

Relazioni collettive e dirigenza pubblica: prove di legislazione al test della Consulta (ed ancora alla ricerca di un assetto ragionevole)*

Valerio Talamo

1. Lo spazio delle relazioni sindacali nel decreto legislativo di riforma della dirigenza pubblica.	2
2. Il decreto legislativo al test di costituzionalità (<i>Corte costituzionale 9-25 novembre 2016, n. 251</i>).	3
2.1. Le questioni aperte dalla declaratoria di illegittimità costituzionale.	5
2.2. Le sorti del decreto legislativo sulla dirigenza.	7
3. Le relazioni sindacali per la dirigenza pubblica.	8
4. Il dirigente destinatario di discipline collettive.	9
5. Il dirigente datore di lavoro. La stagione dell'unilateralità e la "blindatura" dei poteri dirigenziali.	11
6. (<i>segue</i>) Un padrone (<i>poco</i>) serio.	13
7. Politica ed amministrazione, autonomia e responsabilità: <i>en attendant Godot</i>	17

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 330/2017

1. Lo spazio delle relazioni sindacali nel decreto legislativo di riforma della dirigenza pubblica.

In principio c'era la riforma Madia sulla dirigenza pubblica. Una norma di delega, estesa e dettagliata fino a rasentare l'auto applicazione ⁽¹⁾ ed un decreto legislativo ormai giunto alla fine del suo *iter*, avendo raccolto tutti i pareri richiesti dalla norma di delegazione, la deliberazione preliminare e la ratifica conclusiva del Consiglio dei Ministri. Un nuovo decreto pronto a fomentare nuovo dibattito, tanto appassionato quanto faticoso, anche per la particolare propensione della materia incisa, che intercetta la stessa essenza dello Stato democratico ed il ruolo dei corpi intermedi nel funzionamento dell'apparato pubblico ⁽²⁾.

Il contributo alla riflessione su testo normativo era in origine limitato alla rilettura degli spazi delle relazioni sindacali prefigurate dai nuovi assetti, una rilettura che, in realtà, copriva uno spazio molto limitato. Il decreto legislativo licenziato dal Governo, infatti, non offre grande spazio alle riflessioni in tema di relazioni sindacali perché non le prevede e quindi ne omette ogni disciplina. Tale circostanza avrebbe potuto essere indicativa della volontà di prolungare ulteriormente la stagione dell'"unilateralità" inaugurata ufficialmente dalla "riforma Brunetta" degli anni 2008-2009 (*infra* 5) ⁽³⁾. Il presunto sacrificio della libertà negoziale, tuttavia, sarebbe potuto apparire in una certa misura imposto dalla materia trattata e non necessariamente essere ricondotto ad una scelta "ideologica". È la materia agita, in questo caso, che si presenta, per la maggior parte degli istituti incisi dal legislatore delegato, poco incline alla determinazione pattizia: si pensi, ad esempio, alla costituzione dei ruoli dirigenziali, alle procedure d'accesso, alla trasformazione della Scuola Nazionale dell'Amministrazione in agenzia nonché, come si avrà modo di chiarire successivamente, alla stessa disciplina del conferimento degli incarichi dirigenziali.

Sulla materia retributiva, invece, nello schema di decreto legislativo è ravvisabile un intervento davvero poco attento alle esigenze dell'autonomia collettiva.

Una prima ingerenza si verifica attraverso la "doppia" determinazione, fissata in via unilaterale, relativa al rapporto fra *trattamento accessorio e retribuzione complessiva* ed al *rapporto fra trattamento collegato ai risultati della prestazione e retribuzione complessiva* ⁽⁴⁾. Si tratta(va) di un evidente esproprio di una competenza elettiva della contrattazione collettiva, minata nel suo ruolo di autorità salariale ad onta della riserva normativa contenuta negli articoli 45, comma 1 e

¹ L'art. 11 della legge 7 agosto 2015, n. 124.

² Ancora prima della sua emanazione, per esempio, si possono leggere in senso fortemente critico l'intervista a BOSCATI, *I dubbi dei giuristi: "Aumenta il legame fiduciario coi partiti"* sul Fatto Quotidiano del 7 aprile 2015, ed in senso specularmente contrario S. BATTINI, *Al servizio della Nazione? Verso un nuovo modello di disciplina della dirigenza e del personale pubblico*, Relazione tenuta al 62° Convegno di Studi Amministrativi di Varenna.

³ L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma nel lavoro pubblico*, Napoli, Esi, 2009, in cui, dell'Autore, *La riforma del lavoro pubblico dalla "deregulation" alla "meritocrazia": quale continuità?*

⁴ Cfr. l'art. 8 dello schema di decreto approvato in sede preliminare dal Consiglio dei Ministri il 25 agosto 2016, diretto a sostituire l'art. 24 del d.lgs. n. 165 del 2001, il cui nuovo comma 2 stabiliva che: "*Il trattamento economico accessorio complessivo deve costituire almeno il 50 per cento della retribuzione complessiva del dirigente, considerata al netto della retribuzione individuale di anzianità e degli incarichi aggiuntivi soggetti al regime dell'onnicomprendività*" e che "*la parte di tale trattamento collegata ai risultati deve costituire almeno il 30 per cento della predetta retribuzione complessiva*". Differenziali percentuali più ampi erano previsti per i dirigenti di livello generale. I CCNL venivano di converso inibiti dal finanziamento della retribuzione fondamentale e di posizione fino al raggiungimento di queste percentuali. Per cui la contrattazione collettiva veniva nei fatti esclusa da ogni possibilità di intervento sulla gestione delle poste retributive per gli anni a venire, con una soluzione finanche a rischio di censura costituzionale alla luce di quanto chiarito dalla sentenza n. 178 del 2015 (su cui *infra*).

2, comma 3, del d.lgs. n. 165 del 2001. Il decreto oblitera(va), rimettendola alla legge, la vocazione specifica della contrattazione collettiva in tema di determinazione dei trattamenti retributivi, che attrae ovviamente anche le scelte relative alla concreta articolazione delle varie voci in cui si sostanzia il trattamento accessorio. Anche questa è una competenza fisiologica e ribadita da ultimo dalla stessa Consulta nella sentenza n. 178 del 2015, con cui è stata formalmente riavviata la contrattazione collettiva pubblica dopo le norme che la avevano reiteratamente sospesa per un tempo che al Giudice è apparso indefinito ed in grado di colpire la stessa libertà di organizzazione sindacale nonché la “fitta trama di valori costituzionali” che il contratto collettivo inverte (5).

Un ulteriore intervento invasivo dello spazio negoziale appare anche quello con cui si vincolavano i CCNL a stabilire una percentuale determinata del trattamento accessorio da riservare ai premi individuali (6).

Si tratta tuttavia di soluzioni normative che apparivano più il frutto di poca attenzione verso il tema, che l'effetto di consapevoli scelte liberticide delle facoltà dell'autonomia negoziale: scelte del resto (a quanto consta) almeno in parte corrette in sede di redazione del testo finale deliberato il 24 novembre 2016 (7).

2. Il decreto legislativo al test di costituzionalità (Corte costituzionale 9-25 novembre 2016, n. 251).

Sta di fatto che la problematica risulta almeno al momento superata in seguito alla sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2016 (8) ed agli esiti del referendum confermativo del 4 dicembre sulla riforma della Costituzione. Due eventi che nel loro intrecciarsi reciproco segnano - tranne situazioni al momento non preventivabili - il naufragio del provvedimento normativo.

Come è ormai noto a tutti, la sentenza n. 251 del 2016 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di varie disposizioni di delega della legge n. 124 del 2015 (fra cui quelle contenute nell'art. 11 in materia di dirigenza pubblica) per la violazione del principio di leale collaborazione nella parte in cui in cui viene previsto che i decreti legislativi siano adottati previa acquisizione del parere reso in sede di Conferenza unificata, anziché previa l'intesa acquisita in sede di Conferenza Stato-Regioni (9).

⁵ Corte cost., sentenza 24 giugno-23 luglio 2015, n. 178 (PRES. Crisculo – RED. Sciarra). Circa il ruolo del CCNL “imprescindibile fonte” che “coinvolge una complessa trama di valori costituzionali” v. il punto 17, in diritto della sentenza citata.

⁶ Cfr. il “nuovo” comma 10 dell'art. 24 del d.lgs. n. 165 del 2001, scaturente dalla modifica dell'art. 8 del decreto legislativo, con cui si prevedeva che i contratti collettivi destinassero “una percentuale non inferiore al due per cento delle risorse complessivamente destinate al trattamento economico”, a premi “che ciascun dirigente può attribuire annualmente a non più di un decimo dei dipendenti in servizio nella propria struttura, e che ciascun dirigente di ufficio dirigenziale generale può attribuire annualmente a non più di un decimo dei dirigenti della propria struttura, in relazione ai rendimenti”.

⁷ Testo mai reso pubblico, per cui l'analisi qui compiuta si riferisce a quello approvato in sede preliminare il 25 agosto 2016 e su cui sono stati resi di pareri previsti dalla legge delega.

⁸ Corte costituzionale 9-25 novembre 2016, n. 251 (PRES. Grossi, RED. Sciarra).

⁹ Per quanto qui interessa, viene dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 11, comma 1, lett. a), b), n. 2), c), nn. 1) e 2), e), f), g), h), i), l), m), n), o), p) e q), e comma 2, della legge n. 124 del 2015. Le altre censure investono disposizioni di delega contenute nella medesima legge in materia di pubblico impiego, società partecipate e servizi pubblici locali.

Va fatta una premessa. Il legislatore delegato non poteva essere ignaro della possibilità che almeno parte delle norme delegate potesse non superare il vaglio della Consulta, se non altro perché su alcuni specifici istituti direttamente il Consiglio di Stato aveva avvertito dei rischi di collisione costituzionale ⁽¹⁰⁾. Si pensi al riguardo alla disciplina *iper*-centralizzata della programmazione dei fabbisogni, alla costituzione ed alla gestione dei ruoli dirigenziali e della disciplina sui concorsi, che si spingeva fino a prevedere che fosse il Dipartimento della funzione pubblica, per tutti, ad autorizzare i concorsi, finanche “assicurando la giusta proporzione tra dirigenti e personale non dirigenziale” garantendo ove necessaria la graduale riduzione del numero dei dirigenti ⁽¹¹⁾. Si tratta di materie che rientrano abbastanza pacificamente e per giurisprudenza consolidata nell’ambito dell’ordinamento e dell’organizzazione amministrativa regionale e quindi riconducibili alla competenza residuale del quarto comma dell’art. 117 Cost. E forse anche proprio in previsione di una *possibile* successiva censura costituzionale, le disposizioni più dubbie erano state appositamente isolate per permetterne un’eventuale “abrogazione chirurgica”, salvaguardando il resto del provvedimento. Era quindi proprio la ripartizione delle risorse di legislazione fra Stato e Regioni in materia di lavoro pubblico, come declinata dalla Consulta in un’elaborazione ultra quindicennale, che poteva lasciar presagire i rischi di un futuro giudizio di costituzionalità che, del resto, era stato a sua volta quasi annunciato dal parere espresso dalle Regioni ⁽¹²⁾.

Un legittimo retropensiero, inoltre, poteva far supporre che si contasse anche su di una sorta di costituzionalità “sopravvenuta” delle disposizioni dubbie del decreto legislativo. Queste potevano essere “sanate” dalla ratifica del testo di riforma della Costituzione che, nel nuovo art. 117, aveva

¹⁰ Con il proprio parere n. 1648/2016, del 14 ottobre 2016, il Consiglio di Stato, richiamando ampia giurisprudenza costituzionale, aveva sottolineato sui punti centrali del decreto (per esempio con riferimento alla costituzione dei ruoli dirigenziali regionali e locali o alla composizione delle Commissioni per la dirigenza regionale e locale ovvero alla disciplina dei dirigenti privi di incarico) proprio la necessità del ricorso ad un’intesa “forte” con il sistema delle Conferenze Stato-Regioni o in sede di Conferenza unificata (e quindi ad una forma di concerto ancora più importante rispetto a quella ritenuta imprescindibile dalla Corte), in quanto capace di assicurare la “partecipazione dei livelli di governo coinvolti attraverso strumenti di leale collaborazione” e pervenire ad una decisione finale condivisa. In particolare per il Consiglio di Stato “la legislazione statale può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di una disciplina che prefiguri un iter in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale (ovverossia) le intese “forti”, non superabili con una determinazione unilaterale dello Stato se non nella «ipotesi estrema, che si verifica allorché l’esperienza di ulteriori procedure bilaterali si sia rivelato inefficace» (Corte cost. nn. 7 del 2016; 179 del 2012; 165 del 2011; 121 del 2010; 6 del 2004)”.

¹¹ Peraltro nella sentenza in commento la Corte costituzionale si è spinta oltre, riportando alla competenza regionale non solo i requisiti di accesso e la disciplina dei ruoli, ma altresì le modalità di conferimento, la durata e la revoca degli incarichi dirigenziali che la Corte di cassazione fin dal 2004 (cfr. la sentenza n.5659) ha ascritto al diritto privato (e quindi implicitamente all’ordinamento civile, di competenza esclusiva dello Stato), ma che la Corte costituzionale aveva già ritenuto oggetto di competenza residuale con la sentenza n. 105 del 2013.

¹² In particolare la conferenza delle Regioni, con il parere del 3 novembre 2016 sul testo deliberato il 25 agosto dal Consiglio dei Ministri, aveva espresso forti perplessità con riferimento alla “omogeneità delle procedure e dei trattamenti, spesso a discapito della funzionalità e talora sfociante in un neo-centralismo burocratico in contrasto con i principi di autonomia organizzativa delle amministrazioni regionali e locali espressi dal quadro costituzionale” e sui “criteri di composizione e organizzazione dei diversi organismi previsti dalla riforma (Commissioni per la dirigenza pubblica, SNA, ...) di impronta fortemente statalista, che tenderanno inevitabilmente a ricondurre la nuova figura del dirigente della Repubblica verso il dirigente statale”, paventando in più punti la possibilità di eccesso di delega (per esempio con riferimento ai ruoli, ovvero in materia di accesso alla dirigenza e di autorizzazione alle procedure concorsuali) e di violazione degli artt. 114 e 117 Cost. (per esempio in materia di programmazione del fabbisogno, di autorizzazione delle assunzioni, di composizione delle Commissioni indipendenti per la dirigenza regionale o di collocamento a disposizione del dirigente privo di incarico).

ascritto a competenza esclusiva dello Stato la “disciplina giuridica in materia di lavoro alle dipendenze di amministrazioni pubbliche” ed intestato allo Stato poteri di supremazia da esercitare per la tutela dell’unità giuridica della Repubblica e dell’interesse nazionale ⁽¹³⁾.

È in questa fase che, con un tempismo apparso ad alcuni sospetto ⁽¹⁴⁾, si cala la sentenza con cui la Corte costituzionale, risalendo a monte della stessa fonte di legittimazione del potere delegato, ha *nei fatti* “anticipato” il proprio giudizio di costituzionalità sul decreto legislativo, ancora prima che lo stesso fosse promulgato (ma a ridosso della scadenza del termine di esercizio della delega).

La Corte non muove rilievi di ordine sostanziale sulle opzioni avallate dal decreto legislativo (che rimane estraneo alla cognizione), ma di carattere procedurale e solo nei confronti della legge delega oggetto di impugnazione principale.

Come avvertito, la Consulta ha ritenuto insufficiente il coinvolgimento delle istanze regionali attraverso la forma del “parere” nelle materie contemplate dalla delega, in cui sono coinvolte, in un “*groviglio inestricabile*”, competenze esclusive dello Stato e competenze residuali delle Regioni senza che le prime prevalgano sulle seconde. Pur potendo sussistere esigenze unitarie di disciplina e di uniformità di trattamento tali da giustificare la sussidiarietà legislativa dello Stato, per la Corte costituzionale il principio di leale collaborazione richiede in questi casi la realizzazione di modalità di raccordo e di coordinamento orizzontale molto più intense rispetto al mero parere, modalità che vengono ravvisate nell’intesa da raggiungersi in sede di conferenza Stato-Regioni.

La sentenza appare di tipo manipolativo, in quanto impone una sostituzione di procedura (la legge delega viene integrata da un obbligo procedurale che impone il raggiungimento dell’intesa in luogo del parere), ma che, nei confronti del decreto sulla dirigenza pubblica, per tempi e modi, è divenuta una sentenza di fatto “abrogativa e senza rinvio” non esistendo più i tempi per agire in correzione attraverso la procedura concertativa imposta dalla Consulta.

Anticipando le conclusioni che si svolgeranno di seguito, si può chiarire infatti che la pronuncia del Giudice delle leggi pur investendo in via diretta la norma di delega e non il decreto delegato, per l’inevitabile connessione funzionale sussistente fra il secondo e la prima, ha richiesto il ritiro del provvedimento governativo che, a sua volta, per lo spirare dell’orizzonte temporale di esercizio della delega non è stato più riproposto.

2.1. Le questioni aperte dalla declaratoria di illegittimità costituzionale.

Non si possono in questa sede affrontare se non in modo sommario le diverse questioni poste da questa pronuncia.

In essa la Corte sembra voler tirare le fila della sua stessa giurisprudenza sul tema, una giurisprudenza non univoca e frammentaria, e per alcuni aspetti dichiaratamente “evolutiva”. Per la prima volta, infatti, la Consulta si spinge ad affermare che nei casi di riforma di istituti che incidono su

¹³ La competenza dello Stato anche a seguito dell’approvazione del nuovo testo dell’art. 117 sarebbe stata, in ogni caso, tutta da valutare, in quanto al cuore della sentenza vi è il richiamo al principio di leale collaborazione che sussiste in tutti quei casi in cui l’esercizio del potere legislativo si estende alla regolazione di aspetti organizzativi interni delle stesse Regioni.

¹⁴ Per esempio MARSHALL, *La Corte costituzionale senza accorgersene modifica la forma di Stato?* in *GDA*, soprattutto 709-710.

competenze miste ed inestricabilmente connesse il principio di leale collaborazione si impone anche al legislatore ordinario ⁽¹⁵⁾.

La Consulta accoglie un'idea forte del principio di leale collaborazione, che impone forme di co-decisione per bilanciare l'attrazione in sussidiarietà, la cui figura si dilata enormemente in quanto si estende all'esercizio del potere legislativo primario.

In modo non del tutto esauriente, inoltre, la Corte tira le fila di un dibattito pluriennale circa l'autonomia impugnabilità di una norma di una legge delega, ad oggi tutt'altro che pacifica.

Rispetto a questa tematica la giurisprudenza costituzionale è apparsa in costante evoluzione ma non esente da incertezze ed affatto perspicua.

Una norma di delega, di per se, costituisce fonte solo potenziale della lesione delle competenze regionali ed è in grado di incidere sulle stesse solo quando la funzione legislativa delegata viene concretamente esercitata. Sulla base di tale assioma, in una prima fase ormai risalente la Consulta aveva considerato senz'altro "prematura" l'impugnazione di disposizioni non capaci di dispiegare portata precettiva nei confronti delle competenze e prerogative regionali e ne aveva negata l'ammissibilità ⁽¹⁶⁾. Tale orientamento è stato tuttavia oggetto di parziale revisione in diverse sentenze in cui la legge delega è stata considerata fonte atto primaria ed in quanto tale sindacabile in sede costituzionale ⁽¹⁷⁾. In questi casi la questione è stata spostata sull'effettivo interesse regionale al ricorso in via principale, che per la Corte non potrà mai dirsi escluso se la norma detti principi e criteri direttivi puntuali in grado di prefigurare l'esercizio di un potere delegato non conforme a Costituzione ⁽¹⁸⁾. Secondo la Consulta è questo il caso *de quo*. In particolare "l'attitudine lesiva" delle disposizioni di delega, atteso il carattere puntuale delle stesse, appare senz'altro invasiva della sfera di competenza legislativa regionale concorrente e residuale. La Corte non dubita quindi dell'interesse a ricorrere e della legittimità del controllo di costituzionalità, che è in grado di restaurare l'integrità delle competenze regionali la cui sfera di competenza residuale in materia di ordinamento ed organizzazione amministrativa regionale risulta invasa (punto 2.1. in diritto).

Questa conclusione non pare tuttavia sciogliere il nodo prefigurato a monte e collegato all'interesse regionale all'impugnazione della norma di delegazione che, benché atto avente forza di

¹⁵ Al punto 3 in diritto della sentenza viene riconosciuto che: "E' pur vero che questa Corte ha più volte affermato che il principio di leale collaborazione non si impone al procedimento legislativo" ma la Corte trae dalla regola un'eccezione che la smentisce nei casi in cui "il legislatore si accinge a riformare istituti che ricadono su competenze statali e regionali inestricabilmente connesse". Quando si verificano questi incroci di competenze "sorge la necessità del ricorso all'intesa". Nella nota di sintesi prodotta dalla stessa Corte si ammette onestamente che la sentenza "afferma in senso evolutivo rispetto alla giurisprudenza precedente, che l'intesa nella Conferenza è un passaggio necessario anche quando la normativa statale deve essere attuata con decreti legislativi delegati" adottati dal Governo ai sensi dell'art. 76 Cost. Sul punto sono abrasive le critiche di MARSHALL, *op. cit.*, 705, che parla di "rottura nettissima rispetto al passato" e si pone il problema se nei casi di concorrenza di competenze il ricorso all'intesa sia necessitato non solo in sede di esercizio della potestà legislativa delegata (rapporto Esecutivo-Regioni), ma in tutti i casi di esercizio della funzione legislativa (rapporto Parlamento-Regioni). È questa necessaria codecisione nella fase di formazione delle leggi che sembra prefigurare l'implicita modificazione della forma di Stato di cui parla l'Autore, perché in questi casi sarebbe implicitamente imposta una sorta di "terza camera", in cui lo Stato dovrebbe negoziare tutte le leggi che coinvolgono le "competenze inestricabilmente connesse" di cui parla la sentenza.

¹⁶ Cfr. Corte cost. nn. 3 del 1957; 39 del 1971, 111 del 1972; 91 del 1974. In tema si rinvia a CALVIERI, *Alcune riflessioni sulla declaratoria di illegittimità costituzionale della legge delega n. 124 del 2015 (legge Madia) per violazione del principio di leale collaborazione ed i riflessi sul nuovo testo unico delle società a partecipazione pubblica. Ovvero, dei fili della tela di Penelope... allo specchio*, in <www.LexItalia.it>, 1/2017.

¹⁷ Cfr. Corte cost. nn. 224 del 1990; 370 del 1993.

¹⁸ Cfr. Corte cost. n. 278 del 2010 (ma anche nn. 517 del 1988; n. 242 del 1989; n. 85 del 1990).

legge, non è dotata di immediata efficacia precettiva e quindi non possiede la capacità di ledere direttamente l'autonomia regionale.

In ogni caso, e tirando le file delle considerazioni che precedono, il risultato conclusivo di questa evoluzione applicata alla fattispecie è che da ora in poi il principio di leale collaborazione si impone non solo ai decreti legislativi ma anche alle disposizioni della legge delega, con una sorta di costituzionalizzazione del ricorso all'intesa e del ruolo delle Conferenze, come strumenti e luoghi in grado di assicurare quelle forme di concertazione richieste dalla Corte costituzionale.

2.2. Le sorti del decreto legislativo sulla dirigenza.

Ritornando sugli effetti pratici della sentenza sul decreto in oggetto, con un sibillino *obiter dictum* (punto 9 in diritto) la Corte ha affermato che gli effetti della stessa sentenza “*non si estendono alle relative disposizioni attuative*”. Si tratta di un'affermazione che pone a sua volta diversi dubbi interpretativi. Innanzitutto perché sembra smentire i “normali” criteri ermeneutici in materia di invalidità derivata, per i quali l'illegittimità dell'atto presupposto non può che travolgere il provvedimento conseguente⁽¹⁹⁾. Nella fattispecie, invece, la Corte sostiene l'attuale vigenza ed efficacia dei decreti legislativi perché “*la Corte ha circoscritto il proprio scrutinio solo alle disposizioni di delega specificamente impugnate*”, per cui l'illegittimità non si estende immediatamente ai decreti legislativi non oggetto di impugnazione principale⁽²⁰⁾.

Anche se dall'illegittimità delle norme di delega la Corte non ha fatto discendere la conseguenziale illegittimità dei decreti delegati, sugli stessi pesa ovviamente come un macigno il rischio di una futura declaratoria di incostituzionalità. In caso di autonoma impugnazione successiva, infatti, “*si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali*”, lesione abbastanza probabile atteso il rapporto di derivazione con le norme dichiarate illegittime⁽²¹⁾.

Proprio al fine di scongiurare questo rischio la Corte invita il Governo ad adottare “*soluzioni correttive*” da assumere in piena discrezionalità “*per assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione*”. Queste alla luce del *decisum* della Consulta non potranno che consistere nel raggiungimento dell'intesa: 1) o nell'ambito dei decreti ancora da adottare; 2) o, per quelli già adottati, attraverso i decreti legislativi, correttivi o integrativi, che il Governo è facoltizzato ad emanare entro dodici mesi dall'adozione dei singoli decreti, nel rispetto di principi e criteri direttivi e procedure contenute nella stessa legge delega⁽²²⁾.

Quindi la possibilità di agire in correzione può ipotizzarsi solo nei confronti dei decreti ancora da emanare (rispetto ai quali opera pienamente la sostituzione procedurale) ovvero in quelli già

¹⁹ Come recita l'art. 27, della legge n. 87 del 1953, con riferimento all'illegittimità costituzionale consequenziale.

²⁰ Cfr. sul punto anche la sintesi della sentenza diffusa dalla Corte.

²¹ Lesione che andrebbe sicuramente esclusa, a giudizio di chi scrive, nei casi in cui la materia regolata sia da ascrivere *tout court* all'ordinamento civile. Questo è il caso del d.lgs. n. 116 del 2016, emanato in forza dell'art. 17 della legge n. 124 del 2015 (sulla base, quindi, di una disposizione di delega ugualmente censurata dalla Corte), regolante un'ipotesi di licenziamento disciplinare che si verifica in caso di assenteismo fraudolento. È questa una fattispecie sicuramente rientrante nella competenza esclusiva dello Stato in quanto relativa al rapporto di lavoro privatizzato (*ex multis* Corte cost. n. 345 del 2004), come la stessa sentenza ammette (*sub* 4.2.1. in diritto). In sede di scrutinio di legittimità dei decreti legislativi emanati sulla base delle disposizioni di delega colpite dalla sentenza della Corte costituzionale, infatti, potranno essere oggetto di censura solo gli aspetti in cui si verifica una concorrenza di competenze per la quale è necessario il ricorso all'intesa, situazione che non si verifica allorché la materia regolata è ascrivibile ad ordinamento civile.

²² Per la dirigenza pubblica si veda il comma 3 dell'art. 11 della legge n. 124 del 2015.

emanati e successivamente divenuti invalidi a seguito della sentenza. Non altrimenti, invece, si può (*rectius* poteva) ipotizzare per il decreto sulla dirigenza: questo *nasce* invalido e non lo diviene successivamente.

Si è quindi creato un corto circuito che ha costretto al ritiro del provvedimento.

I tempi del deposito della sentenza sono coincisi con l'approvazione definitiva del decreto da parte del Consiglio dei Ministri, ma l'approvazione a sua volta è avvenuta pochi giorni prima della scadenza del termine di esercizio della delega. Non esistevano quindi i tempi tecnici per raggiungere l'intesa sul decreto prima della promulgazione da parte del Capo dello Stato. Ma senza la promulgazione non vi era nemmeno la possibilità di sanare successivamente il vizio procedurale attraverso i decreti correttivi, perché allo stato non esisteva alcun decreto, visto che quello varato dal Consiglio dei Ministri si presentava come invalido in via originaria.

Per cui per il decreto sulla dirigenza, come affermato in premessa, la sentenza è solo formalmente manipolativa ma sostanzialmente abrogativa.

Sarebbe possibile riesumare il decreto naufragato con la sentenza n. 251 del 2016?

Spirati i termini per l'esercizio della delega, rimarrebbero aperte due strade. Innanzitutto quella della riapertura, con apposita norma di legge, dei termini della delega sulla base dei medesimi principi – ovviamente corretti sulla base del *decisum* della Consulta - contenuti nell'art. 11 della legge n. 124 del 2015. Più complessa la seconda ipotesi, che consisterebbe nella recezione dei contenuti del decreto ritirato in un apposito disegno di legge (neanche pare ipotizzabile, invece, la possibilità di agire tramite un decreto-legge, essendo assenti i requisiti della necessità e dell'urgenza).

Entrambe le strade tuttavia subiscono l'esito delle vicende complessive che hanno coinvolto il Governo della riforma, dimissionario dopo l'esito del referendum costituzionale del 4 dicembre.

Appare quindi arduo, al momento, ipotizzare scenari. L'eventualità più concreta è che il prossimo Esecutivo possa essere impegnato in altre urgenze, fra le quali l'esercizio delle deleghe rimaste inevase e l'aggiornamento degli altri decreti indirettamente colpiti dalla sanzione di incostituzionalità, ma sanabili attraverso l'esercizio dei poteri correttivi. Per cui il progetto di riforma della dirigenza pubblica deve presumibilmente ritenersi (al momento?) accantonato.

3. Le relazioni sindacali per la dirigenza pubblica.

Rebus sic stantibus il tema di riflessione si implementa ed obbliga ad uno sforzo di sintesi e di sistema, non limitandosi al cortile dell'ultimo intervento di riforma.

L'analisi che fa seguito afferisce al dirigente nella sua doppia veste di datore di lavoro e di lavoratore subordinato. Proprio questo duplice ruolo del dirigente, nei cui confronti rimane sempre attuale la plastica raffigurazione di un "Giano bifronte", costituisce uno snodo di assoluta delicatezza.

Nel momento in cui il diritto sindacale incontra la dirigenza pubblica si verificano dei corti circuiti di sistema che richiederebbero uno sforzo di riflessione supplementare, necessario affinché il diritto comune operi senza distorsioni, adattandosi ad un sistema che ruota sui principi della legalità e dell'interesse pubblico, anziché su quelli del mercato e della libertà di impresa.

Torsioni, difficoltà applicative e dubbi di sistema che spingono a domandarsi fino a che punto sia stata opportuna una contrattualizzazione della figura così integrale e pressoché sconosciuta negli altri Paesi che si sono cimentati in riforme del pubblico impiego. È un dubbio che riecheggia periodicamente nella dottrina più avvertita⁽²³⁾ e che era divenuto addirittura “preclusione ontologica” alla stessa privatizzazione, nel famoso parere del Consiglio di Stato su quella che sarebbe diventata la legge n.421 del 1992, in cui si avvertiva dei pericoli di una privatizzazione integrale di figure che dispongono di competenze provvedimentali esterne non riducibili all’esercizio di potere privatistico. Una privatizzazione integrale che – a ben vedere – va anche oltre il lascito di Massimo Severo Giannini, che nel suo famoso “Rapporto” ne suggeriva la limitazione alle qualifiche non legate all’esercizio di potestà pubbliche⁽²⁴⁾.

In modo assolutamente non esaustivo cito allora quattro ambiti in cui le norme hanno funzionato male e che investono il dirigente nel suo ruolo di datore di lavoro o oggetto delle discipline contrattuali, vale a dire il dirigente soggetto ed il dirigente oggetto di relazioni sindacali. Di seguito, quindi, si analizzano: a) il caso del dirigente destinatario di trattamenti collettivi definiti in sede integrativa; b) la problematica contrattazione degli incarichi dirigenziali; c) il dirigente *dominus* della contrattazione integrativa; d) il danno da contrattazione collettiva: temi gli ultimi due strettamente connessi.

Si tratta di capire se il cattivo funzionamento delle norme sia l’effetto di una cattiva o nulla applicazione delle norme ovvero di un difetto di sistema su cui sarebbe auspicabile intervenire normativamente.

4. Il dirigente destinatario di discipline collettive.

Un’evidente anomalia si determina innanzitutto allorché il dirigente si presenti in sede integrativa quale parte della delegazione trattante di parte pubblica. In questa ipotesi si determina un conflitto di interessi neanche tanto potenziale, in quanto il dirigente-attore negoziale finisce con il contrattare condizioni normative che gli si applicheranno direttamente, con l’aggravante che le stesse trattative che lo riguardano si svolgono perlopiù in confronto con le stesse organizzazioni sindacali che costituiscono la sua controparte in sede di contrattazione integrativa per i dipendenti non dirigenti⁽²⁵⁾.

²³ Per esempio già RUSCIANO, in *L’impiego pubblico in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1978 e successivamente in *Giannini ed il pubblico impiego*, in *RTDP*, 4, 2000 nonché CASSESE, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici, Una modificazione costituzionale?* in *GDA*, 2002. In tempi più recenti si vedano NICOSIA, *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche*, Torino, Giappichelli, 2011, soprattutto cap. IV e VI e DEODATO, *Prospettive di riforma della dirigenza pubblica*, in <Giustamm>.

²⁴ Si domandava il noto giurista “se un’altra strada percorribile non sia quella di privatizzare i rapporti di lavoro con lo Stato non collegati alla potestà pubblica, conservando come rapporto di diritto pubblico solo quello di coloro ai quali tale esercizio è affidato o affidabile, cioè gli attuali direttivi e dirigenti”. Cfr. M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi delle pubbliche amministrazioni*, 1979, scaricabile in <http://www.eticapa.it/eticapa/massimo-severo-giannini-rapporto-sui-principali-problemi-dellamministrazione-dello-stato-1979/>

²⁵ Tutti i CCNL vigenti stabiliscono che ai fini della contrattazione collettiva integrativa di area dirigenziale ciascuna amministrazione, ente o agenzia, individua i dirigenti che fanno parte della delegazione trattante di parte pubblica (v. ad esempio l’art. 13, del CCNL dell’Area VI del 1/8/2006 o l’art. 11 del CCNL Area II del 23/12/2009), prevedendo quale unica preclusione che il dirigente componente delle RSA non sia titolare di relazioni sindacali per l’area dirigenziale quale parte della delegazione di parte pubblica (v. ad esempio l’art. 13, comma 3, del CCNL dell’Area I del 21/4/2006).

Si verifica così un'intollerabile confusione di ruoli, un vero e proprio difetto di sistema che potrebbe essere almeno attenuato se fosse data attuazione a quanto previsto nella delega contenuta nella lettera h) dell'art. 17 della legge n.124 del 2015, che prevede il rafforzamento delle "funzioni di assistenza dell'Aran ai fini della contrattazione integrativa" (fra l'altro) attraverso forme di "concentrazione delle sedi di contrattazione integrativa".

La possibilità di accorpate le sedi di negoziazione, soprattutto nei piccoli enti e nelle amministrazioni disaggregate, potrebbe favorire la trasparenza dei processi negoziali, applicando condizioni uniformi per istituti comuni ed evitando l'atomizzazione e le possibili personalizzazioni dei contenuti negoziati.

Un altro problema, tradizionale nella prospettiva in esame, riguarda la contrattazione degli incarichi dirigenziali.

In questo campo si scontano in modo particolare gli effetti dell'espansione della contrattazione collettiva in campi che dovrebbero esserle preclusi, afferendo alla sfera organizzativa e quindi alle prerogative unilaterali dell'amministrazione.

In sede di contrattazione collettiva si è permesso alle parti di contrattare la materia del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali, nonostante si tratti di un istituto esterno (propedeutico e precedente) al rapporto di lavoro, sul quale esclusivamente può svolgersi la contrattazione collettiva. Si verte, anzi, su di un profilo direttamente afferente al conferimento di un potere amministrativo, che già la legge n. 421 del 1992 aveva incluso nelle famose "sette materie" escluse dalla contrattazione ⁽²⁶⁾. Tuttavia nessun contratto collettivo ha rinunciato a disciplinare la materia, nonostante la legge n. 145 del 2002, aggiungendo un apposito comma 12-bis all'articolo 19 del d.lgs. n.165 del 2001, avesse espressamente escluso dalla contrattazione collettiva la disciplina degli incarichi dirigenziali. Né basta. Il d.lgs. n.150 del 2009 ha richiamato esplicitamente la materia del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali nel nuovo testo dell'art. 40, comma 1, per escluderla nuovamente dalla contrattazione collettiva.

Ma se tutto questo è vero, stante la ribadita imperatività ed inderogabilità delle norme del d.lgs. 165 del 2001 e l'applicazione del principio di eterointegrazione legale alle disposizioni contrattuali incompatibili ⁽²⁷⁾, allora hanno già cessato di aver vigore tutta una serie di disposizioni contenute nei vigenti contratti relativi alle aree dirigenziali, a partire da tutte quelle disposizioni che tutelano in vario modo il diritto all'incarico (e questo effetto si è verificato ancor prima del draconiano e discutibile intervento normativo contenuto nell'art. 9, comma 32, del decreto-legge n. 78 del 2010) ⁽²⁸⁾.

²⁶ Art. 2, comma 1, lett.c): "(Sono regolate con legge, ovvero, sulla base della legge o nell'ambito dei principi dalla stessa posti, con atti normativi o amministrativi, le seguenti materie): n.2) gli organi, gli uffici, i modi di conferimento della titolarità dei medesimi".

²⁷ Cfr. l'art. 2, commi 2 e 3-bis, del d.lgs. n. 165 del 2001.

²⁸ Dove si stabilisce che qualora alla scadenza di un incarico di livello dirigenziale le P.A. "non intendono, anche in assenza di una valutazione negativa, confermare l'incarico conferito al dirigente" le stesse "conferiscono al medesimo dirigente un altro incarico, anche di valore economico inferiore" e che in questi casi "non si applicano le eventuali disposizioni normative e contrattuali più favorevoli".

Da una diversa prospettiva destano perplessità quelle norme dei contratti collettivi che prevedono in caso di licenziamento illegittimo del dirigente la corresponsione di un'indennità pecuniaria in luogo della reintegrazione ⁽²⁹⁾. Questa soluzione è stata apertamente censurata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 351 del 2008, pronunciata con riferimento ad una legge della Regione Lazio ⁽³⁰⁾ ed in cui è stata affermata l'inderogabilità della reintegrazione nel posto di lavoro. Nell'occasione la Consulta ha chiarito non solo che le forme di riparazione economica non sono *nemmeno* in grado di attenuare il pregiudizio all'imparzialità e al buon andamento della pubblica amministrazione causato dalla rimozione illegittima, ma anche che in questi casi viene a determinarsi un danno aggiuntivo per la collettività, realizzandosi una «forma onerosa di *spoils system*». L'erario pubblico è infatti chiamato a corrispondere sia la retribuzione dei nuovi dirigenti, nominati in sostituzione, sia le somme destinate al risarcimento dei dirigenti pretermessi.

Ovviamente non può essere permesso ai contratti collettivi ciò che è precluso alla legge, per cui la disposizione contrattuale dovrebbe intendersi nulla per impossibilità giuridica dell'oggetto.

5. Il dirigente datore di lavoro. La stagione dell'unilateralità e la "blindatura" dei poteri dirigenziali.

L'ultimo capitolo riguarda il dirigente *dominus* della contrattazione integrativa, a cui è fatalmente collegata la tematica del "danno da contrattazione collettiva".

Nel campo delle relazioni sindacali pare per certi versi evidente il fallimento almeno parziale della riforma "Brunetta" contenuta nel d.lgs. n. 150 del 2009 che, con un intervento eteronomo a tutto campo, ha inteso ridurre gli spazi della contrattazione e le forme della partecipazione sindacale, anche per "blindare" i poteri dirigenziali rispetto all'invadenza della contrattazione collettiva e nei confronti delle forme più intrusive di partecipazione sindacale. Questa politica normativa ha comportato la contestuale forte riaffermazione dell'unilateralità delle scelte gestionali ⁽³¹⁾.

La legge è stata rilanciata in un contesto privatizzato, sia pure senza il recupero di quei poteri autoritativi che hanno caratterizzato la lunga stagione del diritto amministrativo nel lavoro pubblico.

Sono note le direttrici di questo intervento, a partire dal superamento di fatto di quella norma "manifesto" che facoltizzava i contratti collettivi ad intervenire, rendendo inefficaci le norme legislative *medio termine* intervenute tra un contratto e l'altro. Norma anche di forte valore simbolico, perché il campo del rapporto di lavoro veniva elettivamente consegnato all'autonomia negoziale. Attualmente il contratto collettivo è invece abilitato ad intervenire nella materia del rapporto di lavoro, derogando alla legge, solo quando è espressamente autorizzato a farlo da quest'ultima (con disposizione espressa e volta per volta). In tutti gli altri casi – cioè praticamente sempre (perché altrimenti la legge dovrebbe autoqualificarsi "a termine" ed esporsi alla futura disapplicazione, dichiarando previamente la propria... debolezza) – per il riaffermato vincolo di

²⁹ V. per esempio l'art. 12 CCNL Area II del 22/2/2010.

³⁰ Corte Costituzionale, sentenza del 24 ottobre 2008, n. 351 (PRES. Flick, RED. Cassese).

³¹ Mi sia consentito il rinvio a TALAMO, *Il rapporto fra legge e contrattazione collettiva ai tempi della legge "Brunetta"*, in GARDINI (a cura di), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la Riforma Brunetta*, Quaderni della SPISA dell'Università di Bologna, 2012; ID., *La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, in GDA, 2009, 12.

inderogabilità della legge, quella stessa materia, “rilegificata”, è esclusa *ad libitum* dalla competenza della contrattazione collettiva ⁽³²⁾.

Dalla “legge Brunetta” in poi, quindi, “più si espande la legge, più si ritira il contratto” ed il rapporto gerarchico legge-contratto non può più nemmeno essere attenuato.

Altre disposizioni riducono oggettivamente lo spazio negoziale, chiarendo una volta per tutte (sciogliendo dubbi dottrinari diffusi), che la contrattazione collettiva non può intervenire sulla materia dell’organizzazione del lavoro, cioè in quella zona grigia, collocata fra rapporto ed organizzazione degli uffici, in cui è il cuore delle facoltà gestionali del datore di lavoro pubblico.

Alcune materie relative al rapporto di lavoro sono state poi direttamente legificate (la materia disciplinare, per esempio, squisitamente riferibile al rapporto di lavoro) e, considerata l’inderogabilità della legge e più ancora l’imperatività del d.lgs. n. 165 del 2001, risultano intangibili per la contrattazione collettiva. La negoziazione per queste materie è residuale in quanto può essere riconosciuta solo negli spazi appositamente individuati dalla norma primaria.

Inoltre il contratto collettivo viene minato nel suo ruolo di autorità salariale.

Il Governo dopo sessanta giorni dall’approvazione della legge di stabilità, in mancanza di accordo tra le parti ha facoltà di erogare le risorse che la legge ha stanziato ai fini dei rinnovi contrattuali.

Non si tratta una norma incostituzionale. Nel settore privato la Corte di cassazione ha ritenuto legittime questo tipo di anticipazioni salariali, sebbene a determinate condizioni ⁽³³⁾. Ma è evidente che prevedere normativamente questa facoltà ha conseguenze decisive, anche perché pur non inibendosi la contrattazione futura sul punto, si rischia di prevedere per il contratto collettivo una funzione meramente ancillare delle previe decisioni unilaterali, squilibrando le condizioni relative ad un negoziato non più “*ad armi pari*” ⁽³⁴⁾.

E la stessa facoltà a favore della parte pubblica, di disporre unilateralmente in assenza di accordo fra le parti, è stata prevista per il dirigente in sede di contrattazione integrativa nei casi di stasi dei negoziati ed urgenza di provvedere.

Non è tuttavia preconstituita una competenza concorrente. Il Governo (nella contrattazione nazionale) o il dirigente (in quella integrativa) non è libero di scegliere volta per volta in base a valutazioni contingenti, se agire tramite contratto o tramite atto unilaterale. Una volta escluso che la materia possa essere stabilita in via definitiva unilateralmente (perché la decisione ha sempre carattere provvisorio), la legge ha inteso ovviare a situazioni di stallo obiettivo delle trattative, che rischiano di determinare il sacrificio del bene della vita costituito dall’adeguamento del salario all’inflazione maturata ed in corso di maturazione (nella contrattazione nazionale), ovvero che rischiano di pregiudicare la “*continuità e il migliore svolgimento della funzione pubblica*” (in quella integrativa). Nel nostro caso il dirigente viene abilitato dalla norma ad esercitare un potere *extra*

³² Mario Rusciano, con riferimento alla rilegificazione ha parlato di un “*eccesso terapeutico*” in grado di riprodurre la “*giungla normativa*” ante 1993. Cfr. RUSCIANO, *Contrattazione collettiva nel pubblico impiego. Profili generali*, in <www.treccani.it>, Diritto on line.

³³ Per es. Cass. 11 marzo 2005, n. 5343 e 9 gennaio 2008, n. 212.

³⁴ D’AURIA, *Il personale pubblico. La legge finanziaria per il 2009*, in *GDA*, 4, 2009, 360.

ordinem preposto a risolvere situazioni eccezionali che derivano dalla paralisi della contrattazione collettiva ⁽³⁵⁾.

Anche i poteri di partecipazione sindacale sono stati limitati con la riduzione della concertazione ad informazione, quindi con l'eliminazione della forma più pervasiva di confronto fra le parti, che rischia sempre di trascinare in forme para contrattuali ovvero di favorire regimi cogestionali che deresponsabilizzano il dirigente ⁽³⁶⁾.

Altre disposizioni, poi, finalizzano teleologicamente la contrattazione integrativa all'efficienza ed alla produttività, piegando al fine pubblico uno strumento negoziale (che dopo la privatizzazione è espressione di autonomia collettiva); altre ancora sanzionano duramente la corresponsione a pioggia del salario di produttività ovvero erogato in assenza di valutazione di performance, impongono che la prevalenza delle risorse destinate al trattamento accessorio confluisca sulla produttività individuale (per evitare che a questa finalità vengano destinate risorse esigue) e che il personale sia diviso in tre categorie di merito cui conferire in modo differenziato le predette risorse destinate alla produttività individuale (per evitare la corresponsione di emolumenti "a pioggia"). Il sistema dei controlli viene a sua volta incrementato, con effetto di ricentralizzazione, le progressioni economiche vengono proceduralizzate e destinate a percentuali limitate di personale, viene di converso esclusa la contrattabilità delle progressioni verticali o di carriera (ricondotte a concorso pubblico).

La legge "Brunetta" dichiara quindi formalmente guerra al "piattume" premiale ed alle politiche egualitaristiche e nel contempo ridefinisce le "regole di ingaggio", espropriando parte delle competenze acquisite dalla contrattazione collettiva dalla privatizzazione del 1993 in poi.

Tutto il sistema viene poi messo in sicurezza disponendo l'applicabilità delle clausole di inserimento materiale o di eterointegrazione contrattuale che operano nel caso di disposizioni collettive che violano norme imperative o i limiti di competenza imposti alla contrattazione collettiva. Si tratta di norme che, come ha chiarito il d.lgs. n.141 del 2011 di interpretazione autentica, operano anche nei confronti dei contratti vigenti, per i quali trova applicazione la fattispecie della nullità sopravvenuta, con automatica sostituzione della norma contrattuale difforme con quella di rango sovrastante, che integra *ope legis* il contratto nazionale.

6. (segue) Un padrone (poco) serio.

Attraverso un intervento così intenso sul sistema di relazioni sindacali, come avvertito, la legge "Brunetta" intendeva salvaguardare l'esercizio autonomo e responsabile delle prerogative del dirigente rispetto all'invasione della contrattazione collettiva ed alle forme più invasive di partecipazione sindacale.

Ma i risultati sono stati ben diversi rispetto alle attese.

³⁵ Diffusamente SORDI, *Il sistema delle fonti della disciplina del lavoro pubblico (dopo il d.lgs. n. 150 del 2009)*, in *Questa Rivista*, 5, 2010, 81.

³⁶ Successivamente, l'art. 2, comma 17, del decreto-legge n. 95 del 2012, ha reintrodotto la possibilità per il CCNL di prevedere non meglio specificate forme di "esame congiunto", fermo restando che nelle more di tali previsioni collettive resta esigibile la sola informazione nei casi in cui risulti prevista dagli stessi CCNL.

Da una parte i rinnovi contrattuali, che dovevano disseminare una serie di contenuti ipotizzati dalla legge (per esempio in tema di trattamenti accessori), hanno subito la moratoria quinquennale imposta dai provvedimenti finanziari, spesso a carattere di urgenza, che si sono susseguiti per tutto il quinquennio 2010-2015 ed i cui effetti si protraggono a tutt'oggi nonostante l'intervento del Giudice costituzionale ⁽³⁷⁾. Dall'altra, il ricorso massiccio alla legge, prima ancora di proteggere ha finito con l'irrigidire, trasformando per certi versanti la responsabilità dirigenziale (di prodotto) in una responsabilità da inadempimento (di processo), fornendo ogni alibi ad un dirigente tradizionalmente insensibile e quasi disinteressato al risultato della propria prestazione lavorativa anche perché le sue fortune professionali risultano sostanzialmente indifferenti ai risultati della prestazione ed agganciati ad altre logiche ed altre dinamiche.

L'analisi dei contratti integrativi anche successivi alla riforma commentata sembra confermare le prassi antiche, a partire dal bassissimo grado di appropriazione del tavolo decentrato da parte del dirigente cui fa spesso riscontro la stipulazione di contratti integrativi fuorilegge. Innanzitutto per la negoziazione di istituti preclusi, a partire da quelli afferenti l'organizzazione del lavoro ⁽³⁸⁾. Dopo il superamento dei meccanismi di bocca della contrattazione integrativa, che ha subito anch'essa gli effetti delle norme finanziarie varate nella stagione dell'emergenza, a partire dal 2016 sono generalmente riprese senza soluzione di continuità progressioni economiche *ancien régime* di massa e non selettive, nonostante le norme vigenti abbiano limitato *ex lege* le percentuali dei beneficiari "a quote limitate di personale" ed abbiano riaffermato in modo forte il principio di selettività. A sua volta il salario accessorio continua perlopiù ad essere congelato in voci di spesa fisse o continuative ovvero ad essere corrisposto sulla base di procedure di valutazione pletoriche o assenti, nonostante le stesse siano considerate imprescindibili dalle norme vigenti a pena di nullità dei relativi contratti integrativi. I premi, quindi, continuano a coprire aumenti retributivi surrettizi ed indifferenziati, anche perché la contrattazione integrativa continua a svolgersi sui sistemi della valutazione e sugli stessi risultati della valutazione, con il sostanziale fallimento della politica degli incentivi (*performance-related pay*) posta al centro dell'intervento di riforma ⁽³⁹⁾.

Ancora una volta quindi non pare possibile riscontrare nel settore pubblico quel "padrone serio" di cui parlava Salvati un po' di tempo fa ⁽⁴⁰⁾, in grado di personificare quel conflitto di interesse che nella contrattazione a livello nazionale viene rappresentato dal Ministero dell'economia e che non esiste a livello decentrato. Il Ministro dell'economia in sede di quantificazione delle risorse sa che se distorce una risorsa ai fini della contrattazione nazionale, la sottrae ad altre finalità e quindi costituisce e rappresenta realmente un interesse datoriale contrapposto a quello dei dipendenti e dei loro rappresentanti sindacali; a livello decentrato, invece, il dirigente si presenta

³⁷ A partire dal decreto-legge n. 78 del 2010 (cfr. l'art. 9, comma 17), varato circa sette mesi dopo il d.lgs. n. 150 del 2009, che recava il primo blocco della contrattazione collettiva poi reiterato praticamente fino al 2015, allorché è intervenuta la commentata sentenza della Corte cost. n. 178 del 2015, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale sopravvenuta del regime di sospensione contrattuale.

³⁸ Su questi dati convergono anche le rilevazioni dell'Aran, soprattutto per alcuni comparti di contrattazione (cfr. Aran, Monitoraggio della contrattazione integrativa, anno 2015) e della banca dati per i contratti integrativi operante presso il Dipartimento per la funzione pubblica fino al 2015.

³⁹ Si vedano, da ultime, le due analisi, curate per la Banca d'Italia, da GIORGIANTONIO, ORLANDO, PALUMBO e RIZZICA, *Incentivi e selezioni nel pubblico impiego*, luglio 2016, n. 342 e OCCHILUPO e RIZZICA, *Incentivi e valutazione dei dirigenti pubblici in Italia*, febbraio 2016, n. 310.

⁴⁰ SALVATI, *I limiti di un sindacato senza antagonisti*, in LETTIERI (a cura di), *Ripensare il sindacato*, Franco Angeli, Milano, 1998, 217 ss.

solidale e quasi omogeneo in termini di interesse con la controparte ed è spesso è disponibile a piegare le regole per concedere un euro in più e non in meno alle finalità delle contrattazione integrativa ⁽⁴¹⁾.

Appare allora inevitabile, a partire dall'inizio degli anni 2000 in poi, il moltiplicarsi di giudizi per danno erariale davanti la Corte dei conti, che ha tipizzato una nuova figura di danno amministrativo-contabile, il danno da contrattazione collettiva ⁽⁴²⁾.

Sono ormai vari gli studi su questa fattispecie di conio giurisprudenziale che si verifica in caso di sottoscrizione ed applicazione di contratti integrativi illegittimi per contrasto con la norma di rango superiore contenuta nei contratti nazionali ⁽⁴³⁾.

Il rapporto di interdipendenza dei livelli negoziali nel lavoro pubblico è sanzionato da una disposizione che presenta carattere imperativo (art. 40, comma, 3-bis, d.lgs. n. 165 del 2001). Qualora dal contratto integrativo illegittimo derivi un danno economicamente valutabile, coloro che lo hanno provocato, e innanzitutto i dirigenti che lo hanno sottoscritto, ne rispondono in sede contabile salvo il riscontro delle tradizionali esimenti.

Favorita anche da un fenomeno di complicazione normativa innegabile, frutto della rifrazione di più fonti non coordinate fra loro e principalmente da contratti collettivi scritti male ed interpretati da troppi soggetti che non si parlano tra loro, questa forma di responsabilità in un primo momento era stata in alcuni casi ipotizzata anche nei confronti dei componenti delle RSU sottoscrittrici dei contratti integrativi ⁽⁴⁴⁾. La Corte dei conti giungeva a tale conclusione identificando l'elemento soggettivo, che concorre alla verifica della fattispecie del danno erariale, non più esclusivamente nell'esistenza di un rapporto di servizio con la pubblica amministrazione. È piuttosto il perseguimento di finalità proprie della pubblica amministrazione e la compartecipazione all'utilizzo di risorse pubbliche che radica la responsabilità. In questi casi, anche il soggetto estraneo viene coinvolto in una relazione con l'amministrazione danneggiata ed è assoggettato allo stesso complesso di vincoli ed obblighi imposti dalla legge per assicurare la corretta gestione delle risorse pubbliche ⁽⁴⁵⁾. Giacché un contratto è un atto bilaterale e non unilaterale, dell'eventuale danno causato da un contratto *contra legem*, stante il rapporto sinallagmatico dovrebbero essere chiamate a rispondere tutte le parti contraenti, fra cui - sulla base dell'ampiamiento della giurisdizione nei confronti di tutti i soggetti inseriti a qualunque titolo nell'apparato organizzativo pubblico - anche la parte sindacale.

⁴¹ Per queste considerazioni da ultimo DELL'ARINGA, *Contrattazione collettiva e ruolo dei dirigenti*, in DELL'ARINGA E DELLA ROCCA (a cura di), *Lavoro pubblico fuori dal tunnel?*, Il Mulino, Bologna, 137, e, prima ancora, ID, *Contrattazione collettiva e costo del lavoro*, in DELL'ARINGA E DELLA ROCCA (a cura di), *Pubblici dipendenti: una nuova riforma?* Rubettino, Soveria Mannelli, 2007, 28.

⁴² Per un elenco di pronunce e di fattispecie si rinvia a TALAMO, *Gli assetti della contrattazione integrativa dopo il D.lgs. n. 150 del 2009 e la finanziaria "d'estate": ratio di una riforma*, in *Questa Rivista*, n. 5, 2010, 775.

⁴³ Per tutti VISCOMI, *Contrattazione integrativa, nullità della clausola difforme e responsabilità diffusa*, in *Questa Rivista*, 2007, n. 877.

⁴⁴ V. Corte conti, Lombardia, 14 giugno 2006, n. 372; Corte conti Basilicata 13 maggio 2010, n. 123, ma anche gli atti nn. 59632 e 59767 del 2013, con cui il Procuratore generale della Corte dei conti della Toscana ha rinviato a giudizio, contestando il danno erariale, i componenti sindacali delle delegazioni trattanti presso il Comune di Firenze che avevano sottoscritto accordi decentrati con cui definivano trattamenti accessori ritenuti illegittimi.

⁴⁵ Sono le conclusioni mutate sulla base di una ricca giurisprudenza della Corte di Cassazione: *ex multis* Cass., nn. 400 del 2000; 4122 del 2007; 15599 e 26806 del 2009; 135 del 2010; 20075 del 2013.

Questa linea interpretativa è stata, come noto, frustrata dalla Corte di Cassazione a sezioni unite con una sentenza pronunciata nell'ambito di un regolamento di giurisdizione ⁽⁴⁶⁾.

In questa sentenza la Suprema Corte, risalendo alla *ratio* stessa della privatizzazione del 1993, ha escluso che possa essere riconosciuto nel soggetto sindacale il compartecipe di attività pubbliche, in quanto l'organizzazione sindacale porta nella contrattazione interessi propri, in fisiologico conflitto con quelli della P.A. Viene quindi a mancare proprio il presupposto per l'allargamento dell'elemento soggettivo a persone estranee alla P.A. danneggiata, perché l'organizzazione sindacale dopo la privatizzazione del 1993 non può (più) considerarsi portatrice di funzioni dirette al "*perseguimento di interessi e fini pubblici*", versando in una posizione di istituzionale conflitto di interessi con la controparte pubblica.

Pur non potendo che condividersi, quantomeno su di un piano strettamente sistematico, le conclusioni della S.C., occorre rilevare che ciò che nella contrattazione integrativa non è dato riconoscere è proprio il conflitto di interessi fra le parti. Parte pubblica e sindacale sono troppo spesso solidali nella stipulazione di contratti illegittimi, anche se di tale illegittimità alla fine ne risponde una parte sola. La linea argomentativa sposata da alcune sezioni giurisdizionali della Corte dei conti avrebbe quindi potuto, con la chiamata in correità dell'organizzazione sindacale, spingere diversamente il sistema ad autoregolamentarsi in modo responsabile. Le "responsabilità" di parte sindacale dopo la sentenza evocata, invece, possono solo concorrere alla rimodulazione del *quantum debeat*, anche se gli effetti della stipulazione di un contratto illegittimo ricadono non solo sui dirigenti incauti o collusi ma anche sugli illegittimi percettori di utilità non dovute. Da tale ultimo versante il sistema pare dominato dall'entropia. Da una parte i giudici amministrativi ribadiscono periodicamente il dovere della P.A. di recuperare gli emolumenti erogati ai dipendenti pubblici sulla base di contratti illegittimi (ripetizione dell'indebito oggettivo), a nulla rilevando la buona fede del percettore; dall'altra Corte dei conti e giudici ordinari ritengono perlopiù legittima la scelta di una pubblica amministrazione di procedere al recupero delle risorse indebitamente erogate tramite la corrispondente decurtazione del fondo per la contrattazione decentrata secondo le facoltà concesse dall'art.40, comma 3-*quinquies*, del d.lgs. n. 165 del 2001 ⁽⁴⁷⁾.

A complicare il quadro delle regole vi è il dovere del dirigente di non applicare il contratto illegittimo. Questo è definito nullo, ma la nullità deve essere dichiarata da un Giudice, non essendo possibile agire in autotutela nei confronti di atti espressione di autonomia privata collettiva. Per cui l'unica possibilità allo stato concessa per evitare il giudizio erariale in caso di contratto *ictu*

⁴⁶ Cass., sez un., n. 14689 del 2015.

⁴⁷ La rifrazione fra le fonti in questa materia ha determinato un caos interpretativo cui contribuiscono anche i diversi ordini di giurisdizione che intervengono a diverso titolo. Da un lato giurisdizione ordinaria e contabile sanciscono l'obbligo di recupero delle somme indebitamente erogate sui fondi di amministrazione e non sui singoli dipendenti (*ex multis* Trib. Firenze, sez. I civ. nn. 888 e 889 del 2015; Corte conti, sez. contr. Lombardia, n. 271 del 2015; Corte conti, sez. contr. Liguria, n. 39 del 2017, ma anche Cass. n. 26961 del 2009). La finestra temporale per effettuare il recupero varia a seconda dell'amministrazione e delle condizioni richieste dalle norme: la norma generale prevede che la compensazione si definisca integralmente nell'ambito della sessione negoziale successiva (art. 40-*bis*, comma 3-*quinquies*, d.lgs. n. 165 del 2001), ma per le regioni e gli enti locali i tempi per il recupero divengono gradualmente: con il cd. Salva-Roma coincidono con un numero (massimo) di annualità corrispondente a quello in cui si è verificato lo sfondamento (art. 4 del decreto-legge n.16 del 2014) e, dopo il cd. Decreto "*mille-proroghe*" 2017, possono essere estesi di ulteriori cinque anni (art. 15-*quater*, decreto-legge n. 244 del 2016). Nel contempo il giudice amministrativo continua a ritenere applicabile alla fattispecie l'art. 2033 c.c., che impone il recupero a carico degli illegittimi percettori e considera la ripetizione atto obbligatorio, vincolato e non discrezionale, in quanto privo di valenza provvedimentale, che non consente alcuna deroga in quanto diretto a salvaguardare il pubblico interesse (*ex plurimis*, Cons. Stato nn. 470 del 2014; 561 del 2008; 290 del 2008, 145 del 2008; 4053 del 2006 e Tar Lazio n. 3111 del 2006; Tar Liguria n. 683 del 2006; Tar Lazio 9093 del 2013; Tar Campania, 1774 del 2017).

oculi illegittimo (ma che l'amministrazione è tenuta ad applicare ai sensi dell'art. 40, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001) sarebbe quella di adire il giudice per ottenere la dichiarazione di nullità attraverso un'azione per una tutela meramente dichiarativa a carattere cautelare.

7. Politica ed amministrazione, autonomia e responsabilità: *en attendant Godot*

Sicuramente la legislazione degli anni 2008-2009 ha costituito una reazione "muscolare" per ovviare al complesso di ineffettività del modello vigente.

Una contrattazione collettiva, soprattutto integrativa, anomica, spendacciona e antimeritocratica, è stata accorciata, messa sotto tutela, coinvolta in un sistema di vincoli e controlli inestricabile. Ma l'effetto della riforma, non implementata e non governata adeguatamente per mancanza di risorse e repentini cambi di governo, è stato soprattutto quello di incrementare la confusione e di annacquare le responsabilità: vale a dire un risultato opposto a quello che si intendeva conseguire.

La consapevolezza diffusa è quella che il dirigente continua ad essere incapace di ergersi a "equivalente funzionale del datore di lavoro privato".

La legge Brunetta ha cercato di "proteggerlo per legge" dalle forme di partecipazione che slittavano in regimi cogestionali fino alla paralisi dell'attività amministrativa ed ha inibito la contrattazione di tutto ciò che costituisce il cuore, l'*acquis* della funzione dirigenziale e dei poteri gestionali. Nel contempo il dirigente è stato dotato di poteri unilaterali perspicui per ovviare ai poteri di veto dei sindacati in sede negoziale.

Ma non è bastato. Perché questa reazione "muscolare" non ha toccato il cuore del problema, che involge nuovamente il corretto rapporto fra autonomia e responsabilità del dirigente ed inevitabilmente investe l'ambiguo ed irrisolto rapporto con la politica.

In assenza di ogni onere di motivazione delle mancate conferme agli incarichi dirigenziali, è fatale che la precarizzazione che deriva dalla scissione fra rapporto di lavoro e di servizio divenga fidelizzazione nei confronti dell'organo nominante. Ed è fatale anche che tale fidelizzazione annacqui lo stesso principio di distinzione funzionale, fortemente declinato dalle norme ma che non regge alla prova dei fatti, aggiornando i termini di quel famoso scambio fra sicurezza e potere di cui parlava Sabino Cassese ancora ai tempi del dpr n.748 del 1972 ⁽⁴⁸⁾.

È molto più conveniente per il dirigente pubblico scambiare i vantaggi teorici dell'autonomia con quelli certi del *favor* della politica, a cui spetta nominarlo, confermarlo, promuoverlo in modo sostanzialmente discrezionale. Ed è ancora fatale che il dirigente ceda alla pressione sindacale, obliterando le funzioni del datore di lavoro: l'interesse della politica sarà sempre dov'è il luogo del consenso e tenderà ad accordarsi con il sindacato. È fisiologico che la politica finisca per condizionare il tavolo decentrato perché troppo forti solo le spinte che la attraggono, ma è anche fisiologico che il dirigente ceda ai comportamenti opportunistici. Il dirigente continua a subire

⁴⁸S. CASSESE, *Grandezza e miserie dell'alta burocrazia in Italia*, in *Politica del diritto*, 1981, 220.

senza dolersene troppo quella doppia espropriazione, verticale ed orizzontale, da parte della politica e del sindacato già rilevata da Franco Carinci in uno suo scritto ormai “drammaticamente” risalente (49).

Alla doppia pressione *precarizzazione-sindacalizzazione* fa riscontro un sistema blando e farraginoso di imputazione della responsabilità poiché è praticamente inesistente un sistema di valutazione coerente ed obiettivo, che potrebbe agire da strumento di controllo sociale.

Di una valutazione seria - che dovrebbe vincolare nomine e mancate conferme - non si sente il bisogno, al punto di sublimarla in incarichi a scadenza predeterminata a cui fa seguito la rimozione senza motivazione ed a prescindere dalla valutazione del rendimento.

In realtà il d.lgs. n. 150 del 2009, nel testo licenziato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri, aveva per la prima volta imposto, sia in caso di ristrutturazione organizzativa dell'amministrazione ovvero alla scadenza dell'incarico, qualora l'attività del dirigente non fosse connotata da una valenza negativa, l'onere di esternare le ragioni organizzative della mancata conferma. Si trattava di un onere di motivazione che, per superare il controllo giurisdizionale di ragionevolezza, avrebbe dovuto essere congruo e non generico. Non si trattava di nulla di eversivo: né si esautorava il legittimo potere della politica di effettuare le migliori scelte organizzative nell'interesse pubblico, né si creavano intangibili rendite di posizione. Questa norma è stata rovesciata pochi mesi del suo varo nell'ambito di un provvedimento di... stabilizzazione finanziaria (50). In questo provvedimento è stato affermato il principio opposto: alla scadenza degli incarichi dirigenziali, anche in dipendenza di processi di riorganizzazione e, soprattutto, anche in presenza di una valutazione positiva, il dirigente può non essere confermato e può essere preposto ad incarichi di ammontare inferiore senza alcun onere di motivazione. Ancora peggio ha fatto una seconda norma, ancora una volta nelle pieghe di un provvedimento finanziario, la legge n.148 del 2011, che introduce un'ipotesi di revoca *ante tempus* dell'incarico in corso. Apodittica la formula: basta invocare “*motivare esigenze organizzative*” (51). Ci si può chiedere se siamo ancora nel solco della giurisprudenza costituzionale, che richiede allo scopo un procedimento di garanzia puntualmente determinato, con un contraddittorio da cui emergano gli interessi pubblici alla rimozione o siamo piuttosto nell'ambito di una discrezionalità che rasenta l'arbitrio.

Il messaggio che viene reso è comunque devastante, perché si conferma che il dirigente non è esposto alle ricadute dei propri comportamenti gestionali, che non gli serve raggiungere gli obiettivi al meglio perché anche in questo caso non gli è garantita nemmeno una parità retributiva.

Quescenti gli apparati della valutazione, che anche ove operassero non risultano decisivi, il dirigente è consapevole dell'irrelevanza della ricaduta dei risultati della propria gestione sulle proprie fortune professionali. Gli conviene rischiare gli effetti della giurisdizione contabile piuttosto che quelli derivanti dalla sfiducia della politica.

Il paradosso è che, ad onta di almeno quattro interventi più o meno organici che si sono succeduti in tema a partire dalla privatizzazione del 1993, le problematiche analizzate da questa riflessione

49 F. CARINCI, *Il lento tramonto del modello unico ministeriale*, in F. Carinci e S. Mainardi, *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, Milano, 2005, XLIII, e, da ultimo, DELL'ARINGA, *Contrattazione collettiva e ruolo dei dirigenti*, cit., 137.

50 Art. 9, comma 32, del decreto-legge n. 78 del 2010.

51 Art. 1, comma 18, legge n. 148 del 2011.

potrebbero essere tranquillamente riferite e sarebbero state ancora in buona parte valide dopo l'ennesima riforma suicidata nella culla dopo la sentenza della Corte costituzionale.

Insomma nulla di nuovo all'ombra del poco frondoso albero dove Didi e Gogo aspettano ancora e vanamente Godot....