

## Profili dell'organizzazione e tutela della professionalità nelle pubbliche amministrazioni\*

Alessandro Garilli

1. La burocrazia e l'interesse pubblico	211
2. La professionalità fra vincolo di scopo e garanzia del dipendente	213
3. La professionalità nel sistema di diritto pubblico	214
4. La professionalità come status. Qualifica e mansioni nel rapporto a regime pubblicistico. Il fallimento della legge quadro.	215
5. La svolta della privatizzazione. La prima fase	218
6. Segue: la seconda fase	219
7. Professionalità ed autonomia del dirigente: un legame inscindibile	221
8. I canali di accesso e la formazione continua	222
9. L'incarico di funzioni dirigenziali: temporaneità, rotazione, responsabilità	224
10. La novella del 2002. L'eliminazione del ruolo unico	226
11. Le modifiche alla disciplina degli incarichi	228
12. Pluralità di modelli ed esigenza di diversificazione delle regole	233
13. La negoziabilità dei poteri dirigenziali	236
14. I condizionamenti al potere organizzativo: la dotazione degli uffici	237
15. Gli istituti della professionalità tra pubblico e privato. Il concorso pubblico come strumento normale di assunzione	239
16. Il concorso pubblico tra la prima e la seconda privatizzazione	242
17. Equivalenza e professionalità	245
18. Classificazione e inquadramento del personale	246
19. La disciplina dell'attribuzione di mansioni superiori	249
20. La progressione verticale come strumento di riconoscimento della professionalità. Il ruolo della formazione professionale	251

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 6/2003

## 1. La burocrazia e l'interesse pubblico

Il binomio organizzazione del lavoro-professionalità nel settore del lavoro pubblico ruota attorno al fenomeno burocratico (Ghera 1970). Questo si presenta come apparato di servizi personali di una organizzazione strumentale alle funzioni svolte dalla pubblica amministrazione. Il vincolo di scopo che caratterizza l'organizzazione amministrativa, indirizzata alla cura di interessi altrui, essenziali per la collettività e quindi generali, informa anche, secondo la lettura tradizionale frutto di una stratificazione normativa durata quasi ottant'anni, sia la divisione del lavoro e la specializzazione delle competenze all'interno degli uffici, sia gli aspetti più significativi del rapporto di lavoro. Così il perseguimento degli interessi generali viene affidato a strutture organizzative composte stabilmente ed istituzionalmente da una minoranza di persone specificate e destinate a questo scopo, di guisa che, secondo l'opinione consolidata, si crea uno stretto nesso tra la struttura organizzativa e la soddisfazione degli interessi generalizzati (Berti 1968).

Di per sé questa concezione non esclude che l'amministrazione, specie quella erogatrice di servizi, possa essere governata secondo tecniche proprie dell'impresa privata (Giannini, 1954); ed infatti non mancò chi già tra il secondo e il terzo decennio del '900 auspicò un metodo Taylor del governo e dell'amministrazione (Blum 1936-37). Insomma lo Stato moderno, "poiché è un'impresa al pari di una fabbrica" (Weber 1919) deve essere sottoposto alle regole dell'economia.

Sotto quest'aspetto si può a ragione sostenere che il potere organizzativo è strutturalmente identico (o quantomeno simile) sia nelle imprese che nelle pubbliche amministrazioni, in quanto in entrambe l'organizzazione, rivolta nel suo insieme al raggiungimento di uno scopo unitario (il profitto, l'interesse pubblico), riguarda l'apparato (aziendale o amministrativo), la gestione del lavoro per il raggiungimento del risultato complessivo, la disciplina dei rapporti di lavoro. Quindi il potere organizzativo "implica sia decisioni concernenti la struttura, sia decisioni... concernenti lo svolgimento delle singole prestazioni" (potere di conformazione della prestazione, potere direttivo, jus variandi) (D'Orta 2000).

Tuttavia l'amministrazione non è un soggetto economico tenuto al rispetto delle regole del mercato, ma intrinsecamente politico, cioè mosso dall'esigenza di perseguire interessi pubblici. E non è dato presumere che, in assenza di regole giuridiche, prevalga l'interesse ad operare per il miglior risultato. Inoltre, accanto all'esigenza di efficienza, si pone la necessità di garantire l'amministrazione dall'ingerenza del potere politico; da qui la separazione tra governo e amministrazione, introdotta con il principio di autorganizzazione, il quale però non esclude che gli organi di governo siano anche organi di vertice dell'amministrazione. Da qui inoltre il potere di indirizzo e di controllo del parlamento sulla spesa pubblica.

Il punto cruciale consiste allora nello stabilire il giusto dosaggio di regole giuridiche che garantiscano il funzionamento dell'amministrazione e il raggiungimento degli obiettivi rivolti alla tutela degli interessi pubblici. Ciò con riferimento sia alla natura delle regole sia alla loro quantità. Stella polare che guida il giurista alla ricerca di questo percorso è la Carta costituzionale, la quale indica non solo le garanzie dell'amministrazione nei confronti del governo, ma anche le garanzie della collettività nei confronti dell'amministrazione e pone a canone dell'attività di organizzazione (giuridicamente rilevante) i principi di buon andamento e imparzialità.

Sia pure nella sua equivocità semantica, il buon andamento non è soltanto una regola formale rivolta alle modalità dell'organizzazione, ma sostanziale ("essenziale e naturale": Nigro 1966)

dell'azione amministrativa. Vero è che il principio ha radici non giuridiche, e si ispira a criteri tecnici ricavabili dalle scienze aziendali e dalla scienza dell'amministrazione, ma esso ha forti implicazioni giuridiche, indirizzando la discrezionalità legislativa (l'art. 97 Cost. finalizza la riserva di legge al buon andamento e all'imparzialità), l'organizzazione degli uffici e l'attività amministrativa, ed infine (ed è questo il punto più controverso dopo la privatizzazione) almeno parte dell'organizzazione del lavoro e della disciplina del pubblico impiego (D'Alessio 1993). La dottrina traduce l'espressione con il termine efficienza (Giannini 1952; Caretti 1994), convenendo che implica "mezzi giuridici elastici per consentire il miglior proporzionamento, al fine stabilito, dell'attività erogata" (Nigro 1966). Si tratta di un'accezione specifica della produttività, collegata non alla produzione di beni e servizi fornita dal singolo lavoratore nell'ambito di un arco di tempo determinato, ma all'ottimale rapporto tra le risorse impiegate e i risultati ottenuti. Di conseguenza, e coerentemente con le argomentazioni più recenti della Corte costituzionale (sent. n. 313 del 1996; sent. 275 del 2001; ord. n. 11 del 2002) le norme di organizzazione e del rapporto di lavoro non necessariamente devono essere di diritto pubblico. Vi è dunque un "confine mobile" affidato al legislatore nella scelta tra regime privatistico e pubblicistico per la regolamentazione dell'organizzazione e del rapporto di lavoro (Caretto 1994). In altri termini, riserva di legge e perseguimento dell'interesse generale non significano riserva assoluta di regime pubblicistico. La Costituzione, infatti, lascia al legislatore, come messo in evidenza da un'attenta dottrina (Orsi Battaglini 1993), ampia possibilità di scelta del regime giuridico da applicare sia alle materie (o porzioni di materie) che riguardano l'organizzazione amministrativa in senso stretto, sia alla zona grigia che penetra nell'organizzazione del lavoro, sia infine alla disciplina del rapporto. Tuttavia, l'opzione per il regime di diritto privato deve essere accompagnata da strumenti idonei "per la verifica della corrispondenza dell'esercizio del potere organizzativo al principio di buon andamento modernamente inteso" (Corpaci 2001); vale a dire da meccanismi di controllo e misure di responsabilità diretti a valutare l'attività organizzativa nel suo complesso e a sanzionare gli esiti negativi della gestione e il mancato raggiungimento degli obiettivi predeterminati dall'organo politico. Il controllo di legittimità sugli atti, affidato a posteriori al giudice amministrativo (ché quelli preventivi esercitati dalla Corte dei Conti sono stati eliminati dalla legge n. 20 del 1994), cede il passo a controlli rivolti a verificare l'efficienza (anche in termini di qualità dei servizi e delle prestazioni) e il contenimento dei costi pubblici (Corte cost. n. 60 del 1991).

Il buon andamento è strettamente connesso con il canone dell'imparzialità (intesa come parità di trattamento (Nigro 1966) o come principio di non discriminazione (Sorace 1996), la quale non è, a differenza del primo, principio elastico, ma rigido, poiché impone una precisa modalità di esercizio al potere di autorganizzazione (D'Alessio 1993). Si tratta dunque di un limite esterno condizionante il potere amministrativo che interessa soprattutto le amministrazioni autoritative, ma che, con la precedente disciplina di diritto pubblico, ed oggi con alcune norme speciali del d. lgs. n. 165 del 2001, si proietta anche nell'amministrazione del rapporto.

La Costituzione, inoltre, pur ribadendo la concezione garantista della burocrazia - in materia di parità di accesso agli uffici pubblici, di concorso pubblico, di organizzazione degli uffici e distribuzione delle competenze e delle responsabilità dei funzionari, di posizione speciale dell'impiegato perché al "servizio della Nazione" e quindi al riparo da interferenze politiche di parte (artt. 51, 97 e 98 Cost.) - postula una lettura coordinata dei principi speciali con l'insieme delle norme che regolano i diritti dei cittadini e dei lavoratori in ordine alla loro partecipazione alla vita politica economica e sociale del Paese. Da ciò consegue che un eventuale regime di separatezza del corpo

burocratico, vuoi sotto il profilo della scelta della fonte di disciplina, vuoi sotto quello della specialità della normativa, rispetto al lavoro privato, deve risultare giustificata dall'esigenza di garantire il raggiungimento dell'interesse pubblico cui l'amministrazione è protesa e di "proteggerne la scelta e le prestazioni da improprie interferenze politiche di parte" (Pastori 1987). Il sistema costituzionale, dunque, non consente una regolamentazione separata del pubblico impiego se non nei punti in cui essa risulti strumentale al perseguimento dell'interesse generale. E' perciò necessaria una verifica sull'essenzialità della disciplina speciale (pubblica o privata che sia) e sulla sua compatibilità, in termini di bilanciamento, con i principi ricavabili da altre disposizioni costituzionali che tutelano il lavoro nelle sue espressioni individuali e collettive.

## 2. La professionalità fra vincolo di scopo e garanzia del dipendente

La professionalità è una zona sismica dove si incontrano e si scontrano i diversi principi costituzionali, le fonti di diritto pubblico e di diritto privato, quelle legali e quelle contrattuali, il potere della dirigenza e l'autonomia collettiva. Essa – nel suo significato comunemente accettato di grado di qualificazione del lavoro richiesto per l'esecuzione della prestazione e di promozione professionale (Treu 1972) - rappresenta un elemento di ambivalenza e di tensione con il potere politico e con il sistema organizzativo degli uffici e del lavoro. La professionalità infatti non solo è funzionale alla produttività-efficienza, ponendosi in correlazione con le tecniche di amministrazione concernenti l'organizzazione e i metodi di lavoro, ma costituisce strumento di difesa del corpo burocratico dagli assalti dell'esecutivo.

Per assolvere a questi compiti vengono predisposti tratti di disciplina speciale dell'organizzazione del lavoro, specie con riguardo agli istituti e alle norme che direttamente regolano la professionalità, vale a dire la selezione e la formazione del personale, la classificazione e l'inquadramento, l'attribuzione delle mansioni e, infine, la progressione nella carriera.

Tuttavia, questa disciplina speciale viene per lungo tempo costruita con norme di diritto pubblico che esaltano la confusione all'interno dell'ufficio fra attività materiale di lavoro ed esercizio del potere (e cioè, dal punto di vista soggettivo, tra rapporto di servizio e rapporto di ufficio). Ciò ha comportato che la professionalità venisse colta e giuridicamente regolata soltanto dal punto di vista dell'imputazione del potere o dell'atto, anziché da quello della materiale esecuzione della prestazione. È stato a tale proposito affermato che "qualsiasi prestazione" del dipendente "ha sempre per oggetto un aspetto di un pubblico interesse trattato come materia" (Berti 1968). E l'oggettivizzazione dell'interesse pubblico nell'attività lavorativa è icasticamente raffigurata nella formula di giuramento indicata nell'art. 11 del T.U. del 1957.

Inoltre, la disciplina pubblicistica viene ritenuta la più idonea per realizzare una rete protettiva attorno al dipendente al fine di preservarlo dalle ingerenze della dirigenza politica non solo nell'attività amministrativa, ma soprattutto nella scelta dei prestatori di lavoro e nelle carriere. "La crescente separazione tra carriere politiche e carriere burocratiche" manifestatasi sul finire dell'800 "induce l'alta burocrazia a cercare propri statuti e proprie garanzie e a ricercarli in nuove regole, in più codificati rapporti tra decisione politica ed esecuzione amministrativa" (Melis 1989). Quest'esigenza viene avvertita da uomini come Mosca, Spaventa e Minghetti, che, pur nelle diverse posizioni politiche (il primo fortemente critico nei confronti dello stato liberale, gli altri due fedeli al sistema), si trovano "accompagnati nella richiesta di guarentigie per gli impiegati, nella lotta alla irresponsabilità burocratica, nella sollecitazione alle istituzioni di una suprema magistra-

tura amministrativa” (Corpaci 1975). Cominciano così a prevalere quelle che sono state efficacemente chiamate le “voci di dentro”: vale a dire il condizionamento delle riforme amministrative degli interessi dei dipendenti e in seguito anche dei sindacati (Cassese 2000). Si afferma nel nostro ordinamento la concezione della c.d. “burocrazia garantita” nei confronti dei detentori del potere politico; costituita cioè come corpo sociale a cui si accede in condizioni di eguaglianza (mediante il pubblico concorso), organizzata in modo da assicurare la neutralità e l'imparzialità nell'esecuzione delle leggi, e perciò dotata di personale a cui sia conferito uno speciale *status* giuridico, separato rispetto al lavoro privato, e particolarmente protettivo. Una burocrazia questa formalmente depositaria dei valori dello stato di diritto, ravvisati nell'esigenza di garantire l'imparzialità dell'amministrazione pubblica, ma che nelle cose si andava componendo a misura degli interessi sempre più crescenti di protezione del corpo degli impiegati nella prestazione lavorativa (Pastori 1987). Lo stesso principio del reclutamento mediante pubblico concorso non risponde all'esigenza secondo cui nell'assunzione (e nella carriera) devono essere tenuti in considerazione le qualità professionali e il rendimento, e cioè al *merit system*, ma all' "imparzialità o neutralità della scelta dei funzionari pubblici. E tuttavia il principio di eguaglianza, invocato a garanzia dello stato di diritto e quale freno all'arbitrio ministeriale (perché impedisce che la scelta dei candidati agli uffici sia attribuita ai politici), si risolve nel consolidamento della burocrazia come corpo a sé stante che “conquista... il controllo dei meccanismi di selezione” e di promozione (Cassese – Pellet 1987).

Di fatto, alla tutela dei cittadini si sostituisce l'interesse della stessa amministrazione alla sua esistenza e riproduzione. Il rapporto con i governati non è costruito sulla partecipazione ma sul principio di autorità, che, unitamente all'esigenza di protezione dei funzionari, e dei dipendenti concorre a disegnare l'assetto dell'organizzazione amministrativa e la disciplina del lavoro.

### 3. La professionalità nel sistema di diritto pubblico

Il teorema pubblicistico di organizzazione del lavoro e del rapporto d'impiego ha concorso al (o, secondo alcuni, ha causato il) disfunzionamento dell'amministrazione (Rusciano 1978). Infatti, la disciplina pubblica del rapporto e la rigidità del sistema di classificazione e inquadramento, imperniati sulla nozione di gerarchia e sulla redazione di atti amministrativi piuttosto che sulle mansioni, hanno determinato la mortificazione della professionalità e mantenuto bassi i livelli di produttività. La regolamentazione giuridica degli istituti relativi è apparsa antitetica rispetto a quella introdotta nel settore del lavoro privato: essa anzitutto è stata costruita non in funzione della produttività e come insieme di limiti al potere imprenditoriale (qui delle pubbliche amministrazioni), ma in modo correlato ad una “visione perentoria dell'amministrazione”, retta dal tradizionale modello legalitario-burocratico, che, per quanto qui interessa, fa perno sulla nozione di competenza a cui è assegnato il ruolo di cerniera fra il principio di legalità e la divisione del lavoro (Di Gaspare 1995). Questo modello, che assurge a “sistema tendenzialmente universale” grazie all'enucleazione di principi generali elaborati dalla giurisprudenza amministrativa, non consente di eliminare “l'inefficiente”, ma neppure permette “di valorizzare chi è particolarmente capace” (Giannini 1970).

Progressivamente, ma inarrestabilmente si va delineando un assetto dell'organizzazione amministrativa e della disciplina del lavoro, che può così sintetizzarsi:

- la struttura dell'amministrazione è articolata in uffici-organo, che nei servizi centrali vengono identificati nei ministeri, retti dai ministri e ripartiti in direzioni generali;

- ciascun ramo dell'amministrazione è dotato di un proprio ruolo, centrale e periferico, in cui il personale (dopo i provvedimenti legislativi sul c.d. riassetto del 1968-70) è suddiviso per carriere e qualifiche; al ruolo corrisponde un preciso contingente;
- le carriere (ausiliaria, d'ordine, di concetto, direttiva) sono divise per fasce orizzontali con accesso attraverso meccanismi concorsuali o di merito, che comunque richiedono il titolo di studio;
- la dinamica retributiva è dipendente dalla carriera, salvo il meccanismo degli scatti di anzianità;
- ai vertici della struttura (direzioni generali, segretariati) si perviene percorrendo tutti i gradini della carriera, senza alcuna reale possibilità di conferire le funzioni più elevate a soggetti esterni dotati di adeguate capacità professionali.

Il prodotto "è un'amministrazione ad alveare, in cui ciascuno ha il suo posto, che comprende le aspettative di carriera, ed è intoccabile. In questa amministrazione la mobilità è minima, i passaggi da un ministero all'altro sono rari. I passaggi ai gradi superiori sono fondati su un accurato dosaggio di elementi obiettivi e di prove (che conferiscono un potere di cooptazione al vertice della gerarchia)" (Cassese 1974).

Modesti risultati producono i tentativi, messi in campo fra la fine del 1960 e la metà del '70, di modificare il sistema dall'interno, senza alterare il disegno delle strutture amministrative, le tecniche di organizzazione e la concezione tradizionale del rapporto di pubblico impiego, per correggerne le più macroscopiche disfunzioni (Rusciano 1978). Delude in particolare l'istituzione della dirigenza (d.p.r. n. 748 del 1972), non accompagnata da un'adeguata ristrutturazione delle amministrazioni. La nuova categoria non riesce ad assumere autonome funzioni di amministrazione e di gestione perché resta asservita all'esecutivo, a cui è attribuito il potere di annullamento e di riforma degli atti del dirigente e di decisione sui ricorsi avverso gli atti non definitivi (Romagnoli 1988). Inoltre, l'organico dei dirigenti avrebbe dovuto essere rapportato al numero di uffici da affidare ad essi, tenendo conto del trasferimento, allora *in itinere*, delle funzioni alle regioni. Invece, la mancata individuazione del numero e delle competenze degli uffici di direzione consente, in sede di prima applicazione, di cooptare nella categoria buona parte dei funzionari direttivi con una procedura niente affatto selettiva. Anche negli svolgimenti futuri il reclutamento dall'esterno risulta poco significativo, sia perché la percentuale riservata al concorso pubblico è modesta, sia per la mancanza di adeguati incentivi economici tali da indurre soggetti qualificati ad abbandonare la propria attività. Così la dirigenza resta il grande punto dolente della pubblica amministrazione italiana (D'Alberti 1990) con il suo impietoso elenco di difetti e di problemi: eccessiva nel numero, mal retribuita, poco autonoma dal potere politico, con un livello professionale modesto ed incentrato su un sapere prevalentemente giuridico-nozionistico.

#### **4. La professionalità come status. Qualifica e mansioni nel rapporto a regime pubblicistico. Il fallimento della legge quadro.**

L'istituto in cui più emblematicamente spiccano le antinomie rispetto al rapporto di lavoro privato è individuato dalla dottrina giuslavorista nella qualifica. Ed invero Gino Giugni, nel suo fondamentale studio su "Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro" del 1963, procedendo ad una comparazione della disciplina privatistica con quella del pubblico impiego, rileva che i criteri di classificazione e di inquadramento degli impiegati pubblici "presentano la fisionomia essenziale di una normativa di organizzazione, che l'ordinamento statale detta a se stesso, sì da determinare l'am-

bito di competenza di ciascuna 'funzione' e dei relativi titolari". Diversamente dal valore meramente descrittivo della distinzione dei lavoratori in categorie indicata dall'art. 2095 c.c., il sistema classificatorio del pubblico impiego ha carattere funzionale, individua cioè in modo prescrittivo la posizione che il dipendente riveste nell'ambito dell'organizzazione, posizione che, in quanto gerarchicamente ordinata, delimita le porzioni di autorità e di attività amministrativa che a ciascun dipendente sono assegnate. Non sono le mansioni che determinano il contenuto della prestazione, ma le competenze sintetizzate nella qualifica. Questa, nonostante l'identità del termine, nel settore pubblico presenta delle caratteristiche affatto singolari che la fanno assurgere ad autonoma posizione soggettiva, "elemento a sé stante, essenziale, nel rapporto di lavoro". A differenza del rapporto di lavoro nell'impresa, dove la qualifica non è altro che mera "variante semantica" delle mansioni, in quello di pubblico impiego l'esistenza di tale diritto dell'impiegato viene desunta dall'art. 31 del T.U. del 1957. Qui la qualifica "non è uno strumento descrittivo delle mansioni di assunzione (nella fattispecie: di nomina), bensì l'oggetto immediato del rapporto di servizio che è determinato con puntuale riferimento ad una tipologia fissa e inderogabile (vedi, d'altronde, l'art. 97 Cost.). Dall'attribuzione di una data qualifica all'impiegato discende il dovere di svolgere una varia gamma di funzioni, laddove nell'altro rapporto, la qualificazione presuppone una determinazione delle mansioni, che, a sua volta, non obbedisce a un parametro fisso". Inoltre, secondo la giurisprudenza allora consolidata, "nell'ipotesi di assegnazione temporanea a qualifica superiore, non nasce il diritto al maggior trattamento per essa previsto" – così come disponeva il testo allora vigente dell'art. 2103 c.c.- ma soltanto "il diritto alla qualificazione corrispondente". Deve precisarsi che non di un diritto soggettivo si tratta, ma di una posizione di interesse legittimo, che è attribuita al dipendente, ai sensi dell'art. 16 delle norme di esecuzione contenute nel d.p.r. n. 686 del 1957, "agli effetti gerarchici", cioè per garantire il rispetto delle relazioni gerarchiche strettamente inerenti alla conduzione del lavoro negli uffici. Una posizione però talmente forte da essere assimilata (sia pure impropriamente) ad uno *status*, tale da non venire meno con la cessazione del rapporto.

Il vero è che la disciplina del pubblico impiego non subisce scosse significative a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione: il T.U. del 1957 sostanzialmente riproduce le norme del precedente ordinamento, depurate dalle scorie dell'autoritarismo fascista e migliorate nelle garanzie. Cosicché il buon andamento, che avrebbe dovuto guidare la regolamentazione della professionalità rimane subalterno alle esigenze personali di carriera e alle prerogative di status. Non è un caso allora se le forti spinte innovative che si manifestano dalla fine del 1960, conseguenza dell'acquisita rappresentatività del sindacalismo confederale nell'intero settore e della perdita di potere dei sindacati autonomi, hanno fra le principali direttrici quella di riformare il sistema degli inquadramenti in un'ottica che possiamo definire aziendalista e che si interseca con la svolta dell'inquadramento unico del settore privato. Il nuovo modello, indicato con il termine qualifica funzionale, prende corpo nella legislazione di alcune regioni – prima fra tutte la Sicilia, grazie al proprio statuto speciale - si estende poi, nel 1975, al c.d. parastato e nel 1978 agli enti locali; infine nel 1980 viene applicato alle amministrazioni dello Stato. Esso, assunto a principio guida con la legge quadro del 1983, si prefigge l'obiettivo di superare l'articolazione in carriere e raggruppare le prestazioni lavorative in qualifiche (o livelli) secondo il grado di preparazione richiesto per ciascuna. Per ogni qualifica, a sua volta suddivisa in una svariata gamma di profili professionali a cui dovrebbero corrispondere specifiche mansioni, viene fissata una retribuzione base, che si sviluppa in classi stipendiali per automatismi di anzianità, e accelerazioni o decelerazioni legate al

merito. Ma il disegno fallisce miseramente. Non è il caso di ripercorrere le tappe di quest'insuccesso già da molti analizzato (De Felice 1990). Basta qui riprendere alcune puntuali valutazioni che Giannini svolge nel suo Rapporto del 1979, pietra miliare a cui va riconosciuto il ruolo di apripista della riforma di fine secolo. La qualifica funzionale non è un "modello organizzativo", ma, "più semplicemente, un disegno di ordinamento del personale, di difficile applicazione ed incompleto". Intento perché non tutte le prestazioni lavorative professionalmente qualificate sono ordinabili. In secondo luogo si confondono (ancora una volta) qualifica soggettiva e oggettiva, per cui non si tiene conto che molte qualifiche professionali, che si individuano in relazione al possesso di titoli conseguiti o per l'appartenenza a speciali carriere tecniche o amministrative, e che comunque comportano specializzazioni definibili, tagliano "verticalmente gli ordinamenti del personale, in qualsiasi amministrazione, e costituiscono un limite non superabile alla proclamata mobilità interna sia di qualifica funzionale che fra amministrazioni". Insomma, così come il grande giurista aveva previsto quando ancora l'istituto era in fase sperimentale, la qualifica funzionale fallisce gli obiettivi che i suoi fautori avevano indicato e che sono compendiate nell'art. 17 della legge quadro. Non raggiunge neanche il risultato minimo, ma fondamentale, di ricomporre la separazione fra qualifica formale e mansioni esercitate (Corte cost., sent. n. 997 del 1986). In realtà la nuova classificazione mantiene il sistema formalmente rigido, ma di fatto apre le maglie alle pratiche abusive. Da un canto, infatti, la nuova disciplina stabilisce il principio dell'accesso ad ogni qualifica solo mediante concorso e mantiene ferma l'inapplicabilità integrale dell'art. 2103 c.c., non consentendo dunque di prefigurare forme di progressione nella carriera; dall'altro, però, con una serie di leggi speciali, di norme transitorie e di disinvolute e incoerenti applicazioni ad opera degli accordi collettivi nazionali e decentrati (qui con riguardo all'amministrazione degli inquadramenti), si perviene a promozioni di massa fondate sul criterio dell'anzianità (generica) e su compiacenti ordini di servizio o dichiarazioni rese a posteriori dai dirigenti asseveranti lo svolgimento di mansioni superiori. Negativamente ha perciò inciso la gestione collettiva dei nuovi inquadramenti, che la legge aveva creduto di controllare mediante l'attribuzione alla propria competenza dei criteri guida che avrebbero dovuto informare la qualifica funzionale i relativi profili professionali. Il riparto della materia tra la legge e la contrattazione secondo le indicazioni della legge quadro non ha dunque impedito il "malgoverno del principio della qualifica funzionale" già denunciato da Giannini con riferimento agli accordi del parastato e degli enti locali. Del resto, come si è detto, la stessa legge, specie a livello regionale, farà strame di quel principio e dovrà più volte intervenire la Corte costituzionale per ristabilire il rispetto della conformità dei sistemi promotivi ai canoni dell'imparzialità e del buon andamento, predeterminando però alcune regole di indirizzo che la Consulta ha continuato ad applicare in modo assai criticabile al nuovo regime privatistico (v. *infra*).

Più in generale si deve riconoscere che con la legge quadro n. 93 del 1983 si consacra il fallimento delle tecniche di "ibridazione della contrattazione collettiva con il diritto amministrativo" (D'Antona 2000). La causa principale della cattiva riuscita dalla legge è determinata dalla previsione di coesistenza di un doppio regime, differenziato sul piano delle fonti: contrattual-collettivo con riguardo alla organizzazione del lavoro e alla retribuzione, e unilaterale, attraverso norme di legge e atti amministrativi, con riguardo non solo all'organizzazione degli uffici, ma anche al rapporto d'impiego e (conseguentemente) alla gestione concreta delle singole posizioni di lavoro. A ciò si aggiunga che il criterio distintivo, già concettualmente ambiguo, è reso impreciso dalle disposizioni della legge quadro, che distingue ulteriormente tra principi e criteri di carattere generale in

materia di qualifiche funzionali e profili professionali, di formazione professionale e addestramento, di orario di lavoro con riferimento alla sua durata massima, regolati con legge (ovvero sulla base della legge, per atto normativo o amministrativo), e attuazione dei relativi istituti, rimessa agli accordi collettivi. Ciò ha causato una continua tensione tra le rigidità connaturate al sistema pubblicistico (ruoli, pianta organica, atti formali di nomina, inquadramento e preposizione alle funzioni, etc.) e le esigenze di flessibilità dell'organizzazione del lavoro. Lo stesso contratto collettivo, sviluppato all'interno di una procedimentalizzazione vischiosa che culmina in un regolamento governativo di recepimento, non riesce a perseguire concretamente gli obiettivi di efficacia, produttività e tutela degli utenti, a cui avrebbe dovuto essere finalisticamente orientato, anche in considerazione della sua ibrida natura; e spesso sconfinando dagli ambiti di competenza che gli sono stati attribuiti, sia a livello di comparto sia in sede decentrata, ingabbiato in una rete di consociativismo che determina benefici normativi ed economici generalizzati e l'incapacità gestionale della dirigenza (Treu 1994; L. Zoppoli 1990).

### 5. La svolta della privatizzazione. La prima fase

La grande svolta del pubblico impiego è segnata dalla legge delega n. 421 del 1992, che dà avvio alla prima fase della privatizzazione dell' "ordinamento del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni" (come si esprimerà il d. lgs. n. 165 del 2001). Privatizzazione e contrattualizzazione sono le parole chiave della riforma: il rapporto di lavoro, dal momento dell'assunzione alla sua estinzione, viene affidato al diritto privato e quindi al contratto individuale e collettivo; la pubblica amministrazione si spoglia della supremazia speciale esercitata sui propri dipendenti, assume il ruolo di parte contrattuale e gestisce i rapporti di lavoro con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro. I dipendenti perdono la tutela concessa dall'interesse legittimo (spesso più pervasiva ed efficace di quella offerta dal diritto soggettivo, ma senz'altro più ambigua) e vedono parificate agli altri lavoratori le situazioni soggettive sia sul piano sostanziale che processuale (Carinci 1999 e 2000).

Se questo è l'obiettivo, l'impianto contenuto nella legislazione della prima fase presentava incertezze e ambiguità. Con chiarezza ed acume Massimo D'Antona (1998 e 2000) rilevò che "il peso della tradizione pubblicistica... si fa sentire... sui temi cruciali della natura del potere di organizzazione e dell'incidenza della riserva di legge", sotto il cui "manto... si stabilisce... una discutibile saldatura concettuale tra l'autonomia organizzativa della pubblica amministrazione, l'esclusione della contrattazione collettiva e il regime pubblicistico degli atti organizzativi". Invero la delega fa discendere il diverso regime giuridico applicabile dalla distinzione dell'organizzazione nei due aspetti, di organizzazione degli uffici e del lavoro, nella convinzione che solo il diritto pubblico possa realizzare i principi del buon andamento e dell'imparzialità. Questa scelta era stata già fatta propria dalla legge quadro per segnare l'ambito di competenza della contrattazione collettiva. Qui però ha un ruolo assai più complesso, perché assurge a criterio discriminante fra area riservata al regime pubblicistico (e al diritto amministrativo), coperta dalla riserva relativa di legge ai sensi dell'art. 97 Cost., e area a regime privatistico in cui la fonte è costituita dal contratto individuale e collettivo. Alla prima, e agli atti normativi e amministrativi emanati secondo le indicazioni che da essa provengono, compete fondamentalmente la regolazione di "organi, uffici e modi di conferimento della titolarità dei medesimi" (e quindi gli incarichi dirigenziali di direzione degli uffici); "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". In questo

modo si garantisce l'integrità del principio di autorganizzazione dell'amministrazione, che non riguarda soltanto l'elemento oggettivo, cioè l'ufficio, ma anche il personale, nei cui confronti viene estesa l'area del diritto pubblico, in ossequio alla lettura tradizionale dell'art. 97 Cost., a presidio del governo degli organici e delle procedure di reclutamento.

L'area della privatizzazione non è individuata dalla legge, e quindi si espande potenzialmente a tutta l'organizzazione del lavoro e alla disciplina dei rapporti individuali. Solo che il confine tra le due aree non è netto e peraltro si presenta di difficile applicazione: sul fronte dell'organizzazione amministrativa la delega assoggetta al regime pubblicistico soltanto i principi fondamentali di organizzazione degli uffici, consentendo dunque, secondo alcuni (Orsi Battaglini-Corpaci 1999), già nella prima versione la privatizzazione dell'organizzazione c.d. bassa; per contro anche una parte dell'organizzazione del lavoro subisce i condizionamenti del vincolo di scopo. Infatti, da un canto si è enfatizzato il regime pubblicistico assumendolo come indispensabile per disciplinare le sette materie elencate nell'art. 2, comma 1, lett. c), e facendone conseguire in parallelo l'attribuzione delle controversie ad esse relative alla giurisdizione del giudice amministrativo; dall'altro, l'accento posto nella prima stesura del d. lgs. n. 29 del 1993 alla specialità di disciplina del rapporto di lavoro "per il perseguimento degli interessi generali cui l'organizzazione e l'azione amministrativa sono indirizzate", ha fornito l'alibi ad alcuni per sostenere che anche dopo la riforma una parte della disciplina del rapporto di lavoro sarebbe stata governata dal diritto pubblico e soggetta al giudice amministrativo. Così gli oggetti controversi (limitando l'elenco alle materie che ci riguardano) comprendevano le piante organiche, l'articolazione degli orari, i carichi di lavoro, l'attribuzione delle mansioni.

La disciplina pubblicistica – peraltro indicata con espressioni imprecise – e l'equivoca specialità del rapporto, combinate fra loro minacciavano la privatizzazione. E la minaccia rischiava di diventare certezza a causa delle prime incursioni dei giudici amministrativi – in sintonia con le critiche contenute nel noto parere dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato - nelle due zone più importanti della riforma, vale a dire la contrattazione collettiva e la dirigenza (D'Antona 1999). Lo scontro fra le due giurisdizioni si preannunciava duro, lungo e dagli esiti incerti; in esso avrebbero avuto facile gioco d'inserimento i gruppi ostili alla privatizzazione, sempre pronti a spingere all'indietro la riforma (Romagnoli 1994).

## 6. Segue: la seconda fase

La necessità di una seconda privatizzazione nasce non solo dalle ricordate contraddizioni interne alla riforma, ma anche dall'esigenza di riposizionare la pubblica amministrazione nel quadro del nuovo assetto dei rapporti fra lo Stato e i governi locali, che le leggi n. 59 e n. 127 del 1997 disegnano in termini di conferimento di funzioni e competenze dal primo ai secondi, anticipando la revisione costituzionale di orientamento federalista (Romagnoli 1999). Il progetto di riforma coinvolge l'intero sistema organizzativo: dalle modifiche delle strutture ministeriali, al rafforzamento delle autonomie - non solo al ricordato livello regionale-locale, ma anche a livello nazionale - con la crescita delle autorità indipendenti e la separazione degli enti pubblici dallo Stato. Nell'organizzazione amministrativa irrompono gli strumenti negoziali, compreso il contratto di diritto comune, e nuove tecniche di gestione improntate a canoni aziendalistici che comportano maggiore flessibilità nella distribuzione delle competenze, delle risorse finanziarie e di quelle umane (D'Auria 1999).

In questa prospettiva, il progetto è radicale: il processo di privatizzazione del rapporto è accelerato e generalizzato con l'inclusione della dirigenza di vertice e con l'estensione dell'area dei poteri privati alla micro (o bassa) organizzazione amministrativa, secondo uno schema "non molto distante da quello ormai collaudato a proposito degli enti pubblici economici" (D'Antona 1997); vengono ridefiniti compiutamente i rapporti amministrazione-politica e amministrazione-società, accentuando "la finalizzazione dell'azione amministrativa a risultati ed obiettivi" (D'Antona 1998 e 2000); è conseguentemente precisata la distinzione fra attività di programmazione e indirizzo politico-amministrativo e attività di gestione, e sono introdotti controlli strategici e sul risultato, affidati a soggetti e strutture imparziali e capaci; il sistema di contrattazione collettiva è ridefinito in modo da garantire il pluralismo istituzionale e il decentramento contrattuale, salvaguardando nel contempo l'unità di indirizzo e il controllo sulla spesa assegnati al contratto nazionale di comparto. L'organizzazione e la gestione delle risorse umane diventano fattori strategici dell'innovazione e un ruolo centrale viene assunto dalla dirigenza, cerniera fra potere autoritativo pubblico e gestione privatistica e per questo assoggettata a una speciale responsabilità (Liso 2000).

La chiusura del sistema è realizzata dall'unicità della giurisdizione del giudice ordinario su tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro, incluse quelle concernenti l'assunzione, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale. In questo modo si supera il riparto di giurisdizione basato sulla natura della fonte, che stava innescando una concorrenza fra i giudici ordinari e amministrativi e si eliminano gli effetti che derivano dal sempre possibile concorso conflitto tra diritto pubblico e diritto privato nella gestione rapporto di lavoro.

In effetti, la seconda riforma ha spostato il confine tra le due aree, attraendo in modo chiaro l'organizzazione bassa nella sfera della privatizzazione. È stato così finalmente superato il pregiudizio che riteneva coincidenti riserva di legge e disciplina di diritto pubblico. Da questo a sostenere che nella pubblica amministrazione la gestione complessiva delle risorse umane è diventata zona franca in cui opera la libertà d'impresa (ovviamente disponibile dall'autonomia individuale e collettiva) il passo è però troppo lungo. Regole che dovrebbero considerarsi interne all'organizzazione del lavoro, qui in funzione dell'interesse pubblico sono sottratte a quella libertà e dettate dalla legge. Ne consegue che la divisione fra le due aree taglia in orizzontale materie e istituti inerenti alla professionalità; e non solo l'organico e il reclutamento, ricompresi secondo la (discutibile) tradizione nella riserva di cui all'art. 2 della legge n.421 del 1992, ma anche l'inquadramento, le mansioni e la mobilità, oggetto di disciplina speciale di diritto privato.

Non si può pertanto convenire con l'opinione (Barbieri 1997 e 2000) secondo cui il vincolo di scopo assume giuridica rilevanza solo per un segmento dell'organizzazione, perciò soggetto al controllo di legittimità sugli atti da parte del giudice amministrativo. Questa dottrina, mossa da comprensibile preoccupazione verso i tentativi di recuperare il diritto amministrativo speciale del pubblico impiego e di comprimere l'autonomia collettiva, nega che margini di funzionalizzazione possano essere presenti non solo nella disciplina del rapporto, ma anche nell'organizzazione del lavoro.

Si deve invece ribadire che nella zona della gestione del lavoro regna sì il diritto privato, ma esso è in parte presidiato da alcune norme speciali inderogabili e indisponibili, quindi non negoziabili se non nei limiti del rinvio disposto dalla legge, in parte affidato alla dirigenza a cui compete il difficilissimo compito di tenere insieme i pezzi che compongono i diversi aspetti dell'organizzazione (Liso 2000; Rusciano 2000).

L'indagine deve allora essere indirizzata a verificare se la configurazione del nuovo modello, a prevalente impronta privatistica, che regola i rapporti tra i due aspetti dell'organizzazione con la dirigenza e con gli altri prestatori di lavoro sia in grado di concorrere alle trasformazioni in corso degli apparati amministrativi e alla riqualificazione della burocrazia.

### 7. Professionalità ed autonomia del dirigente: un legame inscindibile

Nell'impostazione della riforma del lavoro pubblico, il dirigente assume con chiarezza indiscutibile il ruolo di gestore del rapporto di lavoro e, stante le condizioni specifiche delle pubbliche amministrazioni, la funzione di canale di raccordo tra la parte dell'organizzazione in regime privatistico e il vincolo di scopo rivolto alla tutela degli interessi pubblici, che costituisce l'obiettivo finale che giustifica l'agire delle strutture amministrative (D'Antona 1997). Se è vero che l'interesse pubblico è oggi ravvisato nella produzione di risultati, in termini di maggiori servizi e di ampliamento dell'efficacia e dell'efficienza, tale cambiamento, per essere realmente realizzato, presuppone anche un generale riorientamento del *modus operandi* della dirigenza e quindi la presenza di figure dirigenziali in possesso della formazione e della professionalità da ciò richiesta. Il passaggio dal modello burocratico al modello manageriale di gestione dell'amministrazione pubblica pone dunque al centro dell'attenzione la questione della professionalità della dirigenza pubblica (Cassese 1993; Rusciano 1997; A. Zoppoli 2000).

In questo contesto, una preconditione indispensabile per garantire il soddisfacente raggiungimento degli obiettivi istituzionali è senza dubbio la costruzione di un apparato normativo che faccia leva sulla qualificazione professionale del dirigente. Invero, se la nuova figura del dirigente pubblico è costruita sul binomio autonomia-responsabilità (Carinci 2000 e 2001), la qualificazione professionale della categoria rappresenta un requisito imprescindibile affinché l'esercizio dei poteri del privato datore di lavoro e il perseguimento degli interessi pubblici possano essere utilmente (e appunto responsabilmente) coordinati. Un'altra coppia allora può essere scelta come chiave di lettura della disciplina della dirigenza pubblica privatizzata, quella professionalità-fiducia: infatti, se è vero che l'adozione di principi come quelli di managerialità e di orientamento della gestione ai risultati comportano l'accentuazione della possibilità degli organi di direzione politica della scelta fiduciaria dei dirigenti preposti alla gestione amministrativa (D'Orta 2002), è anche vero che la professionalità della dirigenza rappresenta una garanzia di protezione da indebite interferenze della politica sul piano dell'amministrazione, tale da assicurare che questa sia svolta con il rispetto dei principi di buon andamento e di imparzialità (Endrici 2000). In altri termini: "la professionalità del dirigente è la premessa perché il rapporto fiduciario che lo lega al vertice sia funzionale alla tenuta dell'organizzazione (al suo buon andamento), e non abbia valenze meramente premiali o non valga solo a realizzare una sorta di dominio del vertice sulla struttura pur dopo la separazione tra politica e amministrazione" (Sgroi 2002).

Pertanto, uno degli obiettivi fondamentali della riforma è quello di "rafforzare sostanzialmente i poteri della dirigenza" e di "promuovere un suo interesse autonomo al buon andamento dell'amministrazione" (Bordogna 1998). Si tratta allora di vedere se le varie innovazioni introdotte dal legislatore abbiano realizzato tale esigenza.

Il nodo più intricato attiene al (sempre controverso) rapporto - che oscilla dalla pura separazione alla più attenuata distinzione - tra politica e amministrazione. Infatti, esiste una costante tensione tra i principi costituzionali che riguardano l'azione amministrativa: da un lato è espressa l'esigenza

che il potere politico sia messo in grado di perseguire i programmi su cui gli elettori hanno manifestato il loro consenso, e che quindi esso abbia ampia possibilità di influire sulla scelta dei membri dell'apparato burocratico preposti alla gestione; dall'altro, è prescritto che l'amministrazione agisca in modo imparziale e perciò con un margine (seppure mutevole) di autonomia dal potere politico. Peraltro, sempre con riguardo al rapporto tra politica e amministrazione, se si pone uno sguardo alla varietà di amministrazioni e di tipologie organizzative-funzionali adottate, ci si rende conto che "è indispensabile uscire dalla falsa idea che si sia in presenza di due sfere tra loro impermeabili": infatti, quella tracciata dal legislatore della riforma è una linea di confine "intrinsecamente flessibile e variabile a seconda della natura dell'amministrazione" (Rusciano 2002): il che ovviamente induce ad una verifica circostanziata di ogni affermazione di principio.

Gli istituti giuridici in cui entrano in gioco in precario equilibrio le coppie autonomia-responsabilità e professionalità-fiducia riguardano le modalità di accesso alla categoria, la formazione, le regole sul conferimento e la revoca degli incarichi di funzioni dirigenziali e, da ultimo, ma non per importanza, la sfera dei poteri assegnati al dirigente e i confini agli eventuali interventi limitativi posti ad essi dal potere politico e dalla contrattazione collettiva.

#### 8. I canali di accesso e la formazione continua

In primo luogo, per quanto concerne l'accesso alla qualifica di dirigente nelle amministrazioni statali, anche ad ordinamento autonomo, la recente legge n. 145/2002 ha opportunamente ripristinato il meccanismo di accesso duale venuto meno con l'ultima versione del d.lgs. n. 29/1993. In particolare, spicca la reintroduzione del corso-concorso selettivo di formazione presso la Scuola superiore della pubblica amministrazione che si pone accanto al concorso per esami indetto dalle singole amministrazioni. Benché anche per la partecipazione a quest'ultimo sia prevista una limitata apertura agli esterni alla pubblica amministrazione, è evidente che il corso-concorso presso la Scuola superiore dovrebbe costituire il meccanismo privilegiato di accesso dall'esterno alla qualifica dirigenziale. È stato fatto notare che "le edizioni del corso-concorso fin qui svolte hanno dato risultati complessivamente positivi, in ordine alla qualità dei soggetti selezionati" e quindi si dovrebbe condividere l'auspicio che "tale meccanismo, se ben utilizzato, può contribuire in misura rilevante ad un ringiovanimento dei quadri dirigenziali ed all'immissione nelle amministrazioni di nuovi modelli ed istanze culturali" (D'Alessio 2002). Certo, va apprezzato qualsiasi tentativo di frantumare il principio burocratico della promozione per anzianità e di valorizzare il contrapposto principio del merito, per giunta effettivamente garantito da un'adeguata apertura dell'accesso dall'esterno alla qualifica. Tuttavia, tali innovazioni normative restano alquanto timide, e specialmente le modalità attuative delle selezioni e le percentuali di distribuzione dei relativi posti di dirigente - tra concorso per esami e corso-concorso, nonché le quote riservate al personale di ciascuna amministrazione che indice i concorsi pubblici per esami - sono affidate ad un regolamento governativo la cui conformazione concreta è assai probabile che risentirà fortemente dell'influenza delle aspettative di carriera della burocrazia non dirigenziale.

Il sistema presenta altre ombre. Al corso-concorso presso la Scuola superiore possono ora partecipare anche i dipendenti di ruolo delle pubbliche amministrazioni, muniti dei requisiti stabiliti dal comma 3 dell'art. 28 del d.lgs. n. 165/2001: e quindi gli esterni, per accedere alla qualifica dirigenziale attraverso l'unica modalità loro disponibile, si troveranno a competere con gli interni. Sotto questo profilo, il ripristino del corso-concorso avrebbe dovuto mantenere l'ispirazione della precedente versione del comma 2, lettera b), dell'art. 28 del d.lgs. n. 165/2001 che designava un

percorso di accesso alla dirigenza esclusivamente riservato agli esterni. Inoltre, posto che "nelle amministrazioni statali, anche ad ordinamento autonomo, e negli enti pubblici economici" i concorsi per esami possono essere indetti "dalle singole amministrazioni", sorge il timore che tale decentramento favorisca una sorta di "particolarismo" e di "frammentazione" nelle modalità di accesso alla dirigenza: infatti, si osserva che "ciascuna amministrazione può governare la selezione con maggiori spazi di discrezionalità, indicando specifici concorsi, oltre tutto nella sostanza indirizzati ai suoi dipendenti" (Gagnoli 2002). Va segnalata un'opportuna modifica del comma 7 dell'art. 28 apportata dal comma 25 dell'art. 34 della legge n. 289/2002 (legge finanziaria per il 2003), secondo cui "le amministrazioni di cui al comma 1 comunicano, entro il 30 giugno di ogni anno, alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica, il numero dei posti che si renderanno vacanti nei propri ruoli dei dirigenti". A sua volta, "il Dipartimento della funzione pubblica, entro il 31 luglio di ciascun anno, comunica alla Scuola superiore della pubblica amministrazione i posti da coprire mediante corso-concorso di cui al comma 3". In questo modo, il Dipartimento della funzione pubblica ha l'effettiva possibilità di assicurare il rispetto della ripartizione percentuale dei posti di dirigente tra il concorso pubblico e il corso-concorso e ciò ovviamente soprattutto a tutela dei candidati esterni alla pubblica amministrazione (Gagnoli 2002).

Semmai, è preoccupante che l'art. 5 della legge 145 del 2002 colga l'occasione per accogliere istanze corporative e per permettere l'accesso agevolato alla qualifica dirigenziale a determinate categorie di personale, prevedendo un concorso riservato per titoli per il personale delle cosiddette qualifiche ad esaurimento, ai fini dell'inquadramento nella seconda fascia dirigenziale, nei limiti del cinquanta per cento dei posti disponibili nei ruoli di ciascuna amministrazione. La disposizione è, in modo evidente, costruita per attribuire automaticamente la qualifica dirigenziale a tale personale, con l'unico onere di effettuare un'artificiosa procedura concorsuale di cui appunto (almeno nei limiti della percentuale riservata) non v'è dubbio sul risultato finale.

Un altro aspetto da non trascurare riguarda l'adozione di forme e tecniche di selezione veramente idonee a verificare il possesso delle capacità richieste in capo ai futuri dirigenti (Rusciano 1997). Già da tempo la dottrina segnala la necessità di introdurre nuove forme di reclutamento che valorizzino il ruolo del concorso pubblico come "effettivo strumento" per la "selezione dei migliori" e che lo mettano al riparo dalle costanti pressioni e deviazioni politico-clientelari. Sotto questo profilo, va apprezzata l'idea di chi suggerisce di diffondere la prassi di utilizzare giovani laureati (scelti sulla base dei titoli di studio) in brevi stages presso le pubbliche amministrazioni, assicurando però la considerazione del risultato di tale prestazione in sede concorsuale (Rusciano 2002).

Il problema non si esaurisce nella valutazione dell'idoneità professionale del dirigente al momento dell'accesso. La separazione tra costituzione del rapporto e incarico temporaneo di funzioni assegna un ruolo particolarmente importante alla formazione professionale degli appartenenti alla categoria. Non è un caso dunque se l'art. 7, comma 4, del d. lgs. n. 165 del 2001, nell'imporre alle amministrazioni pubbliche l'obbligo di curare "la formazione e l'aggiornamento del personale", espressamente indichi tra i destinatari i dipendenti "con qualifiche dirigenziali" (Paolucci 1997). La centralità della formazione (Rusciano 1997) è esaltata dalla contrattazione di area, dove si sottolinea la sua funzione di aggiornamento delle competenze possedute e di consolidamento e sviluppo della cultura di gestione orientata al risultato e all'innovazione, ma anche allo sviluppo di capacità progettuali. La direttiva 13 dicembre 2001 del Ministro per la Funzione pubblica, che

ha ridefinito l'intera materia, mette in rilievo la necessità che la riforma della dirigenza sia accompagnata "da un sistema dinamico e pluralista di alta formazione continua, affinché si possa realizzare una integrazione con il modello manageriale degli altri settori della società e con la dirigenza degli altri Paesi europei", stabilendo che i programmi dei corsi per il personale dirigenziale siano "aggiornati" dalle Scuole della Pubblica amministrazione. Peraltro il dirigente nella sua figura di Giano bifronte, oltre ad essere il destinatario della formazione, è anche, a seconda dell'incarico ricoperto, colui che partecipa alla predisposizione del piano e lo contratta in sede decentrata con le organizzazioni sindacali, nonché il soggetto responsabile della formazione del personale affidatogli. Da ciò discende che i nuclei di valutazione devono tenere conto, nell'attività di controllo sulla gestione, dell'impegno svolto e dei risultati conseguiti in questo settore dal dirigente.

### **9. L'incarico di funzioni dirigenziali: temporaneità, rotazione, responsabilità**

La disciplina degli incarichi regola in concreto la possibilità di scelta del dirigente e in essa (almeno in base alla logica) l'elemento della professionalità dovrebbe svolgere il ruolo di fattore di condizionamento di un potere pur fundamentalmente libero.

Le disposizioni applicabili alle amministrazioni dello Stato, contenute nel d.lgs. n. 165/2001, sono state, com'è noto, profondamente modificate a seguito della legge n. 145/2002, che ne ha in parte stravolto l'impianto.

La disciplina previgente, per quanto esposta a condivisibili critiche (Rusciano 2001; Endrici 2000), presentava indubbi aspetti positivi. Anzitutto l'idea di base di scindere il rapporto di lavoro a tempo indeterminato e l'incarico di funzioni - già indicata in diverso contesto storico-giuridico da alcuni studiosi tra ottocento e novecento (Presutti 1917) - consente per un verso di privatizzare anche l'alta dirigenza, che per solito svolge funzioni di amministrazione a rilevanza esterna, per l'altro di favorire l'introduzione di logiche di gestione manageriale e per obiettivi, nell'ambito delle pubbliche amministrazioni (D'Orta 2002). L'ingegnoso meccanismo infatti, pur garantendo la stabilità nel rapporto (nei limiti di solito della tutela obbligatoria), stimola il dirigente al perseguimento degli obiettivi indicati all'atto del conferimento dell'incarico e contrattualmente concordati. La temporaneità dell'incarico, così, implica un adeguato margine di tempo per porre in essere l'attività dovuta e consentire la costante verifica della capacità del dirigente a raggiungere i fini prefissati e ad adempiere le direttive impartitegli. L'utilizzazione del criterio di rotazione nel conferimento degli incarichi impedisce poi il consolidamento del dirigente in determinate posizioni e favorisce una più congrua valorizzazione delle competenze e delle esperienze dirigenziali, mediante la destinazione in strutture diverse, con la prospettiva di innalzare l'efficienza e l'efficacia dell'attività amministrativa. E infine l'introduzione di un sistema obiettivo di accertamento della responsabilità dirigenziale - durante lo svolgimento e al termine dell'incarico - permette di ancorare effettivamente l'attività del dirigente agli obblighi scaturenti dall'incarico e di evitare indebite interferenze della politica nell'ambito dell'attività di gestione. La revoca dell'incarico viene pertanto ammessa solo in presenza delle specifiche ipotesi di responsabilità accertate con i criteri oggettivi imposti dal d.lgs. n. 286/1999; e inoltre, nel caso della responsabilità scaturente dall'inosservanza delle direttive, essa può essere azionata alle condizioni determinate dalla disciplina legale (Endrici 2000). Ciò ha molta importanza soprattutto per gli incarichi dirigenziali apicali e di direzione di uffici dirigenziali generali, di cui al vecchio testo dei commi 3 e 4 dell'art.19 del

d.lgs. n. 165/2001, conferiti direttamente dai titolari del potere politico. Grazie infatti a tale conformazione del rapporto dirigenziale si assicura la separazione tra politica e amministrazione sul piano funzionale (e cioè quello dello svolgimento dei compiti e dell'esercizio dei poteri della dirigenza) sebbene, sul piano strutturale, l'organo politico abbia (e non può non avere, in virtù del principio di responsabilità politica) il potere di nominare il dirigente la cui attività sia coinvolta nel *policy making*, o condivide alcune delle caratteristiche proprie della sfera politica (Endrici 2000; D'Auria 2001). Così, il dirigente, una volta nominato, può agire con autonomia, perché è sottoposto ad un sistema di valutazione basato su criteri oggettivi. E quindi la disciplina assicura un soddisfacente equilibrio tra imparzialità e buon andamento, tra responsabilità politica e autonomia dell'amministrazione, tra autonomia gestionale del dirigente e fiduciarità della scelta del medesimo e pertanto tra politica e amministrazione (D'Auria 2002). Com'è stato autorevolmente osservato, "la temporaneità degli incarichi è una garanzia per entrambe le parti. Per il Governo, che può giudicare il dirigente dai risultati, distribuire le responsabilità in funzione delle capacità e, ovviamente, pagare meglio chi ottiene i migliori risultati; e per i dirigenti che, una volta accettati gli obiettivi e ottenute le risorse, hanno un'autonomia gestionale garantita per tutta la durata dell'incarico, dato che quest'ultimo può essere revocato prima della scadenza solo per comprovata inefficienza" (D'Antona 1998). In altri termini, il regime della responsabilità rappresenta "una garanzia di stabilità nell'incarico in assenza di responsabilità verificate" e perciò "un contrappeso all'investitura fiduciaria" (Endrici 2000). Così, il perno di tale sistema è appunto costituito dalla disciplina della responsabilità dirigenziale che conforma restrittivamente la possibilità della revoca dell'incarico. Vero è che "la disciplina della revoca illumina sulla natura del rapporto instaurato attraverso la nomina: quando ne sono disciplinati i presupposti oggettivi, si privilegia l'autonomia del soggetto nominato e le esigenze di continuità della funzione, che possono venire sacrificate solo di fronte ad obiettive responsabilità". E "quando, invece, il potere di rimozione è riconosciuto come ampiamente discrezionale, o addirittura libero, si privilegiano evidentemente le esigenze di stretta collaborazione in una prospettiva di fiduciarità del rapporto in quanto tale" (Endrici 2000).

Semmai, l'esperienza applicativa di tale disciplina ne ha messo in luce alcuni difetti che comunque potevano essere eliminati senza traumi. In particolare, il criterio della temporaneità dell'incarico e della rotazione nell'affidamento degli incarichi destavano qualche perplessità (Endrici 2000). La polemica si è concentrata nel fatto che un uso non ponderato dei criteri di temporaneità e di rotazione avrebbe potuto svolgere un forte pressione (grazie al timore del non rinnovo dell'incarico) sui dirigenti a tal punto da determinare, per i titolari degli incarichi di uffici dirigenziali generali, il rischio di un loro asservimento all'autorità politica (D'Alessio 2000). Peraltro, la normativa ha mostrato il suo punto più debole nel meccanismo della responsabilità dirigenziale (che, come s'è visto, operava anche in funzione di garanzia per il dirigente), che - probabilmente a causa del forte ritardo nell'attivazione dei sistemi di controllo interno e di valutazione dei dirigenti, di cui al d.lgs. n. 286/1999 - è stato sostanzialmente eluso. Infatti, l'autorità competente aveva la possibilità di non rinnovare l'incarico scaduto, senza fornire alcuna motivazione, e quindi il principio di temporaneità creava di fatto un indiretto potere di revoca al di là dei presupposti codificati nell'art. 21 del d.lgs. n. 165/2001, legittimando lo spostamento del dirigente ad altri incarichi meno prestigiosi del precedente (per effetto della non applicazione dell'art. 2103 c.c.) ovvero depositandolo presso il ruolo unico (D'Auria 2002).

Da questo punto di vista, appare allora giustificato l'intervento della contrattazione collettiva con

l'art. 13, comma 4, del Ccnl Area 1, con cui si è previsto un condizionamento della facoltà di non rinnovo dell'incarico scaduto e una sorta di rivitalizzazione dell'art. 2103 c.c. La norma contrattuale stabilisce che, se al termine dell'incarico, le singole amministrazioni non intendano confermarlo "e non vi sia una espressa valutazione negativa" - alla stregua del sistema di valutazione regolato dal contratto collettivo e basato sui principi del d.lgs. n. 286/1999 - "sono tenute ad assicurare al dirigente un incarico almeno equivalente". E "per incarico equivalente si intende l'incarico cui corrisponde una retribuzione di posizione complessiva di pari fascia ovvero una retribuzione di posizione il cui importo non sia inferiore al 10% rispetto a quello precedentemente percepito". In questo modo, svolgendo una delle sue funzioni tipiche, la contrattazione collettiva colmava una lacuna della disciplina legale. Tale norma è stata fortemente criticata e ne è stata messa in dubbio la legittimità (Carinci 2001). In effetti, se la disciplina relativa al conferimento di incarichi di livello dirigenziale è imperniata sul principio della mobilità da un incarico ad un altro, e perciò sulla sancita non applicazione dell'art. 2103 c.c., è evidente che la suddetta previsione tende a produrre un risultato quasi paralizzante del potere organizzativo, a causa dell'alto costo cui l'esercizio del medesimo viene sottoposto. Peraltro, v'era il fondato sospetto che essa incidesse su una materia da ritenersi indisponibile in sede negoziale (Liso 2000).

Questo punto è particolarmente delicato, perché riguarda quel particolare potere di organizzazione attribuito all'organo di governo e che consiste nel conferimento e nella revoca dell'incarico di funzioni dirigenziali. Per gli incarichi di direzione degli uffici di livello dirigenziale generale, esso attiene al rapporto tra l'organo di indirizzo politico-amministrativo e la dirigenza, che, come s'è visto, la riforma costruisce sulla base di un vincolo fiduciario temperato da alcune garanzie attraverso cui si realizza il bilanciamento tra l'interesse del dirigente alla tutela del rapporto di lavoro e dell'incarico e la garanzia del buon andamento della pubblica amministrazione (Corte cost., n. 11/2002). Le disposizioni di legge che assicurano questo delicato equilibrio, a prescindere dalla loro natura, dovrebbero intendersi inderogabili dall'autonomia collettiva. Quindi non sarebbe legittimo comprimere i margini di discrezionalità della scelta imponendo meccanismi selettivi automatici o procedura concorsuali che non lascino spazi alla decisione finale sul soggetto da nominare. Né sarebbe possibile introdurre il principio di equivalenza escluso dalla legge per le ipotesi di passaggio ad altro incarico. Qualche dubbio invece si pone per gli incarichi relativi agli altri uffici dirigenziali, a cui è estraneo il potere politico, in quanto la scelta è demandata al dirigente generale. Tuttavia anche qui, nella logica del sistema, sussiste pur sempre il vincolo *lato sensu* fiduciario con il dirigente generale, responsabile per il mancato raggiungimento degli obiettivi. Certo è però che in questo modo il giudice, in assenza di norme precise su cui ancorare l'interpretazione sulla compatibilità di una disciplina contrattuale ai principi stabiliti dalla legge, avrebbe margini di apprezzamento troppo vasti, quasi arbitrari. Opportunamente dunque la legge n. 143/2002 ha sancito l'inderogabilità assoluta delle norme in materia. Si tratta di una delle poche modifiche condivisibili in un impianto che, per il resto, suscita fortissime perplessità e dubbi di legittimità costituzionale (cfr. *infra*).

#### 10. La novella del 2002. L'eliminazione del ruolo unico

È opportuno ora soffermarsi sulle modifiche apportate al d.lgs. n. 165/2001 dalla legge n. 145/2002. Va sottolineato, anzitutto, che non può non essere condiviso l'obiettivo dichiarato della riforma, almeno da come viene rappresentato nella relazione di accompagnamento all'originario disegno di legge n. 1696: qui si dice che esso contiene norme "che tendono alla definizione

di un regime degli incarichi di funzione dirigenziale... caratterizzato da maggiori elementi di flessibilità rispetto a quello attualmente previsto, volte in particolare a favorire la mobilità dei dirigenti, a tal fine prevedendo una modifica alla disciplina in materia di conferimento degli incarichi stessi". È chiaro che il concetto di flessibilità utilizzato dal riformatore va riempito di contenuti a seguito dell'analisi delle innovazioni concretamente realizzate; però, almeno in prima battuta, sarebbe logico ritenere che l'uso del termine "flessibilità" in relazione al conferimento degli incarichi dirigenziali imponga una maggiore accentuazione della possibilità di operare scelte che tengano conto del livello di professionalità, e quindi dell'adeguatezza del dirigente rispetto agli specifici compiti da conferire.

Intanto, va osservato che, nel corso dei lavori parlamentari, sono state introdotte innovazioni allo schema normativo di iniziativa governativa che alterano profondamente la possibilità di effettivo perseguimento dell'affermato obiettivo di immettere maggiori elementi di flessibilità in relazione al regime degli incarichi di funzione dirigenziale e di favorire la mobilità dei dirigenti. Infatti, l'eliminazione del ruolo unico dei dirigenti delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, e il ripristino dei ruoli dirigenziali per ogni singola amministrazione si pongono in evidente contraddizione con l'esigenza dichiarata dal legislatore della riforma. Basti ricordare che la creazione del ruolo unico, operata dal d.lgs. n. 80/1998, aveva appunto lo scopo di realizzare una sorta di "mercato interno" (Rusciano 2001) alle amministrazioni dello Stato, in cui operasse il principio della fisiologica mobilità dei dirigenti tra incarichi e amministrazioni differenti. In sostanza, il ruolo unico avrebbe dovuto operare "come una sorta di succedaneo del mercato": e cioè, "un luogo ove possano liberamente incontrarsi e trovare la migliore composizione possibile domanda (da parte delle amministrazioni) e offerta (da parte di ciascun dirigente) di competenze dirigenziali" (D'Orta 2001).

Vero è che la prima fase di applicazione del ruolo unico non è stata esaltante: sia sul piano della quantità effettiva dei dirigenti transitati da un'amministrazione ad un'altra, sia in relazione alla circostanza che le amministrazioni hanno approfittato dello strumento del ruolo unico per liberarsi di dirigenti non graditi, al momento della scadenza dell'incarico, senza effettuare la valutazione delle loro prestazioni, ma limitandosi appunto a "depositarli" presso il ruolo unico (D'Auria 2002). Anzi va notato che già l'introduzione del ruolo unico, a seguito del d.p.r. n. 150/1999, in "sede di prima applicazione", come stabilito dall'art. 8 del d. p. r. n. 150/1999, ha permesso di realizzare una specie di *spoils system* generalizzato, attraverso l'azzeramento di tutti gli incarichi dirigenziali in essere al momento di entrata in vigore del citato regolamento. Al punto che, ai critici delle nuove forme di *spoils system una tantum* introdotte dal comma 7 dell'art.3 della legge n. 145/2002 (D'Alessio 2002) - le quali determinano automaticamente la cessazione (salvo espressa conferma) nonché permettono nuovamente l'azzeramento (tramite la revoca) degli incarichi dirigenziali entro un determinato periodo di tempo dall'entrata in vigore della nuova legge n. 145/2002 - si ribatte che esse hanno un precedente proprio nell'azzeramento degli incarichi dirigenziali in precedenza realizzato grazie alla "prima applicazione" del sistema del ruolo unico (D'Orta 2002). Anche se è evidente che la responsabilità di quanto si è verificato con il d. p. r. n. 150/1999 non è in sé del ruolo unico, bensì di una non prudente applicazione del meccanismo nel passaggio al nuovo regime caratterizzato dalla generalizzazione della temporaneità dell'incarico di funzioni dirigenziali (D'Alessio 2002).

Come messo in luce da una condivisibile dottrina, altre sarebbero dovute essere le innovazioni da

apportare alla disciplina del ruolo unico, e soprattutto alle modalità di conferimento degli incarichi, specie in relazione al momento della cessazione dell'incarico e della possibilità di affidamento di altri compiti (D'Auria 2002). Tuttavia, ciò che conta e che la soppressione del ruolo unico e la ricostituzione dei vecchi ruoli ministeriali eliminano in concreto la possibilità della circolazione di esperienze e quindi dello scambio e della crescita di professionalità tra i dirigenti delle varie amministrazioni (Sgroi 2002). E in effetti durante il vigore della precedente disciplina, pur chi ne criticava aspramente la prima applicazione, osservava che "sarebbe, a questo punto, un vero peccato che uno strumento quale il ruolo unico della dirigenza statale, moderno e potenzialmente utile sia alle amministrazioni che ai dirigenti, finisse, a causa della discutibile attuazione e interpretazione delle norme legislative, con l'essere messo in discussione, per tornare a forme di garanzia dei dirigenti rigide e tipiche del tradizionale statuto del pubblico impiego" (D'Orta 2001). Ma tant'è, così la cancellazione del ruolo unico elimina uno degli strumenti essenziali per introdurre "elementi di concorrenzialità tra i dirigenti" (Rusciano 2001) e quindi per favorire lo sviluppo di dinamiche che rafforzino l'identità professionale dei medesimi.

Peraltro, alcuni problemi sorti in passato possono ripresentarsi, perché v'è sempre la possibilità che il dirigente, all'atto della scadenza dell'incarico, venga messo a disposizione del ruolo (questa volta) del relativo ministero, senza affidamento di un nuovo incarico e quindi senza motivazione del non rinnovo o della mancata assegnazione di un diverso incarico da parte del ministro o del dirigente sovraordinato (D'Auria 2002). Vero è che attualmente è operante l'art. 13 del Ccnl (1998-2001) Area 1 della dirigenza, secondo cui, come s'è visto, il dirigente, al momento della scadenza dell'incarico, ha diritto all'assegnazione di uno nuovo che deve essere almeno equivalente al precedente se non vi sia stata (rispetto al primo) un'espressa valutazione negativa. Tuttavia, s'è già detto che la validità di questa disposizione - di pregnante valore precettivo stando anche alla giurisprudenza (Trib. Belluno 22 maggio 2002) - è oggi alquanto dubbia specie in relazione al nuovo comma 12-bis dell'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001 che rende inderogabile da parte della contrattazione collettiva la disciplina legale in materia di conferimento degli incarichi dirigenziali: e quindi di fatto ne esclude la derogabilità *in melius* (D'Auria 2002; Menghini 2002; Garofalo 2002).

## 11. Le modifiche alla disciplina degli incarichi

Le critiche più dure sono state rivolte all'art. 3 della legge n. 145 del 2002, che ha modificato le norme in materia di incarichi dirigenziali.

Anzitutto, la novella pone mano alle regole sui criteri da seguire per l'affidamento degli incarichi, eliminando il criterio della rotazione e riprospettando la combinazione tra elementi soggettivi (attività e capacità professionali) ed oggettivi (natura e caratteristiche dei programmi) in modo tale da privilegiare i primi, "più difficilmente riscontrabili e verificabili". È soppresso peraltro il riferimento all'ipotesi di "passaggio ad incarichi di funzioni dirigenziali diverse" e quindi sembrerebbe preclusa la valutazione dei risultati conseguiti in precedenza; questi vengono invece posti "in diretta relazione con quanto dettato nella direttiva annuale e negli altri atti di indirizzo del ministro" (D'Alessio "2001). La rotazione in particolare era strumento importante della professionalità e di accrescimento del tasso di efficienza delle amministrazioni. Essa consentiva al dirigente di arricchire le proprie esperienze grazie alla possibilità di operare in strutture e settori diversi. Una professionalità dinamica che apriva a molti e non riservava a pochi gli incarichi più ambiti (Menghini 2002). Vero è che il precedente enunciato stabiliva che il criterio dovesse applicarsi "di

norma", cioè normalmente, ma tale previsione imponeva in caso di disapplicazione della regola una specifica motivazione, che oggi è venuta meno e che non può essere introdotta dalla contrattazione collettiva attesa l'inderogabilità assoluta delle disposizioni contenute nel comma 12 *bis* aggiunto all'art. 19. Si ha il sospetto che queste disposizioni siano state inserite, accanto a quelle che tra poco esamineremo, non tanto per accrescere la flessibilità del regime degli incarichi, quanto per accentuare la discrezionalità politica fino al punto da trasformarla in arbitrio, e quindi sottraendo il potere di scelta al controllo esercitato dal giudice sul procedimento.

Secondo questa linea la riforma poi amplia l'area dei possibili destinatari degli incarichi dirigenziali. E' vero che su questa strada s'era già mosso l'art. 13 del citato Ccnl Area 1. Infatti, la norma contrattuale aveva derogato il vecchio comma 4 dell'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001, e con una previsione di dubbia legittimità (Menghini 2002) aveva instaurato una completa parità tra dirigenti di seconda fascia e dirigenti di prima fascia ai fini del conferimento degli incarichi di funzioni di livello dirigenziale generale.

La novella invece ristabilisce, in apparenza, la primazia dei dirigenti di prima fascia rispetto al testo contrattuale; ma in realtà, da un lato, amplia (rispetto al vecchio regime) la percentuale legale di dirigenti di seconda fascia che possono rivestire gli incarichi di livello generale e, dall'altro, allarga il contingente di esterni ai quali possono essere conferite funzioni dirigenziali, anche di livello generale. Il che pone, anzitutto, il problema dell'accertamento della professionalità degli esterni che vengono così nominati, rispetto al quale la legge non prevede alcunché, stabilendo soltanto la necessità del possesso di alcuni requisiti, la cui verifica spetta esclusivamente al soggetto titolare del potere di nomina. In questo modo i dirigenti di prima fascia vengono stretti in una sorta di morsa: infatti, si trovano a concorrere, con i dirigenti di seconda fascia e con gli esterni, per l'accesso ad una grossa fetta degli incarichi dirigenziali di livello generale (D'Auria 2002). Il tutto comporta, inevitabilmente, un maggiore spazio per le valutazioni di carattere prettamente fiduciario da parte del titolare di nomina, nonché accentua il grado di dipendenza (se non di asservimento) del dirigente dal potere politico: per il dirigente esterno ciò è la logica conseguenza proprio della possibilità concessa di essere scelto tra un potenziale sterminato parco di aspiranti; e lo stesso vale per il dirigente di seconda fascia; per il dirigente di prima fascia, tale situazione è il precipitato dell'ampliamento della possibilità di attingere al di fuori del bacino dei dirigenti di prima fascia. Così, di fatto, il dirigente di prima fascia, temendo di essere pretermesso, non sarà più garantito dal possesso di una determinata professionalità, ma dovrà manifestare altre caratteristiche per potere aspirare a ricoprire le cariche di notevole importanza e per potere vincere la sempre possibile concorrenza dei dirigenti di seconda fascia e degli esterni: caratteristiche appunto di affidabilità e quindi di tipo politico e fiduciario. Peraltro, in questo modo, il legislatore della riforma avvia un percorso per risolvere in modo drastico il problema della professionalità della dirigenza pubblica: senza dirlo espressamente riconosce che tale corpo non possiede le doti ritenute necessarie e quindi permette una forte immissione per la copertura delle suddette cariche di soggetti provenienti dall'esterno. Tale surrettizia modifica della struttura del rapporto di lavoro dirigenziale però pone il problema della sua compatibilità con l'assetto dei rapporti tra politica e amministrazione nel quadro della privatizzazione del lavoro pubblico, come ritenuto conforme alla Costituzione dalla già citata decisione n. 11/2002 della Consulta. In effetti, la Corte ha riconosciuto che l'estensione della privatizzazione anche ai dirigenti generali (e a seguito di ciò divenuto *tout court* di prima fascia) garantiva che costoro fossero in grado di svolgere le loro

funzioni nel rispetto del principio di imparzialità e di buon andamento della pubblica amministrazione, perché, tra l'altro, "la posizione del dirigente generale rimane in ogni caso differenziata anche all'interno del ruolo unico, considerando che esso contempla due distinte fasce, e che la disciplina di significativi momenti del rapporto (come il conferimento degli incarichi) riserva ai dirigenti di prima fascia uno speciale e più favorevole trattamento". Se quindi l'imparzialità e l'autonomia dei dirigenti di vertice sono assicurate anche dal mantenimento di una loro preferenza ai fini dell'accesso agli incarichi, gli effetti prodotti dalla novella in esame riaprono senza dubbio la questione.

Uno dei punti più incandescenti della nuova normativa attiene, com'è noto, alla scomparsa, nel testo novellato dell'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001, della previsione di una durata minima dell'incarico, che sembra condurre ad una precarizzazione della posizione del dirigente, al punto da comprometterne in radice l'autonomia (D'Auria 2002; D'Alessio 2002; Menghini 2002). Stante l'affermata inderogabilità della disciplina del nuovo art. 19 del d.lgs. n. 165/2001 da parte dell'autonomia collettiva, appare peraltro difficile sostenere la perdurante vigenza del comma 3 del già citato Ccnl Area 1, che invece, riproducendo l'abrogata formula legale, fissa una durata minima dell'incarico (Garofalo 2002; Menghini 2002). Difficile infatti ritenere plausibile la tesi suddetta, perché essa si fonda sull'argomento che fa leva sul silenzio del nuovo art. 19 del d.lgs. n. 165/2001 sulla durata minima degli incarichi e quindi si conclude che la norma legale non impedirebbe all'autonomia collettiva di disporre in tal senso. A ben vedere, tuttavia, anche la previsione di una durata minima dell'incarico, costituirebbe, alla stregua del comma 12-bis, dell'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001, comunque, una deroga a quanto in esso contenuto: infatti, la norma legale, proprio perché non indica una durata minima, contiene un precetto implicito, ma chiaro, secondo cui l'incarico può avere qualsiasi durata fino a quando non raggiunge la dimensione temporale massima ivi stabilita. A quanto risulta dai dati disponibili, a seguito della prima applicazione della nuova disciplina, s'è assistito al conferimento di incarichi della durata di soli cinque mesi (Checchi-Garibaldi 2002).

Nella stessa direzione - e rispetto alla quale valgono le considerazioni precedenti - si muove un'altra modifica preoccupante che è quella rappresentata dall'abbassamento della durata massima dell'incarico da sette anni a tre (per i dirigenti apicali per gli incarichi di funzione dirigenziale generale) e cinque anni (per tutti gli altri). Anche qui va condivisa l'osservazione secondo cui con tale drastica abbreviazione dei termini massimi di durata dell'incarico, si assiste ad una precarizzazione del rapporto dirigenziale (D'Auria 2002): come s'è detto, in questo modo "sarà facile al corpo politico di influenzare anche le minute scelte gestionali, perché il dirigente che voglia essere rinnovato non oserà mettersi contro il ministro, e, anzi, cercherà di entrare nelle sue grazie" (Cassese 2002). Forse è vero che la normativa abrogata presentava un vizio in eccesso, in quanto ammetteva l'eventualità che un incarico dirigenziale avesse una durata massima superiore a quella del Governo che avesse effettuato la nomina. In effetti, soprattutto per i dirigenti di livello intermedio (incaricati di funzioni di livello dirigenziale generale), tale previsione presentava l'aspetto negativo di imporre alla nuova compagine politica, uscita vittoriosa dalle elezioni, dirigenti che potevano non possedere i requisiti richiesti per svolgere i compiti relativi al programma che avesse ottenuto il consenso degli elettori (Endrici 2000).

D'altro canto, tale dissonanza (tra la durata dell'incarico e la vita del Governo) metteva il dirigente in condizione di svolgere la propria opera con una relativa autonomia, di assicurare la continuità della funzione e di fare emergere i reali valori professionali, tali da suscitare apprezzamento anche

di fronte ai nuovi titolari del potere politico. Comunque, questo supposto difetto poteva essere corretto legando la durata degli incarichi dirigenziali di livello generale al permanere in carica del Governo che avesse effettuato la nomina oppure, e ciò sarebbe stato più equilibrato, prevedendo la possibilità di una revoca anticipata rispetto alla scadenza purché adeguatamente motivata. Più radicale è sempre stata l'opinione di chi ha sostenuto l'opportunità di eliminare la nomina politica dei dirigenti e, comunque, come soluzione minore, di prevedere solo incarichi a tempo indeterminato con possibilità di revoca motivata (Cassese 2002). Invece, la nuova normativa introduce una durata massima dell'incarico di livello dirigenziale apicale e intermedio molto breve (tre anni), tale da rendere possibile la scadenza e la eventuale nuova nomina durante la permanenza in carica dello stesso Governo. Così, anche questa innovazione contribuisce ad enfatizzare il grado di dipendenza (e di politicizzazione) della dirigenza dal Governo.

Peraltro, il nuovo art. 19, comma 8, del d.lgs. n. 165/2001, prevede ora la cessazione automatica degli incarichi di vertice di cui al comma 3 della stessa norma, decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo. È stato così esteso a tutti gli incarichi di vertice il sistema già vigente, sulla base dell'art. 18 della legge n. 400/1988, presso la Presidenza del Consiglio (D'Orta 2002). Ma è proprio questa assimilazione che può apparire eccessiva, anche in considerazione delle particolari funzioni del segretario generale alla presidenza. Inoltre, sotto il vigore della precedente normativa, si suggeriva una lettura dell'art. 18 della legge n. 400/1988 alla luce del vecchio testo dell'art. 19, comma 2, del d.lgs. n. 29/1993, il cui risultato fosse quello di evitare di esporre i dirigenti apicali della Presidenza del Consiglio ad "un tasso di insicurezza" troppo elevato e quindi "pregiudizievole per il buon andamento dell'amministrazione" (D'Orta 2000): a tal punto che si riconosceva (discutibilmente) che i dirigenti apicali potessero essere allontanati prima della scadenza del contratto, al momento del mutamento del Governo, ma al tempo stesso si affermava che costoro avessero diritto a percepire tutti gli emolumenti dovuti fino alla scadenza del contratto individuale (D'Orta 2000).

Tuttavia, la scomparsa della previsione della durata minima dell'incarico altera l'assetto del rapporto di ufficio dirigenziale soprattutto in relazione agli alti dirigenti, perché determina, o quantomeno consente, un sostanziale aggiramento di tutte quelle "specifiche garanzie" (specie in materia di responsabilità dirigenziale), poste da altri frammenti della disciplina legale, che, come dice la Corte costituzionale (ord. n. 11/2002), sono "mirate a presidiare il rapporto d'impiego dei dirigenti generali", che costituiscono il punto d'intersezione del principio di separazione/distinzione tra politica e amministrazione (D'Auria 2002). La stessa Consulta, con la recente pronuncia n. 193/2002, ha affermato che la distinzione tra l'attività di indirizzo politico-amministrativo e l'attività gestionale dei dirigenti generali, nonché la privatizzazione del relativo rapporto di lavoro, "comporta un maggior rigore nella responsabilità degli stessi", ma che "nello stesso tempo vi è un'esigenza di rafforzamento della posizione dei medesimi dirigenti generali attraverso la specificazione delle peculiari responsabilità dirigenziali, la tipizzazione delle misure sanzionatorie adottabili, nonché la previsione di adeguate garanzie procedurali nella valutazione dei risultati e dell'osservanza delle direttive ministeriali; inoltre, il modo e i tempi in cui si possa pervenire non solo alla revoca delle funzioni ma anche alla risoluzione definitiva del rapporto d'impiego".

Tutto l'apparato garantista - posto a presidio di valori e interessi non solo del dirigente interessato - rischia di essere vanificato con l'assegnazione di incarichi di durata così breve da porre il dirigente in una posizione di forte subalternità rispetto al soggetto politico dotato del potere di conferirgli e di rinnovargli l'incarico. Di conseguenza, l'innovazione produce l'inevitabile effetto di

rafforzare la posizione dell'organo di governo rispetto al dirigente (D'Alessio 2002). Questa precarizzazione, poiché si estende a tutti i dirigenti, e non solo a quelli di vertice, è tale da determinare un assetto in cui si intensifica la natura fiduciaria del rapporto tra il titolare del potere di nomina e il destinatario dell'incarico, e comporta l'ulteriore rischioso corollario di impennare sulla fiduciarità politica ogni tipo di incarico. Pare quindi che le modifiche introdotte abbiano travolto tutti i fattori che avrebbero dovuto garantire quell'equilibrio che invece rappresentava l'obiettivo indicato nella relazione di accompagnamento al disegno di legge governativo.

Paradossalmente è il diritto amministrativo che potrebbe venire in aiuto della professionalità e indipendenza del dirigente. La flessibilizzazione dei termini di durata dell'incarico potrebbe invece trovare ostacoli in relazione alla sua effettiva applicazione qualora si accedesse alla fondata opinione che, a seguito della riforma, ogni incarico, di qualsiasi livello, andrebbe attribuito con provvedimento amministrativo, e quindi il sindacato del giudice potrebbe estendersi a tutti i vizi di legittimità, valutando in particolare, anche per l'ipotesi di non rinnovo dell'incarico, l'adeguatezza della motivazione e la puntualità dell'attività istruttoria (D'Auria 2002).

Questioni rilevanti sorgono infine dalla scelta della riforma di ridurre il campo occupato dal contratto e di ampliare lo spazio del provvedimento. In particolare, oggi la determinazione degli obiettivi è stata ricondotta nell'orbita del provvedimento d'incarico; si prevede inoltre esplicitamente che gli obiettivi possono mutare, nel corso del rapporto, in funzione, degli atti di indirizzo periodicamente emanati dall'organo di vertice. Questa soluzione può forse avere qualche giustificazione per i soli dirigenti apicali che effettivamente partecipano alla stessa elaborazione degli obiettivi dell'azione amministrativa; per i dirigenti di base, così, si assiste ad una completa deformazione della struttura del rapporto: per costoro, a seguito della riforma, il ruolo del contratto individuale scompare del tutto, perché essi possono contrattare solo quel frammento di trattamento economico che rientra nell'articolazione per fasce tipicamente prevista dalla contrattazione collettiva della categoria.

Inoltre, la riconduzione della fissazione degli obiettivi all'area della determinazione unilaterale sembra porsi in contrasto con la conformazione del rapporto di lavoro dirigenziale su base contrattuale e con la disciplina della responsabilità dirigenziale. Già infatti si sostiene che così si produce l'effetto di favorire la deresponsabilizzazione dei dirigenti. Il che sotto due profili. Il primo, più pratico, è quello che la non partecipazione alla definizione degli obiettivi comporta di fatto un ritorno ad un rapporto tra politica e amministrazione basato più sulla gerarchia che sulla direzione, contravvenendo il codice genetico della trasformazione aperta fin dalla legge delega n. 421/1992. Il secondo, di significativo valore giuridico, è che tale non partecipazione allarga le possibilità di difesa del dirigente di fronte all'eventuale apertura del giudizio di responsabilità per mancato raggiungimento degli obiettivi (Garofalo 2002; Menghini 2002). Per inciso sia detto che l'aggiunta nel nuovo testo dell'art. 21 del termine "imputabile" pare offrire un solido argomento per l'utilizzazione anche qui dei criteri di valutazione dell'inadempimento delle obbligazioni elaborati in relazione al concetto di imputabilità, che tendono a escludere qualunque forma di responsabilità oggettiva. La combinazione delle due innovazioni – come la determinazione imperativa degli obiettivi insieme al richiamo dell'imputabilità dell'inadempimento – richiama l'operatività di principi pubblicistici e privatistici difficilmente coordinabili. Poco fondata risulta la tesi di chi afferma che la partecipazione del dirigente è comunque prevista dalla direttiva madre del Presidente del Consiglio e dalle collegate direttive generali dei singoli Ministri, emanate in forza dell'art. 14 del d.lgs. n. 165/2001. Si tratta ovviamente di una scelta discrezionale, autolimitativa

del potere unilaterale conferito dalla legge, che non risulta garantita dal quadro normativo vigente (D'Orta 2002). Non corretto è poi il richiamo – sempre per cercare di rintracciare un momento partecipativo del dirigente all'individuazione degli obiettivi - ai sistemi di valutazione dell'attività dei dirigenti e di definizione del trattamento economico accessorio: in questo caso, vengono in rilievo strumenti che presuppongono necessariamente una chiara e preventiva fissazione degli obiettivi dell'attività dirigenziale, e che anzi corrono il rischio di non potere efficacemente operare se degli stessi obiettivi si accentua il carattere di variabilità e di determinazione in via unilaterale senza la ponderata valutazione della corrispondente e adeguata dotazione delle risorse necessarie. Inoltre, il legislatore ha perso l'occasione di introdurre l'obbligo di indicare nel provvedimento di conferimento dell'incarico le risorse messe a disposizione del dirigente; e così amplia le possibilità di difesa in sede di giudizio di responsabilità (D'Alessio 2002).

## 12. Pluralità di modelli ed esigenza di diversificazione delle regole

Motivo di rammarico è infine il fatto che la legge del 2002 non abbia neppure tentato di porre rimedio al più grave limite della riforma, e cioè l'adozione di un modello unico di rapporto dirigenziale, senza tenere conto delle differenze tra le varie amministrazioni e soprattutto tra i tipi di incarico. Così, si osservava: "come escludere *a priori*, ad esempio, che in una determinata amministrazione possano (o debbano) coesistere distinte posizioni dirigenziali, talune contrattuali e fiduciarie, tal'altre di *status* legale? Come negare che esistono funzioni per le quali la legge, e solo la legge, può stabilire uno *status*, a garanzia non tanto del funzionario quanto della continuità istituzionale, della neutralità e della stabilità della funzione?" (Rusciano 1998). Questa considerazione trova conferma nell'impostazione suggerita da Giannini, secondo cui "prima di tutto vi sono le funzioni" (Cassese 2000). L'approccio da adottare al tema della dirigenza - e quindi a quello della sua professionalità - deve dunque essere oggi "il più possibile articolato" in ragione delle diverse funzioni e compiti dei dirigenti a seconda della posizione occupata (di vertice o minore, di linea o di staff), delle finalità istituzionali proprie della struttura a cui è preposto o in cui opera (funzioni di prestazione o autoritative, di amministrazione attiva o di elaborazione sperimentazione e controllo delle politiche pubbliche) e del modello organizzativo che dirige (direzione generale, agenzia, dipartimento). Al variare delle strutture e delle funzioni cambia infatti non solo il tipo di professionalità richiesta (tecnico-specialistica, politico-generalista, giuridico-burocratica), ma anche la qualità e l'intensità del rapporto fiduciario. Tracce di deviazione rispetto al modello si rinvennero già adesso nell'ordinamento degli enti locali e nella disciplina dei dirigenti del comparto della sanità. Nel primo il vincolo fiduciario è accentuato in relazione all'intreccio tra funzioni di programmazione e funzioni di gestione. Infatti il direttore generale o, in mancanza, il segretario propongono all'approvazione della giunta di governo il piano esecutivo di gestione (peg), redatto sulla base del bilancio di previsione annuale deliberato dal consiglio; il peg è lo strumento fondamentale della programmazione perché in esso sono determinati gli obiettivi specifici e le necessarie risorse da assegnare ai vari dirigenti. Così segretario e direttore generale sono scelti discrezionalmente dal sindaco o dal presidente della provincia (il primo tra gli iscritti al relativo albo, il secondo al di fuori della dotazione organica) e hanno un incarico la cui durata corrisponde a quella del mandato politico. Nel caso della sanità, la figura del dirigente generale è anch'essa legata da un rapporto eminentemente fiduciario con la giunta del governo regionale - e i direttori amministrativo e sanitario sono a loro volta incatenati al direttore generale - e quindi la scelta è praticamente insindacabile nel merito; mentre i dirigenti medici sono preposti agli incarichi di strutture

complesse attraverso un procedimento teso ad accertare il possesso delle competenze specialistiche e organizzative che prevede la pubblicizzazione della selezione e la formazione di una lista di idonei vincolante la designazione da parte del direttore generale. I criteri per il conferimento di tutti gli altri incarichi sono rimessi dalla legge alla contrattazione collettiva, trattandosi di una scelta esclusivamente legata a funzioni tecniche.

Ma anche nell'organizzazione statale la riforma avviata con la legge n. 59 del 1997 delineata dal d. lgs. n. 399 del 1999 ed attuata dal d. p. r. n. 175 del 2001, poi modificata dalla legge n. 317 del 2001, ha introdotto significativi cambiamenti, ridisegnando la geografia dei ministeri ed introducendo moduli organizzativi flessibili, i dipartimenti, in luogo delle direzioni generali, che rimangono nei ministeri d'ordine (Affari esteri, Difesa e discutibilmente per i beni e le attività culturali), nonché strutture di servizio che svolgono attività a carattere tecnico operativo di interesse nazionale. Il modello è attuato attraverso la ridefinizione delle fonti normative, nel senso di lasciare a quella primaria l'individuazione soltanto delle strutture di primo livello che "rispecchiano le macrofunzioni dell'amministrazione" caratterizzate "per la loro inerenza ai grandi obiettivi o missioni (le *policies*) che essa è chiamata a perseguire (D'Auria 1999 2 2000). L'organizzazione intorno a funzioni di *core-business*, dovrebbe essere accompagnata da maggiore flessibilità nella gestione delle risorse finanziarie, umane e materiali, affidate alla dirigenza generale. Ma su questo importante aspetto la riforma è incompleta. Tuttavia, non v'è dubbio che è in atto una trasformazione significativa che si ispira all'ideologia del *New Public Management* e che, in modo imperfetto, riproduce la distinzione tra apparati gestionali e uffici di elaborazione delle politiche (Dente 1995); questi ultimi non si esauriscono negli uffici di diretta collaborazione del ministro e nelle segreterie particolari dei sottosegretari, con "esclusive competenze di supporto e di raccordo con l'amministrazione", ma dovrebbero riguardare tutti gli apparati serventi dei responsabili politici con compiti di proposte e programmi per le *policies* e di valutazione e controllo dei risultati ottenuti dagli organi di amministrazione attiva.

Non sembra dubbio che le varie funzioni di amministrazione e l'articolazione tra apparati serventi e strutture autonome si riflettono sul rapporto tra i dirigenti e il potere esecutivo. Sarebbe pertanto auspicabile che già a livello di disciplina legislativa generale si tratteggiasse una pluralità di modelli dirigenziali con discipline differenziate e ambiti di regolazione affidati ai contratti collettivi (Rusciano 2001 e 2002). Si dovrebbe intanto prevedere un sistema diverso per i dirigenti minori, per i *professionals* e per quelli che esercitano funzioni "paranotarili o paragiurisdizionali" (D'Alessio 2002; Menghini 2002; Endrici 2000): non ha molto senso il doppio meccanismo rapporto-incarico per i soggetti privi di poteri gestionali e non partecipi dell'attività di elaborazione delle scelte politiche, specie quando svolgano funzioni accertative e sanzionatorie che vanno poste al riparo da condizionamenti politici; inoltre per il dirigente minore andrebbe rivista la disciplina del licenziamento e delle sanzioni disciplinari, in sintonia con l'indirizzo più recente della Cassazione, che nel settore privato riconosce al *mini management* l'applicazione della tutela reale e delle sanzioni conservative. Ma anche negli altri casi, in cui va mantenuto il meccanismo dell'incarico, i criteri di conferimento dovrebbero essere regolati in modo diverso e, soprattutto, a seconda dell'intensità del rapporto fiduciario, dovrebbe variare la disciplina della responsabilità e lo *spoils system*.

Tuttavia, non è questa l'impostazione adottata dal legislatore della riforma. Infatti, il d.lgs n. 165/2001 (riproducendo l'ultima versione del d.lgs. n. 29/1993) assume come modello di regolazione la disciplina della dirigenza statale di cui al capo II, del titolo II. Tale disciplina (comprensiva

anche dell'art. 4 del d.lg.s. n. 165/2001), alla stregua dell'art. 27 del d.lgs. n. 165/2001, fornisce i principi in base ai quali le pubbliche amministrazioni non statali adeguano i propri ordinamenti. Tutto ciò ha prodotto un eccesso di uniformità sul piano regolativo del rapporto dirigenziale che non riflette le differenze (verticali e orizzontali) tra le varie figure dirigenziali.

Peraltro, un intervento più radicale, per quanto oggi realisticamente non concepibile, dovrebbe mirare ad una ricomposizione della categoria, evitando l'attribuzione della qualifica a soggetti che non svolgono affatto le funzioni tipiche o quantomeno ritenute tali. In verità, la storia della riforma del lavoro pubblico è anche stata contrassegnata dal sostegno del legislatore all'ipertrofia della categoria dei dirigenti pubblici (D'Alessio 2001). D'altra parte, la possibilità che il dirigente pubblico possa ricoprire un incarico solo di studio non è altro che la conferma di tale eccesso. La nuova legge n. 145/2002 si muove lungo questo solco, avviando percorsi destinati a sfociare in un ulteriore allargamento dei soggetti titolari della qualifica dirigenziale. Ci si riferisce allo spostamento, sollecitato dal nuovo comma 2 dell'art. 40 del d.lgs. n. 165/2001, dei professionisti degli enti pubblici e dei ricercatori e dei tecnologi degli enti di ricerca dai contratti collettivi di comparto nell'area contrattuale della dirigenza; nonché all'introduzione, con il nuovo art. 17-bis del d.lgs. n. 165/2001, della vicedirigenza, contribuendo così a perpetuare logiche in cui il prestigio dipende più dallo status formale che dalle effettive funzioni svolte nell'organizzazione del lavoro.

Il rapporto tra le fonti di regolazione risulta oggi ancor più complicato dalla riforma del Titolo V della Costituzione, realizzata con la legge costituzionale n. 3/2001. Infatti, nel nuovo quadro costituzionale, viene meno l'efficacia di disposizioni come l'art. 27 del d.lgs. n. 165/2001 che regolano l'applicabilità delle norme statali sulla dirigenza nei confronti delle pubbliche amministrazioni non statali e non nazionali (L. Zoppoli 2002); e ciò soprattutto in considerazione delle nuove competenze legislative delle Regioni. Ma la legge n. 145 del 2002, dai più considerata una controriforma della dirigenza, non si è neppure posto il problema, e ha mantenuto fermo l'impianto unitario. Tuttavia, la questione è attualmente aperta. Non si tratta però della "lunga e tormentata coda ermeneutica" alla legge costituzionale che riguarda "il dove e il come collocare il diritto del lavoro nella redistribuzione delle competenze legislative fra Stato e Regione" (Carinci 2002). Per la dirigenza infatti la questione non attiene tanto ai profili privatistici di regolazione del rapporto quali il contratto di assunzione, i diritti e gli obblighi delle parti, la disciplina del recesso – che dovrebbero configurarsi unitariamente ai sensi dell'art. 117, lett. l) – quanto agli aspetti riconducibili all'organizzazione amministrativa, che ricadono nell'area di competenza legislativa esclusiva delle regioni o nella sfera di potestà regolamentare degli enti locali (ma qui soltanto nell'ambito delle materie riservate alle fonti sublegislative). Si tratta soprattutto di quei profili di disciplina che riguardano i modi e le forme di reclutamento, il ruolo, l'incarico di funzioni. (L. Zoppoli 2002; Rusciano 2002; Treu 2003). Al limite, sul piano giuridico-formale, non sarebbe precluso alle regioni di reintrodurre il regime pubblicistico per (tutta o parte del) la dirigenza, giacché come si è più volte ricordato, la Costituzione lascia ampia libertà in ordine agli strumenti da adottare per il raggiungimento degli obiettivi indicati dall'art. 97 Cost. Sotto questo profilo sarebbe opportuno affidare ad organismi di coordinamento l'individuazione di alcuni requisiti minimi unitari, rispetto ai quali possa poi esplicarsi in pieno l'autonomia delle amministrazioni territoriali. Un fatto è comunque certo: la riforma del Titolo V della Costituzione garantisce l'autonomia delle regioni in tutti gli aspetti dell'organizzazione dei suoi apparati, e quindi anche nei rapporti tra la dirigenza e gli organi di indirizzo politico-amministrativo.

### 13. La negoziabilità dei poteri dirigenziali

Il compito del legislatore della riforma non consiste solo nel preservare il dirigente da indebite interferenze del potere politico, ma anche nel salvaguardarlo dal "paralizzante regime cogestionale che caratterizzava le relazioni sindacali sotto la legge quadro" (Bordogna 1998). Il venir meno della "riserva di contrattazione" di cui alla legge n. 93/1983, è stato accompagnato, nel corso della prima privatizzazione, sia dalla riserva di regolazione unilaterale pubblicistica per alcune materie, sia dalla previsione che su altre materie, pur non oggetto della riserva, fosse esclusa la possibilità di contrattazione collettiva: e tutto ciò è stato previsto per garantire l'intangibilità e quindi l'effettività dei poteri organizzativi del dirigente. Vigente la prima riforma del 1992-93, la prevalente dottrina aveva ritenuto che l'art. 10 del d. lgs. n. 29 del 1993 avesse riservato alla dirigenza pubblica un ampio margine operativo, sostanzialmente coincidente con la gestione delle risorse umane, consentendo soltanto forme di partecipazione sindacale che comunque non avrebbero potuto comportare un obbligo a contrarre in sede decentrata a carico del dirigente. Al dirigente è infatti affidato il compito di tenere insieme i pezzi che compongono l'organizzazione complessiva, combinandone i vari elementi in modo da raggiungere gli obiettivi di efficacia, efficienza e produttività dell'azione amministrativa. La protezione dell'autonomia della dirigenza dall'invasività sindacale si giustifica dunque in funzione dell'interesse pubblico a cui questi è preposto (Albanese 1996; Carinci 1996).

La seconda privatizzazione ha fornito nuovi argomenti alle tesi che ritengono non esclusa l'azione della contrattazione collettiva nelle materie ricondotte nell'area del diritto privato. Così, la risalita valle della privatizzazione, fino ad investire la micro-organizzazione (Carinci 2000), spinge brillante (seppure non condivisibile) dottrina ad ampliare, in via ermeneutica, lo spazio della contrattazione collettiva, considerando contrattabili tutte le materie estranee alla riserva di regolazione unilaterale, e ricondotte nell'area dell'organizzazione del lavoro ovvero dell'organizzazione degli uffici vera e propria (Barbieri 2000). Dalla soppressione delle disposizioni contenute nella prima stesura del d.lgs. n. 29/1993 (artt. 10 e 45, comma 1°) che espressamente disponevano in senso contrario, questa dottrina trae elementi di conferma della propria tesi. Infatti, i limiti alla contrattazione gestionale sono stati rimossi dal nuovo testo dell'art. 10 (ora art. 9, d.lgs. n. 165/2001), il quale demanda ai contratti collettivi nazionali la disciplina (dei rapporti sindacale e) "degli istituti della partecipazione anche con riferimento agli atti interni di organizzazione aventi riflessi sul rapporto di lavoro". Tuttavia l'enunciato va interpretato in modo conforme alle prescrizioni contenute in materia dalla legge delega n. 59/1997, il cui art. 11, comma 4, lett. h), limita la partecipazione sindacale alla "consultazione" preventiva delle organizzazioni sindacali firmatarie dei contratti collettivi dei relativi comparti. Secondo la delega i poteri privati del dirigente che riguardano l'organizzazione amministrativa "bassa" e l'organizzazione del lavoro non possono dunque essere subordinati alla stipulazione preventiva di un accordo collettivo.

Da ciò consegue che sarebbe illegittima per eccesso di delega una lettura degli artt. 9 e 40 del d. lgs. n. 165 del 2001 che consentisse ai contratti di comparto di rimettere alla sede decentrata la regolazione negoziata dell'organizzazione amministrativa e del lavoro. Sicché, anche a seguito della seconda privatizzazione, i poteri gestionali resterebbero "*managerial rights* privatizzati assoggettabili a partecipazione ma non a contrattazione" (Carinci 2000; Boscati 2000; *contra* Barbieri 2000). Tuttavia la contrattazione collettiva della seconda tornata ha assoggettato diverse materie organizzative alla concertazione: istituto assimilabile alla consultazione, ma che, a differenza di questa, può sfociare in un vero e proprio accordo espressamente vincolante per le parti.

In questo modo si verifica un allargamento surrettizio delle materie oggetto di contrattazione, poiché la debolezza del dirigente di fatto rende permeabile la linea divisoria tra materie oggetto delle diverse forme di partecipazione sindacale (Carinci 2001; Bellavista 2003).

V'è da dire poi che altri problemi sorgono in relazioni ai limiti che il sistema legale pone sulla determinazione del trattamento economico. L'art. 45 ancora la definizione del trattamento economico fondamentale ed accessorio alla previsione dei contratti collettivi nazionali. In particolare questi hanno previsto strumenti di incentivazione per la produttività e l'efficienza dei servizi in modo selettivo, demandando al livello decentrato la determinazione dei criteri generali di individuazione e funzionamento e affidando al dirigente il compito di predisporre in concreto i progetti e di individuare i lavoratori destinatari. Tuttavia il necessario consenso sulla ripartizione dei fondi destinati alla retribuzione incentivante comprime di molto la discrezionalità dirigenziale esposta alla pressione sindacale verso l'allargamento della platea dei beneficiari. Di conseguenza l'obbligo a contrarre apparentemente limitato alla distribuzione delle risorse economiche si risolve nel condizionamento del potere organizzativo proprio laddove si intendono introdurre innovazioni rivolte a migliorare il livello delle prestazioni e dei servizi mediante tecniche di gestione e motivazione del personale. Era meritevole di apprezzamento il tentativo dei contratti di comparto di obbligare i soggetti della negoziazione decentrata a destinare almeno una quota delle risorse alla produttività individuale, riservata ad una percentuale massima predefinita di personale, introducendo così un meccanismo meritocratico rivolto a premiare i lavoratori più efficienti. Tuttavia nell'ultima tornata contrattuale, produttività individuale e collettiva sono state unificate attenuando il principio della c.d. selettività necessaria. Si ripropone pertanto la prassi degli aumenti generalizzati in cifra fissa già praticata dopo la legge quadro e prima della riforma.

#### 14. I condizionamenti al potere organizzativo: la dotazione degli uffici

Altri più rilevanti limiti alla sfera dei poteri della dirigenza dipendono dall'intreccio tra l'organizzazione amministrativa e la gestione del personale. La prima questione da affrontare attiene alla c.d. provvista degli uffici, cioè all'individuazione qualitativa e quantitativa delle risorse umane da destinare alle diverse funzioni e ripartire tra i vari uffici, di primo o secondo livello. Il problema dal nostro punto di vista riguarda la possibilità che dovrebbe essere offerta ai dirigenti di dotarsi del numero di dipendenti e delle professionalità adeguati allo svolgimento non solo di compiti permanenti, ma anche di specifici programmi o obiettivi (le c.d. missioni) di volta in volta individuati. La variabilità delle funzioni fa risaltare il collegamento tra flessibilità delle strutture e del personale e quindi richiede, accanto alla forma tradizionale di contratto a tempo indeterminato di ruolo, l'uso di tipologie flessibili previste dalle leggi sui rapporti di lavoro nell'impresa, come il contratto a termine, il part-time e il lavoro temporaneo, nonché il ricorso a rapporti formativi che consentano ad eventuali aspiranti all'assunzione di acquisire sul campo un'adeguata preparazione tecnico-pratica. Le esigenze pubblicistiche del controllo della spesa e della salvaguardia dei principi di buon andamento e imparzialità hanno comunque indotto il legislatore ad applicare anche a queste tipologie la disciplina generale sul reclutamento del personale (cfr. l'art. 36, d. lgs. n. 165/2001). Fa eccezione soltanto l'ipotesi di conferimento di incarichi, sotto forma di contratti di lavoro autonomo, libero professionale o di appalto di servizi "ad esperti di provata competenza" per esigenze cui non possa farsi fronte con personale in servizio (art. 7, comma 6, d. lgs. n. 165/2001), ferma restando comunque l'indisponibilità del tipo da parte dell'amministrazione, la quale, neppure in virtù di una legge speciale potrebbe aggirare le prescrizioni sulle assunzioni qualificando come autonomo un rapporto subordinato (D'Antona 1997; Scognamiglio 2001)

Peraltro, l'aspetto della dotazione degli uffici non è dalla legge risolto in modo del tutto coerente con l'impostazione di fondo della riforma, secondo cui i dirigenti assumono le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro (art. 5, comma 2, d. lgs. n. 165/2001), con l'unico limite di mantenere la spesa per il personale entro le compatibilità economico-finanziarie definite nei documenti di programmazione e di bilancio (art. 8). In effetti, la dirigenza risulta invece fortemente condizionata dall'organo di indirizzo politico-amministrativo, che attraverso regolamenti governativi costituisce le strutture di "di primo livello" e con decreti ministeriali (o altri atti organizzativi secondo i rispettivi ordinamenti) stabilisce l'ordinamento degli uffici e del personale che dipende dai dirigenti generali (art. 13, legge n. 59 del 1997 che ha introdotto il comma 4-bis nell'art. 17 della legge n. 400 del 1988; d. lgs. n. 300 del 1999). Cosicché i dirigenti generali sono fortemente condizionati nell'organizzazione delle strutture che da essi dipendono (D'Auria 2000), in quanto il potere esecutivo ne individua le risorse umane (compresi i dirigenti a cui poi affidare gli incarichi di direzione degli uffici sottordinati), materiali ed economico-finanziarie (artt. 4, comma 1, lett. c) e 19, comma 5, d. lgs. n. 165/2001).

L'altra limitazione al potere di gestione riguarda la predeterminazione del personale da inserire nell'organizzazione, nel cui rispetto devono essere disposte le assunzioni (c.d. organico). Il sistema anteriore alla riforma era assai rigido perché prescriveva l'obbligo di ciascuna amministrazione di redigere la pianta organica, documento che indica il fabbisogno di personale ripartito tra gli uffici per numero, qualifica e profilo professionale. Cosicché ogni assunzione o anche ogni spostamento del dipendente era subordinato alla vacanza del posto, e non di un posto genericamente disponibile della medesima qualifica, ma di quel posto specifico che si era reso libero in un determinato ufficio. Il sistema era peraltro frequentemente eluso, in quanto le amministrazioni facevano ampiamente ricorso ad assunzioni di personale precario (per il quale era comunque approntata una disciplina assai puntuale) fuori ruolo, il cui impiego aveva spesso finito per l'assumere i crismi della definitività, pur in assenza di un formale adeguamento della dotazione organica di riferimento.

L'art. 2, lett. c), n. 5 della l. 421 del 1992 aveva rimesso alla legge, ovvero ad atti amministrativi o regolamentari adottati sulla base della stessa, o nell'ambito dei principi da essa posti, la disciplina dei ruoli e delle dotazioni organiche delle amministrazioni, e la loro consistenza complessiva, prevedendo soltanto un diritto di informazione delle organizzazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale in merito alle dotazioni complessive di ciascuna qualifica. La previsione di una riserva di intervento da parte della legge al riguardo era probabilmente inevitabile, in quanto diversamente si sarebbe aperta la strada ad assunzioni incontrollate nell'amministrazione, per finalità che poco o nulla hanno a che vedere con il regolare funzionamento dei servizi, con conseguente peggioramento del servizio, e depauperamento delle scarse risorse pubbliche. La norma era stata attuata dal d. lgs. n. 29 del 1993 (prima versione), nel senso che la riserva di legge e di atto amministrativo riguardasse specificatamente le piante organiche: gli artt. 6 e 30 ponevano infatti a carico delle amministrazioni l'obbligo di individuare i propri uffici e di definire periodicamente, previa informazione sindacale, le relative piante organiche. E' indubbio che una previsione del genere costituisce una limitazione assai forte al potere di gestione del dirigente, tanto maggiore quanto più questa avvenga ad opera di soggetti esterni all'ufficio nel quale egli presta la sua attività.

L'intervento in materia della "seconda privatizzazione" è stato particolarmente significativo: esso

ha ricondotto all'organizzazione alta la determinazione delle "dotazioni organiche complessive" (cfr. art. 2, c. 1 del d. lgs. 165 del 2001), ed ha previsto poi che la consistenza e le variazioni relativamente al numero e alla distribuzione del personale dei "diversi livelli e qualifiche" avvengano (se non comportano maggiori spese) attraverso atti unilaterali dell'amministrazione, soggetti a consultazione sindacale, in coerenza con la programmazione triennale del fabbisogno di personale e con gli altri strumenti di programmazione economico-finanziaria. Si precisa infine che le amministrazioni agiscono per il perseguimento delle finalità indicate all'art. 1, c. 1, vale a dire accrescimento dell'efficienza delle strutture, razionalizzazione del costo del lavoro, migliore utilizzazione delle risorse umane (art. 6). In questo modo scompare la pianta organica e quindi si sgancia il personale dagli uffici, e si riconduce la mobilità dei lavoratori fra le diverse unità amministrative alle norme del diritto privato (art. 2103 c.c.). Si è perciò parlato "di un temperamento tra la configurazione strutturale degli uffici e le determinazioni funzionali degli apparati": la prima "riservata a fonti primarie o secondarie o ad atti organizzativi in regime pubblicistico; le seconde "ricondotte, invece, ai poteri di gestione e dunque alla capacità di diritto privato dei dirigenti" (D'Antona 1998; Viscomi 1999). Il temperamento garantisce però l'autonomia gestionale del dirigente soltanto a valle del processo, dopo cioè che sono stati individuate le strutture e le risorse dell'ufficio a cui egli è preposto, e consentendogli pienezza di potere nell'ambito di una struttura preconfezionata. Peraltro un ulteriore elemento di rigidità è dato dal fatto che le variazioni delle dotazioni organiche vanno approvate nel rispetto anche di quanto previsto dall'art. 39, c. 1 – 3 ter, l. 27 dicembre 1997, n. 449, il quale "al fine di assicurare le esigenze di funzionalità e di ottimizzare le risorse per il migliore funzionamento dei servizi con le disponibilità finanziarie e di bilancio" prescrive che "gli organi di vertice delle pubbliche amministrazioni sono tenuti alla programmazione triennale del fabbisogno del personale", e che entro il primo semestre di ciascun anno il Consiglio dei ministri autorizza "le procedure di reclutamento e le nuove assunzioni di personale". Il legislatore, agendo con finalità prevalentemente di controllo della spesa pubblica, ha dunque introdotto una procedura per autorizzare le assunzioni nella fase prodromica dell'individuazione qualitativa e quantitativa del personale, e al fine di verificare che le singole amministrazioni si siano conformate alle indicazioni ricevute. Ciò introduce un ulteriore limite assai al potere dirigenziale di organizzazione del lavoro, in quanto, oltre a dovere subire il condizionamento esterno in merito alla quantità ed ai profili professionali dei soggetti da impiegare nell'ufficio, egli non può in concreto procedere ad alcuna assunzione, se non vi è l'autorizzazione preventiva da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

#### **15. Gli istituti della professionalità tra pubblico e privato. Il concorso pubblico come strumento normale di assunzione**

La libertà di individuare il lavoratore da assumere, che nel settore privato è oggi massima a seguito della deregolazione del collocamento effettuata negli anni '90, in quello pubblico risulta invece fortemente vincolata dalla previsione dell'art. 97 Cost., che individua nel concorso pubblico il principale strumento di selezione per l'accesso all'impiego, pur consentendo al legislatore di operare eccezionalmente scelte differenti. Ciò non costituisce una novità nell'ordinamento italiano, nel quale già da tempo era acquisita l'idea dell'uso di procedure selettive di tipo concorsuale per assicurare imparzialità, obiettività e pubblicità nella scelta degli aspiranti all'impiego nelle pubbliche amministrazioni. Come già accennato peraltro il concorso pubblico, nella sua concreta disciplina legislativa, veniva visto anche come forma di garanzia degli impiegati nei confronti delle ingerenze del potere esecutivo, unitamente alla stabilità ed alla prevedibilità di una carriera

fondata sull'anzianità (Cassese- Melis 1990), e dunque sottratta a pressioni ed influenze esterne. Pur in presenza di critiche talvolta assai radicali allo strumento, del quale veniva denunciata la non rispondenza, nella sua concreta attuazione, all'esigenza di reclutare i migliori tra gli aspiranti all'impiego pubblico, e di una prassi applicativa che già prima dell'entrata in vigore della Costituzione tendeva a servirsi di personale avventizio o giornaliero, con rovesciamento della regola, formalmente mantenuta ferma, dell'accesso per pubblico concorso, il legislatore aveva previsto all'art. 3 del d. p. r. n. 3 del 1957 l'assunzione negli impieghi civili dello stato mediante pubblico concorso per esami per le qualifiche iniziali, delle cui fasi veniva dettata nella disciplina attuativa una minuziosa regolamentazione. Talune limitate eccezioni al principio erano state introdotte dallo stesso decreto, che, al di là di tali ipotesi, sanzionava con la nullità le assunzioni effettuate in violazione delle procedure di cui al citato art. 3, disponendo che queste non producessero effetto nei confronti dell'Amministrazione, e la responsabilità dell'impiegato autore della violazione.

Il sistema scelto peraltro non aveva al suo interno elementi convincenti di flessibilità e di adeguamento ai bisogni di selezione ed individuazione della professionalità in relazione alle diverse mansioni che gli impiegati pubblici possono essere chiamati a svolgere, e consentiva un'ampia discrezionalità nella determinazione dei parametri di valutazione (e nella loro concreta applicazione) da parte delle commissioni, tale da prestarsi ad abusi. Da qui le proposte volte all'introduzione di *test* a risposta multipla che, rispetto alla tradizionale prova di carattere discorsivo, avrebbero permesso "di ridurre notevolmente l'influenza del caso, stante l'ampiezza delle domande, di applicare efficaci metodi di valutazione della congruità delle domande stesse, di meccanizzare e rendere meno costosa la correzione" (Pinelli 1994). Peraltro anche tali sistemi presentano degli aspetti problematici, in quanto qualora prima del concorso non siano noti solo gli argomenti oggetto della prova, ma debbano essere pubblicizzate le singole domande – e le relative risposte – tra cui saranno selezionati i quesiti da sottoporre ai candidati, saranno avvantaggiati i soggetti in grado di apprendere in modo mnemonico ed acritico una quantità elevata di risposte, senza però essere in condizione di inserire le stesse in un contesto criticamente vagliato.

Il ricorso in via di principio al concorso pubblico per coprire i posti vacanti nell'organizzazione amministrativa non ha però escluso nella prassi applicativa ampie deroghe (legittimate da una miriade di interventi settoriali e di sanatorie *a posteriori* di situazioni di fatto), in forza delle quali una quota rilevante del personale amministrativo è in certi momenti storici stata assunta non attraverso la via maestra individuata dalla Costituzione, ma mediante la stabilizzazione di situazioni di precariato più o meno lunghe, non sempre accompagnata da adeguati meccanismi di verifica delle effettive capacità professionali.

La violazione del principio di accesso mediante concorso pubblico, giustificata dall'inciso "salvo che la legge disponga altrimenti" contenuto nell'art. 97, c. 3, Cost., unitamente alla lamentata inefficienza del sistema, aveva portato alcuni autori a criticare in radice lo strumento, ed a suggerire di limitarne l'operatività ai soli posti "che ineriscono a funzioni le quali richiedono indiscutibilmente l'utilizzazione dei più meritevoli e, in generale, dove è indispensabile che si accertino determinate capacità tecniche", mentre per il resto si sarebbe dovuto provvedere facendo ricorso alle assunzioni effettuate attraverso il collocamento, da assoggettare ad una radicale riforma (Rusciano 1978). In questo modo dunque l'accertamento in via comparativa tra più soggetti del possesso della professionalità necessaria per lo svolgimento dei compiti richiesti dall'Amministrazione sarebbe stato limitato alle sole figure di grado medio – alto, mentre per il resto si sarebbe

dovuto fare ricorso al meccanismo (allora comune all'impiego alle dipendenze di privati datori di lavoro) dell'avviamento numerico da parte del collocamento, limitando dunque l'accertamento delle qualità professionali degli avviati al solo periodo di prova.

Le riforme degli anni '80 si erano mosse soltanto in parte nella direzione auspicata dagli autori citati. Invero la l. 93 del 1983 aveva riaffermato all'art. 20 il principio dell'accesso agli impieghi pubblici mediante concorso, consistente "nella valutazione obiettiva del merito dei candidati, accertato mediante l'esame dei titoli e/o prove selettive, oppure per mezzo di corsi selettivi di reclutamento e formazione a contenuto teorico pratico, volti all'acquisizione della professionalità richiesta per la qualifica cui inerisce l'assunzione". Ciò anche mediante il ricorso a sistemi di tipo automatizzato, ed "a selezioni decentrate per circoscrizioni territoriali, o uniche per le stesse qualifiche, anche se relative ad amministrazioni o enti diversi". L'utilizzo di un concorso unitario per una pluralità di amministrazioni costituiva una interessante novità, e avrebbe consentito lo snellimento e la semplificazione dei procedimenti di accesso all'impiego, riducendo i costi ed i tempi per lo svolgimento delle selezioni. Tale sistema peraltro era rimasto sostanzialmente inattuato, in quanto era stata lasciata alle amministrazioni la possibilità di bandire autonomamente concorsi per un numero assai limitato di posti, per i quali era dunque necessario avviare tutto il complesso meccanismo richiesto per la selezione del personale (Pinelli 1994).

Per i gradini più bassi delle amministrazioni era stata ammessa la possibilità di fare ricorso a "tests bilanciati, da risolvere in un tempo predeterminato, ovvero a prove pratiche attitudinali, tendenti ad accertare la maturità e la professionalità dei candidati, con riferimento alle attività che gli stessi sono chiamati a svolgere". Successivamente l'art. 16 della l. 56 del 1987, accogliendo in parte le istanze già avanzate dalla dottrina nel decennio precedente, aveva previsto che le amministrazioni pubbliche assumessero i lavoratori da inquadrare nei livelli per cui è richiesto un titolo di studio non superiore alla scuola dell'obbligo "sulla base di selezioni effettuate tra gli iscritti nelle liste di collocamento e in quelle di mobilità che abbiano la professionalità eventualmente richiesta e i requisiti previsti per l'accesso al pubblico impiego", ottenendo in questo modo un notevole risparmio di tempi e di costi.

Anche le modifiche sopra indicate però non erano riuscite ad ottenere i risultati voluti, in termini di acceleramento delle procedure di copertura dei posti vacanti, e di perseguimento di una maggiore efficienza del sistema, sia per il rifiuto delle amministrazioni di rinunciare alla facoltà di prevedere (con bandi talvolta assai specifici) la quantità di personale da assumere ed i criteri di selezione dello stesso, ed alla possibilità comunque di assunzioni mediante forme di chiamata diretta più o meno mascherate (con le conseguenze immaginabili sul piano della imparzialità della scelta), sia (relativamente alle qualifiche più basse) per la notoria inefficienza del collocamento pubblico. A ciò si aggiunga che il ricorso all'avviamento numerico da parte del collocamento, sulla base di una graduatoria sostanzialmente predisposta in base all'anzianità di iscrizione, ha incrementato nelle regioni meridionali la tendenza di alcuni soggetti a mantenere formalmente lo *status* di disoccupato, facendo ricorso nel frattempo a forme di lavoro nero, ovvero di sostegno familiare, in attesa dell'agognato posto fisso (Bellavista 2002). Questo ha determinato il rischio di un accesso alla pubblica amministrazione da parte di soggetti in età abbastanza avanzata, e con una concezione dell'attività lavorativa assai discutibile, in quanto legata più all'idea di "posto" che a quella di "lavoro produttivo" (pur con le peculiarità che quest'ultimo concetto presenta in una struttura che persegue finalità specifiche, come l'Amministrazione pubblica).

## 16. Il concorso pubblico tra la prima e la seconda privatizzazione

L'art. 2, lett. c, n. 4 della l. 421 del 1992, nel predisporre i criteri fondamentali cui doveva attenersi il legislatore delegato per la "privatizzazione" del rapporto di lavoro pubblico, ha inserito la disciplina dei procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro e di avviamento al lavoro tra le materie oggetto di regolamentazione pubblica. Questa scelta ha determinato, secondo la maggioranza degli interpreti, il mantenimento, limitatamente a questo settore, della supremazia speciale della pubblica amministrazione, tale dunque da qualificare la posizione soggettiva dei partecipanti al concorso come interesse legittimo.

La scelta non era obbligata, in quanto l'art. 97 Cost., nel fissare il principio del concorso per l'accesso all'impiego nelle amministrazioni pubbliche, non rimette necessariamente la disciplina delle assunzioni al diritto pubblico, e non esige il riconoscimento in questo settore di un potere di supremazia della pubblica amministrazione nei confronti degli aspiranti. Invero, e più semplicemente, l'aggettivo "pubblico" va qui inteso, contrariamente ad un consolidato orientamento dottrinale e della giurisprudenza amministrativa, nel senso di "aperto al pubblico", richiedendo dunque soltanto che il sistema miri ad ottenere la partecipazione del maggior numero possibile di aspiranti, tra i quali selezionare in modo imparziale i capaci e meritevoli da inserire nell'amministrazione (Pinelli 1994).

Stabilita la regola di diritto sostanziale sulla necessità per le amministrazioni di assumere il personale attraverso procedure che garantiscano il rispetto dei principi sanciti dall'art. 97 Cost. (e 51), e rimessa alla legge e agli atti di macro organizzazione la predisposizione delle regole a cui le amministrazioni devono conformarsi, non v'è ragione per sottrarre la concreta attività di selezione alla gestione privatistica: anche qui l'amministrazione agisce (o dovrebbe agire) con i poteri del privato datore di lavoro (Fiorillo 2000) con conseguente possibilità di controllo del giudice sulla legittimità degli atti anche alla stregua dei canoni di correttezza e buona fede. Pertanto il legislatore avrebbe potuto rimettere anche questa parte della disciplina alla contrattazione collettiva, predisponendo una cornice di principi generali e di norme inderogabili ai quali la stessa avrebbe dovuto attenersi, e sanzionando con la nullità sia eventuali disposizioni difformi introdotte dall'autonomia collettiva, sia le assunzioni effettuate in violazione della disciplina specifica.

Inoltre, una volta esteso l'ambito della privatizzazione fino a ricomprendervi anche la micro organizzazione, è difficile cogliere la ragione di fondo dell'attribuzione al giudice amministrativo della materia relativa alle procedure di reclutamento. La motivazione che questa concerne la fase prodromica del rapporto, estranea allo stesso (non ancora costituito) non sembra idonea a giustificare la diversità di posizioni soggettive (di interesse legittimo e di diritto soggettivo) fra chi aspira al posto e chi è parte del rapporto. Sulla base della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, e in analogia con l'orientamento consolidato in materia di concorsi banditi da enti pubblici economici e da imprese private, il giudice ordinario avrebbe potuto tutelare adeguatamente un diritto soggettivo alla pretesa della regolarità della procedura, giungendo a conclusioni sostanzialmente identiche a quelle cui perviene il giudice amministrativo sul controllo dell'esercizio del potere discrezionale del datore di lavoro e sulle sanzioni apprestabili.

Nella sua prima versione la disciplina delle assunzioni contenuta nel d. lgs. 29 del 1993 conservava il riferimento alle tradizionali forme di assunzione del personale (concorso pubblico, avviamento nominativo, assunzione di soggetti appartenenti a categorie protette), e presentava aspetti for-

temente centralizzati, in quanto era previsto un sistema di concorsi unici (che peraltro non esaurivano le possibili forme di selezione del personale) (Fiorillo 2000), e soggetti ad una disciplina unitaria per lo svolgimento delle prove selettive, valevole per tutte le amministrazioni pubbliche. Con le modifiche apportate dalla nuova riforma operata dal d. lgs. 80 del 1998 la disciplina della scelta del personale presenta una maggiore ampiezza rispetto a quanto letteralmente recita l'art. 97 Cost.: all'impiego pubblico si accede non soltanto attraverso il pubblico concorso in senso stretto, caratterizzato da un articolato procedimento amministrativo suddiviso in varie fasi, tutte minutamente disciplinate dalla fonte regolamentare, ma, oltre che mediante l'avviamento da parte dei centri per l'impiego, e, in determinati casi, per chiamata diretta (coniuge e figli di caduti per servizio e di vittime del terrorismo e della criminalità organizzata di cui alla l. 466 del 1980), anche attraverso più snelle procedure selettive.

Nello svolgimento di queste le singole amministrazioni (non più vincolate al necessario rispetto della disciplina posta a livello statale), pur avendo un notevole margine di discrezionalità, sono vincolate al rispetto dei principi generali posti dal legislatore, primo fra tutti l'adeguata pubblicità della selezione, che consenta la partecipazione degli interessati. Va al riguardo osservato che, se pare essere richiesto il requisito della pubblicazione del bando sulla Gazzetta Ufficiale (anche solo per estratto), tuttavia sarebbe opportuno diffondere anche con altri mezzi l'informazione relativa al concorso. La mancanza di un'effettiva conoscibilità dell'esistenza di un bando, specie in caso di pubblicazione dello stesso in determinati periodi dell'anno, ha infatti notevolmente ridotto, in alcuni casi, l'effettiva possibilità di partecipazione, limitandola alle sole persone in grado di conoscere, in modo informale, l'esistenza della procedura.

Tali selezioni devono ispirarsi ai principi di imparzialità, concentrazione e rapidità, anche mediante meccanismi informatici o altri strumenti idonei a ridurre la discrezionalità della valutazione. La disposizione richiede inoltre l'impiego di meccanismi di selezione oggettivi e trasparenti, i quali devono essere idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire. La scelta del meccanismo da adottare è dunque rivolta non soltanto a garantire l'imparzialità della scelta del candidato, ma soprattutto ad individuare coloro i quali siano in possesso del grado di professionalità richiesto per lo svolgimento dei compiti della qualifica di inquadramento.

Alla valorizzazione della professionalità si accompagna l'espressa previsione del rispetto della pari opportunità tra lavoratori e lavoratrici. Si può ritenere che tale indicazione consenta l'adozione di meccanismi di selezione che introducano forme di preferenza nei confronti dei candidati appartenenti al sesso sottorappresentato. Ciò non potrà avvenire mediante l'introduzione di meccanismi di preferenza rigida ed automatica di questi ultimi, ma, sulla base delle indicazioni espresse ormai in numerose occasioni dalla Corte di Giustizia, un sistema di quote potrà essere introdotto a condizione che esso non contenga un'incondizionata preferenza per uno dei due sessi, ma presenti elementi di flessibilità, i quali permettano di tenere conto delle singole situazioni personali. (Garilli 1997). Un'indicazione in questo senso è contenuta nell'art. 7, c. 5 del d. lgs. 23 maggio 2000, n. 196, il quale prevede che, in occasione tanto di assunzioni quanto di promozioni, qualora vi sia una analoga preparazione professionale tra candidati di sesso diverso, l'eventuale preferenza accordata dall'amministrazione al candidato uomo va accompagnata da un'esplicita ed adeguata motivazione.

Il legislatore ha inoltre richiesto che le commissioni siano composte da esperti di provata compe-

tenza nelle materie oggetto del concorso, da scegliere non soltanto tra i funzionari dell'Amministrazione, ma anche tra estranei ad essa, tra cui vengono espressamente indicati i docenti delle materie inserite nelle prove. Nel regolamento per i concorsi nelle amministrazioni statali viene specificata la tipologia di esperti a cui ricorrere, ma nella disciplina specifica delle selezioni da parte delle amministrazioni si può fare ricorso anche a soggetti diversi da quelli previsti nel regolamento statale, purché rientranti nelle categorie sopra individuate.

La presenza di commissari aventi una specifica competenza tecnica risponde pienamente all'interesse al buon andamento dell'Amministrazione, in quanto tali soggetti sono in grado di accertare in modo puntuale il possesso dei requisiti professionali richiesti ai candidati. Per favorire una scelta imparziale inoltre è previsto che della commissione non possano fare parte (nemmeno se in possesso dei requisiti sopra indicati) i componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione e coloro i quali ricoprono cariche politiche. In questo modo si intende ridurre l'influenza che una scelta di carattere politico potrebbe avere in merito alla selezione del personale da assumere. Inoltre, al fine di ridurre alcune tendenze del sindacalismo nel pubblico impiego ad essere coinvolto nella gestione di assunzioni e disciplina del personale (che aveva offerto la possibilità di pratiche clientelari nel corso degli anni '80) è espressamente esclusa la possibilità di inserire nelle commissioni rappresentanti sindacali, o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali. Naturalmente questo sistema di esclusioni non è in grado di per sé di evitare influenze esterne sullo svolgimento del concorso, ma quantomeno tende a collocarle all'esterno della commissione, precludendo ad alcune tipologie di soggetti di contare su una presenza istituzionalizzata all'interno della stessa.

Esaurita la selezione, il cui svolgimento può essere regolato in modo assai vario, purché nel rispetto dei principi sopra indicati, si può ritenere, pur in presenza di opinioni discordanti in dottrina ed in giurisprudenza (Borghesi 2002), che, una volta pubblicata la graduatoria dei vincitori, la discrezionalità dell'amministrazione all'assunzione si sia trasformata in vero e proprio obbligo giuridico alla conclusione del contratto. Invero, una volta ottenuta l'autorizzazione ad avviare il procedimento per l'assunzione di personale, la discrezionalità della pubblica amministrazione, che determina una situazione di interesse legittimo dell'aspirante dipendente, è ormai circoscritta all'attività procedimentalizzata prodromica all'instaurazione del rapporto di lavoro nella quale si svolge la valutazione comparativa fra i candidati. Da ciò consegue che il bando di concorso, qualora contenga tutti gli elementi attraverso cui individuare il contenuto del futuro contratto di assunzione, costituisce un'offerta al pubblico ai sensi dell'art. 1336 c.c., da cui deriva, per coloro che sono utilmente collocati nella graduatoria, la conclusione del contratto di lavoro. Una volta che tale valutazione sia stata effettuata, attraverso la predisposizione della graduatoria dei vincitori, l'amministrazione perde ogni margine di discrezionalità e deve procedere alla nomina dei candidati in corrispondenza al numero dei posti banditi o di quelli che successivamente, nel termine previsto dalla legge, si rendessero vacanti.

Il perseguimento di finalità di risparmio ha del resto spinto più volte il legislatore (da ultimo con la finanziaria 2003) a bloccare le assunzioni nel pubblico impiego, con ciò privando, per periodi di tempo più o meno lunghi, le amministrazioni della possibilità di avvalersi di soggetti la cui capacità professionale è già stata accertata, con notevole detrimento della funzionalità del sistema. Le stesse esigenze hanno spinto il legislatore, con una serie di interventi straordinari, a disporre il mantenimento della validità delle graduatorie dei concorsi per periodi ben superiori alla previsione originaria, dalle quali le amministrazioni hanno la facoltà (e nei casi di cui all'art. 39, c. 16

della l. 449 del 1997 sembrerebbe addirittura l'obbligo) di attingere per coprire i posti vacanti prima di bandire un nuovo concorso. Ciò ha avuto come conseguenza in alcuni settori (si pensi ai concorsi banditi nel comparto scuola all'inizio degli anni '90) che tutti coloro i quali avevano raggiunto il livello minimo richiesto dalle commissioni per il superamento della prova sono stati assunti. In questo modo però si è corso il rischio di abbassare la qualità del personale, e di escludere dalla possibilità di accesso all'impiego pubblico i migliori delle generazioni più giovani, preferendo loro soggetti più anziani, e che non avevano raggiunto al momento del concorso un punteggio sufficiente per l'immediata assunzione. Ciononostante il sistema è stato istituzionalizzato dall'art. 9 della l. 16 gennaio 2003, n. 3, che, mantenendo fermo il citato art. 39 della l. 449 del 1997, ha rimesso ad un regolamento la determinazione di modalità e criteri con cui amministrazioni ed enti pubblici possono ricoprire i posti disponibili, nei limiti della loro dotazione organica, utilizzando gli idonei delle graduatorie di pubblici concorsi approvati da altre amministrazioni dello stesso comparto.

### 17. Equivalenza e professionalità

L'art. 56 del D. lgs. 29 del 1993 (oggi 52 del d. lgs. 165 del 2001), nel testo modificato dal d. lgs. n. 80 del 1998, pone il principio secondo cui il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni di assunzione, ovvero a quelle considerate equivalenti dalla classificazione del personale prevista dai contratti collettivi, o a quelle superiori acquisite per effetto dello sviluppo professionale o di procedure concorsuali selettive (Liebman 1999). Mentre l'art. 56 del d. lgs. 29 del 1993, nella sua prima versione, attribuiva al dirigente il potere di adibire il dipendente a mansioni o compiti immediatamente inferiori, l'attuale disciplina non prevede tale possibilità. Si deve dunque ritenere che l'assegnazione a mansioni inferiori sia vietata, salvo che nei casi espressamente ammessi dalla legge, con finalità di tutela del lavoratore, come ad esempio nell'ipotesi di lavoratori che abbiano subito un infortunio su lavoro o abbiano contratto una malattia, di cui all'art. 4, c. 4 della l. 12 marzo 1999, n. 68.

Rispetto all'art. 2103 c.c. la norma genera una rilevante differenza sul piano della tutela della professionalità del dipendente pubblico: invero anche nel settore privato il lavoratore deve essere adibito alle mansioni proprie della qualifica di assunzione, ovvero a quelle equivalenti o superiori successivamente acquisite, ma l'orientamento secondo cui per mansioni equivalenti si intendono quelle ritenute tali dal contratto collettivo, in quanto inserite nella medesima qualifica, non ha avuto molta fortuna. La tesi dominante infatti, sulla base della considerazione secondo cui l'equivalenza è una nozione di fonte legale, la cui determinazione non può essere rimessa in via esclusiva alle parti sociali, ne riserva l'accertamento concreto al giudice di merito, a prescindere dalle previsioni contrattuali. Ciò non significa che in tale valutazione il giudice possa ignorare il sistema di classificazione predisposto a livello collettivo dalle parti sociali (ed anzi è ad esso che per lo più tende a fare riferimento), ma in caso di contestazione in merito alla sussistenza di un'effettiva equivalenza tra le mansioni, egli non è legato a quanto previsto dalla contrattazione collettiva secondo un criterio formalistico, come quello dell'inquadramento di livello o di categoria, ma deve considerare il contenuto, la natura e il modo di svolgimento concreti delle mansioni, anche in deroga a quanto previsto dal contratto collettivo.

La disciplina introdotta per i dipendenti pubblici invece sottrae al giudice qualunque valutazione discrezionale in materia di accertamento dell'equivalenza professionale tra profili diversi: fermo restando che la sussunzione della situazione concreta nella fattispecie astrattamente individuata

dall'autonomia collettiva è rimessa al giudice, questi non potrà però sindacare nel merito la sussistenza o meno dell'equivalenza, in quanto la contrattazione collettiva opera in questa sede come fonte di integrazione del dettato legislativo, sulla base di un'espressa indicazione normativa in questo senso. Inoltre, poiché la norma non riproduce l'inciso "ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte" contenuto nell'art. 2103 c.c., il giudizio sull'equivalenza prescinde dal percorso professionale individuale, e deve essere condotto esclusivamente con riferimento alla gamma di mansioni considerate in astratto tali dalla classificazione professionale. Ne consegue che l'oggetto dell'obbligazione lavorativa non è suscettibile di essere limitato alle specifiche mansioni indicate nel contratto di assunzione ovvero cristallizzato alle esperienze professionali già acquisite, ma invece abbraccia tutte le mansioni "corrispondenti alla qualifica di appartenenza". In questo modo la legge rifiuta anche letture dinamiche dell'equivalenza – per vero respinte dalla prevalente giurisprudenza – che valorizzino lo sviluppo professionale non regolato dall'autonomia collettiva; e ciò al fine di evitare forme di elusione, sempre in agguato, del divieto di avanzamenti automatici. Questa interpretazione è confermata dal comma 1 *bis*, aggiunto all'art. 17 del d. lgs. n. 165 del 2001 dall'art. 2 della legge n. 145 del 2002, il quale, consentendo la delega di funzioni dirigenziali organizzative a dipendenti che occupano posizioni elevate nell'ambito degli uffici ad essi affidati, espressamente esclude l'applicabilità dell'art. 2103 c.c., negando pertanto il diritto al consolidamento di dette funzioni. La differente regolamentazione rispetto alla disciplina dell'art. 2103 c.c. risulta dunque giustificata dal particolare contesto organizzativo e normativo in cui, nonostante tutto, si svolge il rapporto di lavoro. Le prime pronunce giurisprudenziali non sono però univoche: non mancano infatti giudici che, in aperto contrasto con la lettera dell'art. 52 del d. lgs. n. 165 del 2001, ne svalutano la portata innovativa, asserendo la "tutelabilità in sede giudiziale del livello professionale raggiunto" (Trib. Cassino, 1 gennaio 2001).

## 18. Classificazione e inquadramento del personale

Come si è visto in precedenza (*retro*, par. 4) la l. 312 del 1980, sostituendo il vecchio modello delle "carriere", aveva introdotto un meccanismo di classificazione del personale articolato su otto "qualifiche funzionali" (portate poi a nove dalla l. 78 del 1986), a ciascuna delle quali corrispondeva un determinato livello retributivo, suscettibile di incremento in forza dell'anzianità maturata. All'interno di ciascuna di esse erano compresi numerosi profili professionali, fondati sulla tipologia della prestazione lavorativa, in relazione alle mansioni assegnate ed al titolo di studio necessario per l'accesso (Virga 1991).

Nella formulazione originaria del d. lgs. 29 del 1993 nessuna disposizione era prevista in ordine al sistema di classificazione (e di inquadramento) del personale, ma la materia doveva comunque ritenersi delegificata (in quanto non ricompresa nell'elencazione tassativa di cui all'art. 2 della legge n. 421 del 1992) ed affidata alla contrattazione collettiva, come poi esplicitato nell'art. 52 del d.lgs. 165 del 2001, secondo il quale anche la classificazione professionale è interamente rimessa alla contrattazione collettiva. Dovrebbe quindi ritenersi inapplicabile, in assenza di espressa previsione contrattuale, la distinzione dei lavoratori nelle categorie di cui all'art. 2095 c.c., che comunque, secondo la prevalente dottrina, è disposizione priva di carattere precettivo. Lascia pertanto fortemente perplessi l'orientamento che va affermandosi nei giudici di merito, secondo cui anche nel rapporto di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni sussisterebbe necessariamente la categoria dei quadri e che quindi i dipendenti che svolgono "funzioni di rile-

vante importanza per lo sviluppo e l'attuazione degli obiettivi" dell'amministrazione vanterebbero un diritto soggettivo all'attribuzione della categoria. Anche a voler prescindere dalla natura (meramente) definitoria della norma, non si comprende quale interesse concreto possa sussistere al riconoscimento della categoria: non il trattamento economico, la cui determinazione è assegnata dall'art. 45 del d. lgs. n. 165 del 2001 esclusivamente ai contratti collettivi; e neppure i tratti di disciplina speciale contenuti nella legge n. 190 del 1985, che questi non sono necessariamente collegati alla nozione di quadro, ma riconosciuti in considerazione delle particolari mansioni svolte. Va peraltro osservato che l'art. 40, comma 2, del d. lgs. n. 165 del 2001 demanda ai contratti collettivi di comparto il compito di stabilire "discipline distinte... per le figure professionali che, in posizione di elevata responsabilità svolgono compiti di direzione o che comportano iscrizione ad albi oppure (compiti) tecnico-scientifici e di ricerca". L'enunciato, introdotto con la delega del 1997, non sembra imporre necessariamente una regolamentazione differenziata vincolante l'autonomia collettiva, che resta libera nell'individuazione dei profili professionali e della loro relativa disciplina, dovendosi escludere ogni ingerenza da parte del giudice. La norma in realtà intende sancire il divieto di accorpate nell'area della dirigenza anche questi profili (Pascucci 1999), ad eccezione di alcune specifiche tipologie di *professionals* (professionisti degli enti pubblici, ricercatori e tecnologi degli enti di ricerca), individuati dall'art. 7, c. 4 della l. 145/2002 (che ha aggiunto un periodo all'art. 40, c. 2, del d.lgs. 165/2001), senza però che ciò comporti alcun onere aggiuntivo per le amministrazioni interessate e "nel rispetto delle distinzioni di ruolo e funzioni". Il che purtroppo non fa che riproporre, così come per la l. 190 del 1985, un modello fondato sul riconoscimento formale di uno *status*, con l'aggravante di introdurre un vincolo, sia pure limitato all'ambito soggettivo, alla contrattazione collettiva.

Esaminando i sistemi di classificazione di ciascun comparto, va osservato che questi, pur con rilevanti differenze, appaiono tutti costruiti nel segno del superamento del precedente sistema costruito sulle qualifiche funzionali, che, come si è detto, avevano dato pessima prova, sia per l'incapacità di rispondere alle esigenze dei mutamenti organizzativi con una distribuzione di professionalità coerente con le mansioni effettivamente svolte e richieste dall'organizzazione del lavoro, sia per il divieto (disposto in via generale, ma violato con disposizioni incoerenti e poco funzionali) di prefigurare percorsi di carriera che favorissero la crescita professionale e valorizzassero la qualità delle prestazioni.

Il nuovo sistema si articola in tre (Amministrazioni autonome dello stato, Ministeri), o quattro (Università, Enti locali, Enti pubblici non economici, Sanità, Scuola) aree o (macro) categorie (la distinzione è meramente terminologica), indicate con le lettere dell'alfabeto (dalla A alla C o alla D, tranne che nel comparto Università, in cui la scala va da B a EP), definite tramite la consueta tecnica delle declaratorie, che "corrispondono a livelli omogenei di competenze, conoscenze e capacità necessarie per l'espletamento delle relative attività lavorative" (art. 13 Ccnl del personale del comparto "sanità"). In esse sono previsti livelli economici, che in buona parte riproducono le previgenti divisioni in qualifiche funzionali, con alcune semplificazioni nei livelli iniziali, nei quali si registra una tendenziale elevazione delle due ex qualifiche funzionali più basse al trattamento previsto per l'ex terzo livello.

All'interno della classificazione generale possono essere previsti profili professionali, che esprimono il contenuto di attribuzioni specifiche relative all'area o alla categoria con eventuali posizioni economiche diversificate (art. 13, c. 3. Ccnl comparto "enti pubblici non economici", art. 13 Ccnl del comparto "ministeri"; art. 13 Ccnl personale del comparto "sanità") ovvero soltanto

forme di progressione economica legate a sistemi di valutazione applicati dai dirigenti, secondo modelli che, nella concreta esperienza dei contratti di comparto, appaiono fortemente differenziati. Mentre l'identificazione delle aree o categorie avviene in modo non troppo dissimile, individuando genericamente le caratteristiche comuni ai profili professionali, questi sono descritti in modo assai diverso

Invero in alcuni casi si è scelta la strada di una individuazione a livello nazionale sia delle declaratorie generiche che dei singoli profili, con un irrigidimento del modello che pone qualche problema in merito all'adattamento del sistema classificatorio alle concrete esigenze della singola amministrazione. In altri, come nel comparto "regioni ed enti locali", si è invece preferito indicare i profili professionali di ciascuna categoria in via esemplificativa, rimettendo ai singoli enti la facoltà di identificare, in relazione al proprio modello organizzativo, ulteriori profili, aventi un contenuto diverso da quelli indicati nel Ccnl. Questi dovranno poi essere inseriti nelle corrispondenti categorie, utilizzando in via analogica i contenuti delle mansioni proprie dei profili indicati in via esemplificativa a livello nazionale. Non è un caso che tale ampliamento del modello sia intervenuto in un comparto in cui coesistono enti molto diversi dal punto di vista organizzativo, che sono chiamati a svolgere funzioni assai articolate, per le quali può risultare necessario l'impiego di professionalità specifiche, la cui individuazione rigida a livello nazionale creerebbe delle difficoltà.

Nei comparti Sanità, Ministeri, Enti locali, Amministrazioni autonome e Scuola (nel quale l'individuazione riguarda il solo personale tecnico e amministrativo) le mansioni proprie del profilo sono specifiche e dettagliate e, limitatamente alla categoria C del comparto sanità, il contenuto dell'obbligazione lavorativa dei dipendenti avviene richiamando i decreti ministeriali che disciplinano l'esercizio delle corrispondenti professioni sanitarie. Nel comparto università manca invece una descrizione nuova dei profili, in quanto l'individuazione del contenuto delle mansioni avviene richiamando le vecchie aree funzionali, che sono ripartite in nuove categorie.

Fatto salvo, da parte di tutti i contratti collettivi, il principio di fonte legale che riserva taluni compiti esclusivamente agli iscritti a specifici albi, o comunque in possesso di determinate abilitazioni, l'individuazione in concreto da parte della contrattazione collettiva delle mansioni tra loro equivalenti ha dovuto tenere conto delle diverse esigenze coinvolte. Infatti mentre l'Amministrazione mira in sede di inquadramento a massimizzare la quantità, la latitudine e la flessibilità delle prestazioni esigibili dal lavoratore, accrescendo anche, nella generalità dei casi, la possibilità di interscambi e collaborazione tra diversi profili professionali (Ricciardi 1999), si registrano delle resistenze da parte dei dipendenti, abituati ad un modello classificatorio estremamente parcellizzato. Nella prima versione dell'art. 56 del d. lgs. 29 del 1993 un primo tentativo di flessibilizzazione era stato ricercato mediante l'inclusione nell'area del dovuto ricavabile dalla qualifica funzionale anche dei compiti "complementari e strumentali al perseguimento degli obiettivi di lavoro", e della possibilità di adibire il dipendente a "compiti specifici non prevalenti della qualifica superiore" (oltre che, come si è visto, a compiti o mansioni immediatamente inferiori). Nessun riferimento è oggi contenuto nella disciplina di cui all'art. 52 del d. lgs. 165 del 2001, per cui l'area del dovuto secondo la fonte legale è costituita soltanto dalle mansioni individuate dal profilo di appartenenza, e da quelle ad esse equivalenti secondo il disposto della contrattazione collettiva, la quale però ha in certi casi espressamente previsto un ampliamento dell'obbligazione lavorativa anche al di là dello specifico profilo professionale. E' il caso dell'art. 13 del Ccnl sanità, dell'art. 24 del Ccnl amministrazioni autonome dello stato, dell'art. 13 del Ccnl enti pubblici non economici e dell'art. 13 del Ccnl ministeri, che hanno riprodotto la disposizione del vecchio art. 56 in merito

all'obbligo del dipendente di prestare, oltre alle mansioni esemplificativamente indicate nei profili professionali, anche i compiti o le attività ad esse "complementari e strumentali". Peraltro il dipendente sarebbe comunque tenuto, applicando il principio di diligenza che presiede allo svolgimento dell'attività lavorativa, ad effettuare tutte le operazioni necessarie per lo svolgimento dei compiti assegnatigli, anche qualora queste non siano espressamente richiamate nella (necessariamente sintetica) declaratoria contrattuale.

La ricerca di punti di equilibrio tra gli interessi citati ha portato, nell'individuazione delle mansioni equivalenti da parte della contrattazione collettiva, a soluzioni non omogenee, per cui se nel comparto enti locali l'art. 3, c. 3 del Ccnl prescrive che tutte le mansioni ascrivibili a ciascuna categoria sono esigibili, nel comparto ministeri e in quello enti pubblici non economici l'equivalenza è limitata ai soli profili inseriti nello stesso livello economico (il quale è variamente articolato all'interno della categoria); nella sanità invece non pare essere prevista alcuna forma di equivalenza fuori dal profilo, probabilmente a causa della forte presenza di mansioni per le quali è richiesto per legge il possesso di una determinata qualificazione professionale, a tutela del diritto alla salute dei cittadini. Particolare appare poi la disciplina del comparto università, in cui tutte le mansioni sono esigibili, in quanto professionalmente equivalenti all'interno non di ciascuna categoria, ma di ciascuna area (concetto riferito qui agli specifici settori in cui l'Amministrazione era divisa, che dunque conserva valore giuridico anche dopo il reinquadramento), ed in cui il potere dell'ente pubblico viene accompagnato dalla previsione del diritto dei dipendenti alla formazione professionale necessaria per lo svolgimento dei nuovi compiti.

Sono poi previste fasce particolari per tipologie professionali specifiche (come "l'area medica" e "l'area dei professionisti" di cui all'art. 13 del Ccnl ministeri) e incarichi a termine per il conferimento di funzioni organizzative. Nei contratti collettivi di comparto infatti è stato previsto che al personale appartenente alla categoria più elevata (e nel Ccnl sanità, oltre che ai soggetti inseriti nella categoria D, anche ai dipendenti inquadrati nei profili sanitari della categoria C) possano essere conferiti, con atto scritto e motivato, incarichi comportanti lo svolgimento di attività con contenuti di elevata professionalità e specializzazione, ovvero particolari responsabilità (cfr. l'art. 61 del Ccnl università, l'art. 8 del Ccnl enti locali, l'art. 20 del Ccnl sanità, l'art. 18 del Ccnl ministeri), funzioni di direzione di unità organizzative di particolare complessità, caratterizzate da un elevato grado di autonomia gestionale ed organizzative, o attività di staff o di studio, ricerca, ispettive, di vigilanza e controllo caratterizzate da elevata autonomia e professionalità (art. 8 del Ccnl enti locali, art. 17 del Ccnl enti pubblici non economici, art. 29 del Ccnl amministrazioni autonome dello stato). Tali incarichi (che possono essere revocati in caso di valutazione negativa sull'attività lavorativa del dipendente) comportano l'attribuzione di un trattamento economico ulteriore, mediante il quale è intendimento delle parti collettive premiare particolari capacità professionali del dipendente, nel momento in cui queste vengono proficuamente inserite nell'organizzazione dell'amministrazione, evitando inoltre un affollamento di richieste di passaggio alla categoria dirigenziale, come avvenuto in alcune amministrazioni nella quale si registra un numero assolutamente abnorme di dirigenti, a cui non corrisponde spesso nemmeno una struttura elementare da coordinare.

## 19. La disciplina dell'attribuzione di mansioni superiori

Nel rapporto di lavoro privato l'inquadramento del dipendente è sostanzialmente basato sul cri-

terio dell'effettività dei compiti svolti, per cui l'attribuzione di mansioni superiori a quelle di inquadramento oltre il termine previsto dalla legge (o dalla contrattazione collettiva, qualora sia minore) determina il mutamento definitivo del contenuto dell'obbligazione lavorativa dedotta in contratto. Tale principio non aveva mai avuto (e non trova tuttora) applicazione nell'impiego alle dipendenze delle Amministrazioni pubbliche, dove l'art. 2103 c.c. è stato tradizionalmente ritenuto non applicabile, in quanto si riteneva che sussistesse una disciplina autosufficiente e specifica del fenomeno (Alleva 1980). In forza di questa la promozione automatica del dipendente addetto a mansioni superiori, qualora l'adibizione avesse superato i tre mesi, era stata esclusa, in quanto nel pubblico impiego erano state istituite determinate qualifiche, in relazione alle quali erano previste piante organiche aventi la loro fonte o nella legge o nei regolamenti dei singoli enti. L'attribuzione delle singole qualifiche doveva avvenire garantendo la selezione dei più idonei a ricoprirle, e tutelando il diritto alla carriera, per cui l'applicazione del principio di promozione automatica a seguito dello svolgimento di mansioni superiori avrebbe sconvolto l'assetto organizzativo dell'Amministrazione, affidando alla discrezionalità dei singoli capi ufficio le variazioni di organico, in violazione del principio di imparzialità, e di parità di trattamento tra i lavoratori, ed avrebbe aperto la strada a manifestazioni di clientelismo, creando la possibilità per gli amministratori di sottrarsi alle restrittive norme in materia di organizzazione degli uffici, causando inoltre una dilatazione incontrollata della spesa pubblica. La legge n. 93 del 1983 aveva in sostanza confermato tale orientamento, rimettendo alla contrattazione collettiva di comparto soltanto l'individuazione dei profili professionali, ma lasciando alla legge sia le disposizioni in materia di determinazione delle qualifiche funzionali, sia soprattutto la disciplina delle promozioni. Si era invece finito con l'ammettere (pur tra dubbi e ripensamenti) da parte della giurisprudenza amministrativa la retribuità delle mansioni superiori svolte dal dipendente pubblico, purché queste fossero state conferite con atto formale, e per la copertura di un posto effettivamente vacante, anche se tale orientamento è stato (assai discutibilmente) rivisto di recente dalla giurisprudenza amministrativa, che per il periodo precedente alla riforma del 1998 si è nuovamente orientata per la non retribuità delle mansioni superiori svolte di fatto.

La disciplina introdotta dalla privatizzazione (pur consentendo l'attribuzione temporanea di mansioni superiori) ha mantenuto il divieto di definitivo inquadramento nelle mansioni stesse, qualora siano affidate in via temporanea. L'art. 57 del d. lgs. 29 del 1993 (mai applicato in concreto, in forza di successivi differimenti della sua entrata in vigore) disponeva che il prestatore di lavoro potesse essere adibito a mansioni immediatamente superiori (si tenga presente che la norma nasceva in un sistema articolato in un numero rilevante di qualifiche funzionali), qualora vi fossero obiettive esigenze di servizio, limitatamente al caso in cui si registrasse una vacanza in organico, per un periodo non superiore a tre mesi dal verificarsi della stessa, con contestuale attivazione delle procedure per la copertura del posto vacante, ovvero in caso di sostituzione del dipendente assente con diritto alla conservazione del posto, per tutto il periodo di assenza (tranne che nel caso delle ferie). Tale attribuzione avrebbe dato diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta, ma non (come si è detto) al definitivo inquadramento nelle mansioni. Fuori dai casi previsti dalla legge si riteneva che l'attribuzione delle mansioni superiori fosse illegittima, ma ciò non comportava per l'impiegato la perdita del diritto alla percezione delle differenze retributive. Invero la norma prevedeva espressamente la responsabilità non solo disciplinare, ma anche patrimoniale del dirigente che aveva attribuito illegittimamente le mansioni superiori, e l'unico danno che sarebbe potuto derivare per l'Amministrazione da tale comportamento consisteva proprio nel pagamento al dipendente dello stipendio più elevato rispetto alla qualifica di inquadramento

(Alleva 2000; Campanella 1996; Marinelli 1996). Il mantenimento di tali rigidità era stato fortemente criticato da parte della dottrina, secondo la quale in questo modo si sarebbe impedito all'Amministrazione di gestire in modo flessibile le risorse umane, e sarebbero state frustrate le legittime aspettative dei dipendenti (Alleva 2000).

Con la seconda privatizzazione la disciplina citata è stata modificata, mantenendo però la sua ispirazione di fondo. L'art. 52, c. 2 e ss. del d. lgs. 165 del 2001 ammette la legittimità dell'adibizione del dipendente a mansioni superiori nei soli casi già previsti dall'art. 57 del d. lgs. 29 del 1993, portando la possibilità di nomina temporanea per lo svolgimento di mansioni superiori a sei mesi per il caso di vacanza di posto in organico, prorogabili fino a dodici qualora siano state già avviate le procedure per la copertura del posto vacante. La disposizione non indica esplicitamente la possibilità di adibire il dipendente pubblico soltanto ad alcuni compiti della qualifica superiore, senza diritto al corrispondente trattamento economico, ma che questo sia possibile può essere ricavato in via interpretativa dall'art. 52, c. 3, secondo il quale "si considera svolgimento di mansioni superiori ... soltanto l'attribuzione in modo prevalente, sotto il profilo quantitativo, qualitativo e temporale, dei compiti propri di dette mansioni". Il diritto al trattamento economico corrispondente alle mansioni effettivamente esercitate è espressamente riconosciuto in tutti i casi, anche qualora l'adibizione sia avvenuta fuori dai casi ammessi dalla legge, ma in questa ipotesi il dirigente sarà chiamato a rispondere del maggior onere conseguente, qualora abbia agito con dolo o colpa grave, in conformità ai criteri ormai adottati riguardo alla individuazione della responsabilità del dipendente pubblico davanti alla Corte dei conti. La contrattazione collettiva, non può derogare a quanto disposto dall'art. 52, c. 5 in merito alla nullità dell'adibizione a mansioni superiori fuori dai casi disposti dalla legge, e non può nemmeno (ed a maggior ragione) introdurre meccanismi di attribuzione automatica delle mansioni effettivamente svolte, in deroga a quanto espressamente previsto dalla legge, con disposizione avente natura di norma inderogabile. La contrattazione collettiva potrà però, in forza dell'espresso richiamo contenuto nell'art. 52, c. 6, disporre in modo diverso da quanto previsto dalla legge in merito agli effetti di cui ai commi 2, 3 e 4, prevedendo una disciplina differenziata in merito al trattamento economico, ovvero (ma la questione è più controversa) ampliando le ipotesi in cui l'Amministrazione può fare ricorso allo *jus variandi* verso l'alto. Fino ad ora i contratti collettivi si sono astenuti dall'introdurre una disciplina specifica, richiamando soltanto la disposizione legale (cfr. art. 3 del Ccnl enti locali), ovvero hanno integrato taluni aspetti della disciplina, indicando per esempio un concetto di "mansioni superiori" che considera tali anche mansioni inserite nella medesima area o categoria – art. 28 Ccnl sanità -, ovvero prevedendo la possibilità di adibire il lavoratore a compiti non prevalenti della qualifica superiore, senza che ciò comporti alcun diritto sul piano economico (art. 24 Ccnl università), ma non hanno modificato il contenuto di commi citati per quanto concerne i presupposti per l'attribuzione delle mansioni superiori.

## 20. La progressione verticale come strumento di riconoscimento della professionalità. Il ruolo della formazione professionale

L'affermazione del principio (inderogabile anche da parte dell'autonomia collettiva) del divieto della definitiva attribuzione delle mansioni superiori in seguito al loro effettivo svolgimento di fatto non impedisce però la previsione di articolati meccanismi di progressione (sia all'interno delle aree, che tra le stesse) del personale. Già la legge n. 312 del 1980 e poi la n. 93 del 1983, che mantenevano fermo il principio dell'accesso alla qualifica superiore mediante concorso pubblico (poi ribadito dall'art. 3, c. 20, della legge 24 dicembre 1993, n. 537), avevano introdotto

come disciplina generale per il futuro una riserva di posti per il personale in servizio partecipante a tali selezioni, disponendo peraltro in via transitoria, con una serie di consistenti deroghe, forme di progressione semi-automatica e di riserva generalizzata (v. ad es. l'art. 9) per gli interni. Nel comparto degli enti locali il d. p. r. 25 giugno 1983, n. 347, che aveva recepito l'accordo collettivo del 29 aprile 1983, all'art. 24, c. 5, consentiva agli enti di prevedere "nell'apposito regolamento, in accordo con le organizzazioni sindacali, i profili professionali che devono essere ricoperti sulla base di esperienze professionali acquisibili all'interno dell'ente stesso, mediante procedure concorsuali interne". La disposizione, che si era prestata ad un uso assai disinvolto del concorso interno, sostanzialmente esteso a tutte le qualifiche e profili professionali, era stata poi consacrata in norma di legge (art. 6, c. 12, legge 15 maggio 1997, n. 127).

L'art. 52 del d. lgs. 165 del 200, fermo restando il principio della normale irrilevanza dell'attribuzione di fatto di mansioni superiori al fine dell'inquadramento dei dipendenti, ha espressamente ammesso l'utilizzo di meccanismi per il passaggio alla categoria (o area) superiore che, afferma la legge, può essere acquisita attraverso forme di sviluppo professionale o procedure selettive (di tipo concorsuale o no). Tale opzione va però letta alla luce degli orientamenti della giurisprudenza costituzionale, tradizionalmente diffidente nei confronti di meccanismi promotivi riservati al personale interno all'Amministrazione. Invero con un folto gruppo di sentenze e ordinanze la Consulta, fin dagli anni '80 (Corte cost., 7 aprile 1983, n. 81; Idem, 24 marzo 1988, n. 331; Idem, 13 ottobre 1988, n. 964; Idem 23 febbraio 1994, n. 51; Idem, 23 luglio 1993, n. 333; Idem, 10 giugno 1994, n. 234; Idem, 29 dicembre 1995, n. 528; Idem, 30 ottobre 1997, n. 320; Idem, 4 gennaio 1999, n. 1; Idem, 16 maggio 2002, n.194; Idem, 29 maggio 2002, n. 294; Idem, 23 luglio 2002, n. 273), ha ritenuto che l'ipotesi di passaggio ad una qualifica superiore comporterebbe l'accesso ad un nuovo posto di lavoro, "corrispondente a funzioni più elevate", e sarebbe perciò soggetta alla regola del pubblico concorso, sancita dall'art. 97 Cost. (collegato con gli artt. 51 e 98 Cost.), alla quale è possibile derogare solo in presenze di peculiari situazioni giustificatrici che garantiscano comunque il buon andamento dell'amministrazione (Corte cost., 30 ottobre 1997, n. 320 e Idem, 4 gennaio 1991, n. 1). In realtà, affermano i Giudici della Corte, "il pubblico concorso, in quanto metodo che offre le migliori garanzie di selezione dei più capaci è un meccanismo strumentale rispetto al canone di efficienza dell'amministrazione, il quale può dirsi pienamente rispettato qualora le selezioni non siano caratterizzate da *arbitrarie*" (corsivo mio) "forme di restrizione dei soggetti legittimati a parteciparvi, forme che possono considerarsi ragionevoli solo in presenza di particolari situazioni, che possano giustificarle per una migliore garanzia del buon andamento dell'amministrazione" (Corte Cost., 16 maggio 2002, n. 194 e Idem, 23 luglio 2002, n. 273). Eccezioni legittime sono ad esempio quelle che concernono le assunzioni di personale destinato alla collaborazione con organi di indirizzo politico amministrativo o al supporto dei medesimi; mentre per il restante personale potrà semmai indicarsi fra i requisiti dettati dalla legge il possesso di una precedente esperienza nell'ambito dell'amministrazione, se esso abbia rilevanza ai fini della specifica professionalità richiesta. Accanto a queste eccezioni, che già si rinvengono nella disciplina positiva (incarichi dirigenziali e di posizioni organizzative; previsione di procedure concorsuali interne per particolari profili professionali nel comparto regioni-enti locali), la Corte prendendo a modello il sistema delineato dalla legge 312 del 1980, riconosce la legittimità costituzionale dei concorsi misti purché la riserva dei posti sia conforme alle aliquote indicate da tale legge e comunque non superi il 50 per cento (Corte Cost. 10 giugno 1994, n. 234). Va osservato di sfuggita che la Corte non assegna invece un ruolo decisivo al principio di imparzialità, in quanto

esso costituisce metro per misurare la correttezza sostanziale delle procedure concorsuali e promotive, ma non per garantire l'accesso incondizionato dall'esterno.

La dottrina ha vivacemente criticato la posizione assunta dalla Consulta, a cui rimprovera di non avere tenuto conto dell'evoluzione della disciplina degli inquadramenti e della "logica manageriale di gestione delle carriere del personale pubblico" (Carinci 2002; Rusciano 1999). Tuttavia, se le motivazioni della Corte meritano di essere sottoposte a revisione critica, il risultato a cui essa perviene ci sembra sostanzialmente equilibrato e coerente con i principi costituzionali sull'organizzazione degli uffici e con il disegno della riforma del rapporto di lavoro pubblico. Infatti, i Giudici hanno dichiarato illegittime norme di leggi statali e regionali che, in aperta violazione del canone dell'efficienza, costruivano percorsi di carriera unicamente legati all'anzianità di servizio. L'ipervalorizzazione di questo elemento, senza adeguata valutazione delle capacità professionali e dell'attitudine a ricoprire un posto superiore, tradisce lo spirito riformista che intende "accrescere l'efficienza" e "realizzare la migliore utilizzazione delle risorse umane" (art. 1, d. lgs. 165 del 2001). Questi obiettivi vengono raggiunti sia mediante procedure per l'accesso all'impiego che garantiscano l'imparzialità e la corretta verifica dei requisiti attitudinali e professionali richiesti per la posizione da ricoprire (art. 35, c. 3), sia attraverso un adeguato sviluppo professionale certificato e controllato (art. 52, c. 1). La verifica costituzionale delle disposizioni non va pertanto condotta con riferimento al comma terzo dell'art. 97, ma al comma primo, da cui può altresì dedursi la regola, fatta propria dal legislatore della riforma (art. 35, c. 1, lett. a), della garanzia dell'accesso adeguato dall'esterno per coprire le diverse posizioni di lavoro. E in questo caso la valutazione di legittimità del dosaggio delle percentuali da riservare ai dipendenti in servizio, caduto ogni riferimento a discipline di legge, sarà rimesso al prudente apprezzamento del giudice.

A differenza del vecchio sistema, che irrigidiva la professionalità all'interno della qualifica funzionale, quello nuovo si caratterizza per la sua dinamicità, in quanto, per un verso, come si è visto, estende l'ambito dello *jus variandi*, affidando l'individuazione dell'equivalenza al contratto collettivo, e per l'altro introduce due ordini di progressione, economica e verticale, entrambe legate al merito e a congegni di valutazione selettiva, nell'intento di stimolare e premiare la crescita professionale e l'impegno nell'esercizio delle mansioni, la cui disciplina è in parte rimessa agli accordi in sede decentrata. Questi costituiscono, nell'intenzione del legislatore, la sede in cui è possibile individuare i criteri e le modalità effettive di valutazione della capacità professionale dei dipendenti, in relazione alle esigenze dell'amministrazione. Non vanno però trascurati i rischi di questa riforma, che, già dalle prime esperienze applicative, è stata parzialmente disattesa nelle sue finalità, e spesso utilizzata, sotto la spinta dei dipendenti, meno facile da contrastare a livello locale, come strumento per introdurre forme di automatismo generalizzato.

I rinnovi contrattuali 1998-2001 regolano diversamente i passaggi da un'area o categoria a quella immediatamente superiore (progressione verticale) e le modalità per la progressione economica all'interno dell'area o categoria di appartenenza. Nel primo caso, nel rispetto comunque del limite dei posti vacanti della dotazione organica, si prevedono procedure di tipo concorsuale o paraconcorsuale, con partecipazione (secondo una tradizione piuttosto risalente) del personale interno anche privo dei relativi titoli di studio, purché in possesso di una certa anzianità. Nel secondo, percorsi di qualificazione e aggiornamento professionale e/o selezione che si basano sulla valutazione dei *curricula*.

I contratti collettivi affermano tutti, in modo più o meno chiaro, il principio dell'accesso all'im-

piego mediante concorso pubblico, prevedendo espressamente che le selezioni debbano garantire un accesso adeguato dall'esterno (cfr. art. 14 Ccnl enti pubblici non economici; art. 14 Ccnl ministeri; art. 14 Ccnl sanità). A tale principio astratto si accompagnano però talvolta disposizioni in forza delle quali in concreto vengono aperte agli esterni solo per le posizioni iniziali delle singole aree, con riserve totali a favore del personale dipendente su talune posizioni, e consentendo per tutta l'area intermedia l'accesso dall'esterno soltanto qualora la selezione interna abbia avuto esito negativo, ovvero manchino del tutto le professionalità da selezionare. Espressione caratteristica di questa tendenza è l'art. 4, c. 2, del Ccnl enti locali, il quale ammette il ricorso a procedure selettive esclusivamente interne per la copertura di posti vacanti dei profili caratterizzati da una professionalità acquisibile esclusivamente all'interno degli stessi enti. Solo nel contratto collettivo del comparto "università" è espressamente indicata l'aliquota del 50 per cento riservata al personale in servizio (probabilmente perché stipulato in data più recente – agosto 2000 – e perciò condizionato dagli interventi della Corte costituzionale sopra riferiti).

Inoltre, mentre alcuni contratti applicano il sistema del concorso "misto", cioè un'unica procedura selettiva a cui accedono contemporaneamente interni ed esterni (contratto "ministeri" e "enti pubblici non economici"), in altri ("sanità", "regioni-autonomie locali", "università") le procedure di progressione verticale vengono effettuate separatamente, e con criteri diversi rispetto a quelli del concorso pubblico. Ciò peraltro non va valutato in modo negativo, in quanto mentre nel caso delle nuove assunzioni la valutazione deve riguardare la complessiva capacità professionale del dipendente, oltre alla sua attitudine ad un proficuo inserimento nell'amministrazione, per le progressioni verticali il giudizio riguarda dipendenti già sperimentati, e dei quali l'amministrazione ha potuto verificare le effettive attitudini lavorative.

È chiaro che la prefigurazione di carriere professionali effettive e non fittizie deve avvalersi di adeguati sostegni di formazione professionale (Treu 1992). Questa, secondo quanto espressamente riconosciuto dalla citata direttiva del Ministro per la Funzione pubblica del dicembre 2001, è un diritto soggettivo, riconosciuto a tutti i dipendenti, ai quali deve essere garantito un numero minimo di ore, ed attribuito un credito formativo spendibile nei processi di mobilità professionale, sia all'interno dell'amministrazione di lavoro che all'esterno presso amministrazioni diverse. Ma è anche un obbligo dei lavoratori, in quanto finalizzata alla realizzazione degli obiettivi istituzionali delle singole amministrazioni. Considerata forma di investimento permanente, la formazione - nelle sue accezioni di addestramento, aggiornamento, qualificazione e riqualificazione - assurge al ruolo di strumento essenziale della gestione delle risorse umane. La direttiva affronta i nodi più importanti, che finora hanno ostacolato la piena ed efficace realizzazione delle attività formative, vale a dire il finanziamento, la programmazione, la progettazione ed il controllo. Una funzione preminente assume il Dipartimento della Funzione pubblica, cui viene assegnato il compito di emanare (sentita la Conferenza dei presidenti delle regioni, le associazioni degli enti locali e le organizzazioni sindacali) un atto di indirizzo annuale contenente le linee di azione e i programmi strategici; le singole amministrazioni hanno poi l'obbligo di predisporre piani annuali e pluriennali di formazione del personale indicando gli obiettivi e le risorse finanziarie necessarie, reperite tra quelle interne, statali e comunitarie; a tale riguardo è stabilito un aumento dei livelli di investimento calcolato in percentuale sul monte retributivo (prima determinato nella scarsa misura dell'uno per cento). La predisposizione dei piani e la gestione delle attività formative è poi affidata ad apposite strutture dotate di personale adeguatamente preparato. L'obbligo del piano è oggi consacrato nell'art. 7 *bis* inserito nel d. lgs. n. 165 del 2001 dall'art. 4 della legge n. 3 del 2003, il

quale, per le amministrazioni dello Stato (anche ad ordinamento autonomo) e per gli enti pubblici non economici, condiziona l'attuazione dei progetti formativi al silenzio assenso (che si forma trascorso un mese dalla comunicazione) da parte del Dipartimento della funzione pubblico di concerto con il Ministero dell'economia. Si afferma dunque la funzione di *policy deployment* della formazione, i cui progetti devono essere coerenti con le finalità generali delle pubbliche amministrazioni, con le priorità indicate nell'atto di indirizzo e con le direttive impartite dagli organi politici per la realizzazione degli obiettivi e dei programmi di governo. Ciò introduce anche in questo campo un vincolo di scopo, che limita l'autonomia della contrattazione decentrata, a cui i contratti di comparto demandano l'individuazione delle linee di indirizzo dei programmi formativi; e pertanto gli interventi formativi assunti sulla base di un accordo in dissonanza con le finalità dell'organizzazione potranno essere paralizzati dal diniego del Dipartimento. Ancora una volta l'art. 97 Cost. impone di rimodellare un istituto del diritto privato, contemperando il diritto individuale del lavoratore con le esigenze dell'amministrazione.