



Università degli Studi di Catania
Facoltà di Giurisprudenza

Alessandro Garilli

La privatizzazione del lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni e l'art. 97 Cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi

WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 49/2007



© Alessandro Garilli 2007
Facoltà di Giurisprudenza – Università di Palermo
alegarilli@tin.it

ISSN – 1594-817X
Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D’Antona”
Via Crociferi, 81 – 95124 Catania (Italy)
Tel: + + 39 095 230464 – Fax: + +39 095 313145
centrostudidantona@lex.unict.it
www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione

**La privatizzazione del lavoro nelle Pubbliche
Amministrazioni e l'art. 97 Cost.:
di alcuni problemi e dei possibili rimedi**

**Alessandro Garilli
Università di Palermo**

| | |
|--|----|
| 1. Premessa | 2 |
| 2. La funzione dell'art. 97 Cost. nel contesto della privatizzazione | 2 |
| 3. La preposizione del dirigente agli uffici: ripublicizzazione o neocontrattualizzazione? | 6 |
| 4. Alcuni punti di sofferenza: a) reclutamento e carriera; b) i rapporti flessibili. | 10 |
| 5. Osservazioni critiche su una proposta provocatoria: il licenziamento collettivo per scarso rendimento. | 15 |

1. Premessa

La privatizzazione del pubblico impiego continua ad essere oggetto di un'alluvionale e rapsodica produzione legislativa, non sempre coerente con l'impianto originario della riforma, e per lo più indirizzata verso il contenimento e il controllo della spesa mascherati da intenti di razionalizzazione organizzativa. Mosso da questa pur legittima esigenza, il legislatore degli ultimi anni ha però operato allontanandosi dal principio dell'uniformazione tra lavoro pubblico e lavoro privato con una disciplina speciale (ad esempio in materia di rapporti di lavoro flessibili, di contratti a contenuto formativo, di contratti di somministrazione) fortemente criticata.

Un altro filone di intervento ha riguardato la dirigenza, anche qui senza un'organica revisione della materia, ma piuttosto con operazioni contraddittorie sui meccanismi che presiedono alla preposizione agli uffici e sul c.d. *spoils system*.

Di fronte a tale confusione si spiegano le tensioni che percorrono la giurisprudenza e l'esigenza da molti avvertita di una nuova sistematizzazione dell'intera materia. Fare il punto sullo stato dell'arte può essere pertanto di qualche utilità. Questo breve scritto intende affrontare, senza presunzione di completezza, alcuni temi al centro del dibattito. Resta fuori dall'analisi la contrattazione collettiva, che costituisce oggetto d'indagine in altro scritto pubblicato in questo numero della Rivista.

2. La funzione dell'art. 97 Cost. nel contesto della privatizzazione

In primo luogo, il punto nevralgico, non ancora univocamente risolto in dottrina e in giurisprudenza, è quello relativo alle modalità di attuazione nel nuovo sistema dei principi contenuti nell'art. 97 Cost.: vale a dire se ed entro quali limiti il principio di funzionalizzazione dell'agire della p.a. coesista con la privatizzazione del rapporto e la contrattualizzazione delle fonti. Qualche breve considerazione di carattere generale può essere utile per chiarire i termini della questione.

Secondo la risalente lettura tradizionale del pubblico impiego, il vincolo di scopo che caratterizza l'organizzazione amministrativa, indirizzata alla cura di interessi altrui, essenziali per la collettività e quindi generali, informa non solo la specializzazione delle competenze all'interno degli uffici, ma anche il substrato materiale necessario allo svolgimento

delle attività pubbliche, e cioè la divisione del lavoro e gli aspetti più significativi del rapporto di lavoro (1).

Così il perseguimento degli interessi generali è stato da sempre affidato a strutture organizzative composte stabilmente ed istituzionalmente da una minoranza di persone appositamente reclutate e destinate a questo scopo; di guisa che, secondo l'opinione consolidata, si crea uno stretto nesso tra la struttura organizzativa e la soddisfazione degli interessi generalizzati (2).

Di per sé questa concezione non esclude che l'amministrazione, specie quella erogatrice di servizi, possa essere governata secondo tecniche proprie dell'impresa privata; ed infatti non mancò chi, anche a livello politico, già tra il secondo e il terzo decennio del '900 auspicò un metodo Taylor del governo e dell'amministrazione. Insomma lo Stato moderno, "poiché è un'impresa al pari di una fabbrica" deve essere sottoposto alle regole dell'economia. Del resto, anche nel diritto privato si rinvengono istituti in cui assume rilevanza il nesso tra struttura organizzativa e soddisfazione di interessi generalizzati (3).

Sotto quest'aspetto si può a ragione sostenere che il potere organizzativo è strutturalmente identico (o quantomeno simile) sia nelle imprese che nelle pubbliche amministrazioni, in quanto in entrambe l'organizzazione, rivolta nel suo insieme al raggiungimento di uno scopo unitario (il profitto, l'interesse pubblico), riguarda l'apparato (aziendale o amministrativo), la gestione del lavoro per il raggiungimento del risultato complessivo, la disciplina dei rapporti di lavoro.

Quindi il potere organizzativo "implica sia decisioni concernenti la struttura, sia decisioni ... concernenti lo svolgimento delle singole prestazioni" (potere di conformazione della prestazione, potere direttivo, *jus variandi*) (4).

Tuttavia l'amministrazione non è un soggetto economico tenuto al rispetto delle regole del mercato, ma intrinsecamente politico, cioè mosso dall'esigenza di perseguire interessi pubblici. E non è dato presumere che, in assenza di regole giuridiche, prevalga l'interesse ad operare per il miglior risultato. Inoltre, accanto all'esigenza di efficienza, si pone la necessità di garantire l'amministrazione dall'ingerenza del potere politico.

(1) E. Ghera, *Rapporto di lavoro e burocrazia nel pubblico impiego*, in *RDL*, 1970, I, p. 144 ss.

(2) G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1966.

(3) V. Frosini, *Osservazioni sulla struttura giuridica dell'ufficio*, in *Rass DC*, 1964, I, p. 1940 ss.

(4) C. D'Orta, *Il potere organizzativo delle amministrazioni pubbliche tra diritto pubblico e diritto privato*, in Carinci F., D'Antona M. (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, Commentario*, tomo I, II ed., Milano, 2000, p. 89 ss.

Da qui la separazione tra governo e amministrazione, introdotta con il principio di autorganizzazione, il quale però non esclude che gli organi di governo siano anche organi di vertice dell'amministrazione. Da qui, inoltre, il potere di indirizzo e di controllo del parlamento sulla spesa pubblica.

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

Sia pure nella sua equivocità semantica, il buon andamento non è soltanto una regola formale rivolta alle modalità dell'organizzazione, ma sostanziale dell'azione amministrativa. Vero è che il principio ha radici non giuridiche, e si ispira a criteri tecnici ricavabili dalle scienze aziendali e dalla scienza dell'amministrazione, ma esso ha forti implicazioni giuridiche, indirizzando la discrezionalità legislativa (l'art. 97 Cost. finalizza la riserva di legge al buon andamento e all'imparzialità), l'organizzazione degli uffici e l'attività amministrativa, ed infine (ed è questo il punto più controverso dopo la privatizzazione) almeno parte dell'organizzazione del lavoro e della disciplina del pubblico impiego (5).

La dottrina traduce l'espressione con il termine efficienza (6), convenendo che implica "mezzi giuridici elastici per consentire il miglior proporzionamento, al fine stabilito, dell'attività erogata" (7). Si tratta di un'accezione specifica della produttività, collegata non alla produzione di beni e servizi fornita dal singolo lavoratore nell'ambito di un arco di tempo determinato, ma all'ottimale rapporto tra le risorse impiegate e i risultati ottenuti. Di conseguenza, e coerentemente con le argomentazioni della Corte costituzionale (sentenza n. 313 del 1996; sentenza n. 275 del 2001; ordinanza n. 11 del 2002) le norme di organizzazione e del rapporto di lavoro non necessariamente devono essere di diritto pubblico.

Vi è dunque un "confine mobile" affidato al legislatore nella scelta tra regime privatistico e pubblicistico per la regolamentazione

(5) G. D'Alessio, *Il buon andamento dei pubblici uffici*, Ancona, 1993.

(6) M. S. Giannini, *Le incongruenze della normazione amministrativa e la scienza dell'amministrazione*, in *RTDP*, 1952, p. 286 ss.

(7) M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1966.

dell'organizzazione e dei rapporti di lavoro (8). In altri termini, riserva di legge e perseguimento dell'interesse generale non significano riserva assoluta di regime pubblicistico. La Costituzione, infatti, lascia al legislatore, come messo in evidenza da un'attenta dottrina (9), ampia possibilità di scelta del regime giuridico da applicare sia alle materie (o porzioni di materie) che riguardano l'organizzazione amministrativa in senso stretto, sia alla zona grigia che penetra nell'organizzazione del lavoro, sia infine alla disciplina del rapporto.

Tuttavia, l'opzione per il regime di diritto privato deve essere accompagnata da strumenti idonei "per la verifica della corrispondenza dell'esercizio del potere organizzativo al principio di buon andamento modernamente inteso" (10); vale a dire da meccanismi di controllo e misure di responsabilità diretti a valutare l'attività organizzativa nel suo complesso e a sanzionare gli esiti negativi della gestione e il mancato raggiungimento degli obiettivi predeterminati dall'organo politico. Il controllo di legittimità sugli atti, affidato *a posteriori* al giudice amministrativo (ché quelli preventivi esercitati dalla Corte dei Conti sono stati eliminati dalla legge n. 20 del 1994), cede il passo a controlli rivolti a verificare l'efficienza (anche in termini di qualità dei servizi e delle prestazioni) e il contenimento dei costi pubblici (Corte cost. n. 60 del 1991).

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

La Costituzione, inoltre, pur ribadendo la concezione garantista della burocrazia – in materia di parità di accesso agli uffici pubblici, di concorso pubblico, di organizzazione degli uffici e distribuzione delle competenze e delle responsabilità dei funzionari, di posizione speciale dell'impiegato perché al "servizio della Nazione" e quindi al riparo da interferenze

(8) P. Caretti, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1994.

(9) A. Orsi Battaglini, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *DLRI*, 1993, p. 461 ss.

(10) A. Corpaci, *La revisione del d. lgs. n. 29 del 1993 con riferimento al sistema delle fonti di regolazione del rapporto di lavoro e dell'organizzazione degli uffici e ai relativi riflessi di ordine giurisprudenziale*, in D'Antona M., Mattini P., Talamo V. (a cura di), *Riforma del lavoro pubblico e riforma delle pubbliche amministrazioni (1997-1998)*, Milano, 2001.

politiche di parte (artt. 51, 97 e 98 Cost.) — postula una lettura coordinata dei principi speciali con l'insieme delle norme che regolano i diritti dei cittadini e dei lavoratori in ordine alla loro partecipazione alla vita politica economica e sociale del Paese. Da ciò consegue che un eventuale regime di separatezza del corpo burocratico, vuoi sotto il profilo della scelta della fonte di disciplina, vuoi sotto quello della specialità della normativa, rispetto al lavoro privato, deve risultare giustificata dall'esigenza di garantire il raggiungimento dell'interesse pubblico cui l'amministrazione è protesa e di "proteggerne la scelta e le prestazioni da improprie interferenze politiche di parte" (11). Il sistema costituzionale, dunque, non consente una regolamentazione separata del pubblico impiego se non nei punti in cui essa risulti strumentale al perseguimento dell'interesse generale.

E' perciò necessaria una verifica sull'essenzialità della disciplina speciale (pubblica o privata che sia) e sulla sua compatibilità, in termini di bilanciamento, con i principi ricavabili da altre disposizioni costituzionali che tutelano il lavoro nelle sue espressioni individuali e collettive. E non solo costituzionali: perché se tra i principi della riforma campeggia quello della riconduzione del rapporto e dell'organizzazione del lavoro al diritto privato, privilegiando la fonte del contratto collettivo (12), tutte le deviazioni rispetto alla disciplina comune vanno sottoposte al filtro dell'art. 97 Cost., e, qualora non risultino giustificate dal perseguimento dell'efficienza e dell'imparzialità potrà sollevarsi questione di legittimità costituzionale per irragionevolezza della disciplina speciale e incoerenza col sistema.

3. La preposizione del dirigente agli uffici: ripublicizzazione o neocontrattualizzazione?

Il problema della funzionalizzazione ci conduce immediatamente a uno dei nodi più delicati della riforma, la dirigenza. Qui l'aspetto controverso riguarda il rapporto tra (organo di) indirizzo e (soggetto preposto alla) gestione; e ciò non soltanto nel profilo più volte disinvoltamente affrontato dal legislatore (statale in primo luogo, ma anche regionale) del c.d. *spoils system*, ma anche per quanto attiene alle forme e ai modi della preposizione del dirigente alle funzioni, specie se trattasi di funzioni di alta amministrazione.

E' fuor di dubbio che l'art. 97 Cost. abbia diretta incidenza sul sistema delineato dal legislatore della riforma per individuare l'oggetto del

(11) G. Pastori, *Burocrazia (voce)*, in *Digesto IV, disc. pubbl.*, II, Torino, 1987, p. 403 ss.

(12) Corte cost., sentenza 20 luglio 2006, n. 308, v.la in *LPA*, 2006, p. 706 ss., con nota di M. Montini; cfr. anche Cass., sentenza 5 luglio 2006, n. 14193.

contratto dirigenziale, oggetto variabile in relazione all'incarico di volta in volta attribuito sulla base di una fattispecie complessa costituita da un provvedimento unilaterale di conferimento e dal successivo contratto ad esso collegato.

Secondo la giurisprudenza della Cassazione ormai consolidata sul punto e una parte consistente della dottrina (13) l'atto di nomina che precede il contratto avrebbe natura schiettamente privatistica, trattandosi di determinazione di carattere organizzativo gestionale. Tale atto, poiché applicativo di quanto stabilito dalle norme di macro-organizzazione, ai sensi dell'art. 2, comma 1, del d. lgs. n. 165 del 2001, in materia di configurazione strutturale e di potere conferito ai pubblici uffici, riguarderebbe la sola preposizione alla funzione pubblica. Così che la sfera di potere non deriva direttamente dall'atto di conferimento, ma dalla legge e da atti di formazione secondaria che definiscono la struttura e la funzione dei vari uffici.

La distinzione tra macro e micro-organizzazione amministrativa ricondurrebbe pertanto il provvedimento di incarico ad un atto unilaterale posto in essere con i poteri privati, con la funzione di individuare la durata della preposizione e il contenuto del rapporto; questi elementi sono poi trasfusi senza possibilità di modifiche (*ex lege* n. 145/2002) nel contratto a cui è demandato il solo compito di determinare il trattamento economico. La questione è controversa perché nessuno degli argomenti portati a sostegno della tesi della privatizzazione del provvedimento d'incarico è risolutivo.

Non è questa la sede per analizzare le diverse opinioni. E' però forse utile dare conto della recentissima sentenza della Corte costituzionale, sentenza n. 233 del 16 giugno 2006 (14) che ha valutato varie questioni di legittimità delle leggi delle Regioni Calabria e Abruzzo, nelle parti in cui prevedono l'estensione della decadenza automatica degli incarichi dirigenziali al momento della data di insediamento di nuovi organi rappresentativi, al di là dei limiti disposti dalla legge statale.

Uno dei motivi di impugnazione di queste leggi riguardava la lesione della competenza legislativa esclusiva statale in materia di "ordinamento civile" (art. 117, comma 2, lett. L, Cost.), in quanto la decadenza dall'incarico avrebbe inciso sul rapporto di lavoro di diritto privato.

La Corte sottolinea che la disciplina degli incarichi, e quindi lo *spoils system*, riguarda, ai sensi dell'art. 117, comma 4, Cost., "l'organizzazione

(13) Cfr. da ultimo, anche per i riferimenti alla dottrina, A. Boscato, *Il dirigente dello Stato*, Milano, 2006, p. 231 ss., e per la giurisprudenza Cass., sentenza 20 marzo 2004, n. 5659, in *LPA*, 2004, 153 ss; Cass., sentenza 22 febbraio 2006, n. 3880.

(14) V.la in *LPA*, 2006, p. 679 ss., con nota di G.L. Giardini, e p. 692 ss. con nota di R. Salomone.

amministrativa delle Regioni, comprensiva dell'incidenza della stessa sulla disciplina del relativo personale, da esercitarsi nel rispetto dei 'principi fondamentali di organizzazione e funzionamento' fissati negli statuti (art. 123 Cost.)". Siamo pertanto nell'ambito della competenza esclusiva, estranea all'obbligo del rispetto dei principi fondamentali disposti dal legislatore Statale vincolanti per le Regioni (art. 117, comma 3, Cost.). L'atto del conferimento e quello di decadenza dall'incarico attengono al momento dell'organizzazione e costituiscono provvedimenti amministrativi (ciò non è espressamente detto, ma è implicito nel discorso della Corte), mentre la cessazione degli effetti del contratto non è altro che una conseguenza del venir meno della sua causa, secondo i principi del diritto civile.

La Corte, dunque, aderisce alla tesi della doppia natura della fattispecie complessa costituita dall'atto unilaterale di incarico e dal successivo contratto, e smentisce il diverso avviso della Cassazione.

E' difficile peraltro ipotizzare che quest'ultima cambi a breve opinione, non essendo vincolata alla pronuncia della Consulta che sul punto assume quasi il carattere di un *obiter*.

E' certo però che l'opzione interpretativa della Cassazione, a cui ormai si sono conformati i giudici di merito, conduce al rafforzamento del carattere fiduciario dell'incarico. Infatti, la sua (asserita) natura privatistica rende inapplicabili al provvedimento le disposizioni sul procedimento amministrativo, in particolare quelle di cui alla legge n. 241 del 1990 (e successive modificazioni), e il controllo di legittimità, specie sotto il profilo dell'eventuale vizio di eccesso di potere.

Da ciò consegue che l'unico controllo consentito sull'esercizio del potere è limitato ai principi di correttezza e buona fede, in ultima analisi ritenuti violati soltanto di fronte a motivi *lato sensu* discriminatori, diretti a favorire arbitrariamente gli interessi di un candidato.

In effetti, anche a volere ritenere che la riforma non ha comportato un arretramento delle soglie di tutela dei dipendenti pubblici, in quanto anche in un contesto privatistico è garantita l'osservanza delle regole sostanziali e procedurali stabilite dalle diverse fonti legali e contrattuali e filtrate attraverso i principi delle clausole generali di correttezza e buona fede (15), nel caso degli incarichi dirigenziali la questione centrale non riguarda la sola garanzia dei diritti dei lavoratori, ma soprattutto l'interesse alla correttezza della scelta in vista della funzione pubblica a cui il dirigente è preposto. Emergono qui tutti i limiti di un controllo esercitato *ex post*, cioè a consuntivo dell'attività svolta, attraverso la

(15) C. Zoli, *Subordinazione e poteri dell'imprenditore: privato e pubblico a confronto*, in *RD pubbl.*, 1997, p. 369.

valutazione dei risultati raggiunti dai dirigenti, affidati a nuclei la cui composizione dovrebbe garantire la serietà e l'imparzialità dell'esame.

Non solo in concreto il meccanismo ha funzionato poco e male a causa della genericità degli obiettivi indicati nel provvedimento di incarico e del "buonismo" dei nuclei di valutazione, ma anche in astratto il sistema lascia perplessi. Infatti esso postula una democrazia matura in cui la collettività degli elettori sceglie i candidati alle cariche pubbliche sulla base di un programma e li conferma o li sostituisce a seconda che questo sia o non sia stato realizzato. Il rapporto discendente tra corpo elettorale, organi di indirizzo politico amministrativo e organi di gestione dovrebbe quindi garantire il perseguimento degli obiettivi. Non v'è chi non veda che nel nostro bel Paese tale rapporto difficilmente si realizza.

Se pertanto non si vuole lasciare all'arbitrio del soggetto politico-istituzionale la scelta del dirigente (apicale), una possibilità di controllo sui requisiti e le competenze deve essere riconosciuta; e forse sarebbe il caso di pensare di affidare tale compito a un organismo "terzo", una sorta di autorità indipendente, che esprima un giudizio preventivo sulla rosa di candidati, tra i quali poi effettuare la nomina fiduciaria, secondo il modello che è previsto dal d. lgs. n. 502 del 1992 per il conferimento degli incarichi di struttura complessa ai dirigenti sanitari. Qui la commissione di tecnici formula un elenco di idonei dal punto di vista delle qualità professionali, e tra questi il direttore generale sceglie fiduciarmente ma con atto motivato il soggetto da nominare.

Non si può invero riconoscere alla generale selezione concorsuale per l'accesso alla dirigenza una sufficiente capacità valutativa in relazione all'ampia gamma di incarichi che possono essere assegnati. Il correttivo proposto invece consentirebbe un più adeguato equilibrio tra imparzialità e buon andamento da una parte, e fiduciarità dall'altra, oggi risolto tutto a favore della seconda.

Posta in questi termini la soluzione del problema non è risolta compiutamente dall'opzione sulla natura dell'incarico. E neppure riprospettando la pubblicizzazione della dirigenza, tutta intera secondo le indicazioni a suo tempo formulate da Massimo Severo Giannini, o soltanto di quella "alta", come era previsto nella prima fase della riforma. Qui la soluzione al tema viene a complicarsi a causa delle diversità della dirigenza, la quale non appare affatto monolitica come il legislatore ha inteso configurarla, ma risulta diversamente articolata sul piano funzionale a seconda sia della tipologia degli enti, sia delle posizioni rivestite dai soggetti preposti agli incarichi (dirigenza di vertice legata alle direttive politiche, dirigenza tecnico-operativa).

La ripubblicizzazione dovrebbe essere a tutto concedere solo parziale, limitata alla dirigenza preposta a funzioni pubbliche (uffici - organo) e

“agli uffici di maggiore rilevanza” di cui parla l’art. 2, comma 1, del d. lgs. n. 165 del 2001 (16). Ed avrebbe il pregio di sottrarre questa dirigenza, che rappresenta ed agisce da datore di lavoro, dalle pressioni sindacali e dal giogo del contratto collettivo.

Tuttavia il problema del corretto funzionamento non riguarda soltanto l’alta dirigenza burocratica, ma anche quella di primo livello e, più in generale, la dirigenza preposta a strutture destinate all’erogazione di servizi alla collettività. Si pensi al caso già ricordato della sanità: qui rileva la tutela del bene salute che può anche richiedere scelte politiche generali e di indirizzo, ma che presuppone poi competenze tecniche specialistiche. Non è immaginabile, perché inopportuno, pubblicizzare anche questa larga fascia; piuttosto il suggerimento è quello di abolire il sistema misto (incarico e contratto) e introdurre elementi procedurali nella fase della scelta, che garantiscano l’equilibrio tra imparzialità/professionalità da un lato, e fiduciarità dall’altro. Superata la fase precontrattuale della scelta, va poi data centralità al contratto, che deve tornare a svolgere il ruolo prefigurato dal legislatore prima della riforma del 2002, e garantire l’impegno dell’amministrazione a fornire al dirigente risorse umane e finanziarie in grado di consentire il raggiungimento degli obiettivi concordati (17).

4. Alcuni punti di sofferenza: a) reclutamento e carriera; b) i rapporti flessibili

Con riferimento al tema delle differenze tra i due rapporti di lavoro, pubblico e privato, e della loro giustificazione sul piano dei principi, un interessante esercizio di verifica può svolgersi con riguardo al reclutamento e alla carriera del personale e alle tipologie flessibili di rapporti di lavoro.

a. La procedura concorsuale, che il Costituente considera la forma naturale e necessaria di accesso al rapporto d’impiego, è rimasta per volontà del legislatore della riforma attratta nell’area del diritto pubblico e alla giurisdizione del giudice amministrativo. Ciò ha comportato non pochi problemi, sia per l’individuazione del momento in cui il giudice ordinario si riappropria della cognizione delle controversie in materia (18), sia per le interferenze tra il principio del concorso e i meccanismi di progressione

(16) In questo senso cfr. M. Rusciano, *Contro la privatizzazione dell’alta dirigenza pubblica*, in *DLM*, 2005, p. 621 ss.

(17) Cfr. G. D’Alessio, *La disciplina della dirigenza pubblica: profili critici ed ipotesi di revisione del quadro generale*, in *LPA*, 2006, 549 ss.

(18) Cfr. Cass. SS. UU., sentenza n. 14330/2005, e Cass. SS. UU., sentenza n. 14852/2006; per un caso particolare, Trib. Milano, sentenza 27 maggio 2006, n. 1609 e sentenza 22 giugno 2006, n. 1987, in *RIP*, 2006, n. 3, 98 ss.

consentiti dal decreto legislativo e regolati dalla contrattazione collettiva (19), sia infine per la determinazione della giurisdizione nelle forme di selezione che non prevedono una procedura concorsuale in senso stretto (20).

A seguito di una costante giurisprudenza costituzionale (da ultimo, Corte cost., 9 novembre 2006, n. 363), che ha esteso l'obbligo del concorso pubblico alle progressioni verticali di carriera (con la possibilità di riservare non più del 50 per cento dei posti agli interni), sul presupposto delle diverse funzioni che il dipendente è chiamato a svolgere e della necessità della vacanza di posto nella dotazione organica, la Corte di Cassazione, in sede di regolamento di giurisdizione, ha demandato le relative controversie alla cognizione del giudice amministrativo, anche nel caso di concorsi misti (21).

Si è così verificata la sottrazione al giudice ordinario di una materia che riguarda l'amministrazione del rapporto di lavoro (le promozioni). E' una crepa al sistema delineato dalla riforma, sanabile soltanto con un intervento legislativo che ripristini il primato della giurisdizione ordinaria, estendendola a tutte le procedure concorsuali.

Non vi sono al riguardo preclusioni di principio. Non l'art. 97 Cost., che al fine di garantire la scelta degli aspiranti all'impiego secondo criteri di efficienza (i migliori nell'ambito di una platea la più ampia possibile) e di imparzialità (regole oggettive e trasparenti), impone il principio del concorso pubblico, il quale però, una volta dettate con legge (e con atti amministrativi) le norme generali che devono essere osservate, può essere gestito con i poteri del privato datore di lavoro obbligato a rispettare le regole strumentali stabilite dalle fonti generali in vista dell'interesse finale. Ma, anche a volere mantenere le singole procedure nell'area degli atti amministrativi, e quindi restare nel solco della controversa distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, ritenendo che il singolo vanti soltanto posizioni del secondo tipo nella fase relativa alla scelta dei candidati, non per questo si sarebbe costretti a mantenere ferma la giurisdizione del giudice amministrativo. Infatti, il limite ai poteri del giudice ordinario di fronte ad un atto amministrativo illegittimo (sancito dall'art. 5 della legge n. 2248 del 1865) non costituisce "una regola di valore costituzionale, che il legislatore sarebbe

(19) T.A.R. Lazio, I sez., sentenza 4 novembre 2004, n. 12370 in *LPA*, 2005, p. 110, con nota di M. Sgroi; T.A.R. Lazio, sez. II, sentenza 5 giugno 2006, in *LPA*, p. 907, con nota di L. Sgarbi.

(20) In generale per tutti i problemi relativi alla giurisdizione, cfr. la rassegna in P. Picone, *Lavoro pubblico e lavoro privato: problemi di giurisdizione. Il punto di vista del giudice ordinario*, in *LPA*, 2006, p. 579 ss.

(21) Cass., sentenza 15 ottobre 2003, n. 15403, in *LPA*, 2003, 904, con nota di L. Sgarbi.

tenuto ad osservare in ogni caso" (argomentando ex art. 113 Cost.), potendo questo conferire a tale giudice "il potere di conoscere ed eventualmente annullare un atto della pubblica amministrazione od incidere sui rapporti sottostanti" (22). Semmai la necessità che si pone è di individuare un solo giudice territorialmente competente a sindacare atti che riguardano una pluralità di soggetti (il bando di concorso, la graduatoria ecc.) onde evitare sentenze difformi che determinino disparità di trattamento.

Del resto quest'ultima esigenza si pone anche per l'ipotesi di procedure che non necessitano di una comparazione a seguito di valutazione mediante prove e che perciò sono demandate, secondo la giurisprudenza, alla cognizione del giudice ordinario (graduatorie per incarichi nella scuola, selezione per affidamento di incarichi di dirigente sanitario ecc.).

b. Sulle tipologie flessibili si è assistito, a far data dalla legge n. 30 del 2003, ad una sempre più insistita divaricazione dalle regole generali dettate per il rapporto di lavoro tra privati, per esigenze di contenimento della spesa e di controllo sulle assunzioni (23).

Certo va osservato che la spinta verso la precarizzazione dei rapporti è stata negli ultimi tempi molto forte, anche al di là dei tradizionali comparti dove il fenomeno ha radici antiche e strutturali (ad esempio nella pubblica istruzione il precariato costituisce la via d'accesso ordinaria), rappresentando lo strumento classico per eludere il blocco delle assunzioni, da diversi anni disposto dalle leggi finanziarie, e per garantire gli ordinari servizi. Risulta pertanto giustificato cercare di tenere a freno il fenomeno, riconducendolo entro un alveo fisiologico, mediante la previsione di strumenti di monitoraggio e di più rigorose procedure di reclutamento. Meno accettabili però sono gli interventi che direttamente incidono sul rapporto di lavoro, rimodellandone le discipline ed introducendo divieti e limiti alle flessibilità contrattuali e gestionali, in modo tale da condizionare l'esercizio del potere organizzativo dirigenziale e comprimere l'autonomia collettiva. Né da parte di quest'ultima è sempre possibile attivare il meccanismo di deroga di cui all'art. 2, comma 2, del d. lgs. n. 165 del 2001, concordando una diversa disciplina contrattuale in deroga a quella legale: infatti, la maggior parte delle nuove disposizioni di legge è inserita nell'impianto dello stesso decreto

(22) Cfr. Corte cost., sentenze nn. 275/2001, 165/2001, 140/2001; vedi a tal riguardo F. Carinci, *Giurisprudenza costituzionale e c. d. privatizzazione del pubblico impiego*, in *LPA*, 2006, p. 499 ss.

(23) Cfr., anche per la bibliografia, S. Mainardi, *Piccolo requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della legge 9 marzo 2006, n. 80*, in *LPA*, 2006, 12 ss.

legislativo che attua la privatizzazione, mediante la tecnica dei commi aggiunti agli articoli preesistenti, e quindi assume carattere di norma speciale inderogabile.

L'intervento del legislatore del 2006 ha riguardato in particolar modo i rapporti di lavoro a tempo determinato, sia limitandone il ricorso, sia prevedendone nell'ultima legge finanziaria la stabilizzazione nell'arco di un triennio, unitamente alla possibilità di trasformazione delle collaborazioni coordinate e continuative in contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Su questo secondo aspetto, rivolto al superamento del precariato c.d. storico, serie riserve debbono formularsi, perché ancora una volta si assiste alla vanificazione del principio del buon andamento, con il favorire soggetti che sono stati reclutati talvolta anche senza adeguata selezione a discapito di giovani capaci e meritevoli.

Diverso è il giudizio per quella parte delle modifiche all'art. 35 del d. lgs. n. 165 del 2001 che intendono limitare l'assunzione a tempo determinato "solo per esigenze temporanee ed eccezionali e previo esperimento di procedure inerenti l'assegnazione di personale anche temporanea, nonché previa valutazione circa l'opportunità di attivazione di contratto ... per la somministrazione a tempo determinato ... ovvero di esternalizzazione e appalto di servizi".

E' evidente la preoccupazione di incrementare nuovo precariato e la speranza di contenere i costi del personale, specie con le esternalizzazioni, che la somministrazione comporta in realtà costi aggiuntivi determinati dal ricavo delle agenzie. Invece, la critica che è stata formulata a questa modifica alla disciplina, nella parte in cui precisa le causali giustificative dell'apposizione del termine non ci trova concordi.

Invero, piuttosto che un irrigidimento rispetto alla disciplina generale di cui al d. lgs. n. 368 del 2001, la novella risponde alle interpretazioni della direttiva 1999/70/CE (24) elaborate dalla giurisprudenza comunitaria (sentenza 22 novembre 2005, causa C-144/04, meglio nota come *Mangold*) (25). Ci si riferisce al principio secondo cui i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune di rapporto di lavoro, e alla nozione di "ragioni obiettive", di cui all'art. 5, n. 1, lett. a) della direttiva, che devono essere ricondotte a circostanze precise e concrete caratterizzanti una determinata attività"; di tal guisa che questa tipologia contrattuale è volta unicamente a soddisfare fabbisogni di

(24) Cfr. A. Garilli, *Il recepimento della Direttiva sul lavoro a termine nell'ordinamento giuridico italiano*, in Garilli A., Napoli M. (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino, 2003, p. 35 ss.; nonché A. Bellavista, *La direttiva sul lavoro a tempo determinato*, *ibidem*, p. 1 ss.

(25) V. la in *q. Riv.*, 2, 2006, p. 205, con nota di L. Calafà; nonché in *DL*, 1, 2006, II, p. 16 ss., con nota di A. Riccobono.

carattere temporaneo e non permanente e durevole. Semmai il problema è quello dell'adeguatezza della sanzione risarcitoria prevista nel settore del lavoro pubblico in luogo della conversione del rapporto a tempo indeterminato, per prevenire il ricorso abusivo a contratti a termine successivi.

La Corte di Giustizia (cfr. sentenza 4 luglio 2006, causa n. 212/04, *Adeneler*; nonché nello stesso senso vd. Corte di Giustizia, sentenza 7 settembre 2006, causa n. 53/04, *Marrosu e Sardino*, e causa n. 180/04, *Vassallo*) (26) si è sostanzialmente conformata sul punto alla sentenza della Corte costituzionale n. 89 del 2003 (27), la quale ha ritenuto conforme agli artt. 3 e 97 Cost. la differenza di trattamento.

E tuttavia la Corte di Giustizia, pur valutando conforme alla direttiva e al principio di parità di trattamento e di equivalenza con "situazioni analoghe di natura interna", la previsione di una sanzione risarcitoria, ha rimesso alla valutazione del giudice nazionale l'accertamento dell'adeguatezza dello strumento di cui all'art. 36, comma 2, del d. lgs. n. 165 del 2001 per "prevenire e ... sanzionare l'utilizzo abusivo da parte della pubblica amministrazione di una successione di ... rapporti di lavoro a tempo determinato" (punto 103, Corte di Giustizia, sentenza 4 luglio 2006, causa n. 212/04; nonché punto 56, Corte di Giustizia, 7 settembre 2006, causa n. 53/04 e causa n. 180/04). Si tratta infatti di interpretazione del diritto interno, su cui non spetta alla Corte pronunciarsi.

Si potrebbe allora sostenere che il risarcimento genericamente previsto dall'art. 36 del decreto legislativo citato non presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela del lavoratore, secondo i risultati prescritti dalla direttiva (art. 2, comma 1), in quanto il danno nel nostro ordinamento non può essere presunto (c.d. danno evento), ma deve essere rigorosamente provato, sia pure anche attraverso presunzioni ai sensi dell'art. 2727 cod. civ. ovvero «facendo ricorso, ex art. 115 cod. proc. civ., a quelle nozioni generali derivanti dall'esperienza» (28).

Ne consegue l'opportunità – e forse la necessità – di un intervento legislativo correttivo, che preveda, come nel caso di licenziamento illegittimo, una quantificazione predeterminata del risarcimento, commisurato ad esempio al periodo di svolgimento del rapporto e maggiorata di una somma percentuale.

(26) V.le in *RIDL*, 2006, II, p. 713 ss., con nota di L. Nannipieri; nonché in *q. Riv.*, 2006, 4, di prossima pubblicazione, con nota di A. Gabriele.

(27) V.la in *q. Riv.*, 2003, 2, 355, con nota di P. Greco.

(28) In questi termini, da ultimo, vedi Corte di Cassazione, Ss. Uu, sentenza 24 marzo 2006, n. 6572, in *q. Riv.*, 2, 2006, p. 233, con nota di F. Fabbri.

5. Osservazioni critiche su una proposta provocatoria: il licenziamento collettivo per scarso rendimento.

Più in generale, in questi ultimi mesi si insiste sulle inefficienze della p.a. e si invocano provvedimenti volti a favorire la mobilità del personale e i licenziamenti per scarso rendimento.

Una proposta singolare che intenderebbe dare efficienza ed efficacia a tutta l'attività amministrativa viene da un autore già noto per i suoi interventi dissacratori, che trovano larga eco nei media (29). La proposta mira a costituire un sistema in cui momenti di responsabilità individuale e responsabilità collettiva addebitati anche a carenze strutturali e di gestione si confondono, determinando a sua volta una confusione tra quelli che sono i principi posti alla base del licenziamento individuale con i principi che riguardano il licenziamento collettivo per riduzione di personale.

In buona sostanza la proposta parte dal presupposto – da tutti e da sempre denunciato - secondo cui negli uffici la pubblica amministrazione non riesce a conseguire gli obiettivi che dovrebbero essere prefissati a causa di un sistema nel quale manca un effettivo accertamento delle responsabilità e invece prevale una sorta di lassismo nella gestione dei rapporti di lavoro. In questo senso la proposta ritiene che i dirigenti non siano in grado di controllare i dipendenti perché i primi, nel caso in cui il licenziamento dovesse essere annullato dal giudice, andrebbero incontro a responsabilità amministrativa e contabile che li scoraggerebbe dall'esercitare il proprio potere. Eliminato il dirigente come punto centrale dell'attività di controllo del personale, la proposta si basa sulla costituzione di organismi indipendenti di valutazione (OIV), che possono assimilarsi ai nuclei di valutazione previsti dal d. lgs. n. 286 del 1999. Essi dovrebbero individuare parametri di efficienza ed efficacia/produttività in tutti gli uffici ed effettuare una valutazione non solo del rendimento delle diverse strutture, ma anche dei singoli dipendenti.

La tesi intende trasferire i concetti di efficienza e di efficacia dall'intera struttura al singolo dipendente. Gli OIV infatti dovrebbero esprimere un giudizio di merito sulle capacità professionali dei singoli, suddivisi in due categorie, a cui corrispondono due elenchi: il primo di dipendenti individuati sulla base di macroscopici inadempimenti (i "nullafacenti dolosi"), le cui *performances* sono pari o vicine allo zero (*Elefant test*); e il secondo di lavoratori che hanno riportato un indice

(29) P. Ichino, *I nullafacenti. Perché e come reagire alla più grave ingiustizia della nostra pubblica amministrazione*, Milano, Mondadori, 2006.

insufficiente sulla base di un criterio di normale diligenza e buon funzionamento (scarsamente produttivi).

Costruiti i due elenchi, si può provvedere alla riduzione degli organici. Una legge dovrebbe affidare per alcuni anni a un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri il compito di indicare per ciascun comparto la percentuale di riduzione del contingente totale, sulla base delle valutazioni dei rispettivi OIV, in modo che il numero dei licenziamenti risulti non superiore al numero dei dipendenti indicati nel primo elenco e comunque non superiore all'uno per cento dell'organico complessivo nell'arco di un anno. L'organo direttivo del comparto procede poi al licenziamento dei soggetti che non abbiano i requisiti minimi fino alla concorrenza della percentuale fissata dal governo secondo un ordine determinato dall'anzianità e dal carico di famiglia. Per gli iscritti nel secondo elenco dovranno invece essere previsti disincentivi economici e procedure di mobilità.

La proposta, fortemente sostenuta dai mezzi di informazione, mira a creare un sistema speciale nel settore del pubblico impiego, facendo applicazione di una tesi già sostenuta dall'autore, che riconduce il c.d. scarso rendimento, non ad un'ipotesi di giustificato motivo soggettivo, ma ad un legittimo motivo economico di licenziamento valutato sulla base dell'interesse dell'imprenditore a eliminare un costo-opportunità "il minor rendimento di un lavoratore rispetto a un altro" può giustificare il licenziamento "quando la differenza supera una soglia, oltre la quale il costo-opportunità costituirebbe una perdita non ragionevolmente accollabile all'impresa" (30).

La teoria non ha avuto seguito in dottrina e giurisprudenza perché contrasta con il dato positivo, che conosce come sola ipotesi di rilevanza dell'inadempimento incolpevole l'impedimento oggettivo della prestazione ai sensi dell'art. 1464 cod. civ., e quindi richiede la perdita totale dell'interesse del datore di lavoro alla prestazione. La giurisprudenza ha infatti precisato che il rendimento lavorativo inferiore al minimo contrattuale "non integra *ex se* l'inesatto adempimento che, a norma dell'art. 1218 cod. civ., si presume fino a prova contraria imputabile a colpa del debitore, dato che... il lavoratore è obbligato ad un *facere* e non ad un risultato, e l'inadeguatezza della prestazione resa può essere imputabile alla stessa organizzazione dell'impresa o comunque a fattori non dipendenti dal lavoratore". Da ciò consegue che lo scarso rendimento può essere fatto valere solo come giustificato motivo soggettivo di licenziamento, e richiede pertanto la prova, a carico del datore di lavoro,

(30) P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, III, Milano, 2003, p. 446.

non soltanto del mancato raggiungimento del risultato, ma del notevole inadempimento (colpevole) degli obblighi contrattuali (31).

Ancora più discutibile è innestare in una procedura di licenziamenti collettivi elementi che riguardano la persona del lavoratore, individuando i licenziandi mediante una valutazione che tenga conto dell'inadempimento colpevole della prestazione o della scarsa produttività del dipendente oggettivamente considerata. E' palese la violazione del divieto, sancito dalle direttive comunitarie che regolano la materia (32), di scegliere i lavoratori da licenziare collettivamente sulla base di criteri soggettivi. Inoltre la previsione di regole speciali non trova legittimazione nell'art. 97 Cost. che, come già ricordato, nel proclamare il principio di efficienza/produttività, non si riferisce al singolo lavoratore ma alla gestione complessiva dell'attività amministrativa.

Il vero è che non occorre creare un sistema ibrido e speciale per migliorare l'efficienza della pubblica amministrazione. L'applicazione delle regole generali sui licenziamenti è più che sufficiente per contrastare la piaga dello scarso rendimento, se ovviamente si vuole davvero reprimere il fenomeno.

La costituzione di un organismo terzo (quale potrebbe essere l'OIV), se può essere utile per controllare l'attività di autovalutazione per il miglioramento delle prestazioni pubbliche (introdotta dalla recente direttiva «per una pubblica amministrazione di qualità» del Ministro per le Riforme e le innovazioni nella pubblica amministrazione), non deve però spogliare il dirigente delle sue funzioni di controllo del personale e di esercizio del potere disciplinare. E' invero questo soggetto che, come abbiamo cercato di dimostrare, deve assumere un ruolo più incisivo e più responsabile nella gestione delle risorse umane, libero da condizionamenti politici e sindacali. In questa direzione va accolta con favore la proposta, contenuta nel d.d.l. approvato dal Consiglio dei Ministri del 22 settembre 2006, di penalizzare, con una decurtazione del trattamento economico accessorio, il dirigente il cui ufficio non abbia rispettato i tempi per la conclusione di una pratica indicati nello stesso schema di provvedimento.

Un altro istituto assai importante, e fin qui negletto, è rappresentato dalla mobilità del personale, ovviamente quella di ufficio che quella a domanda è di fatto l'unica praticata. Solo di recente con le modifiche

(31) Cass., sentenza 5 marzo 2003, n. 3250, in *RIDL*, 2003, II, 689, con note di P. Ichino e L. Cavallaro.

(32) Direttiva 17 febbraio 1975, n. 75/129, Direttiva 24 giugno 1992, n. 92/56; e Direttiva 20 luglio 1998, n. 98/59. In dottrina cfr. M. Biagi, *Vecchie e nuove regole in tema di licenziamenti collettivi: spunto comunitari e comparati*, in *DRI*, 1992, 2, 151; nonché M. Marinelli, *I licenziamenti per motivi economici*, Torino, 2005, p. 116 ss.

apportate all'art. 6 del d.lgs. n. 165/2001 (ad opera della legge n. 80 del 2006) e con l'inserimento dell'art. 34 *bis* allo stesso decreto (disposto dalla legge n. 3 del 2003 e successive modifiche) è stato dato un impulso alla mobilità, collegandola con le dotazioni organiche e stabilendo che non vi possano essere contemporaneamente situazioni di vacanze in organico e situazioni di soprannumero, con la conseguenza che in ipotesi di progressioni verticali ad eventuali inquadramenti soprannumerari deve corrispondere una riduzione delle vacanze di organico. Si è inoltre disposta la sanzione della nullità di diritto delle assunzioni effettuate in violazione del previo esperimento della procedura di mobilità, garantendo in via prioritaria, rispetto alle procedure concorsuali, le immissioni in ruolo dei dipendenti provenienti da altre amministrazioni in posizione di comando (art. 30, comma 2 *bis*, aggiunto dal d.l. n. 7 del 2005). Infine è prevista una rilevazione annuale delle eccedenze di personale su base territoriale per categoria o area, qualifica o profilo professionale, nell'intento di dare effettiva e celere attuazione alle disposizioni in materia.

Piuttosto che da ulteriori interventi legislativi, la messa a regime del sistema di mobilità dipende dalla contrattazione collettiva, la quale fino ad ora ha frenato le procedure, assumendo una posizione di netta ostilità nei confronti soprattutto della mobilità geografica.