Roma 7 /8 ottobre 2016 - AIPDA

Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme.

Stefano Battini

La disciplina del lavoro pubblico tra crisi del modello privatistico e prospettive di riforma

* * *

Sommario: 1. *Maladministration*, debolezza del capitale umano e crisi del modello privatistico - 2. Il mancato attecchimento del modello privatistico: la rivoluzione manageriale fra promesse mancate e tentativi di rilancio - 2.1. Le promesse mancate: ascesa e declino del *manager* pubblico - 2.2. Un tentativo di rilancio fallito (o rimandato) per un cortocircuito costituzionale: la riforma della dirigenza pubblica - 2.3. Un tentativo di rilancio per via manutentiva: la rivisitazione delle norme sulla valutazione della *performance* - 3. La crisi di rigetto del modello privatistico: il rinnovato problema della compatibilità fra diritto del lavoro privato e datore di lavoro pubblico - 3.1. Privatizzazione del lavoro pubblico e rinvio al "nuovo" diritto del lavoro della flessibilità - 3.2. Alla ricerca di soluzioni di adattamento della flessibilità privatistica al settore pubblico - 3.3. Settore pubblico e flessibilità in entrata - 3.4. Settore pubblico e flessibilità in uscita - 4. Conclusioni

1. *Maladministration,* debolezza del capitale umano e crisi del modello privatistico

Secondo analisi recenti, il 45% dei dipendenti pubblici italiani ha più di 50 anni, contro poco più del 30% della Francia e Gran Bretagna e contro il 28,15% nel settore privato[1]. Le donne sono poco più della metà (contro il 65% nel Regno Unito, il 62% della Francia e quasi il 60% della Germania) ma sono poche fra la dirigenza e sono prevalentemente concentrate in alcuni settori, come quello della scuola.

L'invecchiamento si è prodotto soprattutto nell'ultimo quindicennio[2], anche perché le assunzioni sono state bloccate da tagli legislativi lineari e dall'impiego delle risorse disponibili per le progressioni professionali dei dipendenti già in servizio: nel solo periodo dal 2001 al 2009, i passaggi orizzontali hanno interessato il 74% del personale in servizio e quelli verticali il 39% del personale in servizio.

Ciò ha determinato un sovrappopolamento delle qualifiche più elevate, cui corrisponde un fenomeno di *under-education* del personale che le occupa. Proprio in un periodo nel quale l'innovazione tecnologica e la crescente complessità delle funzioni amministrative pretenderebbe

[1] C. Giorgiantonio, T. Orlando, G. Palumbo e L. Rizzica, *Incentivi e selezione nel pubblico impiego*, Banca d'Italia, Questioni di Economia e Finanza, Occasional Papers, n. 342 del luglio 2016.

[2] P. Mastrogiuseppe e C. Vignocchi, *Anzianità ed età del personale pubblico*, Aran, Occasional paper 3/2013.

un maggior numero di dipendenti laureati, che peraltro il mercato del lavoro offre, i dati mostrano che nelle amministrazioni prevalgono i mestieri a bassa qualificazione. Secondo un'analisi Aran del 2013[3], riferita ad un gruppo professionale molto ampio e significativo, come quello dei dipendenti "amministrativi e tecnici", le posizioni per l'accesso alle quali è richiesta la laurea sono appena un quarto del totale. E fra i dipendenti che ricoprono tali posizioni, solo la metà hanno effettivamente la laurea, perché l'altra metà è stata inquadrata in quelle posizioni mediante procedure che prescindono dal titolo di studio, vale a dire o le citate progressioni interne, oppure le stabilizzazioni di personale precario.

Nel solo decennio 1999-2009, i precari sono passati dal 7 al 14% del totale del personale pubblico, con conseguenti provvedimenti di stabilizzazione intervenuti nel 2006 (l. n. 296/2006), 2007 (l. n. 244/2007), 2009 (d.l. 78/2009), 2013 (d.l. 103/2013), oltre a quello del 2017, di cui si dirà più oltre. Sebbene, dopo il 2007, anche per effetto di tetti normativi, sempre lineari, le assunzioni a termine abbiano iniziato a decrescere, ancora nel 2013 si stima che 4 su 5 dei nuovi ingressi siano avvenuti a tempo determinato e, quindi, con procedure selettive semplificate.

La conseguenza di tutto ciò è stata la marginalizzazione del concorso pubblico come strumento di assunzione. Tra coloro che hanno risposto a un'indagine *Labour Force Survey* - LFS del 2014 e dichiaravano di essere stati assunti con concorso, oltre il 50 per cento affermava di aver sostenuto tale concorso entro il 1994[4].

Quando poi si fanno, i concorsi sono nozionistici e frammentati, nel senso che ciascuno di essi mette pochissimi posti in palio. Sotto il primo profilo, altre indagini hanno rilevato che gli assunti per concorso hanno dovuto studiare in media 5 mesi per sostenere le prove, nella metà dei casi senza poter svolgere alcuna altra attività lavorativa nel periodo: per conseguenza, si è stimato che nel solo 2014 sono stati impiegati un milione di mesi per la preparazione di concorsi pubblici, con un costo opportunità valutato in 1.4 miliardi di euro annui. Sotto il secondo profilo, Regioni ed enti locali hanno bandito in 15 anni 19.000 concorsi con una media di nemmeno 2 posizioni disponibili per concorso.

A fronte di endemici squilibri nella distribuzione del personale, con percentuali di dipendenti pubblici per residenti sensibilmente più elevate per le regioni meridionali, i dati sulla mobilità, che è

[3] P. Mastrogiuseppe, *Organizzazione e capitale umano: due questioni chiave per il rilancio del pubblico impiego*, Aran, Occasional paper 4/2013.

[4] C. Giorgiantonio, T. Orlando, G. Palumbo e L. Rizzica, *Incentivi e selezione nel pubblico impiego*, cit., secondo cui "considerando la naturale evoluzione della popolazione dei dipendenti nel tempo, ciò segnala come il numero totale degli assunti per concorso negli anni antecedenti a tale soglia debba essere stato sensibilmente maggiore rispetto a quello degli assunti nel ventennio successivo"

stata peraltro essenzialmente volontaria e governata quindi dagli interessi dei dipendenti, sono quasi trascurabili. Nel 2010, secondo stime Aran, la mobilità all'interno dei comparti si attestava su valori medi dell'1% sulle consistenze complessive di personale, mentre quella intercompartimentale riguardava addirittura solo lo 0,1%[5].

I sistemi di incentivazione del personale mediante trattamenti retributivi collegati alla performance sono rimasti sulla carta. I contratti integrativi hanno destinato ad altri fini le risorse a ciò destinate. Si è calcolato che fosse collegato alla produttività solo il 23% del trattamento accessorio dei dipendenti, per di più distribuito "a pioggia". Ciò vale anche per i dirigenti. Secondo stime della Banca d'Italia, in media la retribuzione di risultato dei dirigenti dei Ministeri è pari a circa il 9 per cento della retribuzione totale per i dirigenti di prima fascia e al 12 per cento per quelli di seconda fascia. Vi è poi un sostanziale appiattimento delle retribuzioni di risultato fra i dirigenti della stessa amministrazione, che sono pressoché identiche per le prime fasce, mentre vi è variabilità fra dirigenti di diversi ministeri (ad esempio, la retribuzione di risultato di un dirigente del ministero della giustizia è in media pari a un quinto di quella ricevuta da un dirigente del ministero dell'istruzione), senza che ciò abbia una giustificazione obiettiva.

Da ultimo, una indagine della Corte dei conti del 2006 in materia di procedimenti disciplinari ha rilevato fra l'altro: tempi lunghi dei procedimenti disciplinari; illegittimità formale delle sanzioni per violazione dei termini; situazioni di mancata apertura del procedimento disciplinare, con conseguente impunità anche di soggetti condannati in sede penale per reati rilevanti; ritardi e disfunzioni amministrative che inficiano la regolarità formale dei procedimenti, che a sua volta induce i funzionari responsabili a minimizzare le sanzioni, in modo da prevenire i ricorsi degli interessati e gli esborsi pecuniari conseguenti; tempo medio superiore a due a anni tra la data del fatto illecito e l'adozione del provvedimento cautelare; frequente permanenza in servizio di condannati per reati gravissimi.

I dati mostrano dunque un *identikit* del dipendente pubblico italiano non molto confortante: vecchio; uomo; inadeguatamente formato; mal selezionato; irrazionalmente distribuito; poco incentivato; scarsamente sanzionato.

Ciò forse può bastare per affermare che vi è correlazione fra assetto del personale pubblico e *maladministration*.

Risulta però più difficile individuare le cause del fenomeno e, soprattutto, i rimedi. Qui ci si concentrerà su cause che attengono al quadro legislativo, ancorché le norme possano spiegare solo

[5] P. Mastrogiuseppe e C. Vignocchi, *Le caratteristiche della mobilità nei comparti del pubblico impiego* – Aran, Occasional paper 1/2012

una parte dei mali. E si indicheranno i rimedi prefigurati dalle più recenti riforme in tema di lavoro pubblico, ancorché le ambiziose intenzioni del legislatore delegante (l. n. 124 del 2015) siano state solo in parte attuate dal legislatore delegato.

Le riforme recenti calano in effetti su una disciplina in crisi, anche perché in crisi è il modello cui, a partire dagli anni ’90 dello scorso secolo, essa si ispira.

La c.d. privatizzazione del pubblico impiego, maturata fra il 1993 e il 1998, rappresentava, in fondo, la realizzazione di un grande trapianto: quello di regole e prassi gestionali privatistiche sul corpo malato della pubblica amministrazione italiana.

Oggi, il trapianto attraversa una crisi che è ad un tempo di mancato attecchimento e di rigetto. Mancato attecchimento, perché non si è (ancora) affermata nel settore pubblico quella trasformazione in senso manageriale della gestione amministrativa, che la privatizzazione avrebbe dovuto determinare. Il modello privatistico ha in larga misura tradito la promessa di miglioramento del rendimento amministrativo, che ne aveva accompagnato l’affermazione.

Ma vi è anche crisi di rigetto, perché le profonde trasformazioni che hanno interessato il diritto del lavoro privato hanno reso via via più problematica la compatibilità della disciplina privatistica con i principi costitutivi e costituzionali che presidiano il settore pubblico. Si tratta di una crisi indiretta, che colpisce il settore pubblico per così dire di rimbalzo, quale effetto riflesso di cambiamenti che interessano il diritto del lavoro privato.

Di séguito, si tenterà allora di illustrare i tratti essenziali di questa duplice crisi, che concorre a spiegare la cattiva amministrazione italiana. Per ciascuna delle sue due componenti, si illustreranno e valuteranno i rimedi proposti dalle riforme. Da ultimo si tenterà di sviluppare qualche più generale riflessione sulle prospettive del modello privatistico di disciplina del lavoro pubblico.

2. Il mancato attecchimento del modello privatistico: la rivoluzione manageriale fra promesse mancate e tentativi di rilancio

2.1. Le promesse mancate: ascesa e declino del manager pubblico

Il modello privatistico conosce, come è noto, un proprio manifesto culturale e ideologico, rappresentato dal c.d. *New Public Management*. Questo si è diffuso, dalla fine degli anni ’70, nei principali paesi OCSE, con caratteri simili: la disaggregazione del settore pubblico in unità organizzative funzionalmente omogenee, assimilabili ad imprese quanto a tecniche di gestione; la

preposizione alle stesse di *managers* professionali, con libertà di gestione delle risorse umane e finanziarie attribuite (*free to manage*); la definizione politica degli obiettivi abbinata alla responsabilità manageriale per il relativo raggiungimento; l'introduzione di sistemi oggettivi di misurazione della *performance* pubblica e dei risultati[6].

In Italia, le idee del NPM sono penetrate precocemente e, almeno sul piano del recepimento legislativo, più profondamente che in altri paesi dell'Europa continentale, anche perché hanno trovato un terreno culturale più fertile. Già nel 1979 il Rapporto Giannini qualificava lo Stato quale "azienda di attività terziaria"; ne denunciava l'arretratezza delle "tecniche di amministrazione rispetto a quelle dell'organizzazione privata"; suggeriva di ridurre il divario, in particolare mediante l'introduzione di "indicatori di produttività". Più tardi, questo orientamento culturale si è rafforzato, incrociando prima la crisi finanziaria dei primi anni '90, che drammatizzava ulteriormente il tema dei costi e dei rendimenti amministrativi, e, poi, le politiche di decentramento e federalismo amministrativo di fine anni '90, che si sposavano sia con l'autonomia organizzativa di matrice aziendalistica, sia con il modello privatistico di regolazione dei rapporti di lavoro, in cui il contratto, come "struttura neutra rispetto al tipo di organizzazione datoriale"[7], può adattare flessibilmente la disciplina in funzione della diversità dei fini e dei modelli organizzativi di ciascuna specifica amministrazione[8].

Il modello privatistico supponeva, in particolare, il superamento di quella che sempre Giannini ebbe a definire "interpretazione rigoristica del principio di legalità" [9], vale a dire l'analitica regolamentazione legislativa dei poteri di amministrazione del personale, che aveva l'effetto di ingessare e burocratizzare la gestione, orientandola verso il rispetto di prescrizioni formali e procedurali, anziché verso il conseguimento di risultati, come invece accade, appunto, nell'impresa privata.

La riforma di fine secolo puntava, invece, sull'autonomia delle amministrazioni, che, nelle relazioni di lavoro, divengono "parte" pubblica, cioè datori di lavoro che perseguono un interesse contrapposto e conflittuale a quello dei rispettivi dipendenti, non più un generico e generale interesse pubblico, che comprende e assorbe quello di entrambe le parti della relazione di lavoro. Le amministrazioni esercitano autonomia privata ai fini della regolazione dei rapporti di lavoro,

[6] C. Hood, *A Public Management for All Seasons?* in *Public Administration*, Vol. 69 Spring 1991 (3-19).
[7] M. Rusciano, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1978, p. 322.
[8] M. D'Antona, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle "leggi Bassanini"*, in *LpA*, 1, 1998, p. 35 e ss.
[9] M.S. Giannini, *Impiego pubblico (teoria e storia)*, in *Enc. dir*., XX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 305 ss.

stipulando contratti collettivi nazionali e integrativi. Ed esercitano autonomia privata in sede di gestione dei rapporti di lavoro.

Qui il modello privatistico richiedeva che la "parte pubblica" fosse rappresentata dal dirigente-*manager*. Divenuto titolare in proprio delle funzioni dell'unità organizzativa cui è preposto, il dirigente ne doveva definire l'organizzazione interna e amministrarne le risorse umane e finanziarie con i "poteri del privato datore di lavoro"; esercitando, cioè, una autonomia il più possibile svincolata dal rigido rispetto di precise regole formali, ma il più possibile sottoposta, *ex post*, alla verifica dei risultati raggiunti dalla propria struttura, misurati da indicatori oggettivi in grado di sostituire, imitandone la funzione, quello del profitto.

Un mutamento legislativo profondo ha però prodotto un cambiamento amministrativo modesto, per ragioni sulle quali si registra grande diversità di vedute, essendo in particolare lecito sostenere sia che fosse erroneo il disegno, sia che esso sia stato attuato male.

Una lettura plausibile è che sia mancata, soprattutto al livello di singola amministrazione, la capacità di impersonare la figura del datore di lavoro nel settore pubblico, anche per un eccesso di contaminazione politica delle figure, tecniche e amministrative, che avrebbero dovuto interpretare quel ruolo. Non è forse un caso che, sul versante della regolazione, il fallimento del modello privatistico si sia registrato soprattutto nella contrattazione integrativa, che sfugge al controllo dell'Aran ed è affidata al "titolare del potere di rappresentanza dell'ente", che è però di norma il vertice politico dell'amministrazione: è lì che le risorse sono state distratte a favore delle progressioni interne, che hanno mangiato i concorsi, e che i trattamenti di risultato si sono trasformati in piccole quote di componente fissa di retribuzione. Sul versante della gestione, i dirigenti sono stati datori di lavoro deboli, anche perché non sono stati valutati in base ai risultati. E non sono stati valutati in base ai risultati anche in quanto collegatisi fiduciariamente al vertice politico.

Qui il legislatore, innanzitutto, nel 1998, abbandonando la strada suggerita da Giannini e Rusciano, ha deciso di privatizzare anche l'alta dirigenza. Ma con ciò è incorso nella trappola del "falso amico", ritenendo che lo stesso termine – dirigente – abbia lo stesso significato in due lingue diverse. Nel settore pubblico il dirigente non dovrebbe essere, come nel privato, l*'alter ego* dell'imprenditore. Egli dovrebbe invece impersonare l'imprenditore stesso[10], esercitando le funzioni del privato datore di lavoro per diretta attribuzione legislativa, non per delega del vertice politico. Per cui è impropria la relazione fiduciaria con quest'ultimo, che non è affatto il corrispondente

[10] P. Cerbo, *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 2007.

dell'imprenditore nel settore pubblico. Eppure la logica fiduciaria fra politici e dirigenti si è affermata. A ben vedere, però, essa non si è affermata nelle forme proprie del settore privato, dove l'imprenditore sceglie il dirigente sul mercato e può revocarlo *ad nutum*. La Corte costituzionale ha subito escluso che per il rapporto di lavoro del dirigente pubblico valesse il recesso *ad nutum*. E la disciplina legislativa ha poi escluso anche la presenza di un mercato, esterno o interno, cui attingere per la scelta del dirigente. Salvo limitate percentuali di incarichi esterni, e un brevissimo esperimento di ruolo unico interno nel 1999, l'amministrazione ha sempre dovuto attribuire gli incarichi dirigenziali scegliendo nell'ambito del proprio specifico ruolo dirigenziale. La fiduciarietà, in realtà, si è affermata soprattutto perché il vertice politico, amministrando incarichi temporanei, discrezionalmente rinnovabili, in taluni casi soggetti a *spoils system*, pur se all'interno del singolo ruolo, è divenuto padrone della carriera dei propri dirigenti, articolata in due fasce, e della loro retribuzione: l'attribuzione di un incarico dirigenziale di livello generale ha comportato, in particolare, il passaggio alla fascia superiore del ruolo dirigenziale, che è equivalso, dopo la privatizzazione e non prima, al raddoppio dello stipendio.

L'esito è stato particolarmente deludente. In assenza di un mercato, non si sono avuti i vantaggi del sistema privatistico. Ma si sono comunque avuti gli svantaggi della fiduciarietà, che, nel settore pubblico, significa condizionamento politico della dirigenza.

Fiduciarietà senza mercato, dunque. In tale contesto, i sistemi di valutazione dei risultati non sono stati attivati, o comunque non hanno ben funzionato, sia per la difficoltà oggettiva di misurare i risultati delle politiche pubbliche, che non si lasciano facilmente catturare da indicatori univoci, sia perché il vertice politico non ha avuto alcun incentivo a svilupparli, preferendo esercitare tutti i propri poteri di apprezzamento discrezionale in sede di gestione degli incarichi. La dirigenza, legata al gradimento politico più che ai rendimenti, non ha a sua volta avuto incentivi all'esercizio efficace dei poteri del privato datore di lavoro nei confronti del personale subalterno. Non a torto, pertanto, le si è rimproverato un uso inefficiente sia della carota, soprattutto in tema di differenziazione dei trattamenti accessori, sia del bastone, in particolare sul piano del mancato esercizio del potere disciplinare.

Donde il *revirement* del 2009, quando il legislatore, pur confermando, ed anzi esasperando, la scelta privatistica e aziendale, ha però soffocato le ragioni dell'autonomia, tornando ad affidarsi alla legge e al principio di legalità e versando vino nuovo in otri vecchi. Se le amministrazioni fanno solo ciò che dice la legge, allora la privatizzazione non richiede autonomia, bensì trasfusione in prescrizioni legislative delle pratiche aziendalistiche osservate spontaneamente nell'impresa. La legge è così

tornata al centro del sistema delle fonti. La contrattazione collettiva è stata ridimensionata e poi, complice la crisi finanziaria, addirittura sospesa[11], così a lungo da determinare, secondo la Corte costituzionale, una compressione irragionevole della libertà sindacale, in violazione dell'art. 39 Cost.[12]. E la legge è poi tornata al centro dei sistemi di gestione del personale, dove, alla coppia "autonomia-responsabilità di risultato" si è sostituita la coppia "obbligo legislativo-responsabilità da trasgressione di regole di condotta". La legge ha preso a regolare minuziosamente il processo di valutazione della *performance*, a prescrivere la compilazione di graduatorie del personale articolate secondo una curva gaussiana predeterminata, sulla cui base promozioni e retribuzioni incentivanti devono essere attribuite in modo selettivo. La legge circonda poi di sanzioni, a carico del dirigente, il mancato esercizio da parte di quest'ultimo delle proprie prerogative datoriali, con particolare ma non esclusivo riferimento al potere disciplinare. A ciò si accompagna una trasfigurazione della responsabilità dirigenziale, che da responsabilità per violazione di obblighi di risultato diviene, attraverso una lunga serie di fattispecie speciali, incrementate anche dalle leggi sulla trasparenza e sulla corruzione, responsabilità per violazione di obblighi di processo. Il dirigente incorre in responsabilità dirigenziale ad esempio se: omette di pubblicare informazioni in materia di procedimenti amministrativi (art. 1, c. 33, l. 190/2012); adotta tardivamente il provvedimento amministrativo (art. 2, c. 9 legge n. 241/1990 e s.m.i.); non predispone il piano anticorruzione (art. 1, c. 12-14, l. 190/2012); omette la pubblicazione di moduli e formulari per l'avvio di procedimenti (art. 57, comma 2, d. lgs. n. 82/2005); non trasmette documenti via PEC tra amministrazioni pubbliche (art. 47, c. 1-bis, d.lgs. n. 82/2005); omette la pubblicazione delle informazioni previste nella sezione «amministrazione trasparente» o non adotta il programma triennale per la trasparenza e l'integrità (art. 1, c. 33 l. 190/2012; art. 46, cc. 1 e 2 d. lgs. 33/2013); non comunica gli elementi necessari al completamento ed all'aggiornamento dell'indice degli indirizzi delle pubbliche amministrazioni (art. 57-bis, c. 3,, d. lgs. n. 82/2005); e così via.

2.2. Un tentativo di rilancio fallito (o rimandato) per un cortocircuito costituzionale: la riforma della dirigenza pubblica.

La c.d. riforma Madia della dirigenza pubblica avrebbe forse potuto rappresentare un interessante tentativo di rilancio del modello dell'autonomia manageriale e della responsabilità per risultati.

[11] Con il d.l. n. 78 del 2010 e successive misure di proroga.
[12] C. cost., n. 178 del 2015.

Avrebbe potuto. Ma la riforma Madia della dirigenza pubblica si è arrestata ad un passo dalla Gazzetta Ufficiale, a causa di un cortocircuito costituzionale.

Tale destino non rende inutile una breve sintesi sia della riforma che avrebbe potuto essere e non è stata (il cui disegno potrebbe essere ripreso, corretto, integrato o sviluppato in futuro), sia della sentenza della Corte costituzionale che non avrebbe dovuto essere e, invece, è stata.

Cominciamo con la riforma mancata [13]. L'idea era quella di realizzare un ribaltamento di prospettiva. Si trattava di passare dal modello della "fiduciarietà senza mercato", in cui è al momento impantanato il *new public management* italiano, ad un modello diverso, basato su un mercato regolato, nel quale la fiduciarietà, tipica del mercato, fosse però controbilanciata dalla presenza di istituti e garanzie di *merit system*. La presenza di un mercato avrebbe dovuto consentire di rivitalizzare la logica privatistica. La regolazione del mercato, con gli strumenti del *merit system*, avrebbe dovuto contenere gli effetti di politicizzazione, che la logica privatistica tende, inevitabilmente, a iniettare nel settore pubblico.

Tale ribaltamento di prospettiva, nel testo del decreto di attuazione della legge delega n. 124 del 2015, approvato in seconda lettura dal Consiglio dei ministri, risultava affidato essenzialmente a tre elementi.

Il primo elemento era quello dell'accesso secondo procedure concorsuali centralizzate e comuni. Si trattava peraltro di un criterio generale della delega sul riordino del lavoro pubblico, che ha ricevuto purtroppo modesta attuazione. Per la dirigenza, tale criterio si ricollegava alla scelta di istituire un vero e proprio "sistema della dirigenza pubblica", articolato in tre ruoli distinti (per la dirigenza statale, regionale e locale), ma comunicanti, ai quali ciascuna amministrazione avrebbe potuto attingere al fine di conferire la titolarità dei propri uffici dirigenziali. Ovvio che la presenza stessa di un tale "sistema" avrebbe imposto l'accesso ad esso "con requisiti e tramite procedure di reclutamento omogenei". Il criterio di accentramento e uniformità delle procedure di reclutamento consente di raccogliere insieme i fabbisogni di personale di diverse amministrazioni del sistema, favorendo la regolare indizione di concorsi, per un numero sufficientemente ampio di posti. Si tratta di un aspetto essenziale nella prospettiva del rinnovamento e ringiovanimento del personale, che a sua volta è esigenza imprescindibile e urgentissima, come dimostrano i dati citati in apertura di questo contributo. Inoltre, il concorso unico accresce sia l'indipendenza delle commissioni di concorso - distanziandole, per così dire, dalle influenze che esse possono subire per effetto della loro prossimità all'amministrazione che recluta – sia la concorrenza fra i candidati, estendendone la

[13] Per una illustrazione più dettagliata sia consentito il rinvio a S. Battini, *La dirigenza*, in B.G. Mattarella e E. D'Alterio (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione*, Milano, Il Sole 24 ore, 2017, pp. 245-257.

platea. Senza contare i risparmi di spesa che possono realizzarsi evitando di fare migliaia di concorsi per un posto ciascuno.

Il secondo elemento era rappresentato dalla mobilità all'interno del sistema, con conseguente creazione di un "mercato", pur se prevalentemente interno ai confini del settore pubblico. Anche la mobilità costituisce, peraltro, un tema generale delle riforme Madia. La mobilità è stata difatti incoraggiata per tutto il personale pubblico, con interventi di riforma puntuali e mirati, il cui rilievo è sovente sottovalutato [14]. Ma per la dirigenza in particolare la mobilità avrebbe dovuto rappresentare l'elemento qualificante del disegno riformatore. Si prevedeva, infatti, che il dirigente, assunto dall'amministrazione, ricevesse il primo incarico dirigenziale di quattro anni, rinnovabile per un solo per un biennio, previa valutazione positiva, con decisione motivata. Scaduto il biennio, o comunque in caso di mancato rinnovo, avrebbe dovuto farsi luogo ad un nuovo conferimento, all'esito di una "procedura comparativa con avviso pubblico", cui sarebbe stato ammesso il precedente titolare ma anche ogni altro dirigente del sistema.

La costituzione di un così ampio mercato interno della dirigenza avrebbe dovuto esaltare l'autonomia delle singole amministrazioni, messe così in grado di reperire in un vasto ambito le competenze professionali più appropriate. Vero è anche che ciò avrebbe comportato il rischio di innescare meccanismi di *political patronage*, potenzialmente tali da aggravare perfino una fidelizzazione politica della dirigenza che è comunque già oggi pronunciata.

A temperare quest'ultimo rischio avrebbe però dovuto provvedere il terzo elemento del disegno riformatore, rappresentato da una più rigorosa disciplina, di ispirazione pubblicistica, delle procedure di conferimento degli incarichi dirigenziali. La gestione delle procedure sarebbe stata parzialmente sottratta all'autorità che conferisce l'incarico, introducendo il filtro di una Commissione di garanzia, dotata di competenze variabili in ragione del tipo di incarico da conferire.

[14] Innanzitutto, si è provveduto a migliorare l'interconnessione dei sistemi di classificazione professionale. È stato stipulato, ai sensi dell'art. 40, c. 2, d.lgs. n. 165 del 2001, l'accordo sulla riduzione dei comparti, che ha aggregato i dipendenti pubblici nei quattro comparti delle Funzioni centrali, delle funzioni locali, dell'istruzione e ricerca e della sanità. L'accordo ha posto le premesse per una omogeneizzazione degli ordinamenti professionali e facilitato e ampliato i confini della mobilità "endo-compartimentale". Inoltre, sono state approvate le tabelle di equiparazione fra i livelli di inquadramento previsti dai contratti collettivi relativi ai diversi comparti di contrattazione del personale non dirigenziale fra i livelli di inquadramento giuridico previsti dai contratti in ciascun comparto (d.P.C.M del 26 giugno 2015, in attuazione dell'art. 29-bis del d.lgs. n. 165 del 2001), in tal modo agevolandosi anche la mobilità inter-compartimentale mediante il superamento di ostacoli di ordine giuridico-amministrativo. In secondo luogo, è stata incentivata la mobilità volontaria, prevedendosi la possibilità – sia pur per ora a titolo sperimentale - delle amministrazioni di acquisire personale mediante passaggio diretto di dipendenti di altre amministrazioni pubbliche, anche senza il consenso di queste ultime (art. 30, c. 1, d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato dall'art. 4 del d.l. 90 del 2014). Infine, sul piano della mobilità obbligatoria, è stato introdotto il potere di trasferire di sede il dipendente, anche senza il suo consenso, all'interno dell'amministrazione o, previo accordo tra le amministrazioni interessate, presso altra amministrazione, purché nel territorio dello stesso comune o nel raggio di 50 chilometri (art. 4 del d.l. 90 del 2014).

Per gli incarichi dirigenziali generali, che sono in numero più limitato e presentano un più alto rischio di politicizzazione, dato che competono direttamente al vertice politico, la Commissione avrebbe avuto un ruolo più invadente, fino alla preselezione di una rosa di candidati fra i quali l'organo politico sarebbe stato chiamato a scegliere il titolare dell'ufficio dirigenziale, dandone comunicazione al Parlamento. Diversamente, per le procedure di conferimento di incarichi dirigenziali non generali, che sono numerosissime e si concludono con una scelta dirigenziale, alla Commissione sarebbe stata affidata solo una funzione di controllo successivo di regolarità e congruità della procedura, da esercitarsi entro un breve termine.

Stabilire se un simile disegno avrebbe potuto (o eventualmente potrebbe) rilanciare effettivamente il modello manageriale è esercizio difficile e, probabilmente, inutile.

È esercizio difficile perché il successo o fallimento di una riforma così concepita molto dipenderebbe dalla capacità del sistema di realizzare un difficile equilibrio su diversi profili critici. Il primo e più importante è quello del bilanciamento fra l'autonomia delle singole amministrazioni e i poteri della Commissione centrale. Per un verso, il ruolo di quest'ultima avrebbe potuto risultare troppo poco incisivo, soprattutto per la difficoltà di far fronte ad un carico di lavoro impegnativo, stimandosi circa 100 procedure annue di conferimenti di incarichi dirigenziali generali; sarebbe stato sotto tale profilo indispensabile dotare la Commissione di una dotazione strutturale idonea a garantire la funzionalità dell'organo. Per altro verso, all'opposto, il ruolo della Commissione avrebbe potuto risultare eccessivamente invadente, con conseguente ingessamento e complicazione del sistema, qualora l'autonomia delle singole amministrazioni fosse stata eccessivamente compressa e limitata da criteri e verifiche che rallentano l'attribuzione degli incarichi, esponendo anche al rischio di contenzioso giurisdizionale. Un secondo profilo sarebbe stato quello della sorte del dirigente rimasto privo di incarico (senza essere incorso in responsabilità dirigenziale). Per un verso, sarebbe stato probabilmente incostituzionale prevederne il licenziamento per mero decorso del tempo, ma, per altro verso, sarebbe stata anche altamente problematica la permanenza in ruolo *sine die* di tale dirigente, tale da indurre l'amministrazione di appartenenza, per non sostenere il costo di un doppio dirigente, a conferire gli incarichi al precedente titolare, vanificando le intenzioni della riforma[15]. La sfida sarebbe stata dunque quella di individuare un equilibrio

[15] Lo schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri prevedeva alcune soluzioni, fondate in particolare sul collocamento del dirigente senza incarico in disponibilità, con godimento del solo trattamento economico fondamentale, accompagnato da una serie di misure dirette a favorirne la ricollocazione, fino a prevedere, decorsi due anni, la ricollocazione obbligatoria disposta dal Dipartimento della funzione pubblica.

ragionevole, tale da scongiurare tanto improduttive permanenze in servizio, quanto ingiuste decadenze dal ruolo.

"Sarebbe stato", "avrebbe potuto", etc. L'uso del condizionale passato è inevitabile, perché il disegno riformatore è tramontato e, almeno per il momento, non si intravvedono propositi di rilanciarlo.

La riforma è tramontata non perché Parlamento o Governo vi abbiano rinunciato, per una scelta politica relativa ai contenuti sostanziali delle innovazioni normative, bensì perché la Corte Costituzionale ha dichiarato illegittima la riforma per motivi procedurali, relativi cioè al percorso prefigurato dalla legge delega per l'adozione dei decreti delegati.

Difatti, con la sentenza n. 251 del 2016, la Corte ha accolto il ricorso, proposto dalla Regione Veneto, in riferimento ad alcune disposizioni di delega della legge n. 124 del 2015, fra cui quella in tema di dirigenza, ritenendo che esse, nel prevedere l'adozione dei decreti legislativi attuativi previo parere, anziché previa intesa, della Conferenza unificata o della Conferenza Stato-Regioni, si ponessero in contrasto con il principio di leale collaborazione, non valorizzando adeguatamente la partecipazione delle Regioni in ordine alla disciplina di materie su cui concorrono, dando vita ad un intreccio inestricabile, titoli di competenza legislativa dello Stato e, appunto, delle Regioni.

Non è questa la sede per soffermarsi sulle numerose ragioni di perplessità che la pronuncia, sul piano tecnico e istituzionale, solleva[16]. Ci si può limitare però a due osservazioni, che riguardano il rapporto fra tale giurisprudenza costituzionale e le riforme della dirigenza e del lavoro pubblico. L'una riguarda il passato e la riforma mancata, l'altra il futuro e le riforme che potrebbero intervenire.

Quanto al passato, non può non rilevarsi come la riforma Madia della dirigenza pubblica sia stata affondata dal "combinato disposto" (espressione molto in voga nelle settimane in cui la sentenza venne approvata) di un improvviso mutamento di indirizzo giurisprudenziale e di una sfortunata congiuntura temporale. Sotto il primo profilo, è stato giustamente osservato come la pronuncia della Corte "rappresenti una significativa innovazione giurisprudenziale, che era francamente difficile

[16] Sul punto, sia consentito il rinvio a S. Battini, *Cambiamento amministrativo, cambiamento giurisprudenziale, cambiamento costituzionale. Brevi note sulla sentenza n. 251 del 2016 della Corte costituzionale*, in corso di pubblicazione in *Diritti Lavori Mercati*. Si vedano inoltre, fra i primi commenti, G. D'Amico, *La sentenza sulla legge Madia, una decisione (forse) troppo innovatrice*, in Questione Giustizia; J. Marshall, *La Corte costituzionale, senza accorgersene, modifica la forma di Stato?*, in *Giorn. dir. amm*., 6/2016, pp. 705 ss.; B.G. Mattarella, *Delega legislativa e principio di leale collaborazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 2/2017, p. 179 e ss.; A. Poggi e G. Boggero, *Non si può riformare la p.a. senza intesa con gli enti territoriali: la Corte costituzionale ancora una volta dinanzi ad un Titolo V incompiuto*, in *Federalismi.it*, n. 25/2016.

attendersi – salvo improbabili doti divinatorie – fino al giorno prima della sua pubblicazione"[17]. Ci si può allora chiedere se la Corte Costituzionale, applicando anch'essa la leale collaborazione, non avrebbe potuto e dovuto riconoscere maggior protezione all'affidamento ingenerato nel Governo e nel Parlamento dalla propria costante giurisprudenza costituzionale, evitando di inaugurare il nuovo indirizzo proprio con l'imprevedibile annullamento della più importante riforma amministrativa del programma dell'esecutivo. Per verità, ove si legga con attenzione la pronuncia, parrebbe che una simile preoccupazione sia stata in effetti tenuta presente dalla Corte. Questa, con una soluzione tecnicamente discutibile, ma forse istituzionalmente opportuna, aveva infatti dichiarato l'illegittimità costituzionale delle previsioni procedurali della delega (nella parte in cui prevedevano il parere anziché l'intesa della Conferenza Stato-Regioni), escludendo però che ciò comportasse automaticamente l'illegittimità costituzionale dei decreti delegati "figli" della delega illegittima[18]. Questi, ancorché adottati secondo la procedura scorretta, avrebbero potuto essere – e in molti casi sono stati - successivamente "sanati" mediante un decreto correttivo, approvato previa acquisizione dell'intesa della Conferenza Stato-Regioni anche in riferimento al contenuto del decreto originario[19]. Ma qui appunto interviene l'altro elemento del citato "combinato disposto" che ha ucciso la riforma Madia. Si tratta del cortocircuito temporale fra adozione del decreto legislativo, deposito della sentenza della Corte e scadenza della delega. La sentenza della Corte è stata difatti depositata il giorno dopo l'approvazione da parte del Consiglio dei Ministri, ma prima della emanazione da parte del Presidente della Repubblica e a due giorni dalla data di scadenza della delega. Il Governo ha deciso di ritirare un decreto adottato secondo una procedura dichiarata illegittima dalla Corte, non avendo il tempo di correggere la procedura di adozione del decreto. La

[17]S. Pajno, *La cooperazione intergovernativa dopo il fallimento della riforma costituzionale*, in *Amministrazione in cammino*, 15 maggio 2017. In precedenza, difatti, secondo la costante giurisprudenza costituzionale, in caso di intreccio inestricabile di titoli di competenza, il legislatore statale poteva intervenire, a condizione che esso dettasse "una disciplina che prefiguri un iter in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovverosia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà" (C. cost. n. 6 del 2004). Ciò significava che la legge doveva affidare a meccanismi di leale collaborazione, imperniati sull'intesa, l'attuazione amministrativa della legge, mentre si era invece sempre negato che il principio di leale collaborazione potesse estendersi all'attività legislativa, perché quel principio non può "esser dilatato fino a trarne condizionamenti, non altrimenti riconducibili alla Costituzione, rispetto alla formazione e al contenuto delle leggi" (C. Cost. n. 437 del 2001). La sentenza n. 251 ha mutato però il corso della giurisprudenza costituzionale e applicato la leale collaborazione non solo alla sfera dell'amministrazione, ma anche a quella della legislazione. Per di più senza dilungarsi in giustificazioni, salvo argomentare che il decreto legislativo è "attuazione di legge" così come l'attività amministrativa.

[18] Le dichiarazioni di illegittimità pronunciate dalla Corte – si legge nella sentenza n. 251 del 2016 - "non si estendono alle … disposizioni attuative" della legge delega, nel caso di impugnazione delle quali "si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione".

[19] Cons. Stato, Adunanza della Commissione speciale del 9 gennaio 2017, n. 83 (parere richiesto dall'Ufficio legislativo del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione in ordine agli adempimenti da compiere a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 251/2016)

delega è così scaduta e la riforma Madia della dirigenza pubblica è uscita di scena prima ancora di essere approvata.

La sentenza della Corte, peraltro, ha inciso non solo sulla riforma della dirigenza già approvata dal Governo, ma anche sui successivi interventi, a partire dal previsto c.d. "testo unico" sul pubblico impiego, di cui è stata indebolita la potenziale carica innovatrice.

Per comprenderne la ragione, bisogna tener presente il modo in cui la Corte ha applicato il principio di leale collaborazione e il conseguente obbligo dello Stato di legiferare d'intesa con le Regioni. La Corte ha ritenuto che tale obbligo ricorra tutte le volte in cui la disciplina di delega investa un "intreccio inestricabile di titoli di competenza statale e regionale". Ma l'intreccio è stato individuato dalla Corte secondo un approccio interpretativo generalizzante, riferito a settori o vasti ambiti di regolazione, che non distingue, nell'ambito della stessa delega, fra i singoli criteri e principi direttivi. In base a tale approccio, è stata attratta nelle procedure di leale collaborazione anche l'attuazione di criteri di delega che spetterebbero incontrovertibilmente alla potestà esclusiva dello Stato, senza dar luogo ad alcun "intreccio". Tali criteri vengono coinvolti nell'area della leale collaborazione non già in ragione del loro contenuto intrinseco, bensì in virtù del contenuto di altri criteri, contenuti nella stessa delega, con i quali si stabilisce, secondo la Corte, un legame inscindibile.

Si prenda ad esempio la delega in materia di pubblico impiego, contenuta nell'art. 17 della legge n. 124 del 2015. Questa prevede, fra l'altro, criteri in tema di disciplina delle forme di lavoro flessibile ammesse nel settore pubblico (art. 17, comma 1, lett. o) o in materia di responsabilità disciplinare (art. 17, comma 1, lett. s). Si tratta di profili "relativi al rapporto di lavoro privatizzato", che quindi spettano pacificamente alla potestà esclusiva dello Stato. Essi potrebbero essere attuati in modo autonomo, senza dar luogo ad alcun intreccio di titoli di competenza. E tuttavia per il semplice fatto di essere contenuti in una delega di riordino complessivo, che contiene anche altri criteri, asseritamente incidenti sulla potestà legislativa delle regioni in materia di organizzazione amministrativa, il Governo è stato costretto ad esercitare la relativa delega acquisendo l'intesa con le Regioni, che quindi vedono espandere il proprio intervento anche in aree di competenza esclusiva dello Stato.

L'effetto di questa impostazione è stato e presumibilmente sarà di scoraggiare ciò di cui vi sarebbe maggiormente bisogno, cioè interventi di riforma organici, che rinnovino e riordinino la disciplina di ampi settori, come quello del lavoro pubblico. Se i confini dell'intreccio di competenze dipendono dall'estensione della delega, più questa è ampia, maggiore è la probabilità che la Corte

richieda la co-legislazione Stato- Regioni. Se si vuol fare un testo unico, ad esempio in tema di lavoro pubblico, è certo l'obbligo di intesa con le Regioni su tutte le norme di quel testo, avvinte da un vincolo inscindibile. Ma ciò rappresenta un altissimo costo per il Governo, costretto ad acquisire l'intesa della Conferenza Stato-Regioni anche per piccole modificazioni della disciplina esistente, come ad esempio quelle "strettamente necessarie per garantire la coerenza giuridica, logica e sistematica della normativa e per adeguare, aggiornare e semplificare il linguaggio normativo". Ciò con una conseguenza paradossale: lo Stato dovrebbe rinegoziare daccapo con le Regioni pressoché l'intero decreto legislativo n. 165 del 2001, anche per parti pacificamente rientranti nella potestà legislativa esclusiva dello Stato stesso. Anche per questa ragione, come è stato osservato, in ordine alla delega per il nuovo testo unico del lavoro pubblico, per la quale era già pronto un testo, che aveva richiesto quasi due anni di lavoro, si è preferito ripiegare su un "un esercizio minimale" della delega stessa, che "allontana l'obiettivo del riordino normativo"[20].

2.3. Un tentativo di rilancio per via manutentiva: la rivisitazione delle norme sulla valutazione della performance

Anche l'esercizio minimale della delega in tema di lavoro pubblico ha tuttavia prodotto alcuni risultati di rilievo. Di essi si dirà soprattutto nei paragrafi successivi. Qui merita osservare, nella prospettiva dei tentativi di rilancio del *new public management* italiano, l'attuazione dell'articolo 17, comma 1, lettera r), della legge 7 agosto 2015, n. 124, in tema di valutazione della performance, con il decreto legislativo n. 74 del 2017.

Non si tratta di uno stravolgimento dell'impianto normativo esistente, ma di una opportuna rivisitazione delle disposizioni del decreto legislativo n. 150 del 2009, che introduce soprattutto tre tipi di miglioramenti.

Il primo riguarda la disciplina degli organismi indipendenti di valutazione (OIV). Questi erano e restano organismi di controllo "interno" alla singola amministrazione. E tuttavia la riforma introduce per essi elementi di maggiore indipendenza rispetto agli organi di indirizzo e di gestione dell'amministrazione, cui si riferisce l'attività di valutazione. Ciò rende gli OIV, per così dire,

[20] B.G. Mattarella, *Delega legislativa e principio di leale collaborazione*, cit. L'A. osserva che "per una seria operazione di riordino normativo, occorre sostituire il testo unico vigente, invecchiato e appesantito (oltre che incompleto fin dal principio) con uno nuovo, con una diversa sistematica. Ma questo significa riversare tutta la disciplina contenuta nell'attuale testo unico, e molte altre norme vigenti, nel nuovo testo, che a questo punto deve ottenere l'intesa in conferenza. Ciò significa, per il Governo, dover negoziare tutte le disposizioni già vigenti in materia, per lo più rientranti nella materia dell'ordinamento civile e approvate senza il consenso delle regioni e degli enti locali. È inevitabile che il Governo abbia la tentazione di rinunciare al riordino normativo, per non metterle in discussione".

parzialmente esterni. Gli strumenti per raggiungere tale obiettivo sono diversi e riguardano soprattutto i limiti al potere dell'organo di indirizzo politico di scegliere i soggetti che operano il controllo. Tali soggetti, innanzitutto, non possono essere dipendenti dell'amministrazione interessata. Inoltre, la scelta deve essere preceduta da una procedura selettiva pubblica, sia in sede di prima nomina, sia in sede di rinnovo. Infine, alla procedura possono partecipare solo soggetti iscritti in un apposito elenco tenuto e aggiornato dal DFP. A questo sono ammessi solo soggetti in possesso di requisiti specifici di competenza ed esperienza, definiti con il d.m. 2 dicembre 2016, che articola una sorta di "carriera" dei componenti degli OIV. Tale carriera è articolata in fasce, prescrivendosi requisiti più stringenti per la carica di presidente di OIV o di titolare di OIV monocratico. Il componente di OIV non è (più) dunque un soggetto nominato liberamente e fiduciariamente dalla stessa amministrazione interessata, ma appartiene ad una carriera. È inserito in un sistema nazionale sottoposto agli indirizzi e al coordinamento del Dipartimento della funzione pubblica. Si connota per una specifica e infungibile esperienza professionale.

Un secondo importante elemento, sempre nella prospettiva della "esternalizzazione" del sistema di valutazione, è rappresentato dalle disposizioni sulla partecipazione dei cittadini e degli utenti finali al processo di misurazione della *performance*. L'esperimento della *class action* prevista dalla riforma Brunetta, pur apprezzabile, non ha dato buoni frutti. Forse l'idea di attribuire al sistema degli OIV, una volta resi più indipendenti, la funzione di raccogliere l'opinione degli utenti dei servizi pubblici, coinvolgendoli nelle attività di valutazione della *performance*, potrebbe funzionare meglio[21].

Infine, un terzo aspetto importante riguarda la valutazione esterna in senso proprio. Qui la disciplina di riforma avrebbe potuto osare un poco di più. Essa tuttavia contiene elementi che promettono ulteriori sviluppi. Il decreto legislativo n. 74 del 2017 contiene al riguardo solo un cenno, nel comma 4-bis dell'art. 14 del d.lgs. 150, come modificato dall'art. 11 del decreto stesso. Si prevede che gli OIV procedano alla validazione della relazione sulla *performance* "tenendo conto … ove presenti, dei risultati prodotti dalle indagini svolte dalle agenzie esterne di valutazione e dalle analisi condotte dai soggetti appartenenti alla rete nazionale per la valutazione delle amministrazioni pubbliche, di cui al decreto emanato in attuazione dell'articolo 19 del decreto-legge n. 90 del 2014…". Il riferimento è rivolto al d.P.R n. 105 del 2016, il cui art. 7 prevede la

[21] Cfr. Art. 19-bis d.lgs. n. 165 del 2001, introdotto dall'art. 13 del d.lgs. n. 74 del 2017: "I cittadini, anche in forma associata, partecipano al processo di misurazione delle performance organizzative, anche comunicando direttamente all'Organismo indipendente di valutazione il proprio grado di soddisfazione per le attività e per i servizi erogati, secondo le modalità stabilite dallo stesso Organismo. …".

costituzione di tale "Rete nazionale per la valutazione delle amministrazioni pubbliche", promossa dal Dipartimento per la funzione pubblica "al fine di valorizzare le esperienze di valutazione esterna delle pubbliche amministrazioni e dei relativi impatti che vengono condotte in specifici ambiti e settori, favorire la condivisione di tali esperienze e definire metodologie di valutazione comuni". Si tratta di previsioni di rilievo, alle quali potrebbe aggiungersi il compito di assicurare, oltre che l'affinamento di metodologie di valutazione comuni, anche l'utilizzazione di tali metodologie allo scopo di svolgere analisi comparative della *performance* di amministrazioni diverse, che tuttavia svolgono funzioni analoghe sul territorio. Da una simile comparazione e confronto, che solo agenzie settoriali esterne sono in grado di svolgere, potrebbe in effetti nascere quella pressione esterna, anche di tipo competitivo, in grado di indurre le amministrazioni a prendere sul serio la sfida della valutazione, anziché considerarla come mero adempimento di regole legislative che quella valutazione impongono, definendone tempi e procedure.

Sarà come sempre sul terreno dell'applicazione che si misurerà l'efficacia delle innovazioni normative illustrate. Buone riforme possono fallire in sede attuativa. Ma è anche possibile che buone riforme si affermino proprio a partire dall'esperienza applicativa, senza necessità di profonde innovazioni del quadro normativo. Chissà che una felice prassi di valutazione esterna e interna della *performance* non possa rilanciare l'efficienza della gestione pubblica anche in assenza di una riforma delle regole applicabili ai dirigenti, cioè ai soggetti che di quella gestione assumono la responsabilità.

3. La crisi di rigetto del modello privatistico: il rinnovato problema della compatibilità fra diritto del lavoro privato e datore di lavoro pubblico.

3.1. *Privatizzazione del lavoro pubblico e rinvio al "nuovo" diritto del lavoro della flessibilità*

La crisi del modello privatistico ha anche una seconda componente, che è una crisi di rigetto, derivante da un problema di compatibilità.

La privatizzazione del lavoro pubblico ha una sua norma madre, attualmente contenuta nell'art. 2, co. 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, che dispone un rinvio mobile al diritto del lavoro: "*i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa*". Nel 1993, l'operatività del rinvio era soggetta ad una riserva o, per così dire, ad un

"controlimite", che era appunto quello della "*compatibilità*" con "*la specialità del rapporto e con il perseguimento degli interessi generali nei termini definiti dal presente decreto*". Si è poi ritenuto che una simile clausola di compatibilità, aperta e generica, rappresentasse una smentita della privatizzazione, rendendo incerta la disciplina applicabile[22]. La c.d. seconda privatizzazione, nel 1998, ha dunque modificato profondamente la formulazione. L'unico limite all'operatività del rinvio all'ordinamento privatistico è divenuto quello del rispetto delle disposizioni contenute nello stesso decreto che opera il rinvio: il rapporto di lavoro pubblico è dunque "speciale" solo nella misura in cui esso è regolato da alcune norme derogatorie, tassativamente indicate ed espresse. Non vi è più una specialità presunta, dedotta dalla natura pubblica del datore di lavoro, alla cui stregua va valutata la compatibilità del diritto del lavoro comune. Al contrario, vi è una "compatibilità presunta": la norma lavoristica è sempre compatibile con la natura pubblica del datore di lavoro, salvo espressa indicazione legislativa.

Tuttavia, alla fine del secolo scorso, questo rinvio mobile si indirizzava verso un "diritto del lavoro della stabilità", costruito, cioè, sulla preferenza per il rapporto a tempo indeterminato, risolvibile solo per giusta causa o giustificato motivo, in base alla norma del 1966, e garantito dalla sanzione della reintegrazione nel posto di lavoro, in base all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. L'avvento di un diritto del lavoro della stabilità ha anzi rappresentato una vera e propria pre-condizione dello stesso percorso di convergenza fra lavoro pubblico e privato, non per caso avviato proprio a partire da quel momento. Prima di allora, la tutela dell'imparzialità amministrativa richiedeva nel settore pubblico una regolazione speciale, essendo tale la stabilità del dipendente pubblico, che come notava Cammeo nel 1912, era un istituto "*creato essenzialmente nell'interesse pubblico*", cioè per evitare il *political patronage*, dal quale certo "*i singoli impiegati personalmente* […] *traggono vantaggio*", ma "*come riflesso della tutela concessa a quell'interesse*"[23].

A partire dagli anni '70, invece, in presenza di un diritto del lavoro della stabilità, la prospettiva della privatizzazione del rapporto di impiego pubblico non significava più l'abbandono del dipendente pubblico ad un regime di libera recedibilità, esponendolo al *political patronage*, bensì soltanto l'applicazione di un diverso, ma funzionalmente equivalente, regime di stabilità, questa volta creato direttamente nell'interesse del prestatore di lavoro quale parte debole del rapporto. Se in precedenza poteva dirsi che l'impiegato pubblico si avvantaggiava come riflesso di una tutela disposta nell'interesse pubblico, non era vietato ribaltare la prospettiva, immaginando che

[22] S. Cassese, *Il sofisma della privatizzazione del pubblico impiego*, in *Riv. it.dir.lav.*, I, 1993, 287.
[23] F. Cammeo, *Il licenziamento per fine periodo di prova degli impiegati comunali stabili*, in *Giurisprudenza italiana*, 1912, III, 343 e ss.

l'imparzialità amministrativa potesse garantirsi come riflesso di una tutela disposta nell'interesse del lavoratore.

Tuttavia, per ironia del destino, proprio quando l'impiego pubblico, all'esito di un percorso di convergenza lungo e complesso, è giunto all'appuntamento con il diritto del lavoro, questo ha conosciuto un processo di trasformazione che, nell'ultimo quinquennio, ha assunto un carattere di radicalità. Sotto la pressione dell'integrazione e della competizione globale, della crisi economica e finanziaria e della scarsa crescita, della disoccupazione divenuta endemica e strutturale, il legislatore si è preoccupato soprattutto di rendere la disciplina del lavoro più attrattiva per le imprese, per incentivare le assunzioni. Il diritto del lavoro ha così cambiato volto: da "diritto del lavoro della stabilità", con finalità di tutela del prestatore di lavoro, è divenuto anche (ma forse soprattutto) un "diritto del lavoro della flessibilità", con finalità di rilancio dell'occupazione.

Il cambiamento è tanto profondo da indurre la scienza giuslavoristica al ripensamento delle "categorie fondanti" della disciplina[24]. In un tale contesto, è inevitabile che si avvii pure una riflessione circa il rapporto di compatibilità delle nuove categorie fondanti del diritto del lavoro con la natura pubblica del datore di lavoro, dato che la presunzione di compatibilità era stata disposta nei confronti delle vecchie categorie, quelle del diritto del lavoro della stabilità, non quelle del nuovo diritto del lavoro della flessibilità. Ed è anche inevitabile che tale ripensamento della compatibilità fra regole lavoristiche e principi pubblicistici prema nella direzione della divaricazione fra lavoro pubblico e lavoro privato, mettendo ulteriormente in crisi il modello privatistico.

La trasformazione del diritto del lavoro ha dapprima interessato essenzialmente la c.d. flessibilità in entrata, cioè il ricorso a forme di rapporto flessibili, diverse e alternative rispetto a quella tipica del rapporto a tempo indeterminato. Qui la convergenza fra lavoro pubblico e privato è sempre stata altamente problematica, perché nel pubblico impiego il precariato minaccia il principio del reclutamento per concorso, ciò che spiega una lunga tradizione di divieti legislativi generali, accompagnati però da deroghe speciali, seguite da provvedimenti di stabilizzazione. Uno schema di convergenza era stato tentato ugualmente nel 1998 nei termini seguenti: a) ricorso delle amministrazioni alle forme flessibili secondo le norme privatistiche attuate dai contratti collettivi; b) necessità di costituzione del rapporto nel rispetto dei principi pubblicistici sul reclutamento; c) inapplicabilità, in caso di abuso, della sanzione della stabilizzazione automatica, sostituita dal risarcimento del danno, accompagnato dalla responsabilità del dirigente. Lo schema però non ha

[24] G. Santoro Passarelli, *Sulle categorie del diritto del lavoro "riformate"*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 288/2016.

retto: il reclutamento di precari ha continuato ad avvenire con procedure di reclutamento meno rigorose del concorso, prassi giustificata anche dalla Corte costituzionale, in ragione dell'esigenza di maggiore rapidità della selezione[25]; la "liberalizzazione" delle forme di lavoro flessibile si è combinata con gli effetti del blocco delle assunzioni a tempo indeterminato, determinando una crescita esponenziale del precariato, come si è visto in apertura, e il moltiplicarsi di provvedimenti di stabilizzazione, secondo una pratica che la Corte costituzionale ha contrastato nei ridotti margini in cui le norme di stabilizzazione vengono sottoposte al suo sindacato, cioè essenzialmente per le leggi regionali[26]. Il fallimento dello schema della convergenza ha condotto ad una nuova divaricazione. Per un verso, vi è stato un ritorno all'inasprimento dei limiti legislativi "speciali", riferiti al settore pubblico, della flessibilità in entrata, che l'art. 36 del d.lgs. 165 del 2001, più volte rivisitato, consente solo "per comprovate esigenze di carattere temporaneo o eccezionale" delle amministrazioni e mai per quelle "connesse al loro fabbisogno ordinario". Per altro verso, la disciplina privatistica, che ha invece progressivamente arricchito le tipologie di lavoro flessibile[27] e liberalizzato il ricorso ad esse (consentendo in particolare il rapporto a termine anche per "ragioni riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro"[28] e giungendo ad accogliere il principio di a-causalità dello stesso[29]), ha tuttavia escluso il settore pubblico dal proprio ambito di applicazione.

Si è così inaugurata una tendenza alla ri-specializzazione del lavoro pubblico di segno opposto a quella che si paventava e contrastava nel 1993: non nuove leggi applicabili ai soli "dipendenti delle pubbliche amministrazioni o a categorie di essi", bensì nuove leggi applicabili ai soli dipendenti privati. Tale scelta è stata compiuta con chiarezza dalla legislazione Biagi e con assai minor chiarezza, come si dirà, dalla c.d. legge Fornero. Solo apparentemente il c.d. *Jobs Act*, nel riordinare le forme di lavoro flessibile, ha invertito la tendenza. Vero che tale disciplina non ha espressamente escluso il lavoro pubblico, ma essa ha fatto (quasi) sempre salvo il regime speciale di cui all'art. 36 del d.lgs. 165 del 2001, costringendo l'interprete ad un giudizio di compatibilità con quel regime, riferito ad ogni tipologia di lavoro flessibile ed anzi ad ogni singola disposizione di ciascuna tipologia. Si aggiunga che un problema più specifico di "compatibilità" si pone anche a proposito del regime sanzionatorio previsto per il caso di ricorso abusivo alle forme flessibili nel settore pubblico. Tale regime vive sempre fra l'incudine della violazione del principio del concorso, ove mai inclinasse verso la sanzione privatistica della conversione in rapporto a tempo indeterminato, e

[25] Cfr. C. cost., n. 235 del 2010.
[26] Cfr., *ex multis*, C. cost., nn. 3, 72 e 137 del 2013.
[27] Cfr. d.lgs. n. 276 del 2003.
[28] Cfr. d.l. n. 112 del 2008.
[29] Cfr. legge n. 92 del 2012, d.l. n. 34 del 2014 e, infine, d.lgs. n. 81 del 2015.

il martello della violazione del diritto europeo. La differenza di regime fra pubblico e privato, come è noto, è compatibile sia con il principio costituzionale di eguaglianza[30], sia con il diritto europeo[31], ma a condizione che anche nel settore pubblico sia prevista una sanzione, pur alternativa alla stabilizzazione, comunque sufficientemente dissuasiva[32]. La Corte di giustizia ha precisato che il regime sanzionatorio non è dissuasivo quando consista in un risarcimento del danno che il lavoratore ha l'onere di provare, senza godere di alcuna presunzione di esistenza del danno stesso. Ciò ha indotto la giurisprudenza a ricercare criteri di quantificazione presuntiva del danno stesso, con orientamenti divergenti che sono stati di recente ricomposti dalle Sezioni Unite della Cassazione[33]. La Corte, muovendo dal presupposto che il danno subìto dal lavoratore assunto illegittimamente a termine non consista nella perdita del posto di lavoro, bensì in una perdita di *chance*, ha ritenuto che l'indennità massima, riconoscibile al lavoratore privato in aggiunta alla stabilizzazione (art. 32, comma 5, l. 183 del 2010) possa fungere da criterio di quantificazione presuntiva minima del danno subìto dal lavoratore pubblico, in sostituzione della stabilizzazione, fatta salva la possibilità di quest'ultimo di provare un danno maggiore. La soluzione, pur abilmente argomentata, lascia un senso di insoddisfazione: il risarcimento riconosciuto al lavoratore pubblico illegittimamente precario sembra al contempo troppo e troppo poco. Troppo poco, perché di fatto al dipendente pubblico sarà quasi sempre riconosciuta solo quella somma che al dipendente privato viene corrisposta oltre alla stabilizzazione, a fronte di un pregiudizio sostanzialmente analogo. Troppo, perché la collettività subisce il danno di essere stata servita da un dipendente assunto con procedure selettive meno rigorose e, poi, deve anche riparare economicamente quel pregiudizio.

La trasformazione più profonda delle "categorie fondative" del diritto del lavoro è però intervenuta, tra il 2012 e il 2015, soprattutto sul piano della c.d. flessibilità in uscita.

Essa risponde all'obiettivo di orientare l'occupazione verso la forma tipica del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, rendendo però quest'ultimo più flessibile, e dunque più attrattivo per le imprese. In questa direzione si è mossa prima la legge n. 92 del 2012 e poi il d.lgs. n. 23 del 2015. Il legislatore non ha peraltro agito sui presupposti del licenziamento, ma, fermi quei presupposti, ha diversamente modulato le sanzioni previste per i licenziamenti disposti in assenza di essi. Il *Jobs Act*, in particolare, ha limitato la tutela reale alle sole ipotesi in cui il licenziamento costituisca una violazione più grave (licenziamento nullo perché discriminatorio o riconducibile ad altri casi di

[30] C. cost., n. 89 del 2003.
[31] Clausola 5 dell'accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70/CE.
[32] C. giust. UE, Papalia, C-50/13; Adeneler C-212/04; Marrosu e Sardino, C-53/04.
[33] Cassazione civile, n. 5072 del 2016.

nullità espressamente previsti dalla legge) o suscettibile di essere accertata in modo oggettivo dal giudice (licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento). Al di fuori di queste ipotesi, il licenziamento illegittimo comporta la condanna del datore di lavoro al solo pagamento di un'indennità, che cresce con il crescere degli anni di servizio. La c.d. "tutela crescente" rappresenta per l'impresa un costo preventivabile e ha il pregio di non esporla alle incertezze di una valutazione discrezionale del giudice circa l'esistenza o meno del "notevole inadempimento" e della conseguente proporzionalità della sanzione estintiva del rapporto.

Di là da ogni considerazione circa gli effetti di tale innovazione sul diritto del lavoro in generale, qui ovviamente interessa il profilo dell'applicabilità al lavoro pubblico. Sul tema, con riferimento alla norma del 2012 (c.d. legge Fornero), si è accesso un dibattito politico, scientifico e, infine, giurisdizionale, il quale ha dato luogo fra l'altro a due sentenze, fra loro disarmoniche, della Corte di Cassazione, susseguitesi a breve distanza di tempo[34]. Il dibattito ha riguardato una questione meno importante di interpretazione, dietro la quale però si cela una più importante questione di compatibilità fra "nuovo" diritto del lavoro e principi costitutivi (e costituzionali) del pubblico impiego.

Quanto alla prima, diversi giuslavoristi[35] e la Corte di Cassazione, sulla base di una infelice disposizione della legge Fornero, che ambiguamente demandava a successivi interventi ministeriali la individuazione e definizione di "ambiti, modalità e tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche", sono pervenuti alla conclusione che la disciplina privatistica sulla flessibilità in uscita non si applichi al settore pubblico. Conclusione giusta, ma raggiunta con ragionamento sbagliato. La Corte di Cassazione, nella seconda e più argomentata delle pronunce citate, ha difatti sostenuto che quella ambigua disposizione della legge Fornero abbia addirittura ribaltato il senso della norma madre della privatizzazione del pubblico impiego: il rinvio mobile da essa previsto si sarebbe trasformato in rinvio fisso, o ricettizio: "*la norma richiamata rest[a] cristallizzata nel testo antecedente alle modifiche apportate dalla riforma, che, quindi, continua a disciplinare i rapporti interessati dalla norma di rinvio, dando vita in tal modo ad una duplicità di normative, ciascuna applicabile in relazione alla <u>diversa natura</u> dei*

[34] Cass. civ., sez. lavoro, n. 24157 del 2015 e n. 11868 del 2016.

[35] F. Carinci, *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in AA.VV., *La disciplina dei licenziamenti nel primo anno di applicazione della legge n. 92/2012 (prima parte)*, a cura di M. Persiani, e-Book di *Giur. it.* (inserto), Milano, UTET Giuridica, Milano, 2014, 480; A. Boscati, *La difficile convivenza tra il nuovo art. 18 e il lavoro pubblico*, in *Il lav. nelle p.a.*, 2012, 999 ss.

rapporti giuridici in rilievo". Dunque, per la Cassazione il rapporto di lavoro pubblico torna ad avere "natura" diversa dal rapporto di lavoro privato. Al primo, si applica il vecchio diritto del lavoro della stabilità, munito di art. 18 St. Lav., mentre al secondo si applica il nuovo diritto del lavoro della flessibilità, sprovvisto della tutela reale.

Si tratta, con ogni evidenza, di una lettura che altera il senso più profondo della privatizzazione del pubblico impiego e della norma fondativa di quella riforma, in chiaro contrasto non solo con la sua lettera, ma soprattutto con il suo spirito. Solo un rinvio mobile può, infatti, realizzare il principio della privatizzazione, che non era quello di applicare al lavoro pubblico una determinata disciplina sostanziale privatistica, bensì quello di parificare il contenuto sostanziale della disciplina applicabile nei due settori o comunque di agganciare la disciplina del lavoro pubblico a quella del lavoro privato. La norma privatistica è richiamata dall'art. 2, co. 2, d.lgs. 165 del 2001, se e in quanto vigente nel settore privato; se ivi non vige, non opera il rinvio, perché non se ne realizzerebbe la funzione, che è appunto quella del pareggiamento delle discipline. E in questa prospettiva ancor meno convincente è l'idea, pur autorevolmente prospettata, secondo cui neppure il d.lgs. n. 23 del 2015, che ha rimpiazzato la legge Fornero senza ripeterne le ambiguità, si applicherebbe al lavoro pubblico, perché esso definisce il proprio ambito di applicazione in riferimento agli impiegati, operai e quadri, cioè categorie estranee al lavoro pubblico. Ma anche il titolo V del codice civile, ai sensi dell'art. 2095, si applica a tali categorie, senza che nessuno abbia mai dubitato che la privatizzazione ne implichi l'applicazione al settore pubblico. Il fatto è che le norme privatistiche – quelle del codice civile come quelle del *Jobs Act* – non si applicano al settore pubblico in via diretta e per forza propria, ma sempre in virtù dell'art. 2, co. 2, del d.lgs. n. 165 del 2001. Pertanto, fino a quando questa disposizione non venga espressamente modificata, vi sono due sole alternative. O il rinvio opera. E allora si applica il diritto del lavoro vigente nel settore privato. Oppure il rinvio non opera, perché la norma successiva lo esclude o paralizza. E allora, salvo diversa espressa disposizione non si applica il diritto del lavoro, né quello vigente, né quello abrogato, bensì una regolazione speciale, dettata dalla legge, ovvero ricavabile in via interpretativa in base ai principi pubblicistici.

Più al fondo, la verità è che l'idea dell'applicazione al settore pubblico del vecchio diritto del lavoro serve a eludere il nodo sostanziale, rappresentato dalla compatibilità fra il nuovo diritto del lavoro della flessibilità e i principi costituzionali sul pubblico impiego e sulla pubblica amministrazione. Tale compatibilità appare problematica sia in un senso più generale, sia in un senso più specifico. In un senso generale, perché la stabilità nel posto di lavoro costituisce un elemento fondamentale di

quel patrimonio di valori, su cui si fonda il *merit system* in contrapposizione al *political patronage*, che è trasfuso nella Costituzione. In un senso più specifico, perché la sanzione dell'indennità economica per il licenziamento illegittimo pone a carico della collettività la riparazione economica di un danno che essa stessa subisce: al pregiudizio della possibile dismissione partigiana, o comunque illegittima, di un dipendente che avrebbe meritato di continuare a servirla, si aggiunge il costo ulteriore connesso al risarcimento di quello stesso danno. Si tratta di un ordine di idee che, come è noto, ha indotto la Corte costituzionale a escludere la legittimità di disposizioni che prevedano "*forme onerose di spoils system*", con una pronuncia[36] che non a caso viene richiamata dalla citata sentenza della Corte di cassazione, questa volta condivisibilmente, a supporto della tesi della mancata applicazione della legge Fornero al lavoro pubblico.

3.2. *Alla ricerca di soluzioni di adattamento della flessibilità privatistica al settore pubblico*

Le trasformazioni profonde del diritto del lavoro privato, determinate dai decreti del 2015 del c.d. *Jobs Act*, sollevano dunque un tema delicatissimo e decisivo per i futuri assetti del diritto del lavoro pubblico. Se il lavoro pubblico si "apre" al nuovo diritto del lavoro della flessibilità, allora il modello privatistico rischia di divenire incompatibile con princìpi e valori pubblicistici, che la privatizzazione intendeva in origine certamente salvaguardare e rispettare: fra tutti l'assunzione per concorso e la stabilità del dipendente in tal modo selezionato. Se per converso il lavoro pubblico si "chiude" al nuovo diritto del lavoro, allora il modello privatistico rischia di perdere senso, perché ben poco avrebbe di "privato" un rapporto di lavoro che si costituisce e si estingue in base a regole speciali.

Tale lo sfondo problematico su cui sono intervenute le recenti disposizioni di riforma attuative della legge n. 124 del 2015.

Due erano i principali profili di "compatibilità" da affrontare.

Il primo riguarda la flessibilità in entrata e l'applicabilità al settore pubblico del d.lgs. n. 81 del 2015. Al riguardo, la legge delega n. 124 del 2015 affidava al governo il compito di dettare la "disciplina delle forme di lavoro flessibile, con individuazione di limitate e tassative fattispecie, caratterizzate dalla compatibilità con la peculiarità del rapporto di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e con le esigenze organizzative e funzionali di queste ultime, anche al fine di prevenire il precariato" (art. 17, co. 1, lett. o).

[36] C. cost. n. 351 del 2008.

Il secondo profilo attiene alla flessibilità in uscita e all'applicabilità al settore pubblico del d.lgs. n. 23 del 2015, soprattutto in materia di licenziamenti. Qui i criteri della legge delega rilevanti erano essenzialmente due. Per un verso, vi era la delega generale di riordino normativo, che include il criterio della "risoluzione delle antinomie" (art. 16, c. 2, lett. c). E l'applicabilità del *Jobs Act* al lavoro pubblico costituisce probabilmente il nodo interpretativo più discusso e che maggiormente il governo è stato sollecitato sciogliere. Per altro verso, vi era un criterio di innovazione della disciplina vigente, che riguardava le sanzioni disciplinari e, quindi, anche il licenziamento: "introduzione di norme in materia di responsabilità disciplinare dei pubblici dipendenti finalizzate ad accelerare e rendere concreto e certo nei tempi di espletamento e di conclusione l'esercizio dell'azione disciplinare" (art. 17, co. 1, lett. s).

L'atteggiamento del Governo, in sede di attuazione della delega, è stato quello di evitare sia un approccio di apertura incondizionata all'ingresso dei nuovi princìpi lavoristici nel settore pubblico, sia, all'opposto, un atteggiamento di arroccamento del pubblico impiego intorno ad una disciplina speciale, che nega al datore di lavoro pubblico tutta quella flessibilità che il legislatore concede a piene mani al datore di lavoro privato. Per un verso, una lunga esperienza insegna che la flessibilità repressa tende comunque a riemergere, nel settore pubblico, sovente nelle sue forme peggiori e meno garantite. I divieti legislativi non sono mai riusciti a contenere efficacemente il precariato, che si è sempre comunque formato per via di eccezioni, deroghe e aggiramenti di quei divieti. Vi è anche nel pubblico un'esigenza di flessibilità incomprimibile, che, se non regolata, si afferma senza regole. Per altro verso, la profonda frattura fra lavoro pubblico e privato determinerebbe squilibri e diseguaglianze sempre più difficilmente giustificabili, in un contesto ormai "educato" alla convergenza dei due universi normativi. Vi sarebbero precari pubblici, assunti per concorso, meno garantiti dei precari privati, assunti senza di esso, perché ai primi non si applica la sanzione della conversione del rapporto a tempo indeterminato, bensì un risarcimento limitato a quanto ai precari privati è riconosciuto in aggiunta alla stabilizzazione. E vi sarebbero, all'opposto, dipendenti pubblici più garantiti dei dipendenti privati a tempo indeterminato, perché gli uni godono di una tutela reale che è stata oggi sottratta agli altri.

Donde l'esigenza di una terza via, che non sia di apertura o chiusura incondizionata, ma ricerchi difficili soluzioni di adattamento della flessibilità privatistica al settore pubblico. Certo è impresa più facile a enunciarsi che a realizzarsi, ma il decreto legislativo n. 75 del 2017 muove in questa direzione, proponendo alcune utili innovazioni.

3.3. *Settore pubblico e flessibilità in entrata.*

Con riguardo alla flessibilità in entrata, il Governo ha agito su due piani distinti. Per un verso, quello della soluzione del precariato storico, accumulatosi negli anni del blocco del turn-over, mediante l'ennesimo – e forse inevitabile - intervento di stabilizzazione. Per altro verso, ha invece agito sul piano delle regole a regime sul ricorso alla flessibilità in entrata nelle pubbliche amministrazioni.

Su questo secondo profilo, la strada più promettente appare quella di consentire alle amministrazioni di ricorrere a rapporti flessibili, prefigurando per essi percorsi di stabilizzazione coerenti con il principio del concorso pubblico. A tal fine, una precondizione è rappresentata dalla previsione di modalità uniformi di accesso al sistema amministrativo per le assunzioni a tempo indeterminato e determinato. Oggi la stessa Corte costituzionale consente, per le seconde, forme di selezione meno rigorose. Ma tale differenza poi rende la situazione del precariato terribilmente spinosa, perché l'eventuale successiva stabilizzazione implica violazione del principio del concorso pubblico, cioè di quel concorso che è necessario per l'accesso ad un posto stabile. Per questa ragione, il legislatore aveva già in passato introdotto una previsione importante, stabilendo che alle amministrazioni fosse consentito sottoscrivere "contratti a tempo determinato con i vincitori e gli idonei delle proprie graduatorie vigenti per concorsi pubblici a tempo indeterminato"[37]. Questa soluzione, diretta a unificare i canali di accesso per lavoratori precari e stabili, sarebbe divenuta assai più efficace se fosse stato attuato il criterio di delega della legge n. 124 del 2015 sull'accentramento dei concorsi, che avrebbe garantito la costituzione di un "bacino" di idonei sufficientemente ampio da soddisfare la grande parte delle esigenze di flessibilità delle singole amministrazioni che possono attingervi. Ciò avrebbe notevolmente sdrammatizzato l'eventuale successiva stabilizzazione di questo personale precario, comunque già selezionato nelle stesse forme previste per il personale di ruolo. Purtroppo le norme sui concorsi centralizzati non sono state adottate dal Governo, che tuttavia ha contribuito, almeno in parte, a realizzare comunque l'obiettivo della equiparazione delle condizioni di accesso fra lavoro stabile e lavoro flessibile. Difatti, l'art. 36, c. 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato dall'art. 9 del decreto legislativo n. 75 del 2017, stabilisce ora che le amministrazioni possano stipulare contratti di lavoro flessibile soltanto "nel rispetto delle condizioni e modalità di reclutamento stabilite dall'art. 35", che come è noto detta i principi in materia di concorsi pubblici. La formulazione della norma è più rigorosa di quella

[37] Art. 36, c. 2, ultimo periodo, del d.lgs. 165 del 2001.

previgente, secondo cui, mentre l'assunzione di personale a tempo indeterminato doveva avvenire "seguendo le procedure di reclutamento previste dall'articolo 35", diversamente il ricorso al lavoro flessibile era subordinato al più generico rispetto delle "procedure di reclutamento vigenti". Oggi non vi sono più dubbi circa il fatto che il reclutamento di personale con rapporto di lavoro flessibile deve avvenire mediante un concorso pubblico, governato dalle stesse regole e dagli stessi principi di oggettività, pubblicità, trasparenza che connotano i concorsi per l'assunzione di personale di ruolo.
Tale omogeneizzazione delle modalità di accesso rafforza la possibilità di individuare "meccanismi di valutazione finalizzati a valorizzare l'esperienza professionale acquisita da coloro che hanno avuto rapporti di lavoro flessibile con le amministrazioni pubbliche", come prevedeva la legge delega, sulla falsariga di quanto già previsto dall'art. 35, c. 3-bis, d.lgs. 165 del 2001[38]. E difatti anche quest'ultima disposizione è stata modificata e rafforzata dal decreto legislativo n. 75 del 2017, che ne ha esteso l'applicabilità a tutte le forme di lavoro flessibile.
Ne potrebbe derivare un sistema nel quale il lavoro flessibile costituisce una porta di ingresso verso il lavoro stabile, previo superamento, a monte o a valle, dello stesso concorso previsto per il reclutamento del personale a tempo indeterminato, o, comunque, di un concorso altrettanto serio, perché analogamente regolato e disciplinato.

3.4. *Settore pubblico e flessibilità in uscita.*

Più complesso è invece il tema della flessibilità in uscita.
Anche in questo caso le scelte del Governo hanno seguito due direttrici.
La prima è stata quella di escludere, per le ragioni già dette, che nel settore pubblico i licenziamenti illegittimi possano essere sanzionati con risarcimenti a carico della collettività, come invece avverrebbe se si ritenesse applicabile, *sic et simpliciter*, la disciplina privatistica oggi contenuta nel c.d. *Jobs Act*. Il decreto legislativo n. 75 del 2017 è stato netto al riguardo. L'art. 21 di tale decreto ha modificato l'art. 63 del d.lgs. n. 165 del 2001, aggiungendo, al comma 2, i seguenti periodi: "Il

[38] Art. 35, c. 3-bis, d.lgs. n. 165 del 2001: "Le amministrazioni pubbliche, nel rispetto della programmazione triennale del fabbisogno, nonché del limite massimo complessivo del 50 per cento delle risorse finanziarie disponibili ai sensi della normativa vigente in materia di assunzioni ovvero di contenimento della spesa di personale, secondo i rispettivi regimi limitativi fissati dai documenti di finanza pubblica e, per le amministrazioni interessate, previo espletamento della procedura di cui al comma 4, possono avviare procedure di reclutamento mediante concorso pubblico: a) con riserva dei posti, nel limite massimo del 40 per cento di quelli banditi, a favore dei titolari di rapporto di lavoro subordinato a tempo determinato che, alla data di pubblicazione dei bandi, hanno maturato almeno tre anni di servizio alle dipendenze dell'amministrazione che emana il bando; b) per titoli ed esami, finalizzati a valorizzare, con apposito punteggio, l'esperienza professionale maturata dal personale di cui alla lettera a) e di coloro che, alla data di emanazione del bando, hanno maturato almeno tre anni di contratto di lavoro flessibile nell'amministrazione che emana il bando.

giudice, con la sentenza con la quale annulla o dichiara nullo il licenziamento, condanna l'amministrazione alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro…", nonché al pagamento di una indennità risarcitoria. Dunque, la tutela reale continua ad applicarsi nel lavoro pubblico, non perché sia possibile intendere la privatizzazione come rinvio ad un diritto del lavoro vecchio, bensì in ragione di una espressa previsione speciale, che deroga al diritto del lavoro in ragione della particolare natura del datore di lavoro pubblico.

La seconda direttrice è stata invece quella di smussare l'effetto di divaricazione fra lavoro pubblico e lavoro privato che il differente regime dell'estinzione del rapporto comporta. Ciò mediante la ricerca di soluzioni in grado di realizzare, pur nel rispetto della specificità del settore pubblico, un avvicinamento sostanziale alla disciplina privatistica, anche sul piano dei licenziamenti.

Se l'avvicinamento non può intervenire sul piano della patologia, cioè del trattamento normativo dei licenziamenti illegittimi, esso può forse realizzarsi sul terreno della fisiologia, rendendo cioè meno disagevole e accidentato, per il datore di lavoro pubblico, il percorso necessario per pervenire legittimamente al risultato del licenziamento, o comunque della appropriata sanzione disciplinare, a fronte di inadempimenti e condotte illecite del dipendente pubblico.

Qui il decreto legislativo n. 75 del 2017, in piena coerenza con le indicazioni della delega, ha innanzitutto provveduto ad una semplificazione dei procedimenti disciplinari, mediante una abbreviazione dei relativi termini, una concentrazione delle competenze in capo agli Uffici per i procedimenti disciplinari - UPD, un inasprimento delle sanzioni per il mancato o ritardato esercizio dell'azione disciplinare, una tipizzazione legale di fattispecie che comportano il licenziamento disciplinare e, se accertate in flagranza, l'immediata sospensione cautelare del dipendente.

Ma un ulteriore avvicinamento sostanziale alla disciplina privatistica è stato realizzato mediante due previsioni particolari, che riguardano precisamente le due principali fattispecie in ordine alle quali il legislatore ha ritenuto di escludere la tutela reale nei rapporti di lavoro subordinato nell'impresa. Il d.lgs. n. 23 del 2015, difatti, ha inteso sottrarre l'impresa al rischio di una reintegrazione ordinata dal giudice, oltre che nel caso di licenziamento economico, che nel settore pubblico conosce una disciplina del tutto peculiare, essenzialmente in due ipotesi di licenziamento disciplinare illegittimo: quella del vizio procedurale e quella della sproporzione rispetto ad un fatto contestato comunque esistente.

Con riferimento alla seconda ipotesi, cioè quella del licenziamento sproporzionato, il decreto di riforma ha introdotto il potere del giudice, in caso di annullamento della sanzione disciplinare, inclusa quella espulsiva, di rideterminare la sanzione, tenendo conto della gravità del

comportamento del dipendente. La norma consente all'amministrazione di disporre il licenziamento del dipendente, senza dover temere che un diverso apprezzamento del giudice circa la gravità della condotta contestata possa determinare l'annullamento della sanzione comminata e la sottrazione del dipendente a qualunque sanzione, per effetto della consumazione del potere disciplinare esercitato[39].

Con riguardo invece alla prima ipotesi, il Governo, cogliendo anche suggerimenti affacciati dalla scienza giuridica, ha tentato un avvicinamento alla disciplina privatistica mediante soluzioni tratte dal patrimonio del diritto pubblico e amministrativo, calibrate, in particolare, sulla logica sostanzialistica dell'art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990[40]. Si tratta di soluzioni che, senza sostituire la tutela reale con quella obbligatoria, mirano però ad evitare che il datore di lavoro pubblico venga costretto a mantenere in servizio dipendenti che andrebbero certamente rimossi esclusivamente in ragione di violazioni di una disciplina procedurale che, nel settore pubblico, è resa più complessa e rigorosa da norme che "organizzano" l'esercizio della funzione disciplinare.

Al riguardo, il d.lgs. n. 75 del 2017 ha, innanzitutto, limitato i requisiti formali e procedurali necessari per comminare legittime sanzioni disciplinari, riducendoli a poche e tassative disposizioni legislative e disponendo un divieto di aggravamento del procedimento, sanzionato con la nullità delle disposizioni sub-primarie che vi contravvengano[41].

Il decreto, inoltre, ha previsto che la violazione di specifici termini o prescrizioni procedurali non determini decadenza dall'azione disciplinare ovvero invalidità della sanzione irrogata, quando il giudice ritenga che il principio del contraddittorio e della tempestività dell'esercizio del potere disciplinare siano stati complessivamente e sostanzialmente rispettati[42]. La norma in questione, come è evidente, ha la finalità di "proteggere" la sanzione disciplinare comminata, sostanzialmente

[39] Art. 63, c. 2-bis, del d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato dall'art. 21 del d.lgs. n. 75 del 2017 "Nel caso di annullamento della sanzione disciplinare per difetto di proporzionalità, il giudice può rideterminare la sanzione, in applicazione delle disposizioni normative e contrattuali vigenti, tenendo conto della gravità del comportamento e dello specifico interesse pubblico violato".

[40] In questo ordine di idee M. Magri, *Sciogliere o recidere il nodo dell'applicabilità dell'art. 18 St. lav. al settore pubblico?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4 del 2016, p. 523 e ss.

[41] Art. 55-bis, c. 9-bis del d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato dall'art. 13 del d.lgs. n. 75 del 2017: "Sono nulle le disposizioni di regolamento, le clausole contrattuali o le disposizioni interne, comunque qualificate, che prevedano per l'irrogazione di sanzioni disciplinari requisiti formali o procedurali ulteriori rispetto a quelli indicati nel presente articolo o che comunque aggravino il procedimento disciplinare".

[42] Più precisamente, l'art. 55-bis, comma 9-ter, del d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato dall'art. 13 del d.lgs. n. 75 del 2017, prevede che "la violazione dei termini e delle disposizioni sul procedimento disciplinare, previste dagli articoli da 55 a 55-quater del d. lgs. n. 165 del 2011, fatta salva l'eventuale responsabilità del dipendente cui essa sia imputabile, non determina la decadenza dall'azione disciplinare né l'invalidità degli atti e della sanzione irrogata, purché non risulti irrimediabilmente compromesso il diritto di difesa del dipendente, e le modalità di esercizio dell'azione disciplinare, anche in ragione della natura degli accertamenti svolti nel caso concreto, risultino comunque compatibili con il principio di tempestività".

giusta sul piano procedurale e sostanziale, da annullamenti fondati su irregolarità minori, quali ritardi minimi nei tempi di avvio o conclusione del procedimento, compatibili con il sostanziale rispetto del principio di tempestività, o come violazioni di formalità procedurali che non pregiudicano in misura rilevante il diritto di difesa dell'incolpato. Quando i principi di tempestività e del contraddittorio sono rispettati, il vizio procedurale perde rilievo sostanziale e la sanzione comminata non può essere annullata, escludendosi, in caso di licenziamento, tanto la tutela reale, quanto la tutela obbligatoria, fatta salva la sola responsabilità disciplinare del dirigente cui il ritardo o l'irregolarità sia imputabile.

Il tempo e l'esperienza applicativa dimostreranno se questa soluzione tecnica potrà rivelarsi efficace. Va detto, però, che la portata innovatrice della norma è stata parzialmente ridotta nel corso del procedimento di approvazione del decreto legislativo, anche in esito ad un parere assai critico del Consiglio di Stato[43]. Aderendo ad alcuni rilievi del Consiglio di Stato, che sorprendentemente continua a ricondurre il potere disciplinare del datore di lavoro pubblico al potere punitivo dello Stato e alla "supremazia speciale", si è stabilito, che "sono da considerarsi perentori il termine per la contestazione dell'addebito e il termine per la conclusione del procedimento". Il governo ha avuto forse timore di allontanarsi troppo dagli schemi gius-pubblicistici tradizionali, che contemplano la natura perentoria dei termini del procedimento disciplinare, per evitare inerzie e ritardi che incidono negativamente sia sull'interesse del dipendente, sia sull'interesse della pubblica amministrazione ad una sollecita definizione della procedura.

A queste preoccupazioni devono però contrapporsi due ordini di riflessioni. In primo luogo, è riduttivo interpretare il senso della disposizione in esame esclusivamente come trasformazione dei termini del procedimento disciplinare da perentori a ordinatori. Per effetto di essa, infatti, la violazione di tali termini, pur non determinando decadenza dal potere di irrogare la sanzione e annullamento della stessa, avrebbe comunque avuto una duplice importante funzione: quella di indice presuntivo e oggettivo della violazione del principio di tempestività, impedendo al riguardo letture soggettive del giudice; quella di illecito disciplinare per il dirigente colpevole dell'inerzia o del ritardo.

In secondo luogo, deve osservarsi che la conseguenza del ripristino della perentorietà dei termini è presto detta: se un procedimento disciplinare che commina il licenziamento di un dipendente pubblico, macchiatosi di una gravissima condotta illecita, sarà adottato con un giorno di ritardo, quel licenziamento sarà annullato e il dipendente pubblico sarà anche reintegrato nel posto di

[43] Cons. St., comm. spec., 21 aprile 2017, n. 916

lavoro. Mentre se un analogo procedimento si concluderà nello stesso termine nei confronti di un dipendente privato, questi non avrà né tutela reale, né tutela obbligatoria, a condizione che sia rispettato il principio di tempestività. Ci si deve chiedere – e anche il Consiglio di Stato non dovrebbe sottrarsi all'interrogativo – se simili differenze siano giustificabili, non solo agli occhi dell'opinione pubblica, ma soprattutto sul piano della coerenza di un ordinamento giuridico che continua a prevedere il principio di privatizzazione del pubblico impiego.

4 Conclusioni

Si può ora tornare ad un interrogativo che era rimasto aperto: può dirsi che il modello privatistico di disciplina del lavoro pubblico abbia ormai imboccato il viale del tramonto? Oppure esso rappresenta ancora una direttrice della permanente azione di innovazione amministrativa?

La risposta non può essere univoca. Non vi è dubbio che numerosi segnali indichino una tendenza alla progressiva divaricazione fra lavoro pubblico e privato, in contrasto con l'idea stessa della "privatizzazione", come conseguenza della duplice crisi attraversata da tale idea.

Il mancato attecchimento della cultura manageriale e del risultato ha indotto, da un lato, ad un ritorno al passato, cioè a una riespansione di versioni esasperate e talora formalistiche del principio di legalità, e, dall'altro lato, a tentativi (falliti) di ripensare il rapporto fra politica e amministrazione. Il ripensamento, nella riforma della dirigenza pubblica prefigurata dal legislatore, avrebbe determinato un effetto di ripubblicizzazione, mediante una sorta di concorsualizzazione delle procedure di conferimento degli incarichi dirigenziali. Una idea che avrebbe riavvicinato la disciplina vigente alle idee di coloro che, come Giannini e Rusciano, possono definirsi i *founding fathers* della privatizzazione del pubblico impiego e che sono stati sempre contrari, però, alla privatizzazione della dirigenza. E del resto si tratta di unna tendenza che comunque si è almeno in parte affermata per via giurisprudenziale, se è vero che la Corte di Cassazione, in base al combinato disposto della correttezza e buona fede e dell'art. 97 Cost. ha perfino riscoperto la teorica degli interessi legittimi di diritto privato. Al tempo stesso, però, questa ri-pubblicizzazione si accompagnava, sempre nell'ipotesi di riforma soffocata sul nascere dalla Corte costituzionale, ad una decisa riaffermazione e rafforzamento della logica privatistica del mercato all'interno del sistema amministrativo e dei "ruoli" unici dirigenziali. E l'enfasi sulla cultura aziendalistica è poi emersa con chiarezza nelle norme del decreto sulla valutazione della *performance*.

In secondo luogo, un effetto di ri-pubblicizzazione, nel senso di divaricazione fra lavoro pubblico e privato, è prodotto anche dalla più limitata applicazione al settore pubblico del nuovo diritto del lavoro della flessibilità. Si estende, come visto, l'ambito delle norme privatistiche ritenute incompatibili con la peculiarità del rapporto di lavoro pubblico, cui la Cassazione torna a riconoscere una diversa natura, che richiede regole speciali, ancorché identificate dalla stessa Cassazione con quelle del vecchio diritto del lavoro della stabilità. Ma, anche in questo caso, la disciplina privatistica non cessa di rappresentare, quantomeno, un parametro cui approssimare sostanzialmente le regole del lavoro pubblico, per consentire il massimo di flessibilità sostenibile nel settore pubblico e il minimo di divaricazione dei trattamenti fra dipendenti pubblici e privati.

Insomma, la tendenza è all'allontanamento delle regole applicabili al lavoro pubblico e privato, ma la "privatizzazione" resta il modello di riferimento. Si tratta di una contraddizione? Forse non è così. Occorre distinguere fra volto formale e quello sostanziale della c.d. "privatizzazione". Se per privatizzazione si intende una mera equiparazione delle regole applicabili, allora la disciplina speciale contraddice sempre e inevitabilmente quel principio. Ma se per privatizzazione si intende un avvicinamento delle dinamiche della gestione pubblica a quelle proprie dell'azienda privata, allora la regolamentazione speciale, talvolta, può agevolare la privatizzazione. La parziale ri-pubblicizzazione della disciplina degli incarichi dirigenziali potrebbe conferire (o avrebbe potuto conferire) al dirigente pubblico l'autonomia necessaria per meglio esercitare i poteri del privato datore di lavoro in modo analogo al dirigente privato. Una disciplina speciale dei procedimenti disciplinari può contribuire ad introdurre nel settore pubblico assetti ed equilibri simili a quelli che nel settore privato si stabiliscono in assenza di quelle regole. Una regolazione artificiale può essere insomma necessaria per avvicinare due contesti strutturalmente diversificati. La privatizzazione potrebbe restare il paradigma di riferimento delle riforme future, ma nella sua nuova versione sostanziale.