

Il secondo tempo della riforma Brunetta: il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*

Franco Carinci

I. Filosofia e struttura del d.lgs. n. 150/2009	119
1. Una costante: la privatizzazione.	119
2. Un'azienda senza impresa.	120
3. Panoramica del decreto legislativo: contenuto e disegno.	124
II. Tecnica aziendale e pubblica amministrazione.	125
4. Il Titolo II. La prima regola aurea, la valutazione della <i>performance</i>	125
4. a) Il ciclo di gestione (capo II)	126
4. b) La trasparenza (capo III)	127
4. c) I soggetti (capo IV)	129
5. Il Titolo III. La seconda regola aurea, l'incentivazione e la premiazione della <i>performance</i> .	132
6. Amministrazione statale e non.	135
7. Una struttura parallela generale e sovra-ordinata.	137
III. La riforma del d.lgs. n. 165/2001.	138
8. Il Titolo IV. La rilegificazione: la nuova <i>actio finium regundorum</i> fra legge e contrattazione collettiva e la blindatura <i>ex lege</i> dei <i>managerial rights</i> (Capo I).	138
9. Contrattazione collettiva: patologia e terapia (Capo IV)	141
10. La dirigenza: meno autonomia e più responsabilità (Capo II e richiami dai Capi III e V).	148
IV. La partenza rinviata	154
11. Lo scadenzario applicativo.	154
12. Il lavoro della Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni Pubbliche (CiVIT) ... ed il posticipo dell'avvio.	160

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 119/2011

I. Filosofia e struttura del d.lgs. n. 150/2009

1. Una costante: la privatizzazione.

Se pur di recente si è sentita riecheggiare l'aulica formula di un rapporto di impiego ontologicamente pubblico³¹⁷, vera e propria linea del Piave su cui alla vigilia della riforma si era attestata la suprema magistratura amministrativa³¹⁸, la riesumazione non trova conferma alcuna nella sequenza legislativa culminata nel d.lgs. n. 150/2009. Ho già avuto occasione di ricostruire l'ormai ventennale vicenda della riforma nei termini di una dialettica tutta interna alla de-pubblicizzazione, "vista e vissuta come una liberazione da quella autentica camicia di forza costituita, da un lato, da una organizzazione burocratica, formalista, impanata in una defatigante procedura, a tutto scapito dell'efficacia ed effettività della sua azione; dall'altro, da una realtà occupazionale caratterizzata da una cronica carenza di direzione e di motivazione, da una sindacalizzazione corporativa, da una dipendenza politica"³¹⁹. Una dialettica, questa, svoltasi all'interno della coppia di denominazioni che la tenne a battesimo, "contrattualizzazione" e "privatizzazione"³²⁰, tutt'altro che neutra nella portata e nella *ratio*: la prima "era la denominazione privilegiata da quanti dilatavano la contrattazione collettiva fino a patrocinare un'estensione 'assoluta', spinta a coprire l'intera area sottratta all'egemonia pubblica", la seconda "era la denominazione preferita da coloro che delimitavano la stessa contrattazione, fino a ricostruirne un'estensione 'relativa', portata a coprire una parte significativa, ma pur sempre determinata di quell'area". E "la *ratio* sottesa tendeva a divaricarsi: coloro che parlavano in termini di 'contrattualizzazione', volevano far leva sulla capacità rinnovatrice di un sindacalismo confederale, con una 'rivoluzione' destinata a risalire dal personale alla dirigenza; coloro, invece, che replicavano in termini di 'privatizzazione' puntavano a far leva sulla capacità auto-riformatrice della stessa struttura, con una 'svolta' destinata a descendere dalla dirigenza al personale"³²¹.

Non c'è mai stata una ri-pubblicizzazione³²² degna di questa parola, tant'è che la stessa rivisitazione della dirigenza effettuata all'alba del nuovo millennio, con la l. n. 145/2002, se pur tale da

³¹⁷ V. M. CALCAGNILE, *Il rapporto di impiego con gli enti pubblici e la funzione amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2010, n. 1, 187 che pare scritto un ventennio fa, tant'è forte il ritorno nostalgico del quadro legislativo, giurisprudenziale e dottrinale del tempo che fu.

³¹⁸ Si ricorda il famoso parere sullo schema di disegno di legge delega n. 421/1992 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 146 del 31 agosto 1992, in *Foro it.*, 1993, III, 4 ss. ove, sul presupposto di una "sostanziale diversità" tra lavoro pubblico e privato, il supremo giudice amministrativo mette in guardia il legislatore da "una privatizzazione astratta, generale e globale di tutto il pubblico impiego (sia pure con l'esclusione di talune categorie)".

³¹⁹ F. CARINCI, *Filosofia e tecnica di una riforma*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2010, 4, 452.

³²⁰ Mi permetto di rinviare alla ricostruzione storico-politica effettuata in F. CARINCI, *Massimo D'Antona e la "contrattualizzazione" del pubblico impiego: un tecnico al servizio di un'utopia*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*.IT – 80/2008 ove si è ribadita la preferenza accordata al termine "privatizzazione" certamente più consono allo spirito della riforma; nonché, in precedenza a F. CARINCI, *Privatizzazione del pubblico impiego e ripartizione della giurisdizione per materia (breve storia di una scommessa perduta)*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, 6, 1052 ss.; Id., *Una riforma conclusa tra norma scritta e prassi applicativa*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2004, 2, 335 ss.; Id., *Le fonti della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2000, 57.

Sottolineando, invece, "la riscoperta centralità del contratto", ritiene preferibile l'uso del termine "contrattualizzazione" A. VISCOMI, *La contrattazione collettiva nazionale*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, 43; nello stesso senso, M. SGROI, *Dalla contrattualizzazione dell'impiego all'organizzazione privatistica dei pubblici uffici*, Giappichelli, Torino, 2006; Id., *La "specialità" del pubblico impiego in dottrina e in giurisprudenza*, in www.pubblicoimpiego.info

³²¹ F. CARINCI, *Filosofia e tecnica di una riforma*, cit., 452.

³²² F. CARINCI, *Una riforma conclusa tra norma scritta e prassi applicativa*, cit., 334 ss.; nello stesso senso v. G. D'AURIA, *Il nuovo sistema*

poter suggerire una qual sorta di involuzione, fu ricondotta nell'ambito dell'interpretazione consolidata senza troppa fatica. Non c'è stata e non c'è certamente né nella l. n. 15/2009 né nel d. lgs. n. 150/2009, come constata la stessa circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della funzione pubblica, n. 7/2010, dedicata al decreto, laddove afferma, se pur *incidenter tantum*, che "si tratta di disposizioni legislative, che sebbene non apportino modifiche in ordine alla qualificazione del rapporto di lavoro, che rimane disciplinato prevalentemente dalle norme civilistiche (salve le deroghe stabilite dallo stesso decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165), tuttavia modificano incisivamente le regole della contrattazione collettiva"³²³. Mentre è ben avvertibile la progressiva perdita di rilevanza della 'contrattualizzazione' a favore della 'privatizzazione'³²⁴: non solo nella terminologia utilizzata, se è vero che oggi si usa quasi esclusivamente questa seconda denominazione per indicare la riforma incorporata nel d. lgs. n. 165/2001, impropriamente ribattezzato come testo unico³²⁵; ma, anche e soprattutto, nella sostanza³²⁶, quale costituita dalla delimitazione dell'area di manovra lasciata alla contrattazione collettiva e dalla conseguente espansione di quella riservata all'autonomia dirigenziale.

D'altronde, come ho notato altrove, commentando la legge n. 15/2009, tutta la fase preparatoria della riforma "Brunetta" risulta caratterizzata da una riscoperta ed enfatizzazione della "cultura" destinata a trovare proprio in quella privatistica la sua disciplina ottimale, vale a dire la cultura dell'impresa industriale³²⁷; enfatizzazione realizzata non senza una ben percepibile forzatura, derivante dall'inevitabile scorporazione dell'azienda, come organizzazione costruita sulla meritocrazia e sull'efficienza, dall'impresa, quale attività proiettata al profitto.

Non per nulla la consulenza degli aziendalisti è stata ampiamente utilizzata per la redazione della legge delega, come risulta dalla stessa lettera dei suoi artt. 4 ("Principi e criteri in materia di valutazione delle strutture e del personale delle amministrazioni pubbliche e di azione collettiva. Disposizioni sul principio di trasparenza nelle amministrazioni pubbliche") e 5 ("Principi e criteri finalizzati a favorire il merito e la premialità"); e, non per nulla, a quanto risulta *per tabulas*, la cultura della *business organization* trasuda da tutta la prima parte del d.lgs. n. 150/2009, costruita sulla nozione di *performance*.

2. Un'azienda senza impresa.

Il Titolo I ("Principi generali") del d.lgs. n. 150/2009 si risolve in un unico art. 1, che, secondo un modulo destinato ad essere ripreso e ripetuto in apertura dei Titoli II e III, intende metterne in

delle fonti: *legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2010, 1, 6.

³²³ Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione Pubblica, 13 maggio 2010 in www.innovazionepa.gov.it

³²⁴ Si rinvia alla nota 4.

³²⁵ In F. CARINCI, *Una riforma "conclusa" fra norma scritta e prassi applicativa*, cit., 334, nell'analizzare le vicende politiche e sindacali di quegli anni, si ricorda come "bastò il voto del sindacalismo confederale... per vanificare il lascito di D'Antona, tradotto in un testo altamente sofisticato, perché il d.lgs. 165/2001 risultasse del tutto compilativo, cioè il vecchio d.lgs. 29/93, rinumerato *ex novo* e riproposto più o meno tale e quale"; Id., *Il mancato testo unico sul pubblico impiego*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 11, 2001, 178 ss.; F. CARINCI, L. ZOPPOLI, *Progettando il testo unico sul pubblico impiego*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2000, 5 ss.

³²⁶ Si è parlato, infatti, di "controriforma" (C. ROMEO, *La controriforma del pubblico impiego*, in *Lav. Giur.*, 2009, 761 ss.) ovvero di "riforma della riforma" (F. CARINCI, *Filosofia e tecnica di una riforma*, cit., 455).

³²⁷ F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla legge n. 15/2009*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2008, 6, 952 ss. e in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*.it- 88/2009); Id., *Filosofia e tecnica di una riforma*, cit., 457.

chiaro oggetto e finalità: “In attuazione degli articoli da 2 a 7 della legge 4 marzo 2009, n. 15, le disposizioni del presente decreto recano una riforma organica della disciplina del rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche di cui all’art. 2, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 ... ” (co. 1), diretta ad assicurare “una migliore organizzazione del lavoro, il rispetto degli ambiti riservati rispettivamente alla legge e alla contrattazione collettiva, elevati standard qualitativi ed economici delle funzioni e dei servizi, l’incentivazione della qualità della prestazione lavorativa, la selettività e la concorsualità nelle progressioni di carriera, il riconoscimento di meriti e demeriti, la selettività e la valorizzazione delle capacità e dei risultati ai fini degli incarichi dirigenziali, il rafforzamento dei poteri e della responsabilità della dirigenza, l’incremento dell’efficienza del lavoro pubblico ed il contrasto alla scarsa produttività e all’assenteismo, nonché la trasparenza dell’operato delle amministrazioni pubbliche anche a garanzia della legalità” (co. 2).

Appare evidente il ricorso al vocabolario aziendale per delineare quella che dovrebbe essere “una migliore organizzazione del lavoro”, con una sovrapposizione fra le sue caratteristiche e le sue rese positive, così da suggerire l’idea di una qual sorta di relazione causale fra le une e le altre, non solo necessaria ma addirittura inevitabile. A stare alle parole spese, le sue caratteristiche presuppongono una ridefinizione della linea di confine fra legge e contrattazione collettiva, tale da restituire ad una dirigenza rafforzata un’ampia area di manovra gestionale, ispirata alla meritocrazia, sia nell’incentivazione economica che nella carriera; e, a loro volta, le sue rese positive risultano condensate nell’ “incremento dell’efficienza del lavoro pubblico” (miglioramento del processo produttivo) e negli “elevati standard ... delle funzioni e dei servizi” (miglioramento del prodotto).

A prima vista non sembrerebbe emergere alcuna significativa discontinuità nella scelta ormai collaudata di far recitare la parte del “vero” datore di lavoro ad una dirigenza resa protagonista all’insegna di una relazione virtuosa fra autonomia e responsabilità³²⁸. Ma, guardando meglio, quella chiamata in causa della legge nelle prevista ridistribuzione delle competenze *ex lege* ed *ex contractu*, fa ricadere la sua ombra sull’intera elencazione successiva, sì da far prevedere che la dirigenza godrà di una più ampia area gestionale, ma ne godrà secondo una tabella di marcia prefissata dalla legge stessa. Ne rappresenta una traccia evidente l’accoppiata fra selettività e concorsualità nelle progressioni di carriera³²⁹, che fa presagire quel che troverà piena conferma nel prosieguo del decreto: cioè, una sostanziale sottrazione non solo delle progressioni di carriera, ma delle stesse progressioni economiche da quella discrezionalità di utilizzazione che ne fa la misura per eccellenza della politica del personale nell’azienda privata.

Ciò che sembra di leggere in questa *ouverture* è sì una rinnovata enfasi su quella che è stata fin dall’inizio la base portante della c.d. privatizzazione, cioè una dirigenza manageriale, con una sorta di relazione sinallagmatica fra autonomia e responsabilità, qui rinnovata ed accentuata per via di una dilatazione della competenza gestionale. Ma, del duplice braccio della tenaglia che,

³²⁸ F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla legge n. 15/2009*, cit., 953.

³²⁹ Per un approfondimento v. B. CIMINO, *Selettività e merito nella disciplina delle progressioni professionali e della retribuzione incentivante*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2010, 1; L. SGARBI, *Rendimento e merito. Concorsualità dell’accesso, delle progressioni di carriera e di quelle economiche*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2008, 6, 1023 ss.

stando all'ormai consolidata esperienza, aveva finito per restringere e mortificare quella competenza, qui sembra destare una preoccupazione maggiore quello "sindacale" rispetto a quello "politico": la legge dà l'impressione di essere interessata più a contenere l'invadenza "orizzontale" della contrattazione collettiva, che a prevenire l'interferenza "verticale" dell'organo di indirizzo politico-amministrativo.

Questo è corretto, ma solo fino ad un certo punto: come si vedrà il conferimento degli incarichi dirigenziali viene reso più competitivo e trasparente; ma, a prescinderne ora, rimane da considerare e valutare un effetto riflesso dello stesso eccesso di regolamentazione. Certo, quanto la legge toglie alla contrattazione collettiva, la legge lo restituisce alla dirigenza solo in dosi misurate e controllate, sì da declassarla non poco, da gestrice responsabile per la resa complessiva a esecutrice sanzionabile per l'esatta osservanza di una disciplina dettagliata ed invasiva in materia di governo degli uffici e dei dipendenti. Ma, nella misura in cui sottopone la dirigenza ad una sorta di libertà vigilata, nella stessa misura la sottrae ad una possibile espropriazione da parte dell'organo di vertice³³⁰.

Vien da dire che al tradizionale picchettamento del confine fra indirizzo e gestione, tracciato e ritracciato per renderlo impermeabile, senza peraltro un vero e proprio successo, si aggiunge un puntiglioso piano regolatore del terreno riservato alla gestione, che di per sé pare garantire, più e meglio, contro ogni tentativo di *trespass* dall'alto. Se pure - deve essere subito aggiunto - in quello che appare un complesso gioco di equilibri, l'organo di vertice può recuperare, proprio a livello di indirizzo, non poco di quanto perde a livello di condizionamento operativo: se è vero che quel piano quanto più regola tanto più blinda la dirigenza, è anche vero lo stesso organo di vertice non è del tutto estraneo al suo varo e funzionamento.

A prescindere dall'*an* e dal *quomodo* una dirigenza così etero-diretta ed esposta possa recitare la parte assegnatale nella iconografia della riforma Brunetta, cioè di un *management* a pieno titolo, che, come tale, avrebbe richiesto di essere liberato e non appesantito da lacci e laccioli; a prescindere da questo, resta che dietro l'onnipresenza della legge, con la sua lunga coda di apparati, regolamenti, circolari c'è un'idea fortemente centralistica, tutta all'insegna di una piatta ed osseossa uniformità.

Quel che sembra emergere è una lettura della lezione del passato, fatta con l'occhio di un economista, qual è il Ministro. In breve, è possibile immaginare un'azienda senza imprenditore, cioè senza ricerca del profitto, ma anche senza sanzione dal mercato; ma, lasciata a sé, l'assenza d'imprenditore³³¹ retro-agisce causando una destabilizzazione dell'azienda stessa. Ed in fatto, ogni ricostruzione della dirigenza come un *alter ego* dell'imprenditore³³² si è rivelata del tutto priva di

³³⁰ Nello stesso senso A. BOSCATI, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività amministrativa*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2009, 1, 16.

³³¹ Nel senso della "imprenditorialità" della pubblica amministrazione v. E. ALES, *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro. Un'interpretazione giuslavoristica del rapporto tra indirizzo e gestione*, Giuffrè, Milano, 2002; ID., *Le prerogative datoriali delle pubbliche amministrazioni e il loro doveroso esercizio*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, cit., 110 ss.; ID., *Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni*, Utet Giuridica, Torino, 2007, cap. VI.

³³² Si vedano le considerazioni già svolte in F. CARINCI, *Simbologia e realtà di un gemellaggio: il dirigente privato ed il dirigente pubblico privatizzato*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2009, 31, 8 e ID., *Il dirigente privato e il dirigente pubblico privatizzato: i termini del raffronto*, in *Giur. It.*, 2010, 12, 2699 ss.

quella poca ed equivoca rilevanza ancora attribuitale dalla giurisprudenza nella realtà privata³³³: non è lei a tenere i cordoni della borsa; e se è lei a rischiare, lo è più di tutto agli occhi del referente politico-istituzionale, che, di diritto o di rovescio, ne condiziona *status* e reddito. Come tale non può di per sé sola coltivare una logica aziendale, cioè orientata all'efficienza ed all'efficacia della sua azione: non basta liberarla, perché non avrebbe la forza necessaria per far buon uso della libertà; bisogna vincolarla *ex lege* dall' "alto" e dall' "esterno": con metafora teologica, può dirsi che la legge è assunta come vero e proprio motore immobile, causa non causata, disegno intelligente dell'intera riforma.

C'è, però, una compensazione all'assenza del mercato, data dalla possibilità di sfruttare la enorme capacità dell'informatica, per utilizzare, al posto del giudizio della clientela, il giudizio dell'utenza³³⁴. Una compensazione, non una sostituzione più o meno comparabile, perché il cliente non ha diritto al bene o al servizio, mentre l'utente lo ha; sicché, mentre il giudizio del primo si esprime con l'acquisto o il non acquisto, il giudizio del secondo si può esprimere solo in altro modo, cioè con il controllo, attuato anzitutto tramite l'accesso ad internet, dove deve essere pubblicato un ricco campionario informativo sul "processo produttivo" (organizzazione) e sul "prodotto" (servizio). Non solo, perché è possibile reagire al difetto del "prodotto" con una *class action*, prevista dalla legge delega, al suo art. 4, co. 2, lett. I, ma non ripresa nel decreto delegato, bensì consegnata al d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 303, la cui operatività in materia resta a tutt'oggi bloccata, per la perdurante assenza della sua stessa precondizione, quale data dalla individuazione degli standard dei servizi somministrati³³⁵.

Una risposta, questa, che, giusta o sbagliata rispetto alla lezione da trarre dal passato, più punta a rafforzare *ex lege* la logica aziendale, più la mortifica. La riduzione della discrezionalità e la pubblicizzazione della gestione dirigenziale parlano da sé, perché in totale contro-tendenza rispetto alla realtà privata: qui è richiesta una tempestività e flessibilità decisionale; e sempre qui la dinamica interna rimane segretata.

Ecco, dunque, in sintesi, l'intera partita, giocata dal Ministro, con quella passionale irruenza, propria della sua natura ma esaltata dalla parte rivestita sulla scena politica: affidare la vitalità di un'azienda sprovvista di un'impresa ad una dirigenza, sottoposta a libertà vigilata ed esposta ad una trasparenza informatica assai ampia³³⁶. Una partita tutta da vedere, perché un'azienda sif-

³³³ Tra le più recenti Cass., sez. lav., 24 giugno 2009, n. 14835, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 6, 974 ss. e Cass., sez. lav., 12 gennaio 2009, n. 394, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 1, 38.

³³⁴ "Con relativa implementazione di meccanismi di *voice*" così G. NATULLO, *Vincoli e ruoli della contrattazione integrativa*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, cit., 67.

³³⁵ "Potrebbe trattarsi di un rimedio realistico contro l'indifferenza verso l'inefficacia dell'azione amministrativa", così L. ZOPPOLI, *La valutazione delle prestazioni della dirigenza pubblica: nuovi scenari, vecchi problemi, percorsi di "apprendimento istituzionale"*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'antonio".IT*, 63/2008, "anche se, nella specie, confezionato in modo un po' fiacco e piazzato su un binario che sembra portare di nuovo verso farraginosi rimedi burocratici, piuttosto che verso il mercato" così L. ZOPPOLI, *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, in L. Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, cit., 37 ss.

³³⁶ "L'impressione è che ad una chiusura totale si voglia sostituire un'apertura totale: all'oscurità deprimente di ieri, la luce accecante di domani", così F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla Legge 133/2008 alla Legge n. 15/2009*, cit., 990. È stato, peraltro, sottolineato come il principio di trasparenza, sancito sia nella legge delega sia nel decreto delegato in termini tanto assoluti, presenti "il rischio di ingiustificate lesioni della *privacy individuale*" v. A. BELLAVISTA, A. GARILLI, *Ri-regolazione legale e decontrattualizzazione: la neoibridazione normativa del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, 01, 11.

fatta, iper-regolata ed iper-trasparente, non ha esperienza alcuna alle spalle in grado di supportarla; ma il nostro collega universitario di Palazzo Vidoni potrebbe controbattere facendo suo il motto dell'Accademia del Cimento, "Provando e riprovando".

Nell'andare a vedere le carte calate sul tavolo dal nostro Ministro col d. lgs. n. 150/2009, occorre premettere che lo si farà considerandole di per se stesse, senza tener conto di quanto si conformino alle dichiarazioni fatte con la l. n. 15/2009 e di come si accordino con le combinazioni non modificate del d. lgs. n. 165/2001. Carenza non di poco conto, quest'ultima, se l'intenzione qui perseguita fosse quella di offrire una visione completa e sistematica della nuova disciplina vigente, dopo l'ultimo decreto legislativo; ma non è questa, bensì un'altra, cioè far vedere l'anima della riforma Brunetta, così come emerge dal singolare composto costituito dal decreto in parola, con un dettagliato processo di misurazione, valutazione e trasparenza della *performance* a far da anticamera ad una conforme rivisitazione del d.lgs. n. 165/2001. Ma, poiché è l'anima che qui interessa, non vi sarà un esame completo ed esauriente dell'intero corpo del decreto: secondo il detto comune, dovrebbe bastare guardarlo negli occhi, che qui, però, sono piuttosto grandi ed impegnativi.

3. Panoramica del decreto legislativo: contenuto e disegno.

Se pur la l. n. 15/2009 faceva prevedere una ipertrofia regolativa, nondimeno impressiona la dimensione assunta dal d.lgs. n. 150/2009, ricco di ben 74 articoli, suddivisi in cinque Titoli. Dopo quell'articolo 1 appena visto, unico ospite del Titolo I, c'è tutta una prima parte data da 27 articoli (dal 2 al 28), ricompresi sotto il Titolo II ("Misurazione, valutazione e trasparenza della *performance*") (dal 3 al 16) ed il Titolo III ("Merito e premi") (dal 17 al 31): questa risulta non incorporata nel d.lgs. n. 165/2001, quindi destinata a restare definitivamente congelata nel d. lgs. n. 150/2009. Segue, poi, una seconda parte, costituita da 42 articoli (dal 32 al 73), raccolti nel Titolo IV ("Nuove norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni") che - nella misura in cui novella lo stesso d. lgs. n. 165/2001- trasmigra al di fuori del d.lgs. n. 150/2009; lo fa, perdendo per via tutti gli articoli posti in testa ai suoi Capi, per inquadrarne i rispettivi contenuti. Chiude, infine, una terza parte, rappresentata da un solo articolo (il 74), compreso sotto il Titolo V ("Norme finali e transitorie").

È un testo lungo, complesso, enfatico e ripetitivo, discontinuo nel suo *mix* di principi, disposti generali, interventi dettagliati, approssimativo nel linguaggio tecnico, problematico per l'interprete, con, a far da *refrain* al continuum numerico, quegli articoli di apertura dei Capi - di cui si è appena fatto cenno - sui relativi "Oggetto, ambito di applicazione e finalità": il loro intento pare quello di restituire unità e chiarezza all'intero corpo, ma non di rado il dettato tradisce un eccesso propagandistico, perché vi si vorrebbe far credere qualcosa che poi non si ritrova in seguito.

Questo è ciò che serve il convento: trattandosi di un decreto delegato, avrebbe dovuto avere dalla sua un minor carico di compromessi dell'ultimo minuto; ma il procedimento gestionale di un decreto siffatto è stato appesantito da un confronto e da un lavoro mediatorio costante, coi gruppi parlamentari, coi partiti, con le Regioni, coi sindacati, con le associazioni di interesse. Vi è sotteso, però, un progetto costruito secondo un *continuum* decifrabile, capace di produrre un significativo "aggiornamento" del regime vigente, pur lasciando aperto più di un interrogativo circa il suo reale impatto.

La distinzione proposta fra una prima ed una seconda parte del decreto non è solo topografica, perché la mancata incorporazione della prima parte nel d. lgs. n. 165/2001 è dovuta alla sua autonomia strutturale e funzionale, *sub specie* di una metodologia - pensata a misura di un'azienda, ma forzata dentro la realtà della pubblica amministrazione – cui conformare la seconda parte, che novella il “testo unico” del pubblico impiego privatizzato. Tale logica risulta dalla strumentazione e dalla relativa terminologia: la “misurazione, valutazione e trasparenza della *performance*” di cui al Titolo II fa da premessa al “merito e premi” di cui al Titolo III, sulla esplicita convinzione che l’arma dell’incentivazione sia quella elettiva per assicurare una maggiore efficienza. Il che è deducibile implicitamente già dagli stessi articoli 2, co. 1 e 17, co. 1 (Oggetto e finalità) che aprono i Capi I (Disposizioni generali) del Titolo II e, rispettivamente, del Titolo III: il sistema di valutazione – dichiara il primo - persegue il fine “di assicurare elevati standard qualitativi ed economici del servizio tramite la valorizzazione dei risultati e della *performance* organizzativa e individuale”; la quale - afferma il secondo - richiede, a sua volta, “strumenti di valorizzazione del merito e di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa informati a principi di selettività e concorsualità nelle progressioni di carriera e nel riconoscimento degli incentivi”.

Già a prima vista, però, emerge una duplice approssimazione, perché nessuna genuina prospettiva aziendale potrebbe assumere l’articolazione di un complesso come una realtà data e statica, neutra rispetto alla valutazione; né potrebbe considerare la motivazione del personale tutta risolta nell’incentivazione, sì da trascurare quell’identificazione con la realtà di appartenenza che, invece, merita grande attenzione.

Certo sarebbe stato possibile limitare la prima parte del nostro decreto alla definizione di un quadro di riferimento, da rifinire nel dettaglio ad opera di altra fonte, graduata nella sua forza vincolante e nella sua provenienza, sì da assicurare la varietà e la flessibilità, richieste dall’implementazione di un logica aziendale, che, come tale, voglia essere a misura dell’organizzazione interessata. Possibile, ma, anche opportuno, perché avrebbe evitato di apprestare un abito che pare ripreso dal modello illustrato su un manuale per aziendalisti, per, poi, essere adattato, con un taglio e cuci approssimativo, all’intero corpo del pubblico impiego privatizzato: un abito unico per taglia, stoffa, colore, ma reso universale per qualsiasi occasione, evenienza, stagione.

II. Tecnica aziendale e pubblica amministrazione.

4. Il Titolo II. La prima regola aurea, la valutazione della *performance*

Il Titolo II ha come motivo di fondo la *performance*³³⁷ - parola suggestiva nella sua intraducibilità dalla lingua scientifica per eccellenza - tant’è che il Capo I, con le sue “Disposizioni generali”, la dà come il *la*, che i Capi seguenti riprendono fin dalle rubriche: il Capo II, “Il ciclo di gestione della *performance*”; il Capo III, “Trasparenza e rendicontazione della *performance*”; il Capo IV “Soggetti del processo di misurazione e valutazione della *performance*”. E proprio nel Capo I, al suo art. 3, ci sono tre punti qualificanti. Dato, *il primo*, dalla messa in opera di una valutazione universalistica

³³⁷ Sull’argomento si v. S. MAINARDI, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2009, 5, 748 ss.; G. NICOSIA, *La gestione della performance dei dirigenti pubblici: an, quando, quis e quomodo della “misurazione” e “valutazione” individuale*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, n. 103/2010, 16; S. BATTINI, B. CIMINO, *La valutazione della performance nella riforma Brunetta*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, cit., 255 ss.; A. GARILLI, *Il dirigente pubblico e il sistema di misurazione e valutazione della performance organizzativa della P.A.*, in *Giur. It.*, 12, 2010.

della *performance*, estesa “ad ogni amministrazione pubblica ... con riferimento all’amministrazione nel suo complesso, alle unità organizzative o aree di responsabilità in cui si articola e ai singoli dipendenti” (co. 2), cui fa da inseparabile compagna l’adozione di “modalità e strumenti di comunicazione che garantiscano la massima trasparenza delle informazioni concernenti le misurazioni e le valutazioni della *performance*” (co. 3). Costituito, *il secondo*, dalla configurazione della valutazione della *performance* come “condizione necessaria per l’erogazione di premi legati al merito ed alla *performance*” (co. 5). Rappresentato, *il terzo*, dalla previsione di una implementazione dell’intera macchina di valutazione e trasparenza “senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica”, eccezion fatta per la sola neonata Commissione (CiVIT), facendo obbligo alle amministrazioni di utilizzare “le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente” (co. 6). Sintetizzando al massimo, *in base al primo dei tre punti* qualificanti, è posto uno scopo estremamente ambizioso, peraltro, pensato e costruito a misura di un modello organizzativo tipo, bel lontano da quello medio effettivamente esistente: se è comprensibile una valutazione dell’amministrazione nel suo complesso e delle unità organizzative o aree di responsabilità in cui si articola, lo è molto meno una estesa alla generalità del personale, con modalità tendenzialmente coincidenti³³⁸, senza tener conto che, col decrescere della mansioni assegnate, diviene progressivamente più difficile procedere ad una loro ponderazione significativa. *In forza del secondo*, è stabilito un legame fra valutazione ed incentivazione, solo apparentemente uni-direzionale, ma sostanzialmente bi-direzionale, perché se l’assenza della valutazione pregiudica l’incitazione, a sua volta la carenza di risorse per l’incitazione vanifica la valutazione. *In ragione del terzo*, è posto un vincolo al limite della paralisi, cioè un “costo zero”, non solo per la valutazione ma anche per l’incitazione, perché quanto qui detto in testa al Titolo II (art. 3, co. 6), verrà ripetuto alla lettera in apertura al Titolo III (art. 17, co. 2).

4. a) Il ciclo di gestione (capo II)

Per avere un’idea di quanto sia ambizioso lo scopo perseguito basta cominciare a scorrere il Titolo II, che, nel suo Capo II, ci presenta l’intero processo, tenuto a battesimo con un nome di per sé evocativo del suo carattere continuo, fluido, regolare: “ciclo di gestione della *performance*”, che deve svolgersi coerentemente al “ciclo della programmazione finanziaria e del bilancio, su un *continuum* pluri-fase” (art. 4). Per dirla metaoricamente, *a monte* c’è l’individuazione degli obiettivi e delle risorse, secondo una programmazione su base triennale effettuata “prima dell’inizio del rispettivo esercizio dagli organi di indirizzo politico-amministrativo, sentiti i vertici dell’amministrazione, che a loro volta consultano i dirigenti o i responsabili delle unità organizzative” (art. 5); *a mezza costa* insiste la valutazione della *performance*, scandita da una sequenza articolata sulla previa adozione da parte delle “amministrazioni pubbliche del Sistema di misurazione e valutazione della *performance*, secondo le direttive della Commissione...”, e sulla conseguente misurazione annuale condotta dagli Organismi indipendenti di valutazione, dalla stessa Commissione, dai dirigenti, con una sovrapposizione e concorrenza di competenze difficilmente ricostruibile e districabile; *a valle*, rimane la rendicontazione dei risultati, prevista come *urbi et orbi*, cioè

³³⁸ S. MAINARDI, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici*, cit., 749 critica la scelta del legislatore di far confluire in un unico canale valutativo le due *performance* – individuale ed organizzativa – poiché non è “scontato che una cattiva *performance* organizzativa sia dovuta ad una altrettanto cattiva *performance* individuale; e allo stesso tempo non è detto che un’ottima *performance* organizzativa porti con sé l’ottimo rendimento dei lavoratori della struttura o dell’ente interessato”.

“agli organi di indirizzo politico amministrativo, ai vertici delle amministrazioni, nonché ai competenti organi esterni, ai cittadini, ai soggetti interessati, agli utenti e ai destinatari dei servizi” (artt. 7, 8 e 9).

A testimonianza dell'elevata formalizzazione, che dovrebbe garantire la coerenza e la tracciabilità di ogni fase, le amministrazioni sono tenute a far precedere e seguire all'attività di valutazione, conformata al già adottato Sistema di misurazione e valutazione della *performance*, da un paio di documenti, da trasmettere immediatamente alla Commissione, al Ministero dell'economia e delle Finanze. Farla precedere, cioè, entro il 31 gennaio, da “un documento programmatico triennale, denominato “Piano della *performance*” (in coerenza col programma finanziario e col bilancio, individua gli indirizzi strategici ed operativi, con riferimento ai passaggi intermedi ed alle risorse, gli indicatori per la valutazione della *performance* dell'amministrazione, gli obiettivi assegnati al personale dirigenziale ed i relativi indicatori); farla seguire, entro il 30 giugno, da un documento a consuntivo per l'anno precedente battezzato “Relazione sulla *performance*” che riporta i risultati organizzativi e individuali raggiunti rispetto agli obiettivi ed alle risorse (art. 10 co. 1, lett. a e b).

Un processo ferreo nel suo svolgimento da un passaggio all'altro, che non viene lasciato all'adempimento spontaneo³³⁹. Mettendo al servizio del perfezionismo utopico del modello un realismo smaliziato, il processo in parola viene sanzionato toccando non il “cuore”, ma la “borsa”: se quel che sta a monte, cioè l'individuazione degli obiettivi, secondo una programmazione su base triennale, non trova riscontro nella realtà, ne segue il blocco dell' “erogazione degli incentivi previsti dalla contrattazione integrativa” (art. 5, co. 1); e se quel che si colloca a mezza costa, cioè l'adozione del Piano della *performance*, non risulta effettuato, ne consegue il “divieto di erogazione della retribuzione di risultato ai dirigenti che risultano avere concorso alla mancata adozione del Piano, per omissione o inerzia nell'adempimento dei propri compiti”, nonché di “procedere ad assunzioni di personale o al conferimento di incarichi di consulenza o di collaborazione comunque denominati” (art. 10, co. 5).

4. b) La trasparenza (capo III)

Una volta che il Capo II ha regolato il ciclo della *performance*, il Capo III, nel suo unico art. 11, affronta il tema della trasparenza e rendicontazione, cominciando coll'enfatizzare all'estremo la trasparenza: “intesa come accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione...”; e qualificata come “livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione” (co. 1).

La trasparenza opera attraverso un doppio circuito, “speciale” e “generale”. Il circuito “speciale”, conta, a sua volta, su un duplice obbligo, che lo configura come partecipato e selettivo, nonché aperto al confronto diretto con enti e soggetti qualificati: “Ogni amministrazione, sentite le asso-

³³⁹ Come è stato già sottolineato, “l'olismo del meccanismo predisposto appare eccessivo e controproducente...nel suo voler fissare per legge non una serie di finalità e di regole-quadro, ma una regolamentazione barocca, che avrebbe dovuto essere lasciata alla potestà regolamentare o all'emanazione di circolari, se non addirittura rimessa in larga misura alla discrezionalità della dirigenza” v. F. CARINCI, *Filosofia e tecnica di una riforma*, cit., 462.

ciazioni rappresentate nel Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti, adotta un Programma triennale per la trasparenza e l'integrità, da aggiornare annualmente, che indica le iniziative previste per garantire: a) un adeguato livello di trasparenza, anche sulla base delle linee guida elaborate dalla Commissione di cui all'art. 13; b) la legalità e lo sviluppo dell'integrità" (co. 2); ed, altresì, "Ogni amministrazione presenta il Piano e la Relazione sulla *performance* di cui all'art. 10, comma 1, lettere a) e b), alle associazioni di consumatori o utenti, ai centri di ricerca e a ogni altro osservatore qualificato, nell'ambito di apposite giornate della trasparenza" - che, si aggiunge subito, a conferma di una preoccupazione costante devono essere tenute – "senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica" (co. 6).

Il circuito "generale" fa leva sull'obbligo di attivare e curare un ricco e dettagliato sistema informativo su rete, che lo configura come aparticipativo e aselettivo, aperto a *quisque de populo*: "le pubbliche amministrazioni provvedono a dare attuazione agli adempimenti relativi alla posta elettronica certificata..." (co. 5); "Ogni amministrazione ha l'obbligo di pubblicare sul proprio sito istituzionale in apposita sezione di facile accesso e consultazione, e denominata: "Trasparenza, valutazione e merito ..." una lunga e dettagliata serie di informazioni che vanno dai documenti di programma e di consuntivo (Piano triennale e Relazione annuale sulla *performance*; Programma triennale per la trasparenza e l'integrità) a tutta una serie di dati relativi al sistema classificatorio e retributivo (nominativi e *curricula* dei componenti degli Organismi indipendenti di valutazione; ammontare complessivo dei premi previsti e dei premi effettivamente distribuiti; grado di differenziazione nel loro utilizzo per i dirigenti e per gli altri dipendenti; *curricula* e retribuzioni dei dirigenti e di coloro che rivestono incarichi di indirizzo politico amministrativo; *curricula* dei titolari delle posizioni organizzative; incarichi conferiti) (co. 8). *More solito*, la sanzione tocca la "borsa": la "mancata adozione e realizzazione del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità" e il "il mancato assolvimento degli obblighi di pubblicazione di cui ai commi 5 e 8" comportano il blocco "della retribuzione di risultato ai dirigenti preposti agli uffici coinvolti".

Non è tutto perché le pubbliche amministrazioni sono obbligate a contabilizzare e monitorare i costi sostenuti per i singoli servizi prestati, con evidenziazione di quelli effettivi e di quelli disaggregati del personale; e, poi, a pubblicarli sui loro siti istituzionali. Il che serve a fornire all'utenza una radiografia aggiornata, utile a confrontare spesa e resa dei servizi utilizzati, sì da orientarla nella sua valutazione delle amministrazioni considerate ed, eventualmente, supportarla nella sua decisione di far ricorso alla *class action*³⁴⁰.

Un'idea suggestiva, questa, di attivare a carico della amministrazione una nuova e moderna "responsabilità", diretta ed immediata, con rispetto all'utente dotato di un potere di controllo, la quale anticipa e rinforza la vecchia e collaudata "responsabilità", indiretta e mediata, con riguardo al cittadino fornito di un diritto di voto. Come anticipato, nell'ambito di una logica di azienda, l'utente finirebbe per giocare il ruolo del consumatore, se pur in modo solo lontanamente comparabile, perché l'eventuale comportamento sanzionatorio si dovrebbe esprimere non, passivamente, con un rifiuto d'acquisto del bene o servizio, ma, attivamente, con un intervento *ad hoc* circa un processo gestionale di cui è messo in grado di informarsi. Consapevole di questo, il legislatore delegato ha messo in atto quel duplice circuito sopra ricostruito, sì da tener conto di questo *plus* di coinvolgimento richiesto: il circuito "speciale", promosso dall'amministrazione, attuato

³⁴⁰ V. *supra* note 18 e 19.

a contatto diretto, riservato ad un pubblico di addetti al mestiere, garantirebbe un confronto certo e regolare; mentre il circuito "generale", messo in moto dal singolo, realizzato via internet, aperto ad un pubblico potenzialmente coincidente con quello che utilizza il mezzo informatico, permetterebbe non solo un aggiornamento costante sul processo gestionale, ma anche un dialogo a distanza³⁴¹.

D'altronde tale trasparenza presuppone l'idea che una razionalizzazione della dinamica organizzativa, tale da costringerla a svolgersi secondo cicli e processi decisionali obbligati, previsti e programmati, debba finire per oggettivizzare processi e risultati, sì da renderli pubblicizzabili. Ma, come detto, qui viene confermata la distanza rispetto ad un'azienda privata, perché se è vero che questa è modellata secondo una precisa e dettagliata programmazione, è pur vero che non nasce e non vive ingessata e priva di una più o meno ampia area di manovra discrezionale; e, comunque, coltiva un forte senso di "pudore" con riguardo ai "dati sensibili", tant'è che li conserva accuratamente protetti agli sguardi indiscreti del personale e del pubblico.

Anche chi condivide la strada prescelta, come la migliore o come l'unica percorribile, deve essere consapevole che se è accattivante equiparare un'amministrazione pubblica ad una casa di vetro³⁴², è difficile governare un'organizzazione in assoluta e totale trasparenza; lo è soprattutto con riguardo ad una gestione del personale estremamente formalizzata, che una volta disvelata *nominatim*, è destinata a dar vita ad una comparazione diffusa e continua all' "interno" - ancor più ed ancor prima di una attività di controllo all' "esterno" - come tale destinata a produrre tensione e vertenzialità sindacale e giudiziaria.

Tutto questo a prescindere dalla difficoltà stessa di percorrere la strada in parola della creazione e della manutenzione di una rete di siti; ma bisogna dar atto al Ministro Brunetta di una forte capacità di spinta, come testimonia il varo del nuovo Codice dell'Amministrazione digitale (CAD) comprensivo di incentivi e tempi per l'implementazione, che dovrebbe permettere all'utenza non solo di informarsi, ma anche di dialogare con l'amministrazione interessata (d.lgs. n. 235/2010, modificativo ed integrativo del d.lgs. n. 82/2005).

4. c) I soggetti (capo IV)

Chiude il Titolo II, il Capo IV ("Soggetti del processo di misurazione e valutazione della *performance*"), che al suo primo articolo, l'art. 12, elenca i componenti della "banda" incaricata di suonare la partitura predisposta in tema di misurazione: "a) un organismo centrale, denominato: "Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche ... ; b) gli Organismi indipendenti di valutazione della *performance* ... ; c) l'organo di indirizzo politico-amministrativo di ciascuna amministrazione; d) i dirigenti di ciascuna amministrazione".

A dirigere dal podio, a colpi di bacchetta, è la CiVIT. Stando alla lettera dell'art. 13, co. 1, essa opera "in posizione di indipendenza di giudizio e di valutazione e in piena autonomia", ma "in collaborazione con la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica e con il Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello

³⁴¹ "Attivando forme di controllo diffuso sul rispetto del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione, in ottica di partecipazione democratica" così B. CIMINO, *La valutazione della performance nella riforma Brunetta*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, cit., 269.

³⁴² Così, già in un primo commento alla legge delega n. 15/2009, F. Carinci, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla legge n. 15/2009*, cit., 989.

Stato -": espressione aperta, che si lascia alle spalle una posizione in equilibrio instabile fra "indipendenza ... e autonomia", da un lato e "collaborazione", dall'altro. Certo la procedura di nomina sembra inattaccabile, perché, a' sensi del co. 2, i cinque componenti, in carica per un sessennio rinnovabile una sola volta, devono essere scelti "fra esperti di elevata professionalità, anche estranei all'amministrazione con comprovate competenze in Italia e all'estero, sia nel settore pubblico che in quello privato in tema di servizi pubblici, management, misurazione della *performance*, nonché di gestione e valutazione del personale", privi delle previste incompatibilità politiche, partitiche, sindacali, di conflitto di interessi; e devono essere nominati, tenuto conto delle pari opportunità di genere, con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, di consenso con il Ministro per l'attuazione del programma di Governo, previo parere favorevole delle Commissioni parlamentari competenti espresso a maggioranza dei due terzi dei componenti". Solo che l'esperienza ci ha ormai abituato a non lasciarci impressionare né dall'elencazione dei requisiti richiesti per la scelta, né dalla pluralità dei soggetti istituzionali corresponsabili per la nomina, risultando la prima tanto più occasione di manipolazione quanto più ferrea, e la seconda tanto più fonte di lottizzazione quanto più coinvolgente. A quanto sembra, anche questa volta la celebre massima attribuita all'inossidabile Andreotti, "a pensar male, si fa peccato ma ci si prende" ha trovato conferma, sì da rendere lieve la fatica di mappare la CiVIT in base alla benedizione ricevuta da ogni singolo componente: tutti, donne e uomini, d'onore, ma *more solito* tutti, figlie e figli legittimi e conclamati di qualcuno, assemblati e confezionati in pacchetto dal Ministro Brunetta.

Il che, tutto sommato, sembra ancora il meno, perché il come si nasce non ipoteca il come si vive. Il più è costituito dal fatto che i nostri cinque commissari si vedono assegnato un compito a dir poco gigantesco, cioè, con le parole dell'art. 13, co. 1, "di indirizzare, coordinare e sovra-intendere all'esercizio indipendente delle funzioni di valutazione, di garantire la trasparenza dei sistemi di valutazione, di assicurare la comparabilità e la visibilità degli indici di andamento gestionale". Parole, queste, che acquistano una precisa pregnanza alla luce delle dettagliate specificazioni delle competenze di cui allo stesso art. 13, co. 5, 6, 7 e 8, tante e tali da richiedere la messa in piedi di una struttura assai ricca di risorse umane e materiali: "indirizza, coordina e sovraintende all'esercizio delle funzioni di valutazione da parte degli Organismi indipendenti", promuovendo il miglioramento della *performance*, assicurando la trasparenza ed effettuando la comparazione dei risultati a standard interni ed internazionali, favorendo la cultura della trasparenza, della integrità, delle pari opportunità; nel rispetto dell'autonomia di valutazione propria di ogni amministrazione, fornendo supporto all'attuazione del ciclo della *performance*; definendo il modello del Sistema di misurazione e valutazione della *performance*, nonché del Piano e della Relazione sulla *Performance*, con conseguente verifica per le amministrazioni centrali ed analisi a campione per gli Enti territoriali; adottando le linee guida per la redazione del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità e per la definizione degli Strumenti per la qualità dei servizi pubblici; stabilendo i requisiti per i componenti dell'Organismo indipendente di valutazione (Oiv); redigendo la graduatoria di *performance* delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali, in base ad una adeguata attività istruttoria; esercitando il compito di fare proposte al Presidente del Consiglio dei Ministri per l'emanazione delle direttive, aggiornabili annualmente, con riguardo agli standard di qualità, le carte e la qualità dei servizi, la tutela degli utenti, ivi compresa la disciplina dell'indennizzo automatico e forfettario all'utenza per mancato rispetto degli standard di qualità; pro-

muovendo iniziative di confronto; sostenendo la sperimentazione in materia di *performance*; predisponendo una relazione annuale su quella delle amministrazioni centrali, debitamente pubblicizzata sul sito; gestendo con il CNIPA (oggi DigitPa) il portale della trasparenza contenente piani e relazioni di *performance* delle amministrazioni pubbliche.

Il tutto è accompagnato da una garanzia di trasparenza, attuata secondo la già vista combinazione del doppio circuito “generale” e “speciale”, perché se “I risultati della Commissione sono pubblici”, cioè aperti a tutti, invece “la disponibilità ... di tutti i dati sui quali la valutazione si basa” è assicurata a “le associazioni di consumatori e utenti e ogni altro osservatore qualificato”, con una scadenza riassuntiva fissa, la trasmissione di “una relazione annuale sulle proprie attività al Ministro per l’attuazione del programma del Governo” (co. 8), secondo un’anticipazione già fatta (co. 1) e qui ribadita senza che si capisca il perché della scelta così enfatizzata di un tale Ministro.

Un carico, questo assegnato alla CiVIT, di tutto rispetto già di per sé; ma ancor di più, se si tiene presente che è condannato a fare i conti con il tallone d’Achille della riforma, la carenza di disponibilità finanziarie. Se è vero che già l’art. 3, co. 6, dichiarava *apertis verbis*, con riguardo al Titolo II, che “Fermo quanto previsto dall’art. 13, dalle disposizioni del presente Titolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica”; è altrettanto vero che l’eccezione ivi prevista con riguardo alla CiVIT non pare particolarmente significativa, se valutata in relazione al peso scaricato sulle spalle. I commi 4 e 13 del nostro art. 13 prevedono: il co. 4, un organico formato da un Segretario generale e da un personale massimo di 30 unità, reperito in altre amministrazioni o assunto a tempo indeterminato, nonché, “nei limiti delle disponibilità di bilancio” uno staff di esperti massimo di 10 unità, impegnato con “contratti di diritto privato di collaborazione autonoma”, se pur potendo avvalersi dell’aiuto dell’Aran e dell’Ispettorato della funzione pubblica; e, rispettivamente, il co. 13, un finanziamento pari a “due milioni di euro per l’anno 2009 e a 8 milioni a decorrere dall’anno 2010”.

A prescindere dalla congruità delle risorse umane e materiali messe a disposizione, resta pur sempre la carenza di una capacità impositiva diretta ed immediata, debitamente ed efficacemente sanzionata, che faccia della CiVIT un qualcosa di più di una agenzia di produzione di una modellistica e modulistica cartacee, *rectius* informatiche, destinate ad essere adottate dalle amministrazioni. Ma appare evidente la relazione fra tale carenza e la mancanza di una vera e propria indipendenza, che sola potrebbe legittimare pienamente l’attribuzione di una potestà punitiva a supporto dell’attività svolta.

Sotto la CiVIT, c’è la rete incentrata sull’Oiv (art. 14): creato presso ogni amministrazione, singolarmente o in forma associata; sostitutivo dei servizi di controllo interno comunque denominati; costituito da un organo monocratico ovvero collegiale, composto da 3 componenti “dotati dei requisiti stabiliti dalla Commissione ... , e di elevata professionalità ed esperienza, maturata nel campo del management, della valutazione della *performance* e della valutazione del personale dell’amministrazione pubblica” e privi delle previste incompatibilità politiche, partitiche, sindacali; nominato dall’organo di indirizzo politico-amministrativo per un triennio, rinnovabile una sola volta (co. 1, 2, 3, 7 e 8).

Qui si ripropone, il problema dell’effettività dell’ “indipendenza” dell’Organismo di valutazione; e lo si ripropone in modo più stringente, perché la procedura di nomina chiama in causa proprio quell’organo di indirizzo politico-amministrativo che presiede l’amministrazione da valutare, se pur con un duplice intervento da parte della CiVIT, di filtro prima, con riguardo ai requisiti richiesti

in astratto, di controllo poi, con rispetto ai nominativi sottoposti in concreto. Sicché alla fine la CiVIT esercita la sua capacità di condizionamento, coll'aver diritto di parola nella formazione dell'Oiv, ancor prima che coll'esercitare la sua competenza di indirizzo e coordinamento; e, cosa rilevante alla distanza, la CiVIT "dura" di più dell'Oiv: si può far parte della prima per ben 12 anni (6+6), del secondo per solo 6 (3+3).

Il compito è notevole, perché detto Organismo deve (co. 4 e 5): monitorare il funzionamento complessivo del sistema di valutazione, trasparenza, integrità dei controlli interni, fornendone una relazione annuale; comunicare tempestivamente le criticità riscontrate ai vertici, alla corte dei conti, all'Ispettorato per la funzione pubblica, alla CiVIT; validare e far pubblicare sul sito dell'amministrazione la Relazione sulla *performance*; garantire una corretta gestione del sistema dei premi; proporre all'organo di indirizzo politico-amministrativo la valutazione annuale e l'attribuzione dei premi con riguardo alla dirigenza; rispondere dell'osservanza delle linee guida e delle direttive della CiVIT; farsi carico del rispetto degli obblighi di trasparenza ed integrità, nonché verificare il conseguimento dei risultati nella promozione delle pari opportunità; curare annualmente indagini sul personale indipendente per conoscerne il livello di benessere organizzativo, il grado di condivisione del sistema di valutazione, il tipo di valutazione del superiore gerarchico, riferendone alla CiVIT. Ma questo non esaurisce l'elenco, perché proprio al successivo Titolo III, Capo I, art. 19, è disciplinato il compito di maggior rilievo, cioè quello di compilare "sulla base dei livelli di *performance* attribuiti ai valutati secondo il sistema di cui al Titolo II ... una graduatoria delle valutazioni individuali del personale dirigenziale, distinto per livello generale e non, e del personale non dirigenziale" (co. 1); di maggior rilievo, ma anche di maggior significato per decifrare la riforma, come si dirà di qui a poco.

Anche a proposito dell'Oiv ritorna il doppio *refrain*: quello costituito da una politica della lesina assai rigida, per cui, come visto, la costituzione dell'Organismo indipendente deve avvenire "senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica" (co. 1), e agli "oneri derivanti dalla costituzione e dal funzionamento" deve provvedersi "nei limiti delle risorse attualmente destinate ai servizi di controllo interno" (co. 11); e, rispettivamente, quello rappresentato da una politica della premialità condizionata dall'osservanza della procedura diretta a garantirne la correttezza, per cui "La validazione della Relazione sulla *performance*", di competenza dell'Organismo indipendente "è condizione inderogabile per l'accesso agli strumenti per premiare il merito di cui al Titolo III".

Il ruolo lasciato all'organo di indirizzo politico-amministrativo è delineato all'art. 15 ("Responsabilità dell'organo di indirizzo politico-amministrativo"): dopo il compito generico di promuovere la "cultura della responsabilità" e di "curare gli indirizzi strategici" (co. 1), è menzionato un duplice obbligo funzionale al meccanismo predisposto, cioè definirne i documenti fondamentali, cioè il Piano e la Relazione del ciclo della *performance*, in collaborazione con i vertici dell'amministrazione, ed il Programma per la trasparenza e l'integrità.

5. Il Titolo III. La seconda regola aurea, l'incentivazione e la premiazione della *performance*.

Come detto il Titolo II trova il suo completamento nel Titolo III, "Merito e premi", secondo un rapporto che si potrebbe rendere con la formula latina del *simul stabunt, simul cadent*. Il suo Capo I ("Disposizioni generali") si apre con l'art. 17, il quale, dopo averne sintetizzato il contenuto (co. 1) – poi ripreso nel successivo art. 18, co. 1, a conferma del proverbio che la lingua batte dove il dente duole - puntualizza: "Dall'applicazione delle disposizioni del presente Titolo non devono

derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica. Le amministrazioni interessate utilizzano a tali fini le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente". Ma se le parole sono le stesse già utilizzate nell'art. 3, co. 6 a proposito del precedente Titolo II, sì da ribadire la prospettiva di una riforma a costo zero, le ricadute sono diverse: a venire in questione nel Titolo II è il varo del ciclo della *performance*; nel Titolo III il funzionamento del sistema incentivante e premiale. Una bella differenza, non c'è che dire, perché il conto è dato, nel primo caso, da quanto c'è da impegnare per mettere a regime il processo di valutazione presieduto dagli Organismi indipendenti; nel secondo, invece, da quanto c'è da sborsare per rendere significativa il sistema degli incentivi e dei premi.

Pare che, nell'uno e nell'altro caso, si faccia affidamento su un effetto traslativo del costo già sostenuto: quel che si è spende, oggi, per i vecchi servizi di controllo interno, dovrebbe essere sufficiente, domani, per i nuovi Organismi indipendenti; e, a sua volta, quel che si corrisponde al momento o potrebbe corrispondersi col primo accordo collettivo in arrivo come stipendio fisso dovrebbe essere parzialmente convertito in stipendio variabile. Ma se così è, ancora a bocce ferme, il primo auspicio si presenta come fortemente opinabile, visto il prevedibile impegno di uomini e mezzi richiesto per rendere operativa la rete degli Organismi indipendenti; ed il secondo si rivela del tutto illusorio, almeno al presente. Qui, una volta escluso che il rapporto stipendio fisso/variabile possa essere corretto, spostando un certo *quantum* dall'uno all'altro, resta possibile solo un riequilibrio, realizzato sull'auspicabile risparmio della spesa e sul prevedibile incremento collettivo della retribuzione: non un cammino corto, limitato ad un solo accordo di rinnovo, ma lungo, esteso ad un significativo periodo di tempo; e, comunque, ogni cammino, corto o lungo che sia, inizia con un primo passo, passo che oggi come oggi rimane precluso, per il blocco retributivo deciso dal Governo.

L'intento di tenere il sistema incentivante ancorato alla *performance* è espresso in tono deciso, prima in negativo, poi in positivo: così, l'art. 18, co. 2, vieta di distribuire incentivi "in maniera indifferenziata o sulla base di automatismi", senza la previa valutazione della *performance* cui sono collegati; e il già visto art. 19, co. 1 incarica l'Oiv di tradurre in graduatoria le risultanze di tale valutazione. Il *quomodo* ed il *quantum* di tale graduatoria è stato criticato, anzi ironizzato per il suo eccesso di cerebralismo velleitario, che traspare dalla prevista distribuzione meritocratica del personale e della stessa dirigenza, in tre fasce ("merito alta", "merito intermedia", "merito bassa"), cui attribuire percentuali predeterminate di personale (rispettivamente 25%, 50%, 25%) e di risorse (rispettivamente 50%, 25%, 0). Percentuali, peraltro, passibili di essere ammorbidente dalla contrattazione integrativa con deroghe, limitate per la prima fascia (correzione del 5%, in più o in meno, della percentuale del 25% relativa al personale) e illimitate per la seconda e la terza (ridistribuzione libera fra l'una e l'altra delle percentuali relative al personale e alle risorse)³⁴³; deroghe tenute sotto monitoraggio da parte del Dipartimento della funzione pubblica.

³⁴³ Sul punto si v. S. MAINARDI, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici*, cit., 742 il quale, mettendo in luce le possibili difficoltà per la contrattazione collettiva di adeguare i propri contenuti alle rigide prescrizioni contenute nel Titolo III del decreto, in materia di "Merito e Premi", si domanda "come avverrà in modo virtuoso il coordinamento fra norme di legge e di contratto collettivo: come, ad esempio, ordinare l'erogazione dei trattamenti accessori da parte dei contratti collettivi con la norma fissata dalla legge che differenzia a priori i livelli di *performance*, prospettando fasce di merito nella collocazione delle valutazioni effettuate, proprio ai fini dell'erogazione del trattamento economico accessorio (art. 19 d.lgs. n. 150/2009)".

L'art. 19 può ben essere equiparato alla cinghia di trasmissione posta fra valutazione della performance e politica incentivante. Ma, così come è stato pensato e scritto, rivela una deformazione estrema della logica aziendale, che risulta di per sé del tutto incompatibile con una predeterminazione della modalità di riparto della retribuzione flessibile gerarchizzata fino alla ghettizzazione e rigida fino alla maniacalità. Quel che traspare sotto la copertura meritocratica è la fondata preoccupazione del perpetuarsi della deriva finanziaria imputabile ad una contrattazione integrativa condotta fino a ieri all'insegna di *todos caballeros*; condotta, con a coprotagonisti un sindacalismo corporativo ed un potere politico-istituzionale quietista, portato a prevaricare il vertice dirigenziale titolato a condurre la trattativa.

Oltre ai classici incentivi retributivi, apprendo il Capo II, l'art. 20 mette a disposizione una ricca dote di "Premi", quali: a) il *bonus* annuale delle eccellenze; b) il premio annuale per l'innovazione; c) le progressioni economiche; d) le progressioni di carriera; e) le attribuzioni di incarichi; f) l'accesso a percorsi di altra formazione (co. 1), tutti, con l'ovvia eccezione di quelli sub d) ed f), "a valere sulle risorse disponibili per la contrattazione collettiva integrativa (co. 2). Ora il *bonus* (art. 21: "assegnato alle *performance* eccellenti individuate in non più del 5% del personale dirigenziale e non, collocati nella... fascia alta"), il premio (art. 22, "di valore pari... al bonus..., per ciascun dipendente premiato" ed "assegnato al miglior progetto" innovativo realizzato), l'accesso a percorsi di alta formazione (art. 26: per studio o per lavoro in "primarie istituzioni pubbliche e private, nazionali e internazionali) costituiscono sì strumenti stimolativi della competizione interna, con un significato non solo economico, ma anche simbolico; ma non certo così rilevanti come gli altri, cioè le progressioni economiche (art. 23) e di carriera (art. 24). Quel che divide tali progressioni è la ricezione *in toto* della distinzione, tracciata dalla giurisprudenza costituzionale³⁴⁴ e recepita dalla giurisprudenza ordinaria³⁴⁵, secondo una linea di confine più facile da riconoscere in teoria che in pratica, cioè la configurazione della "promozione" in termini di sola retribuzione o di funzione: fonte, per le prime, è la contrattazione collettiva che definisce la scala stipendiale; per le seconde, la legge che stabilisce la pianta organica. Quel che, invece, le unisce, se pur con un crescendo, è la rigidità di disciplina, che ridimensiona alquanto o addirittura elimina quella loro utilizzabilità da parte della dirigenza, che ne fa una strumentazione elettiva nella gestione del personale di un'azienda privata: le progressioni economiche "sono attribuite in modo selettivo, ad una quota limitata di dipendenti, in relazione allo sviluppo delle competenze professionali ed ai

³⁴⁴ V. Corte Cost. 4 gennaio 1999, n. 1, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1999, 536 con nota di V. TALAMO; Corte Cost. 4 gennaio 2001, n. 2, in *Lav. pubbl. amm.*, 2001, 367, con nota di E. GRAGNOLI; Corte Cost. 29 maggio 2002, n. 218, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, 289 ss.

³⁴⁵ Com'è noto, Cass., sez. un., 15 ottobre 2003, n. 15403, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, 910 ss. con nota di L. SGARBI, nel pronunciarsi sulla questione di giurisdizione in materia di progressioni nel pubblico impiego ha distinto le procedure funzionali alla progressione in carriera, assimilate a quelle concorsuali finalizzate alla costituzione *ex novo* del rapporto di lavoro (con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo nelle relative controversie), dalle progressioni economiche nell'ambito della medesima area (il cui contenzioso è devoluto al giudice ordinario). In dottrina si v. M. BARBIERI, *Quale giudice per i concorsi interni della pubblica amministrazione?*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2003, 28, 4 ss.; F. CARINCI, *Errare humanum est, perseverare autem diabolicum*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, 201; A. CORPACI, *Pubblico e privato nel lavoro con le amministrazioni pubbliche: reclutamento e progressioni in carriera*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2007, 375 ss.; Id., *La Cassazione muta orientamento sulle procedure di progressione di carriera nel settore pubblico*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004, 143; A. GARILLI, *Le controversie sui concorsi e sulla progressione verticale: riparto di giurisdizione, discrezionalità amministrativa e poteri del giudice ordinario*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, 29; E. GRAGNOLI, *Concorsi riservati e giurisdizione*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2001, 372 ss.; M. MISCIONE, *Dialoghi di diritto del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2010, 177 ss.; M. RUSCIANO, *Carriera per concorso del dipendente pubblico. Imparzialità o buon andamento?*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1999, 2, 215; sul tema specifico e sulle problematiche connesse al riparto di giurisdizione nel pubblico impiego privatizzato si rinvia a D. BORGHESI, *La giurisdizione del giudice ordinario*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 1215 e ss.

risultati individuali e collettivi rilevati dal sistema di valutazione" (art. 23, co. 2); mentre le progressioni di carriera sono effettuate, nei limiti dei "posti disponibili nella dotazione organica attraverso concorsi pubblici, con riserva non superiore al cinquanta per cento a favore del personale interno" (art. 24, co. 1) (tutto questo ripreso dall'art. 62, co. 1-bis, che interviene sull'art. 52 del d. lgs. n. 165/2001, prevedendo, altresì, che "I dipendenti pubblici, con esclusione dei dirigenti ... sono inquadrati in almeno tre distinte aree funzionali").

In entrambe le progressioni c'è un titolo, qualificato come "prioritario" per le progressioni economiche e "rilevante" per le progressioni di carriera, per chi sia stato parcheggiato nella "fascia alta" per tre annualità consecutive o per cinque anche non consecutive (artt. 23 e 24, comma 3). Per non lasciarsi niente alle spalle, l'attribuzione di incarichi, non meglio precisati, deve avvenire in base alla "professionalità sviluppata e attestata dal sistema di valutazione ... secondo criteri oggettivi e pubblici" (art. 25, co. 2).

Se si deve fare una riforma a costo zero, occorre coltivare la speranza di un risparmio di spesa. E, secondo una tecnica peraltro già collaudata, l'art. 27 disciplina un "Premio di efficienza", per cui "una quota fino al 30 per cento dei risparmi sui costi di funzionamento ... è destinata fino a due terzi, a premiare, secondo criteri generali definiti dalla contrattazione collettiva integrativa, il personale direttamente e proficuamente coinvolto e per la parte residua ad incrementare le somme disponibili per la contrattazione stessa" (co. 1). Peraltro, smaliziato dall'esperienza già fatta, il legislatore vuol essere ben sicuro che questi risparmi ci siano stati, sì da considerarli sussistenti solo se "documentati nella Relazione di *performance*, validati dall'Organismo di valutazione ... dal Ministero dell'economia e delle finanze – Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato –" (co. 2).

Non dovrebbe sfuggire neanche un euro con un tale apparato di controllo, che la dice lunga circa la diffidenza nutrita dal legislatore nei confronti delle amministrazioni, qui come altrove; ma c'è sempre il rischio di attivare un circuito vizioso fra diffidenza ed evasione o elusione: la politica fiscale *docet*.

6. Amministrazione statale e non.

Un modello unico ed universale, applicabile appieno alle amministrazioni statali, mentre per gli Enti territoriali³⁴⁶ e per il Servizio Sanitario nazionale solo entro i limiti esplicitamente previsti. Se, però, è chiaro il tentativo di forzare tali limiti, allo scopo di generalizzare il nocciolo duro di quel che si vorrebbe fosse il *continuum* fisiologico fra ciclo e valutazione della *performance*, non lo è altrettanto l'autentico garbuglio normativo destinato a regolare l'ambito dei Titoli II e III, che pare di poter ricondurre alla triplice modalità dell' "applicazione diretta", per "adattamento", per "adeguamento secondo i principi".

Rispetto alle amministrazioni non statali l' "applicazione diretta" integra l'eccezione, qui prevista dal solo art. 16 (Norme per gli Enti territoriali e il Servizio sanitario nazionale) co. 1, a capo delle regioni, degli enti regionali, delle amministrazioni del servizio sanitario nazionale, degli enti locali con riguardo all'art. 1, dove la trasparenza viene considerata livello essenziale a' sensi dell'art.

³⁴⁶ Per un approfondimento in merito si rinvia a G. D'AURIA, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, 1, 9 ss.; id. *La nuova riforma del lavoro pubblico e le autonomie regionali e locali*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2009, 5, 484 ss.; R. SALOMONE, *Il lavoro pubblico regionale e locale nella "riforma Brunetta"*, in *Lav. Pubbl. amm.*, 2009, 01, 1 ss.

117, co. 2, lett. m, Cost.(co. 1) ma, poi affidata all'obbligo generale e generico di garantire "la massima trasparenza in ogni fase del ciclo di gestione della *performance*" (co. 3). Ma, poi, al Titolo V (Norme finali e transitorie), art. 74 (Ambito di applicazione), co. 1 si fa rientrare "nella potestà esclusiva esercitata dallo Stato..." non solo l'art. 11, co. 1 e 3, ma anche gli artt. 28 (Qualità dei servizi pubblici), 29 (Inderogabilità), 30 (Norme transitorie), peraltro senza che risulti ben chiare la rilevanza di questi ultimi articoli per le amministrazioni extra-statali.

L' "applicazione per adattamento" configura una specie di modalità intermedia, attuata con le previsioni di varianti: l'art. 13 prevede che, tramite intesa fra Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, Anci, Upi, CiVIT siano definiti i protocolli di collaborazione per lo svolgimento dei compiti propri della stessa CiVIT (co. 3); l'art. 27 stabilisce che le regioni, gli enti regionali, le amministrazioni del servizio sanitario nazionale possano utilizzare i risparmi resisi disponibili per il premio di efficienza a' sensi del co. 1, solo se "documentati nella relazione di *performance* e validati dal proprio organismo di valutazione" (co. 3); l'art. 31 (Norme finali, transitorie e abrogazioni), prescrive per le regioni, gli enti regionali, le amministrazioni del servizio sanitario nazionale, gli enti locali che le fasce di merito siano almeno tre, con l'attribuzione al personale dipendente e dirigente collocato nella fascia alta della quota prevalente delle risorse destinate al trattamento economico collegato alla *performance* individuale (co. 2) e che utilizzino la tipologia di "premi" di cui all'art. 20, recependoli (progressioni economiche, progressioni di carriera, attribuzioni di incarichi, accesso a percorsi di alta formazione) o adattandoli ai loro ordinamenti (bonus e premio annuali), nonché riconoscendo quelli economici (bonus e premio annuale, progressioni economiche, attribuzione di incarichi) "a valere sulle risorse disponibili per la contrattazione collettiva" (co. 3).

L' "applicazione per adeguamento secondo i principi" rappresenta la regola: l'art. 16, co. 2 la prescrive - con riguardo al Titolo II - alle regioni e agli enti locali, relativamente ai principi ricavabili dagli artt. 3, "Principi generali", 4, ("Ciclo di gestione della *performance*"), 5, co. 2 ("Obiettivi e indicatori"), 7 ("Sistema di misurazione e valutazione della *performance*"), 9 ("Ambiti di misurazione e valutazione della *performance*"), 15, co. 1 ("Responsabilità dell'organo di indirizzo politico-amministrativo"). Ed, a su volta, l'art. 31, co. 1 ("Norme per gli Enti territoriali e il Servizio sanitario nazionale") la sancisce - con rispetto al Titolo III- per le regioni, gli enti regionali, le amministrazioni del servizio sanitario nazionale, limitatamente ai principi deducibili dagli artt. 17, co. 2 ("Oggetto e finalità"), 18 ("Criteri e modalità per la valorizzazione del merito ed incentivazione della *performance*"), 23, co. 1 e 2 ("Progressioni economiche"), 24, co. 1 e 2 ("Progressioni di carriera"), 25 ("Attribuzioni di incarichi e responsabilità"), 26 ("Accesso a percorsi di alta formazione"), 27, co. 1 ("Premio di efficienza). Il che trova puntuale conferma nell'art. 74, co. 2 che qualifica tutti gli articoli sopra citati "come norme di diretta attuazione dell'art. 97 della Costituzione" e, come tali, principi generali dell'ordinamento ai quali si adeguano le regioni e gli enti locali, anche con riferimento agli enti del Servizio sanitario nazionale, negli ambiti di rispettiva competenza".

Una formula, quest'ultima, ormai collaudata, ma che resta pur sempre di difficile decifrazione allorché i disposti elevati a principi siano correlati ad altri non richiamati, sì da risultare monchi; o, come spesso avviene, sono dettagliati, sì da riuscire poco o molto inidonei a servire da principi cui adeguarsi. Ma, qui più che mai, il legislatore coniuga fretta e paura dell'incompletezza, cioè di lasciarsi qualcosa alle spalle; e, si sa, la gatta frettolosa fa i gattini ciechi.

Lasciando al prosieguo il problema dello scadenzario dettato per l'entrata in vigore, quanto mai confuso, sì da essere divenuto caldissimo nel primo profluvio giurisprudenziale, c'è da fare un

cenno a quell'art. 29, Capo III, Titolo III, già citato, che qualifica il contenuto dello stesso Titolo III come imperativo, sì da rivestire valore inderogabile *vis-à-vis* del contratto collettivo, con conseguente suo inserimento di diritto *ex artt. 1339 e 1419 c.c.*³⁴⁷, fermo restando, peraltro, per le amministrazioni territoriali, quanto sancito dal già visto art. 31 per le amministrazioni non statali. Niente di nuovo sotto al cielo, anche se quanto s'è scritto e praticato nel lungo periodo di tempo ormai alle spalle, ha creato più di un dubbio sulla effettiva meccanica giuridica e sulla concreta capacità dissuasiva dell'istituto in parola. Casomai ci sarebbe da domandarsi perché non c'è un articolo corrispondente per il Titolo II, ma la risposta appare fin troppo facile: la materia di cui al Titolo II, a differenza di quella di cui al Titolo III, è di per se stessa sottratta alla contrattazione collettiva, per la ridistribuzione delle competenze fra quest'ultima e la legge.

7. Una struttura parallela generale e sovra-ordinata.

Alla luce del quadro ricostruttivo qui offerto della prima parte del decreto delegato (Titoli I, II e III) è possibile intravvedere quel che ne costituisce il "supporto strutturale e funzionale": il varo di un vero e proprio sistema "Ministro della funzione pubblica/CiVIT/Organismi indipendenti", parallelo a quello costituito da "Organo di indirizzo di indirizzo politico-amministrativo/direttori/dipendenti", con un condizionamento procedurale e sostanziale del primo sul secondo.

Quello di preconstituire un sistema parallelo, per ovviare al *deficit* di *governance* di un apparato pubblico, non è un fenomeno nuovo, anche se non di rado inquinato dal fine meno nobile di preconstituire un nuovo centro di potere. Qui, però, il sistema parallelo non è, *more solito*, particolare, ma generale, non esautora, ma guida e controlla quello preesistente. Il che finisce per ridimensionare ulteriormente la enfatizzata adozione di una realtà modellata a misura d'azienda: questa, comunque la si declini, non può trovare la sua anima e la sua identità calate e condizionate "dall'alto" e "dal di fuori", secondo modi e tempi scanditi con burocratica precisione, con in vista quella sorta di araba fenice dell'amministrazione pubblica rappresentata dall'efficienza.

Ieri, questa finalità era affidata ad una dirigenza autonoma e responsabile, con un'area di manovra gestionale aperta ed esposta ad una controparte sindacale, cui era accreditata la capacità di coniugarla con una crescita professionale e retributiva. Era – voce dell'imperfetto, tempo del passato- perché dura è stata la smentita dei fatti, con una conseguente reazione a carico della negoziazione integrativa: sia da parte del Governo, promotore di una legislazione *ad hoc* di contenimento e di controllo, peraltro congiunturale e di per sé scarsamente effettiva; sia da parte della Corte dei conti, autrice di una nuova responsabilità erariale, quella da contrattazione collettiva³⁴⁸. Oggi, è affidata ad una dirigenza meno autonoma e più responsabilizzata, con un'area di manovra gestionale chiusa e difesa rispetto ad una controparte sindacale, cui è addebitata una involuzione corporativa e lassista.

Il che costituisce un congedo dalla prima parte del decreto legislativo in esame ed un primo appuccio alla seconda, quel Titolo IV, che novella il d. lgs. n. 165/2001, con un ben preciso convincimento, cioè di un *continuum* di spirito e di progetto fra l'una e l'altra, se pur senza un solido e

³⁴⁷ Sulla tematica si veda ampiamente F. LUNARDON, *Le nullità nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, 3, 653 ss.

³⁴⁸ Al riguardo *ex multis* C. Conti, sez. Lombardia, 8 luglio 2008, n. 457, in www.corteconti.it; C. Conti, sezione giurisd. per la regione Trentino Alto Adige, sez. Trento, 12 febbraio 2007, n. 6, *ibid.*; C. Conti, sez. Lombardia, 14 giugno 2006, n. 472, in *Risorse Umane nella P.A.*, 2007, 2, 179 ss.

coerente impianto sistematico.

III. La riforma del d.lgs. n. 165/2001.

8. Il Titolo IV. La rilegificazione: la nuova *actio finium regundorum* fra legge e contrattazione collettiva e la blindatura *ex lege* dei *managerial rights* (Capo I).

In apertura, c'è da offrire una spiegazione del perché l'attenzione dedicata alla prima parte del decreto sia stata più analitica di quella rivolta alla seconda, anche se la differenza non si riflette nella rispettiva lunghezza in termini di pagine, data la diversa mole normativa dell'una e dell'altra. Certo gioca l'opportunità di rispettare una data economia complessiva, ma questa di per sé non giustificherebbe la sproporzione; gioca una scelta, discrezionale ma non arbitraria, di privilegiare la parte considerata più innovativa *ratione materiae* e più significativa per cogliere quella filosofia e tecnica della riforma che hanno guidato la mano del legislatore delegato nel novellare il d. lgs. n.165/2001. D'altronde può dirsi che proprio i Titoli II e III di cui s'è trattato fin'ora sono quelli anticipati più all'ingrosso, nella legge delega, mentre il Titolo IV lo è con maggior dettaglio, non fosse altro perché finalizzato ad aggiornare un testo già articolato e definito compiutamente, di per sé tale da richiedere innesti a misura.

A questo punto, non resta che individuare e delineare le linee portanti del nostro Titolo IV, per vedere in quali modi e termini siano conformi alle premesse delineate nei Titoli precedenti, senza andare troppo oltre, perché questo significherebbe affrontare un lungo e faticoso travaglio ermeneutico, condotto novella per novella, per capirne fino in fondo significato ed impatto sulla stesura originaria.

Il Capo I del Titolo IV ha un'intitolazione che riecheggia sì quella dei Capi dei Titoli precedenti, ma che, soprattutto, suona la stessa del Titolo I del d.lgs. n. 165/2001, di cui ritocca gli articoli chiave dell'intera riforma. L'art. 32 ne introduce l'oggetto, "la ripartizione tra le materie sottoposte alla legge, nonché sulla base di questa, ad atti organizzativi e all'autonoma responsabilità del dirigente nella gestione delle risorse umane e quello oggetto della contrattazione collettiva"; mentre gli artt. 33 e 34 modificano gli artt. 2 e 3 del c.d. testo unico. Niente di nuovo nell'individuazione dello snodo principale, perché, come detto all'inizio, questo è stato sempre costituito dal rapporto fra legge e contrattazione collettiva³⁴⁹, preliminare e funzionale allo spazio di manovra da

³⁴⁹ In generale, sulla disciplina delle fonti nel rapporto alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni si v. M. BARBIERI, *La contrattazione collettiva*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Milano, 2000, 1227 ss.; F. CARINCI, *Contratto e rapporto di lavoro individuale*, in *Giorn. dir. lav. relaz. ind.*, 1993, 653; Id., *Una riforma aperta: fra contrattazione e legge (Dalla tornata contrattuale 1994-1997 alla nuova legge delega)*, in F. CARINCI (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. I contratti collettivi di comparto*, Giuffrè, Milano, 1997, XIX ss.; Id., *Una riforma in itinere: la c.d. privatizzazione del rapporto di impiego pubblico*, in AA. VV., *Studi in onore di G.F. Mancini*, Giuffrè, Milano, 1998, 165 ss.; Id., *Le fonti della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2000, 36; Id., *Una dichiarazione d'intenti: l'Accordo quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*.IT – 86/2009 e pubblicato in *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, 2009, 2; Id., *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla legge n. 15/2009*, cit., 961; M. D'ANTONA, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, in *Arg. Dir. lav.*, 1997, 4, 35 ss.; C. D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, cit., 89 ss.; E. GRAGNOLI, *Contrattazione collettiva, relazioni sindacali e riforma dell'Aran*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2008, 6, 993 ss.; M. RUSCIANO, *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle fonti*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1996, 245 e ss.; M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI,

riconoscere alla dirigenza; di nuovo, ma solo nel senso di un ulteriore e significativo colpo di acceleratore, c'è lo spostamento a valle del confine, con un esproprio *a pro* della legge di terreno prima occupato dalla contrattazione collettiva; e di nuovo c'è altresì che il terreno così recuperato viene sì picchettato a favore della dirigenza, ma anche vincolato ad un utilizzo avente a scopo primario quel risparmio di spesa e quell'incremento di efficienza per cui e su cui è stato costruito e collaudato il meccanismo della valutazione della *performance*.

Lo spostamento del baricentro a favore della legge è solo parzialmente evidente nel nuovo testo dell'art. 2 d.lgs. n. 165/2001. Già l'art. 1 della legge delega n. 15/2009 ne aveva riscritto il secondo periodo del comma 2³⁵⁰, per limitare l'effetto disapplicativo di un accordo nei confronti di un provvedimento legislativo (ma anche regolamentare e statutario!) intervenuto nell'ambito riservato al negoziato collettivo, al solo caso che un tale effetto fosse esplicitamente autorizzato nello stesso provvedimento³⁵¹: un controsenso logico e pratico al tempo stesso. E, ora, l'art. 33 del d.lgs. n.150/2009 integra quello stesso comma 2, qualificando come imperativo l'intero contenuto del d. lgs. n. 165/2001; e lo fa seguire da un comma 3-*bis*, con la previsione - un po' mitizzata, vista l'insistenza con cui è riproposta - della nullità e conseguente sostituzione della clausola contrattuale difforme *ex artt. 1339 e 1419, co. 2, c.c.*³⁵².

Niente di che, trattandosi di un qualcosa deducibile anche prima³⁵³. Ma, poi, sempre l'art. 33 riprende e rivede il comma 3 dell'art. 2. *Nel riprenderlo*, mantiene inalterato il rinvio per cui "i contratti collettivi sono stipulati secondo i criteri e secondo le modalità previste nel Titolo III", sicché, per cogliere lo spostamento del pendolo occorre prendere atto di *quanto mutatum ab illo* sia quel Titolo, a cominciare dall'art. 54, che modifica l'art. 40, co. 1, coll'introduvrvi una formula composta - da una "nuova" definizione inclusiva e da una "vecchia" elencazione esclusiva richiamata in servizio - capace di ridimensionare alquanto l'area copribile dalla contrattazione collettiva (*macro* riparto tra legge e contrattazione collettiva). *Nel rivederlo e correggerlo*, ribadisce che solo i contratti collettivi possono farsi carico del trattamento economico, ma introducendo significative eccezioni, quali quelle disciplinate dagli artt. 54 e 59, con corrispondenti inserzioni del co. 3-

Sub art. 2. commi 2 e 3, d.lgs. n. 29 del 1993, in *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo delle amministrazioni pubbliche*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1999, 1071 ss.; L. ZOPPOLI, *Dieci anni di riforma del lavoro pubblico (1993-2003)*, in *Lav. Pubbl. amm.*, 2003, I, 751 ss.; Id., *Il sistema delle fonti di disciplina del lavoro pubblico dopo la riforma: una prima ricognizione dei problemi*, in M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI, *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1993; Id. *La riforma del lavoro pubblico dalla "deregulation" alla "meritocrazia": quale continuità*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del pubblico impiego*, cit., 1 ss.; Id., *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, cit., 15 ss.

³⁵⁰ Per effetto della nuova norma, dunque, "è l'inderogabilità [della legge da parte della contrattazione collettiva - *n.d.r.*] ad essere presunta senza alcuna necessità di una menzione espressa, mentre la derogabilità deve essere dichiarata" così F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla legge n. 15/2009*, cit., 961.

³⁵¹ "Vanificando in buona misura la delegificazione sistematica perseguita con la riforma degli anni '90, che aveva un importante significato proprio per ridurre l'incidenza dei circuiti politici sulle negoziazioni del lavoro pubblico" così L. ZOPPOLI, *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, cit., 29.

³⁵² Si v. al riguardo la lettura delle norme in questione offerta da G. D'AURIA, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, cit., 8-9, il quale prospetta la possibilità che "la nullità di una clausola si traduca non nella sostituzione *ex lege* con un'altra clausola, ma con una clausola "in bianco", da riempire con una decisione dell'amministrazione o, addirittura, da contrattare con i sindacati".

³⁵³ Cfr. L. ZOPPOLI, *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, cit., 30, il quale rileva che tale "caratterizzazione imperativa...era già desumibile dall'impianto e dalle finalità della normativa".

ter dell'art. 40 e dell'art. 47-bis (facoltà dell'amministrazione di procedere unilateralmente a concessioni retributive), nonché del co. 3-*quater* dello stesso art. 40 (rilevanza contrattuale della graduatoria sulla *performance* delle amministrazioni redatta dalla CiVIT).

Un terreno espropriato alla contrattazione collettiva, ma a beneficio di chi? Ce lo dice a chiare lettere l'art. 34 del d.lgs. n. 150/2009, intervenendo a modificare l'altro pilastro della riforma, l'art. 5, co. 2 del d.lgs. n. 165/2001, che ora recita: "Nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'art. 2, comma 1, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, fatta salva la sola informazione ai sindacati, ove prevista nei contratti di cui all'art. 9. Rientrano in particolare, nell'esercizio dei poteri dirigenziali le misure inerenti la gestione delle risorse umane nel rispetto del principio di pari opportunità, nonché la direzione, l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici" (*micro* riparto tra legge e contrattazione collettiva). E, a sua volta, l'art. 36, riscrive l'art. 9 sulla partecipazione sindacale³⁵⁴, affermando che "Fermo restando quanto previsto dall'art. 5, comma 2, i contratti collettivi nazionali disciplinano le modalità e gli istituti della partecipazione".

Non c'è che dire, è una formula semplice, data solo da una definizione inclusiva, ma al pari di quella composita di cui sopra, dotata di una grande potenzialità. Certo di segno opposto, perché mentre nel comma primo dell'art. 40, co. 1 la formula viene vista in funzione restrittiva della "libertà" concessa alla contrattazione collettiva, nel comma dell'art. 5, la formula viene vissuta in funzione estensiva della "autonomia decisionale" della dirigenza. Ma di effetto convergente, perché alla fin dei conti è sempre la contrattazione collettiva a farne le spese, sia che si limiti la piattaforma delle tematiche trattabili al duplice livello, nazionale e decentrato; sia che si ampli l'agenda delle materie riservate alla gestione manageriale.

Naturalmente, vista la voluta ambiguità delle formule prescelte³⁵⁵, la loro interpretazione resta aperta, con l'ultima parola affidata ad una giurisprudenza che richiederà tempo per consolidarsi. Non ci si vuol qui avventurare in un *actio finium regundorum* fra le diverse competenze, con la verifica della perdurante attualità della distinzione fra *macro* e *micro*-organizzazione, trattenuta la prima sotto il diritto pubblico e consegnata la seconda al diritto privato³⁵⁶. Senza far questo, che risulterebbe un fuor d'opera, pare possibile riscontrare qui quel *trend* rilevato all'inizio, cioè di una privatizzazione che lunghi dal risolversi e dissolversi nella contrattazione collettiva, la delimita e la confina in un'area più ristretta rispetto a quella precedente. La lettera dell'art. 5, co. 1 non potrebbe essere più chiara: mentre ribadisce la natura privata della capacità e dei poteri dirigenziali in materia di organizzazione degli uffici e gestione dei rapporti di lavoro, sottrae tale

³⁵⁴ Sulla "partecipazione sindacale" v. M. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle "leggi Bassanini"*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1998, 46 ss.; B. CARUSO, *Gli esiti regolativi della "riforma Brunetta" (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni)*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, 2, 281 ss. che affronta la materia nell'ambito delle questioni di diritto transitorio create dalla riforma. L. FIORILLO, *Le relazioni sindacali nel lavoro pubblico: informazione, consultazione, partecipazione*, in *Lav. Dir.*, 1996; M. RUSCIANO, *Lo statuto dei lavoratori e il pubblico impiego*, in *Lav. Dir.*, 2010, 101 ss.; A. VISCOMI, *La partecipazione sindacale*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, cit., 547.

³⁵⁵ Dello stesso avviso L. ZOPPOLI, *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, cit., 33.

³⁵⁶ Sulla nota distinzione tra *macro* e *micro* organizzazione si rinvia a F. CARINCI, *Privatizzazione del pubblico impiego e ripartizione della giurisdizione per materia (breve storia di una scommessa perduta)*, cit., 1066 ss.; Id. *Diritto privato e diritto del lavoro: uno sguardo dal ponte*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 54/2007, 110 ss. ma si veda la puntuale disamina di C. D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., 89 ss.

materia, comunque la si intenda, alla contrattazione collettiva. Ma – qui sta l'ulteriore domanda - quanta è ampia ed autentica questa discrezionalità dirigenziale, destinata a muoversi nella cornice predeterminata dalla legge e dalla contrattazione collettiva legittimamente svolta a livello nazionale e decentrato?

9. Contrattazione collettiva: patologia e terapia (Capo IV)

Quest'ultima domanda riesce largamente retorica, perché, a quanto detto nella prima parte, la cornice predeterminata alla discrezionalità decisionale della dirigenza è alquanto stretta e rigida, con la contestuale precisazione che lo è in forza di una legge resa invasiva, non di una contrattazione collettiva di molto ridimensionata. Se si seguisse il corso del d.lgs. n. 150/2009 – che, per assolvere il suo compito modificativo ed integrativo del d.lgs. n. 165/2001, lo ricalca passo a passo - a venir prima, come Capo II del Titolo IV, sarebbe proprio la "Dirigenza pubblica"; ma, con una licenza suggerita dalla logica interna del discorso, si preferisce saltare al Capo IV, "Contrattazione collettiva nazionale e integrativa", per, poi, ritornare al Capo II.

Il Capo IV del Titolo IV affronta l'area di maggior sofferenza, facendosi carico di una problematica complessa, della quale la saldatura fra valutazione/ incentivazione della *performance* e contrattazione collettiva appare costituire la parte più innovativa, ma non certo l'unica.

Sia chiaro, nella misura in cui tale problematica si esprime in una ingovernabilità della contrattazione collettiva, non è figlia della privatizzazione, ma della peculiarità della pubblica amministrazione, quale data da una realtà, preposta ad un'attività strategica, protetta all' "interno" da una accentuata formalizzazione e verso l' "esterno" da un'esclusività monopolistica, segnata da una forte sindacalizzazione ad elevata carica corporativa. La riforma è stata all'altezza dell'aspettativa suscitata nel corso del decennio '90, lo stesso del suo faticoso travaglio, per perdere gradatamente colpi nel periodo successivo; e non è certo da poco il fatto che quello si sia rivelato il decennio d'oro del Protocollo del '93, peraltro ormai chiusosi da tempo. Del che pare esser stato pienamente consapevole il legislatore delegato che - giusto o sbagliato che sia - si è preoccupato di assumere a referente il "sostituto" del Protocollo, quale offerto dall'accordo del 22 gennaio 2009: così l'art. 53, apre il Capo IV, manifestando l'intento di rivedere il sistema "in coerenza con il modello contrattuale sottoscritto dalle parti sociali"³⁵⁷; e, a sua volta, il già citato art. 54, modificativo dell'art. 40, ribadisce quanto detto già precedentemente, cioè di una contrattazione collettiva che disciplina la struttura contrattuale "in coerenza col settore privato", ma coll'occhio rivolto al nuovo modello, tanto da aggiungere subito, "La durata viene stabilita in modo che vi sia coincidenza fra la vigenza della disciplina giuridica e di quella economica" e, nello stesso spirito, da ridurre ad un massimo di quattro i compatti e le aree della dirigenza.

A fronte di quella crescente deriva contrattuale che è venuta caratterizzando il primo decennio del 2000, la reazione di un Governo costretto a praticare la politica della lesina, fosse di destra o di sinistra, è stata quella di contenerla tramite una stretta sul personale, attuata sia con blocchi del *turn-over* e con riduzione dell'organico³⁵⁸, se pur con la contropartita di una generosa politica spinta di stabilizzazioni; sia con interventi sulla contrattazione integrativa, con riguardo ai mezzi

³⁵⁷ Si rinvia a F. CARINCI, *Una dichiarazione d'intenti: l'Accordo quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*, cit.

³⁵⁸ F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla legge n. 15/2009*, cit., 949.

finanziari disponibili, ai criteri di riparto dei fondi unici, ai controlli. Con un risultato, però, inferiore all'attesa che, almeno per quanto riguarda la contrattazione integrativa, era da imputarsi ad un difetto di diagnosi, di per sé tale da rendere non congrua la terapia. Per accorgersi che la sofferenza dipendeva da una più complessa e profonda involuzione patologica dello sistema, sarebbe bastato tenere ben presenti le Relazioni della Corte dei Conti³⁵⁹: c'è certo da scontare una singolarità ineliminabile, quella data dalla predeterminazione pubblica delle disponibilità utilizzabili ad ogni tornata contrattuale; ma a far la differenza non è la predeterminazione in sé e per sé, ma la modalità con cui prende forma, sì da risultare contorta, faticosa, dilatata al di là di ogni prevedibile e tollerabile scadenza, prima e a prescindere dalla complessa procedura negoziale prevista dal d.lgs. n. 165/2001.

Secondo la prassi consolidata, le disponibilità su cui poter contare sono materia di una trattativa fra il Governo e le Confederazioni, che procede da una notevole divergenza iniziale, ammortizzata strada facendo, secondo una sequenza tipica: una finanziaria scritta al risparmio; una dura contestazione sindacale; una misura correttiva al rialzo; una ripartenza fuori tempo massimo della contrattazione nazionale. La ricaduta su un sistema articolato su un duplice livello, nazionale (di difesa del potere di acquisto dello stipendio fisso) e decentrato (di promozione dell'incremento dello stipendio variabile) è tale da destabilizzarlo nel profondo: i rinnovi economici biennali si inseguono e sovrappongono, scaricandosi sullo stesso esercizio finanziario, così da provocare un forte impatto cumulativo sui costi.

Non solo, perché, la trattativa Governo-sindacati non si accontenta di individuare le disponibilità complessive, ma approda, prima o poi, ad una ripartizione interna delle stesse, con una netta prevalenza data a quelle destinate alla componente fissa della retribuzione gestita dalla contrattazione nazionale, sì da lasciarne ben poche alla componente variabile rimessa alla contrattazione collettiva integrativa, eccezione fatta per chi sia in grado di metterci del suo, come le Regioni. Ma se, nella perdurante *querelle* circa la predeterminazione delle risorse, la contrattazione nazionale resta al palo, la contrattazione integrativa continua macinare con indubbia spregiudicatezza: privilegia la componente fissa, che, poi, andrà a far lievitare la base di calcolo della stessa contrattazione nazionale ancora *in progress*, falsandone così la dinamica; manipola i fondi precostituiti per la componente variabile; utilizza le promozioni in funzione retributiva.

A stare alla Corte dei conti, sul banco come imputato dovrebbe sedere questa travagliata trattativa "ufficiosa", a monte, che ha certo contribuito a delegittimare una controparte "ufficiale", quale l'Aran, già debole di per sé, nonché, a cascata, le delegazioni trattanti delle singole amministrazioni, favorendo la deriva di una contrattazione, che - fatta forte della ampia definizione di campo offerta dalla legislazione vigente, "tutte le materie relative al rapporto di lavoro ed alle relazioni sindacali" - è venuta a oltrepassare limiti ed ambiti fissati alle sue competenze, al centro, ma soprattutto in periferia³⁶⁰. Solo che quell'imputato della trattativa "ufficiosa" non è a disposizione del legislatore delegato, che è un Ministro della funzione pubblica tenuto al guinzaglio dal

³⁵⁹ V. in particolare Corte dei conti, *Relazione sul costo del lavoro pubblico negli anni 2003, 2004 e 2005*, Roma, 3 maggio 2007, delibera n. 7, *Relazione 2009 sul costo del lavoro pubblico*, Roma, 4 maggio 2009, delibera n. 11 e *Relazione 2010 sul costo del lavoro pubblico*, Roma, 3 maggio 2009, delibera n. 12 in www.corteconti.it

³⁶⁰ Come è stato unanimemente rilevato in dottrina: T. TREU, *Le relazioni di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. Dir.*, 2007,

Ministro del tesoro, come ben rende l'ossessivo richiamo ad una riforma a costo zero; sicché non rimane che prescindere dalla trattativa "ufficiosa", per concentrarsi su quella "ufficiale": si parte proprio dal riparto orizzontale, fra legge e contrattazione collettiva; per subito precipitarsi su quello verticale fra contrattazione nazionale ed integrativa, facendo di quest'ultima la vera e propria sorvegliata speciale³⁶¹.

Come visto l'art. 54 ripropone in testa al nuovo art. 40³⁶², quella formula composita di definizione inclusiva e di elencazione esclusiva, intesa ridimensionare la presa della contrattazione collettiva. La definizione inclusiva, "determina i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, nonché le materie relative alle relazioni sindacali", trae la sua potenzialità riduttiva dalla traduzione della competenza in termini di sole specifiche posizioni attive e passive costituenti dote imputabile direttamente al rapporto; mentre l'elencazione inclusiva, che la segue dapprima, gradua la sua forza esclusiva in assoluta e relativa: *assoluta* - senza se e senza ma - per le materie attinenti all' "organizzazione degli uffici, ... oggetto di partecipazione sindacale ... , ... afferenti alle prerogative dirigenziali ... , ... conferimento e ... revoca degli incarichi dirigenziali", nonché, con un richiamo in servizio, che ne prova la sopravvivenza a tutt'oggi, le materie "di cui all'articolo 2, comma 1, lettera c), della legge 23 ottobre 1992, n. 421"³⁶³ ; *relativa* - entro il se ed il ma fissate dalla legge - "Nelle materie relative alle sanzioni disciplinari, alla valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, della mobilità e delle progressioni economiche ... ".

2, 285 ss.; L. ZOPPOLI, *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, cit., 29 ritiene che "la contrattazione collettiva abbia rotto profondamente gli argini formali e sostanziali soprattutto a livello decentrato"; v., altresì, M. RUSCIANO, *Contrattazione collettiva e relazioni sindacali nelle pubbliche amministrazioni*, in A. TURSI e E. PERITI (a cura di), *Lavoro, cambiamento organizzativo e contrattazione collettiva nelle università*, il Mulino, Bologna, 2008, 33 ss.

³⁶¹ Per una puntuale ricostruzione v. V. TALAMO, *Gli assetti della contrattazione integrativa dopo il D.lgs. n. 150 del 2009 e la finanziaria d'estate*. *Ratio di una riforma*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*.IT – 110/2010.

³⁶² In generale, sul nuovo sistema della contrattazione collettiva così come delineato dalla riforma del 2009 v. U. CARABELLI, *Legge, contrattazione collettiva e limiti funzionali della contrattazione integrativa: qualche riflessione sulla riforma Brunetta*, in corso di pubblicazione, in *Risorse Umr.*, 2011, 1; F. CARINCI, *Una dichiarazione d'intenti: l'Accordo quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*, cit.; Id., *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla legge 15/2009*, cit.; G. D'AURIA, *La riforma "Brunetta" del lavoro pubblico*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, 1, 5 ss.; G. NATULLO, P. SARACINI, *Vincoli e ruoli della contrattazione integrativa*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, cit., 61 ss.; M. RUSCIANO, *Tecnica e politica nella funzione del contratto collettivo*, *Dir. Lav. Mer.*, 2009, 3, 553; V. TALAMO, *Gli interventi sul costo del lavoro nelle dinamiche della contrattazione collettiva nazionale ed integrativa*, *Lav. pubbl. amm.*, 2009, 3-4, 497 ss.; Id., *La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*.IT – 96/2010; Id., *Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*.IT – 90/2009; L. ZOPPOLI, *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, cit., 15 ss.; Id., *Riforma della contrattazione collettiva o rilegificazione del lavoro pubblico?*, in *Risorse umane nella pubblica amministrazione*, n. 4-5, 2009; Id., *La contrattazione collettiva dopo la legge delega*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*.IT – 87/2009; Id., *Legge, contratto collettivo e circuiti della rappresentanza nella riforma. "meritocratica" del lavoro pubblico*, in *Le istituz. del Feder.*, 2009, 5-6, 663 ss.

³⁶³ Si rinvia a F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla legge 15/2009*, cit., 966, ove si è ribadita l'idea già sostenuta a suo tempo secondo cui non c'è mai stata, neppure implicitamente, l'abrogazione delle cosiddette "sette materie" ad opera del legislatore della seconda privatizzazione; nello stesso senso C. D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., 173 ss.; Contra M. G. GAROFALO, *Il trasferimento di giurisdizione nel lavoro pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1999, 3-4, 511 ss. il quale rinvie l'autorizzazione all'abrogazione dell'elenco delle sette materie nell'art. 4, comma 11, lett. a) della legge delega 59 del 1997 che detta, tra i criteri cui il legislatore delegato deve attenersi, quello di "completare l'integrazione della disciplina del lavoro pubblico con quella del lavoro privato" e M. BARBIERI, *Contrattazione collettiva e lavoro pubblico: un modello per tutti?*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1998, 2, 407, secondo cui l'espunzione dal nuovo art. 45 del d.lgs. 29/93, come novellato durante la seconda fase della privatizzazione, confermerebbe la tesi della estraneità delle stesse materie al rapporto di lavoro.

Niente male, - non c'è che dire – quanto a riduzione quantitativa e qualitativa dell'area di manovra della contrattazione collettiva; riduzione che, per di più, già a prima lettura, rivela una indubbia capacità espansiva per la concorrenza cumulativa di ipotesi generiche, individuate *per relationem*, problematiche. Facendo anche ora carico ad altri della faticosa ricerca del nuovo *ubi consistam* nel riparto di competenza fra legge e contrattazione, che – deve essere ribadito - non corrisponde affatto a quello, fra area pubblicistica ed area privatistica, risultando quest'ultima oggi ancor più ampia di ieri rispetto a quella attribuita alla contrattazione³⁶⁴, c'è da completare il quadro con la disciplina dettata per la parte economica della contrattazione integrativa. Qui, infatti, è ben visibile, la saldatura fra la prima parte (Titolo II e III) e la seconda (Titolo IV) del d.lgs. n. 150/2009, attuata all'interno di una rigida disciplina di vincoli e di controlli³⁶⁵.

Seguendo sempre l'art. 54 nel suo percorso modificativo dell'art. 40 del d.lgs. n. 165/2001, ci si imbatte in un passaggio che, a suo tempo, fu visto come un semaforo verde alla contrattazione integrativa: pur nell'ambito di un sistema contrattuale fortemente centralizzato e gerarchico, che ne definisce tempi, oggetti e limiti, le pubbliche amministrazioni "attivano autonomi livelli di contrattazione collettiva". Ma "attivano", non vuol più significare, se mai lo ha fatto, che le amministrazioni devono non solo trattare, ma anche concludere, a costo di non poter procedere oltre: infatti, in caso di stallo, recuperano la libertà d'iniziativa, fino al punto evidenziato al nuovo co. 3-ter: "Al fine di assicurare la continuità e il miglior svolgimento della funzione pubblica, l'amministrazione interessata, può provvedere, in via provvisoria, sulle materie oggetto del mancato accordo, fino alla successiva sottoscrizione". E, a sua volta, "autonomi" è un aggettivo qualificativo che attribuito ai livelli decentrati, così come escono dal lavoro di aggiornamento compiuto del decreto n. 150/2009, appare, a dir poco, eccessivo, specie con riguardo a quell'autentico *punctum dolens* costituito dal trattamento stipendiale. La regola aurea della contrattazione integrativa è chiara e netta: espressa in maniera di farla apparire continuista rispetto ad un passato che la costruiva come impossibilità di erogare "trattamenti economici accessori che non corrispondano alle prestazioni effettivamente rese" (art. 7, co. 5, d. lgs. n. 165/2001, qui richiamato nel suo testo rimasto identico); ma, al tempo stesso, innovativa con riguardo ad un futuro che la configura *ex novo* come relazione virtuosa fra incentivazione de "l'impegno e la qualità della performance" - con destinazione della quota prevalente della retribuzione accessoria a quella individuale - ed assicurazione di "livelli adeguati di efficienza e produttività nei servizi pubblici"³⁶⁶.

Il che precede l'innesto del complesso meccanismo di cui ai Titoli II e III dello stesso decreto n. 150/2009, attuato tramite richiamo di quel che ne costituisce lo snodo fondamentale: la formu-

³⁶⁴ È già stato notato come "la contrattualizzazione regredisce, sì da liberare un'ampia zona privatizzata ma non contrattualizzata, riaffidata alla legge", così F. CARINCI, *Filosofia e tecnica di una riforma*, cit., 455.

³⁶⁵ Si rinvia, in particolare, a A. ALAIMO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e "blocchi": dalla "riforma Brunetta" alla "manovra finanziaria" 2010*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 107/2010; G. NATULLO, P. SARACINI, *Vincoli e ruoli della contrattazione integrativa*, in L. ZOPPOLI, *Ideologia e tecnica*, cit., 61 ss.; V. TALAMO, *La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 96/2010; A. VISCOMI, *La contrattazione collettiva nazionale*, in L. ZOPPOLI, *Ideologia e tecnica*, cit., 41 ss.

³⁶⁶ Sulla finalizzazione delle risorse e, più genericamente, della contrattazione integrativa si rinvia a S. MAINARDI, *Legge 15/2009 e decreti di attuazione: il rapporto fra fonte legislativa e contrattazione collettiva nazionale e integrativa*, in G. ZILIO GRANDI (a cura di), *Il lavoro negli Enti Locali: verso la riforma Brunetta*, Giappichelli, Torino, 2009, 1 ss.

lazione annuale di “una graduatoria di *performance* delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali ... su almeno tre livelli di merito ...”, da parte della CiVIT, cui dovrà attenersi la contrattazione nazionale nel definire “le modalità di ripartizione delle risorse per la contrattazione decentrata tra i diversi livelli di merito”. E la stessa contrattazione nazionale dovrà farsi carico dell’utilizzo di quelle risorse intese a premiare la *performance*, che siano a ciò appositamente riservate dalla contrattazione nazionale a favore di quella integrativa condotta dalle singole amministrazioni; fermo restando che le Regioni potranno metterne di tasca propria altre, sempreché – *repetita iuvant* – rispettose dei principi dettati in materia di misurazione e valutazione della *performance*.

Domina la scena la già sperimentata ghigliottina di una nullità della contrattazione integrativa fuori dei limiti *ex lege* o *ex contractu*: qui accompagnata non solo dalla rinnovata chiamata in causa di una sostituzione automatica a’ sensi degli artt. 1339 1419, co. 2 c.c.³⁶⁷; ma anche dalla “sanzione” del recupero delle somme corrisposte a torto, peraltro solo dopo l’accertamento effettuato da chi di dovere, secondo quanto stabilito non solo in questo art. 54, ma anche, per richiamo, in quello successivo, l’art. 55: il vero deterrente è dato dal fatto che tale recupero deve essere effettuato “nell’ambito della sessione negoziale successiva”³⁶⁸. Ma, ad evitare di far la figura delle classiche gridate di manzoniana memoria, il successivo art. 55, intervenendo a sostituire l’art. 40-*bis* del d.lgs. n. 165/2001, recupera e rinforza tutta una sofisticata strumentazione, con quel tocco peculiare di novità dato dalla trasparenza: flussi di informazione, controllo preventivi e successivi alla sottoscrizione dei contratti integrativi, pubblicazioni sui siti dei testi, accompagnati dai giudizi degli utenti circa i conseguenti impatti sul funzionamento dei servizi pubblici.

Solo che bisogna chiudere il cerchio, perché se si vigila per sanzionare la mancata osservanza dei vincoli finanziari, necessità domanda che si debba anche sanzionare la omessa o difettosa attività dei controlli, tant’è che il nostro art. 55, *alias* riscritto art. 40, prevede, per il caso di una mancanza di rispetto, il “divieto alle amministrazioni di procedere a qualsiasi adeguamento delle risorse destinate alla contrattazione collettiva”.

Solo dopo essersi messo alle spalle la sua autentica “bestia nera”, la contrattazione integrativa, con la speranza di averla addomesticata alla parte assegnatale da sempre, cioè di correlare prestazione e retribuzione variabile, mai assolta in passato, ma ora riscritta in una logica aziendale e blindata; solo ora, il legislatore delegato passa alla contrattazione nazionale, dedicandovi gli artt. 56, 57, 58, 59, 60 e 61. Secondo quel *self-restraint* che ci siamo imposti in questa seconda parte, non ripercorreremo passo a passo il cammino tracciato *ex novo*, ma cercheremo di cogliere quanto serva ad ammortizzare la ricaduta negativa della defatigante e dilatoria trattativa Governo-sindacati, per via di una “razionalizzazione” che rilegittimi l’Aran, fluidifichi la procedura

³⁶⁷ Secondo un meccanismo già ritenuto pacifico nella giurisprudenza di legittimità per cui v. Cass. 2 maggio 2007, n. 10099, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 5 e di merito v. Trib. Reggio Calabria 31 marzo 2005, in *Giur. Mer.*, 2005, 2785; Trib. Bologna, 6 maggio 2004, in *Lav. pubbl. amm.*, 2005, 167. In dottrina, si rinvia a F. LUNARDON, *Le nullità nel diritto del lavoro*, cit., 671 ss.

³⁶⁸ Si ritiene che attraverso tale disposizione - che ricalca, peraltro, quella contenuta nell’art. 67, comma 10, d.l. n. 112 del 2008- il legislatore voglia responsabilizzare i diversi attori del processo, favorendo il recupero delle somme spese in modo scorretto ed assicurando la trasparenza dell’operato della contrattazione anche in sede decentrata, v. G. NATULLO, *Vincoli e ruoli della contrattazione integrativa*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, cit., 81.

contrattuale, eviti o almeno attenui la paralisi contrattuale conseguente ad una situazione di stallo.

Gli artt. 56 e 58, a sostituzione totale e rispettivamente parziale degli art. 41 e 46 del d.lgs. n. 165/2001, riguarda proprio l'Aran, l'agenzia dotata di rappresentanza legale di tutte le pubbliche amministrazioni soggette alla riforma. Era nata con l'ambizione di essere la genuina contro-parte datoriale³⁶⁹, come tale dotata dell'autonomia necessaria ad assicurarle la *governance* unitaria ed omogenea della contrattazione nazionale. Ha finito per essere ed apparire sede di un'attività di ricezione di decisioni assunte altrove, in un faccia a faccia Governo-sindacati prolungata, oltre la trattativa pre-contrattuale, alla stessa contrattazione; ed ad una tale attività è stata conformata la sua effettiva composizione, dalla chiara fisionomia "consociativa". Non che sia mancata la voglia di rinvigorire l'Aran in corso d'opera, a cominciare dalla introduzione dei Comitati di settore, che avrebbero dovuto rafforzarne l'autonomia, dando voce, "all'interno", alle istanze associative e rappresentative delle amministrazioni, ma mantenendo, "all'esterno", una identità univoca; solo che proprio quest'ultima è rimasta compromessa dalla tendenza centrifuga dei Comitati medesimi, portati a farsi protagonisti in proprio delle rispettive *constituency*, baipassando lo stesso Comitato direttivo dell'agenzia, tramite contatti e dialoghi diretti con i rappresentanti istituzionali e sindacali, se pur spesso proprio da questi ultimi sollecitati.

E, partendo dai Comitati di settore³⁷⁰, il legislatore delegato pare farsi carico di questo "pericolo di fuga" (che riguarda in modo particolare Regioni ed Autonomie Locali). Quel che colpisce a prima vista nella loro riduzione al fatidico numero di tre, è il tendenziale adeguamento alle *bargaining unit*, prevedibili in un massimo di quattro; colpisce perché i tre sopravvissuti sono rappresentativi di realtà elettive, dotate oggi ed ancor più in prospettiva di risorse proprie, responsabili rispetto ai loro elettori, ancor prima ed ancor più che agli utenti dei servizi a loro carico. Tre comitati, collocabili su due settori. Da un lato, il settore per le autonomie - rilanciato, ieri, dal "federalismo istituzionale" del Titolo V Cost. ed, oggi, dal "federalismo fiscale", regionale e municipale *in itinere* - che viene qui differenziato in ragione del diverso rilievo costituzionale articolandolo su un primo Comitato, costituito nell'ambito della Conferenza delle Regioni, competente per il comparto delle regioni, gli enti regionali, il Servizio sanitario nazionale, e, rispettivamente, su un secondo, formato nell'ambito dell'Anci, dell'Upi e dell'Unioncamere, competente per il comparto degli enti locali, Camere di commercio e segretari comunali e provinciali. Dall'altro lato il settore statale, per tutte le altre amministrazioni, riunificato in un Comitato, con ad unico componente il Presidente del Consiglio, che agisce tramite il Ministro per la pubblica amministrazione, di concerto con quello dell'economia: un "buco nero" in cui vengono inghiottiti i Comitati espressi nell'ambito della Conferenza dei rettori, nonché dalle istanze rappresentative degli enti pubblici non economici e, rispettivamente degli enti di ricerca, lasciando alla realtà istituzionali, rese così orfane, la sola possibilità di essere sentite.

Certo la concentrazione di competenza a capo di un Comitato coincidente con il Presidente del Consiglio rivela un'efficacia centripeta, almeno sulla carta, tale da favorire una compattezza strutturale.

³⁶⁹ Definita, a suo tempo, come "Vero e proprio fattore di trasformazione dell'*input* pubblicistico in *output* privatistico": F. CARINCI, *Una riforma conclusa tra norma scritta e prassi applicativa*, cit., 345.

³⁷⁰ Per un approfondimento in merito, si rinvia a M. DELFINO, *Comitati di settore e rappresentanza negoziale delle amministrazioni pubbliche*, in L. Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, cit., 191 ss.

turale ed una semplificazione funzionale dell'Aran. Ma vale la pena di rivedere tale concentrazione alla luce di una duplice realtà: costituita, in fatto, dall'inevitabile *leadership* esercitata da tale Comitato all' "interno"; nonché rappresentata in diritto, dalla sensibile riduzione dell'autonomia goduta rispetto all' "esterno" della stessa Aran. Se lo si fa, si ha l'idea di una riconversione dell'Aran ad "agenzia tecnica" strumentale rispetto alla politica contrattuale perseguita dal Governo. In questa prospettiva va intesa la stessa stretta effettuata in materia di incompatibilità dei membri del Collegio di indirizzo e controllo, sì da cancellare la connotazione "consociativa" dell'Aran, con la contro-parté sindacale di fatto saldamente rappresentata e insediata al suo interno: sganciarla dall'apparenza consunta di un'agenzia costretta ad una mediazione spesso paralizzante; rilanciarla con l'immagine innovativa di un'agenzia capace di tradurre la direttiva quadro d'emanazione governativa in una lingua specialistica quale quella negoziale.

All'uopo non era necessario cambiare la procedura di nomina dei membri del Collegio, già tale da assicurare al Governo tre membri su cinque; tant'è che viene solo ritoccata, peraltro in senso ancor più favorevole, perché il Governo sceglie direttamente il Presidente, con l'unica concessione di un previo parere della Conferenza unificata, e divide a mezzo gli altri quattro membri, designandone due e lasciandone uno a testa alla Conferenza delle Regioni e, rispettivamente, all'Anci e all'Upi. Naturalmente anche qui con una rinnovata attenzione sulla qualificazione professionale dei quattro membri, che fa il paio, per eccesso di enfasi e prevedibile difetto di efficacia, con quella già spesa per la CiVIT, ma con una differenza significativa, perché là, ma non qui, è richiesto un previo parere favorevole delle Commissioni parlamentari competenti, espresso a maggioranza dei due terzi dei componenti. Differenza, questa, che di per sé rivela la ben diversa rilevanza accordata dal Governo alla CiVIT sulla *performance* ed al Comitato direttivo dell'Aran, tale da giustificare ai suoi occhi la disponibilità rispetto alla composizione della prima e la indisponibilità riguardo a quella del secondo.

Si può dire, dunque, che quanto previsto dal d.lgs. n. 150/2009 sterilizzi l'involuzione consociativa dell'Aran, ma non per rilegittimarla come agenzia "autonoma", dotata di una certa discrezionalità decisionale, ma per utilizzarla come agenzia "tecnica" strumentale. È un'impressione che trova conferma nella revisione del procedimento di contrattazione collettiva, quale risulta dall'art. 59, che ha sostituito l'art. 47. Senza procedere ad un esame dettagliato, basta qui evidenziare come al Governo debbano essere sottoposti non solo gli atti di indirizzo dei Comitati delle Regioni e degli Enti locali, perché valuti la loro compatibilità con le linee di politica economica e finanziaria, ma anche le ipotesi di accordo riguardanti quegli stessi Comitati, perché formuli eventuali osservazioni. E se, trasmesse tali ipotesi di accordo alla Corte dei Conti, per vederne certificate l'attendibilità dei costi quantificati e la loro compatibilità coi documenti di programmazione e di bilancio, queste andassero incontro ad una bocciatura³⁷¹, non resterebbe altra via che ripartire da zero: il Presidente dell'Aran, d'intesa col Comitato interessato, dovrebbe provvedere a riaprire la trattativa, stipulare una bozza che tenga conto della valutazione negativa della Corte dei conti, ripassare per la strada della certificazione.

³⁷¹ Per una dettagliata ricostruzione della disciplina dei controlli si rinvia a G. D'AURIA, *I "nuovi" controlli della Corte dei conti (dalla "legge brunetta" al federalismo fiscale, e oltre)*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2009, 3-4, 489 ss. secondo cui, peraltro, è ancora possibile ricorrere alla registrazione con "riserva", dovendosi ammettere diversamente l'impugnabilità della certificazione negativa innanzi al giudice amministrativo. Di diverso avviso, invece, V. TALAMO, *Gli interventi sul costo del lavoro nelle dinamiche della contrattazione collettiva nazionale ed integrativa*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2009, 3-4, 527 ss. che ritiene la registrazione con "riserva" non estensibile ai procedimenti negoziali espressione di autonomia privata collettiva.

Ne risulta una maggior interferenza del Governo e della Corte dei conti, che, se idonea a ridimensionare il ruolo dell'Aran, è perlomeno dubbio sia capace di accelerare il procedimento contrattuale, per il quale, anzi, è stato eliminato qualsiasi termine finale certo, quale costituito fino a ieri da quaranta o al massimo quarantacinque giorni dall'inizio. Se non si può parlare di un ritorno di autonomia dell'Aran, non lo si fare neppure a proposito di un recupero di fluidità del processo negoziale; ma, consapevole di questo, il legislatore ha introdotto, con l'art. 59, un art. 47-bis, nel corpo del d.lgs. n. 165/2001, all'insegna di una rubrica accattivante, "Tutela retributiva per i dipendenti pubblici": a' sensi del suo co. 1, "Decorsi sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge finanziaria ... gli incrementi previsti per il trattamento stipendiale possono essere erogati in via provvisoria previa deliberazione dei rispettivi comitati di settore, sentite le organizzazioni sindacali rappresentative..."; e a' sensi del suo co. 2, "...a decorrere dal mese di aprile dell'anno successivo alla scadenza del contratto collettivo nazionale di lavoro, qualora non sia stato ancora rinnovato e non sia stata disposta l'erogazione di cui al comma 1, è riconosciuta..., nella misura e con le modalità stabilite dai contratti collettivi ... una copertura economica che costituisce un'anticipazione dei benefici complessivi che saranno attribuiti dai contratti collettivi".

È del tutto evidente che questo art. 47-bis fa il paio con l'art. 40, co. 3-ter così come appaiono ora: a prescindere dal loro diverso contenuto, correlato anche al differente livello assunto a referente – nazionale e, rispettivamente integrativo - il problema è sempre lo stesso, quello di un'eventuale stallo contrattuale, che, poi, come visto, è e rimane il fattore destabilizzante dell'intero sistema. Novello Alessandro, *si parva licet componere magnis*, il Ministro Brunetta, invece di sciogliere, taglia di netto il nodo gordiano di un accordo consegnato ad un futuro dilazionabile a piacere; ma lo taglia ipotecando lo stesso fisiologico svolgimento del *collective bargaining* nel settore pubblico privatizzato: ieri, coartato a monte, dalla predeterminazione delle risorse disponibili; domani, coartabile a valle, dalla facoltà riconosciuta alla controparte di procedere unilateralmente. È difficile pensare che questo duplice *bypass* di un'eventuale blocco del flusso contrattuale sia stato previsto come un intervento praticabile su larga scala, perché, se così fosse, vi si darebbe per scontato un conflitto permanente con l'interlocutore sindacale, forse tentante per il nostro battagliero Ministro, ma estremamente rischioso in un mondo fortemente sindacalizzato come quello del pubblico impiego. Ma certo suona come un omaggio a quella logica aziendale, che trova nell'attribuzione dell'ultima parola a chi abbia la responsabilità della gestione la sua regola base; e, comunque, già per il fatto solo di essere disposto e disponibile, rincuora e motiva amministrazioni e dirigenze, nonché esercita pur sempre un qualche effetto dissuasivo nei confronti di un soggetto sindacale che sia attestato su un fronte rivendicativo all'insegna del *non possumus*.

10. La dirigenza: meno autonomia e più responsabilità (Capo II e richiami dai Capi III e V).

Dopo aver anticipato il Capo IV, si può ritornare al Capo II, Titolo IV, del d.lgs. n. 150/2009, dedicato alla dirigenza pubblica, per rispondere alla domanda – formulata, ma accantonata - di quanto

ampia ed autentica sia la discrezionalità dirigenziale uscita dalla riforma Brunetta³⁷². Si può ritornarvi con una puntualizzazione, che la risposta non è concentrata nel Capo II, ma disseminata negli altri Capi dello stesso Titolo e negli altri Titoli del decreto delegato; cosa che di per sé rivela come, oggi ancor più di ieri, sia proprio la parte assegnata alla dirigenza a risultare centrale, non solo quando la si lasci libera di recitare a soggetto, ma anche quando la si condanni a farlo secondo un copione rigido. E non per nulla si è allora considerata quella domanda retorica, perché era sufficiente scorrere la legge delega per conoscere la risposta, ora consegnata al decreto delegato, quella di una dirigenza costretta a leggere le sue battute principali su una sorta di "gobbo" televisivo³⁷³.

More solito, ad aprire il Capo è un articolo, il 37, che, nel definirne oggetto, ambito di applicazione e finalità, ne sintetizza enfaticamente una ricaduta positiva a tutto campo, con un paio di messe a punto meritevoli di attenzione. Da un lato riafferma il debito formale contratto con la logica aziendale, laddove riconnega un miglioramento dell'organizzazione e della qualità del servizio all'utilizzo anche dei "criteri di gestione e di valutazione del settore privato"; dall'altro riconferma il confine fra indirizzo e gestione, ma, sembra preoccupato soprattutto di assicurare un qualche spazio allo *spoil system*³⁷⁴: "rafforzare il principio della distinzione tra le funzioni di indirizzo e controllo spettanti agli organi di Governo e le funzioni di gestione amministrativa spettanti alla dirigenza, nel rispetto della giurisprudenza costituzionale in materia³⁷⁵, regolando il rapporto tra organi di vertice e dirigenti titolari di incarichi apicali in modo da garantire la piena e coerente attuazione dell'indirizzo politico in ambito amministrativo".

Il richiamo dei "criteri di gestione e di valutazione del settore privato", è volutamente equivoco, perché mentre pare riguardare quelli del settore privato in carne ed ossa, in effetti intende richiamare quelli dettati con riguardo alla misurazione, valutazione, incentivazione della *performance* di cui ai precedenti Titoli II e III dello stesso d. lgs. n. 150/2009. Criteri, questi, che se non in sé, certo nei modi e termini in cui sono declinati, sono lunghi dal valorizzare un'autentica logica aziendale, visto che la costringono e coartano dentro una sorta di camicia di forza. A servire come cartina di tornasole è la stessa ampiezza dell'area di manovra lasciata alla dirigenza, a cominciare proprio dalla gestione delle risorse umane. E proprio questa gestione è qui resa oggettiva, burocratizzata, pubblicizzata, come si è avuto modo di vedere ripercorrendo il Titolo III, Capi II e IV, con riguardo alle "gratificazioni", retribuzioni di risultato o carriere, e come si può vedere scorrendo il Titolo IV, con rispetto alle "punizioni", obblighi di procedere, procedimenti dettagliati, sanzioni e responsabilità.

³⁷² Si veda in merito S. BATTINI, *L'autonomia della dirigenza pubblica e la "riforma Brunetta": verso un equilibrio fra distinzione e fiducia?*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, 43 ss.; B. CARUSO, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (Il redisegno della governance nelle p.a. Italiane)*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 104/2010, 15 ss.; A. ZOPPOLI, *L'indipendenza dei dirigenti pubblici*, in L. ZOPPOLI, *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, cit., 155 ss.

³⁷³ Si v. in proposito A. GARILLI, *Il dirigente pubblico e il sistema di misurazione e valutazione della performance organizzativa della P.A.*, in *Giur. It.*, 2010, 12, 2717 secondo cui dalla nuova normativa emergerebbe la figura di un "dirigente schiacciato all'interno di un sistema di regole organizzative e procedurali che ne limitano fortemente l'autonomia e la funzione manageriale".

³⁷⁴ In dottrina v. A. CORPACI, *Riflessioni sulla dirigenza pubblica alla luce della legge n. 145 del 2002*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, pp. 859 e ss.; G. D'AURIA, *Ancora una riforma della dirigenza pubblica*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2002, 1155 ss.; C. D'ORTA, *Gli incarichi dirigenziali nello Stato dopo la legge 145/2002*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, 6, 935 ss.; E. GRAGNOLI, *Lo spoil system e l'imparzialità del dipendente degli enti locali*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2007, 01, 25 ss.

³⁷⁵ V. Corte cost. 23 marzo 2007, n. 103, in *Foro amm. CDS*, 2007, 3, 775 ss. che, nell'ambito del giudizio di censura dei meccanismi di automatica cessazione degli incarichi dirigenziali al variare della compagine politica, esclude gli incarichi dirigenziali "apicali" ovvero quelli che si caratterizzano per una "maggiore coesione con gli organi politici".

Significativi al riguardo sono gli artt. 38 e 39, che intervengono ad integrare gli artt. 16 e 17 del d.lgs. n. 165/2001 - dedicati alle funzioni dei dirigenti di uffici dirigenziali generali ed alle funzioni dei dirigenti - allungandone le rispettive liste di competenze. Quanto riconosce, oggi, l'art. 16, cioè un potere di proposta circa "le risorse e i profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti dell'ufficio cui sono preposti ... ", è da ritenersi un *quid* già deducibile dal ruolo rivestito; mentre quanto, concede, sempre oggi, l'art. 17, richiede d'essere distinto: per il potere di concorrere "all'individuazione delle risorse e dei profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti dell'ufficio cui sono preposti ... " è ugualmente da considerarsi un qualcosa già ricavabile dal posto occupato; mentre per l'altro potere, di effettuare "la valutazione del personale assegnato ai propri uffici, nel rispetto del principio del merito, ai fini della progressione economica e tra le aree, nonché della corresponsione di indennità e premi incentivanti", il discorso è più complesso. Sembrerebbe essersi così garantita a un'ampia libertà di manovra, ma una simile impressione è smentita da una lettura sistematica. Come si è visto, la valutazione è figlia di una procedura complessa, con a co-protagonisti, se pur scontando i diversi ambiti di competenza: la CiVIT che predisponde tutta la complessa modellistica relativa al ciclo della *performance* (Sistema di misurazione e valutazione, Piano e relazione); l'Oiv, che sovraintende la messa a regime della macchina a livello di singola amministrazione, propone "all'organo di indirizzo politico-amministrativo, la valutazione annuale dei dirigenti di vertice e l'attribuzione ad essi dei premi ... ", allestisce la "graduatoria delle valutazioni individuali del personale dirigenziale, distinto per livello generale e non, e del personale non dirigenziale", classificando tutti nei famosi tre livelli, predeterminati nelle percentuali di personale loro attribuibili. Sicché, alla fin fine il margine lasciato alla dirigenza riesce assai più limitato di quel che può apparire.

Viene aggiunto dell'altro, ma a caro prezzo. Così il co. 1 dell'art 49 Capo III ("Uffici, piante organiche, mobilità e accessi"), intervenuto a modifica dell'art. 30, prescrive che il trasferimento sia disposto previo parere favorevole dei dirigenti responsabili dei servizi e degli uffici cui il personale è o sarà assegnato "peraltro sempre su una base giustificabile e sindacabile quale offerta dalla "professionalità in possesso del dipendente in relazione al posto ricoperto o da ricoprire"; così, ancora, l'art. 69, del Capo V ("Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici"), nell'aggiungere l'art. 55-bis, vi prevede che "per le infrazioni di minore gravità, per le quali è prevista l'irrogazione di sanzioni superiori al rimprovero verbale ed inferiori alla sospensione dal servizio per più di dieci giorni" sia competente il dirigente responsabile della struttura.

Ma, come anticipato, questo ha un suo corrispettivo. In materia di uffici e piante organiche, l'art. 50, integrando l'art. 33, sancisce che "La mancata individuazione da parte del dirigente responsabile delle eccedenze delle unità di personale ... è valutabile ai fini della responsabilità per danno erariale", creando una fattispecie *ad hoc*, che certo dovrà essere interpretata alla luce della giurisprudenza della Corte dei conti in materia di responsabilità erariale. Ed, a sua volta, in materia di sanzioni disciplinari, il già citato art. 69, nell'aggiungere l'art. 55-sexies, vi prescrive che il dirigente responsabile del mancato esercizio³⁷⁶ o della decadenza dell'azione disciplinare, per aver

³⁷⁶ Per S. MAINARDI, *Il "dovere" del dirigente di sanzionare il demerito: il procedimento disciplinare*, in *Giur. It.*, 12, 2010, "la revisione del sistema disciplinare è obiettivo primario e diretto della c.d. riforma Brunetta, strettamente collegato, in chiave di strumentalità, ai fondamentali paradigmi di efficienza, produttività e di lotta all'assenteismo che hanno ispirato e trascinato, anche dal punto di vista mediatico, l'intervento del legislatore".

omesso o ritardato senza giustificato motivo atti del procedimento o per avere ritenuto insussistente l'illecito in base a valutazioni manifestamente irragionevoli o infondate "l'applicazione della sanzione disciplinare della sospensione dal servizio, fino ad un massimo di tre mesi in relazione alle infrazioni sanzionabili col licenziamento, ed altresì la mancata attribuzione della retribuzione di risultato per un importo pari a quello spettante per il doppio del periodo della durata della sospensione", senza esclusione dell'eventuale responsabilità civile, se pur limitata "in conformità ai principi generali, ai casi di dolo o colpa grave".

Nonostante quanto pareva anticipare l'art. 37, l'art. 40, destinato a rivedere l'art. 19, si limita ad adeguare lo *spoil system* al *decisum* del Giudice delle leggi³⁷⁷, confermando il meccanismo della decadenza automatica decorsi novanta giorni dal voto di fiducia al Governo e salvo conferma esplicita, per i soli dirigenti cui siano stati conferiti incarichi di Segretario generale di ministeri e di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali e di livello equivalente. Mentre, poi, si dedica a tutto campo al tema generale del conferimento degli incarichi dirigenziali³⁷⁸, riproponendolo come un vero e proprio procedimento: l'amministrazione deve, prima, pubblicare un "apposito avviso sul sito istituzionale" con "il numero e la tipologia dei posti di funzione che si rendono disponibili nella dotazione organica e i criteri di scelta"; poi, acquisire "le disponibilità dei dirigenti interessati"; infine, procedere alla valutazione "in relazione alla natura e alle caratteristiche degli obbiettivi prefissati ed alla complessità della struttura interessata, delle attitudini e delle capacità professionali del singolo, dei risultati conseguiti in precedenza nell'amministrazione di appartenenza e della relativa valutazione, delle specifiche competenze organizzative possedute, nonché delle esperienze di direzione maturate all'estero, presso il settore privato o presso altre amministrazioni pubbliche, purché attinenti al conferimento dell'incarico".

Il che costringe a chiedersi se quanto ritenuto in precedenza, cioè di un istituto non solo privatistico nel suo svolgimento e nel suo risultato, ma anche non concorsuale, cioè non tale da obbligare ad un giudizio comparativo, possa essere sostenibile anche oggi; e se il responso dovesse essere negativo, ad interrogarsi sul conseguente impatto su un sistema che si vorrebbe ricalcato su quello del settore privato. Niente da dire sull'accresciuto tasso di obbiettività e di trasparenza; ma qualcosa sì, sull'altrettanto aumentato tasso di burocratizzazione, certo destinato ad avere come sua coda una dose significativa di vertenzialità.

Tutto questo trovava riscontro nel regime della conferma e della revoca³⁷⁹. A' sensi del nuovo art. 19, co. 1-ter, secondo periodo, un incarico dirigenziale conservava sì una scadenza, ma si dava per cosa affatto scontata la conferma, in assenza di una valutazione negativa, tant'è che altrimenti

³⁷⁷ Si rinvia alla nota 59.

³⁷⁸ Per cui si rinvia a A. BOSCATI, *Il conferimento di incarichi dirigenziali e il nuovo sistema di accesso alla dirigenza*, in *Giur. It.*, 12, 2010; Id., *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività amministrativa*, cit., 2009, 1, 32 ss.; Id., *Conferimento e disciplina degli incarichi dirigenziali. Spoil system*, in F. CARINCI, S. MAINARDI (a cura di), *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni. Dal modello unico ministeriale ai modelli caratterizzanti le diverse amministrazioni*, Giuffrè, Milano, 2005, 148 ss.; G. D'AURIA, *Dirigenti pubblici: garanzie nel conferimento degli incarichi e tutela reale contro i licenziamenti illegittimi (con brevi note sulla riforma della dirigenza nella "legge Brunetta")*, in *Foro It.*, 2009, I, 3080 ss.; A. ZOPPOLI, *L'indipendenza dei dirigenti pubblici*, in L. ZOPPOLI, *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro*, cit., 155 ss.; E. GRAGNOLI, *L'accesso alla dirigenza*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, 2, 993.

³⁷⁹ Sull'argomento si v. A. BOSCATI, *Il conferimento degli incarichi dirigenziali e il nuovo sistema di accesso alla dirigenza*, in *Giur. It.*, 12, 2010, 2710.

l'amministrazione era tenuta a darne "idonea e motivata comunicazione al dirigente stesso, con un congruo preavviso". Disciplina, questa, che rivelava una tendenza alla stabilizzazione non più solo del rapporto, ma anche degli incarichi, che a tutt'oggi risultano costituiti a tempo indeterminato e, rispettivamente, a tempo determinato; tendenza, questa destinata a rimettere in discussione l'originaria distribuzione dei ruoli, per cui il primo doveva assicurare la stabilità ed i secondi la flessibilità. Non sorprendeva affatto un simile *trend*, visto che, poi, ad interessare era ed è proprio l'incarico, da cui dipende il ruolo ed il reddito; ma, l'ossequio allo *status quo* finiva per penalizzare quella mobilità necessaria non solo all'efficienza ma anche alla professionalità; certo, si poteva obbiettare che, per poter riciclare il posto, bastava fornire un'idonea motivazione, ma questo rappresentava un ulteriore elemento di burocratizzazione, anch'esso tale da portarsi in dote una certa conflittualità.

L'uso dell'imperfetto non è senza ragione, perché dopo un semestre di vigenza, il legislatore ha creduto bene di ritornare sui suoi passi, abrogando l'art. 19, co. 1-ter, secondo periodo, con l'art. 9, co. 32, d. l. del 31 maggio 2010, n. 78, convertito nella l. 30 luglio 2010, n. 122³⁸⁰.

Per la revoca *ante tempus*, questa è ovviamente ammessa, ma ricondotta sotto la disciplina della responsabilità dirigenziale, di cui all'art. 41, che ci restituisce rimesso a nuovo l'art. 21³⁸¹. La conformazione alla complessa macchina di misurazione e valutazione della *performance* risulta evidente sia nella riproposizione delle vecchie ipotesi, sia nella introduzione di una nuova, senza, peraltro che sia chiarita la riaffermata convivenza delle fonti, legge e contratto collettivo, e delle responsabilità, dirigenziale e disciplinare³⁸². Quanto alle vecchie ipotesi, ritornano sia "Il mancato raggiungimento degli obbiettivi" ma ora "accertato attraverso le risultanze del sistema di valutazione" introdotto *ex novo*, sia "l'inosservanza delle direttive", che, in quanto imputabili "previa contestazione e ferma restando l'eventuale responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo", comportano, in un crescendo commisurato alla gravità, "l'impossibilità di rinnovo dello stesso incarico dirigenziale" o - qui con esplicito riferimento oltre che alla "previa contestazione" anche al "rispetto del principio del contraddittorio" - la revoca dell'incarico, con conseguente collocamento del dirigente a disposizione ovvero il recesso "dal rapporto di lavoro secondo le disposizioni del contratto collettivo".

A far la vera differenza è, però, l'introduzione della nuova ipotesi di responsabilità del dirigente³⁸³, cioè "la colpevole violazione del dovere di vigilanza sul rispetto, da parte del personale assegnato ai propri uffici, degli standard quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione conformemente agli indirizzi deliberati dalla Commissione...", che, "previa contestazione e nel rispetto del principio del contraddittorio secondo le procedure previste dalla legge e dai contratti collettivi nazionali" espone alla decurtazione della "retribuzione di risultato, sentito il Comitato dei garanti,

³⁸⁰ *Ibid.*

³⁸¹ R. SALOMONE, *La responsabilità dirigenziale oltre i confini della prestazione individuale*, in *Giur. It.*, 2010, 12, 2720 ss.

³⁸² V. S. MAINARDI, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici*, cit., 750 ss. secondo cui la distinzione tra le due responsabilità "è fondamentale non solo dal punto di vista dell'inquadramento teorico, ma anche e soprattutto ai fini di individuare, in relazione al caso di specie, la giusta procedura da applicare; nonché la giusta sanzione...". In giurisprudenza si v. Cass. 20 febbraio 2007, n. 3929, in *Foro It.*, 2007, I, 1716 ss.

³⁸³ "Finora non tipizzata e di dubbia natura" così R. SALOMONE, *La responsabilità dirigenziale oltre i confini della prestazione individuale*, cit., 2720 ss.; V. anche B. CARUSO, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (Il ridisegno della governance nelle p.a. Italiane)*, cit., 31 che riconduce tale ipotesi di *culpa in vigilando* nell'ambito della vera e propria responsabilità dirigenziale.

in relazione alla gravità della violazione di una quota fino all'ottanta per cento". Qui la legge appresta un vero e proprio processo bifase: il primo tempo costituito dalla previsione di una responsabilità del dirigente per aver omesso di controllare e riprendere il proprio personale in vista e funzione del pieno realizzo degli standard prestabiliti; certo occorre che tale comportamento omissivo gli sia addebitato come colpevole nell'ambito di un procedimento, ma, una volta accertato il mancato raggiungimento degli standard, ricade inevitabilmente su di lui l'onere di giustificarsi; ma se non vi riesce, ecco il secondo tempo, dato dalla condanna ad una perdita significativa della retribuzione di risultato, capace di raggiungere l'80%.

Se il procedimento in tema di conferimento degli incarichi viene "rafforzato", quello in materia di responsabilità dirigenziale viene "indebolito" in forza di quanto previsto dall'art. 42, modificativo dell'art. 22: il Comitato dei garanti, chiamato a dare il suo parere, subisce un duplice cambiamento che ne modifica la identità e la rilevanza³⁸⁴. La sua identità cessa di essere "equitativa", con la partecipazione delle parti contrapposte, per diventare "tecnica", con la presenza di magistrati, esperti, dirigenti generali; ma la sua rilevanza muta radicalmente, col declassamento del parere da vincolante a consultivo. Il che equivale a ridimensionare quel Comitato, che si era guadagnato sul campo il credito di un tutore paternalista; ma se così sarà certo più facile anche il ricorso al rimedio estremo costituito dal recesso, non più paralizzabile da un parere vincolante, rimane sempre, a tutto favore del dirigente del settore pubblico rispetto a quello del settore privato, il fatto di essere stato ammesso *iussu iudicis* al regime della tutela reale.

Il che riguarda il sistema funzionante a regime. Ma lo stesso principio basilare di colpire nel portafoglio colui che porta i gradi, per il fatto di non aver assolto al suo ruolo o anche per quello solo di essere in comando è stato già utilizzato nel Titolo II del nostro decreto delegato, per sollecitare e promuovere l'avvio del sistema. Come visto, a' sensi degli artt. 10, co. 5 e 11, co. 9, in "caso di mancata adozione del Piano della *performance*" e, rispettivamente in "caso di mancata adozione e realizzazione del Programma triennale per la trasparenza ... o di mancato assolvimento degli obblighi di comunicazione" c'è una perdita secca della retribuzione di risultato, peraltro con una differenza importante. Per l'art. 10, co. 5, il dirigente è penalizzato solo se colpevole, cioè abbia concorso alla mancata adozione del Piano "per omissione o inerzia nell'adempimento dei propri doveri"; mentre per l'art. 11, co. 9, il dirigente pare penalizzato, colpevole o meno, per il solo fatto di essere preposto all'ufficio coinvolto. A dire il vero, non si capisce bene il perché di una simile diversità, essendo considerate Piano della *performance* e Programma per la trasparenza due pezzi di uno stesso meccanismo, destinato ad operare all'unisono³⁸⁵.

A complicare ulteriormente le cose, interviene l'art. 45, che, a modifica dell'art. 24 del d. lgs. n.165/2001, prevede un regime transitorio, che, però, non è dato capire come si concili con quello appena visto: il dirigente è escluso dalla corresponsione "della retribuzione collegata al raggiungimento dei risultati... qualora l'amministrazione di appartenenza... non abbia predisposto il sistema di valutazione...", entro e non oltre un periodo transitorio di sei mesi dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 150/2009, a quanto pare anche senza che gli si possa addebitare alcunché.

³⁸⁴ Sul tema, *ante riforma*, si v. S. MAINARDI, *La responsabilità dirigenziale e il ruolo del Comitato dei Garanti*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, 06, 1078 ss.

³⁸⁵ Cfr. B. Caruso, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (Il ridisegno della governance nelle p.a. Italiane)*, cit., 27, nota 74.

Quel che è certo è la pesantezza della perdita, parziale ed a maggior ragione totale, della retribuzione di risultato, come ben appare da quello stesso art. 45, il quale, a modifica ulteriore dell'art. 24, prescrive: "Il trattamento accessorio collegato ai risultati deve costituire almeno il 30 per cento della retribuzione complessiva del dirigente...". Ora si può passar sopra l'ottimismo contestualmente espresso circa il raggiungimento di un siffatto obbiettivo, per cui "I contratti collettivi nazionali incrementano progressivamente la componente legata al risultato, in modo da adeguarsi a quanto disposto ... entro la tornata contrattuale successiva a quella decorrente da 1° gennaio 2010, destinando comunque a tale componente tutti gli incrementi previsti per la parte accessoria della retribuzione"; si può passar sopra un siffatto ottimismo, peraltro già amaramente smentito dal blocco retributivo, ma quel che rimane del tutto evidente è il carattere ambiguo della retribuzione di risultato: strumento, al tempo stesso, di incentivazione e di penalizzazione, tant'è che il prevederla in una percentuale non inferiore a circa un terzo della retribuzione complessiva serve sia a renderla appetibile in vista di una prestazione migliore, sia a renderla disponibile in funzione di una penalizzazione maggiore.

Col che non si è affatto esaurita la rassegna delle responsabilità scaricate sulle spalle del dirigente, perché occorre qui richiamare quelle già evidenziate sopra, con riguardo alla sua responsabilità per danno erariale nel caso in cui non individui personale in esubero (art. 50, integrativo dell'art. 33 del d.lgs. n. 165/2001), nonché alla sua responsabilità disciplinare nel caso in cui non attivi e coltivi, tempestivamente e correttamente, il procedimento nei confronti di un sottoposto inadempiente.

Non c'è che dire, se si tiene presente il punto di partenza, quale costituito a tutt'oggi dall'art. 52, co. 5, del d. lgs. n. 165/2001, per cui il dirigente che assegna un lavoratore "a mansioni proprie di una qualifica superiore" risponde personalmente della differenza di trattamento economico eventualmente rivendicata dallo stesso lavoratore, peraltro solo "se ha agito con dolo o colpa grave". Se ne è fatta di strada, ma quel che era, allora, un'eccezione giustificata dalla peculiarità dell'ipotesi considerata, diventa, ora, non una regola, perché dispersa a pioggia in una casistica priva di sistematicità e coerenza nell'individuazione della componente soggettiva ed oggettiva, bensì una tendenza, al tempo stesso in continuità e discontinuità rispetto al passato. C'è continuità, visto che a restar centrale è sempre la figura del dirigente, a suo tempo definito come un "Giano bi-fronte" per enfatizzarne il ruolo di snodo fra "pubblico" e "privato"³⁸⁶. Ma c'è discontinuità, dato che la competenza viene sì allargata quantitativamente, con riguardo alla superficie attribuita, ma ristretta qualitativamente, con rispetto alla discrezionalità riconosciuta; e, soprattutto, la gestione viene accompagnata da una responsabilità relativa a comportamenti dei suoi dipendenti ancor prima che ai risultati complessivi, con un'ampia utilizzazione della risorsa retributiva ai fini sia di una incentivazione che di una penalizzazione.

IV. La partenza rinviata

11. Lo scadenziario applicativo.

Qualunque cosa si sia detta e sia possibile dire in aggiunta, resta pur sempre che il secondo tempo della riforma Brunetta, costituito com'è dalla traduzione di una legge delega per via della relativa

³⁸⁶ Così F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla legge n. 15/2009*, cit., 964.

decretazione, avrebbe dovuto avere in testa alla sua agenda una chiara ed inequivocabile individuazione del *D-Day*. Ma, pressato ed affaticato dal molteplice fronte da lui stesso aperto, che sembrava richiedere uno scadenziario differenziato per l'inizio dell'attacco, il legislatore delegato ha finito per graduare il termine, sì che a fronte di quel che è entrato in vigore subito, il 15 novembre 2009, ce n'è altro che è stato rinviato ad un momento successivo ed altro ancora che è stato subordinato al suo recepimento da parte della contrattazione collettiva; solo che oggi, a marzo inoltrato del 2011, quel ruolino di marcia si è venuto esaurendo.

Il Titolo II è applicabile immediatamente ed integralmente alle amministrazioni diverse dalle regioni e dagli enti locali. Ma i termini entro cui devono essere costituiti i due istituti perno del meccanismo costruito sul ciclo della *performance* di cui al Titolo II, cioè la CiVIT e gli Organismi indipendenti, sono individuati dal Titolo III, all'art. 30: istituita, la prima, entro 30 giorni dal varo del decreto; predisposti, i secondi, entro il 30 aprile 2010, con uno scadenziario operativo assai rigido, tale da contemplare l'impegno a provvedere "entro il 30 settembre 2010, sulla base degli indirizzi della Commissione ... a definire i sistemi di valutazione della *performance* ... in modo da assicurarne la piena operatività a decorrere dal 1 gennaio 2011". Dunque, la messa a regime del meccanismo alimentatore dell'intero sistema era destinata a richiedere più di un anno, ormai compiuto, dal novembre 2009 al gennaio 2011.

Lo stesso Titolo è applicabile ma non integralmente alle regioni e agli enti locali perché, come visto, l'art. 16 prevede a loro carico solo l'obbligo di adeguare i propri ordinamenti "ai principi contenuti negli artt. 3, 4, 5, comma 2, 7, 9 e 15, comma 1", entro il 31 dicembre 2010; peraltro, una volta decorso inutilmente quel termine, si applicano "le disposizioni previste nel presente Titolo fino all'emanazione della disciplina regionale e locale". Tutto chiaro in astratto, ma in concreto, per le regioni e gli enti locali avrà rappresentato un problema "tecnico" notevole doversi adeguare in poco più di un anno, spremendo dagli articoli richiamati del Titolo II dei principi, su cui costruire un proprio regolamento del ciclo della *performance*; e, certo, un problema "politico" rilevante doversi sobbarcare *in toto*, una volta spirato inutilmente il fatidico 31 dicembre 2010, l'intero Titolo II. Per quanto si può sospettare al momento, conoscendo i destinatari, Regioni in testa, è probabile che questi, messi di fronte ad un così ruvido *aut-aut*, considerato risolutivo dal volitivo Ministro, abbiano giocato a prender tempo, allargando il discorso all'intero contenuto del decreto.

Se il Titolo II ospita una partita giocata tutta dall'amministrazione, con la messa a punto del ciclo della *performance*, il Titolo III ne ospita un'altra disputata fra l'amministrazione e la controparte sindacale fino a sfociare in quella contrattazione destinata a gestire la politica incentivante e premiale, se pur solo nella stretta cornice fissatale *ex lege*. Che tale sia la cornice legislativa ce lo dichiara a chiare lettere l'art. 29, laddove, come visto, accorda alle disposizioni del Titolo "carattere imperativo", affrettandosi a precisare che per ciò stesso "non possono essere derogate dalla contrattazione collettiva e sono inserite di diritto nei contratti collettivi ai sensi e per gli effetti degli artt. 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile". Naturalmente c'è da ritenerne che a venire in questione sia tutta la contrattazione collettiva, nazionale ed integrativa, ugualmente costretta a cedere il passo alla legge, se e quando possa entrarvi in conflitto; premessa da tenere presente nel passare alla questione "calda", non più dell'*an*, ma del *quando* scatta tale carattere imperativo, che lo stesso art. 29 affronta e risolve, facendolo decorrere "dal periodo contrattuale successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto". Il testo è interpretabile nel senso che a segnare il momento cruciale sia il passaggio da un periodo all'altro, da

quello in corso a quello successivo, non da un contratto ad un altro, da quello che copre il periodo attuale a quello che coprirà il prossimo; lo è, perché pare evidente che il contratto *in itinere* dovrà conformare al *diktat* legislativo in tema di merito e premi il suo processo formativo ancor prima che il suo contenuto, sicché il carattere imperativo non può certo scattare solo una volta concluso e sottoscritto il contratto, impedito, fra l'altro, dal modificare in alcunché il Titolo in questione.

Tutto chiaro, dunque, non proprio, perché, fra un momento, bisognerà vedersela con l'art. 65, che non dà l'idea di andare troppo d'accordo con questo art. 29, sì da riaprire il discorso ermeneutico. Per l'intanto un cenno al fatto che pure il Titolo III non è applicabile integralmente, questa volta alle regioni, ai loro enti e alle amministrazioni del Servizio sanitario nazionale, per i quali l'art. 31 sancisce l'obbligo di adeguare i propri ordinamenti ai principi contenuti negli artt. 17, co. 2, 18, 23, co. 1 e 2, 24, co. 1 e 2, 25, 26, 27, co. 1; e, dopo di che, riprende alla lettera quanto già detto nell'art. 16 sopra citato circa il regime applicabile in caso di mancato adeguamento, andando così incontro allo stesso commento critico.

Ed ecco, *last but not least*, quasi in chiusura di quel Capo IV del Titolo IV, dedicato alla contrattazione collettiva, intervenire il preannunciato art. 65, con un regolamento puntuale dell' "adeguamento ed efficacia dei contratti collettivi vigenti", sia integrativi che nazionali. *Per quanto concerne la contrattazione integrativa vigente alla data di entrata in vigore del decreto*, le parti l'adeguano alle disposizioni del decreto relative alla "definizione degli ambiti riservati, rispettivamente, alla contrattazione collettiva e alla legge" nonché alle disposizioni del Titolo III: come regola generale, entro il 31 dicembre 2010 e come regola particolare per il "comparto regioni e autonomie locali" (ma non è già previsto un duplice comparto!) entro il 31 dicembre 2011; se, poi, le parti non procedano come richiesto, la contrattazione integrativa non debitamente adeguata cessa di essere efficace – in relazione alle clausole divenute *contra legem* - sì da non essere ulteriormente applicabile, ovviamente con una diversa decorrenza, cioè in generale dal 1° gennaio 2011, ed in particolare, per il "comparto regioni e autonomie locali", dal 31 dicembre 2012. Scadenzario, questo, che pare lasciare aperto il discorso solo per il "comparto regioni e autonomie locali", dato che i termini previsti per loro sono prolungati al 31 dicembre 2011 per l'adeguamento e dal 31 dicembre 2012 per il venir meno dell'efficacia dei contratti integrativi non debitamente adeguati, senza, peraltro, che sia possibile capire il perché di questo *gap* temporale, corrispondente ad un anno esatto (co. 1, 2, 4)³⁸⁷. *Per quanto attiene, invece, alla contrattazione nazionale*, le disposizioni del decreto che la riguardano si applicano "dalla tornata successiva a quella in corso" (co. 5).

Un simile ingorgo normativo ha dato vita ad un indirizzo giurisprudenziale discutibile e discusso, per cui sarebbe stato possibile salvare *pro tempore* il contenuto contrario al nuovo regime delle prerogative dirigenziali, non solo se presente in un contratto integrativo anteriore, ma anche se introdotto in uno posteriore al varo del d. lgs. n. 150/2009³⁸⁸. Per mettere qualche punto fermo,

³⁸⁷ "Contemplando uno bizzarro anno di moratoria anche per il caso in cui il contratto, pur dichiaratamente invalido per incompatibilità con norme di legge, sembrerebbe mantenere efficacia" così S. MAINARDI, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici*, cit., 741 ss.

³⁸⁸ V. Trib. Torino, sez. lav., decreto 2 aprile 2010, in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, 1, 91 ss. e successivamente Trib. Torino, sentenza 2 aprile 2010; Trib. Salerno, decreto 19 luglio 2010; Trib. Lamezia Terme, decreto 7 dicembre 2010; Trib. Trieste, decreto 5 ottobre 2010. Di diverso avviso, invece, Trib. Pesaro, sentenza 27 ottobre 2010, n. 417 ha affermato l'immediata operatività dell'art. 5, comma 2, del

è necessario partire da un confronto fra il già visto art. 29 e l'art. 65, evidenziandone il reciproco rapporto: il primo non fa differenza fra contrattazione nazionale ed integrativa, sì da lasciar supporre che la regola posta valga per l'una e per l'altra; mentre il secondo la fa, col porre una duplice regola ben distinta.

Sviluppando, anzitutto, il confronto con l'occhio alla contrattazione integrativa, a' sensi dell'art. 29 ne dovrebbe derivare una sua cedevolezza rispetto alla disciplina introdotta dal Titolo III, per sopravvenuta imperatività di quest'ultimo a partire dal "periodo contrattuale successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore del ... decreto", da interpretarsi nel senso letterale del termine "periodo", come quello coperto dal contratto vigente al momento, senza attendere il varo del contratto destinato a sostituirlo. L'art. 65 introduce, però, una duplice variante, quanto all'oggetto, allargandolo oltre il Titolo III anche al riparto fra contrattazione collettiva e legge, nonché quanto al tempo, inchiodandolo a scadenze predeterminate e rigide. Ora per l'oggetto viene in rilievo proprio l'allargamento avvenuto nel passaggio dall'art. 29 all'art. 65, co. 1, cioè dal solo Titolo III anche "alle disposizioni riguardanti la definizione degli ambiti riservati, rispettivamente, alla contrattazione collettive e alla legge", perché tale frase appare piuttosto generica ed ampia, astrattamente riferibile sia al *micro* riparto di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 165/2001 - come modificato dall'art. 34 - per blindare le prerogative dirigenziali rispetto alla pressione della controparte sindacale; sia al *macro* riparto di cui all'art. 40 dello stesso decreto - come rivisto dall'art. 54 - per ridurre e ridimensionare le materie negoziabili, fornendo una lunga elencazione di quelle *out*, peraltro comprensiva delle stesse prerogative dirigenziali. Ma pare ovvio che, trattando qui l'art. 65, co.1 della contrattazione integrativa vigente, l'espressione utilizzata vada letta come riferita all'art. 5, con la conseguenza tutt'altro che scontata, di una sua operatività a prescindere dalla previa ricezione dell'art. 40 da parte della contrattazione nazionale. Il che significa che *a)* la contrattazione integrativa *vigente* al momento dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 150/2009 – come puntualizza la lettera - deve adeguarsi al *micro* riparto *ex novo* art. 5 entro il 31 dicembre 2010/31 dicembre 2011, a costo di perdere efficacia dal 1° gennaio 2011/31 dicembre 2012, mentre la contrattazione integrativa successiva a tale momento, deve rispettarlo dalla sua stipula; e, anticipando quanto si dirà a breve, *b)* tale conclusione non è smentita dall'essere la contrattazione nazionale vincolata al *macro* riparto *ex novo* art. 40 "dalla tornata successiva a quella in corso".

Più complicato il problema del *tempo*, con riguardo, peraltro, al solo Titolo III: qui il confronto fra l'art. 29 e l'art. 65 del d. lgs. n. 150/2009, porta ad un contrasto, perché le scadenze fisse previste da questo possono risultare più corte di quelle variabili contemplate da quello (periodo contrattuale successivo a quello in corso); ma, se così fosse, pare dover prevalere l'art. 65, in quanto più puntuale e specifico.

Spostando, ora, lo sguardo sulla contrattazione nazionale, può colpire ad una prima occhiata una differenza formale, perché l'art. 29 fa scattare il carattere imperativo del Titolo III dal "periodo contrattuale successivo a quello in corso"; mentre l'art. 65, co. 5 fa operare il nuovo regime introdotto dal decreto dalla "tornata successiva a quella in corso". Ora, se anche questa differenza si rivelasse effettiva, non avrebbe alcuna rilevanza sostanziale, anzi tutt'altro, perché se "periodo"

d.lgs. n. 165/2001 condiviso, da ultimo, in dottrina da V. TALAMO, *Gli assetti della contrattazione integrativa dopo il D. lgs. n. 150 del 2009 e la finanziaria "d'estate"*. *Ratio di una riforma*, ultima versione, in *Lav. pubbl. amm.*, 2011, in corso di pubblicazione. Cfr. anche Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione Pubblica, n. 7 del 13 maggio 2010, cit., specialmente par. 2.

si confà meglio al fatto di essere riferito ad una contrattazione integrativa a cicli variabili, "tornata" si mostra più adatta al fatto di essere spesa proprio per la contrattazione nazionale, a cicli cadenzati e sincronici. Ma, ad una considerazione più attenta, non si rivela tale, perché è lo stesso art. 65 a considerare interfunzibili le due espressioni, tant'è che al co. 3, parla di "periodo contrattuale immediatamente successivo a quello in corso", con riferimento esclusivo a quella contrattazione nazionale per la quale, poi, al co. 5, usa, come visto, l'altra, cioè "tornata successiva a quella in corso".

La tornata in corso al momento dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 150/2009, cioè al 15 novembre 2009, era quella costituita dal quadriennio normativo e dal secondo biennio economico, in scadenza al 31 dicembre 2009, sicché la successiva prendeva inizio col 1° gennaio 2010, a prescindere da qualsiasi eventuale pendenza rimasta aperta. Ed, aldilà del termine utilizzato, "periodo" o "tornata", è l'inizio e non la fine a contare: vale, *a fortiori*, l'argomentazione svolta, con riguardo all'art. 29, a proposito di "periodo successivo" che cioè deve necessariamente riguardare il tempo in cui viene confezionato il contratto integrativo sostitutivo, perché proprio il suo processo formativo ed il suo contenuto sono condizionati dal richiamato Titolo III. *A fortiori*, perché là era in gioco solo il Titolo III, qui, con rispetto all'art. 65, co. 5 il regime legislativo in tema di contrattazione nazionale, sicché non si riesce a capire come tale regime dovrebbe entrare in vigore non al principio, ma al termine della tornata apertasi col 1° gennaio 2010, se e quando sia sfociata nella stipulazione dei contratti d'area e di comparto: non lo si capisce certo con riguardo alle procedure, ma anche allo stesso *macro* riparto delle competenze fra legge e contrattazione collettiva, nonché ad altri aspetti relativi ai contenuti.

Certo quel che non appare dall'uso di un linguaggio vecchio, è che non esiste più il collaudato *continuum* fra una tornata e l'altra, perché quella in corso ha vissuto sotto il vecchio regime e quella successiva è destinata a vivere sotto il nuovo, tant'è che il già citato art. 65, co. 3 (come modificato dall'art. 1 comma 20-ter del d. l. 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla L. 26 febbraio 2010, n. 25) prevede "In via transitoria, con riferimento al periodo contrattuale immediatamente successivo a quello in corso, definiti i compatti e le aree di contrattazione ai sensi dell'art. 40, comma 2, e 41, comma 4, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, come sostituiti, rispettivamente, dagli articoli 54 e 56 del presente decreto legislativo, l'Aran avvia le trattative contrattuali con le organizzazioni sindacali e le confederazioni rappresentative".

Ma questo suona che suona a riprova di una netta soluzione di continuità fra passato e presente, con esplicita previsione dell'entrata in vigore dall'inizio del "periodo contrattuale immediatamente successivo a quello in corso", cioè dal 1° gennaio 2010, del nuovo regime, che prevede un previo aggiornamento delle *bargaining unit*, in vista dell'apertura delle trattative. Se così è, l'art. 65, co. 5, non può essere interpretato nel senso restrittivo per cui "le disposizioni relative alla contrattazione collettiva di cui al presente decreto" applicabili "dalla tornata successiva a quella in corso" siano solo quelle relative alle procedure, perché questo è già chiaramente deducibile da questo co. 3 appena considerato.

Ciò detto, è possibile ritornare su quanto affermato sopra circa il fatto che il *micro* riparto fra legge e contrattazione, *ex novo* art. 5, vincola quella integrativa in ragione delle date viste, distinte a seconda che quest'ultima sia vigente o meno al momento dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 150/2009, cioè solo dallo scadenziario prefissato o, rispettivamente, da subito; di ritornarvi, per ribadire che ciò non è rimesso in discussione dal fatto ulteriore che il *macro* riparto, *ex novo* art. 40, vincola la contrattazione collettiva a partire "dalla tornata successiva a quella in corso",

perché, come detto e ribadito, quest'ultima è già *in itinere*.³⁸⁹ Il che porta a chiedersi quale sia la sorte della contrattazione nazionale non conforme, una volta così esaurita la tornata di riferimento. Per un tentativo di risposta, bisogna considerare un'ulteriore diversità fra l'art. 29 e l'art. 65, co. 2 del d. lgs. n. 150/2009, relativa alla "sanzione": a' sensi del primo, la contrattazione collettiva non può derogare alle disposizioni del Titolo III, a partire dal termine del periodo negoziale in corso, a pena di una sostituzione automatica delle clausole difformi; a' sensi del secondo, la contrattazione collettiva integrativa vigente deve essere debitamente e tempestivamente adeguata alle disposizioni riguardanti il Titolo III e la definizione degli ambiti riservati alla contrattazione collettiva e alla legge, a pena di inefficacia e non ulteriore applicabilità. Non è facile capire la ragione di una tale differenza, sì da far sospettare una *defaillance* tecnica tanto più che sia l'art. 29 sia l'art. 65, comma 1 riguardano, l'uno solo e l'altro anche, il Titolo III, per cui, in forza del primo varrebbe la inderogabilità/inserzione automatica e, rispettivamente, in ragione del secondo, la inefficacia/inapplicabilità.

Peraltro, l'art. 65, co. 5, nel precisare che la contrattazione collettiva nazionale è soggetta alla nuova disciplina dalla tornata successiva a quella in corso, non parla della sorte delle clausole la cui contrarietà alla legge sia divenuta rilevante, con la scadenza della tornata in corso; sicché, sempre a condividere la lettura qui offerta, tocca all'interprete tentare una soluzione. E la più persuasiva sembra quella deducibile da un'interpretazione sistematica dell'art. 65, che estenda la sanzione di cui al co. 2, per la contrattazione integrativa - cioè la perdita di efficacia e di applicabilità - anche al co. 5, per la contrattazione nazionale. In effetti, prendendo a chiave di lettura proprio la questione strategica del riparto di competenza fra legge e contrattazione, c'è una relazione di *species a genus* fra l'uno e l'altro comma: quel che rileva è, esplicitamente, al co. 2, il mancato adeguamento dell'accordo integrativo pregresso al nuovo *micro* riparto; e, implicitamente al co. 5, il sopravvenuto contrasto dell'accordo nazionale precedente con il nuovo *macro* riparto, come visto comprensivo anche di quello *micro*. D'altronde, proprio con particolare riguardo al riparto, ha senso la perdita di efficacia, ma non certo l'inserzione automatica, essendo il riparto medesimo estraneo alla competenza contrattuale³⁹⁰.

Qualunque sia la valutazione della riforma, la guerriglia di retroguardia condotta da una certa parte sindacale, con la paternalistica comprensione di una magistratura di merito, che sembra a tratti presa dalla nostalgia della giurisprudenza d'assalto della stagione post-statutaria, sembra infondata³⁹¹. La cosa certa è che la ripartizione di competenza fra legge e contrattazione collettiva rappresenta una premessa inderogabile a qualsiasi contrattazione novella, come tale destinata ad operare prima ed a prescindere da qualsiasi consacrazione negoziale: quest'ultima non può avere valenza costitutiva, sì da essere considerata necessaria per poter segnare e pubblicizzare la

³⁸⁹ In dottrina per una prima interpretazione si v. S. MAINARDI, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici*, cit., 741 secondo cui l'art. 65, comma 5, del decreto ha "a chiaro riferimento le sole (nuove) *procedure* di contrattazione di cui all'art. 59 del d.lgs. n. 150 (che modifica l'art. 47 d. lgs. n. 165/2001) e non i *contenuti* dei contratti collettivi vigenti"; nello stesso senso, P. MATTEINI, *Relazioni sindacali e decreto "Brunetta": prime questioni applicative*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, 1, 99 ss. Da ultimo, in sostanziale accordo, v. V. TALAMO, *Gli assetti della contrattazione integrativa dopo il D.lgs. n. 150 del 2009 e la finanziaria "d'estate". Ratio di una riforma*, ultima versione, cit., 40 e ss. Per una diversa opinione, v. C. CORBO, *L'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2009 ed il suo impatto sul sistema di relazioni sindacali previgente*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, 1, 105 ss.

³⁹⁰ Naturalmente tale conclusione non è applicabile *sic et simpliciter* al Comparto "Regioni e Autonomie locali" data la proroga delle scadenze per quanto riguarda l'adeguamento della contrattazione integrativa e la perdita di efficacia/applicabilità di cui all'art. 65, comma 4.

³⁹¹ Si fa riferimento alla giurisprudenza di merito citata in nota 72.

transizione dalla vecchia alla nuova normativa. Il che vale per tutta la contrattazione, sia nazionale che integrativa, senza che la prima debba precedere la seconda per aprirle la strada, tracciata in maniera pungigliosa se pur non altrettanto precisa dalla legge stessa per l'una e per l'altra.

D'altronde dell'ingorgo normativo lasciatosi alle spalle, con il suo bravo codazzo giurisprudenziale "temporeggiatore", ha dovuto prendere atto lo stesso Ministro che ha predisposto e fatto approvare dal Consiglio dei Ministri una bozza di decreto correttivo del testo dell'art. 65, per cui: a) i commi 1, 2 e 3 si interpretano nel senso che l'adeguamento della contrattazione collettiva integrativa "alle disposizioni riguardanti la definizione degli ambiti riservati, rispettivamente, alla contrattazione collettiva e alla legge, nonché a quanto previsto dal Titolo III", con a sanzione la inefficacia/inapplicabilità delle clausole rimaste difformi, vale solo per quella già vigente alla data dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 150/2009, ma non per quella non vigente allora, cioè intervenuta in seguito, così condannata ad osservare, fin dalla sua nascita, il decreto stesso; b) il co. 5 si interpreta nel senso che "le disposizioni che si applicano dalla tornata contrattuale successiva a quella in corso al momento dell'entrata in vigore dello stesso decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, sono esclusivamente quelle relative al procedimento negoziale di approvazione dei contratti collettivi e, in particolare quelle contenute negli articoli 56, 58, 59, comma 1, 66, comma 3 del citato decreto legislativo n. 150 del 2009"; c) il co. 4 viene fatto seguire da un co. 4-bis, che non si capisce bene a cosa si riferisca, se al solo co. 4 o no, per cui "hanno comunque immediata applicazione, ai sensi degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile, le disposizioni di cui all'art. 33, modificativo dell'art. 2 del decreto legislativo n. 165 del 2001 e all'articolo 54, comma 1, modificativo dell'art. 40 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché le disposizioni in materia di contrattazione integrativa".

Non c'è alcuna intenzione di procedere ad un'interpretazione di questo testo provvisorio, lasciandola tutta al lettore che possa essere interessato. Ma qualcosa a commento merita di essere detta, cioè la persistenza – c'è da pensare inconsapevole, ma non certo incolpevole - nell'ignorare la buona tecnica legislativa, per cui ci affretta a sanare carenze messe a nudo in sede di applicazione con interpretazioni ed integrazioni sovrapposte a forza; tant'è che si continua a ragionare tenendo ferma la fatidica data del 15 novembre 2009, come se non fosse già iniziato il nuovo periodo o tornata della contrattazione nazionale, al 1° gennaio 2010, o non fosse già scaduto il termine per l'adeguamento della contrattazione integrativa a suo tempo vigente, con conseguente sua inefficacia/inapplicabilità, dal 1° gennaio 2011, eccezione fatta per il "comparto regioni e autonomie locali". Se anche questo fosse riconducibile al *modus operandi* di un decreto legislativo correttivo, verrebbe pur sempre da dire "*this is your problem, not mine*".

12. Il lavoro della Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni Pubbliche (CIVIT)... ed il posticipo dell'avvio.

Non si può dire che la Civit se ne sia stata con le mani in mano, almeno a leggere la sua relazione relativa al primo anno di esperienza (22 dicembre 2009 - 29 dicembre 2010). Nonostante un *deficit* strutturale ed organizzativo, è riuscita a rispettare un certo ruolino di marcia, emanando e seguendo una serie di deliberare in materia di: costituzione degli Oiv presso la quasi totalità delle amministrazioni centrali; messa punto attraverso un dialogo con gli Oiv degli indirizzi relativi ai parametri e modelli di riferimento del Sistema di misurazione e valutazione della *performance*; definizione della struttura e modalità del piano della *performance*, con a coda un'attività di consulenza; soluzione di una prima problematica emersa in relazione alla valutazione individuale,

specie dopo l'adozione da parte del Governo della c.d. manovra d'estate di cui al d. l. n. 78/2010; elaborazione delle linee guida del Programma triennale della trasparenza e l'integrità; determinazione delle linee guida per la definizione degli standard di qualità dei servizi pubblici.

Si può prender per buono quanto sopra, ma nulla toglie al discorso fatto a suo tempo: un ruolo siffatto, necessario per l'avvio, rimane di per sé insufficiente per l'effettivo svolgimento di un processo di implementazione estremamente complicato in sé e diversificato in rapporto all'universo coinvolto. Di certo un componente della CiVIT ha creduto di dover manifestare tutto il disagio maturato nel corso del suo breve apprendistato, dando le dimissioni.

Incidente di percorso niente di più, si potrebbe anche commentare, dato che la CiVIT vi è ovviamente sopravvissuta. Ma l'incidente successivo è stato ben diverso, tanto serio e grave da ridurre quasi a zero la velocità della riforma, tanto da far ritenere che in verità si possa considerare bloccata con a rischio, secondo la voce più critica, la stessa possibilità di una ripartenza: secondo un copione tutt'altro che nuovo, è intervenuto il d. l. 31 maggio 2010, n. 78, noto come la manovra d'estate, con uno scontato "blocco retributivo", eufemisticamente battezzato nella rubrica del suo art. 9, come "Contenimento della spese in materia di impiego pubblico". Copione tutt'altro che nuovo, si è detto, ma con un impatto ben diverso rispetto al passato, perché pare ridurre al minimo la fornitura della benzina necessaria alla macchina messa a punto dal Ministro Brunetta, cioè la disponibilità finanziaria necessaria ad alimentare quella retribuzione di risultato, utilizzabile ed utilizzata sia come misura sia di incentivazione (concedendola) sia di penalizzazione (negandola): "blocco retributivo" per il triennio 2011, 2012 e 2013, eccezion fatta per la sola indennità di vacanza contrattuale, con il contestuale divieto di riconoscere un trattamento economico complessivo, ivi incluso l'accessorio, superiore a quello ordinariamente spettante nell'anno 2010. Il che, però, tradotto in soldoni, poteva rendere non solo inutile ma pericoloso il persistente ricorso a quell'art. 19 del d. lgs. n. 150/2009, che prevede tre fasce per la distribuzione da parte della contrattazione integrativa delle risorse riconosciute *ex novo* al trattamento accessorio legato alla *performance* individuale, dando per scontato che ve ne siano. Il perché è semplice dato che, se anche di tali risorse non ve ne fossero, sarebbe pur sempre necessario applicare l'art. 19 nel rispetto dell'art. 54, laddove intervenendo a modificare l'art. 40 del d.lgs. n. 165/2001, stabilisce che "la contrattazione integrativa ... destina al trattamento economico accessorio collegato alla *performance* individuale una quota prevalente del trattamento accessorio complessivo comunque denominato". Ma una ridistribuzione fra le tre fasce del trattamento accessorio collegato alla *performance* individuale, effettuata in modo da far di questo la componente maggioraria di quello complessivo - visto come esteso a quanto non compreso nel trattamento fondamentale – potrebbe ben esporre al rischio di una diminuzione retributiva per una parte del personale, a cominciare dalla percentuale collocata nella terza delle tre fasce.

Di ciò è stato costretto a prendere atto lo stesso Ministro Brunetta siglando, il 4 febbraio 2011, con Cisl, Uil (con la chiamata fuori della Cgil) quell' "Intesa per la regolazione del regime transitorio conseguente al blocco del rinnovo dei contratti collettivi nazionali di lavoro nel pubblico impiego"³⁹² che al suo punto 2 dice testualmente: "Le parti convengono che le retribuzioni complesive, comprensive della parte accessoria, conseguite dai lavoratori nel corso del 2010, non devono

³⁹² V. in www.innovazionepa.gov.it

diminuire, per effetto dell'applicazione dell'art. 19 del d. lgs. 150/09 ... ”; anche se, poi, per attenuare l'impatto politico e sindacale, aggiunge al successivo punto 3, con un effetto più nominale che reale, dato il modesto apporto conseguibile dal c.d. dividendo di efficienza ivi previsto: “A tale scopo per l'applicazione dell'art. 19, comma 1, del d.lgs. n. 150/2009 potranno essere utilizzate esclusivamente le risorse aggiuntive derivanti dall'applicazione del comma 17 dell'art. 61 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni, dalla legge 133/2008 ... ”.

Non è il solo contentino offerto alle confederazioni sindacali firmatarie, cioè Cisl ed Uil, perché al punto 4 si prefigurano “Al fine di valorizzare le esperienze e i risultati in via di conseguimento, in termini di miglioramento degli indicatori di *performance* delle amministrazioni ... in sede nazionale, apposite commissioni con il compito di monitorare e analizzare i risultati prodotti”, con un ritorno di organi partecipati destinati certo ad impattare su quelli formalmente terzi, quali costituiti dalla CiVIT e dagli Oiv.

L'occhio, però, è rivolto anche al decollo del nuovo sistema tant'è che, proprio in fondo, al punto 5 “Il Governo s'impegna a definire entro 15 giorni ... un atto di indirizzo all'Aran per la stipulazione di un accordo quadro che regoli il sistema di relazioni sindacali previsto dal decreto legislativo n. 165/2001, alla luce della riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009³⁹³, firmata il 30 aprile 2009 per i compatti del pubblico impiego ... ”, con l'assunzione di un rapido adeguamento del sistema contrattuale dell'impiego pubblico privatizzato al modello tradotto nell'accordo del 2009, anch'esso, come questo, “separato”, sottoscritto da Cisl ed Uil, ma non dalla Cgil.

Quel di cui non si dà conto è il *tourbillon* sollevato dal congelamento delle “rappresentanze” a' sensi dell'art. 65, co. 3., d.lgs. n. 150/2009. Secondo quanto prevedeva originariamente, l'Aran avrebbe dovuto avviare “le trattative contrattuali con le organizzazioni sindacali e le confederazioni rappresentative, *ai sensi dell'articolo 43, commi 1 e 2, del decreto legislativo 165 del 2001, nei nuovi compatti ed aree di contrattazione collettiva, sulla base dei dati associativi ed elettorali rilevati per il biennio contrattuale 2008/2009*. Conseguentemente, in deroga all'art 42, comma 4, del predetto decreto legislativo n. 165 del 2001 sono prorogati gli organismi di rappresentanza del personale anche se le relative elezioni siano già state indette. Le elezioni relative al rinnovo dei predetti organismi di rappresentanza si svolgeranno, con riferimento ai nuovi compatti di contrattazione, entro il 30 novembre 2010”.

In seguito il D.L. 30 dicembre 2009, n. 194, convertito con modificazioni dalla L. 26 febbraio 2010, n. 25 al suo articolo 1, comma 20-ter, ha eliminato le parole messe in corsivo; e allo stesso art. 1, comma 20-bis, ha stabilito “Ai fini della partecipazione alle trattative per i rinnovi dei contratti collettivi di lavoro relativi agli anni 2010-2012, si fa riferimento alla rappresentatività delle confederazioni e delle organizzazioni sindacali accertata in base ai dati certificati per il biennio contrattuale 2008-2009. Conseguentemente, ai soli fini della verifica della sussistenza delle condizioni previste dall'articolo 43, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, per la sottoscrizione dei contratti, la media tra dato associativo e dato elettorale è rideterminata nei nuovi compatti ed aree di contrattazione sulla base dei dati certificati per il biennio contrattuale 2008-2009”.

³⁹³ Si v. M. Ricci, *L'accordo quadro e l'accordo interconfederale del 2009: contenuti, criticità e modelli di relazioni industriali*, in *Riv. It. Dir. lav.*, 2009, 3, 353 ss.

Alla fine di questo lavoro di taglia e cuci, si continua a dar per scontata la conclusione dell'accordo quadro prima della fatidica data del 30 novembre 2010 con l'individuazione delle nuove *bargaining unit* rispetto a cui effettuare le elezioni; cosa non avvenuta, tanto da far concludere all'Aran che le RSU non decadessero col maturare di quella data ma che continuassero "nello svolgimento delle loro funzioni fino al prossimo rinnovo contrattuale, mantenendo, altresì, invariate tutte le prerogative alle stesse riconosciute dalle disposizioni legislative e contrattuali vigenti"³⁹⁴.

Ma fino a quando? Al che ha cercato di dare una risposta il parere del Consiglio di Stato del 12 gennaio 2011 secondo cui, pur a dar per scontato che un dispositivo eccezionale, quale l'art. 1 comma 20-bis del d.l. 30 dicembre 2009, n. 194 come modificato dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25, "abbia cristallizzato il calcolo del peso specifico dei sindacati, nelle trattative per il rinnovo dei contratti collettivi 2010-2012, ai dati di rappresentatività certificati nel biennio 2008-2009", questo non osta "che dopo il termine del 30 novembre 2010 si riespande il diritto al rinnovo degli organi di rappresentanza sindacale di cui all'art. 42, comma 3, del d. lgs. 165 del 2001". Sicché, qualora "prima del decorso ... del triennio si arriverà alla definizione dei nuovi comparti previsti dalla riforma sarà necessario indire con immediatezza le nuove elezioni, e le rappresentanze sindacali in carica secondo le vecchie regole rimarranno in carica fino all'insediamento dei nuovi eletti nei comparti revisionati".³⁹⁵

A prescindere da questa vicenda che ha avuto una sua storia tutt'ora aperta, l'Intesa ha sollevato un vespaio, con a suo momento più emblematico lo scambio di accuse e difese, in due articoli pubblicati sul Corriere della Sera, il 7 febbraio 2011 a firma di Pietro Ichino e l'8 a firma di Renato Brunetta. Senza riprendere qui una polemica quasi inevitabilmente sfociata dal piano tecnico a quello politico, dati i ruoli delle parti in conflitto, c'è da osservare che se è vero quanto obbiettato da Brunetta, che l'art. 19 non è stato affatto abrogato, restando buono per un futuro prossimo venturo; è, altresì, vero quanto sostanzialmente affermato da Ichino, che, cioè, il presente è quello che è, mentre "del futur non c'è certezza".

Il fatto è che a risentirne è l'intero meccanismo collocato a monte, con riguardo al ciclo della *performance*, destinato a lavorare a vuoto, nonché l'intero regime dislocato a valle, con rispetto all'incentivazione, condannato allo stallo: non solo l'art. 19, con la sua graduatoria su tre fasce, fatta in base alla *performance* individuale, ma anche l'art. 54, intervenuto a modifica dell'art. 40 del d. lgs. n. 165/2001, con la sua ulteriore graduatoria su almeno tre livelli di merito, realizzata in forza della *performance* delle amministrazioni statali e degli enti pubblici economici, al fine della ripartizione da parte della contrattazione nazionale delle risorse destinate a quella integrativa. E non rimane certo immune neppure l'art. 45, laddove modifica l'art. 24 del d.lgs. n. 165/2001, secondo cui i contratti collettivi nazionali devono incrementare progressivamente la retribuzione di risultato dei dirigenti, fino a portarla almeno al 30% della retribuzione complessiva "entro la tornata successiva a quella decorrente dal 1° gennaio 2010": fatto, quest'ultimo, tutt'altro che da poco, perché proprio sulla consistenza percentuale della retribuzione di risultato è basata gran parte della tecnica sanzionatoria messa al servizio della responsabilità dirigenziale e disciplinare, vera e propria arma "segreta" della riforma Brunetta.

³⁹⁴ V. Circolare Aran del 26 novembre 2010, n. 10770, in www.aranagenzia.it

³⁹⁵ Parere del Consiglio di Stato, sez. I, 12 gennaio 2011, n. 550 in www.giustizia-amministrativa.it V. al riguardo L. ZOPPOLI, *Contratti collettivi e circuiti della rappresentanza. La "riforma Brunetta" due anni dopo*, in corso di pubblicazione in *Dir. Lav. Merc.*, 2001, 1.

Senza soldi, così com'è stata pensata, la riforma Brunetta non macina; se, una volta intervenuti i soldi, possa farlo non è possibile dirlo ora, ma certo c'è il dubbio che la ricetta di una dirigenza, al tempo stesso blindata e limitata *ex lege* nell'esercizio delle sue prerogative, secondo una modelistica uniforme e rigida fino a trasformarsi in qualcosa paragonabile ad una camicia di forza, non sia la migliore. Ma, verrebbe da aggiungere, neanche la ricetta precedente risulta aver guarito la grande ammalata, sicché occorrerebbe spostare l'attenzione all'organizzazione, come un qualcosa che precede e condiziona la stessa gestione dei dipendenti, senza, peraltro, presumere che un miglioramento significativo della pubblica amministrazione possa avvenire in difetto di un mutamento di mentalità, cultura, professionalità degli addetti, cioè, a guardare ad occhi aperti la nuda e cruda realtà di un ricambio generazionale.