Scuola Internazionale di dottorato
Formazione della persona e mercato del mercato del lavoro
XXVI Ciclo

La dirigenza pubblica e lo spoils system

A cura di Giancarlo Neri

Relatore: Chiar. mo Prof. Gaetano Zilio Grandi

Coordinatore area giuridica: Chiar. mo Prof. Michele Tiraboschi
Coordinatore dottorato di ricerca: Chiar.mo Prof. Giuseppe Bertagna

anno accademico 2012/2013
esame finale

INDICE

Premessa

Capitolo I

L'ACCESSO ALLA DIRIGENZA PUBBLICA

1.1 Reclutamento dei dirigenti di seconda fascia
1.2 L'accesso alla prima fascia
1.3 Gli incarichi dirigenziali e la loro durata
1.4 Criteri per il conferimento degli incarichi e la procedura di conferimento prevista dalla Riforma Brunetta
1.5 La revoca degli incarichi dirigenziali
1.6 Gli incarichi ai soggetti esterni

Capitolo II

DA VALUTATORI A VALUTATI. LA VALUTAZIONE DEI DIRIGENTI

2.1 L'importanza della valutazione
2.2 La valutazione nella Riforma Brunetta
2.3 Dirigenti come valutatori
2.4 Dirigenti come valutati: la normativa ante Brunetta
2.5 Dirigenti come valutati: la Riforma Brunetta

Capitolo III

RESPONSABILITA' E TRATTAMENTO ECONOMICO DEL DIRIGENTE PUBBLICO

3.1 La responsabilità per danno erariale nella Riforma Brunetta
3.2 La responsabilità dirigenziale alla luce del d.lgs. 150/09
3.3 Il ruolo del Comitato dei Garanti
3.4 La responsabilità disciplinare
3.5 Il licenziamento
3.6 Le responsabilità alla luce delle manovre anticrisi
3.7 Trattamento economico

Capitolo IV

UN CASO CONTROVERSO DI SPOILS SYSTEM: LA FIGURA DELLA CONSIGLIERA NAZIONALE DI PARITA'

4.1 La vicenda in concreto
4.2 La figura del Consigliere di Parità: dal diritto comunitario all'ordinamento interno.
4.3 Natura giuridica dell'organismo del Consigliere di Parità
4.4 Caratteristiche tecniche del Consigliere di parità
4.5 Il controverso meccanismo dello spoils system
4.6 I giudici amministrativi confermano lo spoils system anche al Consigliere di parità.

LITERATURE REVIEW

Premessa

Il tema della dirigenza pubblica è oggi al centro di uno snodo determinante non soltanto rispetto alla peculiarità della funzione che essa svolge, ma soprattutto rispetto all' indispensabile processo di miglioramento organizzativo dei servizi pubblici.

La separazione tra politica ed amministrazione ha rappresentato il filo conduttore attorno al quale è stato disegnato il nuovo volto della pubblica amministrazione mediante il riordino e la razionalizzazione delle strutture, dell'organizzazione, della gestione del personale e dell'azione dei pubblici poteri. Un apparato flessibile, funzionale ad una gestione coerente coi principi di efficacia, efficienza, economicità e trasparenza, è imprescindibile per raggiungere l'ambizioso obiettivo della razionalizzazione della spesa pubblica. Per fare questo la dirigenza viene sottratta al tradizionale modello burocratico e inserita in un impianto normativo improntato a criteri di autonomia organizzativa ed efficienza. Fondamentale, in quest'ottica, si rivela l'introduzione di nuove forme di valutazione dell'operato dei dirigenti, fortemente incentrate sulla verifica dei risultati conseguiti e degli obiettivi raggiunti; qui si inserisce il nuovo modello della responsabilità dirigenziale, sganciata dall'illegittimità degli atti e dei comportamenti posti in essere e strettamente connessa alla validità ed all'efficienza dell'attività gestionale svolta.

Negli ordinamenti democratici moderni la dirigenza è caratterizzata dalla tensione fra due valori inevitabilmente confliggenti: il principio di sovranità popolare, espressione della rappresentanza politica, e il principio di imparzialità, che richiede un'amministrazione al servizio dell'intera collettività, non del ceto politico. Nel contemperamento tra le

“ragioni” della “politica” e quelle della “tecnica” si inserisce il delicato tema dello spoils system che, grazie agli ultimi cambiamenti legislativi e a un lungo dibattito giurisprudenziale, non smette di suscitare vivo interesse.

CAPITOLO I

L'ACCESSO ALLA DIRIGENZA PUBBLICA

1.1.Reclutamento dei dirigenti di seconda fascia

Il perseguimento del buon andamento della pubblica amministrazione attraverso logiche di efficacia, di efficienza e di economicità, dando risalto al momento di gestione dell'attività amministrativa, richiede, innanzitutto, il ripensamento della cultura del dirigente pubblico, non più burocrate, ma vero e proprio manager.

L'acquisizione di competenze qualificate, implicanti la necessità di gestire le risorse umane, strumentali e di controllo, con una elevata professionalità sia in campo economico-finanziario che nell'organizzazione e gestione dei rapporti di lavoro, conducono inevitabilmente il legislatore verso il tentativo continuo di miglioramento del sistema di reclutamento e di formazione della classe dirigenziale.

Prima della riforma Brunetta del 2009, la disciplina dell'accesso alla dirigenza pubblica, è stata più volte modificata. Originariamente, l'art. 28 del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, stabiliva che l'accesso alla qualifica di dirigente nelle amministrazioni statali (anche ad ordinamento autonomo comprese le istituzioni universitarie, e negli enti pubblici non economici) avvenisse: a) tramite concorso per esami indetto dalle

singole amministrazioni; b) per corso-concorso selettivo di formazione presso la Scuola superiore della Pubblica Amministrazione. Al concorso per esami potevano essere ammessi i dipendenti di ruolo delle amministrazioni, in possesso di diploma di laurea, provenienti dall'ex carriera direttiva, o che a seguito di concorso avessero acquisito qualifiche funzionali corrispondenti ed avessero maturato almeno cinque anni di servizio effettivo nella qualifica in questione –art. 28, comma 2-. Al corso-concorso, invece, potevano partecipare i candidati in possesso del diploma di laurea e di età non superiore a trentacinque anni –art. 28, comma 3-.

Successivamente, intervenne una seconda riforma della disciplina dell'accesso alla qualifica dirigenziale: il d.lgs. 29 ottobre 1998, n. 387. A tal riguardo, l'articolo 10 della suddetta norma, sopprimeva la modalità di accesso attraverso corso-concorso selettivo di formazione presso la Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione. In questo modo, l'accesso alla qualifica di dirigente di ruolo nelle amministrazioni statali (anche ad ordinamento autonomo, e negli enti pubblici non economici) avveniva esclusivamente a seguito di concorso per esami. La norma, inoltre, distingueva tra concorso riservato e concorso aperto all'esterno.

Secondo quanto disposto all'art. 10, comma 2, del d.lgs. 387/1998, al primo –concorso riservato- potevano essere ammessi: i dipendenti di ruolo delle pubbliche amministrazioni, muniti di laurea, con almeno cinque anni svolti in posizioni funzionali per l'accesso alle quali è

2

richiesto il possesso del diploma di laurea; i soggetti in possesso della qualifica di dirigente in enti e strutture pubbliche non ricomprese nel campo di applicazione dell'articolo 1, comma 2, del d.lgs. n. 29 del 1993, muniti del diploma di laurea, e che avessero svolto per almeno due anni le funzioni dirigenziali; ed infine, coloro che avessero ricoperto incarichi dirigenziali o equiparati in amministrazioni pubbliche per un periodo non inferiore a cinque anni; al secondo –concorso aperto-, potevano accedere i soggetti laureati in possesso di diploma di specializzazione, dottorato di ricerca, o altro titolo post universitario rilasciato da istituti universitari italiani o stranieri, nonché i dirigenti in strutture private, muniti del diploma di laurea, che avessero svolto per almeno cinque anni le funzioni dirigenziali.

In seguito, la materia viene nuovamente modificata dalla legge 24 luglio 2002, n. 145, il cui art. 3, comma 5, sostituisce l'art. 28 del d.lgs. n. 165/2001, introducendo due importanti novità: in primo luogo, attribuisce alle singole amministrazioni il potere di indire concorsi; in secondo luogo reintroduce il corso-concorso, recuperando così l'impostazione originaria del decreto n. 29 del 1993. Infatti, l'art 28 del D. Lgs. 165/2001, rubricato "Accesso alla qualifica di dirigente di seconda fascia" dispone che l'accesso alla dirigenza, relativamente alle amministrazioni statali, anche ad ordinamento autonomo, università ed enti pubblici non economici, può avvenire attraverso due modalità: concorso per esami indetto dalle singole amministrazioni e corso concorso selettivo indetto

dalla Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione (SSPA).

La riforma Brunetta non travolge il sistema d'accesso. Si limita a qualche aggiunta. Da questo punto di vista, la novità più significativa, è rappresentata dall'art 46, comma 1, lettera b) del d.lgs. 150/2009 che inserisce il dottorato di ricerca come titolo legittimante per l'ammissione ai concorsi per esami. Quando il candidato è in possesso del predetto titolo, è ridotto a tre il numeri degli anni di servizio richiesti per l'ammissione ai concorsi disciplinati da detto comma.

Possono partecipare al concorso dirigenziale i laureati già dipendenti di ruolo delle amministrazioni, sia se provenienti dalla ex carriera direttiva, sia se a seguito di concorso abbiano acquisito qualifiche funzionali corrispondenti ed abbiano maturato cinque anni di servizio effettivo nella qualifica in questione, o se in possesso del diploma di specializzazione o del dottorato di ricerca abbiano maturato almeno tre anni di servizio in funzioni per le quali è richiesto almeno il diploma di laurea; o soggetti in possesso della qualifica di dirigente in enti e strutture pubbliche non ricomprese nell'ambito di applicazione del d. lgs. 165/2001, muniti del diploma di laurea, che abbiano svolto per almeno due anni le funzioni dirigenziali; ancora, coloro che abbiano svolto incarichi dirigenziali per almeno cinque anni, purché aventi diploma di laurea; ed ancora, cittadini italiani, muniti di idoneo titolo di studio universitario, che abbiano maturato, in modo continuativo per almeno quattro anni, esperienze

4

lavorative in funzioni apicali presso enti ed organismi internazionali.

Invece, posso partecipare al corso-concorso i laureati, di qualsiasi età; i dipendenti di ruolo delle P.A., muniti di laurea, che abbiano compiuto almeno cinque anni di servizio, svolti in posizioni funzionali per l'accesso alle quali sia richiesto il possesso di diploma di laurea; ed inoltre, dipendenti di strutture private, muniti di diploma di laurea, che abbiano svolto almeno cinque anni di servizio in posizioni professionali equivalenti, in base a Dpcm, a quelle pubbliche presso le quali è consentito l'accesso attraverso concorso per esami.

I vincitori del concorso per esami, anteriormente al conferimento del primo incarico dirigenziale, sono tenuti a frequentare un ciclo di attività organizzate dalla SSPA, della durata di dodici mesi; mentre, i vincitori del corso-concorso bandito dalla SSPA, devono svolgere un corso di dodici mesi presso quest'ultima, ed al termine del percorso formativo e del tirocinio semestrale sono sottoposti ad un esame-concorso finale.

Da pochissimo (G.U. 24/06/2013), è entrato in vigore un nuovo regolamento (D.P.R .n. 70/2013) riguardante il sistema di reclutamento e di formazione dei dipendenti pubblici. Le novità concernenti il reclutamento della dirigenza pubblica vengono racchiuse in un unico articolo, il numero sette. In questo caso il Legislatore è intervenuto principalmente sulla disciplina del corso-concorso. La partecipazione a questa selezione viene riservata a coloro che sono in possesso di una laurea specialistica o

magistrale, un diploma di laurea, un dottorato di ricerca, un diploma di specializzazione o un master di secondo livello ottenuto al termine della formazione universitaria. L'ammissione al corso-concorso, poi, è consentita anche ai dipendenti pubblici di ruolo che possiedono una laurea specialistica o magistrale che abbiano una anzianità di servizio di almeno cinque anni presso posizioni funzionali che richiedono come requisito il possesso della laurea. Come sottolinea il 15° Rapporto sulla formazione nella Pubblica Amministrazione il corso- concorso non è aperto ai dipendenti delle strutture private. Tale decisione da parte del Legislatore non può che suscitare qualche perplessità visto che proprio la provenienza da un settore diverso da quello pubblico potrebbe arricchire il bagaglio di competenze professionali del sistema amministrativo italiano. Per quanto riguarda la durata del corso-concorso da diciotto mesi si è passati a dodici, comprensivi di un periodo formativo presso l'amministrazione di uno Stato della Unione Europea. A motivare una simile scelta sono state ragioni prettamente economiche di riduzione della spesa che, però, alla lunga potrebbero smorzare la portata formativa di questa particolare tipologia di ingresso nella P.A. Da segnalare, poi, come il Legislatore abbia deciso di prevedere non più una soglia minima di accesso alla dirigenza tramite corso-concorso pari al 30% dei posti disponibili, bensì un limite massimo pari al 50%. In tal modo viene ampliato il margine di discrezionalità esercitabile, elemento, questo, le cui conseguenze saranno valutabili solo ex post. Infine, per quanto riguarda il

6

trattamento economico degli allievi del corso-concorso, il D.P.R. prevede una borsa di studio di 1500 euro per coloro che non sono dipendenti pubblici. Al contrario, chi è già in servizio presso la P.A., mantiene il trattamento economico in godimento, senza alcuna indennità di missione

1.2 L'accesso alla prima fascia

L'accesso alla prima fascia dirigenziale avviene tramite concorso per titoli ed esami bandito dalle singole amministrazioni, nel limite del 50% dei posti che si rendano disponibili ogni anno a causa della cessazione dal servizio dei soggetti precedentemente incaricati. A tale concorso per titoli ed esami possono essere ammessi dirigenti che abbiano maturato almeno cinque anni di servizio nei ruoli dirigenziali, ed altri soggetti in possesso di titoli di studio e professionali individuati nei bandi di concorso, in riferimento alle esigenze specifiche dell'amministrazione che bandisce.

I vincitori del concorso, anteriormente al conferimento dell'incarico sono tenuti all'espletamento di un periodo di formazione di almeno sei mesi presso uffici amministrativi di uno Stato dell'U.E., o di un organismo comunitario o internazionale, scelti dal vincitore tra quelli indicati dall'amministrazione. Al termine di suddetto periodo, è prevista da parte degli uffici una valutazione del livello di

professionalità acquisito, che rappresenta la forma equivalente del superamento del periodo di prova semestrale precedente all'immissione in ruolo prevista per i dirigenti di seconda fascia.

Entrando nel dettaglio delle norme che riguardano il reclutamento del personale di prima fascia, l'art. 43 del d.lgs. n. 150/2009, modificando l'art. 23, comma 1 del Decreto legislativo 165/2001, richiede che il dirigente di seconda fascia abbia svolto per almeno cinque anni un incarico generale per passare alla prima fascia. Inoltre, la norma prevede che "i dirigenti della seconda fascia transitano nella prima qualora abbiano ricoperto incarichi di direzione di uffici dirigenziali generali o equivalenti, in base ai particolari ordinamenti di cui all'art. 19, comma 11, per un periodo pari almeno a 5 anni senza essere incorsi nelle misure previste per le ipotesi di responsabilità dirigenziale, nei limiti dei posti disponibili, ovvero nel momento in cui si verifica la prima disponibilità di posto utile, tenuto conto, quale criterio di precedenza ai fini del transito, della data di maturazione del requisito dei 5 anni e, a parità di data di maturazione, della maggiore anzianità nella qualifica dirigenziale".

L'art. 43, in combinato disposto con l'art 40 del decreto di riforma, che limita a tre anni la durata del primo conferimento di un incarico di ufficio dirigenziale generale ad un dirigente appartenente alla seconda fascia, comporta che per passare alla prima fascia, in base a tale meccanismo che valorizza le esperienze realizzate, sarà necessario aver ricevuto almeno due incarichi o essere

8

stati almeno una volta confermati nello stesso incarico dirigenziale generale.

L'ampliamento da 3 a 5 anni del periodo di copertura di un incarico di livello generale previsto dalla Riforma Brunetta comporta una maggiore probabilità che la valutazione dell'operato del dirigente possa essere svolta da una maggioranza diversa rispetto a quella che ha conferito l'incarico. Ciò può garantire sicuramente una ponderazione più oggettiva ed effiace dell'attività del dirigente.

Accanto al passaggio "automatico" delineato dal novellato art. 23, la novità più significativa in tema di accesso alle qualifiche dirigenziali risiede, senza ombra di dubbio, nell'art. 47 del decreto legislativo. Detta norma inserisce nel d.lgs. n. 165/2001 un nuovo articolo: il 28-bis, il quale è diretto a disciplinare l'accesso alla qualifica di dirigente della prima fascia. Testualmente, il precetto citato dispone al primo comma che: "fermo restando quanto previsto dall'articolo 19, comma 4, l'accesso alla qualifica di dirigente di prima fascia nelle amministrazioni statali, anche ad ordinamento autonomo, e negli enti pubblici non economici avviene, per il cinquanta per cento dei posti, calcolati con riferimento a quelli che si rendono disponibili ogni anno per la cessazione dal servizio dei soggetti incaricati, tramite concorso pubblico per titoli ed esami indetto dalle singole amministrazioni, sulla base di criteri generali stabiliti con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, previo parere della Scuola superiore della pubblica amministrazione".

A ciò si aggiunge nel secondo comma della medesima norma che, nei casi in cui "lo svolgimento dei relativi incarichi richieda specifica esperienza e peculiare professionalità" alla copertura di singoli posti e comunque di una quota non superiore alla metà di quelli da mettere a concorso ai sensi del comma 1, si può provvedere, con contratti di diritto privato di durata non superiore a tre anni, attraverso "concorso pubblico aperto ai soggetti in possesso dei requisiti professionali e delle attitudini manageriali corrispondenti al posto di funzione da ricoprire".

Ergo, il legislatore disciplina due ipotesi ben distinte di accesso alla prima fascia: da un lato, l'accesso stabile e duraturo alla prima fascia tramite concorso pubblico per titoli ed esami (comma 1); e, dall'altro, la copertura di singoli posti mediante attribuzione di incarichi di uffici dirigenziali generali con contratti di diritto privato a tempo determinato, nel caso in cui lo svolgimento degli incarichi i cui titolari sono cessati dal servizio nell'anno precedente, richieda specifica esperienza e peculiare professionalità (comma 2).

Risulta negativo l'inserimento surrettizio nel sistema di un "terzo modo" di accesso alla prima fascia, che si sovrappone ad un consistente aumento, sia pure sotto forma particolare, della quota di incarichi assegnabili a soggetti esterni ai ruoli dirigenziali. Previsione normativa, per di più, non semplice da coordinare con quanto disposto sia dall'art. 19, comma 6, sia dal criterio previsto nell'art. 6, comma 2, lettera h) della legge n. 15/2009,

10

secondo il quale il Governo, nell'esercizio della delega in materia dirigenziale, doveva ridefinire "la disciplina relativa al conferimento degli incarichi ai soggetti estranei alla pubblica amministrazione e ai dirigenti non appartenenti ai ruoli, prevedendo comunque la riduzione, rispetto a quanto previsto dalla normativa vigente, delle quote percentuali di dotazione organica entro cui è possibile il conferimento degli incarichi medesimi".

Per quanto riguarda il periodo di formazione presso uffici amministrativi di uno Stato dell'Unione europea o di un organismo comunitario o internazionale di cui al comma 1 dell'art. 28 bis, non risulta rispondente a logica e a razionalità il fatto che tale periodo formativo sia previsto soltanto per i dirigenti vincitori di procedure selettive e non, invece, per gli altri dirigenti di seconda fascia che vengono inseriti automaticamente nella prima fascia in ragione dello svolgimento di incarichi di direzione di uffici dirigenziali generali (senza essere incorsi nelle misure previste per le ipotesi di responsabilità dirigenziale). La ratio di questa disparità di trattamento tra dirigenti potrebbe rinvenirsi nel fatto che i dirigenti di seconda fascia promossi hanno già dimostrato sul campo di essere all'altezza della situazione avendo svolto incarichi di prima fascia. Ergo la formazione per loro potrebbe apparire pleonastica, quando non del tutto inutile.

Tuttavia, com'è stato osservato da attenta dottrina, la soluzione proposta risulta "forzata", potendo essere certamente utilizzata con una certa fondatezza nella fase transitoria, ma destinata a naufragare a regime. Secondo

tale dottrina, "un dirigente di seconda fascia che nel prossimo futuro sarà destinatario per la prima volta di un incarico di prima fascia si troverà nella stessa identica situazione di colui che è inserito nella prima in ragione del superamento di una procedura selettiva. In questo caso, per tentare di salvaguardare la differente disciplina si potrebbe argomentare che il dirigente di seconda fascia ha già svolto incarichi di direzione a differenza del neo-assunto dirigente di prima fascia. Senonchè, con tutta probabilità, come pare confermato dalla bozza di decreto delegato, alla procedura selettiva per l'accesso alla prima fascia potranno partecipare anche dirigenti di seconda fascia". Dirigenti che "se vittoriosi, dovranno seguire un periodo di formazione prima del conferimento dell'incarico dirigenziale generale. Il che comporta una differenza tra dirigenti della stessa fascia che, in sé considerata, pare difficilmente razionale".

1.3 Gli incarichi dirigenziali e la loro durata

Il rapporto di lavoro dirigenziale, come si è già detto, si caratterizza per il susseguirsi dell'attribuzione, al dirigente, durante il corso del suo rapporto di lavoro a tempo indeterminato con la P.A., di incarichi a termine, attraverso cui viene specificato il contenuto concreto dell'attività del dirigente. Una volta inserito nei "ruoli" a seguito della stipula del proprio contratto individuale di

12

lavoro, il dirigente avrà contezza dell'oggetto della propria prestazione lavorativa attraverso il conferimento unilaterale dell'incarico.

La Riforma Brunetta ha mantenuto ferme le tipologie di incarichi contemplati dall'art. 19 del d.lgs. 165/2001: quelli che hanno ad oggetto la direzione di un ufficio dirigenziale ovvero quelli concernenti compiti di altra natura. Questi ultimi sono svolti dai dirigenti ai quali non sia affidata la titolarità di uffici dirigenziali, su richiesta degli organi di vertice delle amministrazioni che ne abbiano interesse, funzioni ispettive, di consulenza, studio e ricerca o altri incarichi specifici previsti dall'ordinamento, ivi compresi quelli presso i collegi di revisione degli enti pubblici in rappresentanza di amministrazioni ministeriali, ex art. 19 comma 10.

Per quanto riguarda gli incarichi di funzioni dirigenziali, possono essere classificati, a loro volta, in tre categorie o livelli, in base all'importanza dell'ufficio. In tal senso, la normativa attuale continua a distinguere tra: a) incarichi di vertice; b) incarichi di uffici dirigenziali generali; c) incarichi di direzione di uffici di livello dirigenziale non generale. I primi, cioè quelli di Segretario generale, di direzione di strutture articolate al loro interno ed altri equivalenti, sono conferiti a dirigenti di prima fascia o a persone in possesso delle specifiche qualità professionali e nelle percentuali previste dal comma 6 dell'art. 19 del d.lgs. 165/2001, con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro competente; i secondi,

vale a dire quelli concernenti la direzione di strutture ministeriali sono conferiti mediante decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro competente, a dirigenti della prima fascia dei ruoli di cui all'articolo 23 del d.lgs. 165/2001 o, in misura non superiore al 70% della relativa dotazione, agli altri dirigenti appartenenti ai medesimi ruoli ovvero, con contratto a tempo determinato, a persone in possesso delle specifiche qualità professionali richieste dal comma 6 dell'art. 19; e per finire, i terzi, i quali riguardano la direzione di strutture minori, sono conferiti dal dirigente dell'ufficio di livello dirigenziale generale ai dirigenti della seconda fascia assegnati al suo ufficio dagli organi di governo. Allo stesso modo, gli incarichi di uffici dirigenziali non generali possono essere conferiti anche a dirigenti di amministrazioni non statali, compresi gli organi costituzionali, nel limite del 50% della dotazione organica dei dirigenti di seconda fascia e ad esperti particolarmente qualificati, esterni o anche interni a ciascuna amministrazione, entro il limite dell'8% della medesima dotazione.

Nei vari interventi legislativi succedutisi fino ad oggi, fatta eccezione per la legge n. 145 del 2002 (che, com'è noto, eliminò il termine di durata minima, poi reintrodotto nel 2005) il legislatore ha previsto sempre un termine di durata minima e massima per gli incarichi dirigenziali. L'adozione dell'istituto dell'incarico a tempo determinato, innestato nel corso del rapporto a tempo indeterminato instaurato con il contratto individuale, consente, da un

14

lato, di preservare la stabilità del rapporto; dall'altra, di conservare in capo all'organo di vertice dell'amministrazione la facoltà di assegnare ad altri le funzioni o gli obiettivi affidati con l'incarico, qualora l'originario titolare non se ne sia dimostrato capace.

E' facilmente intuibile che quello della durata è uno degli aspetti nei quali si manifestano maggiormente i rischi di violazioni del principio di separazione tra politica e amministrazione, e di instabilità della dirigenza. A questo riguardo, il Consiglio di Stato, in sede consultiva, ha osservato che "corrisponde ad un obiettivo di tipo garantistico la predeterminazione della durata degli incarichi di funzione dirigenziale con un limite minimo che, evitando la precarietà di incarichi troppo brevi, consente al dirigente di esercitare il mandato in condizione di imparzialità (artt. 97 e 98 Cost.) per un tempo sufficiente ad esprimere le sue capacità ed a poter essere valutato in relazione all'attività svolta e ai risultati conseguiti".

La riforma Brunetta non poteva non intervenire anche sulla durata degli incarichi dirigenziali. La regola generale è che essa è ricompresa tra i tre e i cinque anni. Tuttavia, nell'art. 19 comma 2, come modificato dall'art. 40, comma 1, lettera c) del d.lgs. 150/2009, si dispone, da un lato, che "la durata dell'incarico può essere inferiore a tre anni se coincide con il conseguimento del limite di età per il collocamento a riposo dell'interessato"; e, dall'altro, che "in caso di primo conferimento ad un dirigente della seconda fascia di incarichi di uffici dirigenziali generali o

di funzioni equiparate, la durata dell'incarico è pari a tre anni". Gli incarichi sono comunque rinnovabili.

Quindi a parte il caso in cui la durata dell'incarico coincida con il conseguimento del limite di età per la pensione, non sono possibili altre deroghe al termine di durata minima. Ciò comporta che se l'amministrazione ha la necessità di coprire un incarico dirigenziale per un periodo inferiore al triennio dovrà assumere un dirigente con contratto a tempo determinato, oppure assegnare ad altro dirigente ad interim l'incarico, qualora la necessità sia circoscritta ad un breve arco temporale. Per quanto riguarda la seconda previsione: "in caso di primo conferimento ad un dirigente della seconda fascia di incarichi di uffici dirigenziali generali o di funzioni equiparate, la durata dell'incarico è pari a tre anni" si rinvia a quanto detto in precedenza senza omettere di sottolineare nuovamente che per passare alla prima fascia sarà necessario aver ricevuto almeno due incarichi o essere stati almeno una volta confermati nello stesso incarico.

16

1.4 Criteri per il conferimento degli incarichi e la procedura di conferimento prevista dalla Riforma Brunetta

Prima della riforma del 2009, l'art. 19 del d.lgs. 165/2001, come modificato dalla legge n. 145/2002, prevedeva che per il conferimento di ciascun incarico dirigenziale si considerassero le attitudini e le capacità professionali del singolo dirigente, valutate anche in considerazione dei risultati conseguiti con riferimento agli obiettivi fissati nella direttiva annuale e negli altri atti di indirizzo del Ministro.

In tale situazione il decreto delegato, attraverso l'art. 40, comma 1, lettera a, ridefinisce i criteri per l'attribuzione degli incarichi: "ai fini del conferimento di ciascun incarico di funzione dirigenziale si tiene conto, in relazione alla natura e alle caratteristiche degli obiettivi prefissati ed alla complessità della struttura interessata, delle attitudini e delle capacità professionali del singolo dirigente, dei risultati conseguiti in precedenza nell'amministrazione di appartenenza e della relativa valutazione, delle specifiche competenze organizzative possedute, nonche' delle esperienze di direzione eventualmente maturate all'estero, presso il settore privato o presso altre amministrazioni pubbliche, purche' attinenti al conferimento dell'incarico. Al conferimento degli incarichi e al passaggio ad incarichi diversi non si applica l'articolo 2103 del codice civile"

Tale norma prevede che: "Il prestatore di lavoro deve

essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione. Nel caso di assegnazione a mansioni superiori il prestatore ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta, e l'assegnazione stessa diviene definitiva, ove la medesima non abbia avuto luogo per sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto, dopo un periodo fissato dai contratti collettivi, e comunque non superiore a tre mesi. Egli non può essere trasferito da una unità produttiva ad un'altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive. Ogni patto contrario è nullo".

Secondo la giurisprudenza prevalente, l'esclusione dell'operatività dell'art. 2103 del codice civile trova giustificazione nel fatto che nel sistema del lavoro c.d. "privatizzato" alle dipendenze di amministrazioni pubbliche, come disegnato dalle norme raccolte nel d.lgs. n. 165 del 2001, "la qualifica dirigenziale non esprime più una posizione lavorativa inserita dell'ambito di una carriera e caratterizzata dallo svolgimento di determinate mansioni, bensì esclusivamente l'idoneità professionale del dipendente, che tale qualifica ha conseguito mediante il contratto di lavoro stipulato all'esito della prevista procedura concorsuale a svolgerle concretamente. Il dirigente, dunque, svolge le funzioni inerenti alla qualifica solo per effetto del conferimento, a termine, di un incarico dirigenziale e, alla scadenza, può essere destinato a

18

qualunque altro incarico, nel rispetto dei procedimenti e criteri dettati da norme o da atti di autolimitazione della discrezionalità". Appare perciò evidente, (secondo la Corte di Cassazione) che, "difettando specifiche mansioni corrispondenti alla qualifica per la quale il dipendente è stato assunto, venendo affidate le mansioni con incarichi a termine, potendo il dirigente, alla scadenza, essere destinato ad altri incarichi, con conseguente mutamento della posizione di lavoro e del livello retributivo, le garanzie di cui all'art. 2103 cod. civ. non risultano compatibili con il descritto assetto legislativo"

Inoltre, nello stesso art. 19, commi 4-bis e 5-ter, si afferma che i criteri di conferimento degli incarichi di funzione dirigenziale di livello generale e non generale tengono conto delle condizioni di pari opportunità. Ciò implica che debbono essere evitate discriminazioni sia in termini quantitativi che qualitativi, in riferimento cioè al numero, alla tipologia degli incarichi e alle connesse implicazioni retributive e di responsabilità.

Insieme alla ridefinizione dei criteri di conferimento degli incarichi, nel richiamare i principi di trasparenza e pubblicità nonché i principi deducibili dalla giurisprudenza costituzionale, il legislatore delegato, mediante l'art. 40, comma 1, lettera b), introduce un nuovo comma 1 bis nell'art. 19 del d.lgs. 165/2001 relativo alla procedura di conferimento. In particolare, detta norma prevede che l'amministrazione, prima del conferimento degli incarichi dirigenziali, renda conoscibili, anche mediante pubblicazione di apposito

avviso sul sito istituzionale, sia il numero, sia la tipologia dei posti di funzione che si rendono disponibili nella dotazione organica, sia i criteri di scelta da seguire nella valutazione delle disponibilità acquisite da parte dei dirigenti. Si tratta di una novità di rilievo rispetto alla normativa precedente, la quale, si limitava a dettare i criteri per il conferimento degli incarichi, omettendo qualsiasi riferimento sul piano procedurale.

La scelta del legislatore di introdurre, ex art. 19, comma 1 bis, significativi elementi di pubblicità nella fase di conferimento degli incarichi, va valutata positivamente poiché incrementa la trasparenza nelle scelte delle amministrazioni. Quanto mai opportuna la valutazione comparativa tra gli aspiranti che si può realizzare a, parere dello scrivente, solo con motivazione congrua e obbligatoria delle scelte dell'amministrazione (di affidarsi ad un soggetto piuttosto che ad un altro).

La stessa Corte di Cassazione ha affermato che l'art. 19, comma 1, d.lgs. 165/2001 obbliga l'amministrazione datrice di lavoro "al rispetto degli indicati criteri di massima e, necessariamente, anche per il tramite delle clausole generali di correttezza e buona fede, procedimentalizza l'esercizio del potere di conferimento degli incarichi (obbligando a valutazioni anche comparative), obbliga a consentire forme adeguate di partecipazione ai processi decisionali e ad esternare le ragioni giustificatrici delle scelte"

.

20

1.5 La revoca degli incarichi dirigenziali

Gli incarichi dirigenziali, secondo quanto disposto nel comma 1 ter dell'art 19, come modificato dall' art. 40, comma 1, lettera b del d.lgs 150/09, possono essere revocati esclusivamente nei casi e con le modalità di cui all'articolo 21, comma 1, secondo periodo: per il mancato raggiungimento degli obiettivi e per inosservanza delle direttive.

L'elemento di grande novità della Riforma Brunetta risiedeva nell' obbligo da parte dell' amministrazione che, in dipendenza di processi di riorganizzazione ovvero alla scadenza, in assenza di una valutazione negativa, non intendesse confermare l'incarico conferito al dirigente, di darne idonea e motivata comunicazione al dirigente stesso con congruo preavviso e prospettandogli i posti disponibili per un nuovo incarico.

Si superava, dunque, per via normativa, il principio per cui alla scadenza del mandato politico e/o del termine naturale di durata contrattuale vi fosse una totale discrezionalità di attribuzione degli incarichi dirigenziali, normalmente motivata da un generico interesse pubblico all'avvicendamento, per introdurre un nuovo obbligo di motivazione dell'atto che evidenziasse le ragioni a sostegno di un mancato rinnovo in caso di valutazione non negativa del dirigente.

Tuttavia, in maniera del tutto incomprensibile, il legislatore ha compiuto un clamoroso dietrofront. Così,

attraverso la c.d. manovra "Tremonti" del 2010, il già citato art. 9, comma 32, del decreto legge n. 78/2010, convertito nella legge n.122/2010, stabilisce che viene abrogato l'art. 19, comma 1 ter, secondo periodo; previsione normativa per l'appunto introdotta pochi mesi prima, come visto, attraverso il decreto Brunetta.

Con l'eliminazione del comma 1 ter –art. 19-, viene del tutto meno la differenziazione del regime della mancata conferma degli incarichi a seconda che alla base di essa ci sia o meno una valutazione negativa. In tal modo "un dirigente che pure abbia ottenuto una valutazione positiva sul suo operato corre il rischio di vedersi attribuire un altro incarico senza alcun preavviso che gli consenta di interloquire con l'amministrazione prima della sua decisione e, se congruo, di verificare eventuali ipotesi di ricollocazione presso la stessa o altre amministrazioni"

L'abrogazione del precetto analizzato deve essere fortemente criticata. In particolare, risulta difficile comprendere come il momento della valutazione possa costituire un elemento centrale della recente riforma Brunetta nel momento in cui gli incarichi dirigenziali potrebbero essere revocati anche se il dirigente ottiene una valutazione positiva sul suo operato. La contraddizione è lampante. Sembra quasi banale affermare che la continuità dell'incarico dovrebbe essere necessariamente vincolata al risultato della valutazione; soluzione che, peraltro, sarebbe coerente con i principi fissati dalla Corte costituzionale (sentenze n. 103 e n. 104 del 2007, vedi L.R.) e pienamente rispettosa del principio di buon

22

andamento della pubblica amministrazione che si espleta nella rispondenza efficace, efficiente e trasparente della sua azione all'interesse che deve curare.

A dire il vero, nell'originario art. 19, comma 1 ter – oggi abrogato- non c'era un riferimento esplicito all'obbligo di confermare il dirigente nell'incarico in caso di mancata valutazione o di valutazione positiva, ma almeno erano presenti previsioni normative che in tal caso imponevano di darne idonea e motivata comunicazione con preavviso congruo, prospettando i posti disponibili per un nuovo incarico. Tale previsione avrebbe permesso di rendere meno arbitrarie il potere di non rinnovare l'incarico scaduto e di fornire la possibilità per una tutela giudiziaria del dirigente. Ora, con la "novella" introdotta dal decreto legge 78/2010, confermata poi senza modifiche dalla legge di conversione n. 122/2010, il potere di non rinnovo dell'incarico scaduto, in assenza di qualunque limite, "può essere usato in maniera distorta e condizionare o annullare del tutto l'autonomia dirigenziale".

Dal resto, va rimarcato che la revoca ante tempus è oggi ammessa non solo nei casi di responsabilità dirigenziale, ma anche per ragioni organizzative. "Il dato letterale, di per sé non chiarissimo, ma che già depone per la possibile revoca anticipata in presenza di ragioni organizzative (la mancata conferma anche in dipendenza dei processi di riorganizzazione), deve essere letto alla luce dei principi che governano l'azione della pubblica amministrazione e che disciplinano il rapporto di lavoro

alle sue dipendenze", di modo che "escludere cha la pubblica amministrazione possa revocare anticipatamente l'incarico in presenza di genuine e legittime esigenze di carattere organizzativo significherebbe far prevalere l'interesse egoistico del singolo rispetto all'interesse dell'intera collettività sotteso alla scelta riorganizzativa" Questa eventualità deriva da una lettura sistematica e costituzionalmente orientata del comma 32 dell'art. 9 del decreto legge n. 78/2010.

Successivamente, la monovra d'urgenza dell'estate 2011 all'art. 1, comma 18, (legge n. 14) ha confermato, apertis verbis, tale possibilità: "Al fine di assicurare la massima funzionalità e flessibilità, in relazione a motivate esigenze organizzative, le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30marzo 2001, n. 165, possono disporre, nei confronti del personale appartenente alla carriera prefettizia ovvero avente qualifica dirigenziale, il passaggio ad altro incarico prima della data di scadenza dell'incarico ricoperto prevista dalla normativa o dal contratto". In tal caso il dipendente conserva, sino alla predetta data, il trattamento economico in godimento a condizione che, ove necessario, sia prevista la compensazione finanziaria, anche a carico del fondo per la retribuzione di posizione e di risultato o di altri fondi analoghi". L'effetto che si produce, in questi casi, è quello di sottoporre perennemente il dirigente al volere dell'organo politico, e di creare così una fidelizzazione forzata della dirigenza che contrasta apertamente con il principio di differenziazione funzionale

24

. La norma ha ad oggetto tutto il personale avente qualifica dirigenziale e colpisce quindi senza distinzione tutti i dirigenti, apicali, di prima e seconda fascia, interni ed esterni all'amministrazione.

Si può a ragion veduta affermare che proprio questi due estemporanei interventi legislativi del 2010 e del 2011, più che il carattere temporalmente definito degli incarichi, rischiano di creare una situazione di "instabilità" dei dirigenti rispetto all'autorità abilitata ad assegnare o sottrarre ad essi la titolarità degli uffici.

Tuttavia, "anche quando la prestazione lavorativa richiede un ampio margine di fiducia, la valutazione circa il venir meno dell'elemento fiduciario va operata non con riguardo al rapporto globalmente e astrattamente considerato, bensì con riguardo agli aspetti concreti afferenti al rapporto, avuto riguardo al grado di affidamento richiesto dalle specifiche funzioni affidate, dal margine di autonomia che esse comportano, nonché alla portata oggettiva dei fatti che hanno inciso sull'affidabilità, affinché sia resa possibile la verifica da parte del giudice della congruità della decisione che pone fine al rapporto, e si ponga un argine oggettivo e razionale all'esercizio del potere di controllo e di indirizzo dell'organo politico".

In ultimo, va segnalata la legge anticorruzione (l. n. 190 del 6 novembre 2012) che ai fini della prevenzione e del contrasto della corruzione, nonché della prevenzione dei conflitti di interessi, delega il Governo ad adottare, entro sei mesi, uno o più decreti legislativi diretti a modificare la disciplina vigente in materia di attribuzione

di incarichi dirigenziali e di incarichi di responsabilità amministrativa di vertice nelle pubbliche amministrazioni da conferire a soggetti interni o esterni alle pubbliche amministrazioni, che comportano funzioni di amministrazione e gestione, nonché a modificare la disciplina vigente in materia di incompatibilità tra i detti incarichi e lo svolgimento di incarichi pubblici elettivi o la titolarità di interessi privati che possano porsi in conflitto con l'esercizio imparziale delle funzioni pubbliche affidate (commi 49 e 50 dell'art. 1).

Il comma 15 e quelli successivi (fino a 40) dettano norme in materia di trasparenza; in particolare, le P.A. devono comunicare al Ministero tutti i dati dei dirigenti individuati in modo discrezionale dall'organo di indirizzo politico, senza espletare procedure pubbliche. Le informazioni verranno inviate alla Autorità nazionale anticorruzione. I requisiti di trasparenza devono essere garantiti sia al momento dei conferimenti degli incarichi discrezionali sia con riguardo agli esiti delle verifiche periodiche sul rispetto dei tempi di conclusione dei procedimenti amministrativi.

Per quanto riguarda la disciplina attuativa di tali disposizioni si rinvia alla L.R .paragrafo 2.6, pag. 57 e ss.

26

1.6 Gli incarichi ai soggetti esterni

Le amministrazioni pubbliche possono conferire gli incarichi dirigenziali, oltre che ai dirigenti dei ruoli di cui all'art. 23 del d.lgs. 165/2001, ad esperti di comprovata qualificazione professionale. La possibilità di affidare incarichi dirigenziali a soggetti esterni, introdotta dal d.lgs. 80/1998, servirebbe, ad un duplice scopo: da una parte, ad arricchire ed integrare le professionalità interne con l'apporto di competenze maturate altrove e, dall'altra permettere di sviluppare dinamiche innovative all'interno dell'amministrazione attraverso la commistione di nuovi apporti culturali.

All'atto pratico, però, le cose sono andate diversamente. Ciò si deve, in parte, al fatto che l'utilizzo di tale strumento è stato finalizzato più che altro a nascondere promozioni di carriera interna e inserimenti fiduciari nelle posizioni di direzione della pubblica amministrazione, piuttosto che destinarlo all'individuazione di professionalità non presenti nell'amministrazione e necessarie ad una corretta ed efficiente gestione per il perseguimento del fine pubblico. Tanto per esser chiari, la disciplina dettata dall'art. 19 comma 6 del d.lgs. 165/2001, è stata sovente applicata "per operazioni di tipo clientelare, volte a conferire incarichi dirigenziali a soggetti ideologicamente vicini al decisore politico o, peggio ancora, allo stesso legati da interessi particolari di varia natura".

Allo scopo di limitare le dannose conseguenze che derivano dall'uso distorto di tale strumento, la riforma Brunetta interviene anche su questo aspetto. A tal proposito, tra i principi e criteri direttivi fissati dalla legge delega n. 15 del 2009, l'art. 6, comma 2, lettera h), richiedeva una ridefinizione dell'intera disciplina, prevedendo comunque la riduzione, rispetto a quanto previsto dalla normativa vigente, delle quote percentuali di dotazione organica entro cui è possibile il conferimento degli incarichi in questione.

Malgrado ciò, il decreto delegato ha disatteso tale indicazione e si è limitato a prevedere solo una riduzione delle percentuali dei posti destinabili a tali incarichi. In particolare, la lettera f), sempre dell'art. 40, comma 1, del decreto attuativo, introduce nell'art. 19 del d.lgs. 165/2001 un nuovo comma 6 bis, nel quale si stabilisce che "fermo restando il contingente complessivo dei dirigenti di prima o seconda fascia, il quoziente derivante dall'applicazione delle percentuali previste dai commi 4, 5-bis e 6, è arrotondato all'unità inferiore, se il primo decimale è inferiore a cinque, o all'unità superiore, se esso è uguale o superiore a cinque".

Si tratta, dunque, di una attuazione parziale del criterio fissato dalla legge delega. Il problema è stato più volte sollevato, invano da Consiglio di Stato e Corte dei Conti: "il consistente aumento di dette percentuali, derivante da interventi legislativi degli scorsi anni che hanno modificato in senso incrementale l'originario testo del decreto legislativo del 2001, ha finito per contraddire il

28

carattere del tutto eccezionale e derogatorio che dovrebbe avere l'attribuzione di incarichi dirigenziali a soggetti non appartenenti ai ruoli dirigenziali, secondo quanto più volte (seppur vanamente) richiamato da pronunce e pareri del Consigli di Stato e della Corte dei Conti"

. Inalterato è rimasto, quindi, il limite del 10 per cento della dotazione organica dei dirigenti appartenenti alla prima fascia e dell' 8 per cento della dotazione organica di quelli appartenenti alla seconda fascia, per il conferimento ad esterni.

Detto ciò, le principali novità apportate dalla riforma del 2009 rispetto alla disciplina vigente sono: in primo luogo l'art. 19, comma 6, terzo periodo, come modificato dall'art. 40, comma 1, lett. e), concernente i soggetti ai quali possono essere conferiti tali incarichi, afferma che essi "sono conferiti, fornendo esplicita motivazione, a persone di particolare e comprovata qualificazione professionale, non rinvenibile nei ruoli dell'amministrazione".

La previsione di un obbligo di motivazione da parte dell'amministrazione, in ossequio ai principi di trasparenza e pubblicità, deve essere salutata con molto favore. L'inadempimento di tale obbligo comporta, da una parte, l'illegittimità del conferimento; e, dall'altra, che l'amministrazione dovrà dimostrare la peculiarità dello specifico incarico da conferire e l'assenza di idonea professionalità tra le figure professionali interne. Secondariamente, per ciò che attiene alle "concrete esperienze di lavoro maturate" dai soggetti ai quali è

conferito l'incarico, d'ora in avanti devono essere almeno quinquennali ex art. 40, comma 1, lettera e).

In terzo luogo, il decreto delegato elimina la norma che prevedeva la cessazione di tali incarichi decorsi novanta giorni dal voto di fiducia al Governo, recependo, così, i principi espressi dalla giurisprudenza costituzionale (in particolare sentenza 107/2007). Da ultimo, è inserito un nuovo comma 6 ter, in base al quale le disposizioni e le percentuali relative agli incarichi conferiti tramite contratto a termine a soggetti esterni si applicano a tutte le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. 165/2001 –art. 40, comma 1, lettera f)-. La finalità perseguita dal legislatore con tale estensione è evitare che "le amministrazioni, con proprio regolamento, prevedano percentuali fino al 100 per cento per i posti da destinare all'esterno, precarizzando in tale modo la dirigenza e legandola allo scadere del vertice politico".

L'estensione dell'applicabilità del comma 6 a tutte le pubbliche amministrazioni, è stata oggetto di un ampio dibattito, sia in dottrina che in giurisprudenza, relativamente alla sopravvivenza delle disposizioni che regolano la materia in settori c. d. "autonomi", in particolare rispetto all'art. 110 del d.lgs. n. 267/2000, il quale disciplina l'assunzione con contratto a tempo determinato di dirigenti e di alte specializzazioni negli enti locali. Secondo parte della dottrina le disposizioni del T.U.E.L. godono di una tutela rinforzata: l'art. 1 del 267/2000 afferma che le leggi della Repubblica "non possono introdurre deroghe al testo unico se non mediante

30

espressa modificazione delle sue disposizioni". Tale modifica espressa, effettivamente, non è avvenuta.

A questo proposito, la Corte dei Conti, con il parere 17 marzo 2010, n. 308, ritiene che "in virtù dell'autonomia organizzativa costituzionalmente riconosciuta agli Enti Locali e nell'attuale assenza di un intervento legislativo espresso sul punto, è da ritenere che le disposizioni di cui all'art. 10 TUEL in materia di conferimento di incarichi siano vigenti anche dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 150/2009, che ha recato una significativa riforma delle modalità e dei limiti di conferimento di incarichi dirigenziali a contratto a tempo determinato nelle amministrazioni pubbliche. La normativa in questione è espressamente dichiarata applicabile agli incarichi dirigenziali o di alta specializzazione, restando esclusi i funzionari di categoria D che non rivestano quest'ultima qualificazione".

In ogni caso, si tratta di una questione assai problematica e si ritiene opportuno un intervento del legislatore allo scopo di chiarire i limiti di applicabilità della novella in questione alle autonomie locali, evitando così dubbi, incertezze e perplessità che poi danno origine a posizioni applicative sbagliate, con conseguente ulteriore sperpero di denaro pubblico.

CAPITOLO II

Da valutatori a valutati. La valutazione dei dirigenti pubblici.

2.1 L'importanza della valutazione.

La costruzione di un nuovo sistema di valutazione dei dipendenti pubblici per la promozione della meritocrazia all'interno delle pubbliche amministrazioni, è considerato il nucleo fondante della riforma organica del lavoro nelle pubbliche amministrazioni, avviata dal Ministro Brunetta con legge delega n. 15/2009. La forte accentuazione della selettività nell'attribuzione degli incentivi economici e di carriera, è volta a premiare i capaci ed i meritevoli, incoraggiarne l'impegno sul lavoro e a scoraggiare comportamenti di segno opposto. La riforma Brunetta vuole affermare pienamente quella cultura della valutazione "reale" la cui carenza ha sempre frenato ogni possibilità di produrre un effettivo miglioramento dei servizi delle pubbliche amministrazioni. A ben guardare, in tutti i paesi OCSE la valutazione delle risorse umane e della organizzazione interna alle amministrazioni ha assunto un ruolo fondamentale.

In Italia, il tema della valutazione del personale è stato

32

introdotto a partire dagli anni ottanta. Infatti, si è cominciato a parlare di valutazione con il Dpr 347/1983, anche se è solo con il d. lgs. 29/1993 che esso assume piena autonomia. Tuttavia, bisogna ricordare che la valutazione svolse in quegli anni essenzialmente un ruolo di controllo e non di incentivo al miglioramento delle amministrazioni pubbliche.

Il termine valutazione ha un significato esteso e multiforme, che muta a seconda dei contesti e delle situazioni: questo provoca a volte difficoltà di comunicazione e di comprensione reciproca tra gli stessi addetti ai lavori. Talvolta valutazione evoca meritocrazia: valutare serve ad allocare le risorse e le opportunità esistenti ai migliori, quindi a coloro che meritano di più. In altri casi valutazione evoca controllo: valutare significa tenere sotto osservazione ciò che si fa per individuare scostamenti da ciò che si dovrebbe fare. In altri ambiti valutazione evoca responsabilità: valutare diventa uno strumento per rendere conto di ciò si è realizzato con le risorse assegnate. E ancora, valutazione evoca analisi critica del modo con cui si è realizzato qualcosa: valutare in questo caso serve per apprendere dagli errori per non ripeterli e "fare meglio in futuro". Infine, valutazione spesso evoca la misurazione degli effetti prodotti da un intervento: valutare per capire se ciò che si è fatto è stato in grado di produrre gli effetti sperati.

In ogni caso, la valutazione è uno strumento per comprendere il percorso che svolge la pubblica amministrazione nel suo quotidiano operare. Il concetto di

valutazione si lega anche a quello di non facile traduzione italiana di accountability, principio cardine della governance democratica. Esso si riferisce a chi avendo operato delle scelte possa (e debba per certi versi) essere premiato oppure sanzionato; uno dei momenti più importanti di accountability può rinvenirsi ad esempio nelle elezioni politiche. La valutazione facilita l'esercizio di accountability in quanto la raccolta di informazioni permette di esprimere un giudizio su come sono svolte delle funzioni o dei servizi per poter successivamente premiare o sanzionare le relative azioni pubbliche.

2.2. La valutazione nella Riforma Brunetta

Il Decreto Legislativo 150/2009, attuativo della Legge delega 15/09, introduce un sistema complesso volto a misurare il livello della prestazione lavorativa resa, al fine di garantire la selettività nelle progressioni economiche e a riconoscere meriti e demeriti dei dipendenti pubblici. Si prevede l'attivazione di un ciclo generale di gestione della performance, così da consentire alle amministrazioni di organizzare il proprio lavoro in un'ottica di miglioramento del servizio, all'interno di un quadro di azione che dovrebbe realizzare il passaggio dalla cultura dei mezzi (input) a quella del risultato (output ed outcome).

34

Il sistema introdotto è imperniato sulla valutazione della performance: esso consiste nella previa fissazione di taluni obiettivi, tanto per le strutture quanto per i dipendenti (tra cui ovviamente anche i dirigenti), ed in un controllo successivo affidato agli organi preposti, attraverso cui si possano attribuire trattamenti economici accessori e strumenti premianti solo a fronte del raggiungimento degli obiettivi precedentemente fissati.

Il termine performance può essere tradotto come "rendimento": la realizzazione di un dato obiettivo attraverso un certo livello di diligenza nell'adempimento della prestazione lavorativa che occorre al dipendente per ottenere le progressioni economiche e di carriera. Tant'è che, qualora il dipendente non assicuri una determinata performance, pone a rischio l'avanzamento di carriera, il trattamento economico accessorio, potendosi addirittura configurare il licenziamento per "insufficiente rendimento" (art. 55 quater, comma 2°, D. Lgs. 165/2001) quando vi sia una reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione stessa.

Nel ciclo della performance, fondamentali sono gli obiettivi prefissati. Di questi si occupa l'art. 5 del D. Lgs. 150/09 che stabilisce che sono programmati dagli organi di indirizzo politico, sentiti i vertici dell'amministrazione. In tal modo ruoli e competenze si delineano: la determinazione degli obiettivi spetta all'organo politico mentre il dirigente ha solo il diritto di essere consultato; la posizione primaria dell'organo di indirizzo (politico) è peraltro confermata dall'art. 6 dello stesso decreto, il quale

gli attribuisce la competenza di verificare l'andamento della performance annuale, nonché di apportare eventuali correttivi agli obiettivi prefissati, con il supporto dei dirigenti.

Gli obiettivi sono inoltre calibrati sulle necessità del cittadino-utente. Ciò peraltro costituisce uno dei punti fondamentali della Riforma Brunetta che caldeggia fortemente l'impiego dei giudizi dell'utenza in relazione al servizio prestato, ossia la c.d. customer satisfaction, sia nella fase di individuazione degli obiettivi, sia al momento della valutazione del raggiungimento degli scopi. In tal modo la valutazione del pubblico dovrebbe essere utilizzata quale criterio e strumento di miglioramento della performance.

La norma (art. 5 lettera comma 2 lettera g. D.lgs 150/09) procede aggiungendo che "gli obiettivi devono essere correlati alla quantità e qualità delle risorse disponibili". Il raggiungimento degli obiettivi è altresì condizione necessaria al fine dell'erogazione degli incentivi retributivi fissati dalla contrattazione collettiva decentrata: con tale disposizione il legislatore mira a frenare il fenomeno del cd. sistema retributivo a pioggia, ossia l'assegnazione di incentivi economici premianti a prescindere dalla valutazione del merito e della professionalità del dipendente.

Il sistema innovativo della performance necessita, per il proprio funzionamento, della stesura, da parte dell'amministrazione di due documenti: un piano delle performance, che va elaborato entro il 31 gennaio di ogni

36

anno, il quale stabilisce i parametri su cui valutare e misurare performance individuali e dell'intero ufficio; ed una relazione sulla performance, che va pubblicata entro il 30 giugno di ciascun anno, e rappresenta il consuntivo sugli obiettivi raggiunti, indicando l'eventuale scarto tra quelli prefissati e quelli sostanzialmente perseguiti.

L'adozione del piano della performance è compito del dirigente, il quale è sanzionato nell'ipotesi in cui egli stesso abbia concorso alla mancata adozione del piano della performance predetto. Nell'intento del legislatore, onde sfociare nella valutazione discrezionale o arbitraria della performance, il meccanismo anzidetto va necessariamente accompagnato al criterio di trasparenza.

E a tal proposito, l'art. 10 c. 2 del D. Lgs. 150/2009 prevede che ogni amministrazione adotti il Programma triennale per la trasparenza e l'integrità. Attraverso tale documento la legge mira a garantire l'accesso integrale da parte dei cittadini dei dati rilevanti sulla gestione dei dipendenti e di coloro che rivestono incarichi dirigenziali e/o politici.

2.3 Dirigenti come valutatori

Nel nuovo quadro delineato dal decreto Brunetta, il ruolo di "valutatore" nell'ambito del ciclo di gestione della performance viene attribuito, tra gli altri, alla dirigenza pubblica. Così emerge chiaramente dall'art. 7,

comma 2, lettera c), d.lgs. n. 150/2009, secondo il quale la funzione di misurazione e valutazione delle performance `viene svolta "dai dirigenti di ciascuna amministrazione"; nonché dall'art. 12, comma 1, lettera d), della suddetta norma, il quale individua tra i soggetti che intervengono nel processo di misurazione e valutazione della performance organizzativa e individuale delle amministrazioni pubbliche "i dirigenti di ciascuna amministrazione". Nello specifico, l'art. 39 d.lgs. n. 150/2009, prevede, infatti, che i dirigenti "effettuino la valutazione del personale assegnato ai propri uffici, nel rispetto del principio del merito, ai fini della progressione economica e tra le aree, nonchè della corresponsione di indennità e premi incentivanti".

In buona sostanza, il dirigente è chiamato a valutare la performance individuale del personale sulla base del sistema di cui all'art. 7, d.lgs. n. 150/2009 collegandola: a) al raggiungimento di specifici obiettivi di gruppo o individuali; b) alla qualità del contributo assicurato alla performance dell'unità organizzativa di appartenenza, alle competenze dimostrate ed ai comportamenti professionali e organizzativi –art. 9, comma 2, d.lgs. n. 150/2009-.

Tuttavia, per poter valutare correttamente bisogna previamente pianificare, vale a dire individuare ed assegnare gli obiettivi. Nell'impianto ante d.lgs. n. 150/09, il momento dell'assegnazione degli obiettivi da parte del dirigente al personale era individuato dai contratti Integrativi. La nuova normativa, invece, non si esprime sull'assegnazione, ad opera del dirigente, degli obiettivi al

38

personale e pone l'accento, invece, sulla fase valutativa.

Come visto in precedenza, l'unico spazio che il legislatore pare riconoscere ai dirigenti è quello ravvisabile nell'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 150/2009, secondo il quale "gli obiettivi sono programmati su base triennale e definiti, 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". Ergo, può affermarsi che nella determinazione degli obiettivi, il legislatore attribuisce una posizione di primo piano all'organo politico mentre il dirigente mantiene una posizione secondaria in quanto ha solamente il diritto di essere consultato.

Inoltre, per poter valutare al meglio occorre un effettivo grado di autonomia. Sull'autonomia il discorso diventa complicato poichè la questione principale risiede nel misterioso rapporto tra la valutazione dei dipendenti ad opera del dirigente e quella dell'Organismo indipendente di valutazione. In particolare, attenta dottrina evidenzia un problema di coordinamento dell'art. 9, comma 2 e dell'art. 17, comma 1, lettera e) bis d.lgs. n. 150/2009, (che attribuiscono ai dirigenti il compito 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, nonchè della corresponsione di indennità e premi incentivanti), con gli artt. 14 e 19, d.lgs. n. 150/2009

.

Ad esempio, laddove si afferma che l'Organismo indipendente di valutazione "garantisce la correttezza dei processi di misurazione e valutazione, nonchè dell'utilizzo dei premi di cui al Titolo III" –lettera d)-. Oppure ancora quando si prevede che tale Organismo, sulla base delle risultanze del sistema di valutazione "compila una graduatoria delle valutazioni individuali del personale dirigenziale, distinto per livello generale e non, e del personale non dirigenziale". In particolare, secondo quanto previsto dall'art. 19, comma 2, d.lgs. 150/2009, il personale verrà distribuito in differenti livelli di performance in modo che: a) il venticinque per cento è collocato nella fascia di merito alta, alla quale corrisponde l'attribuzione del cinquanta per cento delle risorse destinate al trattamento accessorio collegato alla performance individuale; b) il cinquanta per cento è collocato nella fascia di merito intermedia, alla quale corrisponde l'attribuzione del cinquanta per cento delle risorse destinate al trattamento accessorio collegato alla performance individuale; c) il restante venticinque per cento è collocato nella fascia di merito bassa, alla quale non corrisponde l'attribuzione di alcun trattamento accessorio collegato alla performance individuale

Proprio a causa di tale groviglio normativo risulta assai difficile definire con certezza quale sarà il ruolo del dirigente nella valutazione del personale rispetto alle competenze assunte dall'Organismo indipendente di valutazione. Come è stato attentamente rilevato, tale sovrapposizione dei controlli può produrre due rischi, tra

40

loro collegati: il primo è che "i dirigenti si vedano espropriati di alcune loro fondamentali competenze in tema di gestione ed incentivazione del personale"; il secondo è che "gli Organismi indipendenti di valutazione possano costituire un ulteriore canale di intromissione degli organi di governo nella gestione amministrativa".

In ogni caso, il fatto che la riforma attribuisca all'Organismo indipendente di valutazione la funzione di compilare la graduatoria di personale e dirigenza –ex art. 19 d.lgs. 150/2009- sta a significare che il suo ruolo sarebbe quello di monitorare e attestare il corretto funzionamento del processo di valutazione compiuto dai dirigenti e non già di sovrapporsi o peggio ancora sostituirsi a quella che resta una tipica prerogativa dirigenziale.

Infine, per quanto attiene alle conseguenze in caso di omissione della valutazione, il dirigente è senz'altro responsabilizzato in ordine alla effettiva "implementazione" della cultura del merito. E' da rimarcare, infatti che al riconoscimento in capo ai dirigenti del potere di valutare il personale assegnato ai propri uffici, nonché la conseguente erogazione di incentivi e premi, fa poi riscontro la previsione di una nuova ipotesi di responsabilità per culpa in vigilando. In particolare, l'art. 21, comma 1 bis, del d.lgs. n. 165/2001 stabilisce che, al di fuori dei casi di cui al comma 1 (responsabilità dirigenziale), "al dirigente nei confronti del quale sia stata accertata, previa contestazione e nel rispetto del principio del contraddittorio secondo le procedure previste dalla

legge e dai contratti collettivi nazionali, 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 di cui all'articolo 13 del decreto legislativo di attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni, la retribuzione di risultato è decurtata, sentito il Comitato dei garanti, in relazione alla gravità della violazione di una quota fino all'ottanta per cento".

2.4 Dirigenti come valutati: la normativa ante Brunetta.

Come emerge chiaramente dalla trattazione, il dirigente è ad un tempo valutatore e valutato. Il sistema di valutazione della dirigenza pubblica prima della Riforma Brunetta era disciplinato dall'art. 5, d.lgs. n. 286/99 dal titolo "Valutazione del personale con incarico dirigenziale". La normativa individuava criteri e principi a cui le Amministrazioni dovevano attenersi. In particolare, con riferimento ai criteri della valutazione del personale con incarico dirigenziale venne predisposta una valutazione di tipo misto che prendeva in considerazione

42

la capacità manageriale del dirigente ed i risultati ottenuti. Tali criteri, oggetto di concertazione (secondo l' art. 7, comma 1, lett. a, CCNL area I dirigenza 1998 – 2001) e di informazione preventiva (ex art. 6, comma 4, lett. a, CCNL area I, 1998 – 2001), miravano, da un lato, a verificare la capacità gestionale, organizzativa, di relazione e motivazionale del manager pubblico, e dall'altro, a verificare il grado di raggiungimento degli obiettivi affidati al dirigente nell'ambito della programmazione che sarebbero poi confluiti nel contratto individuale. Oltre a tali criteri, l'art. 5, d.lgs. n. 286/99 individuava una serie di principi relativi alla valutazione del personale con incarico dirigenziale, ossia: principio di trasparenza e responsabilizzazione; principio di partecipazione del valutato; principio del doppio grado di valutazione; principio di periodicità annuale della valutazione. In particolare, con il principio di trasparenza e responsabilizzazione si era inteso evidenziare la correlazione tra fase di programmazione e la fase di controllo-valutazione.

Per fare questo, l' art. 14, comma 1, d.lgs. n. 165/01 regolamentava gli obiettivi tra Ministro e dirigenti generali e l'art. 17, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 165/01 regolava quelli tra dirigenti generali e dirigenti. Tali obiettivi dovevano essere chiari, misurabili, e con una precisa scadenza temporale. Gli obiettivi rientranti nella competenza del dirigente venivano distinti in: a) obiettivi assegnati dal Ministro nella direttiva annuale; b) obiettivi individuati nel contratto individuale (tra cui obiettivi

derivanti dall'attività ordinaria che il dirigente è tenuto a svolgere quale responsabile della struttura organizzativa); c) obiettivi derivanti da eventuali progetti straordinari.

Tale distinzione era indispensabile per promuovere l'autonomia e la responsabilità della dirigenza: quanto più è chiaro l'obiettivo richiesto al dirigente e su cui lo stesso sarà valutato, minore sarà la discrezionalità-arbitrio della politica. Per questo, quando l'obiettivo, per la sua complessità o per la sua trasversalità, coinvolgeva più dirigenti era necessario delimitare bene il perimetro d'azione, onde evitare sconfinamenti in altri settori. Al fine di garantire la trasparenza anche in relazione ai criteri di valutazione, la contrattazione collettiva, (CCNL 1998 – 2001 del personale dirigente Area I), aveva previsto che i criteri della valutazione fossero oggetto di concertazione (art. 7, comma 1, lett. a). Inoltre in base alla disciplina della verifica e valutazione dei risultati dei dirigenti ed ai principi di trasparenza e pubblicità (ex art. 35, CCNL 1998-01 Area I) i criteri di valutazione avrebbero dovuto essere comunicati ai dirigenti all'inizio di ciascun periodo di valutazione.

Il principio di partecipazione del valutato veniva declinato in fase attuativa dalle varie amministrazioni (spesso attraverso un colloquio), con l'ausilio delle schede preposte per la valutazione tra valutato e valutatore, in cui si sarebbe dovuta discutere la globalità dei risultati ottenuti e individuare quali ostacoli e quali fattori esterni o interni fossero stati idonei a precludere il totale o parziale mancato raggiungimento dei risultati.

44

Con il principio del doppio grado di valutazione, si era inteso promuovere una valutazione che tenesse conto principalmente della diretta conoscenza dell'attività del valutato da parte del valutatore, con una verifica della valutazione effettuata in seconda istanza. Il sistema di valutazione si articolava dunque su diversi livelli in base ai soggetti destinatari della valutazione. Sicché i dirigenti venivano valutati, in prima istanza, dal responsabile dell'ufficio dirigenziale generale interessato; i dirigenti preposti ad uffici di livello dirigenziale generale dal capo del dipartimento o altro dirigente generale sovraordinato, ed i dirigenti preposti ai centri di responsabilità delle rispettive amministrazioni, ed ai quali si riferisce l'art. 14, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 165/01, dal Ministro, sulla base degli elementi forniti dall'organo di valutazione e controllo strategico.

Nell'iter seguito dal sistema di valutazione si innestava "l'approvazione o la verifica della valutazione da parte dell'organo competente o valutatore di seconda istanza"(ex art. 5, comma 2, d.lgs. n. 286/99), ossia l'organo-nucleo di valutazione.

Il principio di periodicità annuale della valutazione intendeva innestare, nel rapporto tra pianificazione e controllo, il ciclo di valutazione con cadenza annuale (ex art. 5, comma 2, d.lgs. n. 286/99), con una necessaria corrispondenza temporale anche degli obiettivi da raggiungere, sicché, nel caso in cui il dirigente avesse dovuto portare a termine un programma pluriennale, avrebbe dovuto essere previsto un frazionamento annuale

degli obiettivi corrispondenti ai vari stadi di avanzamento dell'attività.

Sebbene non siano mancate ipotesi di verifica infrannuale con la finalità di individuare eventuali scostamenti (che avrebbero potuto essere visibili già al dirigente stesso attraverso un corretto funzionamento ed utilizzo del controllo di gestione), la disposizione legislativa, all'art. 5, comma 4, d.lgs. n. 286/99, prevedeva come ipotesi eccezionale la conclusione anticipata del momento valutativo relativamente al "rischio grave di risultato negativo" e nella versione ante l. n. 145/02 "nei casi previsti dall'art. 21, comma 2, d.lgs. n. 29/93". Infatti lo stesso art. 35, comma 9, CCNL 1998 – 2001, Area I prevedeva: "La valutazione può essere anticipata, anche ad iniziativa del dirigente interessato, nel caso di evidente rischio grave di risultato negativo della gestione che si verifichi prima della scadenza annuale".

Tuttavia, tale sistema di valutazione si è rivelato inefficace ed inutile. Nella maggior parte dei casi si è trattato di applicazioni formali della normativa, con valutazioni spesso ampiamente positive in maniera generalizzata, e conseguenze prive di effetti concreti e diretti sulla carriera del valutato e sulla diversificazione delle dinamiche retributive.

Sicché, sul versante più importante, quello retributivo, tale prassi ha consentito l'ottenimento della retribuzione di risultato in maniera diffusa e sostanzialmente a pioggia. Come se non bastasse, sul versante legato al conferimento dei successivi incarichi, vi è stata una generalizzata

46

valutazione positiva che ha compromesso di fatto la possibilità di conoscere l'effettiva capacità manageriale di ciascun dirigente, impedendo una eventuale comparazione tra più aspiranti ad un incarico.

Infine, per quanto riguarda le conseguenze in tema di responsabilità, le revoche erano per lo più legate al gradimento politico e non alla (mancata) professionalità del dirigente (interventi in alcuni casi già censurati dalla Corte Costituzionale: sentenza n. 103/07 e sentenza n. 161/08, esaminate nella L.R).

2.5 Dirigenti come valutati: la Riforma Brunetta

Il pregiudizio di fondo, purtroppo confermato dai fatti, da cui muove la riforma Brunetta, era quello che di una Pa che non sa pianificare, o meglio, che riesce a far bene la pianificazione finanziaria, ma affronta con insufficiente competenza la fase di budgeting e di pianificazione strategica dei risultati attesi dalla propria azione. Come si è visto appena sopra, il d.lgs. 286/99 aveva identificato nella fase della determinazione degli obiettivi un momento essenziale del processo di pianificazione e controllo, prevedendo un meccanismo a cascata di individuazione degli stessi, e di traduzione di questi in azioni e programmi di lavoro. Tuttavia, proprio questa fase ha rivelato, fin dall'inizio, la criticità del radicamento di una

cultura del controllo nelle Pa, finendo per diventare poco più che un adempimento burocratico fra i tanti. Sovente, la confusione fra compiti ed obiettivi rendeva, di fatto, impraticabile ogni tentativo di pianificazione strategica ed operativa nelle strutture, risultando impossibile distinguere fra indirizzi politico strategici ed obiettivi di valenza macro, e micro organizzativa.

Il d.lgs. 150/09, all'art. 30, abroga totalmente l'art. 5, d.lgs. n. 286/99 recante "Valutazione del personale con incarico dirigenziale". Tuttavia, scorrendo l'indice del c.d. decreto Brunetta non appare una sezione espressamente dedicata alla valutazione della dirigenza pubblica in sostituzione dell'abrogato articolo 5 cit. Una assenza che sembra poter emergere anche nell'ambito dell'art. 1, d.lgs. n. 150/09, dedicato ai principi generali, che con riferimento alla tematica della valutazione si riferisce espressamente "alla valutazione delle strutture e del personale delle amministrazioni pubbliche".

Le disposizioni dedicate alla valutazione della dirigenza nell'ambito del decreto c.d. Brunetta emergono però attraverso un lavoro di ricostruzione delle norme contenute soprattutto nel Titolo II "Misurazione, valutazione e trasparenza della performance" e nel Titolo III "Merito e premi".

In primis, il decreto legislativo del 2009 individua nell'art. 9, comma 1, i parametri per la misurazione e la valutazione della performance individuale dei dirigenti e del personale responsabile di una unità organizzativa in posizione di autonomia e responsabilità, collegandola: a)

48

agli indicatori di performance relativi all'ambito organizzativo di diretta responsabilità; b) al raggiungimento di specifici obiettivi individuali; c) alla qualità del contributo assicurato alla performance generale della struttura, alle competenze professionali e manageriali dimostrate; d) alla capacità di valutazione dei propri collaboratori, dimostrata tramite una significativa differenziazione dei giudizi.

In secondo luogo, nel sistema delineato dalla riforma risulta fondamentale l'adozione di due documenti da parte dell'amministrazione, entrambi previsti all'art. 10 del decreto legislativo. Si tratta, come visto in precedenza, da un lato, del "Piano della performance", che va redatto entro il 31 gennaio di ciascun anno e nel quale vengono individuati, tra l'altro, "gli obiettivi assegnati al personale dirigenziale ed i relativi indicatori" (lettera a); e dall'altro, "la Relazione sulla performance", che deve essere predisposta entro il 30 giugno di ciascun anno ed ha il fine di evidenziare, con riferimento all'anno precedente, "i risultati organizzativi e individuali raggiunti rispetto ai singoli obiettivi programmati ed alle risorse con rilevazione degli eventuali scostamenti, e il bilancio di genere realizzato" (lettera b). In tal senso, da sottolineare che l'art. 15 del d.lgs. 150/2009 attribuisce all'organo di indirizzo politico la competenza per la definizione di entrambi documenti.

Le conseguenze connesse alla mancata adozione del Piano della performance, come analizzato in precedenza, si sostanziano nel 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; e nell'impossibilità di procedere ad assunzioni di personale o al conferimento di incarichi di consulenza o di collaborazione comunque denominati. In ogni caso, dato che nella determinazione degli obiettivi il dirigente svolge un ruolo secondario, di mera collaborazione, dottrina emergente ritiene che nel caso in cui il dirigente non adotti il piano della performance per una negligenza dell'organo politico che non ha fissato gli obiettivi, se lo stesso viene sanzionato, potrà dimostrare che la mancata adozione del Piano non dipende da una sua condotta colposa, ma dall'inerzia dell'organo politico, andando così esente da responsabilità.

Un ulteriore ambito di intervento del d.lgs. 150/2009 in tema di valutazione concerne l'istituzione, in ogni amministrazione, dell'Organismo indipendente di valutazione (art. 14). Tale Organismo sostituisce i servizi di controllo interno di cui al d.lgs. n. 286 del 1999 ed esercita le attività di controllo strategico di cui all'articolo 6, comma 1, del citato decreto legislativo. Gli O.I.V. compilano, sulla base dei livelli di performance attribuiti ai valutati, una graduatoria delle valutazioni individuali del personale dirigenziale, distinto per livelli (generale e non).

Fra le questioni interpretative più delicate e, a loro volta, maggiormente criticabili della nuova regolazione, vi sono quelle relative al "come" debbano essere valutati i dirigenti e soprattutto, "chi", debba valutare i managers

50

pubblici. Sul primo punto, la normativa precedente prevedeva una serie di garanzie procedurali dirette ad assicurare la trasparenza e l'obiettività del processo valutativo. In proposito, si stabiliva che "il procedimento per la valutazione è ispirato ai principi della diretta conoscenza dell'attività del valutato da parte dell'organo proponente o valutatore di prima istanza, della approvazione o verifica della valutazione da parte dell'organo competente o valutatore di seconda istanza, della partecipazione al procedimento del valutato" (art. 5, comma 2, del d.lgs. 286/1999). L'attuale testo normativo non dice nulla su questi aspetti, sebbene si tratti di un elemento fondamentale per garantire un' adeguata tutela del dirigente pubblico che incide, inoltre, direttamente sul rapporto tra politica ed amministrazione. Tant'è vero che la Corte costituzionale, nella richiamata sentenza n. 103 del 2007, afferma espressamente che "la valutazione della idoneità professionale del dirigente deve essere affidata a criteri e procedure di carattere oggettivo, ispirate ai principi della pubblicità e del contraddittorio, solo a conclusione delle quali è possibile esercitare il recesso/la revoca".

Maggior rilievo presenta il problema della titolarità della funzione valutativa della prestazione dirigenziale. Nel quadro normativo precedente, il d.lgs. n. 286/1999 prospettava un modello piramidale, nel senso che il singolo dirigente era investito del compito di valutare i suoi sottoposti e, allo stesso tempo, esposto alla valutazione dei suoi superiori. In ordine a tale questione, il

legislatore del 2009 attribuisce all'Organismo indipendente di valutazione la competenza relativa alla "valutazione annuale dei dirigenti di vertice e l'attribuzione ad essi dei premi di cui al Titolo III" –art. 14, comma 4, lettera e)-, mentre nulla dice riguardo al soggetto competente a valutare la restante dirigenza, quella di base.

L'unica previsione normativa a questo riguardo, era contenuta nella legge delega 15/2009 –art. 4, comma 2, lettera g)-, viene riferita alla valutazione dei dirigenti degli enti locali. In proposito, la norma prevede che "i sindaci e i presidenti delle province nominino i componenti dei nuclei di valutazione cui è affidato il compito di effettuare la valutazione dei dirigenti secondo i criteri e le metodologie stabiliti dall'organismo di cui alla lettera f), e che provvedano a confermare o revocare gli incarichi dirigenziali conformemente all'esito della valutazione". Previsione, questa, che è stata poi confermata dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità (Civit), attraverso la delibera n. 121/2010. In base a tale delibera, il Comune è libero di decidere se costituire l'Organismo indipendente di valutazione previsto nel decreto delegato, oppure di mantenere il proprio nucleo di valutazione.

Nonostante ciò, il problema di chi debba valutare l'operato della dirigenza sussiste per le altre amministrazioni. Per uscire da tale impasse, la dottrina più avveduta fornisce tre possibili soluzioni interpretative: la prima, più coerente con il dato normativo letterale e con il

52

principio di sostanziale terzietà del soggetto valutatore, sarebbe quella di mantenere gli attuali assetti di competenza in capo ai nuclei di valutazione, tenendo conto, naturalmente, del mutato contesto regolativo; la seconda, secondo la quale la valutazione della dirigenza verrebbe operata dalla dirigenza di vertice dell'ente, con la reintroduzione di un rapporto di dipendenza gerarchica tra dirigenti; ed infine, la terza, quella di estendere la competenza degli Organismi indipendenti della valutazione.

La seconda opzione interpretativa sembra essere avallata dalla delibera n. 104/2010 della Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità, laddove stabilisce che "i dirigenti di livello generale provvedono alla misurazione e valutazione della performance individuale dei dirigenti di livello non generale e del personale responsabile di una unità organizzativa in posizione di autonomia e responsabilità. I dirigenti di livello non generale provvedono alla misurazione e valutazione della performance individuale 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".

Considerando l'assoluta centralità e delicatezza del punto, risulta davvero sorprendente il silenzio mantenuto dal legislatore. In tal senso, la scelta di non regolare questo punto è senz'altro da condannare. Sarebbe stata opportuna, anzi doverosa, l'introduzione di una espressa

previsione del legislatore della riforma riguardo all' individuazione del soggetto deputato alla valutazione della dirigenza non di vertice, invece di lasciare nelle mani dell'interprete della norma un profilo così delicato.

In ultimo, per concludere l'analisi della valutazione della prestazione dirigenziale, va evidenziato che, riguardo a quali siano le conseguenze applicabili qualora la valutazione non venga effettuata, nulla è disposto dal decreto Brunetta, se non in materia di attribuzione della retribuzione di risultato, con la previsione di una sanzione per i dirigenti, senza che nulla sia disposto a carico degli enti inadempienti. Ancora una volta, il legislatore non si mostra coerente con il ruolo centrale che, in linea di principio, è stato attribuito al sistema della valutazione della dirigenza.

Nel capitolo successivo affronteremo il tema delle responsabilità del dirigente per poi chiudere con l'analisi (controversa) di un caso concreto di applicazione del meccanismo delle spoglie.

54

CAPITOLO III

RESPONSABILITA' E TRATTAMENTO ECONOMICO DEL DIRIGENTE PUBBLICO

Premessa

Come ogni dipendente pubblico, il dirigente può incorrere in diverse forme di responsabilità nell'esercizio della sua attività: penale, quando si tratta di fatti previsti dalla legge come reato; civile, nel caso in cui vengono arrecati danni ad altri soggetti, interni o esterni all'amministrazione, o alla stessa amministrazione; amministrativo-contabile che si configura qualora il dirigente pubblico provochi un danno erariale alla propria amministrazione o ad altro ente pubblico; e infine, disciplinare, in caso di non osservanza da parte del dirigente delle regole giuridiche preposte allo svolgimento dell'attività di sua competenza. A ciò, va aggiunta una forma di responsabilità specifica per i dirigenti pubblici, vale a dire la cosiddetta responsabilità dirigenziale. Quest'ultima, come si vedrà in dettaglio, rappresenta una forma di responsabilità diversa dalle altre tipologie, ed è conseguenza diretta della separazione di compiti e ruoli tra il vertice politico e quello amministrativo.

Tralasciando le due prime forme di responsabilità: la responsabilità penale e quella civile, ci si concentrerà sull'analisi delle altre tipologie, sottolineando in particolar modo le novità introdotte dalla Riforma Brunetta in

materia di responsabilità dirigenziale e disciplinare e, successivamente, si esporranno le novità introdotte dalle recenti manovre anticrisi.

3.1 La responsabilità per danno erariale nella Riforma Brunetta

Come accennato sopra, oltre alla responsabilità dirigenziale e disciplinare di cui si parlerà più diffusamente avanti, il dirigente pubblico può incorrere in responsabilità amministrativo-contabile se arreca un danno erariale all'amministrazione. Comunemente, per danno erariale si intende il danno sofferto dallo Stato o da un altro ente pubblico a causa dell'azione o dell' omissione di un soggetto che agisce per conto della pubblica amministrazione in quanto, dipendente o, comunque, inserito in un suo apparato organizzativo (http://it.wikipedia.org/wiki/Danno_erariale)

Detto ciò, l'articolo 33 del d.lgs. n. 165/2001 si occupa di disciplinare l'eventuale eccedenza di personale nella pubblica amministrazione e la procedura di mobilità collettiva. In tal senso, è previsto dalla suddetta norma che "le pubbliche amministrazioni che rilevino eccedenze di personale sono tenute ad informare preventivamente le organizzazioni sindacali e ad osservare le procedure previste dal presente articolo". Ebbene, il d.lgs. n. 150/2009 introduceva un nuovo comma 1-bis all'art. 33 sopra citato, secondo il quale la mancata individuazione da parte del dirigente responsabile delle eccedenze delle unità

56

di personale è valutabile ai fini della responsabilità per danno erariale. In ogni caso, occorre segnalare che l'art. 33 trovava applicazione soltanto quando l'eccedenza rilevata riguardi almeno dieci dipendenti.

3.2 La responsabilità dirigenziale alla luce del d.lgs. 150/09

Le disposizioni relative alla responsabilità dirigenziale sono contenute negli artt. 21 e 22 del d.lgs. 30 marzo, n. 165. Per quanto riguarda la fattispecie, la riforma Brunetta non apporta novità sostanziali rispetto alla regolazione finora in vigore. Infatti il legislatore del 2009 continua a collegare la responsabilità dirigenziale al mancato raggiungimento degli obiettivi (attraverso le risultanze del sistema di valutazione di cui al Titolo II del decreto legislativo), ed all' inosservanza delle direttive dell'organo di governo. Allo stesso modo, a fronte di tali ipotesi, continuano ad essere previste tre sanzioni, in ordine crescente: a) l'impossibilità di rinnovo dell'incarico dirigenziale –misura più lieve-; b) la revoca dell'incarico e il collocamento nei ruoli della singola amministrazione –misura intermedia-; c) il recesso dal rapporto di lavoro secondo le disposizioni del contratto collettivo –misura più grave- .

Sul punto, le uniche modifiche apportate dal d.lgs 150/2009 –art. 41, comma 1, lettera a)- attengono, da una

parte, alla sostituzione del riferimento all'art. 5, d. lgs. n. 286/1999, con le nuove disposizioni relative ai sistemi di valutazione; e, dall'altra, all'inserimento dei richiami, nei casi di maggior gravità, alla "previa contestazione" e al "rispetto del principio del contraddittorio" nei procedimenti di verifica della responsabilità e di irrogazione delle relative sanzioni. Ergo, la responsabilità dirigenziale implica un inadempimento degli obiettivi e delle direttive legate all'incarico. Sembra quindi porsi come responsabilità di risultato a prescindere da ogni verifica su come sia stato esercitato il potere gestionale-organizzativo.

L'accertamento della "colpevole" violazione del dovere di vigilanza sul rispetto, da parte del personale assegnato ai propri uffici, degli standard quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione, comporta per il dirigente, "previa contestazione e nel rispetto del principio del contraddittorio secondo le procedure previste dalla legge e dai contratti collettivi", la decurtazione della retribuzione di risultato, in relazione alla gravità della violazione, di una quota fino all'80%.

La responsabilità dirigenziale non consegue alla valutazione negativa del singolo provvedimento o di un determinato settore dell'attività cui il dirigente è preposto, ma si riferisce ai risultati propri della struttura affidata alle direttive di quest'ultimo complessivamente intesi. Diversamente dalla responsabilità penale e disciplinare, e per certi versi anche da quella civile ed erariale, la responsabilità dirigenziale manca di tipicità, in quanto non

58

sussiste la previsione generale ed astratta di un compiuto sistema di condotte tipiche violative dei precetti di buona amministrazione, efficacia ed efficienza dell'attività amministrativa, che, con le connesse sanzioni, possa connotare il sistema della responsabilità dirigenziale. L'unica ipotesi di responsabilità del dirigente, finora non tipitizzata, è rappresentata dal (nuovo) comma 1 bis all'art. 21 del d.lgs. 165/2001, il quale prevede la decurtazione della retribuzione di risultato fino all'80% nel caso di "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 di cui all'articolo 13 del decreto legislativo [...]". Una più dettagliata regolamentazione dell'istituto si è poi avuta con la contrattazione collettiva 2006-2009 che, in quanto sottoscritta dopo le modifiche normative del d. lgs. n. 150, cit., ne ha recepito e dettagliato i contenuti. In particolare, il c.c.n.l. 2006-2009 Area I (Ministeri) statuisce agli art. 3, 4 e 5 quanto segue:

« Art. 3 (Fattispecie di responsabilità dirigenziale). — 1. Qualora a seguito dell'espletamento delle procedure di valutazione della prestazione dei dirigenti venga accertata l'ipotesi di responsabilità dirigenziale, ai sensi dell'art. 21 d. lgs. n. 165 del 2001, in relazione all'inosservanza delle direttive impartite o al mancato raggiungimento degli obiettivi nella gestione finanziaria, tecnica, organizzativa ed amministrativa, si determina una valutazione non

positiva.

2. Nelle ipotesi di cui al comma 1, in relazione alla gravità dei casi, le amministrazioni adottano, per il personale dirigenziale a tempo indeterminato, una delle seguenti misure:
3. a) affidamento di un incarico dirigenziale con un valore di retribuzione di posizione immediatamente inferiore, compatibilmente con le disponibilità organiche;
4. b) revoca dell'incarico e collocamento dei dirigenti a disposizione dei ruoli, di cui all'art. 23 d. lgs. n. 165 del 2001, per un periodo massimo di due anni, secondo la disciplina dell'art. 4 (Collocamento dei dirigenti a disposizione dei ruoli);
5. c) recesso dal rapporto di lavoro, nei casi di particolare gravità, secondo la disciplina dell'art. 5 (Recesso per responsabilità dirigenziale).
3. Qualora l'incarico dirigenziale sia stato conferito con contratto a termine ai sensi dell'art. 19, comma 6, d. lgs. n. 165 del 2001, la valutazione negativa di cui al comma 1, espressa prima della scadenza dell'incarico o al termine dello stesso, comporta:
4. a) per i dipendenti della stessa o di altre pubbliche amministrazioni, la risoluzione del rapporto di lavoro dirigenziale e, rispettivamente, la restituzione al profilo di inquadramento ovvero il rientro presso le amministrazioni di appartenenza nella posizione lavorativa precedentemente ricoperta;

60

b) per gli estranei alla pubblica amministrazione la revoca dell'incarico e la risoluzione del rapporto di lavoro.

c) Art. 4 (Collocamento del dirigente a disposizione dei ruoli). — 1. Il dirigente, secondo la disciplina dell'art. 21, comma 1, d. lgs. n. 165 del 2001, secondo periodo, può essere collocato a disposizione dei ruoli, per una durata massima di due anni.

2. Durante il periodo di collocamento a disposizione dei ruoli, di cui al comma 1, il dirigente interessato ha diritto al solo trattamento economico stipendiale di cui agli art. 17 e 20 (Trattamento economico fisso dei dirigenti di prima e seconda fascia); nello stesso periodo il dirigente è tenuto ad accettare eventuali incarichi dirigenziali proposti dalla amministrazione di appartenenza. L'ingiustificata mancata accettazione dell'incarico comporta il recesso da parte dell'amministrazione, ai sensi dell'art. 5 (Recesso per responsabilità dirigenziale).

3. L'accettazione del nuovo incarico di cui al comma 2 determina il venire meno del collocamento a disposizione disposto ai sensi del comma 1 e al dirigente sono corrisposte la retribuzione di posizione e quella di risultato ad esso relative.

4.Prima della scadenza del periodo massimo di due anni di collocamento a disposizione, può trovare applicazione la disciplina della risoluzione consensuale, ai

sensi dell'art. 40 (risoluzione consensuale del rapporto di lavoro) del c.c.n.l. 21 aprile 2006; in tal caso l'importo della indennità supplementare di cui al comma 2, dello stesso art. 40, non può superare un valore corrispondente a dodici mensilità del solo stipendio tabellare. Tale importo non è pensionabile e non è utile ai fini del trattamento di fine servizio e di quello di fine rapporto.

Art. 5 (Recesso per responsabilità dirigenziale). — 1. La responsabilità particolarmente grave, accertata con le procedure di valutazione adottate nel rispetto delle disposizioni vigenti in materia, costituisce giusta causa di recesso. La responsabilità particolarmente grave è correlata ad una delle seguenti ipotesi, da applicare in via alternativa: al mancato raggiungimento di obiettivi particolarmente rilevanti per il conseguimento dei fini istituzionali dell'amministrazione, previamente individuati nei documenti di programmazione e formalmente assegnati al dirigente; alla inosservanza delle direttive generali per l'attività amministrativa e la gestione, formalmente comunicate al dirigente, i cui contenuti siano stati espressamente qualificati di rilevante interesse. L'annullamento delle predette procedure di accertamento della responsabilità fa venir meno il recesso.

Prima di formalizzare il recesso, l'amministrazione contesta per iscritto l'addebito convocando l'interessato, per una data non anteriore al quinto giorno dal ricevimento della contestazione, per essere sentito a sua difesa. Il dirigente può farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o

62

conferisce mandato o da un legale di sua fiducia. Ove lo ritenga necessario, l'amministrazione, in concomitanza con la contestazione, può disporre la sospensione dal lavoro del dirigente, per un periodo non superiore a trenta giorni, con la corresponsione del trattamento economico complessivo in godimento e la conservazione dell'anzianità di servizio. Resta fermo quanto previsto dall'art. 22 d. lgs. n. 165 del 2001 ».

Si segnala che, al pari di quanto previsto per le sanzioni inflitte a titolo di responsabilità disciplinare, anche per le misure assunte a titolo di responsabilità dirigenziale, le stesse possono essere impugnate innanzi al giudice ordinario ex art. 63, comma 1, d. lgs. n. 165, cit. e la tutela è di regola reale (36) e non obbligatoria, salvo ritenere applicabile anche per la responsabilità disciplinare il disposto dell'art. 14 del recente c.c.n.l. 2006-2009 che prevede che « L'amministrazione o il dirigente possono proporre all'altra parte, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, di cui all'art. 13 (Reintegrazione del dirigente illegittimamente licenziato), il pagamento a favore del dirigente di un'indennità supplementare determinata, in relazione alla valutazione dei fatti e delle circostanze emerse, tra un minimo pari al corrispettivo del preavviso maturato, maggiorato dell'importo equivalente a due mensilità, ed un massimo pari al corrispettivo di ventiquattro mensilità ».

3.3 Il ruolo del Comitato dei Garanti

L'introduzione del comitato dei garanti ha la finalità di garantire una maggiore imparzialità nella applicazione delle misure di cui all'art. 21, commi 1 e 1 bis, del d.lgs. n. 165/2001. L'imparzialità è, inoltre, rafforzata dalla previsione secondo cui i componenti sono collocati fuori ruolo e il posto corrispondente nella dotazione organica dell'amministrazione di appartenenza è reso indisponibile per tutta la durata del mandato, nonché dalla norma statuente una durata limitata (tre anni) e dell'impossibilità di rinnovo dell'incarico. Da questa prospettiva, per quanto concerne la composizione del Comitato, i membri sono nominati, nel rispetto del principio di genere, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri. Il Comitato, inoltre, dura in carica tre anni, decorsi i quali l'incarico non è rinnovabile. L'imparzialità è, inoltre, rafforzata dalla previsione secondo cui i componenti sono collocati fuori ruolo e il posto corrispondente nella dotazione organica dell'amministrazione di appartenenza è reso indisponibile per tutta la durata del mandato, nonché dalla norma statuente una durata limitata (tre anni) e dell'impossibilità di rinnovo dell'incarico.

Nel dettaglio, l'organismo è composto da un consigliere della Corte dei conti, designato dal suo Presidente, e da quattro componenti designati rispettivamente: uno dal Presidente della Commissione di valutazione; uno dal Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, scelto tra soggetti con

64

specifica qualificazione ed esperienza nei settori dell'organizzazione amministrativa e del lavoro pubblico; e due scelti tra dirigenti di uffici dirigenziali generali di cui almeno uno appartenente agli Organismi indipendenti di valutazione, estratti a sorte fra coloro che hanno presentato la propria candidatura (art. 22 d.lgs. n. 165/2001).

La legge delega (15/2009) prevedeva all'art. 6, comma 2, lettera i) la ridefinizione e l'ampliamento delle competenze e della struttura del Comitato dei garanti, con particolare riferimento "alla verifica sul rispetto dei criteri di conferimento o di mancata conferma degli incarichi, nonchè sull'effettiva adozione ed utilizzo dei sistemi di valutazione al fine del conferimento o della mancata conferma degli incarichi". Nonostante questo, l' art. 42 del decreto legislativo (150/09) ignora del tutto tale previsione. Così, sotto il versante funzionale, la novella del 2009 si limita ad estendere la competenza del Comitato dei garanti alla nuova ipotesi di responsabilità dirigenziale per "colpevole violazione del dovere di vigilanza" –art. 21, comma 1 bis-. D'altra parte, risulta più censurabile il nuovo ruolo attribuito a tale organismo rispetto ai processi decisionali concernenti la dirigenza pubblica. In effetti, mentre la precedente formulazione dell'art. 22 attribuiva al Comitato il compito di formulare un parere che era espressamente sancito come vincolante per l'amministrazione, ora, in base all'art. 22 post Brunetta, il Comitato deve essere solo sentito. Con il passaggio del parere del Comitato dei garanti da

vincolante a consultivo, il procedimento in materia di responsabilità dirigenziale viene certamente indebolito. Ergo, l'amministrazione proponente, pur in presenza di un parere non favorevole del Comitato verso l'applicazione della sanzione, potrà in ogni caso procedere in maniera del tutto autonoma. Dal resto, l'art. 22 del d.lgs. 165/2001, come accadeva in precedenza, stabilisce la possibilità di prescindere dal parere nel caso in cui non venga reso entro il termine di quarantacinque giorni dalla richiesta (prima fissato in trenta giorni).

Tale circostanza, unitamente alla natura non vincolante del parere, pur rispondendo ad esigenze di celerità e di certezza, sembra sminuire il significato dell'istituto, attribuendogli un ruolo di mero passaggio procedimentale. In ogni caso il parere, pur non vincolante per l'amministrazione, deve essere richiesto in quanto integra un elemento essenziale della eventuale sanzione. Infatti, la sua mancanza, in caso di formulazione, non consente il perfezionamento della fattispecie, determinando la nullità della misura sanzionatoria. L'art. 22 non contempla, però, l'ipotesi del parere intervenuto dopo lo spirare del termine di quarantacinque giorni previsto. Il parere emesso oltre tale termine non può che essere considerato inutiliter dato e, quindi, non impedisce all'amministrazione di procedere con le proprie determinazioni. Il parere del Comitato, ove espresso, impone al datore di lavoro pubblico di valutarne l'iter argomentativo, pur potendolo legittimamente disattendere. Ed il lavoratore, accedendo (ex art. 22 s. l. n. 241, cit.) a

66

tale parere negativo, potrebbe trarre spunti in sede contenziosa a supporto del proprio ricorso avverso la misura sanzionatoria inflittagli.

3.4 La responsabilità disciplinare

L'art. 67 del Decreto 150 del 2009 introduce modifiche in materia di sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche in relazione ai rapporti di lavoro di cui all'art. 2, comma 2°, del Decreto Legislativo n. 165 del 2001, al fine di potenziare il livello di efficienza degli uffici pubblici e di contrastare i fenomeni di scarsa produttività ed assenteismo. Resta invariata la devoluzione al giudice ordinario delle controversie relative al procedimento e alle sanzioni disciplinari, ai sensi dell'art. 63 del Decreto Legislativo n. 165 del 2001. In linea generale, lo scopo del decreto Brunetta in materia di responsabilità disciplinare è quello di restituire nuova linfa a questa forma di responsabilità nel pubblico impiego, dato che generalmente le P. A. esercitano molto di rado il potere disciplinare nei confronti dei propri dipendenti infedeli o lo fanno solo dopo che, nei loro confronti, è stato avviato un procedimento penale, come "atto dovuto"

Il sistema delle fonti in materia di responsabilità disciplinare risulta quindi dagli artticoli 40, comma 2, e 55, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 165/2001, come modificati

dal decreto Brunetta. In particolare, l'articolo 40 include la responsabilità disciplinare tra le materie nelle quali la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge. D'altra parte, il comma 1 dell'articolo 55 precisa che le disposizioni in materia disciplinare costituiscono "norme imperative ai sensi del codice civile". Infine, il comma 2 dello stesso articolo afferma, tra l'altro, che, "salvo quanto previsto dalle disposizioni del presente capo, la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni è definita dai contratti collettivi".

In senso più analitico, il d.lgs. 150/2009 novella l'art. 55 del testo unico sul pubblico impiego e aggiunge nuove disposizioni normative con il dichiarato intento di "potenziare il livello di efficienza degli uffici pubblici e di contrastare i fenomeni di scarsa produttività ed assenteismo". In ordine a illeciti e sanzioni, per quanto qui interessa, il citato decreto prevede le seguenti sanzioni disciplinari in capo ai dirigenti:

a) Sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino ad un massimo di quindici giorni, per il dirigente che, essendo a conoscenza per ragioni di ufficio o di servizio di informazioni rilevanti per un procedimento disciplinare in corso, rifiuta, senza giustificato motivo, la collaborazione richiesta dall'autorità disciplinare procedente ovvero rende dichiarazioni false o reticenti (art. 55-bis, comma 7, d.lgs. n. 165/2001).
b) b) Sospensione dal servizio con privazione della

68

retribuzione fino ad un massimo di tre mesi (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) per i soggetti responsabili con qualifica dirigenziale, in caso di mancato esercizio o decadenza "dell'azione disciplinare, dovuti all'omissione o al ritardo, senza giustificato motivo, degli atti del procedimento disciplinare o a valutazioni sull'insussistenza dell'illecito disciplinare irragionevoli o manifestamente infondate, in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare" (art. 55-sexies, comma 3, d.lgs. n. 165/2001).

c) La stessa sanzione di cui alla norma precedente, nonché le misure previste dall'art. 21 d.lgs. n. 165/2001 (impossibilità di rinnovo dell'incarico; revoca dell'incarico con collocazione a disposizione; e recesso) per il dirigente eventualmente preposto all'amministrazione generale del personale, in caso di comportamento inadempiente rispetto al controllo delle condotte assenteistiche (art. 55-septies, comma 6, d.lgs. 165/2001).

Il termine per la contestazione dell'addebito decorre dalla data di ricezione degli atti trasmessi ai sensi del comma 3 ovvero dalla data nella quale l'ufficio ha altrimenti acquisito notizia dell'infrazione, mentre la

decorrenza del termine per la conclusione del procedimento resta comunque fissata alla data di prima acquisizione della notizia dell'infrazione, anche se avvenuta da parte del responsabile della struttura in cui il dipendente lavora. La violazione dei termini comporta la decadenza dall'azione disciplinare ovvero, per il dipendente, dall'esercizio del diritto di difesa.

Il nuovo art. 55-ter (che si occupa dei rapporti fra procedimento disciplinare e procedimento penale) afferma nel primo comma che se il procedimento disciplinare, che abbia ad oggetto, in tutto o in parte, fatti in relazione ai quali procede l'autorità giudiziaria, questo è comunque proseguito e concluso anche in pendenza del procedimento penale. Per le infrazioni di minore gravità, di cui all'art. 55-bis, non e' ammessa la sospensione del procedimento, mentre per le infrazioni di maggiore gravità, l'ufficio competente, nei casi di particolare complessità dell'accertamento del fatto addebitato al dipendente e quando all'esito dell'istruttoria non dispone di elementi sufficienti a motivare l'irrogazione della sanzione, può sospendere il procedimento disciplinare fino al termine di quello penale, salva la possibilità di adottare la sospensione o altri strumenti cautelari nei confronti del dipendente. Ora, in via generale, può dirsi che l'addebito per quest'ultimo tipo di responsabilità può muoversi nei confronti di un dirigente che nell'adempimento delle obbligazioni nascenti dal contratto abbia violato gli obblighi di diligenza e fedeltà.

Vanno fatte varie considerazioni a fronte del nuovo

70

quadro normativo disegnato dal legislatore. Va rilevato innanzitutto che il legislatore prevede per la prima volta la possibilità di applicare sanzioni disciplinari di tipo conservativo nei confronti dei dirigenti. Sinora per il dirigente, sottoposto a procedimento disciplinare, si configurava solo la sanzione del licenziamento e non sanzioni di minore entità, secondo la contrattazione collettiva per le aree dirigenziali. Da questo punto di vista, la scelta del legislatore del 2009 risulta positiva e coerente con l'obiettivo di rendere più effettivo l'apparato sanzionatorio. In secondo luogo, con specifico riguardo alla sanzione in capo ai dirigenti per mancato esercizio o decadenza dell'azione disciplinare –art. 55 sexies, comma 3-, sebbene la finalità della norma sia chiara, ("reprimere il malcostume, piuttosto diffuso, invero, di un uso blando del potere disciplinare"), c'è da domandarsi se non vi sia il rischio che, pur di sfuggire a rimproveri disciplinari, "i dirigenti si facciano, a loro volta, promotori di procedimenti disciplinari ogniqualvolta la dimostrazione dell'infondatezza dell'infrazione disciplinare dei propri sottoposti appaia particolarmente complessa"[1].

D'altra parte, sempre rispetto all'art. 55-sexies, comma 3, va altresì notato che il legislatore collega il "mancato esercizio o decadenza dell'azione disciplinare" a valutazioni sull'insussistenza dell'illecito disciplinare irragionevoli o manifestamente infondate. Ciò implica la necessità di capire meglio il significato da attribuire a

---

[1] NICOSIA, G., *La valutazione della prestazione dirigenziale e le conesse responsabilità. La responsabilità dirigenziale e le responsabilità disciplinare,* in AA. VV. (a cura di CARABELLI, U., e CARINCI, M.T.), *Il lavoro pubblico in Italia,* Bari, 2009, p. 142

detta “irragionevolezza” ed “infondatezza”, stabilendo, pertanto, dei parametri oggettivi entro i quali possa muoversi l’interprete.

Sul piano procedurale, rispetto alle infrazioni previste dal legislatore a carico dei dirigenti, il decreto n. 150 del 2009 rinvia, ove non sia diversamente stabilito dal contratto collettivo, alle regole procedurali introdotte dall’art. 55-bis, comma 4. Per l’attivazione del procedimento disciplinare in capo ai dirigenti, in ciascuna amministrazione, secondo il proprio ordinamento, deve essere individuato l'ufficio competente per i procedimenti disciplinari. Il predetto ufficio contesta l'addebito al dirigente, lo convoca per il contraddittorio a sua difesa, istruisce e conclude il procedimento di addebito della sanzione disciplinare. Le determinazioni conclusive del procedimento sono, infine, adottate dal dirigente generale o titolare di incarico conferito ai sensi dell'articolo 19, comma 3 del d.lgs. n. 165/2001. Giova infine ricordare che, secondo quanto disposto nell’art. 67 del d.lgs. n. 150/2009, il giudice competente a conoscere delle controversie relative al procedimento e alle sanzioni disciplinari del dirigente resta il giudice ordinario.

3.5 Il licenziamento

Nel corso di queste trattazione è parso piuttosto chiaro che la dirigenza pubblica è retta da una specifica

72

disciplina, legislativa e contrattuale, che la distingue sia rispetto a quella del restante personale pubblico, sia rispetto a quella della dirigenza del settore privato. In quest'ultimo caso ("dirigenza privata"), le differenze si riflettono non solo rispetto alla fase di assunzione e gestione del rapporto, ma anche sulla disciplina applicabile in tema di licenziamento. Tanto è vero che, come si vedrà tra poco, il dirigente pubblico si avvicina, dal punto di vista delle garanzie di stabilità del rapporto, a un dipendente "privato" (non dirigente) piuttosto che a un dirigente privato. Purtroppo, ancora una volta, né la legge delega 15/2009 né il decreto attuativo n. 150 del medesimo hanno affrontano tale questione problematica.

Va notato in primis, che nel settore privato l'art. 10 della legge 15 luglio 1966 n. 604 prevede la non applicabilità ai dirigenti delle norme di legge sui licenziamenti individuali in essa contenute. Infatti, il suddetto precetto limita il suo campo di applicazione ai prestatori di lavoro che rivestano la qualifica di impiegato e di operaio, nonché alla categoria dei quadri (art. 2, comma 3, legge n. 108/1990). L'inapplicabilità della citata norma ai dirigenti è stata ritenuta compatibile con la Costituzione in base alla natura fiduciaria del rapporto di lavoro del dirigente. Su questo punto, la Corte costituzionale ha affermato sin dalla celebre sentenza n. 309 del 1992 che il dirigente, a differenza dei lavoratori subordinati, "gode di uno status particolare; ha un'autonomia ed una discrezionalità delle decisioni; ha un potere decisionale e rappresentativo idoneo ad influenzare

l'andamento e la vita dell'azienda o del settore cui è preposto, tanto al suo interno quanto nei rapporti con i terzi; il che ne fa un vero e proprio alter ego dell'imprenditore, di cui, inoltre, deve godere sempre la piena fiducia". Perciò, prosegue la Corte, "il rapporto che il dirigente contrae giustamente cade nell'area della libera recedibilità salvo la tutela che si deve riconoscere ex lege contro fatti che ledono la sua dignità di uomo e di lavoratore"(www.cortecostituzionale.it)

In tale contesto, la normativa di riferimento in materia del licenziamento del dirigente privato è costituita: in primo luogo, dagli artt. 2118 e 2119 del Codice Civile. La prima disposizione afferma che ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, dando il preavviso nel termine e nei modi stabiliti dal contratto collettivo (licenziamento ad nutum). La seconda, invece, viene riferita al recesso per giusta causa. Più precisamente, l'art. 2119 c.c. prevede che "ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto prima della scadenza del termine, se il contratto è a tempo determinato, o senza preavviso, se il contratto è a tempo indeterminato, qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del [...]"; in secondo luogo, dall'art. 2 della legge n. 604/1966, come modificato dalla legge n. 108/1990, il quale, stabilisce che anche il licenziamento del dirigente debba essere comunicato per iscritto; in terzo luogo, dall'art. 9 della legge n. 604/1966 in materia di indennità di anzianità, che si applica anche ai dirigente; e, in quarto luogo, dall'art. 3

74

della legge n. 108/1990, che sancisce la nullità del licenziamento determinato da ragioni discriminatorie e l'applicazione delle conseguenze previste dall'articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori. Tali disposizioni, per espressa previsione di legge, si applicano anche ai dirigenti.

In presenza di un regime legale di libera recedibilità, la contrattazione collettiva ha introdotto clausole negoziali di garanzia che riguardano aspetti sia formali che sostanziali del licenziamento, introducendo l'obbligo di comunicare i motivi del recesso e riconoscendo al dirigente licenziato in modo ingiustificato un'indennità. In tale senso, basti qui segnalare, riguardo al menzionato obbligo di comunicare il motivo del recesso, che le disposizioni contenute nei contratti collettivi hanno introdotto sin dalla prima contrattazione di settore degli anni `70, la c.d. nozione di "giustificatezza", quale parametro in base al quale valutare la legittimità dell'esercizio del potere di recesso da parte del datore di lavoro. Secondo la prevalente giurisprudenza, la nozione di "giustificatezza" del licenziamento del dirigente, posto dalla contrattazione collettiva del settore, non coincide con quella di giusta causa di cui all'art. 2119 c.c., né con quella di giustificato motivo di cui all'art. 3 della legge n. 604/1966, "ritenendosi sufficiente la veridicità, la ragionevolezza e la non arbitrarietà delle ragioni addotte dal datore di lavoro". (Sentenza della Corte di cassazione n. 2639, 23 febbraio 2002).

Di conseguenza, "anche fatti o condotte non integranti una giusta causa o un giustificato motivo di licenziamento

con riguardo agli altri rapporti di lavoro subordinato possono viceversa giustificare il licenziamento di un dirigente" (Sentenza della Corte di cassazione n. 2639, 23 febbraio 2002). D'altra parte, la sanzione di regola prevista dai contratti collettivi per il licenziamento ingiustificato del dirigente consiste nell'obbligo posto a carico del datore di lavoro di pagare una indennità supplementare, la quale si aggiunge alla indennità sostitutiva del preavviso non lavorato e al trattamento di fine rapporto. Per il resto, va sottolineato che i contratti collettivi di solito contengono un sistema convenzionale di risoluzione delle controversie relative al licenziamento del dirigente attraverso il quale la valutazione sulla giustificatezza/ingiustificatezza del licenziamento stesso può essere affidata ad un apposito Collegio arbitrale.

Rispetto al dirigente privato, per quanto rigurda il dirigente pubblico, (va ripetuto che) la fonte negoziale ha previsto le seguenti ipotesi di recesso per volontà dell'amministrazione: 1) licenziamento disciplinare motivato con preavviso; 2) recesso per giusta causa ex art. 2119 c.c.; 3) licenziamento per responsabilità dirigenziale particolarmente grave (si tratta, dunque, di una fattispecie particolare del recesso per giusta causa). A ciò, si devono aggiungere le specifiche ipotesi di licenziamento disciplinare previste dall'art. 55-quater del d.lgs. n. 165/2001 (introdotto dal decreto Brunetta).

Iniziando con ordine, per quanto riguarda l'inquadramento legislativo del dirigente pubblico, l'art. 2, comma 2, del d.lgs. 165/2001, stabilisce che "i rapporti

76

di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche (dirigenti compresi) sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle legge sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa [...]". Successivamente, devono essere richiamate due norme dello stesso d.lgs. n. 165/2001: artt. 21 e 55. Come più volte accennato, la prima disposizione stabilisce che in caso di responsabilità dirigenziale l'amministrazione può –nei casi di maggiore gravità-, previa contestazione e nel rispetto del principio del contraddittorio, recedere il dirigente "dal rapporto di lavoro secondo le disposizioni del contratto collettivo". La seconda disposizione –art. 55-, il cui campo di applicazione si estende a tutti i dipendenti pubblici privatizzati, detta regole speciali rispetto a quelle del settore privato in tema di responsabilità disciplinare. Alla luce dei precetti appena richiamati, sono diverse le ragioni che inducono ad escludere la sussistenza di un regime legale di libera recedibilità per il dirigente pubblico, a differenza del collega del settore privato: va sottolineato, in primo luogo, che l'art. 21 d.lgs. n. 165/2001 contempla la misura del recesso unicamente nel caso di grave responsabilità dirigenziale; mentre nei casi di minore gravità si applicano le diverse misure definite dal legislatore, ovvero, l'impossibilità di rinnovo dell'incarico dirigenziale –misura più leve-; e la revoca dell'incarico e il collocamento nei ruoli della singola amministrazione –misura intermedia-. Il fatto che la facoltà di recesso sia previsto esclusivamente per i casi di maggiore gravità e la

circostanza che la decisione datoriale di risolvere il rapporto è condizionata dal conforme parere di un Comitato dei garanti (vedi paragrafo precedente), sembra escludere l'idea di una generale facoltà di recesso ad nutum del rapporto di lavoro con i propri dirigenti. In secondo luogo, lo stesso art. 21, nel far salva l'eventuale responsabilità disciplinare secondo le previsioni della contrattazione collettiva presuppone che la fonte negoziale intervenga determinando i limiti sostanziali cui è subordinato il legittimo esercizio del potere di recesso. In terzo luogo, interessa evidenziare l'impossibilità di far coesistere il regime di libera recedibilità e la motivazione richiesta per il recesso derivante da responsabilità dirigenziale. In effetti, un recesso che prescinde da qualsiasi motivazione, come il libero recesso, non può coesistere con un recesso che chiede una precisa motivazione, come quello per responsabilità dirigenziale. Da ultimo, la tesi dell'esclusione di un regime di libera recedibilità trova giustificazione proprio nel principio di distinzione tra politica e pubblica amministrazione, sancito, come si sa, dall'art. 4 del d.lgs. n. 165/2001. A questo riguardo, è indubbio che la libera recedibilità, comportando un rapporto strettamente fiduciario tra soggetto politico e dirigenza, risulta in rotta di collisione con il principio di separazione delle funzioni. Infatti, il dirigente pubblico risulterebbe di fatto asservito al potere politico al fine di garantirsi la conservazione del posto di lavoro.

L'inesistenza di un regime di libera recedibilità

78

dell'amministrazione del rapporto di lavoro con il dirigente pubblico è stata confermata anche dalla Corte costituzionale la quale ha osservato nella sentenza n. 313/1996 che "l'applicabilità al rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti delle disposizioni previste dal codice civile comporta non già che la pubblica amministrazione possa liberamente recedere dal rapporto stesso, ma semplicemente che la valutazione dell'idoneità professionale del dirigente è affidata a criteri e a procedure di carattere oggettivo –assistite da un'ampia pubblicità e dalla garanzia del contraddittorio–, a conclusione delle quali soltanto può essere esercitato il recesso (www.cortecostituzionale.it). Sulla stessa lunghezza d'onda la sentenza n. 193/2002. Anche la Corte di cassazione, intervenuta sul problema, si esprime per l'inesistenza di un regime di libera recedibilità. Secondo il Supremo Collegio, dall'esame dei requisiti sostanziali e procedurali previsti nell'art. 21 d.lgs. n. 165/2001, si desume che la "disciplina del recesso dal rapporto di lavoro dei dirigenti pubblici non è dunque quella dell'art. 2118 c.c., propria dei dirigenti privati, ma segue i canoni del rapporto di lavoro dei dipendenti privati con qualifica impiegatizia, in coerenza con la tradizionale stabilità del rapporto di pubblico impiego" (Sentenza della Corte di cassazione n. 2233, 1 febbraio 2007).

Passando alle tipologie del licenziamento, quello disciplinare è la sanzione più grave tra le sanzioni irrogabili al dirigente. Anche per il dirigente vige dunque una responsabilità per inadempimento delle obbligazioni

contrattuali da cui deriva un licenziamento per ragioni soggettive, in re ipsa disciplinare. Fino alla novella del 2009 tale disciplina è stata affidata alla contrattazione collettiva, sede sempre considerata appropriata per la materia della responsabilità disciplinare. In ossequio al principio per il quale la contrattazione collettiva in materia di pubblico impiego deve sempre restare entro i limiti stabiliti dalla legge, assecondando i dettami del già trattato art. 40 D. Lgs. 165/2001, e nel tentativo di arginare la discrezionalità ed il "temperamento troppo spesso lassista" dei contratti collettivi, la novella del 2009 si è preoccupata di rivedere la posizione della legge in materia di licenziamento del dirigente. Così, il nuovo art. 55 quater del novellato d.lgs. prevede che "ferma la disciplina in tema di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo e salve ulteriori ipotesi previste dal contratto collettivo", è "comunque" irrogata la "sanzione disciplinare del licenziamento" al ricorrere di ben precise fattispecie. Le ipotesi legali di licenziamento disciplinare sono distinguibili a seconda del fatto che sia o meno previsto il preavviso.

La sanzione più grave del licenziamento senza preavviso consegue a:

- falsa attestazione della presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente, ovvero giustificazione dell'assenza dal servizio mediante una certificazione falsa o che attesta falsamente uno stato di malattia;

80

- - falsità documentali o dichiarative connesse ai fini o in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro ovvero di progressioni di carriera;
- reiterazione nell'ambiente di lavoro di gravi condotte aggressive o moleste o minacciose o ingiuriose o comunque lesive della dignità personale altrui.
- condanna penale definitiva, in relazione alla quale è prevista l'interdizione perpetua dai pubblici uffici, ovvero l'estinzione, comunque denominata del rapporto di lavoro.

Il licenziamento è invece con preavviso nei casi di:

- assenza priva di giustificazione per un numero di giorni, anche non continuativi, superiore a tre nell'arco di un biennio o comunque per più di sette giorni nel corso degli ultimi dieci anni, ovvero mancata ripresa del servizio, in caso di assenza ingiustificata, entro il termine fissato dall'amministrazione;
- ingiustificato rifiuto del trasferimento disposto dall'amministrazione per motivate esigenze di servizio;
- reiterata inosservanza degli obblighi di trasmissione per via telematica della certificazione medica concernente assenze di lavoratori per malattia.

Per quanto riguarda la tutela in caso di licenziamento, la Corte di Cassazione (nella già citata sentenza n. 2233/2007 della Corte di cassazione ha stabilito

l'applicabilità dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 (tutela reale), laddove l'amministrazione disponga un licenziamento illegittimo nei confronti di un proprio dirigente. Nel caso di specie, il ricorrente (Dirigente dell'Agenzia delle Dogane) deducendo violazione e falsa applicazione del d.lgs. n. 165 del 2001, artt. 19-23 e 51; artt. 13, 25 e 28 c.c.n.l. 1998- 2001 Dirigenza area 1; art. 15 del c.c.n.l. 1997-98; art. 112 c.p.c.; nonchè motivazione insufficiente e contraddittoria in ordine a punti decisivi della controversia, censura la sentenza impugnata (sentenza n. 670/05 della Corte d'Appello di Torino) per non aver distinto tra stabilità del rapporto di lavoro dirigenziale e mutabilità degli incarichi conferiti a tempo determinato. Più precisamente, il ricorrente, premessi gli aspetti essenziali della disciplina del rapporto dirigenziale pubblico, ha dedotto che dalla dichiarazione di illegittimità del licenziamento, doveva necessariamente derivare l'obbligo per l'amministrazione di reintegrare il lavoratore. La Suprema Corte ha accolto il ricorso. In particolare il Collegio, quando ha dovuto appurare se le conseguenze di un recesso illegittimo, in quanto privo di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo, fossero puramente risarcitorie oppure reintegratorie, ha accolto la seconda soluzione. A sostengo di tale conclusione, viene richiamato l'art. 5 comma 2 del d.lgs. 165/2001. In merito, la Corte sostiene, da una parte, che in base a quanto disposto nel predetto art. 51, le norme dello Statuto dei lavoratori (e per quanto qui interessa l'art. 18) si applicano alle pubbliche amministrazioni – e, dunque, anche al

82

lavoro dirigenziale pubblico- a prescindere dal numero dei dipendenti; e, dall'altra, che i limiti categoriali di cui all'art. 10 della legge n. 604/1966 non valgono per i dirigenti pubblici il cui rapporto è caratterizzato dalla stabilità.

La stessa Corte costituzionale, con la sent n. 351 del 2008 si è pronunciata in tal senso, cioè riconoscendo l'obbligatorietà della reintegrazione del dirigente. (vedi L.R.) Sinteticamente, la premessa da cui parte la sentenza citata è la differenza esistente tra settore privato e settore pubblico. Mentre nel primo, "il potere di licenziamento del datore di lavoro è limitato allo scopo di tutelare il dipendente"; nel pubblico, invece, "il potere dell'amministrazione di esonerare un dirigente dall'incarico e di risolvere il relativo rapporto di lavoro, è circondato da garanzie e limiti che sono posti non solo e non tanto nell'interesse del soggetto da rimuovere, ma anche e soprattutto a protezione di più generali interessi collettivi". Interessi che, come sottolineato dalla Corte costituzionale nella celebre sentenza n. 103 del 2007, trovano riconoscimento nei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento. Da tutto ciò deriva, sul piano degli strumenti di tutela, "che forme di riparazione economica, quali, ad esempio, il risarcimento del danno o le indennità riconosciute dalla disciplina privatistica in favore del lavoratore ingiustificatamente licenziato, non possono rappresentare, nel settore pubblico, strumenti efficaci di tutela degli interessi collettivi lesi da atti illegittimi di rimozione di dirigenti amministrativi".

In definitiva, ciò che interessa sottolineare è che la sentenza in questione riveste una significativa importanza, nel momento in cui, affermando l'incompatibilità della tutela soltanto economica del licenziamento ingiustificato con i suddetti principi costituzionali , giunge praticamente a "costituzionalizzare" la reintegrazione.

Inoltre, la sentenza della Cassazione Sezioni Unite Civili n. 25254 del 1 dicembre 2009 ha affermato che nel rapporto di lavoro di dirigenti pubblici la disciplina del licenziamento non è quella dell'art. 2118 cod. civ., propria dei dirigenti privati, ma segue i canoni del rapporto di lavoro dei dipendenti con qualifica impiegatizia, con la conseguenza che l'illegittimità del recesso comporta gli effetti reintegratori stabiliti dall'art. 18 Stat. Lav. Questo principio è stato affermato anche dalla sentenza della Sezione Lavoro n. 3929 del 20 febbraio 2007 secondo la quale, dichiarato nullo e inefficace il licenziamento di un dirigente per motivi disciplinari inerenti alla responsabilità dirigenziale, il dirigente stesso ha diritto alla reintegrazione nel rapporto d'impiego e nell'incarico dirigenziale, oltre che alle retribuzioni maturate sino all'effettiva reintegrazione; principio questo che, mutatis mutandis, trova applicazione anche in caso di revoca illegittima dell'incarico dirigenziale con la conseguenza che l'Amministrazione è tenuta a ripristinare l'incarico dirigenziale illegittimamente revocato ed a corrispondere le differenze retributive.

Rimanendo sempre in tema, in particolare facendo riferimento ai danni che un dirigente può subire da un

84

ingiustificato licenziamento o provvedimento disciplinare da parte dell'amministrazione, la Suprema Corte, (Sezione Lavoro n. 27888 del 30 dicembre 2009), nell'ambito del rapporto di lavoro contrattualizzato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni - ha affermato che "il giudice ordinario sottopone a sindacato l'esercizio dei poteri, esercitati dall'amministrazione nella veste di datrice di lavoro, sotto il profilo dell'osservanza delle regole di correttezza e buona fede, siccome regole applicabili anche alla stregua dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost.; nella specie vengono in considerazione le norme contenute nell'art. 19 del D. Lgs. 29 del 1993, come sostituito prima dall'art. 11 del D. Lgs. 546 del 1993 e poi dall'art. 13 del D. Lgs. 80 del 1998 e successivamente modificato dall'art. 5 del D. Lgs. 387 del 1998 (art. 19 del D. Lgs. 165 del 2001). Tali norme - ha osservato la Corte - "obbligano l'amministrazione datrice di lavoro al rispetto dei criteri di massima indicati e, successivamente, anche per il tramite delle clausole generali di correttezza e buona fede, "procedimentalizzano" l'esercizio del potere di conferimento degli incarichi (obbligando a valutazioni anche comparative, a consentire forme adeguate di partecipazione ai processi decisionali, ad esternare le ragioni giustificatrici delle scelte)".

Il comportamento tenuto in quel caso da parte di due amministrazioni convenute, le quali, in sostanza, avevano tenuto in uno stato di totale inattività un dirigente per quasi tre anni, senza fornire una giustificazione circa i

criteri seguiti e le motivazioni della scelta adottata nei suoi confronti – ha affermato la Corte – integra un inadempimento contrattuale, produttivo di danno risarcibile. La Cassazione ha anche affermato che la corte di merito adita, in quel caso la Corte d' Appello Roma, aveva correttamente accertato l'esistenza di un danno professionale anche non patrimoniale, in base a plurimi elementi indiziari (ampia e qualificata esperienza professionale, documentata preparazione scientifica, apprezzamento positivo dell'attività espresso dal Ministro, lunga ed ingiustificata durata dell'inattività, protrattasi per circa tre anni, inutilità delle reiterate richieste di affidamento di incarichi, assegnazione di due collaboratori non utilizzabili per mancanza di incombenze, con lesione della dignità anche di fronte a terzi.

3.6 Le responsabilità alla luce delle manovre anticrisi

La crisi degli stati nazionali europei, particolarmente avvertita in Italia con la crisi del debito sovrano, sta costringendo da qualche anno il nostro Paese ad adottare misure di riduzione della spesa pubblica eccezionali. L'entità delle manovre richieste e gli accordi europei sottoscritti portano a dover ridisegnare il peso e il ruolo

86

della spesa pubblica e quindi a riflettere su quali siano le funzioni e i servizi di cui il settore pubblico potrà farsi carico nei prossimi anni ai diversi livelli di governo.

E' indubbio che un ruolo molto importante nella gestione delle scarse risorse pubbliche disponibili, lo possa svolgere il dirigente sia apicale che intermedio. Il duplice ruolo che il dirigente riveste all'interno della Pubblica Amministrazione, chiamato da una parte ad attuare gli indirizzi dell'organo politico e, dall'altra, alla gestione del proprio ufficio, in qualità di datore di lavoro, si riflette anche sulla duplice forma di responsabilità che può essergli addebitata. Al dirigente si potrà, infatti, contestare una responsabilità dirigenziale ex art. 21 d.lgs. 165/2001 e/o una responsabilità disciplinare declinata secondo le diverse previsioni contrattuali. Come analizzato in precedenza, la responsabilità dirigenziale è la responsabilità strettamente connessa all'inosservanza delle direttive impartite o al mancato raggiungimento degli obiettivi mentre la responsabilità disciplinare nasce dall'inadempimento degli obblighi previsti dal contratto ed è, dunque, la responsabilità tipica del lavoratore subordinato e presuppone sempre la verifica della colpa.

Il d.lgs. 165/01 come modificato ed integrato dal d.lgs. 150/09 ha introdotto una serie di obblighi ed adempimenti in capo al dirigente che, se disattesi, rilevano sul piano della responsabilità disciplinare. In primo luogo, si rinviene nell'art. 33 comma 3 del d.lgs. 165/2001 ritoccato dalla legge di stabilità 2012 (l. 183/11) e dal d.l 6 luglio 2012, n. 95, un' ipotesi di responsabilità disciplinare in

caso di mancata attivazione delle procedure finalizzate all'individuazione delle eccedenze delle unità di personale.

In passato, era prevista una responsabilità per danno erariale che non si deve ritenere esclusa ma, in precedenza, la mancanza di un limite temporale poteva rendere di difficile attivazione un giudizio per danno erariale. Tra gli obblighi in capo ai dirigenti in materia di gestione del personale dai quali si ricavano una serie di responsabilità di carattere dirigenziale e disciplinare sui quali è compito dell'Oiv monitorare e chiedere informazioni in materia, rilevano, inoltre: il rispetto del principio di pari opportunità, ad esempio in materia di conferimento degli incarichi dirigenziali e nell'organizzazione del lavoro (art. 7, comma 1, del d.lgs. 165/2001 e art. 57); l'irregolare utilizzo del lavoro flessibile (art. 36, commi 3 e 5, del d.lgs. 165/2001, si ritiene in merito che la relazione ivi prevista debba essere esaminata ed asseverata dall'OIV); l'irregolare utilizzo delle collaborazioni coordinate e continuative per il dirigente che ha stipulato i contratti (art. 7, comma 6, d.lgs. 165/01); il rispetto degli obblighi in materia di assunzioni di categorie protette (art. 39 del d.lgs. 165/2001 e legge 68/1999); il mancato esercizio dell'azione disciplinare o la decadenza dalla stessa (art 55sexies, comma 3, d.lgs. 165/01); i controlli sulle assenze (art. 55-septies, comma 6, d.lgs. 165/2001); la costituzione del Comitato unico di garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere e contro le discriminazioni

88

(art. 57 del d.lgs. 165/2001); la tardiva o mancata adozione del Piano della performance (art. 10, comma 5, del d.lgs. 150/2009); la mancata adozione e realizzazione del Programma triennale per la trasparenza (art. 11, comma 9, d.lgs. 150/09).

I provvedimenti legislativi successivi alla Riforma Brunetta e le recenti misure di contenimento della spesa pubblica hanno aggiunto una serie di nuovi obblighi sulla dirigenza pubblica con l'obiettivo di responsabilizzarla. Già la legge 69/09, rubricata "Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile" aveva previsto ulteriori ipotesi di responsabilità del dirigente legata alla mancata emanazione del provvedimento amministrativo (art. 7) e al mancato rispetto dei termini per la conclusione del procedimento amministrativo (art. 2, comma 7) che rappresentano, dunque, ulteriori elementi di valutazione dei dirigenti, influenti ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato. Infatti le Amministrazioni sono tenute a definire e rendere pubblici i termini per la conclusione di una pratica amministrativa. Qualora non lo facciano i termini sono ridotti a 30 giorni e in caso di mancato rispetto del termine di conclusione del procedimento, le pubbliche amministrazioni sono tenute al risarcimento del danno provocato. La legge 106/2009 ha poi introdotto disposizioni di dettaglio sull'utilizzo del lavoro flessibile. Il provvedimento richiamato ha sancito il principio per cui i dirigenti che avranno commesso irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile, non potranno

ricevere l'indennità di risultato. La sanzione potrà essere comminata a seguito di giudizio negativo emerso dall'esame del rapporto informativo rimesso agli Organismi indipendenti di valutazione delle performance di cui all'art. 14 del decreto legislativo 150/09. Detta sanzione si applica anche qualora l'utilizzo improprio si riferisca ai contratti flessibili relativi a rapporti di lavoro autonomo. L'art. 7, comma 6, del d.lgs n. 165 del 2009, come integrato, nella parte finale, dal comma 27 dell'art. 17, del decreto legge n. 78 del 2009, dispone, infatti che "Si applicano le disposizioni previste dall'articolo 36, comma 3, del presente decreto". Si estende, così, ai contratti di lavoro autonomo, nella forma della collaborazione di natura occasionale o coordinata e continuativa, tanto il monitoraggio quanto la responsabilità sopra descritta.

Appare utile poi richiamare specifici adempimenti e obblighi in materia di trasparenza, posti dal legislatore nazionale, dai quali discendono una serie di responsabilità ex lege in capo alla dirigenza, che andrebbero a loro volta monitorate ai fini dell'erogazione della retribuzione di risultato, nonché ove necessario ai fini dell'adeguamento dei sistemi di valutazione. Si rammentano in particolare: gli artt. 6, 7, 19, 30 e 40bis del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165/2001, in materia di dotazioni organiche, programmazione triennale dei fabbisogni, collaborazioni esterne, incarichi dirigenziali, mobilità e contrattazione integrativa; l'art. 21 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di organigrammi, indirizzi di posta elettronica,

90

numeri di telefono degli uffici, retribuzioni, tassi di assenteismo e presenza; l'art. 54 del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (Cad), in materia di contenuto obbligatorio dei siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni; l'art. 57bis, comma 3, d.lgs. 82/05, modificato dall'art. 17, l. 102/09 in materia di aggiornamento degli indirizzi delle P.A. e dei contenuti necessari al completamento dell'indice almeno con cadenza semestrale. Si ricorda che già il comma 9 dell'art. 11 del d.lgs. 150/2009 pone in capo al dirigente responsabile della pubblicazione dei dati, la sanzione della mancata erogazione dell'indennità di risultato. Inoltre, in base alle recenti modifiche al Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. 235/2010), i commi 1-bis e 1-ter dell'art. 12 del d.lgs. 82/2005 dispongono, rispettivamente, che gli organi di indirizzo politico prevedano nelle direttive e nei piani di performance, disposizioni per l'attuazione del Codice e che i dirigenti rispondono per responsabilità dirigenziale e disciplinare dell'attuazione delle disposizioni indicate nel Codice. L'art. 11 del d.lgs. 118/2011 ha poi previsto che "Le amministrazioni pubbliche [...] redigono un rendiconto semplificato per il cittadino, da divulgare sul proprio sito internet, recante una esposizione sintetica dei dati di bilancio, con evidenziazione delle risorse finanziarie umane e strumentali utilizzate dall'ente nel perseguimento delle diverse finalità istituzionali, dei risultati conseguiti con riferimento a livello di copertura ed alla qualità dei servizi pubblici forniti ai cittadini e del'eventuale relativo scostamento tra costi standard e costi effettivi". Ai sensi

dell'art. 8 del d.l. 98/2011, viene, inoltre, stabilito che tutti gli enti e gli organismi pubblici siano tenuti ad inserire nel proprio sito istituzionale, curandone altresì il periodico aggiornamento, l'elenco delle società di cui detengono, direttamente o indirettamente, quote di partecipazione anche minoritaria indicandone l'entità, nonché una rappresentazione grafica che evidenzia i collegamenti tra l'ente o l'organismo e le società ovvero tra le società controllate e indicare se, nell'ultimo triennio dalla pubblicazione, le singole società hanno raggiunto il pareggio di bilancio. Ciò al fine di avere una visione integrata e consolidata dei servizi e del bilancio. Si tratta, inoltre, di informazioni rilevanti per conoscere la situazione finanziaria di tali società e la performance organizzativa dell' Ente e comprendere quali siano i margini di miglioramento di efficienza ed efficacia e gli spazi per conseguire ulteriori risparmi. In tale direzione vanno, altresì, le disposizioni contenute nel d.lgs. 149/2011 in materia di sistemi premianti e sanzionatori rivolti a regioni ed enti locali.

Si rammentano infine le disposizioni previste in materia di spesa (v., tra gli altri, il d.l. 78/2010) che prevedono una serie di responsabilità per mancato rispetto delle disposizioni di cui agli articoli 6, 9 e 14 del citato decreto legge di manovra finanziaria. Norme sulla gestione che in quanto tali sono sottoposte ai principi sulla trasparenza totale. Provvedimenti successivi alla Riforma Brunetta, hanno poi introdotto nuove misure in materia di gestione delle risorse umane che se ottemperate

92

comportano ulteriori obblighi per il dirigente. Tra questi, si ricordano, l'art. 16, comma 4 del d.l. 98/2011 che prevede la facoltà per le pubbliche amministrazioni di adottare dei piani di razionalizzazione attraverso i quali finanziare la contrattazione integrativa e il premio di produttività individuale e l' art. 27, comma 2, del d.lgs. 150/2009 che assegna all'Oiv il compito di validare i risparmi previsti nei piani di razionalizzazione per finanziare il premio di efficienza. Si tratta di disposizioni che, rientrando ampiamente nell'ambito di applicazione dell'art. 11, comma 1, del d.lgs. 150/2009 (Informazioni concernenti ogni a- spetto dell'organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali), sono, parimenti, sottoposte agli obblighi in materia di pubblicità e trasparenza.

Posto che, la trasparenza costituisce uno standard qualitativo ai sensi del comma 1 dell'art. 1 del d.lgs. 198/2009, si ricorda che, con l'obbligo di pubblicità, sono previste delle ricadute, in termini di responsabilità dirigenziale e disciplinare, in capo al dirigente responsabile di quei dati o della pubblicazione del Piano sulla trasparenza. Anche in caso di nomina di responsabile della pubblicazione dei dati e del Pia- no della trasparenza è riscontrabile sempre una corresponsabilità da parte dei dirigenti in possesso delle informazioni oggetto di trasparenza. Fermo restando la responsabilità dirigenziale e quindi gli effetti sulla decurtazione della retribuzione di risultato, in alcuni casi è possibile prevedere la

responsabilità disciplinare con le sanzioni conservative previste in caso di mancato rispetto dell'obbligo di legge. Gli Organismi indipendenti di valutazione sono tenuti a verificare il rispetto delle norme sulla trasparenza e a valutarne l'impatto sulla valutazione di risultato della dirigenza, sia come obiettivo specifico sia come comportamento organizzativo del dirigente.

Da ultimo, anche la legge anticorruzione n. 190 del 2012 ha previsto alcune ipotesi tipiche di responsabilità dirigenziale (che, in verità, sembrano riconducibili in modo più coerente ad ipotesi di responsabilità disciplinare): per mancata predisposizione del piano anticorruzione (art. 1, comma 8), per inadeguata vigilanza del responsabile anticorruzione a fronte di illeciti (art. 1, comma 12) o di ripetute violazioni del piano anticorruzione da parte del personale (art. 1, comma 14), per mancata o incompleta pubblicazione delle informazioni sulla trasparenza dell'amministrazione (art. 1, comma 33).

Viene quindi introdotta tra i dirigenti dell'amministrazione centrale la figura del responsabile della prevenzione della corruzione (comma 7) i cui compiti sono definiti nei commi successivi: chi ha la responsabilità di controllare il fenomeno della corruzione ha l'obbligo, sotto la propria responsabilità, di predisporre un piano delle aree a rischio e il livello di esposizione. Il responsabile sarà un dirigente di prima fascia, e negli enti locali, di norma, il segretario comunale o provinciale. A carico del dirigente anticorruzione sono previste sanzioni

94

in caso di inadempienze (comma da 12 a 14) che configurano pertanto ipotesi di “responsabilità dirigenziale”. Entro il 31 gennaio di ogni anno deve essere adottato il piano triennale di prevenzione della corruzione e trasmesso al Dipartimento della funzione pubblica. La mancata predisposizione del piano anticorruzione e la mancata adozione delle procedure per la selezione e la formazione dei dipendenti costituiscono elementi di valutazione della responsabilità dirigenziale. In caso di commissione, all’interno dell’amministrazione, di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato, il responsabile risponde sul piano disciplinare, oltre che per il danno erariale e all’immagine della pubblica amministrazione. La sanzione disciplinare a carico del responsabile della prevenzione della corruzione non può essere inferiore alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da un minimo di un mese ad un massimo di sei mesi. In caso di ripetute violazioni delle misure di prevenzione previste dal piano, il responsabile individuato ai sensi del comma 7 risponde ai sensi dell'art. 21, d.lgs. n. 165/01, e successive modificazioni, nonché, per omesso controllo, sul piano disciplinare. La violazione, da parte dei dipendenti dell'amministrazione, delle misure di prevenzione previste dal piano costituisce illecito disciplinare. Al fine di combattere gli abusi nell'utilizzo del lavoro flessibile, entro il 31 dicembre di ogni anno, sulla base di apposite istruzioni fornite con Direttiva del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, le amministrazioni devono redigere un

analitico rapporto informativo sulle tipologie di lavoro flessibile utilizzate da trasmettere, entro il 31 gennaio di ciascun anno, ai nuclei di valutazione e al Dipartimento della funzione pubblica che redige una relazione annuale al Parlamento. Al dirigente responsabile d'irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato.

I commi 44 e 45 dell'art. 1 infine dispongono circa il Codice di comportamento di cui dovranno dotarsi le amministrazioni adottato previo parere dell'Oiv, sulla base dei criteri, delle linee guida e dei modelli predisposti dalla CiVIT; una copia del Codice andrà consegnata ai dipendenti all'atto dell'assunzione, con obbligo di sottoscrizione. Un aspetto fondamentale della prevenzione dai fenomeni corruttivi è rappresentato, quindi, dalla formazione del personale, in particolare per quello preposto all'esercizio di mansioni in settori c.d. più "sensibili". Tra questi settori a rischio figura quello degli appalti e dei bandi di gara pubblici. A monitorare il corretto svolgimento del lavoro d'ufficio, con sanzioni che giungono fino al licenziamento per i casi più gravi, sarà, anche in tal caso, il responsabile nominato.

Infine, l'ultima (per ora) innovazione regolamentare che incide sugli obblighi e sulla responsabilità del dirigente pubblico si rinviene nel nuovo codice di comportamento dei dipendenti pubblici disciplinato dal DPR n. 62 del 13 aprile 2013. L'art. 13 del codice, disciplina gli obblighi di condotta cui è tenuto il dirigente, che si aggiungono a quelli previsti per tutti i dipendenti. I

96

destinatari delle norme non sono solo i dirigenti di prima e seconda fascia, ma anche i titolari di incarico dirigenziale (ai sensi dell'art. 19 comma 6 del d.lgs. 165 del 2001) e tutti coloro che "svolgono funzioni equiparate ai dirigenti operanti negli uffici di diretta collaborazione delle autorità politiche, nonché ai funzionari responsabili di posizione organizzativa negli enti privi di dirigenza". Il codice quindi ha preferito optare per una definizione "sostanziale" di dirigente, comprendendo anche quei soggetti che a vario titolo (e quindi anche se non inquadrati nei ruoli dirigenziali) si trovano a svolgere anche in via temporanea una funzione di direzione di un ufficio.

Innanzitutto, la disciplina prevede a carico del dirigente un obbligo di comunicazione da assolvere prima di assumere le funzioni, relativo alla sua situazione di eventuale conflitto di interessi e cioè le "partecipazioni azionarie e gli altri interessi finanziari che possano porlo in conflitto di interessi con la funzione pubblica che svolge e dichiara se ha parenti e affini entro il secondo grado, coniuge o convivente che esercitano attività politiche, professionali o economiche che li pongano in contatti frequenti con l'ufficio che dovrà dirigere o che siano coinvolti nelle decisioni o nelle attività inerenti all'ufficio."

La norma, forse con un eccesso di garantismo, impone anche al dirigente di informare l'amministrazione sulla propria situazione patrimoniale. "Il dirigente assume atteggiamenti leali e trasparenti e adotta un

comportamento esemplare e imparziale nei rapporti con i colleghi, i collaboratori e i destinatari dell'azione amministrativa"(art. 13 comma 4). La prima regola di condotta che il Codice impone ai dirigenti è quella di avere in prima persona un comportamento integerrimo che renda manifesta la convinzione del dirigente di essere al servizio di obbiettivi generali, senza strumentalizzare la propria posizione personale per diminuire il proprio lavoro facendolo gravare sui collaboratori e dipendenti. L'atteggiamento di lealtà richiesto al dirigente si manifesta innanzitutto, quindi, nei confronti dell'Amministrazione di appartenenza, che il dirigente deve onorare con la tensione ad un miglioramento continuo sia in termini di diligenza e puntualità nell'adempimento dei propri compiti che nel porre a frutto tutte le risorse umane disponibili per l'ottimale andamento dell'ufficio. La lealtà verso i collaboratori si manifesta poi con un atteggiamento trasparente e imparziale nei confronti di tutti, il che comporta, come si vedrà poi, valorizzare le differenze, premiare i migliori e sanzionare quando ciò sia necessario. Tanto, è non di rado l'esatto contrario del clima culturale di appiattimento che per anni si è diffuso e consolidato in molti uffici pubblici, dove la onnipresenza sindacale e l'amore per il quieto vivere hanno determinato una generale tendenza al ribasso del clima e delle risorse umane presenti in ufficio.

In secondo luogo, "Il dirigente svolge con diligenza le funzioni ad esso spettanti in base all'atto di conferimento dell'incarico, persegue gli obiettivi assegnati e adotta un

98

comportamento organizzativo adeguato per l'assolvimento dell'incarico." Nell'ambito del comportamento organizzativo necessario per l'adempimento dell'incarico il dirigente deve misurarsi in particolare con il fattore tempo, di rilevante importanza da quando il legislatore, con le modifiche all'art. 2 della l.241/90 ha dato rilievo sia ai fini risarcitori, che disciplinari e di responsabilità contabile dell'inosservanza del termine finale prefissato per il singolo procedimento.

In terzo luogo, l'art. 13 comma 5 pone a carico del dirigente una serie di comportamenti diretti a creare nella struttura cui è preposto un clima positivo che la norma definisce "benessere organizzativo". "Il dirigente cura, compatibilmente con le risorse disponibili, il benessere organizzativo nella struttura a cui è preposto, favorendo l'instaurarsi di rapporti cordiali e rispettosi tra i collaboratori, assume iniziative finalizzate alla circolazione delle informazioni, alla formazione e all'aggiornamento del personale, all'inclusione e alla valorizzazione delle differenze di genere, di età e di condizioni personali".

In quarto luogo, Il principio che costituisce l'indispensabile presupposto per il buon andamento dell'ufficio è rappresentato dal comportamento imparziale del dirigente nei confronti dei collaboratori ai fini della ripartizione del lavoro e degli incarichi. "Il dirigente assegna l'istruttoria delle pratiche sulla base di un'equa ripartizione del carico di lavoro, tenendo conto delle capacità, delle attitudini e della professionalità del

personale a sua disposizione. Il dirigente affida gli incarichi aggiuntivi in base alla professionalità e, per quanto possibile, secondo criteri di rotazione" (art. 13 comma 6 Codice).

Principio cardine di buon andamento dell'Amministrazione, sancito dall'art, 97 della Costituzione è quello dell'imparzialità: "I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione." Diverse infatti sono le sfaccettature dell'imparzialità, dovendosi intendere tale principio come un comportamento equidistante in relazione a situazioni contrapposte.L'imparzialità può infatti intendersi come :

imparzialità esterna, nei confronti del personale da assumere e nel servizio da rendere ai cittadini;

b) imparzialità interna, come regola di condotta all'interno dell'ufficio in relazione alla distribuzione del lavoro e degli incarichi.

Se la giurisprudenza in modo sempre più stringente impone all'Amministrazione il rispetto del fondamentale principio di imparzialità nell'attribuzione degli incarichi, sul fronte interno, il legislatore si spinge a dare rilievo disciplinare al principio di imparzialità, articolato poi secondo i criteri indicati dall'art. 13 del codice disciplinare. Ai sensi del comma 4 dell'art. 13 il dirigente è tenuto ad un atteggiamento imparziale nei confronti dei "colleghi, collaboratori e destinatari dell'azione amministrativa". L'obbligo di "imparzialità interna" da

parte del dirigente si traduce in quello di assegnare "l'istruttoria delle pratiche sulla base di un'equa ripartizione del carico di lavoro, tenendo conto delle capacità, delle attitudini e della professionalità del personale a sua disposizione. Il dirigente affida gli incarichi aggiuntivi in base alla professionalità e, per quanto possibile, secondo criteri di rotazione". La promozione della cultura del merito, come già sopra espresso, non può prescindere dal rispetto del criterio di anzianità sebbene unito al possesso di competenze specifiche richieste per il singolo incarico, diversamente traducendosi in arbitrarie e immotivate preferenze. Ad ovviare fenomeni di tal genere appare fondamentale il rispetto del criterio della rotazione degli incarichi, imposto dallo stesso art. 13, nonché della trasparenza nella assegnazione degli stessi, come prescritto dalla articolata disciplina del d.lgs. 33 del 2013.

L'art. 16 disciplina la responsabilità conseguente alla violazione del codice. Per quanto concerne la irrogazione delle sanzioni, l'art. 55, comma 4, del d.lgs. 165 del 2001 prescrive che per le infrazioni disciplinari ascrivibili al dirigente "le determinazioni conclusive del procedimento sono adottate dal dirigente generale o titolare di incarico conferito ai sensi dell'articolo 19, comma 3." E cioè il Segretario generale di ministeri, il Direttore di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali, in caso di dirigenti di prima fascia. Compito dei singoli appartenenti alla p.a., nonché delle associazioni di categoria (anche mediante la richiesta di pubblicazione ai

sensi dell'art. 5 d.lgs. 33 del 2013) sarà quello di adoperarsi perché i criteri di trasparenza e valorizzazione del merito siano effettivamente posti in essere, per tradurre i principi previsti dalla legge dalla carta alla realtà nella prospettiva del superamento dei privilegi e della attuazione di un agire più giusto sia a tutela di tutti i dipendenti delle p.a. che del servizio ai cittadini.

3.7 Trattamento economico

L'art 45 del D. Lgs. 150/2009 integra la precedente definizione delle regole preposte all'assegnazione del trattamento economico accessorio dei dirigenti pubblici, secondo criteri volti, anche qui, ad implementare il principio della valorizzazione del merito, riprendendo in sostanza quanto già prescritto dalla legge delega 15/2009.

Il decreto di riforma modifica, in primo luogo, il comma 1° dell'art. 24 D. Lgs. 165/2001, correggendo una discrasia della previgente formulazione. La norma, infatti, stabilendo che la retribuzione del personale con qualifica di dirigenziale è determinata dai contratti collettivi per le aree dirigenziali, prevedeva testualmente che il trattamento economico accessorio fosse "correlato alle funzioni attribuite e alle connesse responsabilità". È stata ora opportunamente aggiunta la locuzione dei "risultati conseguiti" quale parametro richiamato in via generale.

È bene ricordare che la struttura retributiva della dirigenza è segnata da due principi: a) presenza, accanto

alla componente stipendiale fondamentale, di componenti retributive accessorie collegate alla pesatura delle posizioni organizzative e ai risultati (retribuzione di posizione e di risultato); b) onnicomprensività del trattamento economico dei dirigenti, come prescritto dal comma 3° dell'art. 24 D. Lgs. 165/2001.

La riforma Brunetta, poi, introduce, l'importante principio secondo cui "il trattamento accessorio collegato ai risultati deve costituire almeno il 30 per cento della retribuzione complessiva del dirigente considerata al netto della retribuzione individuale di anzianità e degli incarichi aggiuntivi soggetti al regime dell'onnicomprensività". È questo il contenuto del comma 2° bis dell'art. 24 D. Lgs. 165/2001. Si da in questo modo corpo alla fissazione ex lege di una percentuale minima della retribuzione complessiva da riservare al trattamento accessorio collegato ai risultati. A tale disposizione fanno seguito due ulteriori commi (1° ter e 1° quater) aggiunti all'art. 24 cit. dal legislatore delegato. Il primo indica una direttrice di marcia ai contratti collettivi nazionali, che "incrementano progressivamente la componente legata al risultato, in modo da adeguarsi a quanto disposto dal comma 1° bis entro la tornata contrattuale successiva a quella decorrente dal 1 gennaio 2010, destinando comunque a tale componente tutti gli incrementi previsti per la parte accessoria della retribuzione". Viene anche precisato che " la disposizione di cui al comma 1° bis non si applica alla dirigenza del Servizio sanitario nazionale e dall'attuazione del medesimo comma non devono derivare nuovi o

maggiori oneri per la finanza pubblica".

Con una norma di salvaguardia, il nuovo comma 1° quater dell'art. 24 in commento vieta di corrispondere, al dirigente responsabile, la parte della retribuzione collegata al raggiungimento dei risultati della prestazione "qualora l'amministrazione di appartenenza, decorso il periodo transitorio di sei mesi dall'entrata in vigore del decreto legislativo di attuazione della delega di cui alla Legge 4 marzo 2009, n. 15, non abbia predisposto il sistema di valutazione di cui al Titolo II del citato decreto legislativo". Tale divieto, peraltro, appare squilibrato a danno dei dirigenti, perché questi subiscono una penalizzazione a causa della mancata o ritardata attuazione del meccanismo valutativo da parte dell'amministrazione, facendo ricadere sui primi l'inerzia della seconda. Seppur nulla sia espressamente previsto a carico dell'amministrazione nel caso di ritardo nella costituzione del sistema di valutazione, si apre la strada a possibili azioni giudiziarie dei dirigenti, per trovare soddisfacimento alle proprie ragioni attraverso la richiesta di un risarcimento del danno patito per non essere stati valutati.

Anche la giurisprudenza contabile conferma il principio della onnicomprensività della retribuzione sancito dal TUPI. Infatti, la Corte dei Conti, Sezione giurisdizionale per la Campania, con la sentenza n. 1396/2011, ha ribadito il principio della responsabilità amministrativa per quei dirigenti pubblici i quali incassano compensi in violazione del principio

dell'onnicomprensività della retribuzione contenuto nell'art. 24 del Dlgs. n. 165/2001, sostenendo inoltre che la presenza di disposizioni legislative che ammettono l'erogazione di tali compensi non azzera la responsabilità degli stessi dirigenti, dato che le uniche eccezioni sono quelle previste dai contratti collettivi nazionali di lavoro. Il nodo principale della vicenda è rappresentato dall'art. 24 summenzionato e intitolato "Trattamento economico", con il quale il legislatore ha inteso disciplinare il principio dell'onnicomprensività del trattamento economico spettante al personale della pubblica amministrazione con qualifica dirigenziale. Non va però taciuto il fatto che l'introduzione di tale norma ha creato, tuttavia, molti problemi di natura applicativa derivanti proprio dalla necessità di individuare le fattispecie di incarichi da far rientrare nel principio dell'onnicomprensività. Il profilo di illegittimità evidenziato nel comportamento dei due dirigenti, così come ribadito dalla Corte nella sentenza in oggetto, afferisce proprio alla violazione dell'art. 24 del T.U. sul pubblico impiego e, quindi, al concetto di onnicomprensività della retribuzione dirigenziale, in esso contenuto. L'art. 24 testualmente recita che: "Il trattamento economico stabilito dalla contrattazione collettiva ... remunera tutte le funzioni ed i compiti attribuiti ai dirigenti ... nonché qualsiasi incarico ad essi conferito dall'amministrazione presso cui prestano servizio o su designazione della stessa".

Si segnala, come gli stessi giudici hanno avuto modo di chiarire che il suddetto articolo è oggetto di

un'interpretazione restrittiva e rigorosa, sia da parte dell'ARAN, sia da parte della stessa giurisprudenza, soprattutto a seguito del parere emesso dal Consiglio di Stato, Commissione per il pubblico impiego, reso in data 04.05.2005, che segna quasi una pietra miliare nella corretta interpretazione della norma, circoscrivendo pertanto chiaramente l'ammissibilità di ulteriori compensi spettanti ai dirigenti, solo in presenza di ipotesi specifiche ed eccezionali.

Infatti La Commissione speciale del Consiglio di Stato osserva, in proposito, che il principio dell'onnicomprensività, di cui si discute, risulta ispirato al soddisfacimento di una pluralità di esigenze, ed in ispecie risulta legato con un rapporto di stretta conseguenzialità alla particolare posizione che assumono i dirigenti, nell'ambito dell'organizzazione della pubblica amministrazione, specie dopo la riforma relativa alla "privatizzazione" del rapporto di pubblico impiego, di cui al decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni e integrazioni. "Come è noto, in base alla normativa suddetta ai predetti dirigenti è stata attribuita la diretta responsabilità in materia di gestione finanziaria, tecnica ed amministrativa, restando demandata agli Organi di governo la funzione di definire gli obiettivi ed i programmi da attuare, nonché di verificare la rispondenza dei risultati della gestione amministrativa alle direttive generali impartite. Un simile mutamento di prospettiva, quindi, ha sensibilmente accentuato l'ambito delle pur ampie responsabilità già attribuite alla dirigenza dal d.P.R.

30 giugno 1972, n. 748, e la disciplina mediante lo strumento contrattuale dei singoli rapporti ha coerentemente consentito non solo di rapportare la retribuzione all'impegno ed alla complessità dei compiti connessi alle diverse posizioni organiche, ma anche di corrispondere un trattamento economico accessorio collegato ai risultati effettivamente conseguiti nell'espletamento dell'attività. In ogni caso va opportunamente sottolineato che il carattere contrattuale del rapporto di impiego implica necessariamente un incontro della volontà delle parti, anche per quanto riguarda la determinazione del compenso, che non viene ora rapportato a parametri rigidamente predeterminati per legge, come avveniva precedentemente pure per la categoria della dirigenza. Trattandosi, d'altronde, di un impegno di carattere esclusivo, nell'espletamento del quale il funzionario deve prestare tutta la sua opera (con le sole eccezioni previste per gli incarichi non compresi nei compiti e doveri d'ufficio, autorizzabili ai sensi dell'art. 53 del citato decreto legislativo n. 165 del 2001), la corresponsione di un trattamento economico onnicomprensivo appare coerente con i fondamentali principi di correttezza e di trasparenza che debbono caratterizzare l'organizzazione dei pubblici uffici, e si palesa, altresì, maggiormente rispondente all'opportunità di consentire un più equo e favorevole trattamento previdenziale e pensionistico per il personale in questione".

Tornando, invece alla sentenza della Corte dei conti di

cui sopra, i giudici sottolineano che il legislatore, nel formulare l'art. 24 del D.lgs. n. 165/2001, ha inteso creare una regola avente carattere generale, che fosse anche congruente con l'avvenuta attribuzione alla contrattazione collettiva della riserva di disciplina della retribuzione del personale con qualifica dirigenziale, così che la sua nuova composizione risultasse essere esaustiva di ogni possibile spettanza connessa alle relative funzioni. Inoltre, prosegue la Corte, esprimendo un importantissimo principio: "La ratio restrittiva della norma è di immediata percezione, ed altrettanto chiara si presenta la valenza interpretativo/ applicativa della stessa, rispetto ad altre disposizioni previgenti o successive che rechino indicazioni con essa contrastanti: queste ultime devono essere lette o rilette in modo conforme al nuovo canone posto, sollevando, ove ritenuto necessario, appositi quesiti presso l'ARAN o il Dipartimento della Funzione Pubblica".

CAPITOLO IV

UN CASO CONTROVERSO DI SPOILS SYSTEM: LA FIGURA DELLA CONSIGLIERA NAZIONALE DI PARITA'

4.1 La vicenda in concreto

Dopo la ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale sulla dirigenza pubblica e sullo spoils system, appare utile affrontare l'analisi di un caso problematico di revoca dell'incarico. L'avvenimento in questione rileva anche in considerazione della particolarità della figura istituzionale coinvolta nella vicenda: la Consigliera nazionale di parità.

A seguito di un incontro dei rappresentanti delle organizzazioni sindacali Fiom/Cgil e Fim/Cisl con la Consigliera Nazionale di Parità, Prof.ssa Fausta Guarriello, richiesto dalle OO.SS stesse per evidenziare come le nuove normative introdotte dal Governo pro tempore fossero fortemente penalizzanti nei confronti del lavoro femminile, la Consigliera raccoglieva le osservazioni e si impegnava a rappresentare nelle sede opportune le preoccupazioni emerse.

Infatti con atto ufficiale, protocollato con nota n. 14995/UCNP del 23 luglio 2008, comunicava al Ministro del Lavoro le proprie perplessità e sottolineava in

particolare le problematiche relative alla detassazione degli straordinari e in materia di distribuzione dei premi aziendali ad personam, metteva in evidenza le misure idonee ad accrescere il divario salariale tra lavoratori e lavoratrici, accentuando la discriminazione basata sulla differenza di genere. Tutto ciò "a causa della rilevata impossibilità/difficoltà delle donne ad un sistematico prolungamento degli orari di lavoro dovuta all'ineguale ripartizione tra uomini e donne del lavoro di cura non solo dei figli ma anche dei familiari in condizioni di bisogno" (Nota prot. n. 14995/UCNP del 23 luglio 2008)

La medesima Consigliera segnalava inoltre le eventuali ripercussioni che l'abrogazione della legge 188/2007 sulle c.d. dimissioni in bianco avrebbe potuto generare, privando di tutela le lavoratrici in un momento critico quale quello della gravidanza nel quale sono più soggette a rischi di discriminazione.

La stessa nota veniva inoltrata anche al Ministro per le Pari opportunità on. Mara Carfagna, la quale rispondeva apportando le proprie obiezioni e garantendo in tal modo il corretto dialogo istituzionale.

Il Ministro del Lavoro, invece, non replicava ma con nota del 13 ottobre 2008, prot. n. 13/I/00 18929, comunicava alla Consigliera nazionale di parità, ai sensi dell'art. 7 della legge n. 241/1990, l'avvio del procedimento "volto a verificare la sussistenza dei presupposti per l'applicazione dell'art. 6 della legge 15 luglio 2002 n. 145 alla nomina di Consiglierà nazionale di

parità”[2].

La Prof.ssa Guarriello interveniva nel procedimento inviando memoria partecipativa ai sensi dell'art. 10 lett. b) della legge 241/1990, sostenendo l'inapplicabilità dell'art. 6 della L. 145/2002 alla figura della Consigliera di Parità. La memoria non produceva alcun esito e il 4 novembre riceveva Decreto ministeriale di revoca della nomina (nota prot. n. MLSPS 13- IV- 20313) motivato dal “radicale dissenso delle iniziative legislative recentemente adottate dal Governo”[3].

4.2. La figura del Consigliere di Parità: dal diritto comunitario all’ordinamento interno.

A livello comunitario il principio di eguaglianza tra uomini e donne riveste un’importanza sempre crescente tanto che all’art. 13 del Trattato europeo sono previste le direttive antidiscriminatorie (di seconda generazione) che ammettono azioni positive per realizzare le pari opportunità, secondo la seguente formulazione: “Il principio di eguaglianza non osta a che gli Stati approvino norme rivolte alla rimozione degli ostacoli che impediscono al sesso sottorappresentato.....”. Le azioni

---

[2] Nota del 13 ottobre 2008, prot. n. 13/I/00 18929;

[3] Nota prot. n. MLSPS 13-IV-20313;

positive vengono pertanto rimesse alle scelte di opportunità fatte dai singoli Stati membri.

Con l'intento di razionalizzare la materia delle discriminazioni di sesso e di genere si è poi proceduto, sia in ambito comunitario che in ambito interno, ad introdurre nuove norme fino al 2006 quando è stata emanata dalla Comunità Europea la direttiva n. 2006/54 riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego. Essa mira a coinvolgere tutti i soggetti interessati presenti negli Stati membri, dalle istituzioni territoriali alle parti sociali, dai datori pubblici a quelli privati, dai responsabili delle formazione professionale alle organizzazioni non governative, perché sia combattuta ogni forma di discriminazione basata sul sesso e per rendere davvero effettivo il c.d. diritto antidiscriminatorio.

Tra gli strumenti volti ad assicurare tale effettività, sono state previsti sia il rafforzamento del ruolo delle istituzioni di parità già presenti sul territorio interno, sia la creazione di nuovi organismi con funzioni consultive e paragiurisdizionali e con funzioni di sensibilizzazione, informazione e assistenza tecnica e legale alle vittime di ogni forma di discriminazione. In particolar modo, viene concesso a tali soggetti di stare in giudizio nei processi per discriminazione per conto o a sostegno della persona che si ritiene discriminata.

L'art. 8-bis della direttiva n. 2002/73 impone agli Stati membri di "designare uno o più organismi per la

promozione, l'analisi, il controllo e il sostegno della parità di trattamento(…)" precisando che "tali organismi possono far parte di agenzie incaricate, a livello nazionale, della difesa dei diritti umani o della salvaguardia dei diritti individuali". L'influsso dell'ordinamento comunitario ha così portato ad una maggiore "consapevolezza" all'interno degli Stati delle politiche di eguaglianza: la scelta di puntare su istituzioni specializzate per diffondere e realizzare tali politiche, va senz'altro in tale direzione.

In Italia si è prodotta una ricca stratificazione normativa a riguardo degli organismi posti a presidio della parità di trattamento: in forza della legge 125/1991, oltre alle funzioni di garanzia delle pari opportunità svolte nell'ambito delle Commissioni regionali e provinciali per l'impiego, la figura della Consigliera di Parità, assume attribuzioni autonome per la pari opportunità tra uomini e donne nel lavoro e per la tutela contro le discriminazioni in genere.

A dire il vero la figura stessa (della Consigliera di Parità) è prevista dal nostro ordinamento sin dal 1984 in qualità di componente degli organismi collegiali istituiti a livello territoriale (ex Commissioni regionali e provinciali per l'impiego) preposti alle politiche attive del lavoro.

Tuttavia, la legge n.125/1991 ha dato un diverso e nuovo impulso alla figura e alle funzioni della Consigliera di parità. Infatti tale normativa, ha delineato più compiutamente i contorni della figura istituzionale attribuendole quel ruolo strategico per la promozione e il controllo dell'attuazione dei principi di parità di

trattamento tra uomini e donne nel lavoro, che riveste tutt'ora.

Successivamente, il D.lgs. 196/2000 interviene a rafforzare gli strumenti volti a promuovere l'occupazione femminile, a contrastare le discriminazioni sui luoghi di lavoro e a meglio definire i compiti attribuiti alle Consigliere di parità.

Nel 2006 viene emanato il "Codice delle pari opportunità tra uomo e donna" (d.lgs. n. 198/2006, sulla base della legge delega n. 246/2005), secondo cui l'Ufficio della Consigliera si articola a livello territoriale su tre fasce, nazionale, regionale e provinciale, collegati tra loro secondo un sistema a rete (art. 12); l'Ufficio è ubicato pertanto rispettivamente presso la direzione centrale, regionale e provinciale del lavoro.

"E' organo monocratico, nominato dal Ministro del lavoro di concerto con il Ministro delle Pari opportunità, su designazione degli organi a tal fine individuati dalle Regioni e dalle Province tra persone in possesso di requisiti di specifica competenza ed esperienza pluriennale in materia di lavoro femminile, di normativa sulla parità e pari opportunità nonché di mercato del lavoro" (art. 14).

Le azioni della Consigliera nazionale di parità si caratterizzano pertanto per la duplice funzione istituzionale di vigilanza contro le discriminazioni e di promozione della parità e pari opportunità in ambito lavorativo. Quanto all'attività antidiscriminatoria, si contraddistingue per la titolarità nelle azioni in giudizio di natura collettiva. Inoltre, collabora con istituzioni e attori

del mondo del lavoro al fine di promuovere la costituzione di reti/network: una complessa interazione, che prevede momenti di collaborazione e momenti di confronto, a tutela di interessi collettivi ed individuali che non trovano espressione sufficiente nei normali processi decisionali, a causa di fenomeni radicati di discriminazione e sottorappresentazione delle donne[4].

La complessa attività della Consigliera di parità si configura come un'attività finalizzata alla promozione dell'uguaglianza sia attraverso meccanismi di tipo promozionale sia di tipo coercitivo, tramite un plesso organizzativo caratterizzato da un elevato grado di discrezionalità tecnica e di incidenza sui diritti fondamentali assumendo veste formale di Authority.

Infatti, istituzionalmente si occupa della trattazione dei casi di discriminazione di rilevanza nazionale, e della promozione di pari opportunità anche mediante la partecipazione a diversi organismi di rilevanza nazionale che si interessano di politiche attive del lavoro, di formazione e di conciliazione, al fine di individuare – in tali sedi - linee di intervento per la realizzazione e la diffusione del mainstreaming di genere. È componente del Comitato Nazionale di Parità, e del Collegio Istruttorio, istituiti al Ministero del Lavoro: in tali ambiti partecipa all'attività di analisi, istruttoria e valutazione di progetti di azioni positive e collabora alla stesura dei pareri adottati dal suddetto Collegio Istruttorio (http://www.lavoro.gov.it/ConsiglieraNazionale/LM/Consigliera/

[4] http://www.lavoro.gov.it/ConsiglieraNazionale/LM/Consigliera/Pages/default.aspx

Pages/default.aspx)

Inoltre, coordina la Rete nazionale delle Consigliere e dei Consiglieri di parità, istituita al fine di rafforzare le funzioni di tutte le Consigliere di parità, di accrescere l'efficacia della loro azione, di consentire lo scambio di esperienze e buone prassi. Opera quale punto di riferimento e di raccordo degli Uffici regionali e provinciali per quanto riguarda l'informazione e la documentazione di aggiornamento legislativo e giurisprudenziale in tema di parità e pari opportunità. Offre consulenza e supporto sulle modalità di avvio delle istruttorie nei casi di presunta discriminazione, e raccoglie dati sull'attività svolta dalle Consigliere regionali e provinciali, con l'intento di favorire lo scambio e la diffusione di best practices. Entro il 31 marzo di ogni anno elabora, anche sulla base dei rapporti stilati dalle Consigliere regionali e provinciali, un rapporto al Ministro del Lavoro e al Ministro per le Pari Opportunità sulla propria attività e su quella svolta dalla Rete nazionale.

4.3 Natura giuridica dell'organismo della Consigliera di Parità

Le direttive comunitarie n. 2000/43, n. 2002/73, n. 2004/113 e n.2006/54, come in parte visto sopra, avevano obbligato gli Stati membri a dotarsi di organismi per la

promozione della parità di trattamento. In realtà, l'Italia era già da oltre un ventennio dotata di organismi istituzionali a presidio della parità di trattamento e di promozione delle pari opportunità tra uomini e donne anche se solo nel 2006 il legislatore introduceva il "Codice delle pari opportunità tra uomini e donne", il quale riassumeva le disposizioni normative vigenti.

Sul versante europeo, l'intenzione del legislatore (comunitario) era quella di imprimere effettività al nuovo diritto antidiscriminatorio, alternando misure normative a politiche di accompagnamento "soft law". Al fine di proteggere la persona rispetto ai molteplici meccanismi di discriminazione, l'Italia avrebbe potuto propendere per organismi di tutela quali Ong, associazioni, fondazioni, comitati, volti alla promozione-programmazione di politiche antidiscriminatorie, ma privi di concreta precettività; è stato invece scelto un sistema molto più articolato costituito da diverse componenti in attuazione di un pluralismo organizzativo in cui i differenti soggetti collaborano tra loro: il Comitato nazionale di Parità, organo collegiale a composizione mista istituito presso il Ministero del Lavoro con ruolo essenzialmente promozionale, il Collegio Istruttorio, organo prettamente tecnico senza autonoma rilevanza esterna a cui spetta la redazione dei pareri da fornire al Comitato e alle Consigliere, e le Consigliere di Parità.

Queste ultime costituiscono il perno delle politiche di pari opportunità nel Paese proprio grazie alla struttura che è stata loro attribuita: sono dotate di competenze e di

risorse finanziarie autonome (l'art. 47 della legge 144/1999 ha previsto l'istituzione di un Fondo per le attività delle Consigliere e dei Consiglieri di Parità, disciplinato poi anche dall'art. 9 del D.lgs. n. 196/2000), sono supportate da organismi tecnici e sono dotate di uffici funzionalmente autonomi (ex art. 16 del d.lgs n. 198/2006 sulla base di quanto stabilito nella Convenzione quadro del 22 novembre 2001 stipulata tra il Ministro del Lavoro di concerto con il Ministro per le Pari Opportunità e la Conferenza Unificata) e indipendenti dagli organi politici.

Nel panorama normativo le figure formalmente più simili al modello delineato sono le Authorities, autorità amministrative indipendenti che trovano nell'esperienza nordamericana delle Independent Regulatory Commissions del 1887 il loro più antico precedente. In seguito, l'istituto è stato importato in Europa negli anni '70 e le prime Authorities (nell'accezione americana) si sviluppano in Inghilterra, inizialmente con il compito di vigilare sul settore della concorrenza e dell'informazione, e poi con quello di monitorare il buon andamento dei pubblici servizi.

Dopo l'Inghilterra, le Authorities si sono diffuse in Francia sotto varie forme, ma fondamentalmente con lo scopo di difendere il cittadino nei diversi settori della vita economica dai cd “poteri forti”.

Negli U.S.A. le Autorità indipendenti tendono, innanzitutto, a contrastare le concentrazioni di potere economico attraverso una rigorosa politica antitrust, mentre in Europa il successo delle Authorities è legato a

logiche di deregolamentazione realizzata attraverso robusti processi di privatizzazione e liberalizzazione, avviati (anche) in seguito alle direttive comunitarie.

Il rapido affermarsi delle Autorità indipendenti nel panorama italiano è stato determinato dall'azione convergente di tre fattori.

Un primo fattore, di ordine più generale, è dovuto al declino dello Stato interventista che ha iniziato a manifestarsi fin dagli anni '70 e che ha condotto ad affermare l'esigenza di una crescente separazione tra sfera politica e sfera economica, così da trasformare la figura dello Stato nei processi economici da attore (o imprenditore) a regolatore (o arbitro imparziale) dei mercati.

Un secondo fattore, strettamente connesso al primo, è venuto a maturazione attraverso l'azione svolta dalle istituzioni comunitarie: negli anni '80 e '90 ci fu l'avvio dei processi di liberalizzazione dei servizi pubblici e di privatizzazione delle imprese pubbliche con il consequenziale abbattimento dei monopoli statali nei vari campi (trasporti, energia, telecomunicazioni, etc.).

C'è stato, infine, un terzo fattore, tipicamente nazionale, che è derivato dalla crisi che ha investito il sistema politico italiano agli inizi degli anni '90 (tangentopoli).

Le autorithies sono "il portato di una più ampia evoluzione dei modelli organizzativi delle pubbliche amministrazioni che negli ultimi anni ha subito una forte spinta alla tecnicizzazione e alla introduzione di logiche di

tipo aziendale, e sono il frutto di una tendenza alla spoliticizzazione delle strutture burocratiche che si manifesta in modo multiforme[5]". Le Autorità devono esprimere la funzione di tutela di libertà fondamentali: esse esistono proprio perché gli strumenti tipici di tutela delle libertà conoscono qualche cedimento e le tradizionali burocrazie amministrative mostrano segni di sgretolamento, così spingendo il legislatore a cercare meccanismi nuovi che assicurino il maggior grado di inviolabilità delle libertà stesse[6].

A questo punto, una domanda sorge quasi spontanea: si può, attribuire la qualifica di Autorità amministrative indipendenti, deputate a garantire un interesse di rango costituzionale quale la realizzazione di un regime di eguaglianza tra uomini e donne nel lavoro, alla figura delle Consigliere di Parità?

A ragion veduta, l'organismo costituito dalle Consigliere di Parità non è espressamente menzionato nel novero delle Autorità amministrative indipendenti istituite dal legislatore italiano, ma la categoria non è da intendersi come un hortus conclusus. La diffusione rapida e concentrata del fenomeno delle Autorità indipendenti in assenza di una precisa cornice costituzionale di riferimento ha generato infatti, nel nostro Paese, alcuni inconvenienti tra i quali rilevano, in questa sede, la variabilità delle discipline che le diverse leggi istitutive

---

5 S. LABRIOLA, *Le Autorità indipendenti da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano,* Ed. Giuffrè, 2000, pag. 35 ss,

6 G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Giuffrè, Milano 2006 pagg. XIII-383;

hanno tracciato, ispirandosi, in prevalenza, a criteri occasionali. Tale variabilità ha portato spesso ad adottare soluzioni diverse in ordine alla struttura (nomina, composizione degli organi, durata, status dei componenti, incompatibilità), alle funzioni (di regolazione, di vigilanza, di risoluzione delle controversie), ai procedimenti, ai controlli ed al regime degli atti delle diverse Autorità; altro inconveniente è stata considerata la diversità delle condizioni di indipendenza delle singole Autorità, fatto, questo, che ha portato ad esiti talvolta opposti, finendo, in certi casi, per attrarre le Autorità sotto la sfera dell'influenza governativa, in altri casi per trasformare l'indipendenza in autoreferenzialità e separazione dal circuito dei controlli e delle responsabilità democratiche[7]. Tutti elementi che non fanno che avvalorare la tesi della non tipicità delle forme di Authorities.

Si osserva inoltre che non è però possibile individuare una analogia diretta tra le Consigliere di parità e una in particolare delle Autorità amministrative indipendenti già esistenti, neppure scegliendo tra quelle di carattere monocratico; sovente è stato preso in considerazione quale termine di paragone il difensore civico, ma dal confronto con il modello legale (del Consigliere di parità) emergono differenze non irrilevanti, oltre che "maggior ampiezza ed articolazione di funzioni a vantaggio delle Consigliere"[8] .

---

[7] E. CHELI, *L'innesto costituzionale delle Autorità indipendenti: problemi e conseguenze,* http://www.astrid-online.it

[8] F. TRIMARCHI, *Riflessioni sul difensore civico,*in *Amministrare* , XXII(02), 1992, p. 235

Inoltre, i componenti delle Autorità sono nominati con atto pubblico e la durata del mandato è sfalsata rispetto ai tempi delle cariche politiche che sono intervenute sulla loro nomina: nessuna norma impone che la carica della Consigliera di Parità debba avere durata coincidente a quella dell'organo politico che l'ha nominata, anzi secondo la modifica introdotta dall'art. 1 del d. lgs. n. 5 del 2010 la rinnovazione è consentita per non più di due volte: " il mandato delle consigliere e dei consiglieri di parità (...) ha la durata di quattro anni ed è rinnovabile per non più di due volte" (in precedenza era rinnovabile una volta sola ex art. 2 comma 5 del D.lgs. 196/2000).

Se è vero, come la Commissione Europea ha ribadito ripetutamente, che gli organismi istituiti a livello nazionale per la promozione, l'analisi, il controllo e il sostegno della parità di trattamento debbono svolgere compiti di "assistenza indipendente alle vittime di discriminazioni nel dare seguito alle denunce da essi inoltrate, e se è vero che devono "svolgere inchieste indipendenti in materia di discriminazioni" e pubblicare "relazioni indipendenti", tutto ciò non fa che confermare che il carattere dell'indipendenza deve assolutamente caratterizzare l'organismo di parità e, per realizzarlo appieno, la durata in carica dei membri deve necessariamente essere svincolata dalle vicende politiche.

La designazione da parte di un organo governativo non implica di per sé l'esclusione dal novero delle Autorità amministrative indipendenti, bensì richiede una indagine supplettiva circa il godimento di garanzie quali autonomia,

terzietà e indipendenza, ovvero l'assenza di indirizzi e controlli sull'attività svolta[9].

Si aggiunga che in dottrina è ben consolidato un altro fondamentale aspetto riguardante la natura delle Autorità: il considerarle come organismi di raccordo, di congiunzione tra il diritto comunitario ed il diritto interno, cioè come organismi "bifronti", collegati tanto con il tessuto costituzionale nazionale, quanto con il tessuto istituzionale comunitario[10].

La creazione di organismi ad hoc per incentivare la promozione di azioni positive volte ad evitare o compensare svantaggi correlati ai diversi motivi di discriminazione, aggiunto ad altri elementi caratterizzanti la figura delle Consigliere di parità quali ad esempio la posizione di terzietà che assume nel tutelare interessi di natura collettiva e di rilevanza costituzionale ed i particolari canoni di specializzazione e di competenza tecnica che (tale figura) deve rispettare ex art. 8 comma 3 della legge 125/1991 (riferito a consigliere provinciali e regionali, ma analogicamente ascrivibile a quella nazionale), rappresentano un elemento tipico delle autorità amministrative indipendenti. Inoltre, l'estraneità all'esecutivo e il non essere parte di un ordinamento gerarchico ma reticolare possono considerarsi, a ragion veduta, elementi ulteriori per attrarre l'organismo della Consigliera di Parità sotto l'orbita delle Autorità

---

9 S. CASSESE, *Intervista sulla Commissione di garanzia (l. 12 giugno 1990, n. 146),* in *Gior. Dir. Lav. Rel. Ind.,* 1992, n. 53, pag. 109 e ss

10 *E. Casetta, manuale di Diritto amministrativo, a cura di Fabrizio Fracchia, Giuffrè 2013, XV pag. 292 e ss.*

amministrative indipendenti e quindi per applicare a tale figura la disciplina delle autorithies.

4.4 Le caratteristiche tecniche del Consigliere di Parità

In base al D.lgs. 198/2006, la tecnicità e l'autonomia caratterizzano la figura della Consigliera di parità. Con il carattere tecnico delle funzioni si intende alludere allo svolgimento di attività di raccolta e di elaborazione dei dati in chiave antidiscriminatoria, con successiva messa a disposizione delle informazioni ottenute alla Commissione europea e alle altre istituzioni comunitarie. Si tratta, pertanto, di compiti che comportano uno scarso se non inesistente margine di scelta, e quindi a basso tasso di 'politicità'.

Per quanto concerne l'autonomia, occorre inquadrare il "soggetto" Consigliere di parità nell'ambito di un ordinamento di carattere reticolare, in cui ciascun figura istituzionale (locale o nazionale) entra "autonomamente" in relazione con altri, e in cui domina un'accentuata fluidità dei processi decisionali; infatti, la diffusione territoriale a rete e non gerarchizzata delle Consigliere di Parità realizzata nell'ordinamento italiano, esprime appieno tale caratteristica garantendo la presenza degli organismi a tutela delle pari opportunità ad ogni livello attraverso una articolazione ramificata e flessibile,

coordinata da modalità di scambio di informazioni e di diffusione delle conoscenze.

E' l'art. 4 del D.lgs. 196/2000 a prevedere che, al fine di rafforzare le funzioni delle consigliere di parità, di accrescere l'efficacia della loro azione, per consentire lo scambio di informazioni, esperienze e buone prassi è istituita la Rete nazionale dei consiglieri e delle consigliere di parità, coordinata (e non sottoposta ad alcuna potestà) dalla Consigliera nazionale, cui spetta il compito di convocare e presiedere le riunioni nazionali che devono tenersi due volte l'anno; il decreto legislativo procede a ridefinire criteri e procedure di nomina degli organismi di parità e ad individuare in modo puntuale i diversi compiti loro affidati sia in relazione alle politiche attive del lavoro che alla tutela antidiscriminatoria; ad attribuire loro maggiori risorse e mezzi istituendo a garanzia di ciò un Fondo di funzionamento; viene inoltre ridisegnata una disciplina organica di decentramento territoriale della loro azione, accompagnata dalla previsione di forme stabili di coordinamento a livello nazionale proprio grazie alla creazione del sistema a rete[11].

Ne viene fuori un modello composto da soggetti "equiordinati" che gestiscono in modo condiviso l'interesse comune quale la tutela delle parità, divulgano e scambiano le informazioni e le "buone prassi". La diffusione territoriale delle consigliere si rivela così

---

[11] S. SCARPONI, *L'istituzione della rete delle consigliere e dei consiglieri. La legislazionedelle regioni a statuto speciale e delle province autonome,* Commentario sistematico a cura di M.BARBERA, in *Le nuove leggi civili commentate,* n.3/2003, Edizioni Cedam, pag. 659 ss

strategica perchè consente ad esse di inserirsi funzionalmente nel processo di decentramento dei compiti attinenti il collocamento e la politica attiva del lavoro. dallo Stato agli enti territoriali.

Infatti, a livello decentrato la figura della consigliera è l'organismo di parità che rappresenta le "due anime" della riforma: quella "promozionale" di politiche di pari opportunità nell'ambito territoriale di competenza, e quella "antidiscriminatoria", per il cui esercizio le viene riconosciuta la legittimazione all'azione in giudizio.

La legge 125/1991, all'art. 8 comma 1, ha disposto che i consiglieri e le consigliere siano "componenti a tutti gli effetti delle rispettive Commissioni Regionali per l'impiego" mentre a livello provinciale ha previsto la nomina di un/una consigliere/a presso la (ex) Commissione Circoscrizionale per l'impiego insediata nel capoluogo, con facoltà di intervento presso le altre commissioni presenti nella stessa provincia.

E' stato sostenuto che la scelta di far perno sulle Commissioni per l'impiego può essere letta come il tentativo di creare una struttura capace di scegliere e tracciare le strategie di intervento, promozionali e repressive, sulla base di una conoscenza e consapevolezza il più possibile complete della realtà del mondo del lavoro[12]; commissioni per l'impiego e consiglieri/e dovrebbero ovviamente interagire tra loro per operare più efficacemente.

---

12 F. BORGOGELLI, *I Consiglieri di parità,* in *Nuove leggi civili commentate,* n.1, 1994, Edizioni Cedam, pag. 147;

4.5 Il controverso meccanismo dello spoils system.

Venendo ora all'elemento che più rileva ai fini della presente trattazione e cioè il sistema delle spoglie alla prova dei fatti, occorre in primo luogo analizzare l'art. 2 del d.lgs. 196/2000 rubricato “procedura di nomina e durata del mandato”. Esso stabilisce che vengano nominati a livello nazionale, regionale e provinciale una consigliera effettiva, oltre ad una consigliera supplente per ogni consigliera effettiva, al fine di garantire l'effettivo espletamento delle molteplici funzioni assegnate e per assicurare continuità ed effettività all'attività dell'ufficio.

La nomina della consigliera nazionale di parità è effettuata con decreto del Ministro del lavoro di concerto con il Ministro delle pari opportunità, mentre le consigliere regionali e provinciali sono designate da Regioni e Province, sentite le rispettive (ex) commissioni regionali e provinciali tripartite e vengono poi nominate con decreto del Ministro del lavoro di concerto con il Ministro per le pari opportunità.

Il d.lgs. 196/2000 ha così introdotto la nomina “concertata” dei due ministeri. Questo meccanismo risponde ad un’esigenza di coordinamento tra i due ministeri che hanno competenza in materia.

Per quanto riguarda la designazione delle consigliere provinciali e locali si fa riferimento alle commissioni tripartite, oggi abrogate a seguito della sentenza della Corte Costituzionale che ha dichiarato costituzionalmente

illegittimo l'art. 4 lett. b), c), d) del d.lgs. 469/1997 inerente appunto tali commissioni. In tal modo è mutato l'assetto degli organismi preposti alle politiche del lavoro sul territorio. Si ritiene che, ferma restando l'autonomia organizzativa dell'ente, riservata agli statuti e alle leggi regionali e provinciali, in ordine all'organo delle regioni e della provincia autonoma cui le funzioni conferite devono essere affidate, la volontà del legislatore nazionale del 2000 sia quella per cui il processo decisionale che porta alla designazione dei consiglieri di parità debba tener conto anche delle esigenze rappresentate dalle forze sociali, con specifica consultazione delle stesse[13]. Stante il dettato della legge n. 125/1991 il parere delle parti sociali era previsto come obbligatorio e vincolante, mentre la prassi applicativa evidenzia come tale consultazione non sia vincolante. Questo elemento è senz'altro negativo in quanto il parere delle organizzazioni sindacali in seno alle commissioni per l'impiego assolveva ad una funzione di controllo della regolarità della procedura seguita.

Passando più specificatamente allo spoils system, ci si chiede se (a livello regionale e provinciale) trattandosi di designazione co-decisa seguita da nomina ministeriale, sia possibile che la destituzione nei confronti della consigliera nazionale possa travolgere "a cascata" anche tutte le nomine "locali" avvenute contestualmente ad essa.

Nel 2005 la Corte costituzionale si è espressa riguardo ad una situazione molto simile a quest'utima riguardante

---

[13] M. MCBRITTON, *Gli organi di parità,* in GAROFALO (a cura di), *Lavoro delle donne e azioni positive. L'esperienza giuridica italiana.* Bari, 2002, pag. 74 ss.

la nomina del presidente delle Autorità portuali. Anche questa nomina deve essere preceduta da un'intesa tra Ministro competente e regione interessata nell'ambito di una terna di esperti di massima e comprovata qualificazione professionale nel settore designati dalla provincia, dai comuni e dalle camere di commercio competenti sul territorio (legge n. 84/1994); il Ministro dei trasporti e della navigazione e la regione Friuli-Venezia Giulia non trovano un accordo in merito alla persona da nominare come Presidente dell'autorità portuale di Trieste. Nella motivazione della sentenza (n. 378/2005) la Corte considera la norma statale costituzionalmente legittima «perché prevede una procedura che, attraverso strumenti di leale collaborazione, assicura adeguatamente la partecipazione della Regione all'esercizio in concreto della funzione amministrativa da essa allocata a livello centrale».La sentenza aggiunge che l'intesa non può essere qualificata come "debole" proprio perché richiede la necessaria co-determinazione fra il Ministro dei trasporti e della navigazione e la regione. Tale lettura, secondo la Corte, va confermata anche dopo che la riforma del Titolo V della Costituzione che ha inserito la materia "porti e aeroporti civili" fra le materie a legislazione concorrente.

In base alla sentenza 378/2005 la nomina del Presidente deve essere frutto in ogni caso di "co-determinazione", dato che impone «l'intesa con la Regione interessata sia nell'ipotesi di nomina effettuata a seguito della formulazione della terna, sia nell'ipotesi di mancata designazione».

La previsione di un'intesa che presupponga paritaria co-determinazione delle parti non può logicamente attribuire alla regione (secondo la sentenza) il potere di veto.

Inoltre, la decisione non può essere appannaggio esclusivo del Governo perchè così facendo sarebbe violato il principio di leale collaborazione[14].

Tale disciplina potrebbe essere applicata in via analogica anche al caso dei consiglieri di parità regionali e provinciali in quanto dotati di caratteristiche del tutto simili alle autorità portuali: svolgono entrambi attività di indirizzo e programmazione, di coordinamento e controllo, e sono scelti tra esperti di comprovate capacità ed esperienze nel settore.

Una brutale logica di spoils system non può trovare applicazione in tale sede poiché del tutto contrapposta alla leale collaborazione e alla co-decisione che servono, secondo la Corte, proprio per garantire una sorta di argine all'invasione della politica in settori tanto delicati e strategici per il sistema Paese. Pertanto, la risposta al quesito di cui sopra sul travolgimento a cascata delle nomine non può che essere negativa.

A ulteriore riprova di quanto affermato va necessariamente richiamata la sentenza che il Tar Campania[15] ha emesso sull'applicazione del meccanismo delle spoglie alle nomine dei Presidenti degli Enti Parco.

---

[14] G. DI COSIMO, *Quando l'intesa non va in porto*, pubblicato sul sito www.forumcostituzionale.it

[15] Tar Campania, Salerno, Sez. I, 12 febbraio 2007, n.129 in www.giustizia-ammininstrativa.it

Infatti, in base all'art. 9 della legge 394/1991, il Presidente dell'Ente Parco è nominato con decreto del Ministro dell'Ambiente d'intesa con il Presidente della Regione e la nomina è affidata pertanto alla co-determinazione di Stato e Regione, nell'ottica della leale collaborazione e senza che l'apporto regionale possa ridursi a mera attività consultiva non vincolante (vedi anche sentenza Corte Costituzionale n. 21/2006). Secondo il collegio amministrativo campano da ciò consegue che, come la nomina, anche la revoca della stessa non possa essere affidata alla determinazione unilaterale del Ministro, e che quindi in sostanza, l'art. 6 della legge 145/2002 non sia applicabile alle nomine degli Enti Parco. Tale nomina è infatti disposta in attuazione di un coordinamento di interessi non risalenti solo esclusivamente alla competenza dello Stato. Stessa interpretazione può essere fatta valere (in via analogica) per l'eventuale destituzione dei consiglieri regionali e provinciali di parità.

Per quanto attiene al Consigliere nazionale di parità, la difficile e controversa applicabilità dell'art. 6 della legge n. 145/2002 a tale figura, deriva innanzitutto dal riconoscimento in capo ad essa, sia a livello comunitario che nazionale, del carattere di autonomia funzionale. Ciò porta all'impossibilità di equiparare la predetta figura “alle commissioni ed organismi ministeriali ed interministeriali, nominati dal Governo e dai Ministri” ai quali, per definizione, non si riconosce il carattere dell'autonomia funzionale. L'incarico di Consigliera di parità non è contraddistinto da alcun rapporto di subordinazione e

strumentalità rispetto al Ministro del Lavoro. E' lo stesso Ministro del Lavoro Sacconi con il decreto datato 30 ottobre 2008 attraverso il quale destituiva la Professoressa Guarriello a confermarlo: la Consigliera di Parità non è posta " in posizione di subordinazione gerarchica nei confronti dei Ministri" del Lavoro e per le Pari opportunità" .

La ratio dell'art. 6 della legge n. 145/2002 è quella di introdurre un meccanismo, che, come la Corte Costituzionale ha avuto modo di statuire (con la sentenza n. 233/2006 analizzata nella L.R.) nei confronti di una fattispecie analoga disciplinata da una legge della regione Calabria, può trovare applicazione soltanto nei confronti di incarichi presso enti, società, agenzie e organismi comunque denominati caratterizzati dall' "intuitus personae".

Ex adverso, lo spoils system, non può essere applicato nei confronti di nomine di organi quali la Consigliera nazionale di parità che svolgono la loro attività in posizione di neutralità. Nè tantomeno sono ravvisabili, per i membri che costituiscono tali organi, quelle particolari esigenze di coesione con l'organo politico che possono giustificare un rapporto fiduciario come (ad esempio) quello di diretta collaborazione tra le cariche dirigenziali apicali ed il politico. In quest'ultimo caso lo spoils system sembra più che legittimato.

La Corte Costituzionale ha affermato che la decadenza automatica degli incarichi dirigenziali contraddice il principio di distinzione fra funzioni di indirizzo politico e

funzioni di gestione amministrativa, cioè «tra l'azione di governo – che è normalmente legata alle impostazioni di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza – e l'azione dell'amministrazione, la quale, nell'attuazione dell'indirizzo politico della maggioranza, è vincolata, [...] ad agire [...] al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obiettivate dall'ordinamento» (sentenza n. 103 del 2007, vedi L.R.).

Pertanto, se giustamente si colloca il consigliere di parità nell'ambito di quegli organismi che svolgono funzioni di controllo e di promozione dei principi di uguaglianza, di opportunità e di non discriminazione, non si può sottoporre la sua figura allo schiaffo continuo dello spoils system. La tutela di tali principi fondamentali e ineludibili, (si sta parlando per l'appunto di uguaglianza, parità e non discriminazione), deve essere sempre garantita e deve prescindere dal cambio di Governo.

Tanto più che, se la decadenza automatica venisse applicata anche a organi estranei all'influenza politica, la continuità della pubblica amministrazione sarebbe inesorabilmente inficiata, in quanto (la decadenza) dovrebbe essere applicata ogni qual volta gli organi di vertice conducessero un'azione contraria al Governo[16].

Inoltre, va evidenziato che il Consiglio di Stato, con pronuncia datata 12 settembre 2006 n. 1554, ha sottratto la figura del direttore scientifico di un Irccs (istituto di ricovero e cura di carattere scientifico) all'applicazione della disciplina dello spoils system in quanto la considera

---

[16] TAR Lazio, sez.II, 30 maggio 2008, n. 5317

come “figura soggettiva preposta alla promozione e al coordinamento dell'attività scientifica e non all'attuazione dell'indirizzo politico-amministrativo, e quindi retta dal così detto merit system”[17].

Il direttore scientifico di un Irccs è chiamato a svolgere le stesse funzioni di promozione e coordinamento che la Consigliera nazionale di parità opera sul territorio anche se in un diverso, ma altrettanto costituzionalmente tutelato ambito, quale quello della garanzia della parità.

A riprova che solo al merit system può essere sottoposta la figura della Consigliera lo dimostra il fatto che l'unica previsione di decadenza dall'ufficio è sancita a livello legislativo: “ogni anno, entro il 31 dicembre, le Consigliere e i Consiglieri regionali e provinciali hanno l’obbligo di presentare – pena la decadenza del mandato – un rapporto sull’attività svolta a tutti gli organismi che hanno provveduto alla loro designazione” (ex art. 15, 5 comma d.lgs 198/2006)

[17] Consiglio di Stato, sez. V, 12 settembre 2006, n.1554, in *Foro amm.,*CDS 2007, 1, 279;

4.6 I giudici amministrativi confermano lo spoils system anche al Consigliere di parità.

I giudici del Tar del Lazio prima e quelli del Consiglio di Stato poi, hanno confermato la legittimità dell'azione di rimozione della Prof.ssa Guarriello da parte del Ministro del Lavoro.

Ebbene con la sentenza n. 5780/2009, i giudici del Collegio laziale hanno provveduto a rigettare tutti e sei i motivi di ricorso ad essi sottoposti dalla ricorrente.

In primo luogo i giudici hanno ritenuto che la figura del Consigliere di Parità sia sì dotata di ampia autonomia organizzativa, ma non di assoluta indipendenza tale da fargli assurgere al rango di Autorità indipendente. La motivazione troverebbe la sua giustificazione in un argomento di tipo logico: se si considerasse tale figura alla stregua di un'Autorità indipendente si verrebbero a creare tante Autorità indipendenti quanti sono i Consiglieri ad ogni livello, nazionale, regionale e provinciale, " il che è da escludersi in radice" .

In realtà, a ben vedere, nessuna norma vieta alle Autorità indipendenti di articolarsi anche a livelli diversi da quello statale.

In secondo luogo la struttura a rete consente appunto allo stesso tempo alle varie strutture presenti sul territorio di agire indipendentemente l'una dalle altre e di coadiuvarsi, scambiandosi informazioni e collaborando a stretto contatto.

I giudici del Tar Lazio, invece, utilizzano come elemento centrale a sostegno delle loro motivazioni il fatto che la nomina dei Consiglieri avvengano intuitu personae e richiamano anche l'elemento della nomina "concertata" tra i due Ministri del Lavoro e delle Pari opportunità come argomento a fortiori. Proprio perchè la nomina è intuitu personae, sempre secondo il Collegio amministrativo, l'azione dei Consiglieri di Parità deve tener conto dei programmi di intervento elaborati dal Ministero. In tal modo si sottopone tale figura al potere organizzatorio governativo, eludendo sotto tutti gli aspetti il carattere di indipendenza che le dovrebbe essere proprio.

Per eludere ogni pretesa di indipendenza (della figura del Consigliere di parità) sostenuta dalla ricorrente, i giudici comparano la figura in questione ad altre come i Segretari generali o i Direttori Generali che svolgono mansioni completamente differenti e che hanno una natura evidentemente diversa: l'una prettamente politica (il Segretario Generale), l'altra (il Consigliere di parità) che deve distaccarsi ed essere immune dalle scelte politiche per individuare e rimuovere le discriminazioni.

Per quanto riguarda l'art. 6 della legge n. 145/2002, il Tar del Lazio sostiene che la figura del Consigliere di parità vi rientri tout court, ritenendo che la norma si applichi sia ad organi autonomi che non, definendola come "disposizione a più fattispecie concorrenti". Infatti il collegio laziale afferma espressamente che "alla luce della ricostruzione della disciplina relativa alla nomina del Consigliere nazionale di Parità come nomina intuitu

personae, si applica pienamente il meccanismo dello spoils system al caso di specie".

Sia i giudici del Tar Lazio che quelli del Consiglio di Stato hanno ritenuto infondata illegittimità costituzionale dell'art. 6 della legge Frattini, posto alla base del provvedimento lesivo impugnato.

In proposito è sufficiente ricordare, secondo i giudici amministrativi, che il c.d. spoils system è stato dalla Corte costituzionale censurato nei casi in cui le varie leggi esaminate ne hanno fatto applicazione diretta ed automatica, mentre diversa è l'ipotesi in cui siffatto sistema non deriva direttamente dalla legge, ma consente al Governo di valutare, entro limiti temporali ristretti, la conferma o meno delle nomine fatte dal precedente esecutivo nello scorcio della legislatura.

Inoltre, secondo i giudici II grado non è plausibile ritenere che un organismo, che non ha la natura di autorità indipendente, possa essere del tutto avulso dalla sfera di influenza dell'organo che lo ha nominato; "*e, se tale organo muta nel tempo per cause naturali (fine della legislatura) o per eventi comunque previste (scioglimento anticipato delle Camere) e tale organo corrisponda al nuovo governo, l'ordinamento ha dettato una procedura di salvaguardia delle sue attribuzioni consentendogli di confermare o non confermare gli incarichi conferiti dal precedente esecutivo"* (Consiglio di Stato sentenza numero 5031/2010). Sempre secondo i Consiglieri di Stato, nella ristretta fase temporale dell'avvicendamento tra un governo ed un altro (ex art. 6 della legge 145/2002)

è del tutto legittima la rimozione dell'incarico, se non confermato dal rapporto di fiducia che ne aveva giustificato la nomina. Decorso il prescritto termine di sei mesi dall'insediamento del nuovo governo, gli incarichi negli organismi che in qualsiasi modo si ricollegano all'indirizzo amministrativo del governo - nonostante che la norma reciti che essi "*per i quali non si sia provveduto" alla conferma, revoca, modifica o rinnovo, "si intendono confermati sino alla loro naturale scadenza" - lungi dall'essere intoccabili possono essere soggetti agli ordinari mezzi che l'ordinamento prescrive*; in primo la revoca, propriamente intesa, che è subordinata alla presenza dell'interesse pubblico attuale e diretto e ad una congrua motivazione. Ma nell'arco dei sei mesi di c.d. stabilizzazione del governo, non si richiede una specifica motivazione per la determinazione di non confermare il soggetto nell'incarico, rientrando ciò nell'esercizio del potere straordinario del nuovo esecutivo di rivalutare le nomine compiute dal precedente governo nello scorcio della legislatura. Si tratta di *"un potere molto circoscritto nei tempi e nei contenuti, sia perché riguarda nomine conferite dal governo o dai ministri soltanto alla fine della legislatura, e che può essere esercitato entro sei mesi dal voto sulla fiducia al nuovo governo, sia perché non è previsto nessun apprezzamento sulla capacità dei titolari degli incarichi soggetti a conferma, bensì solo una valutazione sulla persistenza del rapporto fiduciario che era richiesto al momento della nomina*" (Consiglio di Stato sentenza numero 5031/2010).

Inoltre, per i giudici di Palazzo Spada, nel caso concreto la disciplina comunitaria non ha imposto una specifica procedura per la nomina di siffatto soggetto e legittimamente lo Stato italiano ha scelto di affidarla alla determinazione ampiamente discrezionale e alla responsabilità di due Ministri, con l'unico limite che si debba trattare di persona in possesso di idonei requisiti professionali. Il Collegio non ritiene nemmeno di sollevare questione interpretativa alla Corte di giustizia CE, come richiesto dall'appellante, poiché l'indipendenza e l'autonomia riconosciuta al consigliere nazionale di parità dalla disciplina comunitaria non è compromessa dalla normativa interna che tiene nel doveroso conto le prerogative del Governo nell'affidamento dell'incarico de quo e tende ad evitare che nomine intervenute nello scorcio della legislatura possano condizionare scelte ampiamente discrezionali del nuovo esecutivo. "*E' errato ritenere che il Consigliere nazionale di parità goda di un grado di autonomia e indipendenza totale dall'indirizzo e dalla politica del Governo, perché diversamente non si spiegherebbe l'esistenza di un Ministro per le pari opportunità, che non è un'invenzione dell'ultimo Governo bensì una realtà esistente anche in epoca precedente, al quale sono necessariamente attribuite funzioni di elaborazione e di attuazione di politiche di pari opportunità e di non discriminazioni tra sessi nel mondo del lavoro e non solo. Ecco dunque che il Consigliere di parità non può porsi in contrasto con le linee programmatiche delineate dal Ministro ed anche dal*

Comitato nazionale per la parità che è un organismo tecnico consultivo istituito sempre nell'ambito dell'esecutivo, cui è attribuito tra l'altro il compito di promuovere, nell'ambito della competenza statale, la rimozione dei comportamenti discriminatori per sesso e di ogni altro ostacolo che limiti di fatto l'uguaglianza tra uomo e donna nel mondo del lavoro, nonché quello di formulare proposte sulle questioni generali relative all'attuazione degli obiettivi di parità unitamente ad un programma obiettivo delle proposte di azioni positive (artt. 8 e 10 della legge n. 198 del 2006). Proprio per non ipotizzare nessun contrasto con le linee direttive votate dal Comitato, di esso fa parte il Consigliere nazionale di parità tenuto a darvi esecuzione" (Consiglio di Stato sentenza numero 5031/2010).

Infine, per i consiglieri di Stato non è significativa l'affermazione, a dimostrazione del grado di massima autonomia e indipendenza dall'esecutivo, che la nomina in esame sia riservata a persone di particolare competenza ed esperienza specifica, perché ciò ricorre in molte ipotesi di nomine di incarichi conferiti dal governo e dai ministri. Nemmeno significativa ai loro occhi appare la riconosciuta autonomia funzionale e organizzativa dell'ufficio (art. 16 della legge n. 198 del 2006), perché questa non è rara in vari organismi che ruotano nella sfera di influenza del potere esecutivo, come non è raro il potere di conciliare le liti, riconosciuto anche alle direzioni provinciali del lavoro, o di promuovere giudizi come avviene per altri organi amministrativi, o l'obbligo di

segnalare reati all'autorità giudiziaria che è tipico di ogni pubblico ufficiale

Le sentenze studiate di fatto affievoliscono gli importanti passi avanti che in questi anni si è cercato di fare nel campo del diritto antidiscriminatorio, ponendo (nuovamente) sotto lo schiaffo del potere politico decisioni assolutamente apolitiche. Se ci si era augurato un nuovo intervento legislativo che assicurasse nuova chiarezza ai punti ancora oscuri della materia (antidiscriminatoria), le pronunce esaminate non faranno che dissolvere tale speranza, relegando gli organi preposti a garanzia del diritto anti discriminatorio nella loro nicchia, assolutamente sconosciuti all'opinione pubblica, costretti a continuare ad agire dietro le scelte del governo, dietro l'ipocrita espressione della “leale collaborazione”, che, come si evince dalla vicenda, tanto leale non sembra essere.

LITERATURE REVIEW

Parte I: La dirigenza nella storia dell' ordinamento italiano.

1.1 Dallo riforma Cavour al periodo giolittiano

L'Italia insieme alla Germania arrivò ultima nell'unificazione nazionale e il processo di "nation building", a differenza di quanto era accaduto in Francia e Gran Bretagna, durò pochi decenni del Risorgimento. Un paese come l'Italia imponeva una struttura istituzionale con un centro particolarmente solido che scongiurasse qualsiasi tentativo separatista (S. Sepe a cura di, Lineamenti di storia dell'amministrazione italiana 1861-2006, Roma, Carocci, 2007).

Per questo, nel 1853, Cavour, sulla base del sistema parlamentare inglese che lo aveva notevolmente impressionato, ritenne necessario avviare una riforma amministrativa nel Regno Subalpino prima e nel Regno d'Italia poi, capace di superare la frattura tra direzione ed esecuzione e di coordinare le due attività, rendendo la gestione più rapida ed interamente controllabile dal Governo. Così si è originato il modello ministeriale (oggi vigente) il quale pretende che il governo nomini i dirigenti di vertice e provveda a destituirli qualora ricorra una

congrua motivazione, escludendo una garanzia di inamovibilità a favore delle posizioni apicali della dirigenza (S. CASSESE, La dirigenza di vertice tra politica e amministrazione: un contributo alla mia riflessione, in Il Lav. nelle p.a., 2005, n. 6, p. 1039 ss).

I modelli organizzativi succedutisi dall'unità d'Italia ad oggi sono stati fondamentalmente di due tipi, uno contrapposto all'altro, ma tra loro complementari: il modello misto per aziende e ministeri e il modello direzionale.

Nel primo (in uso nel Piemonte precostituzionale) il Ministro era responsabile politico sia verso il Re sia verso il Parlamento ed allo stesso tempo era Capo dell'amministrazione e titolare di tutti i poteri che gli derivavano dalla sua posizione di superiore gerarchico (modello gerarchico tradizionale).

Il secondo modello invece ha assegnato un ruolo di rilievo alla dirigenza attribuendole distinti e autonomi poteri amministrativi, in un sistema di relazioni particolari tra dirigente e ministro.

Come anticipato sopra, le esigenze dell'unità imponevano la costituzione di una struttura istituzionale solida al centro, che evitasse qualsiasi tentazione separatista. Fu quindi preso come modello esemplare il Regno Sabaudo, dotato di buona uniformità organizzativa, di ispirazione francese. La ragione della scelta è tutta politica nel senso che l'unità amministrativa diviene immediatamente un elemento chiave per la difesa e il sostegno della fragile unità politica difficoltosamente

acquisita. Infatti, concentrando le leve al centro, era possibile dare il massimo peso alla nuova e ridottissima classe dirigente ed evitare il temuto recupero di potere delle vecchie elites emarginate, ma ancora presenti in periferia.

La legge Cavour (l. 23 marzo 1853, n. 1483) ha formalizzato l' assetto gerarchico piramidale, improntato ai valori della disciplina e della gerarchia, secondo il modello dell'ordinamento militare. Quest'ultimo ha consentito di governare la disomogeneità che dominava il nostro Paese. Una volta completata la costruzione dell'architettura dello Stato sarebbe dovuta venir meno la ratio dell'accentramento dei poteri e delle responsabilità nella figura del ministro e si sarebbe dovuta focalizzare l'attenzione su una più ampia autonomia gestionale degli organi amministrativi. Un primo passo in questa direzione si realizzò con l'introduzione della delega di firma ai direttori generali (r.d. 23 ottobre 1853, n. 1611, art. 15) che consentiva di assegnare ad un organo distinto dal ministro la legittimazione a manifestare in maniera valida la volontà dell'amministrazione nei confronti dei terzi, restituendo ai Ministri la sola posizione che spettava loro, quella di organi politici.

Con la transizione dallo Stato assoluto allo Stato parlamentare, i ministri perdono man mano le loro competenze tecnico- amministrative per riservarsi solo un ruolo politico. A tale trasformazione non si accompagnò però un cambiamento dei rapporti tra ministri e funzionari, tanto che continuava a dominare il principio del

predominio della politica sull'intera attività svolta dal dicastero e il ministro finiva col rivestire il duplice ruolo di vertice sia politico che amministrativo, tante volte descritto da autorevole dottrina come un Giano bifronte con una faccia rivolta verso il vertice e l'altra verso l'apparato (su tutti, l. TORCHIA, La responsabilità dirigenziale, Padova 2000, p.19).

Si trovarono sempre più spesso affiancati organi con funzioni politiche e di indirizzo ad organi dotati di compiti tecnici e gestionali. Le prime voci critiche si levarono contro l'indebita ingerenza della politica nella giustizia e nell'amministrazione, con la richiesta, da parte degli intellettuali liberali di fine Ottocento, di separare le due sfere della politica e della burocrazia, per evitare le continue ingerenze dei ministri in affari esclusivamente tecnici ed ambire ad una burocrazia imparziale e neutrale, che effettivamente perseguisse l'interesse pubblico generale. A tal proposito si veda (G. GARDINI, L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione, Giuffrè editore, Milano 2002, p.35).

Il quadro normativo non prospettava però ancora compiutamente un insieme di regole giuridiche in grado di precisare, distintamente, la sfera di competenze dell'autorità politica e della dirigenza amministrativa. Con l'avvento della sinistra al potere, nel 1876, si assistette al formarsi di un rapporto molto complesso tra ceto politico e ceto burocratico ed emerse con maggior evidenza il problema dei rapporti tra politica ed amministrazione e la relativa esigenza di una tutela legislativa del dipendente

che lo ponesse al riparo dagli arbitrii della politica al fine di garantire l'imparzialità. Crebbero quindi gli apparati amministrativi nazionali - e quindi il ceto burocratico - e si indebolirono i poteri dei politici che continuavano però ad essere gli unici a rispondere pubblicamente del proprio operato. L'accresciuta burocratizzazione pone il problema del controllo democratico sull'attività politica che deve sottostare a regole di responsabilità politica.

La riforma Crispi del 1888, che introdusse il sottosegretario di Stato al posto del segretario generale, tentò di rafforzare la compenetrazione tra il piano politico e il piano amministrativo: in un certo senso si "parlamentarizzò" il vertice amministrativo, introducendo la figura "cuscinetto" del sottosegretario di Stato tra i ministri e i dirigenti, col risultato di rafforzare il controllo della politica sull'amministrazione, senza in alcun modo riformarla. (S. Sepe op. cit.),

Anche la successiva riforma giolittiana, adottata con la l. 25 giugno 1908, n. 290, lasciò pressoché intatti gli apparati burocratici che continuarono ad organizzarsi secondo il modello gerarchico di Cavour. In effetti, con le c.d. leggi sullo stato giuridico (la prima è la già richiamata l. 25 giugno 1908, n. 290, la seconda è del 1923, r.d. 30 dicembre 1923, n. 2395) l'unico risultato certo che venne raggiunto fu il rafforzamento delle garanzie giuridiche dei pubblici impiegati, al fine di separare politica e amministrazione, assicurando agli uffici di vertice l'indipendenza nei confronti del Ministro.

Tuttavia vennero lasciati impregiudicati, se non

addirittura rafforzati, i principi di gerarchia e di disciplina come tratti fondamentali del rapporto di pubblico impiego. Tutto ciò è ben evidenziato da A. CORPACI (La cultura giuridica e il problema del pubblico impiego dal 1909 al 1930: spunti dalle riviste, in Riv. trim. dir .pubbl., 1977, p. 1253 ss.)

Come ben spiegato da Melis (Storia dell'amministrazione italiana, Bologna, 1996, p. 203 ss), fu rilanciato l'ideale generalista di funzionario pubblico con conseguente emarginazione delle carriere tecniche nei vari ministeri. I diversi settori vennero sempre più occupati da laureati in giurisprudenza piuttosto che da tecnici, con conseguente emarginazione del sapere specialistico; la figura del dirigente continuava a rimanere nell'ombra del ministro e le rare competenze da lui svolte erano considerate eccezioni giustificate da specifiche deleghe rilasciate dall'organo politico. L'unico provvedimento che intervenne nel rapporto tra politica e amministrazione fu il r.d.l. del 10 luglio 1924, n. 1100, con cui si tentò di delineare un modello di gabinetto ministeriale innocuo verso la burocrazia, di dimensioni ridotte e incapace di intralciare l'azione degli uffici amministrativi. Non si trattava di una norma di carattere generale, capace di soverchiare le difficoltà di un rapporto complesso e controverso e non ottenne un'applicazione pratica coerente dato che si fece sempre più sentire la presenza di personale esterno all'amministrazione, di fiducia politica.

Secondo VALENSISE, veniva alimentata la dannosa

pratica “che consentiva agli uomini del Ministro di scavalcare gli uomini del Ministero, con forte dequotazione e frustrazione dei dirigenti amministrativi”(B. VALENSISE, La dirigenza statale, Giappichelli editore, Torino 2002, p.14)

1.2. L’amministrazione nella Costituzione

Tra il 1923 e il 1924, l’allora Ministro delle finanze De Stefani, attuò nuove riforme con l’obiettivo di ridurre la spesa pubblica del Paese stremato dal conflitto bellico.

Sul piano amministrativo tali innovazioni si risolsero nel rafforzamento delle linee gerarchiche dell’ordinamento burocratico, accentuando la verticalità della struttura: l’impianto rimase quindi di tipo autoritario, proprio di un regime fascista, gli apparati pubblici erano caratterizzati da centralizzazione dei poteri e i passaggi di carriera e le retribuzione erano molto rigidi e formalizzati, preceduti da controlli preventivi. Tuttavia, Melis (in Storia dell’amministrazione italiana, Bologna, 1996, p. 345) sostiene che il fascismo non portò nessun cambiamento sostanziale nella pubblica amministrazione, accentuando solo i caratteri emersi in età liberale.

E’ invece con l’avvento della Costituzione, entrata in vigore il 1° gennaio 1948, che si pose subito il problema

concernente l'inquadramento corretto dei rapporti tra il ministro e il dirigente da coordinare con l'interpretazione delle disposizioni costituzionali in materia di pubblica amministrazione, contenute negli art. 95 e 97 Cost.

L' art. 95 sancisce il principio della responsabilità ministeriale inteso come coincidenza tra poteri del vertice politico e poteri dell'apparato amministrativo al quale è preposto. Questo articolo si ispira alla concezione di dirigenza di Max Weber (Economia e società, Torino, Edizioni di Comunità, 1999 pag. 50 e ss.) secondo cui il principio di sovranità popolare richiede la sovra ordinazione gerarchica di un vertice politico dell'apparato amministrativo rispetto ai titolari professionali degli uffici subordinati: il primo assume le decisioni; i secondi le eseguono scrupolosamente. Il percorso segue una minuziosa sequenza che legittima l'esercizio del potere pubblico: corpo elettorale – Parlamento – Governo – Amministrazione.

Dall'altra parte, l'art. 97 prescrive il metodo del concorso per l'accesso agli impieghi pubblici mirando a configurare in termini di eccezionalità il potere discrezionale di nomina dei funzionari da parte dei vertici politici e ha l'intento di evitare una configurazione della pubblica amministrazione come apparato "parziale" e/o economicamente "irresponsabile", quale deriverebbe da datate concezioni personalistiche, partitiche o politico-maggioritarie.

All'interno dell'Assemblea costituente il Mortati propose una norma che stabilisse che "ogni ministro dirige

l'amministrazione ad esso affidata. Nell'ambito delle sue direttive i dirigenti dei vari servizi assumono la diretta responsabilità degli atti inerenti ai medesimi". Tale proposta non fu poi seguita, tanto che si giunse ad una diversa formulazione dell'art. 97, che al 2° comma afferma che "nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari". Da un lato, si sosteneva che tale formulazione superasse il modello organizzativo gerarchico pre-costituzionale (Speranza 1971) , dall'altro lato alcuni studiosi rilevarono in essa un principio sicuramente innovatore ma non un nuovo modello univoco di organizzazione amministrativa (Bachelet. L'attività tecnica della Pubblica Amministrazione, Giuffrè editore, Milano 1976, p. 10 e ss).

Si pone in una via di mezzo il pensiero di un terzo autore, Pinelli (Il"buon andamento" e "l'imparzialità" dell'amministrazione,in G.BRANCA e A. PIZZORUSSO a cura di, Commentario della Costituzione, Bologna, 1994, p.256), il quale sostiene che la predeterminazione delle sfere di competenza ex art. 97 Cost, costituisce "un limite alla dipendenza dal Ministro", ma non una definitiva rottura col modello gerarchico.

Una parte della dottrina (tra cui Lorenza Carlassare, Amministrazione e potere politico, Padova. Cedam. 1974;) vi legge un tentativo di superare un sistema considerato non più funzionale alle esigenze di un'amministrazione moderna, evitando di considerare il funzionario come il

mero esecutore della volontà del politico, ma come un soggetto attivo dell'amministrazione. Un'altra parte (Cassese, Cultura e politica del diritto amministrativo, Bologna, Il Mulino, 1971,) in posizione opposta, prima affermò che la Costituzione "passò sopra gli apparati statali senza toccarli" legittimando così la conservazione del modello gerarchico già vigente e poi, rivedendo successivamente le proprie affermazioni, scrisse che il costituente non scelse per un tipo di modello specifico, rendendo così la norma flessibile, in grado di mutare alle esigenze di carattere organizzativo che si presentano di volta in volta (Cassese 1976 L'amministrazione dello Stato. Saggi, Milano, Giuffrè, 1976, p. 48 e ss).

Si può affermare quindi che dalle molteplici voci levate in costituente non uscì un modello amministrativo univoco, bensì diversi modelli: al sistema cavouriano di amministrazione alle dipendenze dell'esecutivo si affianca una concezione di burocrazia intesa come apparato tecnico imparziale posto al servizio della collettività (art. 97 Cost.). A ciò, si aggiunge un'amministrazione decentrata fondata sull'esistenza delle autonomie territoriali che si pone a completamento dell'amministrazione statale centralizzata e piramidale (pluralità di modelli organizzativi).

1.3 L'introduzione formale della dirigenza: il D.p.r. 748/72

A partire dagli anni Settanta in avanti, in concomitanza con il boom economico e la crescita dei compiti affidati alla pubblica amministrazione, con l'affermarsi dello stato sociale e l'affiorare di spinte regionaliste, il modello di amministrazione quasi totalmente asservita alla politica inizia a cambiare, per lasciare il posto ad una struttura meno verticistica, più decentrata su base regionale. Il politico avverte ora l'esigenza di cambiare il suo ruolo divenendo coordinatore e propulsore delle attività del proprio dicastero, con compiti di indirizzo, coordinamento e sorveglianza.

E' proprio una diversa lettura dell'art. 97.2 cost. a dare ingresso al decentramento delle competenze, col riferirsi a "sfere di competenza", "attribuzioni", "responsabilità", in una direzione che favorisce una gestione amministrativa efficiente ed efficace. (E. Bettinelli, La costituzione della Repubblica italiana, Un classico giuridico, Bur, Rizzoli 2005 p. 75 e ss.)

Il Ministro incominciava ad emanare atti di direttiva, di attuazione, privi del carattere prescrittivo ed esaustivo; strumenti compatibili con le competenze normativamente fissate agli organi della p.a. Viene così a prendere il sopravvento il c.d. potere di direzione anche se il potere gerarchico non scompare essendo solamente attenuato.

Secondo Carlassare (Amministrazione e potere politico, cit. p.76) il policentrismo decisionale, espresso

dall'organizzazione del rapporto tra il vertice politico e quello burocratico, doveva assicurare all'amministrazione una sufficiente autonomia, salvaguardando allo stesso tempo l'unità di indirizzo, per realizzare non "un'amministrazione quarto potere, cioè distaccata dalla politica, ma un'articolazione dell'apparato idoneo a individuare le responsabilità", in grado di raggiungere gli obiettivi pubblici affidati alle sue cure.

Soffermandoci sull'autonomia dirigenziale rispetto alla politica, è interessante vedere come la prima apertura verso tale obiettivo si era già avuta con l'approvazione del Testo unico del 1957 per gli impiegati civili dello Stato, le cui principali novità consistono nel decentramento funzionale in capo alla dirigenza e nel riconoscimento della natura esterna delle direzioni generali. La nuova disciplina riformò nominalmente il sistema di inquadramento, che basato su carriere e qualifiche, conservò la base gerarchica impressagli dalla riforma De Stefani. (L. ARCIDIACONO, Profili di riforma dell'amministrazione statale,Milano, 1980, p. 67).

Verso la seconda metà degli anni '60 prese avvio la crisi del modello tradizionale gerarchico ed emerse la tendenza a realizzare, anche sotto il profilo funzionale, il principio di distinzione tra politica ed amministrazione, attraverso la creazione della categoria della dirigenza.

Proprio per ottenere maggiore autonomia dell'alta burocrazia statale dalla politica, separando le competenze dei dirigenti da quelle dei ministri, si giunge al famigerato d.P.R. n. 748/ 1972 che riconosce formalmente ai dirigenti,

per un elenco tassativo di materie, funzioni esercitabili personalmente e non con delega del politico, attribuendo loro la competenza ad emanare atti vincolanti per l'amministrazione centrale ed istituendo infine un'autonoma carriera dirigenziale (prima i dirigenti erano ricompresi nella categoria degli impiegati civili dello Stato).

Fino a quel momento il quadro dei rapporti tra politica e amministrazione era stato caratterizzato da sovrapposizione funzionale e separazione strutturale; ora lo scopo perseguito dal legislatore era riservare al Ministro solo " l'esercizio effettivo di talune preminenti funzioni, sottraendogli, invece, la responsabilità per i singoli affari e per le pratiche burocratiche" così come era stato disposto nella Relazione della Commissione per la Riforma della amministrazione dello Stato, II, Documenti di studio, 1963 (Cit. tratta da B. VALENSISE, La dirigenza statale ,Giappichelli editore, Torino 2002, p. 22). E' opportuno osservare che tra l'anno in cui venne insediata la Commissione di studio (Commissione Medici)- era il 1962- e l'anno in cui fu attuata la riforma – il 1972 - è intervenuta anche la riforma regionale dello Stato, per attuare pienamente le disposizioni costituzionali degli art. 5, 117 e 118 cost., dettando una nuova disciplina delle funzioni dirigenziali e delle attribuzioni interne ed esterne degli uffici della p.a. e applicando le disposizioni degli art. 5, 95, 97, 98 cost. in armonia col decentramento regionale.

Ai sensi dell'art. 2. 1 del d.P.R. 748/1972 i titolari delle funzioni dirigenziali potevano essere preposti alla

direzione di ampie ripartizioni delle amministrazioni centrali e dei più importanti uffici periferici, essere incaricati di svolgere compiti di studio e ricerca, ovvero essere destinati allo svolgimento di funzioni ispettive.

L'art. 15 invece attribuiva ai ministri, sentito il presidente del consiglio, il potere di scelta dei dirigenti generali e dei dirigenti da collocare alle direzioni degli altri uffici, non riferendosi solo all'idoneità del soggetto, ma "cogliendo quegli specifici elementi attitudinali attraverso il rigoroso vaglio della professionalità, dell'efficienza, della personalità ed in particolare delle capacità organizzative e direttive già dimostrate dal funzionario prescelto" (Cons. St. sez. IV, 2.4.1984, n. 205).

Sicuramente l'intento del legislatore della riforme sembrava quello di introdurre con norme di legge i tratti della managerialità: il principio di responsabilità manageriale, elemento essenziale delle riforme amministrative sviluppatesi nel Regno Unito (c.d. New public management), è correlato non ai singoli atti, ma all'attività complessiva del dirigente e nasce da una valutazione dei risultati dell'organizzazione del lavoro e dell'attività dell'ufficio. L'influenza dei modelli privatistici spinge nella direzione dell'abbandono dello schema tradizionale, fondato su separazione strutturale tra politica e amministrazione e preme per la sua sostituzione con lo schema delle relazioni tra imprenditore e management, fondato sull'instaurazione di un vincolo fiduciario che assicura lo stretto collegamento tra interessi

del politico e interessi del dirigente. La responsabilità dirigenziale (art. 19 della legge 748/1972) pur non rientrando nei canoni della responsabilità disciplinare era pur sempre un tipo di responsabilità amministrativa simile a quella politica correlata al venir meno del rapporto fiduciario col ministro: nulla di più lontano da una responsabilità manageriale collegata al mancato raggiungimento degli obbiettivi fissati all'inizio della gestione amministrativa. Tali obbiettivi sarebbero dovuti essere indicati nella direttiva annuale del ministro della quale, però nella legge del 1972, non vi è traccia.

La riforma si rivelò insoddisfacente negli esiti, ma sicuramente servì ad esprimere una volontà di trasformazione della funzione amministrativa per emanciparla dalla politica. Uno dei fattori chiave di tale trasformazione è l' "imparzialità". Attenta dottrina (G. GARDINI, L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione,Giuffrè editore, Milano 2002, p. 57) sostiene che l'imparzialità rappresenta la distanza che si deve porre tra scelte politiche e scelte amministrative, consentendo di attribuire la responsabilità agli effettivi autori delle diverse operazioni compiute e di utilizzare al meglio il potere discrezionale.

Purtroppo gran parte della disciplina introdotta nel 1972 restò inattuata. Soprattutto non furono mai emanati atti di programmazione dei ministri e poche risultano le direttive generali realmente efficaci; nonostante l'affermazione formale dell'autonomia dirigenziale, rimangono i ministri stessi i reali autori delle principali

decisioni assunte dai dicasteri e pressoché inattuata appare la previsione normativa riguardante l'istituzione dei ruoli unici dirigenziali.

A parere di Cassese, (L'oscuro ruolo dell'alta dirigenza italiana, in Politica del diritto, n. 1, 2001, Il Mulino, Bologna), fu l'assoluta impreparazione della categoria dirigenziale che versava in condizioni di isolamento e l'assenza di strutture organizzative idonee a consentire lo svolgimento delle nuove funzioni attribuite ai dirigenti. Mancavano le condizioni di fondo, culturali e sociali del Paese per attuare realmente l'ambita autonomia dirigenziale.

Non scarseggiano neanche note polemiche sulla riforma del 1972. Ad esempio Francesco Merloni nel suo libro (Dirigenza pubblica e Amministrazione imparziale, il modello italiano in Europa, Bologna, Il Mulino, 2003), provocatoriamente rileva che la riforma servì soprattutto a collocare almeno 7000 funzionari pubblici in una posizione di maggior prestigio con elevate retribuzioni. Nel quadro di svuotamento degli scopi della riforma del 1972, causato soprattutto dalla scarsa volontà politica di attuarli realmente, si levarono le proteste nei confronti di un sistema amministrativo inefficace e inefficiente a definire competenze e responsabilità. Il fallimento della riforma fu originato da una serie di motivi tra i quali l'eccessivo numero dei dirigenti (risultato del decentramento regionale avvenuto negli anni '70), la mancata ristrutturazione dei ministeri e delle relative funzioni e la trasformazione delle segreterie dei Ministeri

e dei Gabinetti, che, composte da tecnici di alta fiducia dei Ministri, hanno finito per esautorare la parziale autonomia decisionale conferita ai dirigenti.

La dirigenza italiana, povera di tradizione ed assente a livello di regioni ed enti locali, dimostrò tutta la sua fragilità nei confronti delle incursioni della classe politica, e non reclamando per la mancata autonomia e per la riduzione sostanziale delle attribuzioni, perse la credibilità dell'opinione pubblica che riteneva l'alta burocrazia servile verso i politici, gelosa delle proprie posizioni e disinteressata al miglioramento di apparati e procedimenti (A. MINGARELLI, La distinzione tra funzione di indirizzo politico e funzione di direzione tecnica,in iv. Amm. Rep. it., 1996, p. 38).

1.4 Le riforme degli anni novanta

Il "Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato" del 1979 dell'allora ministro della funzione pubblica Massimo Savero Giannini può essere considerato un progetto di riforma epocale della pubblica amministrazione. Esso individuava quattro problematiche a cui dare una risposta:

a) tecniche di amministrazione

b) tecnologia

c) personale

riordino dell'amministrazione centrale

In questo rapporto Giannini si soffermava sulla necessità di ripensare in maniera globale la posizione delle strutture pubbliche in uno Stato industriale avanzato. Tale rapporto, da più parti osannato, non diede l'avvio alla invocata riforma della pubblica amministrazione, per tutto il successivo decennio.

A partire dagli anni novanta, il legislatore italiano cercò di reagire alla tendenza del potere politico di intromettersi nella gestione amministrativa, condizionando e limitando lo spazio in cui dovrebbe esercitarsi il potere di direzione dei funzionari pubblici(F. Bassanini, I principi costituzionali e il quadro istituzionale: distinzione fra politica e amministrazione, autonomia e responsabilità della dirigenza in D'alessio G., L'amministrazione come professione: i dirigenti pubblici tra spoil system e servizio ai cittadini, I quaderni di Astrid, Bologna, Il Mulino, 2008, pag.36).

In Italia ed in molti paesi occidentali si registrò la crescente volontà di separare il corpo politico, ritenuto portatore di un'ideologia di parte che risultava inconciliabile con il concetto stesso di interesse pubblico, dal corpo burocratico, espressione della gestione della res publica, come tale asservito esclusivamente agli interessi della nazione e del pubblico (G. Gardini, L'imparzialità amministrativa. Tra indirizzo

e gestione, Milano, Giuffrè Editore, 2003, pag. 27)

Secondo S. Sepe, (Lineamenti di storia dell'amministrazione italiana (1861-2006), Roma, Carocci, 2007, pag. 191), in quel periodo, il cittadino divenne più esigente, imparò a pretendere dal mercato prodotti e servizi diversi dal passato, connotati dai caratteri dell'individualizzazione, della qualità, dell'adattabilità, laddove in passato si accontentava della standardizzazione e della quantità.

Il primo governo Amato, in una situazione di corruzione dilagante, emanò la legge n. 421/1992 che sancì l'estensione ai pubblici dipendenti delle regole del settore privato; ad essa seguì la legge delega n. 29/1993 in cui venne affermata la distinzione tra compiti degli organi politici e compiti della dirigenza amministrativa. Fu l'avvio di un vero e proprio processo di ridefinizione dello status, carriere, e logiche della burocrazia pubblica. La dirigenza è dotata di maggiori poteri manageriali e risponde dei risultati raggiunti, nel perseguimento di obiettivi fissati annualmente dal ministro con una direttiva sull'attività che assegna le risorse economiche.

L'ex Ministro del lavoro On.le Sacconi ci testimonia come la riforma "non fu dettata dall'urgenza connessa all'esplosione di Tangentopoli, ma dalla convinzione che per avviare il circolo virtuoso si richiedesse una separazione delle responsabilità". (M.SACCONI, intervento contenuto in La dirigenza di vertice tra politica e amministrazione,in Il Lav. Nelle P.a.,Vol.VIII, 2005, p.

1043.)

Il decreto 29/1993 introduce sulla scena ordinamentale del pubblico impiego un rinnovato assetto del rapporto politica amministrazione : criterio ispiratore è stato l'abbandono del previgente modello gerarchico-burocratico a favore di un'architettura basata sul principio della separazione tra organo politico – cui viene affidata la definizione di obiettivi e programmi – e il ceto dirigenziale cui spetta invece il monopolio delle decisioni tecnico-operative, comprese quelle che comportano ampi spazi di discrezionalità (C. MEOLI – C. D'ORTA, La riforma della dirigenza pubblica, Padova, 1994, p.17).

In questa nuova dimensione due sono gli strumenti principe volti a collegare politica e amministrazione: il primo è l'atto ministeriale di direttiva, destinato a orientare la successiva attività amministrativa; il secondo strumento è rappresentato dalla valutazione fiduciaria effettuata dall'organo di indirizzo al momento della nomina e della revoca dei dirigenti di più alto livello.

L'indicazione fiduciaria ha, quindi, il significato di scelta della persona più adatta cui attribuire l'esercizio del potere discrezionale per il raggiungimento di determinati obiettivi di interesse pubblico. La burocrazia si trova in una continua tensione, chiamata ad attuare le direttive, senza violare la regola base di ogni democrazia liberale cioè quella dell'imparzialità della sua azione, così da trattare in modo uguale tutti i destinatari. Essa risponde sì agli organi politici, ma al tempo stesso è al servizio della collettività, deve conciliare i principi di democrazia

rappresentativa da un lato e l'uguaglianza dei cittadini dall'altro. Si sentiva la necessità di una dirigenza responsabile e attiva, capace di farsi partecipe di uno Stato egualitario.

Riassumendo quindi: i Ministri dovevano impartire le direttive, i dirigenti dovevano attuarle, fermo restando il potere di allontanare il dirigente inadempiente in presenza di motivazione. Il dato certo purtroppo conferma però che le direttive per anni non furono adottate, e, nonostante ciò, la responsabilità politica è sempre stata trasferita sui dirigenti, non attuando il circuito di competenze e responsabilità prefigurato nel 1993.

Con l'intervento legislativo operato col decreto 31 marzo 1998, n. 80 il quadro normativo sulla dirigenza pubblica sembrava completato attraverso la realizzazione coerente di un nuovo circuito di responsabilità: il ruolo della dirigenza pubblica è stato meglio definito grazie ad una formulazione normativa più precisa delle competenze dirigenziali e dei poteri spettanti ai politici e il ministro risponderà di fronte agli elettori per l'eventuale mancato raggiungimento degli obiettivi, facendo valere la responsabilità politica. F.CARINCI - S.MAINARDI,La dirigenza nelle p.a., 2004, p.14.

Mentre la prima privatizzazione aveva riguardato solo la categoria più bassa delle due fasce della dirigenza (scelta pienamente avallata dalla Corte costituzionale con la sent.n. 313/1993), col d.lgs. n. 80 – sulla base di esplicita delega contenuta nella legge n.59/1997 all'art.11 quarto comma lettera a), secondo periodo – si realizza la

privatizzazione anche della dirigenza generale.

Sono così trattati allo stesso modo dipendenti della pubblica amministrazione che si trovano in almeno quattro differenti posizioni: dipendenti non funzionari che non svolgono mansioni legate a funzioni pubbliche; dipendenti funzionari ma non dirigenti che partecipano in modo anche rilevante alla definizione di atti di gestione; dirigenti professionali, titolari di competenze proprie e riservate (organi comunque amministrativi); dirigenti legati al vertice politico da vincoli di fiduciarietà che svolgono compiti di supporto all'indirizzo politico o di adozioni di atti aventi rilevanza esterna.

Il legislatore si è pertanto mosso in favore della parificazione giuridica del rapporto di lavoro per l'intera categoria dirigenziale ritenendo che la spaccatura in due non potesse essere conservata una volta superati i dubbi e le prime incertezze sulla privatizzazione del rapporto di lavoro.

Dal punto di vista dello stato giuridico in senso stretto è stato affermato da autorevole dottrina (F. MERLONI, Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale,ed. Il Mulino, Bologna , 2006, p.157 ss.) che la privatizzazione del rapporto di lavoro, privatizzando anche le fonti di responsabilità disciplinare, ha comportato per la dirigenza una forte attenuazione delle garanzie di imparzialità del dirigente.

Il d.lgs. n. 80 ha inoltre creato un complesso concorso di atti per il conferimento degli incarichi dirigenziali: il rapporto di lavoro resta, per il dirigente privatizzato,

regolato dal contratto collettivo e dal contratto individuale, ai quali si aggiungono l'atto di conferimento dell'incarico dirigenziale e un secondo contratto individuale relativo all'incarico con definizione dell'oggetto, degli obiettivi da conseguire, della durata e del corrispondente trattamento economico. Per quanto riguarda le competenze, si continua a riservare agli organi di Governo gli atti normativi, a contenuto generale, mentre, salvo le specifiche eccezioni relative agli atti di nomina e alle richieste di parere, gli (organi) "esecutivi" divengono assolutamente incompetenti per gli atti puntuali con destinatari determinati o determinabili per i quali è sufficiente la legittimazione professionale della burocrazia. (Alessandro Boscati, Il dirigente dello Stato : contratto di lavoro e organizzazione / Milano : A. Giuffrè, 2006. - XI)

Infatti è il carattere generale o puntuale dell'atto che consente la ripartizione delle competenze tra uffici politici e dirigenziali per quanto riguarda le attribuzioni finali mentre per quelle strumentali, relative all'organizzazione, il criterio di distribuzione deve desumersi dal complesso delle disposizioni normative (S. BATTINI, Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni,ed. Cedam, Milano, 2000, p. 638 ss.)

In definitiva le innovazioni legislative del 1998 hanno portato a una più completa e attuale definizione dei compiti di spettanza dell'autorità politica e di quella amministrativa, per evitare la sostituzione di uno nello svolgimento dei compiti spettanti all'altro; si realizza

inoltre l'unificazione giuridica del rapporto di lavoro di tutta la categoria dirigenziale, distinguendo i dirigenti solo in base agli incarichi assegnati (incarichi dirigenziali generali e non).Sono poi stati previsti meccanismi per la scelta del personale dirigenziale destinato a ricoprire determinate funzioni, contemperando le esigenze del ceto politico di scegliere persone di fiducia ma allo stesso tempo tutelando la burocrazia dalle ingerenze politiche e dagli abusi.

Per attuare la mobilità orizzontale era stato poi istituito, con la riscrittura dell'art. 23 del d.lgs.29/1993, ora 165/2001, il c.d. ruolo unico della dirigenza, oggi nuovamente eliminato con l'articolazione della dirigenza in due fasce.

Infine, come osserva VALENSISE (La dirigenza statale ,Giappichelli editore, Torino 2002, p. 44 ss.), si è giunti ad una migliore individuazione della responsabilità dirigenziale e all'elaborazione di linee guida per la determinazione del trattamento economico collegato ai risultati raggiunti in ottica premiale.

1.5. La legge n. 145/2002: riordino della dirigenza

Durante la fase finale della XIII legislatura, nel prefigurare le scelte che avrebbero caratterizzato l'attività del Parlamento e del Governo dopo le elezioni del 2001 relativamente al problema dell'organizzazione pubblica,

venne espressa da più parti l'esigenza di monitorare con attenzione per un congruo periodo di tempo il funzionamento del modello introdotto con le riforme degli anni novanta e di valutarne i risultati prima di passare ad una eventuale nuova riforma.

La legge sul riordino della dirigenza statale, l. n. 145/2002, sembrerebbe porsi l'obiettivo di apportare soltanto alcuni aggiustamenti al quadro normativo fissato da ultimo con il d.lgs.165/2001, che ha raccolto in sé la fila dei provvedimenti succedutisi in materia a partire dal d. lgs. 29/1993. Ciò si ricaverebbe dal fatto che non viene introdotta una disciplina nuova tout court della dirigenza, ma solo integrazioni e correzioni parziali alle disposizioni già scritte.

In realtà, dall'analisi di attenta dottrina (G. D'ALESSIO, La legge di riordino della dirigenza: nostalgie, antilogie ed amnesie,in Lav. nelle p.a., 2002, 2, p. 213 ss), ci si accorge che gli interventi del legislatore toccano punti nevralgici della dirigenza pubblica, finendo per incidere sulla ratio delle innovazioni introdotte con le precedenti riforme, eludendo lo scopo di monitoraggio che ci si era inizialmente prefissati.

Sulla legge 145/2002 si veda, senza pretesa di completezza, A., CORPACI, La dirigenza nel pubblico impiego. Il nuovo regime del conferimento degli incarichi dirigenziali e la giurisdizione sugli incarichi dirigenziali, in LPA, 2003, p. 217; G., D'AURIA, G., ZOPPOLI, L., La (piccola) «controriforma» della dirigenza nelle amministrazioni pubbliche non statali: prime riflessioni

critiche, in LPA, 2002, p. 911; F., CARINCI, Sisifo Riformatore: la dirigenza, in LPA, 6, 2001, p. 953; M.G., GAROFALO, La dirigenza pubblica rivisitata, in LPA, 2002, p. 873.

L'intervento legislativo ha riguardato in particolare il tema del conferimento degli incarichi dirigenziali e quindi il complesso rapporto tra politica e dirigenza. Nella relazione al disegno di legge presentato il 2 ottobre del 2001, il cui testo, approvato con modifiche, è diventato legge n. 145/2002, si affermava che: "(il disegno di legge che si propone) contiene disposizioni che tendono alla definizione di un regime degli incarichi di funzione dirigenziale nelle amministrazioni dello Stato caratterizzato da maggiori elementi di flessibilità rispetto a quello attualmente previsto, volte in particolare a favorire la mobilità dei dirigenti, a tale fine prevedendo una modifica alla disciplina legislativa in materia di conferimento degli incarichi stessi. Con l'occasione si è inteso pervenire ad un maggiore punto di equilibrio tra la necessità di garantire un potere di scelta nell'affidamento degli incarichi dirigenziali all'organo di responsabilità politica e l'esigenza di garantire l'autonomia dei dirigenti nell'esercizio delle attività gestionali volte all'espletamento di tali funzioni nel rispetto degli obiettivi, priorità, piani e programmi definiti nelle direttive generali del Ministro" Disegno di legge n. 1696, 2 ottobre 2001, CAMERA DEI DEPUTATI (testo disponibile su: http://legxiv.camera.it/_dati/leg14/lavori/schedela/trovaschedacamera_wai.asp?PDL=1696

Secondo quanto disposto nella suddetta relazione, le finalità perseguite dal legislatore attraverso questo intervento normativo possono essere considerati due: da una parte, la determinazione di un nuovo equilibro tra politica ed amministrazione; dall'altra, l'introduzione nella disciplina della dirigenza di maggiori elementi di flessibilità e di nuove forme di mobilità (C., COLAPIETRO, Governo e Amministrazione. La dirigenza pubblica tra imparzialità ed indirizzo politico, Torino, Giappichelli, 2004 p. 82)

Soffermandoci sul dato contenutistico della legge, viene modificato l'accesso alla qualifica dirigenziale nelle amministrazioni statali, che potrà avvenire o mediante concorso indetto dalle singole amministrazioni o per corso-concorso selettivo di formazione bandito dalla scuola superiore della p.a.; viene soppresso il ruolo unico dei dirigenti tenuto presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri-Dipartimento della funzione pubblica per essere sostituito dai singoli ruoli delle amministrazioni dello Stato, conservando all'interno di ciascuno di essi, la suddivisione della dirigenza in due fasce. Viene inoltre modificata la durata degli incarichi dirigenziali riducendola ad un massimo di 3 anni, senza prevedere un termine minimo di durata; viene favorita la mobilità dirigenziale tra settore pubblico e settore privato, promuovendo lo sviluppo di competenze professionali, accrescendo l'acquisizione di esperienze gestionali di tipo manageriale; viene prevista la possibilità che la contrattazione collettiva disciplini l'istituzione di un' area

della vice dirigenza per consentire ai dirigenti di delegare parte delle funzioni; vengono dettate disposizioni per consentire al Governo ad inizio legislatura di valutare se confermare, modificare o rinnovare le nomine degli organi di vertice e dei componenti dei consigli d'amministrazione degli enti pubblici, delle agenzie o di società controllate o partecipate dallo Stato. Infine, per gli incarichi di livello dirigenziale generale e non, viene prevista (per i dirigenti di livello dirigenziale generale) la cessazione dell'efficacia degli stessi al sessantesimo giorno dall'entrata in vigore della legge e, per i dirigenti di seconda fascia, la possibilità di riattribuzione, entro 90 giorni, delle relative funzioni, secondo il criterio della rotazione.

Schematizzando, dunque, i punti salienti della Riforma Frattini risultano essere: 1) ampliamento della possibilità di affidamento degli incarichi dirigenziali ed aumento della possibilità di attribuzione degli incarichi a favore di estranei alla p.a. e di dirigenti di altre amministrazioni; 2) "ripubblicizzazione" dell'atto di conferimento dell'incarico; 3) novità in materia di durata e cessazione degli incarichi dirigenziali; 4) reintroduzione del corso-concorso; 5) cancellazione del ruolo unico della dirigenza

Il primo dei punti indicati: l'ampliamento della possibilità di affidamento degli incarichi dirigenziali e l'aumento della possibilità di attribuzione degli incarichi è disciplinato dall'art. 3 della legge 145/2002. Qui si stabilisce che gli incarichi dirigenziali di livello generale possono essere conferiti, oltre che ai dirigenti di prima

fascia, a dirigenti di seconda fascia e ad esperti particolarmente qualificati, fino a coprire, in ciascuna amministrazione, il 60% della dotazione dei dirigenti di prima fascia. Invece, per quanto riguarda gli incarichi dirigenziali di livello non generale, potranno essere conferiti, oltre che ai dirigenti di seconda fascia, a dirigenti di amministrazioni non statali, nel limite del 5% della dotazione dei dirigenti di seconda fascia, e ad esperti particolarmente qualificati –esterni o, eventualmente, interni a ciascuna amministrazione-, entro il limite dell'8% della medesima dotazione (G., D'AURIA, Ancora una riforma sulla dirigenza pubblica, in Giornale di diritto amministrativo, 2002, p.8 e ss). D'altra parte, la nuova legge ha mutato anche la norma che fissava i criteri da seguire per l'attribuzioni degli incarichi. Così, mentre prima l'art. 19, comma 1 del d.lgs. 165/2001 prevedeva che "per il conferimento di ciascun incarico di funzione dirigenziale e per il passaggio ad incarichi di funzioni dirigenziali diverse, si dovesse tener conto della natura e delle caratteristiche dei programmi da realizzare, delle attitudini e della capacità professionale del singolo dirigente, anche in relazione ai risultati conseguiti in precedenza, applicando di norma il criterio della rotazione degli incarichi"; adesso, secondo l'art. 3 della legge 45/2002, per il conferimento di ciascun incarico di funzione dirigenziale si tiene conto, in relazione alla natura e alle caratteristiche degli obiettivi prefissati, delle attitudini e delle capacità professionali del singolo dirigente, valutate anche in considerazione dei risultati

conseguiti con riferimento agli obiettivi fissati nella direttiva annuale e negli altri atti di indirizzo del Ministro". Compare (R., D'ALESSIO, La legge di riordino della dirigenza: nostalgie, antilogie e amnesie., Lav. nelle p.a. 2002, 02, 213, p. 218) di fatto il criterio della rotazione e si stabilisce una nuova formulazione che privilegia gli elementi di ordine soggettivo, i quali, ovviamente, sono più difficilmente riscontrabili e verificabili, ciò comportando maggiori possibilità di manovra da parte del soggetto politico.

In secondo luogo, una grossa novità contenuta nella novella legislativa fa riferimento alla ripubblicizzazione dell'atto di conferimento dell'incarico. Nell'articolo 3, che riscrive l'art. 19 d.lgs. n. 165/2001, si stabilisce in modo inequivocabile la separazione tra l'incarico e l'accordo che lo disciplina. In proposito, lo stesso articolo al comma 2 prevede che nel provvedimento di conferimento dell'incarico (atto di natura pubblicistica) siano individuati "l'oggetto dell'incarico e gli obiettivi da conseguire, con riferimento alle priorità, ai piani e ai programmi definiti dall'organo di vertice nei propri atti di indirizzo e alle eventuali modifiche degli stessi che intervengano nel corso del rapporto, nonchè la durata dell'incarico", al quale è unito "un contratto individuale con cui è definito il corrispondente trattamento economico". La separazione tra accordo e conferimento vero e proprio dell'incarico è stata giustificata nella relazione al disegno di legge prima citata, basandosi sul fatto che, con tale decisione, si intende ovviare l'attuale "situazione di confusione fra

l'aspetto organizzativo-funzionale degli incarichi –la cui disciplina, afferendo ai modi di conferimento della titolarità degli organi e degli uffici pubblici, si vuole ora ricondurre ad un atto unilaterale del datore di lavoro– e quello concernente la disciplina del rapporto obbligatorio la cui regolazione resta, invece, affidata all'atto di natura privatistica"Disegno di legge n. 1696, 2 ottobre 2001, CAMERA DEI DIPUTATI (testo disponibile su: http://legxiv.camera.it/_dati/leg14/lavori/schedela/trovaschedacamera_wai.asp?PDL=1696). In questo contesto, il provvedimento di conferimento dell'incarico assume un ruolo centrale, privilegiando in tal modo la sequenza atto unilaterale/contratto a quella inversa contratto/atto unilaterale, circostanza quest'ultima che non si capisce bene, almeno da una prospettiva di economicità. F., CARINCI, Sisifo Riformatore: la dirigenza.in LPA, 2001, 6 p.962. In buona sostanza, usando le parole di D'ALESSIO, "è difficile sostenere che lo spazio della disciplina del rapporto obbligatorio demandata dall'atto contrattuale possa esaurirsi, come avviene nella norma in commento, nella sola definizione del trattamento economico, mentre tutti gli altri elementi della fattispecie vengono ricondotti all'interno del momento provvedimentale" (La legge di riordino della dirigenza: nostalgie, antilogie e amnesie.., op. cit., p. 226).

Per quanto concerne la rideterminazione della dimensione temporale degli incarichi, sono state ignorate le voci che avevano invitato a riflettere criticamente sul carattere di temporaneità degli incarichi (su tutte, R.,

D'ALESSIO, La legge di riordino della dirigenza: nostalgie, antilogie e amnesie..., op. cit., pp. 219 e ss). Pertanto, la legge Frattini dispone che la durata di essi non può eccedere il termine di tre anni per i dirigenti generali ovvero di 5 anni per gli altri dirigenti, ma soprattutto, non fa nessun riferimento alla durata minima. Proprio per questo, la modifica introdotta dalla legge 145/2002 è stata fortemente criticata da A., CORPACI, (Riflessioni sulla dirigenza pubblica alla luce della legge n. 145 del 2002, in LPA, 2003, p. 863): irrobustirebbe notevolmente la situazione di precarizzazione in cui si trova il corpo della dirigenza. A ciò si aggiunga che, rispetto alla cessazione degli incarichi, alla già criticabile regola prevista nell'art. 19, 8° comma, del d.lgs. n. 165 del 2001, secondo cui gli incarichi dirigenziali più alti –Segretario generale di ministero, Capo dipartimento, ecc.- potevano essere confermati, revocati, modificati o rinnovati entro novanta giorni dal voto di fiducia del Governo, con la nuova legge si fa un passo avanti nel senso che la suddetta norma prevede la cessazione automatica –ex lege-, senza nessun obbligo di motivazione da parte del Governo. Inoltre, dato ancora più censurabile, la previsione contenuta nell'articolo 3, comma 7, dispone che, "fermo restando il numero complessivo degli incarichi attribuibili, le disposizioni di cui al presente articolo trovano immediata applicazione relativamente agli incarichi di funzione dirigenziale di livello generale e a quelli di direttore generale degli enti pubblici vigilati dallo Stato ove è prevista tale figura. I predetti incarichi cessano il

sessantesimo giorno dalla data di entrata in vigore della presente legge, esercitando i titolari degli stessi in tale periodo esclusivamente le attività di ordinaria amministrazione". Tale previsione normativa è stata oggetto di aspre critiche da parte di taluna dottrina. Al riguardo, D'ALESSIO afferma che "in questo caso la "spoliazione" non è prevista a regime, ma una tantum, in sede di prima applicazione della legge stessa, entro 60 giorni dalla sua entrata in vigore: cioè, non si configura come un potere attribuito a qualunque Governo presente e futuro, ma costituisce una prerogativa riservata solo al governo attualmente in carica". In tal senso –continua a sottolineare l'autore- "si tenga presente che se, nella concreta attuazione, questo azzeramento degli incarichi [...] producesse un completo turnover rispetto alla situazione attuale, il c.d. spoils system potrebbe risultare, in termini numerici, all'incirca decuplicato rispetto a quello, così vivacemente contestato, consentito dalla normativa del 1998" (R., D'ALESSIO, La legge di riordino della dirigenza: nostalgie, antilogie e amnesie..., op. cit., p. 222.)

Per quanto riguarda la disciplina dell'accesso alla qualifica dirigenziale, la novella legislativa apporta alcune modifiche: da una parte, si accede tramite concorso per esami indetto dalle singole amministrazioni; dall'altra, si accede in virtù di un corso-concorso selettivo di formazione bandito dalla Scuola superiore della pubblica amministrazione –quest'ultimo meccanismo è stato reintrodotto con la legge 45/2002, segnando un ritorno al

sistema antecedente la riforma del 1998.

Insieme alle modifiche in tema di incarichi dirigenziali, forse la novità più importante introdotta dalla legge 45/2002 è stata quella di sopprimere il "ruolo unico" della dirigenza statale (regolato dal d.P.R. n. 150/1999), con conseguente ripristino in ogni amministrazione dello Stato dei singoli ruoli dirigenziali. L'istituzione del ruolo unico, a parere di molti commentatori (su tutti D'ORTA, La seconda fase di riforma della dirigenza pubblica: verso la fine del guado, cercando di evitare gli scogli, Lavoro nelle P.A. 1998, 2, 347, p. 4), avrebbe dovuto costituire lo strumento idoneo a superare la rigida articolazione precedente della dirigenza statale e, dall'altra a recuperare margini di flessibilità nel conferimento degli incarichi dirigenziali. Secondo attenta dottrina, l'istituto del ruolo unico dirigenziale ha svolto un'altra funzione non prevista espressamente dalla normativa, ossia quella di "legittimare le amministrazioni a liberarsi di propri dirigenti, non attribuendo loro incarichi di alcun genere (nella fase di prima applicazione della nuova disciplina o alla scadenza naturale degli incarichi), depositandoli così presso il r.u.d. senza attivare il procedimento di valutazione delle loro prestazioni (ex art. 5 d.lgs. n. 286/1999) e, tanto meno, avviare procedimenti sanzionatori nei loro confronti" (G., D'AURIA, Ancora una riforma sulla dirigenza pubblica, in Giornale di diritto amministrativo, 2002, 11, p. 5). Ebbene, allo scopo di dare una risposta al problema enunciato, il legislatore ha deciso di condannare a una "morte prematura" il ruolo unico dirigenziale

(L'espressione è di F., CARINCI, Sisifo Riformatore: la dirigenza..., op. cit., p. 965). Infatti, com'è stato rilevato dalla dottrina, con questo intervento normativo lungi dal risolvere il problema segnalato "lo ha moltiplicato per il numero dei ministeri, poiché ciascun ministro resta libero di non motivare, alla scadenza di ciascun incarico, la mancata assegnazione del dirigente allo stesso o ad altro incarico; con l'unica differenza che il dirigente sarà messo a disposizione, non più del r.u.d., ma del ruolo esistente presso il proprio ministero (salva la «mobilità» verso altre amministrazioni, in base a «provvedimento» discrezionale del ministro della funzione pubblica, su domanda dell'interessato, sentite l'amministrazione di provenienza e quella di destinazione)" (G., D'AURIA, Ancora una riforma sulla dirigenza pubblica, in Giornale di diritto amministrativo, op. cit., p. 5). Pertanto, secondo altra dottrina (C., COLAPIETRO, Governo e Amministrazione. La dirigenza pubblica tra imparzialità ed indirizzo politico....op. cit.,), la legge 45/2002 di riordino della dirigenza costituisce un'autentica "controriforma della dirigenza pubblica" fatta in chiave di ritorno alla vecchia realtà del pubblico impiego, e che si contraddistingue, a carattere generale, per il rafforzamento della posizione degli organi politici a scapito dell'autonomia dirigenziale, dando luogo ad una dirigenza più precarizzata, debole e dipendente dal potere politico. Tanto è vero che, come si vedrà nel prossimo capitolo, la stessa Corte costituzionale è intervenuta in maniera critica su alcuni aspetti della legge Frattini –in particolare, sulla durata degli incarichi-

nella famosa sentenza 23 marzo 2007, n. 103, che dichiarerà costituzionalmente illegittima tale norma. In conclusione di questa prima parte, si può affermare che il quadro normativo così profilatosi dalla riforma Frattini è il risultato di una fase politica caratterizzata da una transizione verso una forma istituzionale maggioritaria e bipolare, che non poteva accettare per un'intera legislatura una dirigenza pubblica completamente nominata dal precedente esecutivo.

SEZIONE SECONDA: LO SPOILS SYSTEM "ALL'ITALIANA"

2.1 Le origini dello spoils system in Italia

Lo spoils system entra a far parte del nostro ordinamento a pieno titolo nel momento in cui viene conferito al Governo il potere di confermare, revocare modificare entro sei mesi dal voto di fiducia le nomine presso enti, società e agenzie, organismi ministeriali e interministeriali (art. 6 della legge 145/2002).

Per comprendere a fondo il meccanismo dello spoils system e la sua applicazione nel nostro ordinamento occorre fare luce sul contesto storico in cui si colloca la sua prima applicazione e le motivazioni che lo hanno generato: due norme, una del centro sinistra negli anni 1998-99, una del centro destra nel 2002 (la legge Frattini appunto) hanno fatto cessare i dirigenti pubblici in carica e stabilito che mantenessero l'incarico per una durata temporale inferiore a quella del Governo. Si è creata una vera e propria frattura con il passato: mentre prima si diceva " I Governi passano le burocrazie restano", da quel momento i governi sono divenuti stabili (grazie all'introduzione del sistema elettorale maggioritario e l'affermarsi così del potere dei partiti) e la burocrazia transeunte, precaria e instabile. Dal 1998 tutti i dirigenti sono stati sottoposti al regime privatistico, regolati dal contratto di lavoro subordinato e il contratto è stato distinto dall'incarico: se l'incarico cessa non termina

anche il contratto.

Disposizioni precedenti (del 1992-93) avevano stabilito una distinzione tra governo ed alta funzione pubblica, assegnando al primo l'indirizzo e il controllo, alla seconda la gestione; i Ministri dovevano stabilire obiettivi e direttive e poi valutare in base ad esse la gestione fatta dai dirigenti ed essere così liberi di dismetterli nel caso in cui non avessero raggiunto gli obiettivi ovvero rispettato le direttive.

Con il nuovo regime normativo i vertici burocratici sono azzerati con il passaggio da un Governo a un altro e quello entrante può nominare liberamente, senza dover nulla spiegare, ai posti di vertice, dipendenti pubblici e nella misura del 10% anche privati.

Secondo autorevole dottrina (S. CASSESE,Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani:una modificazione costituzionale,in Giorn.di dir. amm.,n. 12, 2002, p. 1342), prima dell'entrata in vigore della legge n. 145/2002, la revoca della nomina avveniva a seguito di procedura in contraddittorio con motivazione, per fatti disciplinari o gravi inadempienze. Ora, con l'introduzione della legge Frattini, la dismissione è sì a seguito del mancato raggiungimento degli obiettivi e per non aver rispettato le direttive, ma la nomina è fin da subito a tempo determinato e quindi destinata a concludersi entro tre o cinque anni.

Le ragioni del ricorso all'istituto della nomina sono molte tra cui sicuramente l'esigenza dell'autorità politica di disporre di personale fiduciario in quegli ambiti

comunque coinvolti nell'indirizzo politico, reperendo personale specifico non direttamente disponibile all'interno dell'amministrazione.

Le nomine c.d. politiche sono quelle che riguardano le cariche apicali per l'amministrazione diretta, gli uffici di staff per l'organo politico, gli organi di vertice dell'ente e i membri delle autorità indipendenti; nomine quindi politiche sia in ragione della natura dei soggetti preposti, sia per la natura politica della scelta. Si osservi sul punto quanto affermato da G. ENDRICI (Il potere di scelta. Le nomine tra politica e amministrazione .Ed. Il Mulino, Bologna, 2000, p.10 ss.)

D'altro canto la scelta fiduciaria non esclude, ma anzi presuppone, una valutazione delle capacità del dirigente: l'organo politico risponde dell'andamento dell'amministrazione. La scelta fiduciaria del resto non implica un "asservimento" del dirigente all'organo esecutivo, poiché egli conserva per legge una forte autonomia gestionale e resta il responsabile dell'amministrazione. Un giudizio positivo sui presupposti della riforma è c esposto da P.CERBO nell'articolo: Ragioni e problemi dello "spoils system",pubblicato su http://www.lavoce.info, 2002.

Per la maggior parte della dottrina, invece, il carattere fiduciario, il ricambio per nomina politica e la precarizzazione non rispondono ad esigenze funzionali della gestione dello Stato, bensì ad esigenze interne di un corpo politico, come quello italiano, che ha sempre avuto fame di posti per sistemare propri clienti e che per tale

strada vuole assicurarsi la fedeltà politica della burocrazia. I governi sono consapevoli di avere conquistato un così forte potere da poter decidere l'intera sorte della dirigenza, potendo fare nuove nomine o conferme per periodi brevi, rafforzando sempre più la dipendenza dei burocrati dal governo (S. CASSESE, Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani:una modificazione costituzionale, cit., p. 1342).

Tra le altre cose, la legge Frattini ha anche frettolosamente liquidato il ruolo unico istituito a seguito del d. lgs. n. 80 del 1998 presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, articolato in due distinte fasce, ciascuna delle quali si suddivideva a sua volta in sezioni distinte, in relazione alla specifica professionalità del dirigente. Una volta abolito è stato molto più difficile realizzare quella mobilità delle professionalità dirigenziali in un contesto unitario di pubbliche amministrazioni che pochi anni prima il legislatore si era prefisso di conseguire con la sua creazione. Questo istituto nella pratica è stato, per lo più, visto e vissuto dagli stessi interessati in modo negativo, come una sorta di messa a disposizione: ristabilirne il vero significato o, quantomeno, riprenderne l'ispirazione, al fine di dare a ciascun dirigente l'incarico più adatto e porre, conseguentemente, ognuno nella condizione di offrire il meglio di sé nell'interesse della sua professione e della collettività, sembra in ogni caso una strada non solo percorribile, ma quasi obbligata (Tratto dall'articolo Reclutamento e formazione della dirigenza e del personale pubblico, gruppo di lavoro che ha elaborato

collegialmente questo rapporto è coordinato da Gianfranco D'Alessio, aprile, 2006, su www.astridon-line.it)

La novella del 2002, come visto nel precedente capitolo, ha altresì eliminato l'esplicito riferimento alla rotazione degli incarichi anche se le opinioni espresse dalla dottrina a riguardo sono divergenti. Secondo alcuni (G. D'ALESSIO, La legge di riordino della dirigenza: nostalgie, antilogie ed amnesie,in Lav. nelle p.a., 2002, 2, p.214) il testo vigente avrebbe accentuato in maniera eccessiva la discrezionalità del soggetto che conferisce l'incarico, secondo altri (G. D'AURIA, Ancora una riforma sulla dirigenza pubblica,in Giorn. Di dir. amm., n. 11, 2002, p. 1159) sarebbe solo la necessaria continuità tra i due testi normativi, avendo fondamentalmente perso di significato una rotazione di incarichi in un sistema in cui si è introdotto il generale principio della temporaneità degli stessi. A tal riguardo si veda per completezza quanto scritto da A. BOSCATI (Il dirigente dello stato, Giuffrè editore, Milano, 2006, p. 251 ss).

Come autorevolmente sostenuto da Cassese (Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani:una modificazione costituzionale,in Giorn. di dir. amm. ,n. 12, 2002, p. 1343), il ricambio per nomina politica e la precarizzazione non rispondono ad esigenze funzionali della gestione dello Stato, obiettivo che la riforma si era prefissata, bensì ad esigenze del corpo politico italiano che ha sempre voluto cercare posti per i propri clienti, in un'ottica di premialità, assicurandosi così la fedeltà politica della burocrazia, a discapito di quel caposaldo da più voci sempre richiamato,

e in particolare costituzionalmente sancito, quale l'imparzialità.

2.2 Lo spoyls system nella giurisprudenza costituzionale

Per una disamina delle posizioni della dottrina riguardo al lungo iter giurisprudenziale sullo spoil system si consultino, tra gli altri, Rusciano, Dirigenze pubbliche e spoil system, in www.lexitalia.it; De Gotzen, Il bilanciamento tra spoil system e principio di distinzione tra politica e amministrazione nella dirigenza regionale, in Re, 2007, 5; Di Cosimo, La Corte e lo Spoils System all'italiana, in Università degli Studi di Macerata W.P. Libertà, lavoro e sicurezza sociale, 14/2012; Spuntarelli, Struttura e ratio delle disposizioni sullo spoils system, in Gcost. 2008, 3975; Galimberti, Spoils System, ma controllato, in Il Sole 24 Ore del 21 maggio 2008, De Luca, Lo spoils system nelle Aziende Sanitarie Locali del Lazio. Ancora due pronunce per sancirne l'incostituzionalità., in GI, 2009, p.1894; Lo spoils system nelle Aziende Sanitarie Locali del Lazio. Ancora due pronunce per sancirne l'incostituzionalità; Lucca, Spoils system e compatibilità costituzionale, in Lexitalia.it, n. 3, 2010 Caruso, Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e

responsabilità (il ridisegno della governante nella p.a. italiana), in WP C.S.d.l.E. «?Massimo D'Antona?», 104/2010. P.M. Zerman, Spoils system, ultimo atto, in www.giustizia-amministrativa.it, 27 maggio 2010.

La Corte Costituzionale, interpellata sulla riforma Frattini, si è espressa con ordinanza del 30 gennaio 2002, n.11 con la quale ribadiva la legittimità della privatizzazione della categoria dirigenziale già sancita da precedenti pronunce (Sentenze n. 313/1996, n. 309/1997 e n. 205/2001) e salvava la temporaneità degli incarichi che " non confligge con l'imparzialità, ma solo se correlata alle performance". Per i dirigenti pubblici, a differenza dei magistrati "non vi è una garanzia costituzionale di autonomia da attuarsi necessariamente con legge attraverso uno statuto giuridico che assicuri stabilità e inamovibilità".

La Corte ha così accettato il nuovo regime, ponendosi a favore del principio costituzionale di continuità dell'azione amministrativa, data dalla corrispondenza tra l'operato dell'amministrazione e gli obiettivi fissati dal Governo.

Nei commenti si è parlato di "piatto adeguamento della Corte alla mediocre politica legislativa" che rischia di creare un "insanabile scisma culturale" tra coloro (come R.ALESSE, La Corte costituzionale "benedice" la disciplina sul conferimento…,in Il Foro ammin., n. 10, 2002, p.2315), che sostenevano che il meccanismo normativo introdotto dalla legge Frattini sul conferimento dell'incarico si collocasse fuori dal tracciato segnato dagli

art. 97 e 98 cost. e chi (come G. D'ALESSIO, La privatizzazione dei dirigenti generali,in Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche… Commentario diretto da F.CARINCI e C. D'ORTA Milano, 1998, p.81) si è schierato per il rafforzamento dell'idea per cui l'efficienza della pubblica amministrazione può essere assicurata soltanto tramite una generalizzata precarizzazione dell'attività della dirigenza.

Aspetto più controverso attiene sicuramente al meccanismo introdotto dalla legge che si basa sul solo criterio della fiduciarietà dell'affidamento degli incarichi a termine: per alcuni commentatori (R.ALESSE, op. cit.) la conseguenza logica di ciò non poteva che essere l'"addomesticamento" dall'alto (dalla politica) della dirigenza con grave lesione dei principi del buon andamento e dell'imparzialità.

Il secondo motivo di contrasto del nuovo regime con la Costituzione sollevato dalla dottrina è l'automatica cessazione per legge dell'incarico (una tantum di tutti i dirigenti e permanente per i dirigenti generali) che viola i principi del giusto procedimento, tra cui la contestazione degli addebiti, il diritto di difesa, l'obbligo di motivazione e del controllo giurisdizionale sulle decisioni amministrative. Se il lavoro cessa automaticamente si configura un licenziamento senza causa. Infine la cessazione dell'incarico una tantum, stabilita per legge, contrasta con la divisione del lavoro tra Parlamento e Governo: non vi è dubbio che il Parlamento ha adottato una legge con effetti propri di un atto amministrativo (il

licenziamento) e quindi si è realizzato un eccesso di potere legislativo come bene messo in luce da Cassese (op. cit.).

Nel 2006, con la sentenza n. 233 la Corte torna sull'argomento affrontando un tema nevralgico nell'ambito del (sempre più acceso) dibattito sui meccanismi di nomina dirigenziale fiduciaria, ad opera delle amministrazioni regionali.

L'orientamento offerto dalla Consulta riveste indubbia rilevanza, sia per il considerevole impatto sull'attuale assetto normativo regionale, sia per le indicazioni fornite nella motivazione della decisione. La sentenza costituisce il primo intervento della Corte sul meccanismo di sostituzione automatica di soggetti titolari di organi amministrativi in occasione del mutamento di maggioranza politica degli organi di indirizzo.

Nell'ordinamento sono presenti una normativa statale (legge 15 luglio 2002) e diverse leggi regionali adottate, di volta in volta, dalle singole Regioni. La Corte si pronuncia su tre ricorsi del Governo contro tre leggi regionali, due della Regione Calabria (3 giugno 2005, n. 12 e 17 agosto 2005, n. 13) e una della Regione Abruzzo (12 agosto 2005, n. 27), riuniti per la loro oggettiva connessione. La prima legge della Calabria è quella che incide più ampiamente nella materia delle nomine, disponendo la decadenza automatica delle stesse e riguarda i rappresentanti nominati dalla Giunta o dal Consiglio regionale in enti e organismi esterni nei nove mesi antecedenti la scadenza della legislatura regionale.

La legge regionale calabrese dispone che "tutti gli

incarichi dirigenziali devono essere formalmente conferiti entro 60 giorni dal conferimento dei nuovi organi regionali", stabilendo la decadenza automatica degli incarichi precedentemente conferiti.

La legge abruzzese dispone che le nomine degli organi di vertice degli enti dipendenti dalla regione e delle società da esse controllate e partecipate abbiano "una durata pari a quella della legislatura regionale e decadano all'atto di insediamento del nuovo Consiglio regionale, salva conferma nei successivi 40 giorni".

La seconda legge calabrese dispone la decadenza automatica, nelle Aziende sanitarie locali, dei direttori amministrativi e sanitari e dei responsabili dei dipartimenti sanitari e amministrativi e dei responsabili dei distretti sanitari territoriali " in concomitanza con la nomina dei Direttori generali" delle Aziende.

Tutti interventi di spoils system che hanno effetti diversi ma molto estesi volti a far coincidere tale meccanismo con un'area di nomine ritenute fiduciarie. Si veda a tal proposito F. MERLONI, (Primi incerti tentativi di arginare lo spoils system nelle Regioni,in Le Regioni, n. 6 del 2006, tratto dal Forum di quaderni costituzionali).

Il ricorrente deduce tra i motivi di censura la violazione degli artt. 3 e 97 Cost., in quanto le citate leggi regionali, sancendo la decadenza automatica di tutti gli incarichi dirigenziali al momento dell'insediamento dei nuovi organi rappresentativi regionali – peraltro prescindendo da qualsivoglia valutazione in ordine alla professionalità dei soggetti nominati in precedenza –

contrasterebbero con i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa.

Uno dei temi sui quali la Corte costituzionale si è soffermata più diffusamente è quello relativo al rapporto tra funzioni di indirizzo politico, affidate all'organo di governo, e funzioni di gestione amministrativa, affidate alla cura della dirigenza: affronta le questioni connesse alla distinzione tra la sfera politica e quella gestionale al fine di verificare la rispondenza ai canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa delle norme oggetto di censura, le quali prevedono, tra l'altro, la risoluzione anticipata degli incarichi dirigenziali sulla base degli automatismi fissati dalla legge o in conseguenza di unilaterali decisioni dell'organo politico.

Secondo G. D'ALESSIO (La disciplina della dirigenza pubblica: profili critici ed ipotesi di revisione del quadro normativo, in Lav. pubbl. amm., 2006, 558,) una certa connessione strutturale tra organi di governo e dirigenti serve proprio a compensare la separazione di funzioni determinata dalle stesse leggi di riforma.

Lo spoils system di per sé non costituisce compromissione del principio di separazione, ma il problema risiede nell'ampiezza dello stesso: quanto può essere vasta l'area fiduciaria?

Il ragionamento seguito dalla Corte verte sull'esigenza di uno stretto collegamento funzionale tra gli organi politici regionali e la dirigenza, collegamento idoneo "a garantire proprio l'efficienza e il buon andamento dell'azione della nuova Giunta, per evitare che essa risulti

condizionata dalle nomine effettuate nella parte finale della legislatura precedente" (Corte cost., sent. n. 233/2006, punto 2.4 in http://www.cortecostituzionale.it/actionGiurisprudenza.do)

Secondo il giudice delle leggi le modalità di conferimento degli incarichi dirigenziali apicali a soggetti individuati fiduciariamente consentono di rafforzare la coesione tra l'organo politico regionale e gli organi di vertice dell'apparato burocratico.

Il grimaldello utilizzato dalla Consulta al fine di poter giustificare l'attuale assetto normativo regionale è rappresentato a detta di attenta dottrina (G. GARDINI, Lo spoils system al primo vaglio di costituzionalità: le nomine fiduciarie delle regioni sono legittime, ma la querelle resta aperta, in Lav. pubbl. amm., 2006, 689) dalla "tenuta dell'unità politico-amministrativa" della Regione e dall'esigenza che le linee generali dell'azione amministrativa e l'attuazione del programma siano il più possibile coerenti.

La Corte, dichiarando il ricorso non fondato, si basa su un'interpretazione della disciplina regionale vigente che distingue tra dirigenti "apicali" (di livello generale) e dirigenti "intermedi" (di livello non generale): la decadenza automatica si riferisce solo agli incarichi apicali, cui lo spoils system può essere pienamente applicato vista la natura fiduciaria. Questo orientamento, se applicato coerentemente anche alla disciplina statale, avrebbe il duplice effetto di giustificare lo spoils system tutt'ora previsto (per capi di dipartimento e segretari

generali) anche nei confronti di titolari di uffici dirigenziali generali, e, secondo un'ormai celebre espressione d S. BATTINI (In morte del principio di distinzione fra politica e amministrazione: la Corte preferisce lo spoils system, in Giorn. dir. amm., 2006, 913), "decretare la morte del principio di distinzione tra politica e amministrazione".

Secondo la Corte, lo spoils system va applicato ai soli incarichi di livello generale, rafforzando così la "coesione tra organo politico regionale e organo di vertice burocratico per consentire il buon andamento dell'attività". La Corte postula quindi coesione e non distinzione tra politica e amministrazione.

Altra dottrina ha ritenuto che la fiducia che collega politici e dirigenti è da intendere come affidamento su criteri professionali, tecnici, capacità e attitudini del dirigente in funzione dei compiti che è chiamato a svolgere e non come metodo di scelta fondato su preferenze ideologiche, politiche o partitiche; imparzialità, distinzione tra burocrazia e politica, fiducia diventano criterio elettivo per la quota di vertice della dirigenza pubblica e vanno considerati come elementi complementari tra loro, indispensabili gli uni agli altri per consentire il buon andamento dell'attività amministrativa (G. D'ALESSIO, La disciplina della dirigenza pubblica: profili critici ed ipotesi di revisione del quadro normativo, in Lav. pubbl. amm., 2006, 558).

Si ribadisce il concetto in forza del quale lo spoils system, per essere legittimo, debba limitarsi a coinvolgere

solo le posizioni apicali, che tendenzialmente sono già di nomina politica diretta ma in alcuni casi specifici, come per i direttori sanitari e amministrativi delle ASL, possono estendersi anche a posizioni di nomina politica indiretta; la Consulta censura la parte di legge regionale che al rinnovo del direttore Asl collega la decadenza delle nomine dei responsabili dei dipartimenti sanitari e dei responsabili dei distretti sanitari territoriali, perché così viene disposto l'illegittimo azzeramento dell'intera dirigenza in carica, violando l'art. 97 cost (G. GARDINI, cit.)

Secondo l'autorevole giudizio di F. MERLONI, (op. cit.), la decisione della Corte costituzionale è da ritenersi nel complesso, insoddisfacente, soprattutto per la sommarietà delle motivazioni: in materia di nomine esterne finisce per accettare una nozione troppo ampia di fiduciarietà, tanto che le nomine fondate sulla competenza tecnico-scientifica o sulla capacità manageriale o di risultato finiscono impropriamente attratte nella sfera della fiduciarietà; sul versante delle nomine interne la Corte ha invece cercato di delimitare l'area della fiduciarietà con l'obbiettivo di garantire la dirigenza non fiduciaria nel quadro di una separazione tra compiti di indirizzo e compiti di gestione.

La Corte Costituzionale, un anno dopo, con le sentenze 103 e 104 del 2007 si è espressa nuovamente sul tema dello spoils system bloccando la deriva verso l'applicazione sempre più diffusa di forme spesso sconsiderate del meccanismo delle spoglie agli incarichi dirigenziali nelle p.a., segnando un'inversione di rotta

rispetto alla sentenza 233/2006, riaffermando che stabilità e continuità degli incarichi dirigenziali sono condizioni essenziali per assicurare imparzialità e buon andamento dell'amministrazione.

La sentenza n. 103 ha dichiarato illegittima costituzionalmente la norma di cui all'art. 3 comma 7 della legge 145/2002 che disponeva l'azzeramento una tantum di tutti gli incarichi dirigenziali di livello generale delle amministrazioni statali, con effetto immediato di caducazione della norma censurata. La pronuncia è importante in quanto ha dettato principi generali e criteri idonei a frenare la "irresistibile tentazione" del legislatore a legittimare, mediante norme ad hoc ad ogni rinnovo di legislatura, forme di spoils system ulteriori e più ampie rispetto a quelle previste in via ordinaria per i soli dirigenti apicali.La Corte ha accolto di valutare l'esame di merito delle censure formulate dal Tribunale di Roma, limitatamente alla sola questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 7, della legge 15 luglio 2002, n. 145.In merito, i giudici di legittimità hanno ritenuto preliminarmente di esaminare la regolamentazione e la relazione tra il vertice politico e la dirigenza sul piano delle rispettive funzioni e gli effetti della contrattualizzazione del rapporto di servizio, con l'introduzione del principio di temporaneità degli incarichi e della previsione, rilevante nel giudizio in esame, della cessazione automatica ex lege degli incarichi stessi.

In sintesi, si legge nella sentenza, l'azione della pubblica amministrazione si misura con il rispetto del

canone dell'efficacia e dell'efficienza alla luce dei risultati che il dirigente deve perseguire, nel rispetto degli indirizzi posti dal vertice politico, avendo a disposizione un periodo di tempo adeguato, modulato in ragione della peculiarità della singola posizione dirigenziale e del contesto complessivo in cui la stessa è inserita (G. BELLINI, nota a commento della sentenza, Spoils system dei dirigenti: revirement della Consulta, sul sito http://altalex.it, in data 30 marzo 2007).

Per questo motivo, la previsione di una anticipata cessazione ex lege dell'incarico impedirebbe che l'attività del dirigente possa essere valutata in merito ai risultato raggiunti.

La revoca delle funzioni legittimamente conferite ai dirigenti, dunque, può essere conseguenza soltanto di una accertata responsabilità dirigenziale in presenza di determinati presupposti e all'esito di un procedimento di garanzia puntualmente disciplinato; viceversa, l'ipotesi di risoluzione automatica consentirebbe di fatto al solo Governo in carica "di provvedere alla nomina di personale di propria fiducia da collocare al vertice di tutti gli uffici".

Infatti, conclude la Corte, "se il fine perseguito fosse stato effettivamente quello di consentire l'avvio della riforma attuata dalla predetta legge, da un lato, non si spiegherebbe perché il legislatore abbia imposto la cessazione automatica ex lege ed una tantum dei soli incarichi dirigenziali di livello generale e non anche degli altri incarichi per i quali è previsto, come si è precisato, un diverso meccanismo di valutazione di quelli in corso alla

data di entrata in vigore della legge medesima; dall'altro, non troverebbe, allo stesso modo, una sua giustificazione l'adozione di una misura revocatoria ex lege non proporzionata all'obiettivo che si intendeva perseguire"; secondo C. D'ORTA,(Uno stop allo spoils system, pubblicato su http://www.lavoce.info in data 21 maggio 2007), la sentenza de qua ha dettato pertanto dei criteri a regime che vincolano il legislatore futuro e pongono le premesse perché il Presidente della Repubblica possa rifiutare, per manifesta incostituzionalità, la promulgazione o emanazione di eventuali nuove norme di legge o regolamento in contrasto con i criteri ormai molto restrittivi sanciti dalla Corte costituzionale.

La Consulta ha intrapreso una strada per ricondurre nell'alveo della legalità costituzionale lo spoils system nazionale: far precedere la cessazione dell'incarico da una previa fase valutativa, ancorata ad un parametro la cui specificazione costituisce il maggior aspetto di novità, oltre che l'elemento capace di far salva la stessa ragion d'essere dell'istituto, altrimenti privo di autonomia concettuale ed operativa.

Il «momento procedimentale di confronto dialettico tra le parti» vale, infatti, in un'ottica di salvaguardia delle pretese partecipative del dirigente, ad esternare le ragioni per cui l'amministrazione ritiene di interrompere il rapporto anticipatamente alla scadenza prevista dal contratto: ragioni connesse alle modalità pregresse di espletamento dell'incarico, «anche in relazione agli obiettivi programmati dalla nuova compagine

governativa». Nel suddetto, fondamentale passaggio, sta il quid novi che, a ben vedere, consente di attribuire una sua ratio alla figura dello spoils system che, diversamente, rimarrebbe privo di un benché minimo spazio di sopravvivenza e verrebbe a sovrapporsi totalmente ai meccanismi della responsabilità dirigenziale, identificandosi con essa sic et simpliciter.

In conclusione, dalla risposta della Corte si ricava che al Legislatore non è precluso prevedere forme di cessazione del rapporto dirigenziale, legate all'avvicendamento della compagine governativa: solo che tale cessazione non può essere automatica, bensì preceduta da un momento di valutazione dell'attività del dirigente, condotta anche alla luce dei nuovi obiettivi politico-amministrativi prefissati dal governo entrante, e idonea a giustificare l'interruzione dell'incarico non ancora scaduto. In ossequio, cioè, alle esigenze organizzative, la verifica dell'attitudine del soggetto ad attuare l'indirizzo programmato incontra opportunamente un duplice punto di emersione: una rilevanza non solo ex post(attraverso una valutazione della condotta pregressa del dirigente) ma anche ex ante (nelle forme di una delibazione preliminare di compatibilità, anche concernente i requisiti tecnici e la personalità del soggetto), al fine di evitare che il nuovo esecutivo resti sempre ed irrimediabilmente vincolato alle scelte di quello uscente, anche per gli incarichi aventi natura non prettamente esecutiva.

La sentenza n. 104 ha invece chiarito quelli che potremmo definire confini spaziali dello spoils system

ammissibile. La questione nasce dall'ambiguità del concetto di incarico dirigenziale apicale cui la legislazione inizialmente ha riservato i meccanismi di spoils system: quali sono realmente gli incarichi dirigenziali apicali o di vertice per i quali è così forte l'esigenza di coesione con l'organo politico? Sono tutti gli incarichi di livello dirigenziale generale dell'amministrazione regionale come sembrava ammettere la pronuncia del 2006, solo perché conferiti con atto del Presidente della Giunta? Sono tutti gli incarichi di vertice di qualsiasi ente o organismo dipendente dal governo (nazionale, regionale, locale)? E l'esigenza di coesione tra organo politico e incarico dirigenziale apicale sussiste quale sia la natura dell'ente od organismo interessato e della relativa funzione dirigenziale, quindi anche per gli enti ed organismi con funzioni prettamente tecniche? Sicuramente l'approccio estensivo teso ad applicare lo spoils system a qualunque posizione di vertice, si è diffuso nella legislazione regionale e mostra la tendenza ad affermarsi anche nello Stato.

Ma la sentenza 104 pone un freno a tale impostazione ritenendolo legittimo solo per i direttori generali delle Asl (del Lazio) e per ai direttori amministrativi e sanitari (della Sicilia). Secondo la Corte le Asl sono strutture regionali dotate di autonomia gestionale con compiti di natura essenzialmente tecnica consistenti nell'erogazione di servizi. I direttori devono essere nominati tra persone in possesso dei requisiti culturali e professionali propri dell'ambito sanitario e sono soggetti a periodiche

valutazioni sul conseguimento di obiettivi e risultati gestionali. Nell'assetto organizzativo regionale vi è una molteplicità di livelli intermedi lungo la linea di collegamento che unisce l'organo politico ai direttori generali Asl e il loro rapporto è mediato da strutture dipendenti dalla Giunta: pertanto la Corte ha ritenuto che "non vi è rapporto istituzionale diretto e immediato tra organo politico e direttori generali dell'Asl" e se il rapporto diretto difetta viene meno anche il presupposto legittimante lo spoils system.

Le motivazioni della sentenza 104 inducono a dubitare anche della legittimità della norma di estensione dello spoils system in ambito statale. Ci si riferisce all'art. 2, comma 160 del DL 262/2006 che ha esteso ai direttori generali delle agenzie fiscali e della altre agenzie statali l'applicabilità dell'art. 19, comma 8 della legge 165/2001 che prevede la cessazione automatica dalla carica entro 90 giorni dalla fiducia al Governo. Come il direttore generale Asl anche il direttore generale di agenzia statale è un organismo tecnico, valutato in base al conseguimento degli obiettivi di gestione stabiliti mediante accordi di servizio e direttive ed è mediato, nel suo rapporto col Ministro, sia da uffici di diretta collaborazione del ministro, sia dal Segretario Generale o Capi Dipartimento da cui l'Agenzia dipende.

La Corte costituzionale ha, successivamente (nel 2008), dichiarato incostituzionale l'art. 2, comma 161, del d.l. n. 262 del 2006, convertito, con modificazioni, nella legge n. 286 del 2006, nella parte in cui dispone che gli

incarichi conferiti al personale non appartenente ai ruoli di cui all'art. 23 del d.lgs. n. 165 del 2001 – nella specie, dirigenti dipendenti da "altre" amministrazioni pubbliche e cioè da amministrazioni dello Stato diverse da quelle nel cui ambito è collocato il posto da attribuire – "conferiti prima del 17 maggio 2006, cessano ove non confermati entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto".

La Consulta nella sentenza in questione (161/08), richiamando il precedente costituito dalla sentenza n. 103 del 2007, ha ritenuto che la norma denunciata, prevedendo la immediata cessazione del rapporto dirigenziale alla scadenza del sessantesimo giorno dall'entrata in vigore del d.l. n. 262 del 2006, in mancanza di riconferma, violi, in carenza di idonee garanzie procedimentali, i principi costituzionali di buon andamento e imparzialità e, in particolare, "il principio di continuità dell'azione amministrativa che è strettamente correlato a quello di buon andamento dell'azione stessa"(estratto del sito http://www.overlex.com);.

La norma, prevedendo la immediata cessazione del rapporto dirigenziale alla scadenza del sessantesimo giorno dall'entrata in vigore del decreto-legge n. 262 del 2006, salvo riconferma, configura un meccanismo di spoils system automatico e una tantum illegittimo, in quanto viola i principi costituzionali di buon andamento e imparzialità e il principio di continuità dell'azione amministrativa.

La cessazione anticipata ex lege del rapporto

impedisce infatti la verifica della responsabilità dirigenziale sulla base di una valutazione dei risultati che il dirigente deve perseguire, "nel rispetto degli indirizzi posti dal vertice politico, avendo a disposizione un periodo di tempo adeguato, modulato in ragione della peculiarità della singola posizione dirigenziale e del contesto complessivo in cui la stessa è inserita".

Né può salvare la norma dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale la tipologia di incarico conferita che, nel caso in esame, riguarda gli incarichi conferiti a personale dipendente da "altre" amministrazioni pubbliche (il ricorrente è dirigente «di seconda fascia» appartenente al personale della carriera prefettizia). La natura "esterna" dell'incarico "non costituisce un elemento in grado di diversificare in senso fiduciario il rapporto di lavoro dirigenziale, che deve rimanere caratterizzato, sul piano funzionale, da una netta e chiara separazione tra attività di indirizzo politico-amministrativo e funzioni gestorie". Anche per i dirigenti "esterni", infatti, il rapporto di lavoro instaurato con l'amministrazione che attribuisce l'incarico deve essere «connotato da specifiche garanzie, le quali presuppongono che esso sia regolato in modo tale da assicurare la tendenziale continuità dell'azione amministrativa e una chiara distinzione funzionale tra i compiti di indirizzo politico-amministrativo e quelli di gestione» (Tratto dal sito http://www.amministrazioneincammino.luiss.it).

La Corte Costituzionale ha puntualizzato con la suindicata sentenza che, una preventiva fase valutativa

risulta “essenziale” per assicurare, specie dopo l’entrata in vigore della legge n. 241/1990 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, modificato dalla legge n. 15/2005), il rispetto dei principi del giusto procedimento, all’esito del quale dovrà essere adottato un atto motivato che consenta un controllo giurisdizionale. Ciò anche al fine di garantire scelte trasparenti e verificabili. La Corte dichiara pertanto la illegittimità costituzionale dell’art. 2, comma 161, del d.l. n. 262/2006 e l’inammissibilità della questione di legittimità costituzionale del comma 159 del predetto decreto legge (Tratto dal sito http:// www.lavoroprevidenza.com;.)

In seguito, nella decisione del 29 ottobre del 2008 n. 351, la Corte, in relazione all’art. 97 Cost., ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dei commi 1 e 2 dell’art.1 , della legge della Regione Lazio 13 giugno 2007, n. 8 (Disposizioni concernenti cariche di organi di amministrazione di enti pubblici dipendenti decaduti ai sensi di norme legislative regionali dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale), i quali rispettivamente stabiliscono che: “La Giunta regionale, nei confronti dei componenti di organi istituzionali degli enti pubblici dipendenti, i quali siano decaduti dalla carica ai sensi di norme legislative regionali dichiarate illegittime a seguito di sentenze della Corte costituzionale, con conseguente risoluzione dei contratti di diritto privato disciplinanti i relativi rapporti di lavoro, è autorizzata a deliberare in via alternativa: “il reintegro nelle cariche e il ripristino dei

relativi rapporti di lavoro; un'offerta di equo indennizzo".

La Corte Costituzionale, in proposito, ha osservato che forme di riparazione economica, quali, ad esempio, il risarcimento del danno o le indennità riconosciute dalla disciplina privatistica in favore del lavoratore ingiustificatamente licenziato, non possono rappresentare, nel settore pubblico, strumenti efficaci di tutela degli interessi collettivi lesi da atti illegittimi di rimozione dei dirigenti amministrativi.

I Giudici costituzionali censurano il ricorso a forme di riparazione economica perché incapaci di riparare il pregiudizio arrecato all'interesse collettivo dalla illegittima rimozione del dirigente (Silvestro C. e Sileri F., Op. cit., 26).

La Corte giunge ad esprimersi anche con riferimento al contenuto minimo e necessario della tutela offerta dall'ordinamento al dirigente eventualmente rimosso in modo illegittimo. In questo frangente la Corte arriva rapidamente e sinteticamente ad un risultato inedito, sostenendo che nel settore del lavoro pubblico il potenziale effetto reintegratorio garantito dal ricorso vittorioso alla tutela costitutiva di annullamento di illegittimi atti di rimozione non può essere surrogato dalla previsione di forme di ristoro meramente patrimoniale (di natura indennitaria o di natura risarcitoria); questa impostazione discende direttamente dall'interpretazione dell'art. 97 Cost., per il quale la piena ed effettiva restaurazione dell'interesse collettivo «all'imparzialità e al buon andamento della pubblica amministrazione» non

potrebbe mai essere soddisfatta attraverso la soddisfazione monetaria delle aspettative del dirigente pubblico rimosso (evento che, piuttosto, contribuirebbe a rendere ulteriormente onerosa l'azione amministrativa, comunque gravata dalle spese relative alla retribuzione del dirigente pubblico di nuova nomina).

Dalla sentenza n. 351/2008 si trae la conclusione che, indipendentemente dalla natura privatistica o pubblicistica del potere che la Pubblica Amministrazione è chiamata ad esercitare, essa deve comunque esercitare la sua funzione secondo le regole proprie della sua connotazione pubblica, non essendole consentito di esercitare illegittimamente la sua funzione avvalendosi del risarcimento dei danni prodotti dalla condotta scorretta (Magri M., L'incostituzionalità dello spoil system e reintegrazione del dirigente, in Giornale di Diritto Amministrativo, n. 5/2009, 511).

Parallelamente il cittadino, che abbia patito un danno ingiusto a causa di un provvedimento amministrativo illegittimo, non può limitarsi a chiedere il risarcimento di questo danno, ma deve previamente pretendere il ripristino di una corretta azione amministrativa, stante la potenzialità plurioffensiva della condotta della Pubblica Amministrazione, salvo poi chiedere per sé stesso il risarcimento di quei soli eventuali danni che non possano essere recuperati mediante il ripristino effettivo della legalità.

Il lungo iter costituzionale sullo spoil system prosegue anche nel 2010 con le significative sentenze n. 34 e

81.Nella prima delle due la Corte premette che le disposizioni legislative regionali censurate sono state già esaminate nella sent. n. 233/2006, nell'ambito di un giudizio instaurato in via principale nel quale si deduceva la violazione dell'art. 97 Cost. in stretta connessione con quella dell'art. 117 Cost., e in tale occasione la questione relativa al c. 4 citato è stata dichiarata manifestamente inammissibile, mentre quella concernente il c. 1, della medesima l.r. Calabria n. 12/2005, è stata dichiarata non fondata. In quella pronuncia la Corte ha affermato il principio in base al quale le disposizioni legislative che ricollegano al rinnovo dell'organo politico l'automatica decadenza di titolari di uffici amministrativi (c.d. spoils system) sono compatibili con l'art. 97 Cost. qualora si riferiscano a soggetti che: a) siano titolari di "organi di vertice" dell'amministrazione e b) debbano essere nominati intuitu personae, cioè sulla base di "valutazioni personali coerenti all'indirizzo politico regionale ". La Corte osserva che la successiva giurisprudenza ha precisato la portata di tali principi, chiarendo che i predetti meccanismi di c.d. spoils system, ove riferiti a figure dirigenziali non apicali, ovvero a titolari di uffici amministrativi per la cui scelta l'ordinamento non attribuisce, in ragione delle loro funzioni, rilievo esclusivo o prevalente al criterio della personale adesione del nominato agli orientamenti politici del titolare dell'organo che nomina, si pongono in contrasto con l'art. 97 Cost., in quanto pregiudicano la continuità dell'azione amministrativa, introducono in quest'ultima un elemento

di parzialità, sottraggono al soggetto dichiarato decaduto dall'incarico le garanzie del giusto procedimento e svincolano la rimozione del dirigente dall'accertamento oggettivo dei risultati conseguiti (sentenze n. 390, n. 351 e n. 161/2008; sentenze n. 104 e n. 103/2007). Richiamando in particolare la sent. n. 104/2007, la Corte esclude sia che i direttori generali delle Asl siano dirigenti apicali, sia che essi vengano nominati in base a criteri puramente fiduciari, cioè in ragione di valutazioni soggettive legate alla consonanza politica e personale con il titolare dell'organo politico, rilevandosi che la nomina dei direttori generali delle Asl della Regione Calabria è subordinata al possesso di specifici requisiti di competenza e professionalità (art. 14, c. 3, l.r. Regione Calabria n. 11/2004). Le disposizioni censurate violano pertanto gli artt. 97 e 98 Cost. in quanto sottopongono all'identico regime di decadenza automatica non solo titolari di organi di vertice nominati intuitu personae dall'organo politico, ma anche soggetti che non possiedono l'uno o l'altro di tali requisiti e che sono scelti previa selezione avente ad oggetto le loro qualità professionali. Tali disposizioni, escludendo il diritto del funzionario di intervenire nel procedimento che conduce alla sua rimozione, sono in contrasto con i principi di continuità dell'azione amministrativa, del giusto procedimento, e pregiudicano l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa che comporta la sottoposizione delle decisioni relative alla nomina e alla rimozione dei funzionari incaricati della gestione amministrativa a valutazioni oggettive della loro

qualità e capacità professionali. Pertanto si ribadisce non solo un limite procedurale (il giusto procedimento per la revoca), ma anche una limitazione di ambito soggettivo: lo spoil system "puro", secondo Lucca (Spoils system e compatibilità costituzionale, in Lexitalia.it, n. 3, 2010), può riguardare soltanto gli organi di vertice dell'amministrazione pubblica selezionati su base eminentemente fiduciaria (nomina di alti dirigenti soggettivamente coerenti all'indirizzo politico, con immedesimazione di fine); onde l'esclusione di tale relazione di immedesimazione politica anche nei confronti del Direttore Generale di una Asl posto che la sua nomina risponde pure, seppur in misura ridotta, a criteri di professionalità tecnico-comparativa (Caruso Bruno, Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (il ridisegno della governace nella p.a .italiane) in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'antona", IT – 104/2010)

La sentenza n 81/2010 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'ultima norma di previsione dello spoils system per gli incarichi dirigenziali esterni che ancora sopravviveva dopo le pronunce n.103/2007 e 161/2008 relative alle altre categorie dei pubblici dirigenti nominati ai sensi dell'art.19 del d.lgs.165/2001. Anche questa volta la Corte costituzionale ha riaffermato l'illegittimità della decadenza automatica ex lege dagli incarichi dirigenziali perché in contrasto con gli articoli 97 e 98 della Costituzione, in quanto lesive del principio dell'imparzialità e del buon andamento e del ruolo dei pubblici impiegati posti dalla Carta costituzionale al

“servizio esclusivo della Nazione. La questione oggetto del giudizio di costituzionalità è stata sollevata dal Tribunale di Roma sezione Lavoro, con riferimento all’art. 2 comma 161 del d.l. 3 ottobre 2006 n. 262 (disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria) convertito con modificazioni nella legge 24 novembre 2006 n. 286.Tale disposizione prevede che gli incarichi di funzioni dirigenziali conferiti ai sensi del comma 6 dell’art.19 del d. lgs.165/2001 a persone estranee alle amministrazioni statali ma di comprovata professionalità cessino, ove non confermati, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto. La decadenza ex lege non comporta nessun obbligo di motivazione a carico della p.a. con la conseguente impossibilità di controllo -e tutela- giurisdizionale circa la legittimità della revoca anticipata dell’incarico. La prospettata lesione della situazione giuridica dei dirigenti ha indotto il Tribunale del Lavoro di Roma, cui gli stessi avevano comunque chiesto tutela giurisdizionale, a sollevare questione di legittimità costituzionale. La Corte, investita della questione, ripercorre l’iter argomentativo che già aveva fatto cadere la scure d’illegittimità sullo spoils system, evidenziando, questa volta, che i criteri di imparzialità e indipendenza devono applicarsi non solo nei confronti dei dirigenti di ruolo delle amministrazioni dello stato o di altre p.a. ma anche nei confronti dei dirigenti esterni. “In presenza di tali incarichi –che devono sempre essere conferiti nel rigoroso rispetto delle condizioni prescritte dal comma 6 dell’art. 19, le quali impongono, tra l’altro che “le

professionalità vantata dal soggetto esterno non sia rinvenibile nei ruoli dell'Amministrazione " (sentenza n. 9 del 2010) -l'amministrazione stessa è tenuta a garantire la distinzione funzionale tra l'attività di indirizzo politico amministrativo e attività gestionale, in attuazione dei principi costituzionali dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità dell'azione dei pubblici poteri" . Con la presente sentenza la Corte costituzionale dà il colpo definitivo allo spoils system, dichiarando la illegittimità costituzionale della cessazione automatica degli incarichi –sia di dirigente generale che inferiore- conferiti ad esterni alla p.a. (art.19 comma 6 dlgs. 161/2006) nei 60 giorni dalla entrata in vigore del decreto legge.

La Corte ribadisce che anche per tale tipologia di incarichi il rapporto di lavoro instaurato con l'amministrazione deve essere assistito da specifiche garanzie in modo "da garantire la continuità dell'azione amministrativa e una chiara distinzione funzionale tra i compiti di indirizzo politico-amministrativi e quelli di gestione". In ultimo vale la pena quantomeno menzionare la recentissima sentenza del 24 giugno 2010 n. 224: "E' costituzionalmente illegittimo l'art. 15, c. 6, della l.r. 16 giugno 1994, n. 18, Lazio (Disposizioni per il riordino del servizio sanitario regionale ai sensi del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 e ss.mm. Istituzione delle aziende unità sanitarie locali e delle aziende ospedaliere), il quale prevedendo che il direttore amministrativo e il direttore sanitario cessano dall'incarico entro tre mesi dalla data di

nomina del nuovo direttore generale e possono essere riconfermati - contempla un meccanismo di decadenza automatica e generalizzata dalle suddette funzioni dirigenziali, senza la previsione di una fase procedurale che faccia dipendere la decadenza da pregressa responsabilità del dirigente, comportando una vera e propria "discontinuità della gestione" (sentenza n. 55 del 2009), in contrasto con l'art. 97 Cost”..

2.3 Lo spoils system nella Riforma Brunetta

Sono noti gli scopi della Riforma Brunetta: dare nuovo impulso all’efficienza e alla qualità della Pubblica Amministrazione in modo da farle assumere il ruolo di fattore positivo delle capacità competitive del nostro sistema Paese assicurando il giusto rapporto fra risorse pubbliche impiegate in tale settore e quantità e qualità delle prestazioni prodotte.

Punto fondamentale della riforma Brunetta è quello relativo alla valorizzazione del merito per il miglioramento della produttività nella pubblica amministrazione.

Sul punto, si vedano U. Carabelli, La “riforma Brunetta”: un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.it, 2010, 101; Aa.Vv, in

U. CARABELLI, M.T. CARINCI (a cura di), Il lavoro pubblico in Italia, Cacucci, 2010; L. Zoppoli, Legge e contrattazione collettiva all'epoca della meritocrazie, in M.GENTILE (a cura di), Lavoro pubblico: il passato ritorna?, Ediesse, Roma, 2010, 57.

Non vi è dubbio che l'intero impianto del Titolo II del d.lgs. n. 150/2009 su misurazione, valutazione e trasparenza della performance ha come obiettivo specifico quello di assicurare, come indicato all'art. 2, "elevati standard qualitativi ed economici del servizio". In quest'ottica è stata concepita l'intera strumentazione prevista in tale titolo (ciclo di gestione della performance coerente con la programmazione del bilancio; sistema di misurazione e di valutazione della performance e dei risultati organizzativi e individuali raggiunti; trasparenza e rendicontazione della performance; soggetti – e rispettivi ruoli e responsabilità – del processo di misurazione e valutazione) ed il "carburante" di tale strumentazione (cioè gli strumenti di valorizzazione del merito ed i metodi selettivi di incentivazione della produttività e qualità della prestazione lavorativa) di cui al successivo Titolo III (merito e premi).

In tutte le amministrazioni sono attivi da tempo meccanismi di valutazione, ma, tranne poche eccezioni, hanno quasi sempre portato ad una scarsa differenziazione dei risultati raggiunti dai singoli lavoratori con conseguente erogazione a pioggia dei compensi correlati.

D'altra parte gli strumenti di misurazione fin qui posti in essere, hanno dimostrato ampiamente la loro

inadeguatezza, poiché incentrati prettamente su caratteristiche autoreferenziali, senza riscontri con l'esterno. Così, S. Mainardi, Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici, in LPA; 2009, 729 e ss. La valutazione ad oggi si è svolta in una ottica formalistica-burocratica solo per salvare gli aspetti legati alla erogazione della retribuzione di risultato. Inoltre i risultati arrivano ben oltre la scadenza degli incarichi dirigenziali in modo da non poter essere utilizzati per i nuovi conferimenti.

Si veda, sul punto, U. Carabelli, I poteri dirigenziali nel limbo della non contrattabilità, in RU, 2009, 29; Aa.Vv., La dirigenza, in QDLRI, 2009; B. Caruso, Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (il ridisegno della governante nelle p. a italiane), in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it, 2010, 104; 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".it, 2010, 103; V.A. Zoppoli., L'indipendenza dei dirigenti pubblici, in L. ZOPPOLI (a cura di), Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico, Editoriale Scientifica, 2009. 127; D. Bolognino, Una lettura giuridica della valutazione della performance individuale nel c.d. "decreto Brunetta": ruolo del dirigente, garanzie "procedimentali" e conseguenze derivanti dalla conclusione dell'iter valutativo, in G. URBANI (a cura di), Valutare le Pubbliche Amministrazioni: tra organizzazione ed individuo,

FrancoAngeli, 2010,32 e ss; L. Bordogna, Per una maggiore autonomia dell'alta dirigenza pubblica: una proposta, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it, 2009, 92.

Non sono mancate voci contrarie alla Riforma Brunetta. Si vedano, tra tutti, G. Gardini L'autonomia della dirigenza nella (contro) riforma Brunetta, Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, n. 5/2010, D. Simeoli, L'organizzazione del lavoro nell'amministrazione pubblica: fonti, modelli e riforme in atto, in Le istituzioni del federalismo, 2009, V. Talamo, Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico, in Giorn. dir. Amm. 2009, p. 469. Questi autori parlano di un'inversione di rotta rispetto al passato: la legge sottrae spazio alla contrattazione collettiva per affidare un ruolo crescente alle fonti unilaterali e alla legge nella disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione. Viene spezzato uno dei capisaldi della riforma degli anni Novanta, il potere "anomalo" della contrattazione collettiva di derogare alle disposizioni di legge che dettano una disciplina speciale dei rapporti di pubblico impiego, e soppiantato dal suo contrario: la contrattazione collettiva è dotata di tale potere derogatorio «solo qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge»18, che si presume perciò inderogabile.

Dietro questa disposizione, gli autori sopra richiamati (Gardini, Simeoli, Talamo) colgono una malcelata

diffidenza nei confronti dell'intero sistema della contrattazione collettiva e dei sindacati, considerati i principali responsabili del fallimento complessivo della privatizzazione. La ricentralizzazione normativa e la rilegificazione del rapporto di lavoro esprimono una sostanziale sfiducia nei confronti di una contrattazione collettiva sfuggita al controllo, che nel corso degli anni ha finito per estendersi anche all'organizzazione degli uffici, interferendo con le politiche di assunzione e di progressione verticale, inficiando la valutazione dei risultati raggiunti dai dipendenti e dai dirigenti, determinando la crescita anomala delle retribuzioni di fatto nel settore pubblico. Senza dubbio la contrattazione collettiva, calata nell'ambito del pubblico impiego, non ha dato buona prova di sé. Tuttavia, non può trascurarsi che il ruolo centrale assegnato alla contrattazione collettiva dalla riforma degli anni Novanta aveva due obiettivi ben precisi, in astratto condivisibili: da un lato, mirava ad assimilare quanto più possibile il rapporto di lavoro pubblico a quello privato; dall'altro voleva evitare il proliferare di "leggine" a scopo puramente elettorale, norme speciali adottate a vantaggio di questo o quell'altro gruppo di dipendenti.

Entrando nello specifico del tema trattato, il decreto legislativo n. 150 del 2009 dedica alla dirigenza pubblica e in particolare alla sua autonomia e alla definizione dei suoi poteri in rapporto a quelli del vertice politico dieci articoli del capo II del titolo IV (artt. 37-47). Le finalità del nuovo intervento legislativo indicate all'art. 37 sono in particolare, tre.

Primo: "rafforzare il principio di separazione fra le funzioni di indirizzo e controllo spettanti agli organi di governo e le funzioni di gestione amministrativa spettanti alla dirigenza". Secondo: "regolare il rapporto fra organi di vertice e titolari degli incarichi apicali in modo da garantire la piena e coerente attuazione dell'indirizzo politico in ambito amministrativo".Terzo: "rispettare la giurisprudenza costituzionale ".

Il manifesto della norma appare chiaro. Esso consiste nel conciliare le esigenze della distinzione con quelle della fiducia, secondo le indicazioni della Corte costituzionale. Ciò significa, più in particolare, applicare la fiducia alle sole posizioni apicali, escludendola invece dall'area degli incarichi non apicali di gestione, la cui disciplina deve risultare ispirata al principio di distinzione fra politica e amministrazione. Per realizzare un simile programma, occorre però risolvere due problemi, lasciati aperti anche dalla giurisprudenza costituzionale. In prima battuta deve essere rilevato il mancato scioglimento del nodo gordiano della questione posta dalla disciplina dagli incerti contorni dello spoils system: l'individuazione dell'area della fiduciarietà. La Consulta ha sostanzialmente affermato la residualità del principio delle spartizione delle spoglie legittimamente applicabile ai soli incarichi della dirigenza apicale ma non ha risolto perchè non rientra tra i suoi compiti, la questione della qualificazione giuridica del dirigente apicale nella pubblica amministrazione. Si è limitata ad affermare che la Costituzione tollera, ed anzi suggerisce, un'area circoscritta di dirigenti apicali legati

fiduciariamente alla politica. Vi è, dunque, il problema di delineare con precisione tale area, circoscrivendola con criteri precisi. Tuttavia nemmeno la riforma Brunetta aiuta a comprendere in quale modo l'interprete possa identificare con certezza l'area della fiduciarietà nella P.A lasciando sostanzialmente irrisolto tale problematica. Il secondo problema è quello dei residui elementi di fiduciarietà che connotano la disciplina degli incarichi di gestione, come in particolare il principio di temporaneità degli incarichi dirigenziali non apicali (e quindi non fiduciari). Le sentenze della Corte costituzionale hanno sin qui colpito la rimozione del dirigente dall'incarico prima della scadenza, circondando tale decisione di garanzie procedimentali e giurisdizionali. Esse non hanno invece colpito la "mancata conferma " dell'incarico dopo la sua scadenza. La legge delega aveva a tal fine previsto, in particolare, tre tipi di misure. In primis, l'art. 6 prevede il rafforzamento della disciplina delle incompatibilità, per tutelare l'autonomia della dirigenza rispetto a sindacati e partiti politici. In secondo luogo, una riduzione della percentuale di incarichi conferiti ad esterni, per i quali è maggiore la discrezionalità della scelta compiuta dall'autorità politica. In terzo luogo, quanto al mancato rinnovo degli incarichi, la previsione secondo cui l'incarico dirigenziale non può essere confermato in caso di valutazione negativa del dirigente e il Comitato dei garanti deve verificare l'effettivo utilizzo dei sistemi di valutazione ai fini del conferimento e della "mancata conferma " degli incarichi. Il decreto attuativo non ha

percorso con coerenza le prime due strade, mentre ha seguito, pur con qualche timidezza, la terza. (Battini Stefano, La Riforma Brunetta del lavoro pubblico, in Gior. Dir. Amm., 2010, 1,5).

Sul piano delle incompatibilità, il d. lgs. 150/2009 vieta ex art. 52 il conferimento di "incarichi di direzione di strutture deputate alla gestione del personale " a soggetti che, negli ultimi due anni, abbiano rivestito cariche, ovvero abbiano avuto rapporti continuativi di collaborazione o consulenza, con partiti e sindacati. L'incompatibilità non riguarda tutti gli incarichi dirigenziali non apicali, ma solo quelli relativi a strutture specificamente deputate alla gestione del personale. Tale disposizione si presenta incongrua, perché ogni dirigente ha il potere di gestire il personale dell'ufficio dirigenziale cui è preposto.

Quanto agli incarichi ad esterni, il decreto introduce un canale di accesso diretto alla prima fascia dirigenziale per la metà dei posti disponibili, a tal fine prevedendo, accanto allo strumento tipico del concorso pubblico per titoli ed esami, anche una strana figura extra ordinem di concorso pubblico, da esperirsi per la copertura di singoli posti con dirigenti a tempo determinato (3 anni). Tale strumento potrebbe consentire all'organo politico di selezionare soggetti, da preporre a specifici incarichi strategici, scegliendoli al di fuori della dotazione organica e della dirigenza di ruolo, che è esattamente il fenomeno che la legge delega intendeva limitare riducendo le percentuali di incarichi ad esterni.L’aspetto principale è

però quello delle mancate conferme ad nutum. Esclusa la possibilità di cessazione automatica degli incarichi dirigenziali non apicali a seguito del cambio di Governo, una eventuale revoca dei medesimi incarichi si può legittimamente esercitare solo nell'ipotesi prevista dall'art. 21 del d.lgs. 165/2001 e cioè in caso di responsabilità dirigenziale per mancanza di raggiungimento degli obiettivi fissati o inosservanza delle direttive ministeriali; la revoca deve essere quindi ancorata a dati oggettivi e valutabili, e non già ad nutum, inoltre deve seguire precise garanzie procedimentali. I principi del giusto procedimento –dettati dalla legge 241/1990- impongono l'adozione della revoca con atto comunicato al dirigente con congruo preavviso, motivato e previo contraddittorio (Cfr. Circolare funzione pubblica n. 11/2010 :art. 53, comma 1 bis d.lgs. 165/2001 - requisiti per il conferimento degli incarichi di direzione del personale delle pubbliche amministrazioni).

L'atto di revoca, a differenza della cessazione ex lege dell'incarico è quindi sottoposto a controllo giurisdizionale in relazione alla sua legittimità sostanziale e al rispetto delle garanzie procedimentali. L'art. 21 del d.lgs 165, come modificato dal d.lgs.150/2009, prevede poi che l'impossibilità di rinnovo dell'incarico sia legata all'oggettivo riscontro del mancato raggiungimento degli obbiettivi –da accertarsi attraverso le risultanze del sistema di valutazione previsto dallo stesso d.lgs. n. 150 in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche

amministrazioni- o all'inosservanza delle direttive ministeriali imputabili al dirigente.

2.4 Le manovre di contenimento della spesa pubblica del Governo Berlusconi

Gli interventi d'urgenza posti in essere dal legislatore nel corso delle estati del 2010 e del 2011 per il contenimento della spesa sembrano sconfessare lo spirito originario della riforma Brunetta dell'anno precedente, soprattutto per quanto concerne il rafforzamento della dirigenza pubblica, la valorizzazione del merito e il conseguente riconoscimento di meccanismi premiali per i lavoratori. Il dirigente rischia di perdere ogni stimolo a lavorare e produrre nel momento in cui prende coscienza del fatto che raggiungere gli obiettivi indicati al momento del conferimento dell'incarico, gestire al meglio le risorse assegnate al suo ufficio, garantire una performance positiva non gli assicura in alcun modo né la conferma dell'incarico, né il mantenimento dell'incarico stesso fino alla sua scadenza contrattuale (Neri G., La formazione nella PA e i "nuovi" confini della dirigenza, Guida al Pubblico Impiego, ll Sole 24 ORE - Luglio/Agosto 2012 - n. 7/8)

Infatti con il Dl n. 78 del 2010 si stabilisce che le amministrazioni le quali “alla scadenza di un incarico di li- vello dirigenziale, anche in dipendenza dei processi di riorganizzazione, non intendono, anche in assenza di una valutazione negativa, confermare l’incarico conferito al dirigente, conferiscono al medesimo dirigente un altro incarico, anche di valore economico inferiore”.

La manovra del 2010 ha congelato la parte accessoria del salario distribuita in base alla produttività, disinnescando l'intero titolo III, capo I, del decreto n. 150 del 2009, dedicato a “Merito e premi”. È evidente, infatti, che il divieto di utilizzare lo strumento dell'incentivazione economica conduce a sterilizzare l'intero meccanismo della valutazione individuale e della premialità legata al risultato. Non solo. Il decreto legge n. 78 del 2010, oltre a bloccare il trattamento accessorio per la produttività, assesta un brutto colpo anche alla autonomia della dirigenza.

Tra le pieghe del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, si scopre infatti che il legislatore mette nuovamente mano all'art. 19, comma 1-ter del d.lg. 165/2001 e, nel cancellare dal testo di questa disposizione la parte concernente la mancata conferma del dirigente anche in caso di valutazione positiva, provvede a trasformare un meccanismo volto a sanzionare l'infedeltà dei dirigente in una misura di contenimento della spesa. Il decreto stabilisce infatti che le amministrazioni che “alla scadenza di un incarico di livello dirigenziale, anche in dipendenza dei processi di riorganizzazione, non intendono, anche in assenza di una

valutazione negativa, confermare l'incarico conferito al dirigente, conferiscono al medesimo dirigente un altro incarico, anche di valore economico inferiore. Non si applicano le eventuali disposizioni normative e contrattuali più favorevolii”

Come ben evidenzia oculata dottrina (Gardini, Sulla costituzionalità delle disposizioni in materia di dirigenza pubblica (spoils system,) contenute nelle recenti manovre fnanziarie Foro amm. TAR 2011, 09, 2968,) questa norma colpisce l'attenzione dell'interprete, oltre che per la singolarità della scelta di introdurre disposizioni sulla revoca dei dirigenti all'interno di una normativa di urgenza in tema di stabilizzazione finanziaria, per il fatto che il Governo con essa, in un sol colpo, ottiene il risultato di svuotare di significato tanto il principio di autonomia funzionale, quanto quello di valutazione premiale dei risultati con riferimento della dirigenza pubblica. Da un lato, infatti, restano in piedi tutte le critiche sollevate dal nuovo comma 1-ter, come disegnato dal d.lg. n. 150 del 2009 che riconosce al politico la facoltà di non confermare un incarico dirigenziale pur in assenza di una valutazione negativa (peraltro aggravate dalla circostanza che, d'ora in poi, il dirigente si vedrà attribuire un altro incarico senza alcun preavviso che gli consenta di interloquire con l'amministrazione prima della revoca, laddove nella versione precedente della norma si prevedeva invece l'obbligo di ««darne idonea e motivata comunicazione al dirigente stesso») Si tratta senz’altro di una scelta legislativa che denota l'intenzione di sanzionare i dirigenti

politicamente infedeli, più che quelli incapaci o indisciplinati.

D'altro lato, il segnale ««politico» che si ricava da questa disposizione è, evidentemente, che merito professionale e premialità retributiva non hanno alcuna correlazione nell'organizzazione pubblica, mentre ciò che veramente conta, per assicurarsi la conferma nell'incarico, è la fedeltà politica. D'ora in poi, non avrà più importanza per il dirigente pubblico raggiungere gli obbiettivi indicati al momento del conferimento dell'incarico, né conterà gestire al meglio le risorse assegnate al suo ufficio, dal momento che una performance positiva non gli garantisce in alcun modo la conferma nell'incarico. L'unica certezza per il dirigente pubblico, come spiega egregiamente D'Alessio (Incarichi dirigenziali: Tremonti ««correggee» Brunetta, inwww.astrid-online.it) è rappresentata dal diritto di ricevere un altro incarico, ancorché di valore economico inferiore rispetto precedente, laddove abbia svolto bene la sua attività: si tratta di una soluzione che, come è stato segnalato, oltre ad incidere sulla posizione, sulle prospettive professionali e sulla motivazione del dirigente interessato, sembra ben poco coerente con il principio di buon andamento dell'amministrazione e, con l'idea di valorizzazione del merito.

Nella parte conclusiva del comma 1-ter dell'art. 19, sopra citato, il d.l. n. 78 del 2010 introduce un ulteriore vincolo, applicabile solamente ai dirigenti non confermati nell'incarico, in base al quale “al dirigente viene conferito un incarico di livello generale o di livello non generale, a

seconda, rispettivamente, che il dirigente appartenga alla prima o alla seconda fascia". Come ben rilevato dall'autore sopra menzionato (Gardini op. cit. pag. 2969), si tratta di una innovazione decisamente peggiorativa per la condizione del dirigente non riconfermato, a cui viene imposto di occupare solamente incarichi corrispondenti alla propria fascia di appartenenza, nonostante fino a quel momento egli abbia svolto (magari positivamente) compiti di livello dirigenziale generale.

Il fatto di svolgere compiti di livello superiore, come è noto, è una situazione tutt'altro che anomala tra i dirigenti pubblici: fino alla riforma del 2009, addirittura, l'aver esercitato per almeno tre anni (il limite è stato riportato a cinque anni dal d.lg. n. 150 del 2009) funzioni di livello dirigenziale generale all'interno delle pubbliche amministrazioni era l'unica via di accesso alla dirigenza generale, mancando un canale diretto di reclutamento per la prima fascia. Ne discende che, in base al d.l. 78 del 2010, non solo un dirigente di II fascia può non essere confermato pur in assenza di una valutazione negativa e nonostante la buona performance svolta, ma addirittura egli deve per forza ricevere un incarico corrispondente alla propria fascia a seguito della mancata riconferma.

Per quanto riguarda, invece, la monovra d'urgenza dell'estate 2011 all'art. 1, comma 18, (legge n. 14) si prevede che "Al fine di assicurare la massima funzionalità e flessibilità, in relazione a motivate esigenze organizzative, le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30marzo

2001, n. 165, possono disporre, nei confronti del personale appartenente alla carriera prefettizia ovvero avente qualifica dirigenziale, il passaggio ad altro incarico prima della data di scadenza dell'incarico ricoperto prevista dalla normativa o dal contratto. In tal caso il dipendente conserva, sino alla predetta data, il trattamento economico in godimento a condizione che, ove necessario, sia prevista la compensazione finanziaria, anche a carico del fondo per la retribuzione di posizione e di risultato o di altri fondi analoghi". L'effetto che si produce, in questi casi, è quello di sottoporre perennemente il dirigente al volere dell'organo politico, e di creare così una fidelizzazione forzata della dirigenza che contrasta apertamente con il principio di differenziazione funzionale. Si veda a tal proposito S.Cassese e A.Mari (L'oscuro ruolo dell'alta dirigenza italiana, in Politica del diritto, 2001, 10).

La norma ha ad oggetto tutto il personale avente qualifica dirigenziale e colpisce quindi senza distinzione tutti i dirigenti, apicali, di prima e seconda fascia, interni ed esterni all'amministrazione. Evidentemente questa logica assolutizzante non trova rispondenza in alcuno dei criteri indicati dalla Corte per la delimitazione dello spoils system, ricordati nei paragrafi precedenti. Come rileva brillantemente lo stesso autore (Gardini cit. pag. 2970), l'applicazione di una simile regola, inoltre, produrrebbe l'effetto paradossale per cui tutto il personale pubblico dotato di qualifica dirigenziale potrebbe essere trasferito ad altro incarico prima della scadenza contrattuale, mentre

questa operazione non sarebbe consentita per i dirigenti esterni, reperiti nel settore privato e legati all'amministrazione mediante contratto, laddove siano privi di qualifica dirigenziale. Si darebbe vita così ad uno spoils system a rovescio, mirato a colpire solo i dirigenti pubblici di ruolo e non quelli presi a prestito dal settore privato. Senza sottacere che un tale meccanismo di passaggio ante tempus ad altro incarico, discrezionalmente deciso dall'organo politico, non garantisce nemmeno quella razionalizzazione dei costi cui è dedicata l'intera manovra finanziaria in cui è racchiusa questa disposizione sulla dirigenza: la norma, infatti, prevede contestualmente alla cessazione dall'incarico il diritto del dirigente a conservare, sino alla naturale scadenza del contratto, il trattamento economico in godimento.

In conclusione, non si può che convenire con la dottrina sopra citata (Gardini) nell'affermare che le manovre finanziarie degli ultimi due anni hanno prodotto nel segno del contenimento della spesa per il pubblico impiego, un pesante vulnus all'indipendenza della dirigenza e al principio del riconoscimento di meriti e demeriti per l'alta burocrazia.

2.5 Il Governo Monti alla prova del pubblico impiego: la spending review

Il governo Monti entrato in carica nel mese di novembre 2011 si è caratterizzato per una serie di nuove politiche volte alla riduzione della spesa e del rapporto tra debito pubblico e Prodotto Interno Lordo. Il primo intervento in questa direzione è contenuto nel decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici, convertito con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, meglio noto come decreto Salva Italia. In tale provvedimento è stata inserita la riforma del sistema pensionistico che riguarda tutti i lavoratori pubblici e privati. Un primo commento sulle nuove previsioni in campo previdenziale è contenuto in: AA.VV., La nuova riforma delle pensioni. Prime riflessioni, a cura di L. Tadini, in Bollettino Speciale Adapt, 6 dicembre 2011, n. 60, in www.bollettinoadapt.it.

Oltre all'emanazione di misure per il contenimento dei costi, compito specifico affidato all'Esecutivo guidato dal professor Mario Monti è stata la riforma del mercato del lavoro. Il complicato processo di riforma del mercato del lavoro si è concluso con l'approvazione della legge 28 giugno 2012, n. 92, Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita. Un commento che tiene conto dei diversi passaggi parlamentari è contenuto nei seguenti volumi: AA.VV., Lavoro: una riforma a metà del guado. Prime osservazioni

sul DDL n. 3249/2012, Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita, a cura di P. Rausei e M. Tiraboschi, ADAPT University Press, 2012, in www.bollettinoadapt.it; AA.VV., Lavoro: una riforma sbagliata. Ulteriori osservazioni sul DDL n. 5256/2012, Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita, a cura di P. Rausei e M. Tiraboschi, ADAPT University Press, 2012, in www.bollettinoadapt.it. Un commentario analitico della legge n. 92/2012 si rinviene, invece, in: AA.VV., La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92, a cura di M. Tiraboschi, M. Magnani, Giuffrè, Milano, 2012. L'impatto diretto della riforma Fornero all'interno della Pubblica Amministrazione è di per sé poco rilevante. I commi 7 e 8 dell'articolo 1 della legge n. 92/2012, infatti, rimandano a futuri provvedimenti di armonizzazione che allo stato attuale non sono ancora stati emanati da parte dei soggetti competenti.

In un primo momento era parso che l'Intesa sottoscritta l'11 maggio 2012 da Governo, Regioni, Province, Comuni e Organizzazioni sindacali dovesse costituire il punto di partenza per l'adeguamento del lavoro pubblico alle nuove previsioni in materia del mercato del lavoro, come indicato da F. Verbaro, in L'Intesa sul lavoro pubblico è l'occasione per un confronto, in Guida al pubblico impiego, giugno 2012, n. 6. Tale accordo sindacale dedica un intero punto alla dirigenza. Infatti, nell'intesa vengono poste le basi per un incisivo intervento legislativo, per una migliore

organizzazione del lavoro e per garantire, non più solo sulla carta o con affermazioni di principio, un'effettiva autonomia della dirigenza dall'autorità politica. Si stabiliva che si sarebbe dovuto rivedere i meccanismi di selezione, valutazione, conferimento di incarichi, e rafforzati ruolo, funzioni e responsabilità. Sulla rappresentanza si prevedeva il pieno riconoscimento del ruolo negoziale e delle prerogative delle specifiche rappresentanze della dirigenza nelle amministrazioni e nei luoghi di lavoro. Inoltre, si trovava l'accordo per un sistema di incentivazione economica legato alla verifica della relazione fra le risorse disponibili utilizzate ed i risultati ottenuti, rispetto a obiettivi prefissati e altresì per un'implementazione della mobilità professionale e intercompartimentale dei dirigenti. Sul punto si consulti Neri G., La formazione nella PA e i "nuovi" confini della dirigenza, Guida al Pubblico Impiego, ll Sole 24 ORE - Luglio/Agosto 2012 - n. 7/8.

Il Governo ha, tuttavia, seguito un iter diverso, lasciando l'applicazione dell'Intesa in secondo piano e procedendo con l'emanazione di un ulteriore provvedimento di contenimento dei costi, la c.d. spending review, contenuta nel decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini (nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario), convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 135. Per una panoramica complessiva circa le conseguenze sul lavoro pubblico della legge n.

92/2012 si rimanda a: U. Buratti, M. Tiraboschi, L'incerto impatto della riforma sul lavoro nelle pubbliche amministrazioni, in AA.VV., La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92, a cura di M. Tiraboschi, M. Magnani, Giuffrè, Milano, 2012; U. Buratti, A un anno dall'Intesa sul lavoro pubblico, in Bollettino ordinario ADAPT, 13 maggio 2013, n. 18, in www.bollettinoadapt.it.

Il Governo Monti, a detta di tutti i commentatori e come anticipato sopra, si è contraddistinto per la c.d. spending review. L'impatto sul pubblico impiego delle misure previste dal decreto legge n. 95/2012 è illustrato in Guida al pubblico impiego, settembre 2012, n. 9. Tra i vari contributi si segnalano: M. Barilà, Serve una riorganizzazione di qualità, non di soli tagli; P. Briguori, Quattro strade per cambiare il sistema; F. Verbaro, La PA ai tempi della spending review; V. Testa, Razionalizzare per risparmiare; A. Bianco, Cura dimagrante per il personale; G. Bertagna, Tutti i tagli alle dotazioni organiche; L'impatto culturale delle previsioni contenute nel decreto legge n. 95/2012 è stato ben messo in evidenza da: P. G. Battista, Statali. Fine dell'epopea del Travet messo alla berlina dall'arte, in Corriere della Sera, 8 luglio 2012; M. Feltri, La triste parabola dei travet con la mistica del posto fisso, in La Stampa, 7 luglio 2012.

Accanto a una politica incentrata su una razionalizzazione della spesa, il Governo guidato da Mario Monti, nell'ultima sua fase, ha promosso una ulteriore svolta rigorista in senso quasi morale alle sue politiche

amministrative (U. Buratti, Proposte per un lavoro pubblico non burocratico, ADAPT LABOUR STUDIES e-Book series n. 11, in www.bollettinoadapt.it) Con l'approvazione della legge n. 190/2012, meglio nota come legge anticorruzione, il Legislatore, infatti, ha dato il via ad un giro di vite nella lotta contro la cattiva amministrazione. Dalla legge n. 190/2012 sono discesi a cascata una serie di provvedimenti tutti volti a rafforzare l'etica del pubblico impiego. Un quadro completo degli impegni derivanti dalla legge n. 190/2012 e delle relative tempistiche di attuazione è offerto dal documento: Adempimenti previsti dalla L. n. 190/2012 e relativi termini curato dalla CiVIT, presente nel sito www.civit.it.

2.6 Il reclutamento, la formazione, l'incompatibilità dei dipendenti pubblici: i colpi di coda del Governo Monti sull'amministrazione pubblica.

ll 21 marzo scorso il Consiglio dei Ministri ha approvato il D.P.R. recante il Riordino del sistema di reclutamento e formazione dei dipendenti pubblici e delle scuole pubbliche di formazione. Il provvedimento dà attuazione a quanto previsto dall'articolo 11 del decreto legge n. 95/2012 che "delegava" il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, di concerto

con gli altri ministeri competenti, ad adottare uno o più regolamenti al fine di: «ottimizzare l'allocazione delle risorse e migliorare la qualità delle attività formative dei dirigenti e dei funzionari pubblici, garantendone l'eccellenza e l'interdisciplinarietà» L'azione del Legislatore, è volta a riordinare contemporaneamente tanto il reclutamento quanto la formazione all'interno della P.A. Si tratta di un particolare di non poco conto poiché mostra la volontà di adottare una politica organica nella gestione del personale pubblico o, per riprendere le parole presenti nel 15° Rapporto sulla formazione nella pubblica amministrazione, di intervenire tanto sul lato della domanda quanto sul lato dell'offerta di competenze (Formazione e PA: dalla spending alla organisational review di Concepita Chionna, www.bollettinoadapt.it, 11 giugno 2013). Per quanto riguarda il reclutamento e la formazione si consultino, tra gli altri, Umberto Buratti e Giancarlo Neri, Reclutamento e formazione: novità in vista per il lavoro pubblico in bollettino adapt www.bollettinoadapt.it, 11 giugno 2013. Il punto di partenza del nuovo sistema è la riforma della governance. La "vecchia" Scuola superiore della pubblica amministrazione cambia volto e si trasforma in Scuola nazionale dell'amministrazione. A questo nuovo soggetto, ex art. 1, comma 3 del D.P.R., si devono rivolgere in modo prioritario le amministrazioni dello Stato – anche a ordinamento autonomo – e gli enti pubblici non economici per la formazione dei propri dipendenti. Il D.P.R. definisce altresì i nuovi meccanismi di reclutamento dei funzionari

e dei dirigenti cui sono dedicati gli articoli dal 3 al 7 del provvedimento. Il nuovo sistema viene strutturato attraverso una tempistica predefinita degli adempimenti ai quali il Dipartimento per la funzione pubblica ed il Comitato preposto debbono far fronte per garantire l'emanazione annuale dei bandi di concorso. A questo proposito, l'articolo 3 affida al Dipartimento della funzione pubblica il compito di predisporre ogni anno il "Piano triennale previsionale di reclutamento di dirigenti e funzionari nelle amministrazioni dello Stato anche ad ordinamento autonomo e negli enti pubblici nazionali". Questo, successivamente, viene approvato dal Consiglio dei Ministri. Il "Piano" oltre a stabilire il numero e la tipologia dei posti da destinare al reclutamento di dirigenti e funzionari attraverso corso-concorso selettivo bandito dalla Scuola nazionale di amministrazione, fissa anche il numero e la tipologia dei posti da destinare al reclutamento diretto da parte delle singole amministrazioni, ed il numero dei posti destinati al reclutamento del personale della carriera diplomatica, della carriera prefettizia e da assegnare all'albo dei segretari comunali. Pertanto, per la prima volta, il reclutamento dei funzionari delle amministrazioni statali anche a ordinamento autonomo viene concentrato in un'unica procedura concorsuale anziché, come attualmente avviene, con lo svolgimento, da parte di ciascuna amministrazione, di procedure distinte e diversificate.

L'art. 7 del predetto decreto riguarda il reclutamento

della dirigenza pubblica In questo caso il Legislatore è intervenuto principalmente sulla disciplina del corso-concorso. La partecipazione a questa selezione viene riservata a coloro che sono in possesso di una laurea specialistica o magistrale, un diploma di laurea, un dottorato di ricerca, un diploma di specializzazione o un master di secondo livello ottenuto al termine della formazione universitaria. L'ammissione al corso-concorso, poi, è consentita anche ai dipendenti pubblici di ruolo che possiedono una laurea specialistica o magistrale che abbiano una anzianità di servizio di almeno cinque anni presso posizioni funzionali che richiedono come requisito il possesso della laurea. Per quanto riguarda la durata del corso-concorso da diciotto mesi si è passati a dodici, comprensivi di un periodo formativo presso l'amministrazione di uno Stato della Unione Europea. A motivare una simile scelta sono state ragioni prettamente economiche di riduzione della spesa che, però, alla lunga potrebbero smorzare la portata formativa di questa particolare tipologia di ingresso nella P.A. Da segnalare, poi, come il Legislatore abbia deciso di prevedere non più una soglia minima di accesso alla dirigenza tramite corso-concorso pari al 30% dei posti disponibili, bensì un limite massimo pari al 50%. . Infine, per quanto riguarda il trattamento economico degli allievi del corso-concorso, il D.P.R. prevede una borsa di studio di 1500 euro per coloro che non sono dipendenti pubblici. Al contrario, chi è già in servizio presso la P.A., mantiene il trattamento economico in godimento, senza alcuna indennità di missione.

Gli articoli dall' 8 al 13 sono dedicati a descrivere il nuovo ciclo della formazione dei dirigenti e dei funzionari. La prima novità rilevante riguarda la definizione della finalità delle attività formative. Il comma 1, dell'articolo 8 a tal proposito sancisce che: «la programmazione della formazione è ispirata al criterio generale dell'effettiva corrispondenza tra le esigenze formative della amministrazione e l'offerta formativa del Sistema unico». L'intento della riforma consiste, dunque, nell'evitare che la formazione diventi un costo inutile senza nessuna ricaduta reale sulla valorizzazione e sul potenziamento del capitale umano in servizio presso la P.A. Proprio per evitare un simile investimento negativo, il comma 2 dell'articolo 8 prevede che tutte le amministrazioni entro il 30 giugno di ogni anno adottino un "Piano triennale di formazione" in cui sono indicate le proprie esigenze formative.

Infine, il D.P.R. punta sui meccanismi di collaborazione tra le diverse Scuole pubbliche, prevedendo ad esempio l'uso gratuito delle reciproche aule, e l'interazione con gli enti territoriali, i soggetti privati, le università e gli altri istituti di formazione.

Come accennato in precedenza, con l'approvazione della L. n. 190/2012, in vigore da novembre, si è inteso reprimere e prevenire fenomeni di corruzione e maladministration all'interno della PA. Sulla base della delega contenuta nell'articolo 1, comma 49 e 50, della Legge in oggetto è stato approvato il decreto legislativo n. 39/2013 in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e gli enti

privati in controllo pubblico. Per l'analisi di questo decreto, si prenda in esame Cristina Galbiati D.lgs. n. 39/2013: inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni www.bollettinoadapt.it, 24 giugno 2013. In tre Capi (II, III e IV) vengono enucleate le ipotesi di inconferibilità: in caso di condanna, anche con sentenza non ancora passata in giudicato, per reati contro la pubblica amministrazione previsti dal Libro II, Capo I, Titolo II del c.p.; a soggetti provenienti da enti di diritto privato regolati o finanziati dalle pubbliche amministrazioni; a componenti di organi di indirizzo politico. Per evitare la commistione tra politica e dirigenza, ad esempio, gli incarichi vengono preclusi a coloro che siano stati componenti di organi politici non solo di livello nazionale (art. 6) ma altresì regionale e locale (art. 7). Se, dunque, per le cariche di Presidente del Consiglio dei Ministri, Ministro, Vice Ministro, Sottosegretario e Commissario straordinario di Governo si applicano i divieti previsti dalla L. n. 215/2004, nell'altra ipotesi l'inconferibilità opera, a seconda dei casi, per un periodo di tempo che varia dai dodici ai ventiquattro mesi, salvo che, all'atto dell'assunzione della carica politica, il dipendente non risultasse già titolare di incarico (art. 7, co. 3).

I Capi V e VI sono dedicati ai casi di incompatibilità. Primo, l'incompatibilità tra gli incarichi e le cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dalla pubblica amministrazione che conferisce l'incarico o con lo svolgimento in proprio di attività professionale. Secondo,

l'incompatibilità tra gli incarichi amministrativi e le cariche di componenti di organi di indirizzo politico. Ci sono da richiamare, poi, le disposizioni specifiche dedicate agli incarichi di direttore generale, sanitario o amministrativo delle Aziende Sanitarie Locali: il decreto dispone, infatti, l'abrogazione dell'articolo 3, comma 9, del d.lgs. n. 502/1992. Si va a precludere, ad esempio, il conferimento nelle Asl degli incarichi di direzione a coloro che, nel biennio precedente, abbiano svolto incarichi o ricoperto cariche all'interno di enti privati regolati o finanziati dal servizio sanitario regionale (art. 5) o che, nei cinque anni precedenti, siano stati candidati durante le elezioni – dalle europee a quelle locali – in collegi elettorali ricomprendenti il territorio delle Asl; preclusione che opera anche per coloro che, nei dodici mesi antecedenti, abbiano esercitato funzioni parlamentari (art. 8, co. 3). Non solo. Nello specificare l'incompatibilità degli incarichi direttivi con le cariche in enti di diritto privato o con lo svolgimento in proprio di attività professionale, se questi sono regolati o finanziati dal servizio sanitario regionale, il d.lgs. n. 39/2013 estende l'incompatibilità anche all'ipotesi in cui gli stessi siano assunti o mantenuti dal coniuge e dai parenti o dagli affini entro il secondo grado (art. 10). Per quanto riguarda, invece, il regime sanzionatorio, viene individuato nel responsabile del piano anticorruzione il soggetto chiamato a vigilare sulla corretta applicazione delle norme. Quest'ultimo, nominato all'interno di ciascuna amministrazione, è tenuto a segnalare alle autorità

competenti i casi di possibile violazione delle disposizioni. All'inconferibilità consegue la nullità degli atti di conferimento degli incarichi e dei relativi contratti (art. 17); mentre allo svolgimento di incarichi in situazione di incompatibilità (art. 19) segue la decadenza dall'incarico e la risoluzione del contratto di lavoro, autonomo o subordinato, decorso il termine perentorio di quindici giorni dalla contestazione, da parte del responsabile del piano anticorruzione, dell'insorgere della causa di incompatibilità. Sussiste, comunque, in capo all'interessato l'obbligo di presentare una dichiarazione, da pubblicare sul sito dell'amministrazione o ente conferente l'incarico, comprovante l'insussistenza di una causa ostativa. La dichiarazione mendace viene punita con l'inconferibilità di qualsiasi incarico, previsto dal d.lgs. n. 39, per un periodo pari a cinque anni (art. 20).

Per limitare, inoltre, il fenomeno del cd. revolving doors ai soli fini dell'applicazione dei divieti di cui all'articolo 53, comma 16-ter del d.lgs. n. 165/2001, sono considerati dipendenti pubblici anche i soggetti titolari di uno degli incarichi indicati nel d.lgs. n. 39/2013 compresi i soggetti esterni con i quali l'amministrazione o l'ente abbia stabilito un rapporto di lavoro di natura subordinata o autonoma.

Il comma 16-ter, stabilisce, infatti, al primo periodo che i dipendenti, i quali negli ultimi tre anni di servizio abbiano esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni, non possano svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di

pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della PA svolta attraverso i medesimi poteri.

Sezione TERZA

Il quadro comparato

Breve introduzione

Arrivati a questo punto della trattazione, si ritiene utile procedere ad una analisi in chiave comparatistica della dirigenza pubblica in cinque Paesi esemplari: la Francia espressione dei grands commis della "haute fonction publique", la Germania con il suo sistema binario di carriera: federale e statale, la Gran Bretagna con le peculiarità del civil service, la Spagna con la (fin'ora) molto estesa area di nomina basata sulla "confianza política", e infine, gli Stati UNiti d'America, patria per eccellenza dello spoils system. Affrontare l'analisi comparativa della dirigenza pubblica in paesi dalla grande tradizione amministrativa come Francia, Germania, Gran Bretagna, Spagna e Stati Uniti, significa porre l'accento su taluni istituti di volta in volta peculiari o caratteristici di ciascun modello che, nel corso del tempo, hanno dimostrato la loro efficacia all'interno delle predette realtà burocratiche. L'obiettivo preminente dello studio comparativo è pertanto quello di dar conto degli istituti peculiari delle singole realtà esaminate, avendo cura di isolare gli aspetti che maggiormente sono accostabili al nostro ordinamento come esperienze già realizzate o utilmente trasponibili.

Sulla base della comparazione dei diversi modelli ed

esperienze, così come dei trend di riforma riguardanti i sistemi di sviluppo della dirigenza nelle democrazie occidentali, è possibile pertanto individuare una linea comune per quanto riguarda i paradigmi e i contenuti delle agende di riforma adottate dai governi. Si vedrà che la filosofia del new public management è stata accettata tendenzialmente da tutti i paesi occidentali, anche grazie all'azione di diffusione promossa dalle organizzazioni internazionali. Inoltre, ad intervenire nel processo di attuazione delle riforme ci sono variabili legate alla volontà e sensibilità politica di rendere la modernizzazione della pubblica amministrazione un tema più o meno stringente nell'agenda di governo. Infine, il quadro comparato ci permetterà di inquadrare meglio le anomalie presenti nell'ordinamento italiano per quanto riguarda il rapporto potere politico-vertice amministrativo, al fine di proporre soluzioni che consentano di abbandonare definitivamente vecchie logiche clientelari per affidarsi ad un sistema basato esclusivamente sul merito.

3.1 La dirigenza pubblica in Francia

Il sistema amministrativo francese si è sempre contraddistinto per una forte e coesa burocrazia che deriva dalle omogenee caratteristiche sociali di ciascuna

categoria professionale e in particolare di quelle di più elevato livello.

Come dimostra sapientemente Nicola Pasini (Etica e pubblica ammministrazione: analisi critica di alcune esperienze straniere, Franco Angeli, 1996 p.94) lo status del funzionario pubblico in Francia si caratterizza per una limitazione dei diritti costituzionali che si impongono esplicitamente a chi sceglie di servire l'interesse pubblico. Il funzionario pubblico ha una limitazione nel diritto di manifestare il proprio pensiero in ragione della cosiddetta "obligation de rèserve" sia sul versante della libertà di culto, in forza del "principe de neutralitè du service public" e sia sul dovere di imparzialità nei confronti dei cittadini-utenti. L'obbligo di "reservè" si basa sul dovere di lealtà nei confronti dell'ente di appartenenza e impone al funzionario di esprimere le proprie opinioni in maniera prudente e misurata; il funzionario deve astenersi da qualsiasi manifestazione che può danneggiare l'immagine e la reputazione dell'amministrazione. Norme particolari del code èlectoral garantiscono la neutralità dei funzionari disciplinando ineleggibilità e incompatibilità con l'esercizio di un mandato elettorale. Il tutto è messo in evidenza magistralmente da B. Gagliardi, (L'etica pubblica in Francia in F. Merloni (a cura di), Al servizio della nazione, Milano, Franco Angeli, 2009. pp. 341 e segg.)

Va chiarito, preliminarmente, che l'accesso agli impieghi pubblici per le qualifiche medio-basse avviene

sempre tramite i concorsi, in prevalenza organizzati centralmente, che consentono di inquadrare il personale nei corpi professionali (insegnanti, poliziotti, ecc.), ognuno con una propria struttura salariale e il cui status si protrae per tutta la vita lavorativa, con avanzamenti per lo più basati sull'anzianità di servizio. Diversamente, per quanto attiene agli alti incarichi dirigenziali, gli accessi sono gestiti, tramite i canali forniti dalle grandi scuole formative (Ena e Politecnico) i cui allievi, in base al punteggio acquisito, vengono direttamente immessi nei grandi corpi. Les grand corps, vengono istituiti con le riforme napoleoniche, si caratterizzano rispetto ad altri corpi della funzione pubblica per: la vocazione al perseguimento di una missione specifica; l'attribuzione di forme peculiari di autogestione; la forte mobilità verso l'esterno .

Tra le grandi scuole formative la più famosa è indubbiamente l'ENA (Ecole Nationale d'Administration) nata nel 1945 ad opera di Micel Debrè con un'ordinanza del generale Charles De Gaulle. La sua finalità sin dall'inizio è quella di fornire una formazione unificata alla futura classe dirigente del paese non soltanto di tipo giuridico, ma soprattutto di tipo economico e manageriale. Essa non appartiene al sistema universitario, è posta sotto la presidenza del Consiglio e svolge il ruolo di reclutamento della futura classe dirigente del paese. L'ENA ha uno stretto collegamento con il Ministero della funzione pubblica: il numero dei nuovi allievi ammessi è basato sul numero dei posti in organico

da coprire nella P.A. (N. Carboni, Politiche e sistemi di sviluppo della dirigenza pubblica nelle democrazie occidentali in Amministrare, n.3, 2010, pag. 479.) Il corso ha una durata di 27 mesi, suddiviso in un periodo di formazione ed uno di tirocinio. Concluso il periodo formativo, gli allievi possono scegliere il loro incarico in base all'ordine di merito nel quale si sono collocati. L'ingresso all'ENA avviene con due modalità distinte: la prima, riservata ai laureati; la seconda, riservata al personale interno alla pubblica amministrazione che vuole intraprendere una carriera dirigenziale. Gli allievi, sulla base di criteri meritocratici e tendenzialmente indipendenti dalle pressioni dal potere politico, terminato il percorso di formazione, vengono automaticamente inseriti all'interno dei grand corps. L'Ena non offre solo una formazione iniziale per coloro che accedono all'amministrazione, ma anche corsi di formazione continua e permanente per le figure dirigenziali, propedeutici per l'avanzamento di carriera. La scuola impartisce agli allievi insegnamenti multidisciplinari e il curriculum è predisposto per formare persone in grado di intraprendere una pluralità di incarichi pubblici (N. Carboni, op. cit, pag. 466). All'interno della burocrazia si crea un circolo virtuoso legittimante tra le scuole, "les grand corps" e la società. Il collegamento tra le Grandes Écoles, che provvedono alla formazione dei funzionari pubblici e les grand corps, che reclutano i propri membri da tali scuole, rafforza il prestigio di ciascuna parte della relazione. I migliori laureati sono inseriti nei corpi di stato più importanti.

Una peculiarità del modello francese è lo scambio di personale dal mondo amministrativo a quello politico e viceversa. La funzione pubblica rappresenta il vivaio legittimo per il reclutamento ministeriale e politico. Infatti, ad esempio, nel governo del socialista Jospin (1997-2002) nove ministri, 34 deputati e 12 senatori provenivano dall'ENA.

Contrariamente a quanto detto fin ora, è bene ricordare che oltre 700 tra le più prestigiose cariche burocratiche francesi sono assegnate in base ad una valutazione discrezionale del Governo (N. Carboni, cit. p. 481.) Inoltre l'esigenza di creare un'apertura verso il mondo dell'impresa, ha portato la quota dei dirigenti che hanno accesso all'amministrazione al di fuori delle procedure concorsuali, (attraverso nomine fiduciarie, il cosiddetto tour extèrieur), al 30%.

Per quanto riguarda nello specifico lo status dirigenziale, occorre rimarcare l'assenza di una normativa organica sui poteri dei funzionari di livello più elevato. Infatti, come ben rileva Merloni (Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale. Il modello italiano in Europa, Il Mulino, 2009, p. 84) le norme su diritti, doveri e responsabilità dei fonctionnaires sono ricavabili dall'interazione tra lo statuto generale e gli statuts particuliers, dettati per specifiche categorie e corpi di funzionari.

Sotto il profilo delle responsabilità dirigenziale, il sistema francese non si è mai caratterizzato per una rigorosa verifica dei risultati raggiunti: erano previsti

alcuni strumenti di ricerca della funzionalità – introdotti dalla circolare Juppé del 1995 – per la rilevazione dei costi degli uffici e la valutazione delle capacità gestionali e manageriali dei funzionari. Si trattava, quindi, di una responsabilità collegata all'uso delle risorse assegnate all'ufficio, e non ai risultati raggiunti e alla loro congruenza con gli obiettivi fissati (Merloni,. Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale op. cit., p. 84)

Il sistema di valutazione ha subito una radicale riforma a partire dal 2006, con l'introduzione di un più ampio Results-oriented budgeting. Al riguardo, ciascun dipartimento è tenuto a fissare i propri obiettivi, in attuazione delle politiche, dei programmi e delle azioni definite dal governo. I direttori centrali coordinano i programmi e sono assistiti da budget manager che si occupano della sostenibilità finanziaria. La valutazione delle prestazioni dirigenziali avviene con cadenza annuale; il ministro competente valuta i direttori centrali i quali valutano, a loro volta, i dirigenti del proprio dipartimento. Sempre ai fini valutativi, è stato sperimentato, da ultimo, all'interno di sei ministeri un sistema di Prp (Performance-related pay), che comporta l'adozione di sistemi retributivi collegati alla valutazione delle prestazioni. Si tratta, come spiega bene Ferrari (Pubblico impiego in diritto comparato, Digesto Discipline pubbiche) di un modello di performance budgeting, nato negli anni '80 e '90 nei paesi anglosassoni in modo da orientare l'azione dei dirigenti verso il perseguimento di più elevati standard manageriali La valutazione delle prestazioni dei direttori centrali

avviene in base a tre parametri: i risultati individuali, attestati da indicatori qualitativi, sia di output che di outcome; la qualità delle attività svolte dal dipartimento di appartenenza; la valutazione delle condizioni ambientali ed organizzative esogene. Il ministro competente, supportato da un comitato per le remunerazioni, provvede alla valutazione complessiva, rimuovendo, in caso di prestazioni insoddisfacenti, l'inca- rico di direzione centrale Merloni,. Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale. Il modello italiano in Europa, Il Mulino, 2009, p. 85).

Negli ultimi anni si assiste ad un particolare fenomeno chiamato pantouflage. Nello specifico, si tratta di un fenomeno che vede il passaggio (transitorio), nei primi dieci anni di carriera, dal settore pubblico a quello privato, con successivo rientro nel posto di lavoro originario. Pasini in Etica e pubblica ammministrazione: analisi critica di alcune esperienze straniere, Franco Angeli, 1996 p. 89, lo descrive magistralmente ne termini che seguono: "la parola non ha equivalente nella lingua inglese, ma deriva dalla parola francese che sta per pantofole: pantoufles. Implica un ritirarsi facile confortante e piuttosto lucroso anzichè una corruzione manifesta. La metafora americana della revolving door (porta girevole) ha connotazioni più aggressive e perfino sinistre che non il francese e garbato pantouflage. La porta girevole suggerisce non solo arricchimento personale attraverso un guadagno sulla base dei contatti e l'esperienza di governo, ma un compromesso dell'integrità del governo

stesso a causa degli sforzi corporativi di "catturare" agenzie allettando i funzionari con la lusinga di un futuro e lucroso impiego nel settore privato".

In via conclusiva, può ritenersi che il sistema dirigenziale francese si caratterizzi per una forte componente gerarchica tra le categorie e i gradi, e per una grande incidenza del sistema di reclutamento e del conseguente status dell'alto funzionario pubblico sui rapporti interni all'amministrazione ed esterni con gli organi politici. Rispetto a questi ultimi, in particolare, non va dimenticata (vedi sopra) una spiccata commistione di classe che lascia sovente indistinti i confini tra organi del vertice politico-amministrativo e organi gestional-attuativi.

3.2 Il vertice amministrativo in Germania

Anche in Germania la burocrazia è strutturata all'interno di un sistema di carriera, con alcune importanti differenze, tuttavia, rispetto al modello francese. Anzitutto, il reclutamento del personale avviene prevalentemente a livello decentrato. Al riguardo, le amministrazioni statali e quelle periferiche disciplinano distinte modalità di selezione dei funzionari, nonostante la prevalenza del concorso pubblico. Il rapporto di servizio dei funzionari

(Beamten) è regolato da una disciplina speciale pubblicistica, mente quello degli altri dipendenti: impiegati (Angestellten) e operai (Arbeiter) è regolato da rapporti di diritto privato. Per una esauriente descrizione del sistema tedesco e dei rispettivi ambiti di rapporto pubblico e privato si veda Albanese, Impiego pubblico e impiego privato presso la pubblica amministrazione in Germania e in Spagna, pag. 163 e ss.

I funzionari dell'amministrazione federale (Beamten) sono distribuiti in quattro carriere, cui si accede in virtù del possesso di titoli di studio. La categoria più elevata è quella dirigenziale (höherer Dienst) all'interno della quale esiste una distinzione tra i livelli superiori della categoria A (da A13 ad A16), da un lato, e i tre livelli di categoria B (B6, B9, B11), corrispondenti ai posti di Ministerialdirigent, di Ministerialdirektor e di Staatssekretiir. Questi ultimi sono i segretari generali dei ministeri e costituiscono il vertice della gerarchia amministrativa, al di sopra dei direttori generali, dei dirigenti e dei capisezione che possono considerarsi come funzionari politici (politische Beamten) in quanto di nomina fiduciaria e molto vicini agli organi che definiscono l'indirizzo politico (Merloni Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale. Il modello italiano in Europa, Il Mulino, 2009, p. 69)

Come ci spiega lo stesso autore (Merloni Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale. Il modello italiano in Europa, Il Mulino, 2009, p. 70), c'è una carriera ma solo nel senso che la copertura dei posti di livello via via

superiore crea per il funzionario una buona prospettiva di possibile progressione. L'avanzamento avviene solo se vi è un posto superiore da coprire: non si avanza nel corpo, in modo automatico o su valutazione, indipendentemente dall'esistenza di nuovi posti (come avviene in Francia). Oltre alla carriera interna, anche in Germania sono previste forme di accesso esterno alla haute fonction publique. Al riguardo, i vertici politici possono mettere a riposo personale interno non gradito e procedere alla nomina fiduciaria di sostituiti (Seiteneinsteiger) per un periodo di tempo limitato.

Tuttavia anche in Germania, è riconosciuta la stabilità del rapporto lavorativo, anche se, mentre in Francia la stabilità afferisce alla carriera e al grado raggiunto, e non al posto, in Germania è il posto ad essere assegnato non solo a tempo indeterminato, ma anche con un affidamento a vita (sempre che non sia il funzionario ad indirizzarsi verso un nuovo posto). Peraltro, in Germania il rapporto di lavoro a vita (il Lebenszeitprinzip), che può essere recesso naturalmente in caso di grave responsabilità disciplinare, è considerato espressamente una condizione di indipendenza e di imparzialità personali del funzionario, tanto che i tentativi di individuare incarichi a tempo determinato – fatti salvi gli incarichi di stretta natura fiduciaria, vale a dire i Seiteneinsteiger – sono stati considerati in contrasto con la Costituzione federale. (Albanese, Impiego pubblico e impiego privato presso la pubblica amministrazione in Germania e in Spagna, pag. 166)

All'autore Valensise (Politica ed amministrazione: la

dirigenza pubblica in“Istituzioni, politica, amministrazione. Otto paesi europei a confronto” – a cura di M. De Benedetto - Torino, Giappichelli, 2005) è apparsa molto interessante l′introduzione, con la legge del 1997, di un nuovo strumento per la scelta dei dirigenti dell′amministrazione pubblica: in essa, infatti, é stata disciplinata la possibilità di costituire rapporti di lavoro a tempo determinato, per un periodo di dieci anni, anche per i livelli più alti della carriera pubblica. Egli sottolinea che in questo modo si è reso più elastico il dettato costituzionale in ordine alla stabilità della funzione, prevedendo la riconferma nell′incarico, previa valutazione dell′operato del soggetto. Tale strumento, a suo dire, serve a rendere più flessibile l′uso della risorsa dirigenziale, essendo impiegato anche per la dirigenza di ruolo. Lo stesso autore evidenzia che, “a fronte di meccanismi di selezione e di carriera tendenzialmente meritocratici, v′è un alto livello di politicizzazione che contraddistingue l′attribuzione degli incarichi collocati al vertice della piramide amministrativa tedesca. Gli incarichi di Segretario generale (Staatssekretare) - cui spetta il coordinamento generale del Ministero - di Direttore generale (MinisterialdireKtoren) - normalmente a capo di un dipartimento - di Capo di una direzione (Ministerialdirigenten) o di una Sezione (Ministerialrate) sono ordinariamente attribuiti a funzionari di carriera” (Valensise ibidem)

Anche negli staff ministeriali i titolari dell′incarico governativo non possono avvalersi di propri consulenti o

di un proprio gabinetto, dovendo far ricorso al personale di ruolo dei ministeri. Ma per gli incarichi propriamente di vertice (di Segretario generale o di Direttore generale) l'autorità politica dispone di un potere di nomina di carattere fiduciario; in buona sostanza se è vero che normalmente fanno parte dell'organizzazione amministrativa, è anche vero che la scelta di questi alti funzionari "politici" (politische Beamten) avviene in base ad un giudizio di affidabilità personale, oltre che di piena condivisione dei programmi e delle ideologie espresse dal vertice che provvede alla loro selezione. Sono funzionari di fiducia, cui spetta il compito di fare da collegamento tra il livello politico competente ad esprimere l'indirizzo e quello burocratico cui unicamente spetta l'attività di gestione. E' Sempre Valensise a ricordare che il dato più significativo per quanto riguarda la c.d. "politicizzazione" delle nomine nell'ordinamento tedesco è costituito, dalla previsione di un potere politico di rimozione dei funzionari "sgraditi" dalle posizioni già occupate. I funzionari rimossi possono essere collocati a riposo per un periodo determinato (cinque anni), con conservazione di una buona percentuale del trattamento economico, per essere rimpiazzati, appunto, da personale più vicino alle posizioni ideologiche del vertice politico.

Per quanto riguarda le norme inerenti lo status dei dirigenti tedeschi, come ben spiegato da Ferrari (Pubblico impiego in diritto comparato in D. disc. pubbl. Torino, Utet pag. 11 e ss.), è necessario ricordare, anzitutto, la distinzione tra compiti e poteri amministrativi che sono

attribuiti agli uffici da disposizioni legislative e regolamentari e il lato "personale" del funzionario, relativo alle regole giuridiche che ne disciplinano il rapporto di servizio, con connotazioni del tutto speciali rispetto all'ordinario rapporto di lavoro. La specificità delle mansioni dell'alto funzionario si potrà ricavare, quindi, solo dalla lettura dei compiti che gli sono affidati in quanto titolare di un determinato ufficio.

Sotto il profilo delle responsabilità, D. SORACE (La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea, Bologna, Il Mulino, 1994) ci rammenta che anche in Germania sono presenti strumenti di ricerca della funzionalità che ineriscono alla rilevazione dei costi degli uffici e alla valutazione delle capacità gestionali e manageriali dei titolari degli uffici. Tali strumenti, anzi, sono abbastanza estesi in virtù del doppio tavolo della responsabilità nei confronti dei vertici politici, l'uno legato più direttamente alla sfera politica, e quindi alla realizzazione dei programmi e delle azioni definite dal governo, l'altro connesso, invece, alle attività svolte dall'ufficio, in conformità ai criteri di quantità, qualità efficienza ed economicità direttamente imputabili al dirigente pubblico.

3.3 La dirigenza pubblica inglese

Il modello della separazione tra politica ed amministrazione ha trovato la sua naturale applicazione nel sistema britannico, che ricollega al popolo sovrano ogni manifestazione di esercizio del potere, cosicchè i funzionari pubblici rispondono ai Ministri, che rispondono al Parlamento che, a sua volta, risponde all'elettorato secondo una ben precisa catena di responsabilità. In un simile sistema l'apparato amministrativo dipende dalla volontà dei cittadini-elettori: quest'ultimi, scegliendo un determinato partito, si attendono che l'attività amministrativa dello Stato sia conforme alle indicazioni da essi fornite. Così, la legittimazione dell'operato della pubblica amministrazione si risolve e si ricollega interamente al principio della sovranità popolare, "rifiutando la natura tecnocratica delle scelte compiute per la tutela dell'interesse pubblico" (B. VALENSISE: Politica ed amministrazione: la dirigenza pubblica, in "Istituzioni, politica, amministrazione. Otto paesi a confronto", a cura di M. De Benedetto - Torino, Ed. Giappichelli pag. 2).

Per garantire la continuità tra l'indirizzo politico generale e la gestione amministrativa quotidiana, l'apparato burocratico deve riconoscere ai politici un potere di scelta fiduciaria dei propri dirigenti e, al tempo stesso, assicurare l'esistenza e la formazione di un corpo amministrativo neutro e imparziale in grado di servire fedelmente qualsiasi compagine governativa, al di là di

ogni personale motivazione ideologica. La formula della neutralità è quella recepita, dunque, nell'impianto britannico (B. VALENSISE.op. cit. pag.3.), nel senso che il civil servant inglese è tenuto a mettere a disposizione del governo in carica tutte le sue conoscenze, conservando l'anonimato e senza alcuna responsabilità per l'attività amministrativa svolta, in quanto si presume che agisca sempre sulla base delle indicazioni del ministro. La burocrazia viene quindi concepita come strumento tecnico di precisione messo al servizio delle istituzioni democratiche (G. Gardini, L'imparzialità amministrativa. Tra indirizzo e gestione, Milano,. Giuffrè Editore, 2003, pag. 135). Il dirigente inglese è definito un "dilettante di talento" con una formazione prevalentemente umanistica nelle grandi public schools inglesi. Egli si caratterizza per il senso di dovere, la lealtà verso la Corona, l'obbligo di riservatezza, l'assenza di corruzione. Tutto questo comporta una incompatibilità tra cariche politiche e amministrative con la conseguente impossibilità di attivare uno scambio fra i due ambiti, diversamente, come abbiamo visto, dall'ordinamento francese. Il civil servant svolge un'attività consultiva senza partecipare all'attività di policy making. Ciò garantisce la legalità e la correttezza dell'amministrazione in quanto le responsabilità sia sulle policy making sia sulle scelte operative, ricadono sui ministri del Governo i quali rispondono per l'attività svolta prima al Parlamento e in seguito all'elettorato (Gualmini E., L'amministrazione nelle democrazie contemporanee, Laterza, Roma, 2008). L'imparzialità del

funzionario è assicurata anche grazie ad una sostanziale stabilità del posto di lavoro, remunerato direttamente con fondi stanziati dal Parlamento, sebbene esista un rapporto gerarchico con la Corona, tanto da ritenere il civil servant licenziabile in base ai desiderata della Corona. Da tale "political impartiality" discendono ampie restrizioni ai diritti politici dei funzionari, quale il divieto di iscrizione a partiti politici o di candidarsi alle elezioni. Pertanto, nel modello inglese gli organi di direzione politica si astengono dall'interferire sulla selezione e sullo sviluppo della carriera della burocrazia e quest'ultima rinuncia ad impegnarsi direttamente in politica.

Si tratta, tuttavia, di una visione storicamente datata, in quanto in linea con l'ordinamento del classico Stato liberale, "essenzialmente regolatore e poco interventista in campo economico e sociale" che relega peraltro l'amministrazione, vista come attività strettamente esecutiva, esente da discrezionalità ", in una posizione di "minorità" rispetto alla politica (COLAPIETRO C., Governo e amministrazione. La dirigenza pubblica tra imparzialità e indirizzo politico, TORINO, GIAPPICHELLI, 2004). Una simile struttura si è rivelata nel tempo palesemente inadeguata rispetto ai mutamenti della società, composta da una classe dirigente "generalista", scarsamente mobile e poco responsabile.

Per tali motivi, successivamente, con l'avvento delle privatizzazioni e l'avvio del periodo di Governo conservatore di Margharet Thatcher, pian piano emerse il legame sempre più fitto fra l'agenda politica del Governo

e l'ideologia che lo sosteneva, secondo la quale il mercato è la forma più efficiente di governo degli scambi economici e sociali (Gualmini 2008, 90). La Thatcher guardava con interesse al New Public Managment incentrato sul principio dell'efficienza gestionale e sulla produttività. Il paradigma delle tre "e" (efficacia, efficienza, economicità) fu uno degli obiettivi centrali del suo lungo mandato. Dal 1988, infatti, una parte rilevante dei servizi pubblici, fino a quel momento erogati da strutture ministeriali, sono stati affidati alle agenzie Next Steps, dotate di un certo grado di autonomia e amministrate da chief executive officers direttamente responsabili nei confronti del ministro competente. E' indubbio che il conferimento di funzioni esecutive ad organizzazioni autonome, specializzate e governate da manager spesso provenienti dal settore privato, puntasse ad incrementare il tasso di efficienza ed efficacia dell'azione pubblica [Gualmini 2008, 92]. Il governo di John Major continuò il percorso avviato dal suo predecessore e la nuova dirigenza pubblica denominata Senior Open Structure fu in diretto contatto con i ministri; vennero incentivate le forme di impiego flessibile con dei contratti a termine; la mobilità e le indennità furono legate alla prestazioni. Tutto ciò è stato rafforzato, in seguito, dal Governo laburista di Tony Blair il quale ha avviato la politicizzazione del civic service britannico. La responsabilità di settori chiave dell'amministrazione (come sanità e industria) passa ai funzionari politici, che insieme ai consulenti esterni entrano nel "team"

ministeriale, mettendo in ombra i dirigenti pubblici.

Attualmente, i principi generali in materia di reclutamento dei funzionari pubblici sono contenuti nel Civil Service Order in Council approvato nel 1995, e poi oggetto di successive modificazioni (l'ultimo amendment è del 2008). Per tutto ciò che riguarda la selezione dei civil servants, fondamentale è il ruolo svolto dalla Civil Service Commission, avente il compito di monitorare il processo di reclutamento e di garantire il mantenimento da parte delle Amministrazioni di elevati standard qualitativi. I Civil Service Commissioners sono nominati direttamente dalla Corona sulla base dell' advice del primo ministro: ciò nonostante, essi godono di piena indipendenza nei confronti dei membri del governo. Alla commissione spetta, tra l'altro, la redazione e la pubblicazione del Recruitment Code, mediante il quale si forniscono le indicazioni volte a favorire la piena attuazione del principio generale che informa il sistema di reclutamento del pubblico impiego britannico, secondo cui, salvo eccezioni, la selezione deve avvenire sulla base del merito e di una "fair and open competition". I casi di esclusione dall'operatività di tale principio riguardano coloro che sono nominati direttamente dalla Corona o da un ministro fermo restando in quest'ultimo caso, che la durata dell'incarico non può estendersi "beyond the end of an Administration". Il Recruitment code (nella sua ultima versione) precisa che il requisito del merito impone la scelta of the best available person, individuate di volta in

volta sulla base delle competenze necessarie allo svolgimento del lavoro richiesto. Per fair and open competition s'intende invece una procedura di selezione ispirata ai criteri dell'oggettività, dell'imparzialità nonché della massima trasparenza e pubblicità riguardo sia il tipo di lavoro che le modalità di svolgimento delle procedure stesse.

Il 1° aprile 1996 è stato formalmente istituito il Senior Civil Service: ad esso fanno capo 3500 dipendenti che rappresentano i dirigenti di livello più elevato, i consiglieri politici e gli amministratori pi ˘ importanti. Come ricorda Valensise (Politica ed amministrazione: la dirigenza pubblica in"Istituzioni, politica, amministrazione. Otto paesi europei a confronto" – a cura di M. De Benedetto - Torino, Giappichelli, 2005) l′istituzione del SCS rispondeva all′esigenza di eliminare molti mali da cui era afflitta l′amministrazione britannica, emersi dal Libro bianco sul Civil Service pubblicato nel 1994; l′obiettivo della nascita di questo corpo era di disporre di personale dotato di alte competenze e di un bagaglio culturale comune e condiviso. Gli appartenenti al SCS beneficiano di un contratto di lavoro a tempo indeterminato e di un inquadramento in base ad un sistema di valutazione che prevede diverse posizioni e distinti livelli stipendiali. E′ indubbia la stabilità nel loro posto di lavoro, anche perchè l′eventuale rimozione dall′incarico verrebbe valutata alla stregua di un′intollerabile ingerenza politica negli affari dell′amministrazione. La selezione degli appartenenti al SCS avviene mediante procedure concorsuali per

assicurare appieno il rispetto del principio della selezione aperta basata solo sul merito. Tutte le procedure, dal reclutamento alle promozioni, avvengono, per gli appartenenti ai gradini meno elevati del SCS (con esclusione, cioè, dei due gradini più elevati di permanent secretary e deputy secretary), ad opera di ciascun dipartimento ministeriale. Per le nomine del permanent secretary e del deputy secretary provvede il Primo Ministro con il parere del capo del Civil Service, normalmente titolare della carica più alta nella gerarchia amministrativa, quella di Cabinet secretary (cioè segretario del Consiglio di Gabinetto).

L′accesso ai diversi posti di senior level non è riservato ai soli appartenenti al Civil service, poichè si può far ricorso al mercato del lavoro privato, attraverso specifiche procedure concorsuali. L'autore sopra richiamato ricorda, altresì, che al SCS si accede anche attraverso una particolare procedura, il Fast stream development program, che consente ai giovani più brillanti, usciti dalle Università più prestigiose d′Inghilterra, di accedere direttamente ai livelli più elevati dell′amministrazione, gestendo settori cruciali quali l′economia, gli affari interni ed esteri.

3.4 L'alta burocrazia in Spagna

L'analisi del sistema dirigenziale spagnolo deve muovere dal presupposto secondo cui le modalità di accesso all'alta dirigenza risultano senz'altro peculiari rispetto a tutti gli altri modelli continentali sin qui esaminati, ivi compreso quello italiano. La Spagna, infatti, è certamente il paese, tra quelli considerati qui, in cui vige la più ampia libertà di nomina e revoca politica del personale al servizio dell'amministrazione. L'area della nomina basata sulla "confianza política" è, infatti, talmente estesa che risulta difficile rinvenire qualcosa di simile in altri ordinamenti (Gardini L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea", Milano, Giuffré, 2003). Sotto questo profilo, tuttavia, la stessa Costituzione del 1978 appare contraddittoria quando da un lato, stabilisce che il governo "dirige" l'amministrazione civile (art. 97) –secondo il classico modello napoleonico dell'amministrazione esecutrice neutrale della volontà del governo –e dall'altro, prevede che l'accesso alle funzioni pubbliche dei funzionari, oggetto di apposita riserva di legge, deve in ogni caso avvenire «secondo criteri di merito e di capacità» (art. 103, comma 3, Cost.).

Va, altresì, rilevato che, sino all'approvazione nel 2007 dell'Estatuto Básico del Em- pleado Público (Ebep),

la legislazione spagnola non prevedeva né regolava specificamente un gruppo professionale direttivo, titolare di alti incarichi di direzione amministrativa e sottoposto all'indirizzo politico del governo. Ne consegue che, tradizionalmente, il modello spagnolo si è caratterizzato proprio per la stretta caratterizzazione politica degli incarichi dirigenziali; Merloni giustamente osserva che tale circostanza, se, per un verso, non implica di per sé l'incompetenza e la scarsa professionalità del personale nominato, per un altro verso, tuttavia, crea non pochi problemi in ordine alla necessaria continuità ed imparzialità nello svolgimento dei predetti incarichi (F. Merloni, Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale, Il modello italiano in Europa, Il Mulino 2006 pag. 80)

A partire dagli anni '90 si è avviato un graduale processo di "professionalizzazione" degli alti funzionari spagnoli, volto a migliorare l'efficienza e la qualità della funzione pubblica, e fondarla più sui principi del management che su quelli dell'appartenenza politica. Tale processo ha avuto il suo apice nella formulazione dell'art. 13 dello statuto basico dell'impiegato pubblico che prevede il riconoscimento giuridico della figura del "dirigente pubblico". (Ibidem pag. 81). Nello stesso Preambolo della legge, viene sottolineato che questi "è destinato ad essere in futuro un fattore il sistema della fiducia politica nella pubblica amministrazione spagnola modernizzazione amministrativa, dato che la sua gestione professionale è soggetta a criteri di efficacia ed efficienza,

responsabilità e verifica dei risultati sulla base degli obiettivi. A dire il vero, nelle nostre Amministrazioni non sono mancati funzionari ed altri servitori pubblici dotati di capacità e formazione dirigenziale; ciononostante, conviene avanzare decisamente verso il riconoscimento giuridico di questo tipo di personale, come già succede nella maggior parte dei paesi vicini" (Preambolo della Legge 7/2007, 12 aprile, dello Statuto Basico dell'Impiegato Pubblico). Lo statuto si limita ad affermare, che «è personale direttivo quello che svolge funzioni direttive professionali nelle amministrazioni pubbliche, definite come tali nelle norme specifiche di ciascuna amministrazione». Da questa definizione può quanto meno ricavarsi che si entra a far parte del personale direttivo solo quando e mentre si svolgono le funzioni qualificate come direttiva, senza che occorra essere già funzionari pubblici. Ed infatti, il successivo comma 4 dell'art. 13 specifica che il dirigente può essere reclutato tra i funzionari pubblici o mediante contratto di lavoro di alta direzione, che può essere stipulato anche con soggetti esterni all'amministrazione.

Per un'attenta disamina dello statuto, oltre al testo di legge, è utile prendere in considerazione le osservazioni di Perin e Merloni (Al servizio della nazione, etica e statuto dei funzionari pubblici, Franco Angeli, Milano, 2009 p. 362 e ss.) Lo Statuto non distingue affatto i casi in cui si debba ricorrere a personale interno oppure esterno, ma si limita a prevedere che la nomina deve in ogni caso avvenire nel rispetto dei principi di merito e capacità,

nonché dei criteri di idoneità, attraverso procedimenti che garantiscano la pubblicità e la concorrenza (art. 13.2). Per quanto riguarda i vari criteri per la nomina, dovranno essere presi in considerazione unicamente ed esclusivamente l'esperienza e le competenze degli aspiranti in modo che venga garantito che i candidati selezionati tra i diversi aspiranti siano quelli con maggiori capabilities. Per ciò che concerne i requisiti di pubblicità e concorrenza, lo scopo del primo requisito è quello di informare tutti i potenziali candidati dell'esistenza di bandi pubblici per i posti dirigenziali, di modo che il maggior numero possibile di aspiranti possa parteciparvi; il secondo, invece, rende possibile la creazione di procedure competitive aperte a tutti i soggetti che soddisfino i requisiti richiesti nei rispettivi concorsi. A tal riguardo, il Tribunale Costituzionale ha fatto riferimento, fin dalle sue prime risoluzioni, alla rilevanza posseduta dal principio di pubblicità –e, indirettamente, da quello di libera concorrenza- indicando che "la pubblicazione è basilare nel bando e deve essere sufficientemente efficace da fare in modo che vengano rispettati i principi e gli scopi del processo di selezione di coloro che verranno integrati nei quadri dell'Amministrazione; insomma, secondo gli aspiranti al pubblico impiego, facilita l'accesso alla Funzione Pubblica in condizioni di uguaglianza mentre, dal punto di vista dell'Amministrazione, soddisfa l'interesse pubblico favorendo una maggiore concorrenza fra i candidati" (Sentenza del Tribunale Costituzionale no 85/1983, 25 ottobre (Conflicto positivo de competencia no

333/1982). L'EBEP, infine, esige che la nomina del personale direttivo risponda a criteri di idoneità: selezionare la persona più adatta a ricoprire il ruolo in questione. Le disposizioni probabilmente più rilevanti dell'Ebep sono quelle contenute nel comma 3 dell'art. 13, secondo cui il personale direttivo «sarà soggetto ad una valutazione con riferimento ai criteri di efficacia ed efficienza, a responsabilità per la gestione e a controllo sui risultati in relazione con gli obiettivi che gli siano stati fissati». Si tratta di previsioni che risentono, evidentemente, dell'influenza ideologica del new public management, senza tuttavia la previsione, con-tenuta in quest'ultimo testo legislativo, di destinare una parte della retribuzione ai risultati conseguiti.

In conclusione, lo Statuto ha certamente invertito la rotta rispetto al passato, ponendo le basi per il consolidamento di un sistema fondato sulla previa determinazione di obiettivi ed indicatori di rendimento, simili a quelli propri delle aziende private, in modo da avvicinare la Spagna alle altre democrazie occidentali in termini di efficienza ed imparzialità del proprio modello di gestione dell'alta funzione pubblica.

3.5 La dirigenza pubblica negli Stati Uniti: la nascita dello spoils system

Il sistema americano si caratterizza per l'alto grado di fiducia che caratterizza i rapporti tra i vertici politici e burocratici e soprattutto per la politicizzazione dei funzionari pubblici. Il dirigente pubblico americano è in netta contrapposizione rispetto al "suo collega" inglese senza volto dedito alla neutralità nel sostenere qualsiasi Governo. La burocrazia americana è sostanzialmente una ramificazione del Governo. Un'analisi storico-giuridica ci permetterà di comprendere meglio come e quando si è instaurato questo forte legame fra il potere amministrativo e quello politico.

Nella costruzione della funzione pubblica per il nuovo Stato americano, nel 1787, il criterio ispiratore sembra essere stato innanzitutto quello di allontanarsi dal sistema parlamentare britannico per attuare una rigida separazione dei poteri, come garanzia di democrazia e libertà. La burocrazia federale viene scelta in base ai requisiti di "carattere", competenza, lealtà alla Costituzione, secondo una visione elitaria che riflette sostanzialmente le idee conservatrici dei nuovi governanti, appartenenti ad un'aristocrazia di proprietari terrieri (Maiorini M. G., Storia dell'amministrazione pubblica, Giappichelli, Torino, 1997, 219.)

Successivamente, Stati Uniti, 4 marzo 1829: William L. Marcy, fidatissimo luogotenente del Presidente Andrew Jackson, poco dopo l'insediamento di quest'ultimo alla Casa Bianca, alla ricerca di una giustificazione logica alla pratica messa in atto dalla nuova amministrazione di assegnare incarichi pubblici della burocrazia federale ai sostenitori leali di ogni nuovo presidente, pronunciò la frase: "to the victor belong the spoils of the enemy" cioè "le spoglie dell'avversario appartengano al vincitore" (M. DELLA PORTA RAFFO, I Signori della Casa Bianca, Edizioni Ares, Milano 2003, p.55.)

La lealtà al partito divenne il requisito per accedere alle cariche pubbliche e J. PELLEW giunse a sostenere (The Spoils System and the concept of merit in the American Civil Service ,in S.CASSESE-J.PELLEW, Le System du merite Bruxelles, IISA, 1987, p.69 ss) che la rotazione negli uffici pubblici era un complemento della democrazia politica.

Analizzando più nel dettaglio il termine spoils system, si può osservare come su scala nazionale esso si sviluppò con l'affermarsi di due schieramenti politici, i Federalists e i Democratic Republicans e venne ampiamente utilizzato dai primi Presidenti degli Stati Uniti, in particolare da T. Jefferson, dopo l'episodio delle "nomine di mezzanotte" operate a termine del mandato dal Presidente uscente, il democratico Adams; A. Jackson, terzo Presidente americano e primo consapevole teorizzatore dello spoils system, poi lo applicò, nel corso dei suoi due mandati, su

larga scala, in quanto lo considerava una prospettiva di miglioramento per il Governo federale in un'ottica di rotazione degli impiegati pubblici, volto a realizzare una sorta di "patronato degli impieghi": durante la legislatura di Jackson, durata otto anni, le sostituzioni non andarono comunque oltre un quinto del totale dei posti in funzione. Jackson riteneva lo spoils system uno dei principi fondamentali del repubblicanesimo, un metodo efficace per impedire la corruzione, per evitare il consolidarsi di una burocrazia inamovibile e per consentire ai cittadini di partecipare alla vita pubblica (C. SILVESTRO, Spoils system statunitense e spoils system all'italiana a confronto, in F.A.,2003, p.956.)

Come riportato da G. GARDINI, (L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione,Giuffrè editore, Milano 2002, p. 146) , nel primo periodo della storia statunitense tale sistema di spoglie ebbe un'applicazione tanto diffusa da interessare anche funzionari di livello medio e basso. Nel 1840 si era già diffuso nell'amministrazione statale, locale e federale; presto però divenne oggetto di forti critiche da parte degli oppositori, soprattutto a causa della corruzione che ne conseguì (contrariamente a ciò che fu sostenuto da Jackson), la quale ebbe il suo massimo sviluppo nel corso del mandato di U. S. Grant, con l'ingresso di logiche politico-partitiche nell'amministrazione pubblica (Guerino D., Politica e amministrazione negli USA, Giappichelli, 2003, 285)

Tuttavia il colpo definitivo allo spoils system lo diede B. Harrison, ventitreesimo presidente, in carica dal 1889 al

1893 che in un solo anno sostituì 31000 direttori di uffici postali che riteneva del colore politico sbagliato, gettando così le poste americane nella peggior crisi della loro storia (Si veda L. GALLINO, La logica dello spoils system e il giuramento dei professori, da "La Repubblica" del 17 ottobre 2002)

La prima grande riforma della pubblica amministrazione americana approvata nel 1883, conosciuta con il nome di Pendleton Act, tentò di arginare il fenomeno dello spoil system attraverso l'inserimento di correttivi nel meccanismo di nomina e revoca fiduciaria. Essa introdusse un nuovo sistema di accesso alla funzione pubblica, simile a quello che si era sviluppato in Gran Bretagna, il cosiddetto merit system caratterizzato da maggiore professionalità e competenza da parte del dirigente pubblico. (C. CHIMENTI , Noi e gli altri, Vol. II Sintesi di ordinamenti stranieri. Parte I – Gran Bretagna, Stati Uniti, Germania, G. Giappichelli Editore , Torino, febbraio 2000, p. 59.) Il provvedimento introdusse gli esami per concorso, il principio della permanenza in carica e quello della neutralità dei funzionari in risposta alla dilagante corruzione e al mal costume degli anni della presidenza di Jackson.

Il "Pendelton Act" fu salutato come una svolta democratica nella vita politico–amministrativa degli Stati Uniti, con l'abolizione delle nomine a favore degli "amici" e l'assegnazione degli incarichi mediante prove selettive concorsuali, condotte in maniera professionale attraverso l'applicazione di un sistema meritocratico uniforme

presieduto da una “Civil Service Commission” (ora denominata “Office of personal management”); è la prima di una lunga serie di tappe normative che portarono a reintrodurre un sistema di accesso meritocratico alla funzione pubblica (c.d. merit system), con controllo sulla qualità delle assunzioni (G. GARDINI, L’imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione,Giuffrè editore, Milano, 2002, p.147 ss). Il pensiero dei sostenitori del merit system può essere riassunto nello slogan: “non esiste un modo repubblicano ed un modo democratico di pavimentare una strada, ma solo un modo corretto di farlo”.

Secondo S. Cassese (Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale,in Giorn. Dir. Amm.,2002, p. 1346), il sistema delle spoglie americano “serve ad innestare tecnici esterni nella burocrazia permanente e viene utilizzato da ogni nuovo Presidente non tanto per premiare coloro che hanno finanziato la sua campagna elettorale, quanto per dotarsi di consiglieri tecnici, provenienti dalla “think tank” dei due partiti in lizza, il democratico e il repubblicano. Lo stesso autore ritiene anche che “non consenta la scelta del migliore, ma conferisca al vincitore un premio in base al quale potrà influenzare il risultato delle elezioni” (S. CASSESE, Maggioranza e minoranza. Il problema della democrazia in Italia, Milano, 1995, p.77).

Successivamente, qualche decennio dopo la stesura di The Study of Administration, la sorte costrinse l’esimio studioso Wilson a misurarsi praticamente con questioni

che qui aveva affrontato a livello teorico. Come presidente degli Stati Uniti, Wilson diede un notevole contributo allo sviluppo del moderno stato amministrativo americano, uno sviluppo che negli anni del New Deal mutò le basi stesse del regime politico del paese. Tutto ciò è ben messo in evidenza da Pasini (Etica e pubblica amministrazione: analisi critica di alcune esperienze straniere, Franco angeli Editore, 1996). Lo stesso autore constata come, da quel party politician che era diventato, fosse pronto a ignorare le sue stesse prescrizioni sulle regole della buona amministrazione. Fu assai restìo a ridurre le aree di pubblico impiego federale che erano ancora aperte alle pratiche dello spoils system, e acconsentì a che le principali innovazioni istituzionali del suo primo mandato (l'Internal Revenue Service, la Federal Trade Commission, la Agricultural Credits Administration, la Tariff Commission) fossero sottratte all'applicazione del sistema di merito. Ma Wilson fece qualcosa di più; operò un vero salto di qualità nell'uso a fini di partito dello stato, non più considerato (solo) come una "spoglia" alla mercé del vincitore. Sotto la sua presidenza, lo sviluppo amministrativo nazionale divenne una estensione dello sviluppo del partito, uno strumento per accogliere un certo numero di diverse constituencies all'interno di una nuova coalizione nazionale Democratica (Pasini cit. pag. 100 e ss.) Fra il 1913 e il 1920 i Democratici utilizzarono le nuove agenzie di controllo e regolamentazione dell'economia e del lavoro per stabilire rapporti politici con il mondo degli affari, i sindacati, importanti settori di

classe media e di classe operaia. Sulla loro espansione cercarono di fondare, con un certo successo, un'organizzazione e una strategia che aveva come premio il consenso elettorale dei beneficiari delle pratiche amministrative e di una burocrazia pubblica ormai numericamente rilevante.

L'espansione delle capacità amministrative pubbliche fu propiziata dall'emergenza bellica, dalla guerra condotta dagli Stati Uniti proprio contro quello stato tedesco che aveva costituito il simbolo e il modello sia della buona amministrazione che del suo lato oscuro, autoritario e un-American. Un apparato statuale centralizzato e bene organizzato apparve al Presidente Wilson come un requisito necessario per guidare la crociata "per rendere il mondo un luogo sicuro per la democrazia" e per lanciare, in nome del nazionalismo americano, la sfida globale al vecchio ordine europeo. Tuttavia, Woodrox Wilson “ha fatto un grave errore quando disse che gli americani potevano importare il sistema amministrativo della Prussia senza dover sopportare le vicende storiche prussiane. I sistemi amministrativi non possono essere separati dalle storie nazionali e gli standards etici amministrativi si radicano necessariamente in questi specifici sistemi amministrativi. Una nazione non può semplicemente imitare un’altra nazione in questi argomenti” (Pasini Pasini (Etica e pubblica amministrazione: analisi critica di alcune esperienze straniere, Franco Angeli Editore, 1996, pag. 114.).

Nonostante nel decennio 1930-1940 furono create

anche le grandi agenzie federali che si servivano di tecnici esterni alla politica ai quali erano affidate attività di intervento e regolazione, (M. D'ALBERTI, Per una dirigenza pubblica rinnovata, in M. D'Alberti (a cura di), La dirigenza pubblica, Bologna, 1990, p.90) con Nixon ritorna in auge il controllo fiduciario degli apparati amministrativi ad opera del vertice politico. Bisogna attendere il 1978 e le lagnanze del Presidente Carter sullo scarso livello di rendimento del sistema per vedere l'approvazione della riforma, il c.d. Civil Service Reform Act: furono create strutture tecniche volte al rafforzamento dell'organizzazione amministrativa e gli alti dirigenti vennero collocati in un sistema salariale su base meritocratica; i funzionari "infedeli" vennero destinati a incarichi marginali, lasciando libere così le "poltrone" più ambite ai burocrati con idee maggiormente in linea con l'orientamento dell'esecutivo (D.H. ROSEMBLOOM, Le riforme amministrative USA, 1993-1999, in La riforma della pubblica amministrazione in Italia e negli USA: esperienze a confronto, Collana Conferenze/seminari SPISA, Bologna, 2000, p. 7 ss.)

Nello specifico, venne introdotto l'Office of Personel Managment (OPM) e il Merit System Protection Board. L'OPM il cui direttore era nominato dal presidente con il consenso del Senato, diventò responsabile della gestione e dell'implementazione della normativa sul pubblico impiego, della selezione, formazione e reclutamento dei funzionari (E. Gualmini, L'amministrazione nelle democrazie contemporanee, Roma, Laterza, 2008, pag.

82). Il Merit System Protection Board disciplinava i conflitti tra impiegati e amministrazione pubblica, in più, monitorava il sistema meritocratico. Tuttavia, si accentuarono meccanismi interni di fiduciarietà, in base ai quali i funzionari "non allineati" erano destinati ad incarichi di second'ordine.

Gli anni Ottanta si caratterizzano per i governi repubblicani disinteressati ad una riforma dell'amministrazione e nello stesso tempo interessati unicamente ad applicare dei tagli alle strutture pubbliche. Infatti La Presidenza Regan si concentrò sul miglioramento dell'efficienza interna alla pubblica amministrazione, introducendo pratiche imprenditoriali e manageriali, così come il suo successore George Bush che non riterrà necessaria una globale riforma, ma solo tagli alle strutture pubbliche

Successivamente, il Presidente Bill Clinton nel 1993 avvia una riforma denominata Reiventing Government (affidata al Vicepresidente Al Gore) che si basa prevalentemente sulle teorie del fortunato libro curato da David Osborne e Ted Gaebler (Dirigere e Governare, Milano, Garzanti, 1995) i cui punti essenziali sono l'efficienza amministrativa e il taglio della spesa pubblica. L'accesso alle posizioni di dirigenza pubblica avviene tramite colloqui e la presentazione del proprio curriculum vitae; inoltre le nomine politiche sono sottoposte al vaglio del Senato. Osborne e Gaebler individuano ben 10 principi vincenti per ripensare la struttura del Governo. Tra questi meritano menzione i seguenti:

a) Responsabilizzare i cittadini ai quali la burocrazia fornisce i propri servizi.

b) Favorire forme di competitività non solo rispetto al settore privato, ma anche

all'interno delle organizzazioni pubbliche.

c) L'azione amministrazione deve soddisfare il cittadino-cliente.

La dirigenza pubblica americana ha sempre oscillato fra due estremi: da un lato il tentativo di professionalizzare il corpo della dirigenza, evidenziandone le competenze e garantendone la stabilità, dall'altro la tendenza ad ampliare i margini per l'esercizio del potere di nomina del presidente, con l'intento di accrescere il grado di fedeltà dei vertici dell'amministrazione in modo da controllarne l'operato.

Oggi il sistema americano appare misto: prevede una fascia limitata di figure dirigenziali collegate al vertice politico mediante un vincolo fiduciario che si affianca ad un numero di maggior peso di funzionari professionali, assunti mediante concorso e inseriti stabilmente nell'amministrazione pubblica. Per accedere alle posizioni direttive sono necessarie nomine politiche sottoposte preventivamente al vaglio del Senato e le garanzie dello scrutinio segreto sono riservate solo alle posizioni apicali (E. GUALMINI, L'amministrazione. I sistemi burocratici delle democrazie contemporanee. Roma 2003).

La prassi ora descritta funziona oggi regolarmente negli Stati Uniti poiché l'insediamento del nuovo

Presidente alla Casa Bianca comporta l'automatica estromissione dei collaboratori del Presidente uscente ed il subingresso del nuovo staff.

3.6 Weber e il Npm: brevi considerazioni conclusive sui "modelli" amministrativi delle democrazie occidentali

Per quanto concerne la riflessione weberiana sul tema della burocrazia, occorre sottolineare come la questione sia affrontata dall'autore all'interno di più testi. A tal proposito si veda l'opera: Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland. Zur politischen Kritik des Beamtentums und Parteiwesens, Duncker & Humboldt, München- Leipzig, 1918; Parlamento e governo. Per la critica politica della burocrazia e del sistema dei partiti, a cura di F. Fusillo, Editori Laterza, Roma-Bari, 1993; nella quale il sociologo tedesco, partendo dall'analisi della situazione concreta della Germania di inizio XX secolo, propone una serie di riflessioni di carattere generale sul difficile rapporto tra democrazia di massa, potere politico e burocrazia. Una posizione analoga è presente anche nella conferenza dal titolo Politik als Beruf tenuta nel 1918 presso l'Università di Monaco di cui si prende in considerazione l'edizione: La politica come professione, Arnoldo Mondadori Editore, Milano, 2006. In quest'opera la dottrina della separazione tra sistema politico e

Amministrazione, intesa come mera esecutrice di quanto deciso dai rappresentanti governativi, è ormai matura. Weber, nell' opera "Economia e Società" considera l'amministrazione come il nucleo principale dello stato occidentale moderno nonché parte integrante della vita quotidiana. Essa è fondata sul principio di conformità agli atti che rappresenta il modo formalmente più razionale di esercitare il potere (M.Weber, Economia e Società, Torino, Edizioni di Comunità, 1999, pag. 484). In uno Stato moderno, il potere si manifesta nella condotta quotidiana dell'amministrazione che fisiologicamente è nelle mani dei funzionari.

L'idealtipo di apparato amministrativo è composto da:

a) la competenza, determinata da regole oggettive; b) una stabile gerarchia razionale;

c) l'assunzione mediante contratto ed il disciplinato avanzamento di carriera;

d) la preparazione specializzata; e) stipendio stabile pagato in denaro

Weber mette in risalto da una parte la necessarietà dell'amministrazione per le sue caratteristiche di impianto razionale e universalistico; dall'altra parte, evidenzia come l'amministrazione può essere una "gabbia d'acciaio" che può soffocare gli spiriti liberi di indicare nuove rotte rispetto a situazioni civili di stagnazione e crisi R. Segatori, Politici e burocrati nell'amministrazione italiana in F. Merloni (a cura di), L'amministrazione sta cambiando, Milano, Giuffrè Editore, 2007, pag. 37.

Considerando quest'ultima caratteristica, Weber sostiene in maniera lucida il rischio che l'amministrazione possa diventare, di volta in volta, serva oppure padrona del potere politico. Questi rischi porterebbero nel primo caso al venir meno del principio delle garanzie universalistiche verso i cittadini, mentre nel secondo, la spinta riformatrice della politica potrebbe essere soffocata.

Sotto il profilo sociologico, nel modello weberiano "puro", l'amministrazione è composta da un corpo di funzionari scelti con criteri professionali, atti a garantire la massima competenza nel compimento di tutte le attività di supporto (raccolta di informazioni, istruttoria, parere) alla decisione finale (a un tempo politica e amministrativa) e di tutte le attività di sua esecuzione. I funzionari non hanno una opinione politica, o meglio, questa non ha rilevanza; la loro posizione è neutrale rispetto alle scelte compiute dall'organo politico; essi operano, per lunghi periodi, svolgendo compiti, di natura tecnico-professionale, che non comportano un'adesione all'indirizzo politico. Gli organi politici, dal canto loro, durano in carica per brevi periodi e sono sottoposti al controllo e al potere democratico di conferma nelle loro cariche. I governi passano, l'amministrazione resta. La legittimazione dei due corpi è diversa, così come diversa è la condizione personale e di status.

Sul piano giuridico il modello si traduce, come è noto, nel rapporto di gerarchia, secondo il quale vi è un organo, che ha il potere di esprimere la volontà dell'amministrazione, collocato in una posizione di

sovraordinazione rispetto agli uffici che da esso dipendono. La rilevanza giuridica dell'organizzazione si ferma alla definizione della competenza dell'organo che ha il potere di adottare gli atti (di imputare le attività all'amministrazione). Vi è un rapporto di gerarchia anche nei casi in cui siano identificati organi diversi da quello politico, cioè organi amministrativi, cui le scelte organizzative (legislative o amministrative) di distribuzione delle competenze riconoscano il potere di adottare atti. In questi casi l'organo sovraordinato (solitamente l'organo politico) può, attraverso poteri di ordine o direttive puntuali, condizionare atti.

L'analisi delle riforme che negli ultimi venti anni hanno interessato le principali democrazie occidentali mette in luce le trasformazioni subite dall'idealtipo weberiano: la stabilità del posto di lavoro non è più una prerogativa necessaria; al tempo indeterminato si sono affiancate altre formule flessibili di impiego; la specialità del rapporto di lavoro pubblico è stata messa in discussione; ai principi tradizionali della neutralità, giustizia, equità, rappresentatività, responsabilità e integrità si sono aggiunti nuovi parametri quali la competenza professionale e manageriale, il lavoro di squadra, la qualità e la capacità di innovare. Tali riforme possono essere ricondotte al New Public Managment (NPM). Per un'analisi completa del NPM si studi Aquino S. / Economia Aziendale Online Vol. 3, 3-4 (2012) 325 e ss. La nascita e l'affermazione del NPM può essere considerata come la risposta ad alcuni mutamenti

avvenuti negli anni ottanta nelle principali democrazie occidentali: privatizzazione del settore pubblico, rallentamento della crescita del settore pubblico, tecnologia dell'informazione utilizzata come erogatore di servizi pubblici. Il NPM promuove l'inserimento di principi di competizione di concorrenza nei confronti del settore privato e quindi l'utilizzo nel pubblico di tecniche aziendali. Il dirigente pubblico si è pertanto trasformato in un manager dell'organizzazione, ha iniziato ad occuparsi del controllo di gestione, valutazione della performance. Le pubbliche amministrazioni istituite inizialmente per servire lo Stato oggi operano in una situazione di network con altri soggetti pubblici e privati. L'affermarsi del modello NPM subentra al modello weberiano di burocrazia legale-razionale, considerata come forma più efficiente di organizzazione dello Stato.

Le riforme suddette hanno stravolto la maggior parte delle caratteristiche dell'idealtipo di Weber:

a) abbandono del modello gerarchico di organizzazione delle carriere,

b) il salario è sempre più legato alla produttività

c) nuove forme di lavoro a tempo determinato

Nell'analisi dei principali modelli amministrativi occidentali esaminati, va rimarcata l'assoluta peculiarità del modello statunitense, che presenta, come evidenziate, caratteristiche certamente diverse rispetto alle burocrazie europee. A differenza di queste ultime, infatti, il rapporto politica/amministrazione si è svolto secondo logiche di adesione anziché di contrapposizione rispetto al settore

privato, considerato quest'ultimo un modello da imitare per garantire efficienza gestionale ed investimenti mirati e funzionali al risultato. Un'altra differenza assai rilevante riguarda il dato giuridico, ossia l'intervento del legislatore sulle discipline di settore. Negli Stati Uniti a differenza di molti casi stranieri, si è preferito non intervenire in modo da sconvolgere i precedenti assetti, ma adeguare progressivamente questi ultimi alla nuova filosofia manageriale. Tali circostanze, insieme all'elevata competenza specialistica del personale, all'intensa mobilità dei quadri direttivi tra settore pubblico e privato, nonché all'assenza di uno specifico ethos burocratico, hanno permesso al sistema dirigenziale statunitense di avvicinarsi decisamente alle regole di funzionamento del management privato e di garantire un rapporto tra politica ed amministrazione tendenzialmente scevro da logiche politiche e fondato, viceversa, su quelle di risultato.

Non può tralasciarsi tuttavia, l'avvicinamento al modello aziendalista sin qui descritto da parte del Regno Unito, dove il processo di policy change è stato assai intenso e radicale durante i governi conservatori. Dal punto di vista strutturale, le agenzie Next Steps hanno reso possibile il trasferimento di attribuzioni e di responsabilità ai direttori delle agenzie consentendo a questi ultimi di rivestire un ruolo di veri e propri manager pubblici in grado di contrattare in prima persona gli obiettivi e le risorse con i ministri di riferimento. Con riguardo all'organizzazione del personale, le riforme hanno incentivato lo sviluppo della flessibilità nelle assunzioni,

la mobilità tra pubbliche amministrazioni ed aziende private e l'ingresso di un maggior numero di specialisti nel settore pubblico. Tali circostanze, insieme all'elaborazione dei libri bianchi sulla qualità e la concorrenza, delle carte dei servizi e dei codici di stile per i funzionari, hanno assicurato alla burocrazia britannica un processo di ammodernamento in stile manageriale della gestione pubblica votato ai valori dell'aziendalismo e della competizione, ancor più che negli Stati Uniti.

Come si è visto, lo stesso processo di "professionalizzazione" della dirigenza pubblica ha attecchito anche all'interno delle democrazie dell'Europa continentale, anche se in modo parziale vista l'incompletezza degli interventi di riforma ed il mantenimento di formule tradizionalmente burocratiche e verticistiche nell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche. In Germania, la disciplina generale sulla dirigenza amministrativa è rimasta sostanzialmente immutata, stante la sua complessità ed il suo consolidamento, soprattutto in relazione allo statuto del funzionario pubblico ed al sistema della responsabilità.

Anche in Francia si segnalano poche novità di rilievo in merito alla disciplina sull'accesso, sulla formazione e sullo status dei titolari della "haute fonction publique". La modernizzazione ha invece maggiormente agito sul versante del funzionamento interno, potenziando quella cultura organizzativa di tipo manageriale e quell'elevato interscambio tra settore pubblico e settore privato in un'amministrazione che già presentava importanti

elementi di contiguità rispetto alle imprese private, quali la prevalenza di tecnici e di personale altamente specialistico provenienti dai Politecnici e dall'Ena.

In Spagna, invece, per lungo tempo è stato il profondo radicamento della "confianza" tra vertici politici ed alti funzionari a frenare il percorso di riforma. Nell'ultimo decennio hanno trovato ingresso, come visto, alcuni tra i principi fondamentali del new public management, ossia la competenza e la capacità dei funzionari nonché l'efficienza dell'azione amministrativa ed il controllo dei risultati.

Concludendo questa prima fase della ricerca, si può affermare che all'interno dei paesi presi in esame è in atto una tendenza ad ampliare l'autonomia gestionale dei dirigenti verso una riqualificazione manageriale della burocrazia pubblica. In quest'ottica, il binomio autonomia-responsabilità si è in parte realizzato attraverso l'introduzione di principi e pratiche volti a favorire una più evoluta competenza gestionale dei dirigenti ed un forte incentivo alla performance, in modo da rendere il servitore pubblico all'altezza del management privato. Il new public management è rimasto, tuttavia, per molti aspetti, soprattutto nelle esperienze dell'Europa continentale, ancora a livello di principio, non riuscendo a configurarsi quale nuovo paradigma organizzativo e funzionale di gestione della cosa pubblica, al posto dei modelli tradizionali.

Le ragioni vanno ricercate, soprattutto, nell'inadeguatezza dei soli strumenti di valutazione della

performance e dei connessi meccanismi retributivi a realizzare un sistema effettivamente meritocratico. In assenza di opportuni e coerenti investimenti in termini di formazione, del pieno affrancamento del manager pubblico da logiche di affinità politica, e di un "salto culturale" verso una gestione della cosa pubblica basata unicamente su reponsabilità e risultati, sarà difficile implementare il modello manageriale pubblico e soprattutto, sarà impresa assai ardua ancorarlo soltanto all'interesse pubblico.