ancora di più che alla

⁷³ Tutto questo si traduce nella vanificazione di fatto della distinzione tra politica e amministrazione e nella perdita di significato della responsabilità dirigenziale per i risultati. In senso analogo cfr. già nel 2004 F.CARINCI, *Una “riforma conclusa”*, cit., p. LVII. Più recentemente cfr. M.SGROI, *Dalla contrattualizzazione dell’impiego*, cit., 2006, p. 150 ss.; D.BOLOGNINO, *La dirigenza pubblica statale tra autonomia e responsabilità*, Cedam, Padova, 2007, introduzione e in più parti nel testo; S.BOSCATI, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità*, cit, 2009, pp. 6 ss.; S.BATTINI, *L’autonomia della dirigenza pubblica e la “riforma Brunetta”: verso un equilibrio tra distinzione e fiducia?*, in *Giorn.dir.amm.* 2010, p. 39 ss.; A.GARILLI-A.BELLAVISTA, *Riregolazione legale e de-contrattualizzazione*, cit., 2010, pp 5-6. Particolarmente efficace è la considerazione di G.GARDINI, *L’autonomia della dirigenza nella (contro)riforma Brunetta*, cit, 2010, p. 581 ss, che vale la pena di citare testualmente: “*Per una bizzarra eterogeneità dei fini, infatti, il principio di separazione tra politica e amministrazione ha finito per produrre un esito opposto a quello desiderato: la politica seguita, come e più di prima, ad influenzare le scelte gestionali intervenendo direttamente sui decisori, senza però mostrare apertamente il proprio volto e senza assumere alcuna responsabilità all’esterno...*” (p. 584).

⁷⁴ Sul fatto che l’assenza di un credibile “datore di lavoro” sia stata causa primaria della non attuazione della riforma del lavoro pubblico cfr. anche F.CARINCI, *La terza riforma del lavoro nella pubblica amministrazione*, cit, 2008, p. 950 ss. e soprattutto 975 ss; L.ZOPPOLI, *A dieci anni dalla “riforma Bassanini”*, cit., 2008, p. 10 ss; G.D’AURIA, *Op.ult.cit.*, p. 2; G.GARDINI, *Op.cit.*, p. 586.

⁷⁵ Al capitolo 5 del Piano industriale della PA si legge testualmente: “Occorre introdurre nel lavoro pubblico la figura del datore di lavoro a cui sia possibile imputare l’eventuale responsabilità di un “fallimento” dell’Amministrazione, analogamente a quanto avviene per il fallimento civilistico nel settore privato. Se nelle aziende private un imprenditore non sa gestire la sua azienda e non è capace di impartire le giuste direttive ai collaboratori, né di controllare se sono capaci di assicurare la salute economica e lo sviluppo all’impresa, questa va in fallimento o in amministrazione controllata, e si portano i libri in tribunale. L’imprenditore paga di persona. Lo stesso deve avvenire, in termini politico-amministrativi, per le Amministrazioni pubbliche. Oggi, almeno gli enti locali possono essere commissariati e i loro organi eletti possono essere sciolti, ad esempio nel caso estremo in cui si hanno prove di infiltrazioni mafiose. Ma per lo stato centrale non valgono neanche queste regole estreme.”

corretta individuazione del malato e della malattia (diagnosi) abbia corrisposto una cura dissociata, orientata su un malato diverso e caratterizzata da misure irrilevanti per la cura del vero male.

Legislatore e Governo, infatti, anziché dare finalmente alla politica il ruolo di governance e alla dirigenza reale autonomia di gestione (attuando la tanto declamata distinzione politica/amministrazione), e lungi dal realizzare davvero il conseguente sistema di misurazione dei servizi e dei risultati complessivi della gestione, hanno infatti ricominciato ad introdurre, a partire dal 2006 e soprattutto poi con le riforme del 2009-10, vincoli di procedura, motivazioni, tetti di spesa, controlli su atti, e ancora a stabilire con norme apposite scopi e criteri di gestione più dettagliati, tesi a vincolare sempre di più l'autonomia delle amministrazioni. Tutti paletti mai del tutto aboliti, ma negli ultimi 4-5 anni reintrodotti con intensità progressivamente crescente, talvolta anche su spinta dalla Corte dei conti, per fare da contrappeso al rischio di lievitazione delle spese e ad arbitri veri o temuti⁷⁶.

Il cerchio così si chiude: la “privatizzazione” del lavoro nelle pubbliche amministrazioni diventa sempre più un involucro meramente formale, che del contesto aziendale e privatistico ha forse l'aspetto, ma nella sostanza ritorna sui propri passi. Torna cioè alle solide (apparentemente) certezze burocratiche di un diritto che sembra molto simile al vecchio diritto amministrativo del pubblico impiego. Torna ad una iperregolazione normativa della gestione molto lontana dalla flessibilità che sarebbe, invece, richiesta dal modello inizialmente ispiratore del *New Public Management*⁷⁷.

Occorre, quindi, stabilire il principio della responsabilità datoriale (politica e amministrativa) anche nel pubblico. Manca ancora, e noi vogliamo costruirla, la figura del datore di lavoro politico-amministrativo, che in base alla legge impartisce le direttive ai dirigenti pubblici. Il ministro, il governatore, il sindaco debbono sapere che se il ministero, la regione, il comune non manterranno gli obiettivi finanziari e produttivi su cui si sono impegnati, saranno obbligati ad ammettere le loro responsabilità e, al limite, anche a dimettersi dall'incarico. In questo modo si potrà stabilire una piena analogia con l'impresa privata e si potranno introdurre criteri non occasionali per la selezione, nella classe politica, di buoni amministratori. Criteri che fino a questo momento sono mancati al Paese.”

⁷⁶ Analoga constatazione si trova in G.D'AURIA, *La riforma del pubblico impiego. Per un vero datore di lavoro nella pubblica amministrazione*, in *Giorn.Dir.Amm.*, 2009, p. 4 ss.; ID., *Il nuovo sistema delle fonti nel pubblico impiego*, in *Giorn.dir.amm.*, 2010, p. 5; G.GARDINI, *L'autonomia della dirigenza nella (contro)riforma Brunetta*, cit, 2010, p. 586 ss. e 592 ss.; B.CARUSO, *Gli esiti regolativi della “riforma Brunetta”*, cit., 2010, p. 241; S.BATTINI, *L'autonomia della dirigenza pubblica e la “riforma Brunetta”: verso un equilibrio tra distinzione e fiducia?*, cit., 2010, p. 7-8.

⁷⁷ Per analoghe considerazioni critiche cfr.: F.CARINCI, *La terza riforma del lavoro nella pubblica amministrazione*, cit, 2008, p. 954; B.CARUSO, *Gli esiti “regolativi della riforma “Brunetta”*, cit, 2010, che parla di “forte etero-direzione degli attori della pubblica amministrazione ad opera della legge, in contraddizione con le logiche del *New Public Management*” (pp. 241 e 265 ss.); S.BOSCATI, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità*, cit, 2009, pp. 18 ss; A.GARILLI-A.BELLAVISTA, *Riregolazione legale e de-contrattualizzazione*, cit., 2010, pp 21 e 26; A.ALAIMO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e blocchi*, cit. 2010, p. 293.

Più recentemente sempre F.CARINCI, *Il secondo tempo della riforma Brunetta”: il d.lgs 150/2009*, cit., 2011, ha autorevolmente proposto una lettura che cerca di dare qualche fiducia all'ennesima “riforma della riforma”. Pur partendo dalla constatazione oggettiva che la ricetta aziendalistica si applica ad un soggetto cui mancano i caratteri e le logiche dell'impresa, Carinci interpreta la scelta legislativa di disciplinare in dettaglio l'attività e i poteri dirigenziali come un modo per imporre ai dirigenti quello spirito imprenditoriale che ad essi spontaneamente mancherebbe. Lo stesso A. riconosce tuttavia i limiti e i rischi di questo approccio, che nega ad una dirigenza che si vorrebbe manageriale proprio quella autonomia e flessibilità operativa che del management è propria nel settore privato.

La principale vittima, purtroppo, sono gli utenti, disillusi da quasi venti anni di proclami sulla trasformazione dell'amministrazione raramente concretizzatisi.

Ma anche i dirigenti sono una vittima di questo processo, perché oggi sono schiacciati tra molti Scilla e Cariddi: la politica, che li precarizza per controllarli; i sempre più farraginosi sistemi di predeterminazione degli obiettivi e valutazione dei risultati, che non portano miglioramenti ma complicano la gestione; i persistenti controlli e responsabilità giuridico-formali, che coesistono pervasivamente con quelli di risultato imponendo una gestione quasi "isterica", al contempo formalistica e manageriale; una legislazione sempre più minutamente regolativa di scelte che dovrebbero essere lasciate alla discrezionalità della gestione.

7.2. Quando il diritto amministrativo, uscito "dalla porta", rientra "dalla finestra": ovvero come si svuota la "privatizzazione" dall'interno.

Su questo argomento, molto ho già detto nei vari parr. che precedono. Qui si può aggiungere che tutti coloro che si sono occupati della riforma sono stati, sin dal principio, consapevoli che non tutte le regole, vincoli, procedure e controlli del tradizionale diritto amministrativo avrebbero potuto essere abbandonate con il passaggio alla "privatizzazione" del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Ci si è divisi sull'intensità del cambiamento e sul dosaggio delle ricette, ma la consapevolezza di fondo era generalizzata.

La realtà ha, tuttavia, superato l'immaginazione, nel senso che tutto sembra cambiato senza cambiare quasi nulla. Basti pensare all'immane sforzo di riscrittura, attraverso ben due tornate di contrattazione collettiva nazionale (1994-1997 e 1998-2001), di tutte le regole sul rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici a suo tempo contenute nello statuto del pubblico impiego (dPR 3/1957), nella legge-quadro sul pubblico impiego (l. 83/1983) e in una miriade di leggi speciali. Tante delle materie disciplinate da queste fonti di rango legislativo sono state re disciplinate con regole contrattuali, dettate da fonti dell'autonomia collettiva. Un così radicale cambiamento ha riguardato, tuttavia, essenzialmente la forma. E' stata una sorta di grande novazione della fonte. Nella sostanza, invece, le nuove regole non hanno affatto reso più snella e fluida la gestione del personale; anzi, non è difficile trovare, nei contratti collettivi di questo periodo e in quelli successivi, limiti, procedure e vincoli all'esercizio dei poteri di gestione del personale non diversi, e talvolta più penetranti, di quelli recati dalle preesistenti norme legislative. E un serio contributo in questa direzione hanno dato le procedure di "partecipazione sindacale", nel settore pubblico assai più pervasive che in qualsiasi comparto privato.

Ma non da meno è stata la legislazione speciale, soprattutto in materia di spesa. Complice la grave e mai risolta situazione del debito e del deficit pubblico, dal 1993 ad oggi quasi tutte le annuali manovre di finanza pubblica hanno cercato di contenere la spesa per il personale mediante divieti o forti appesantimenti procedurali per le scelte di gestione. Si pensi ai blocchi delle assunzioni, ai limiti all'impiego del lavoro flessibile, ai vincoli in materia di progressioni di carriera e incarichi di responsabilità, agli obblighi procedurali in materia di mobilità, alla politica iper-restrittiva in materia di consulenze e collaborazioni (sicuramente giustificata a fronte di certi abusi, ma non di meno contraddittoria rispetto all'autonomia manageriale). E infine, dopo una fase di relativo *self-restraint* del legislatore durata fino alla fine degli anni '90, è ripresa, con il

nuovo secolo, anche la tendenza ad introdurre norme estemporanee su singoli istituti del lavoro pubblico, sempre caratterizzate da vincoli e limiti all'autonomia gestionale.

A tutto questo si aggiungono, poi, le contraddizioni della “sistema dei controlli”. Per le ragioni già esposte nel par. 4.1, il sistema dei “controlli di risultato sull'attività complessiva”, che avrebbe dovuto in larga parte sostituire quello dei “controlli di regolarità sui singoli atti”, si è in realtà aggiunto senza sostituire. I controlli della Corte dei conti sui singoli atti di gestione delle amministrazioni statali, apparentemente scomparsi (come controlli preventivi di legittimità) con la legge 20/1994, in realtà sono riemersi, sotto spoglie dissimulate, in sede di controllo annuale sulle gestioni e, soprattutto, in sede di giurisdizione di responsabilità amministrativa-patrimoniale e contabile. Spesso ambiguo, poi, si è rivelato il ruolo dei servizi di controllo interno delle amministrazioni (oggi “organismi indipendenti di valutazione delle performance”: art. 14 del d.lgs 150/2009). Ad una competenza generale di effettuare analisi/valutazioni essenzialmente statistico/economiche si è aggiunto infatti spesso, grazie a norme speciali sparse nei più diversi testi, il compito di svolgere controlli più puntuali, spesso affini ai controlli di regolarità. E tale tendenza è stata accentuata dalla composizione prevalentemente giuridica di questi organismi, che invece avrebbero richiesto soprattutto competenze economico-aziendalistiche.

Se così stanno le cose, possiamo ancora fingere di credere che la gestione del personale pubblico sia transitata dal diritto amministrativo al diritto privato? Possiamo davvero continuare ad illuderci che oggi i dirigenti pubblici dispongano di una autonomia di gestione ampia e affine a quella dei loro omologhi privati? O non sarebbe, invece, più onesto e realistico riconoscere che limiti, vincoli, procedure e controlli sono cambiati per lo più solo in apparenza e nella forma, ma nella sostanza sono rimasti assai simili a quelli del vecchio pubblico impiego?

Certo, il potere datoriale di gestire il rapporto di lavoro è oggi basato sul contratto e non più sulla “supremazia speciale” dell'amministrazione. Certo, il giudice del rapporto di lavoro è oggi quello ordinario, e non più quello amministrativo. Certo, gli interessi giuridicamente protetti dei dipendenti si chiamano tutti diritti soggettivi e non più in parte interessi legittimi, come ai tempi del pubblico impiego⁷⁸. Ma questo che rilevanza ha ai fini della transizione – che era il vero obiettivo della riforma! – da una gestione burocratica e amministrativa delle risorse umane ad una gestione di tipo manageriale, molto più snella e flessibile, così da poter essere meglio adattata alle esigenze della economicità, efficienza ed efficacia? La risposta dovrebbe essere: “nessuna!”.

Perciò la mia conclusione. Il diritto amministrativo del pubblico impiego – con il suo intreccio di minute procedure, di limiti, di vincoli, di regole formali, di controlli puntuali di regolarità su atti - è formalmente scomparso. Ma, come l'araba fenice, è riapparso e si nasconde (nemmeno poi tanto) sotto il vestito formale del diritto privato.

⁷⁸ Merita ricordare anche che non è raro trovare, nella giurisprudenza civile come nella dottrina, la ricostruzione di situazioni giuridiche soggettive dei dipendenti qualificate come “interessi legittimi di diritto privato” in quanto attinenti alla procedura di gestione del rapporto di lavoro e non ai diritti-obblighi strettamente della prestazione lavorativa e della retribuzione. E cosa è, questo, se non un sintomo della penetrazione delle logiche procedurali del diritto amministrativo all'interno del diritto privato?

⁷⁸ A distanza di anni è dunque inevitabile dover dare ragione alle autorevoli ma, all'epoca, poco ascoltate voci di Sabino Cassese, Umberto Romagnoli e, più di recente, Mario Rusciano, citt. alla nota 34.

La “privatizzazione” del pubblico impiego appare svuotata dall’interno ⁷⁹. Va da sé, quindi, che anche l’ulteriore domanda che ci si potrebbe porre – se cioè si sia realizzata o meno la “convergenza” tra lavoro pubblico e lavoro privato preconizzata sin dalle prime edizioni della riforma e ribadita, come obiettivo, anche dalla legge delega 15/2009 (art. 2, comma 1, lett. a) – necessariamente riceve, a mio avviso, risposta negativa ⁸⁰.

7.3. Il pendolo della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico e la ricerca politica del consenso sindacale.

Un’ultima breve notazione va fatta sulla contrattazione collettiva e, più in generale, sul sistema delle relazioni sindacali nel settore pubblico.

Che la regolamentazione del ruolo dei sindacati all’interno delle pubbliche amministrazioni costituisca, almeno dagli anni ’70 del secolo passato, uno degli argomenti più significativi delle agende politiche di settore è un dato di fatto sotto gli occhi di tutti. Non a caso, infatti, questo argomento costituisce capitolo centrale e di rilievo crescente in tutta una serie di leggi sulla pubblica amministrazione che prese le mosse in quel decennio ⁸¹, passò per la legge-quadro sul pubblico impiego n. 83/1983 e approdò, infine, nel 1992-93, proprio alla “privatizzazione” del lavoro pubblico.

Tuttavia, proprio all’interno della ormai quasi ventennale stagione della “privatizzazione” è possibile individuare, su questo tema, un atteggiamento altalenante, nel senso che tendono ad alternarsi fasi in cui il legislatore è più sensibile a salvaguardare gli spazi unilaterali di disciplina e organizzazione e fasi in cui, invece, il legislatore si dimostra più aperto alla richiesta sindacale di intensificare le forme di partecipazione e di aumentare gli ambiti di co-decisione, in forma di contrattazione collettiva, concertazione o altre.

Questo andamento altalenante corrisponde, con una certa chiarezza, al prevalere, nell’ambito politico e di governo, nonché nel soggetto chiamato pro-tempore a svolgere le funzioni di Ministro della Funzione Pubblica, ora della visione tecnocratica e liberale (per esempio, nelle stagioni 1992-1995, 2001-2002, 2009-2010), ora invece di una visione di orientamento socialista o popolare (1996-2001, 2003-2005, 2006-2008). E non va nemmeno sottovalutato il collegamento particolarmente forte (e il sostegno politico reciproco) sempre esistito tra partiti di sinistra e la confederazione sindacale Cgil, molto rappresentativa nel settore pubblico.

Alla luce di questi elementi, è abbastanza agevole intravedere, dal 1990 in poi, una stretta connessione tra fasi politiche, visioni prevalenti sulla riforma dell’amministrazione e ruolo crescente o declinante del sindacato all’interno della legislazione sull’amministrazione.

A questa lettura non si sottrae nemmeno il d.lgs 150/2009 che, come già detto, ha senz’altro un punto rilevante, e forse il più qualificante, nella drastica ridefinizione

⁷⁹ Sulle difficoltà della “convergenza tra lavoro pubblico e privato” cfr., con accenti diversi seppur sempre critici: A.ALAIMO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e blocchi*, cit. 2010, p. 287; B.CARUSO, *Gli esiti “regolativi della riforma “Brunetta”*, cit. 2010, pp. 248 ss. e in particolare 252 ss.; A.GARILLI-A.BELLAVISTA, *Riregolazione legale e de-contrattualizzazione*, cit., 2010, pp 5-6; G.GARDINI, *L’autonomia della dirigenza nella (contro)riforma Brunetta*, cit. 2010, pp. 588 ss.; G.D’AURIA, *Il nuovo sistema delle fonti nel pubblico impiego*, cit., 2010, pp. 2 ss.

⁸¹ Prima fu la legge 775/1970 sul riordino dell’amministrazione statale, poi vennero le leggi nn. 70 e 382/1975 su parastato e ministeri, n. 946/1977 sugli enti locali e n. 833/1978 sul settore sanitario.

dei confini tra legge e contrattazione collettiva e nella riaffermazione del potere organizzativo/gestionale unilaterale delle amministrazioni, cui fa *da pendant* il forte ridimensionamento del ruolo del sindacato. Proprio la drastica intensità di questa ridefinizione dei ruoli rende, però, anche facile preconizzare la temporaneità del nuovo assetto. Il sindacato esprime una forza tenace, con una continuità di linea e una costanza di pressione ignote “per definizione” a istituzioni (come Governo e Parlamento) soggette alle regole dell’alternanza. Come non supporre, allora, una nuova oscillazione del pendolo, questa volta più aperta alle istanze sindacali e alla valorizzazione della contrattazione collettiva, in presenza di una nuova legislatura di centro-sinistra, o anche solo di un ministro della Funzione pubblica espressione di culture politiche più “partecipative”?

Ma – ed ecco la ragione per cui colloco qui questa ultima riflessione - ha senso poggiare su simili oscillazioni legislative un ragionamento sulla avvenuta o meno “privatizzazione” del rapporto di lavoro pubblico? Altrimenti detto, misurare il successo della “privatizzazione” del lavoro pubblico sulla maggiore o minore intensità della contrattazione collettiva è esercizio formale e instabile. Ancora una volta, ciò che conta è la sostanza, ossia non come la disciplina viene elaborata, ma quale è in concreto il contenuto di questa disciplina. Se è un contenuto ispirato a criteri di flessibilità, snellezza operativa, de-burocratizzazione delle decisioni, controlli e valutazioni in base a parametri economici, si è in presenza di un reale processo di privatizzazione. Se, invece, il contenuto resta simile a quello del diritto amministrativo d'*un temp*, non sarà certo la fonte negoziale della disciplina a dissimulare la sostanza, e saremo soltanto di fronte ad una nuova versione del ben noto “pubblico impiego”.