

Una visione multilivello della distinzione tra politica e amministrazione: i due “centri di potere” alla luce e all’ombra delle evoluzioni-involuzioni normative e delle prassi applicative

Daniela Bolognino

La distinzione politica amministrazione è stata caratterizzata in questi venti anni di d.lgs. n. 165/2001 da un confine altalenante, con la coesistenza di interazioni fisiologiche e interferenze patologiche tra questi due centri di potere. L'articolo mette in luce sia la crescente dinamica-dialettica tra politica e dirigenza apicale nella definizione degli obiettivi strategici, anche in virtù della dimensione eurocentrica della programmazione economico finanziaria; sia alcune interferenze patologiche, quali il sovradimensionamento degli istituti fiduciari e l'ampliamento improprio di "istituti cuscinetto di garanzia" per la dirigenza, in particolare sotto il profilo retributivo. La sensazione è che sia necessario un nuovo intervento volto a correggere il tiro alla luce dell'esperienza di questi anni, anche tenendo maggiormente conto della dimensione multilivello dell'assetto costituzionale.

1. Premessa

Il principio di “distinzione” tra politica ed amministrazione sancito da ultimo dall’articolo 4, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ha teoricamente inteso esprimere la volontà del legislatore di avviare un circolo virtuoso per la riappropriazione delle rispettive sfere di competenza, dove alla politica spetterà a monte l’individuazione degli obiettivi e a valle la valutazione dei risultati, mentre alla dirigenza spetterà, in piena autonomia, la gestione concreta delle risorse per il raggiungimento degli obiettivi, anche avvalendosi di metodologie privatistiche. In questi venti anni (e più) la «distinzione politica-amministrazione»¹ ha visto però

¹ G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione, Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, Milano, Giuf-

emergere una serie di interazioni fisiologiche e di interferenze patologiche, dirette e indirette.

Nelle pagine che seguono, fotografando alcuni specifici interventi legislativi, contrattuali o prassi applicative, si darà conto sia dell'interazione fisiologica tra politica e dirigenza apicale nella definizione degli obiettivi strategici in sede di predisposizione dei principali documenti di programmazione economico finanziaria, anche in virtù della dimensione eurocentrica degli strumenti e dei contenuti della programmazione; sia di alcune interferenze patologiche, che sono rafforzate – per chi scrive – dalla consapevolezza, bilaterale, che la dirigenza rappresenta il momento attuativo delle scelte dell'esecutivo; il che porta a una serie di tensioni tra i due “centri di potere”, politica e amministrazione. Si è assistito quindi da una parte al sovradimensionamento degli istituti fiduciari, dall'altra ad un ridimensionamento degli istituti meritocratici anche presupposto della responsabilità manageriale e all'ampliamento di “istituti cuscinetto di garanzia” per la dirigenza, in particolare sotto il profilo retributivo.

Si precisa tuttavia che lo spazio destinato a ciascun contributo di questo numero ha determinato la necessità di circoscrivere i temi di approfondimento sulle interferenze patologiche tra politica e amministrazione. Non si darà dunque conto delle distonie che produce la perdurante inattuazione del concorso per l'accesso alla prima fascia *ex art. 28-bis* TUIP, che sembra avere come conseguenza l'emersione di una logica più fiduciaria che meritocratica anche per il conferimento di tali incarichi² e dei problemi applicativi legati alle difficoltà attuative e agli interventi normativi e contrattuali che hanno congelato la parte incentivante dei sistemi di valutazione delle *performances*³, che hanno rafforzato e am-

fré, 2003; S. CASSESE, M. SACCONI, V. TALAMO, L. LANZILLOTTA, *La dirigenza di vertice tra politica e amministrazione: un contributo alla riflessione*, in *LPA*, 6, 2005, pp. 1039-1066; G. D'ALESSIO, *La dirigenza: imparzialità amministrativa e rapporto di fiducia con il datore di lavoro* in *LPA*, 2, 2007, pp. 349-373; M. INTERLANDI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione: una storia difficile*, in *Diritti fondamentali*, 1, 2018, p. 26 ss.

² G. D'ALESSIO, *Il reclutamento del personale e della dirigenza nelle pubbliche amministrazioni*, in *LPA*, 4, 2020, pp. 3-52.

³ D. BOLOGNINO G. D'ALESSIO, *Il dirigente come soggetto “attivo” e “passivo” della valutazione. La responsabilità dirigenziale legata al sistema di valutazione e la responsabilità per omessa vigilanza su produttività ed efficienza*, in F. PIZZETTI, A. RUGHETTI (a cura di), *La riforma del lavoro*

piato le tensioni tra i due centri di potere politica e amministrazione. Si concentrerà invece l'attenzione sull'ampliamento degli istituti fiduciari e contrattuali di garanzia, le distonie applicative, i rimedi legislativi incostituzionali e le disparità di trattamento tra Stato e Regioni, passate – spesso – sotto traccia.

2. *L'interazione fisiologica tra politica e dirigenza apicale nella pianificazione strategica*

È noto che la direttiva annuale del Ministro rappresenta «l'atto politico per eccellenza – libero nei fini e soggetto solo agli artt. 95 e 97 Cost., laddove indica i fini essenziali cui deve ispirarsi l'attività amministrativa, amorfa se non programmata»⁴. Sin dalle riforme degli anni '90 questo momento di decisione strategica della politica non è del tutto unilaterale, emerge infatti dal quadro normativo una dinamica-dialettica tra politica e dirigenza apicale. Dalla c.d. seconda privatizzazione si rafforza la «cooperazione» tra politica e dirigenza apicale alla luce del combinato disposto degli artt. 4, 14, c. 1 del d.lgs. n. 165/2001 e dell'art. 8, c. 3, del d.lgs. n. 286/1999. La definizione dell'indirizzo politico-amministrativo del Ministro avviene con la possibile attività propositiva dei dirigenti generali; infatti nell'individuazione di obiettivi, priorità, piani e programmi da attuare la politica opera «anche sulla base delle proposte dei dirigenti di cui all'art. 16»⁵, previsione di cui era totalmente sprovvista la formulazione della prima contrattualizzazione⁶. Non manca inoltre

pubblico, collana Studi CIS ANCI, EDK, 2010, pp. 166-182; F. CARINCI, S. MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico. Commentario al D.Lgs. 27 ottobre 2019, n. 150, aggiornato al Collegato lavoro*, Milano, Ipsoa, 2011; G. NICOSIA, *I soggetti della valutazione (percorsi di apprendimento organizzativo)*, in M. ESPOSITO, V. LUCIANI, L. ZOPPOLI, A. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 329 ss.; M. INTERLANDI, *Buon andamento e "performance" pubblica amministrazione nella dinamica evolutiva dei controlli*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012.

⁴ S. RUSSO, *Il Management amministrativo. Ruolo unico, controllo e responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 134.

⁵ M. LANOTTE, *Il licenziamento del dirigente pubblico*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 17; A. FIORITO, *La funzione di indirizzo politico-amministrativo*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni Pubbliche*, II ed., Milano, Giuffrè, 2000, p. 650.

⁶ «Costituisce infatti un dato di esperienza quello per cui nella pratica il dirigente non si presenta mai come passivo esecutore delle scelte che promanano dall'autorità politica, ma in alcuni casi appare come codecisione, in altri contribuisce fattivamente alla determinazione dei fini

una collaborazione di tipo circolare⁷ e ascendente laddove il processo decisionale è idoneo a ricevere un impulso dal basso dalla dirigenza di base, che a sua volta può partecipare all'attività decisionale del dirigente apicale, con la formulazione di proposte nelle sue materie di competenza (art. 17, c. 1, lett. a) TUPD)⁸.

Negli ultimi dieci anni poi il quadro teorico che porta alla definizione della direttiva annuale del Ministro si è innestato nella dimensione eurocentrica che caratterizza gli strumenti di programmazione economico-finanziaria e si esprime nel fondamentale intreccio tra il d.lgs. n. 165 del 2001, il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 e la legge di contabilità 31 dicembre 2009, n. 196. Sicché alla direttiva annuale (art. 14, n. 165/2001), da adottare entro 10 giorni dalla pubblicazione della legge di bilancio, si affianca il Piano delle *performances* (art. 10, n. 150/2009), ossia il documento programmatico pluriennale redatto ogni anno entro il 31 gennaio dal vertice politico di ogni Ministero in collaborazione con i vertici dell'amministrazione, in cui sono stabiliti indirizzi e obiettivi strategici e operativi e si definiscono gli indicatori per la misurazione e la valutazione della *performance* dell'amministrazione in base alle risorse stanziare, assegnando obiettivi alla dirigenza.

Si ricorderà inoltre che il d.lgs. 25 maggio 2017, n. 74⁹, nella consapevolezza della osmosi tra i contenuti del DEF e gli obiettivi della pianificazione strategica, ha stabilito che l'avvio dell'attività di predisposizione del Piano delle *performances* deve avvenire a seguito della presentazione alle Camere del DEF e, ai fini della sua adozione, deve essere coerente con le note integrative al bilancio di previsione e con il piano degli indicatori

della propria attività amministrativa». V. TALAMO, *Le funzioni dei dirigenti*, in F. CARINGI, M. D'ANTONA (a cura di) *Il lavoro*, cit., p. 699.

⁷ E. ALES, *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro. Un'interpretazione giuslavoristica del rapporto tra indirizzo e gestione*, Milano, Giuffrè, 2002; B. VALENSISE, *La dirigenza statale, alla luce delle disposizioni normative contenute nella l. 15 luglio 2002, n. 145*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 81.

⁸ H. BONURA, *L'organizzazione degli uffici*, in V. AMOROSO, V. DI CERBO, L. FIORILLO, A. MARESCA (a cura di), *Lavoro pubblico*, Milano, Giuffrè, 2019, pp. 85-146.

⁹ B.G. MATTARELLA, *La l. n. 124 del 2015 e i suoi decreti attuativi: un bilancio*, in *GDA*, 5, 2017, p. 565 ss.; S. BATTINI, *Al servizio della Nazione? Verso un nuovo modello di disciplina della dirigenza e del personale pubblico*, in *ASTRID Rassegna*, 2016.

e dei risultati attesi di bilancio¹⁰. È noto che il DEF è il principale documento “politico” di programmazione economico-finanziaria che stabilisce gli obiettivi “macro” che troveranno una quantificazione specifica nella legge di bilancio. Inoltre, sul piano contenutistico, la programmazione strategica che il DEF esprime, negli ultimi dieci anni, è stata effettuata in linea con la Strategia Europa 2020, ossia la strategia decennale per la crescita e l'occupazione adottata dall'Unione europea nel 2010 per superare la grave crisi economica del 2007 e colmare le distanze dei modelli di crescita dei Paesi dell'Eurozona, puntando ad una crescita comune intelligente, sostenibile e solidale¹¹.

Sicché la necessità di mantenere una continuità tecnica nella programmazione strategica in linea con quanto indicato dalla Commissione europea, la crescente tecnicità degli strumenti di questa programmazione, unitamente al quadro normativo suesposto che delinea una collaborazione circolare ascendente tra politica e amministrazione, ha favorito una prassi applicativa, da guardare con favore, in cui la decisione politica degli obiettivi strategici è costruita insieme alla dirigenza apicale, che è portatrice della necessaria tecnicità richiesta dagli strumenti di programmazione economico-finanziaria.

3. Alcune interferenze patologiche. Il sovradimensionamento dell'ampiezza e della portata degli istituti fiduciari e le asimmetrie dello Stato multilivello

3.1 Spoils system: il caso degli incarichi ex art. 19, c. 6, TUPI. Quando il “rimedio” illegittimo è causato dall'uso distorto di un istituto

In questi venti anni (e più) di vigenza del TUPI, nel rapporto politica-amministrazione, si è assistito ad un sovradimensionamento degli istituti di natura fiduciaria, fuori dalla logica originaria che ha mosso il legislatore del 1998 (si ricorderà infatti che il d.lgs. n. 165/2001 è meramente compilativo)¹².

¹⁰ Si fa riferimento ai principi dell'articolo 19 del decreto legislativo 31 maggio 2011, n. 91.

¹¹ D. BOLOGNINO, *Manuale di Contabilità di Stato*, Bari, Cacucci editore, 2019, pp. 91-100.

¹² V. TALAMO, *Il d.lgs. n. 165 del 2001 fra tradizione e discontinuità: guida ad un testo unico “meramente compilativo”*, in *LPA*, suppl. al fascicolo 2, 2001, pp. 9-24.

Bisogna partire da un dato di fatto: è fisiologico che debba esserci un rapporto di fiducia tra politica e vertice dell'amministrazione; lo richiede o non lo impedisce la Costituzione (a seconda della interpretazione che si voglia dare)¹³, è fondamentale per garantire che vi sia un "anello di congiunzione" tra politica e amministrazione¹⁴.

Lo strumento principe che ha consacrato questo rapporto di fiducia è certamente lo *spoils system* all'italiana, nella sua versione a regime di cui all'art. 19, c. 8, d.lgs. n. 165 del 2001. L'istituto comparve con la c.d. seconda privatizzazione, quando anche i dirigenti generali, abbandonato lo *status* pubblicistico, furono destinatari di incarico a termine, nella prospettiva della possibile revocabilità «nel caso in cui cambi il vertice politico che li ha conferiti»¹⁵. L'art. 19, c. 8, d.lgs. n. 165/2001 originario stabiliva la possibilità, entro novanta giorni dal voto di fiducia del Governo, di conferma, revoca, modifica o rinnovo degli incarichi dirigenziali apicali di Segretario generale di Ministeri, di incarichi di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali e di livello equivalente (ossia gli incarichi *ex* art. 19, c. 3, d.lgs. n. 165/2001). Ove nessun provvedimento fosse stato posto in essere nel periodo in questione, gli incarichi si intendevano confermati sino alla loro naturale scadenza. Con la legge 15 luglio 2002, n. 145¹⁶ si rafforzò ulteriormente il legame di fiduciarità che intercorre tra politica e vertice amministrativo, prevedendo che gli incarichi di funzione dirigenziale di cui al c. 3 cessino decorsi 90 giorni dal voto di fiducia al Governo. Tale riformulazione dell'art. 19, c. 8, TUPI è attualmente in vigore.

Ragionando *a contrario* in riferimento alle pronunce della Corte costituzionale che si sono susseguite, possiamo ritenere pacificamente legittimo il meccanismo di *spoils system* a regime. Si ricorderà infatti che la sentenza (madre), ossia la n. 103 del 2007, ha dichiarato costituzionalmente illegit-

¹³ D. BOLOGNINO, *La dirigenza pubblica statale tra autonomia e responsabilità (dalla legge delega n. 421/92 alle prospettive di riforma*, Padova, Cedam, 2007, pp. 1-16.

¹⁴ Si vedano Corte cost., sentenza n. 313 del 1996 e n. 103 del 2007.

¹⁵ M. D'ANTONA, *La disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni dalla legge al contratto*, in S. BATTINI, S. CASSESE (a cura di), *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 11.

¹⁶ C. D'ORTA, *Gli incarichi dirigenziali nello stato dopo la l. n. 145 del 2002*, in *LPA*, 2002, p. 929 ss.

timo il solo c. d. *spoils system* “*una tantum*” introdotto con l’art. 3, c. 7, della l. n. 145/2002, perché prevedeva la cessazione automatica, *ex lege* e generalizzata degli incarichi dirigenziali di livello generale (art. 19, c. 4, d.lgs. n. 165 del 2001) al momento dello spirare del termine di sessanta giorni dall’entrata in vigore della legge n. 145 del 2002 (quindi incarichi altri e diversi da quelli apicali di cui all’art. 19, c. 3, d.lgs. n. 165 del 2001, per una sola volta in capo a quel Governo, ecco perché *una tantum*). Se così è, *a contrario*, è da ritenersi legittimo lo *spoils system* riferito “a posizioni apicali” del cui supporto l’organo di governo «si avvale per svolgere l’attività di indirizzo politico-amministrativo».

Il legislatore però effettua una serie di interventi legislativi incurante di questo orientamento della Corte costituzionale, con quella che a guardarla isolatamente potrebbe sembrare una vera e propria espansione dell’ampiezza della platea dei soggetti coinvolti dai meccanismi di *spoils system*, a regime e *una tantum*¹⁷. Allargando però lo sguardo ci si accorge che quella fu la risposta legislativa all’improprio ampliamento degli istituti fiduciari, sia sul piano applicativo, sia sul piano normativo; si fa in particolare riferimento allo stravolgimento della *ratio* originaria del conferimento degli incarichi dirigenziali *ex art. 19, c. 6, d.lgs. n. 165/2001*. Si ricorderà infatti che nell’anno 2006 l’art. 2, c. 159, l. n. 286/2006 è intervenuto modificando l’art. 19, c. 8, d.lgs. n. 165/2001 con l’estensione della cessazione degli incarichi dirigenziali (decorsi novanta giorni dal voto di fiducia), anche agli incarichi di funzione dirigenziale di cui all’art. 19, c. 5-*bis*, limitatamente al personale non appartenente ai ruoli di cui all’art. 23, e agli incarichi *ex art. 19, c. 6, d.lgs. n. 165/2001*.

Per comprendere esattamente questa scelta (discutibile e, come vedremo, costituzionalmente illegittima) del legislatore del 2006, occorre guardare alle modifiche che sono avvenute in relazione al testo dell’art. 19, c. 6, d.lgs. n. 165/2001 ed all’uso distorto che dello stesso è stato fatto. La versione originaria dell’art. 19, c. 6, d.lgs. n. 165/2001 prevedeva infatti

¹⁷ D. BOLOGNINO, *Nuove ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale: alcune riflessioni sulle “estensioni” legislative dello spoils system e sulla valutazione del personale con incarico dirigenziale*, in *LPA*, 2008, pp. 58-103; G. GARDINI, *Sulla costituzionalità delle disposizioni in materia di dirigenza pubblica (spoils system) contenute nelle recenti manovre finanziarie*, in *Il Foro amministrativo TAR*, 2011, p. 2968-2977.

la possibilità di conferimento dell'incarico dirigenziale a soggetti "esterni all'amministrazione" quale ipotesi di apporto eccezionale dall'esterno per quelle professionalità di cui la p.a. fosse al suo interno sprovvista. La legge n. 145/2002 è intervenuta su un duplice versante, ampliando sia le percentuali sia i "soggetti" cui è possibile conferire un incarico dirigenziale, sia prevedendo la possibilità di conferire incarichi tanto a dirigenti delle altre amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, c. 2, d.lgs. n. 165/2001, che a dirigenti di organi costituzionali (previo collocamento fuori ruolo, comando o analogo provvedimento secondo i rispettivi ordinamenti)¹⁸, nonché ai soggetti che abbiano maturato i requisiti di cui all'art. 19, c. 6, d.lgs. n. 165/2001 «all'interno delle amministrazioni statali». Al netto delle disposizioni derogatorie del 2019 e 2020 collocate fuori dal TUIP si aggiunga: *i*) da una parte, l'intervento della legge n. 350/2003 che ha innalzato al 70% della dotazione, la misura entro la quale è possibile conferire incarichi di funzione dirigenziale di livello generale, oltre che ai dirigenti di prima fascia dei ruoli di cui all'art. 23, anche a persone con specifiche qualità di cui al c. 6 (con contratto a tempo determinato) (art. 19, c. 3, TUIP); *ii*) dall'altra, l'intervento della legge n. 168/2005, che è intervenuta ampliando ulteriormente i papabili dell'art. 19, c. 6, facendo seguire alle parole «anche presso amministrazioni statali» le parole «ivi comprese quelle che conferiscono gli incarichi».

Queste modifiche legislative, ed in particolare in quest'ultima, rappresentano lo «stravolgimento di quello che, oramai impropriamente, continua ad essere definito come l'affidamento di incarichi ad esterni»¹⁹, garantendo un'ampia "discrezionalità" nella scelta dei soggetti cui conferire l'incarico dirigenziale. Si aggiunga che il quadro normativo appena delineato fu aggravato da una prassi applicativa della normativa distorta in base alla quale incarichi di natura tecnica sono stati utilizzati come incarichi di natura fiduciaria, una prassi applicativa distorta che va avversata perché contraria alla *ratio* della norma (di grande interesse le delibere in sede

¹⁸ Art. 19, c. 5-bis, d.lgs. n. 165/2001.

¹⁹ G. D'ALESSIO, *Nuove norme sulla dirigenza: il legislatore miope e le voci amiche*, in *LPA*, 2005, p. 449.

di controllo preventivo della Corte dei conti *ex art. 3, c. 1, lett. b), l. n. 20/1994*)²⁰.

A fronte di tale situazione “anomala” sul piano normativo, voluta e creata dal legislatore, e sul piano applicativo, causata in parte dal soggetto politico in parte dalla dirigenza apicale e generale, si è intervenuti nel 2006 buttando il bambino con l’acqua sporca. La risposta all’ampliamento dell’utilizzo distorto degli incarichi dirigenziali a soggetti esterni alla p.a., che avrebbero dovuto essere incarichi tecnici, è stata infatti consacrarli come incarichi fiduciari, sottoponendoli a *spoils system*. La Corte costituzionale²¹ ha però costantemente ribadito che il meccanismo dello *spoils system* non deve coinvolgere chi non sia titolare di un incarico di cui all’art. 19, c. 3, d.lgs. n. 165/2001; estendere tale meccanismo di *spoils system* anche a tutti gli incarichi conferiti ai sensi dell’art. 19, c. 5-*bis* e c. 6, d.lgs. n. 165/2001, non appare “coerente”, se si ritiene che la disposizione normativa abbia diritto di permanenza nel nostro ordinamento in quanto volta a consentire l’apporto di figure “professionali/tecniche” di cui la p.a. risulti al suo interno sprovvista. Laddove invece si ritenga che la norma costituisca, di fatto, il mezzo per effettuare “nomine fiduciarie e non tecniche”, non saremmo qui a discutere della legittimità costituzionale dell’estensione dello *spoils system* di cui all’art. 19, c. 8, d.lgs. n. 165/2001, ma, a monte, della legittimità costituzionale di una disposizione che permetterebbe di aggirare il principio del concorso pubblico (*ex art. 97, c. 3, Cost.*) per l’accesso alla dirigenza nelle strutture di *linea*²².

²⁰ A titolo esemplificativo e non esaustivo si vedano le delibere della Corte dei conti, sez. Centrale di controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle amministrazioni centrali sulla sussistenza o meno dei requisiti per il conferimento dell’incarico *ex art. 19, c. 6, d.lgs. n. 165/2001*: Corte dei conti, deliberazione n. 5 del 2002; Corte dei conti, deliberazione n. 7 del 2002, Corte dei conti deliberazione n. 3 del 2003; Corte dei conti, deliberazione n. 7 del 2003; Corte dei conti, deliberazione n. 10 del 2006; Corte dei conti, deliberazione n. 17 del 2009; Corte dei conti, deliberazione n. 18 del 2010; Corte dei conti, deliberazione n. 30 del 2011; Corte dei conti, deliberazione n. 36 del 2014; Corte dei conti, deliberazione n. 4 del 2015; Corte dei conti, deliberazione n. 5 del 2018; Corte dei conti, deliberazione n. 5 del 2020.

²¹ Corte cost. sentenze n. 103 del 2007, n. 161 del 2008, n. 81 del 2010, n. 304 del 2010, n. 124 del 2011, n. 246 del 2011, n. 15 del 2017.

²² Fanno ovviamente eccezione per loro stessa natura le strutture di *staff*. Sul punto Corte cost., sentenza n. 304 del 2010.

3.2 Percentuali di incarichi dirigenziali conferibili ex art. 19, c. 6, d.lgs. n. 165/2001: tra apparente uniformità, penalizzazione delle Regioni e fuga dal TUPI

Particolarmente interessante è poi l'analisi di un profilo specifico della disciplina degli incarichi dirigenziali *ex art. 19, c. 6, d.lgs. n. 165/2001*, ossia quello dei limiti "percentuali" per il loro conferimento.

Si ricorderà che l'art. 40, d.lgs. n. 150/2009 introdusse anche il c. 6-*ter* all'art. 19, d.lgs. n. 165/2001 che stabilisce tutt'ora che le previsioni di cui ai commi 6 e 6-*bis* sono «applicabili alle amministrazioni di cui all'art. 1, c. 2 del d.lgs. 165/2001», tra cui dunque anche le Regioni e gli enti locali. Questa previsione normativa ha indotto le Regioni Piemonte, Toscana e Marche a sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 40, c. 1, lett. *f*), d.lgs. n. 150/2009, ritenendo che l'applicazione alle Regioni dell'art. 19, commi 6 e 6-*bis* violerebbe gli articoli: *a*) 76, Cost. perché la disposizione non è stata oggetto di intesa o di parere in sede di Conferenza unificata, come richiesto dall'art. 2, c. 2, della legge delega 4 marzo 2009, n. 15; *b*) 117, c. 4, Cost. perché la materia apparterrebbe alla competenza residuale delle regioni (organizzazione); *c*) 117, c. 3, Cost. ed art. 119 Cost. in quanto la norma pone un vincolo puntuale all'autonomia finanziaria delle Regioni e non è idonea a realizzare l'effetto di contenimento della spesa pubblica.

Si ricorderà che la Corte costituzionale, con sentenza del 12 novembre 2010, n. 324, ha dichiarato non fondate le questioni sollevate, stabilendo che l'estensione a Regioni ed enti locali delle disposizioni impugnate è legittima in quanto le norme intervengono su materia riconducibile all'ordinamento civile di cui all'art. 117, c. 2, lettera *d*), Cost.. Per la Consulta le disposizioni non riguardano né procedure concorsuali pubblicistiche per l'accesso al pubblico impiego, né la scelta delle modalità di costituzione di quel rapporto giuridico bensì «il conferimento di incarichi dirigenziali a soggetti esterni, che si realizza mediante la stipulazione di un contratto di lavoro di diritto privato. Conseguentemente, la disciplina della fase costitutiva di tale contratto, così come quella del rapporto che sorge per effetto della conclusione di quel negozio giuridico, appartengono alla materia dell'ordinamento civile». Non sussisterebbe, dunque, violazione degli artt. 117, c. 3 e 4, e 119 Cost., perché la norma impugnata non attiene a materie di competenza concorrente (coordinamento della

finanza pubblica) o residuale regionale (organizzazione delle Regioni e degli uffici regionali, organizzazione degli enti locali), bensì alla materia dell'ordinamento civile di competenza esclusiva statale.

Quand'anche ne fosse condivisibile il fine (ossia arginare lo straripare di conferimenti di incarichi dirigenziali a soggetti esterni attraverso l'imposizione di un limite percentuale anche a Regioni ed autonomie locali), l'*iter* interpretativo fornito dalla Corte costituzionale per affermare la competenza legislativa dello Stato non è particolarmente convincente. Far rientrare la fissazione delle percentuali per il conferimento di incarichi dirigenziali a soggetti "esterni" nella materia «dell'ordinamento civile» desta perplessità a chi ha piena consapevolezza del complesso intreccio di fonti privatistiche, pubblicistiche sia *ante* che *post* d.lgs. n. 150/2009 in tema di lavoro pubblico. Si rinvia ad altri scritti per l'approfondimento della ricostruzione dell'assetto delle fonti del lavoro pubblico e della sua ripercussione sul quadro delle competenze legislative emergente dal nuovo Titolo V, parte seconda, Cost., dove convive un intreccio di fonti appartenenti ai diversi livelli di governo²³. Certo è che appare difficile ricondurre l'imposizione di limiti percentuali agli incarichi conferibili a "soggetti esterni" nell'ambito del rapporto di lavoro per attrarla all'«ordinamento civile» come afferma la Consulta (sentenza n. 324 del 2010). Questi limiti non hanno nulla a che vedere con il fatto che «gli incarichi dirigenziali a soggetti esterni, si realizzi mediante la stipulazione di un contratto di lavoro di diritto privato» (Corte cost. n. 324 del 2010), ma si trovano in fase necessariamente antecedente alla stipula del contratto e rientrano piuttosto «nei modi di conferimento della titolarità» degli incarichi, dunque è macro-organizzazione.

L'argomentazione della Corte costituzionale, per quanto claudicante, non è mai più stata messa in discussione, con il fantasma della necessità della «tenuta unitaria» della disciplina del lavoro pubblico in un sistema multilivello, ma in questo modo si impone una «uniformità» non richiesta a livello costituzionale e che è concetto differente da quello di «unità» del sistema, non messo in dubbio dal legislatore costituzionale nel garantire

²³ D. BOLOGNINO, *Corte costituzionale - sentenza del 12 novembre 2010, n. 324: problemi di applicabilità dell'art. 19, comma 6 e 6-bis, alle regioni ed agli enti locali in uno Stato multilivello*, in *LPA*, 2011, p. 144-152.

la valorizzazione delle Regioni e delle autonomie locali in applicazione dell'art. 5 Cost.

Al di là delle critiche di impostazione, è bene evidenziare che per i limiti percentuali di utilizzo di questo istituto il TUPI rischia di essere il “dito” a cui guardare per non accorgersi che la luna è piena di macchie. Infatti tutta questa rigidità verso le Regioni non trova altrettanto rigore al centro, dove assistiamo da un paio d'anni ad una fuga dal TUPI che porta al 12% (invece che all'8%) “la percentuale per gli incarichi di livello dirigenziale non generale” da conferire solamente al personale in servizio presso il MEF²⁴. Dunque promozione dei funzionari interni e solo per un Ministero. L'effetto emulativo non si è fatto attendere e a un anno di distanza, l'aumento di tale percentuale è reso legislativamente possibile anche al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (oggi della mobilità sostenibile)²⁵. Il tutto in legge di bilancio e fuori dal TUPI; come si dice: “occhio non vede e cuore non duole”.

Il quadro sopra descritto è del tutto distonico; impone una uniformità non necessaria alle Regioni e consente solo a poche e specifiche amministrazioni nazionali eccezioni e ampliamenti delle percentuali di incarichi conferibili, creando disparità di trattamento nel sistema multilivello.

È comprensibile che da parte delle amministrazioni vi sia una aspirazione a far crescere professionalmente i dipendenti dall'interno, evitando che si buttino sempre nel calderone di un concorso esterno senza poter valutare la professionalità acquisita sul posto di lavoro. Si dovrebbe però più onestamente ragionare su una riforma mirata del TUPI, ripristinando la vice dirigenza, con ingresso dall'interno, e per i vice dirigenti prevedere un accesso dedicato alla dirigenza con corso-concorso SNA.

Parimenti andrebbe garantito lo spazio delle Regioni di intervenire in quelle che sono norme di macro-organizzazione, pena la mortificazione del Titolo V, parte II Cost. e della loro autonomia.

²⁴ L'aumento della percentuale è avvenuta ad opera dell'art. 1, c. 352, legge 30 dicembre 2018, n. 145.

²⁵ Art. 1, c. 158, legge 27 dicembre 2019, n. 160.

4. L'ampliamento improprio degli istituti di "garanzia". Il caso del trattamento economico accessorio: tra illuminismo della teorica e contaminazione della prassi

Da ultimo, una riflessione sulla deriva eccessivamente garantista che la contrattazione collettiva ministeriale (oggi CCNL funzioni centrali) ha preso verso la dirigenza, o parte di essa, sul piano retributivo. Si ricorderà che anche il trattamento economico accessorio della dirigenza pubblica è stato modellato nel TUPI in chiave manageriale, con l'obiettivo di rispecchiare, attraverso le voci retributive, la fisionomia professionale, funzionale, organizzativa e la capacità di raggiungere i risultati dei dirigenti. Nello specifico, il trattamento economico della dirigenza è articolato in una parte fissa, ossia il trattamento tabellare di base (distinto per la dirigenza "ministeriale" in prima e seconda fascia), che è l'elemento della retribuzione dirigenziale che funge da controprestazione «minima per l'attività lavorativa svolta per il fatto di ricoprire la qualifica dirigenziale»²⁶; e in una parte variabile, ossia la retribuzione accessoria, fortemente legata alla logica riformatrice summenzionata²⁷. Il trattamento economico accessorio è composto da due voci: la retribuzione di posizione e la retribuzione di risultato (art. 24, c. 1, d.lgs. n. 165 del 2001), la prima collegata alla complessità – sul piano organizzativo – della struttura a capo della quella è posto il dirigente, ha carattere oggettivo e ne rimangono estranee le competenze dimostrate in sede di svolgimento dell'incarico e le esperienze maturate; la seconda, ossia la retribuzione (accessoria) legata al risultato, ha come presupposto la valutazione delle *performances*, e i suoi risultati si riverberano e determinano (anche e non solo)²⁸ il *quantum* di retribuzione di risultato spettanti al singolo dirigente. Se questo è il quadro teorico, guardando alla contrattazione collettiva dei giorni nostri emergono alcuni articoli che danno vita ad «un eccesso

²⁶ G.Z. GRANDI, *Il trattamento economico dei dirigenti pubblici tra legge, contrattazione e giurisprudenza*, in *Lavoro e diritto*, 2002, p. 558.

²⁷ S. MAINARDI, *La valorizzazione delle risorse umane nelle p.a. Trattamenti accessori e fondi per la contrattazione integrativa*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2018, p. 12 ss.

²⁸ 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*, Milano, Franco Angeli, 2010.

di garanzia»²⁹; si segnala quale articolo macroscopico, l'art. 32 del CCNL dell'area funzioni centrali del 9 marzo 2020, relativo al trattamento economico del personale dirigenziale in distacco sindacale. La disposizione stabilisce che tali dirigenti, che dunque non hanno un incarico in quanto in distacco sindacale, percepiscono un trattamento economico composto da: «a) stipendio tabellare nonché degli eventuali assegni *ad personam* o RIA in godimento; b) un elemento di garanzia della retribuzione, in una percentuale non inferiore al 60% e non superiore al 90% delle voci retributive conseguite dall'interessato nell'ultimo anno solare di servizio che precede l'attivazione del distacco, corrisposte a carico del corrispondente fondo, tra quelli di cui agli artt. 48, 51, 68, 80, 89, 97, 105, con esclusione dei compensi correlati ad incarichi *ad interim* e aggiuntivi e di quelli previsti da disposizioni di legge». Le voci retributive a cui si fa riferimento sono anche quelle accessorie, che devono essere collegate e commisurate all'effettivo svolgimento di un incarico dirigenziale e al raggiungimento di specifici risultati. La clausola di salvaguardia fa riferimento non solo alla retribuzione di posizione, ma anche alla retribuzione di risultato, quest'ultima è la parte accessoria del trattamento economico erogata a fronte dello svolgimento dell'incarico e dell'avvenuta positiva valutazione delle *performances* (obiettivi mai assegnati nel caso in esame). Si aggiunga poi che la disposizione contrattuale prevede che tali voci retributive siano erogate «in maniera fissa e continuativa su base mensile» (c. 3) e tale natura (fissa e continuativa) «non subisce modifiche, agli effetti pensionistici e dei trattamenti di fine servizio e di fine rapporto, rispetto alle voci retributive precedentemente attribuite all'interessato» (c. 4). Emerge così un'assenza di sinallagmaticità tra prestazione e retribuzione, peraltro con un conseguente effetto di trascinamento anche a fini pensionistici; si trasforma parte del trattamento accessorio in un elemento fisso e continuativo della retribuzione, aggirando anche l'art. 7, c. 5, d.lgs. n. 165/2001.

A fronte di questo ingiustificato garantismo in sede contrattuale centrale (e forse anche in odore di nullità per violazione di norme imperative,

²⁹ D. BOLOGNINO, *Storie di figli e figliastri tra le righe delle disposizioni contrattali e normative dedicate alla retribuzione accessoria della dirigenza pubblica (con osservazioni a margine della sentenza della corte cost. n. 138/2019)*, in *LPA*, 2020, 4, p. 87 ss.

con la possibile applicazione degli artt. 1339 e 1419, c. 2, c.c.), colpisce la penalizzazione del modello autonomistico, cui viene negata anche solo la mera riproduzione del modello retributivo contrattuale ministeriale vigente sin dal 2002 nel CCNL di area dirigenziale per i Ministeri. La recente sentenza n. 138 del 2019 della Corte costituzionale ha dichiarato in parte costituzionalmente illegittime³⁰ le leggi delle Province Autonome di Trento e di Bolzano in tema di indennità della dirigenza pubblica e ordinamento del personale in maniera *tranchant* rispetto alla collocazione in «ordinamento civile» (art. 117, c. 2, lett. l) Cost.) della materia «trattamento economico» senza aver confrontato, nei fatti, i modelli giuridici contrattuali e legislativi «Stato-Provincia Autonoma».

Si noterà che il CCNL di area dirigenziale per i Ministeri (rea funzioni centrali) dal 2002 ad oggi fa emergere un modello generale in cui la parte di retribuzione accessoria di posizione, in sede di contrattazione collettiva, è stata suddivisa in due parti, una parte «fissa» e una «variabile». Per effetto di questa suddivisione e del combinato disposto con altro articolo contrattuale³¹, nel caso in cui la dirigenza ministeriale sia collocata a disposizione dei ruoli, dunque in assenza di svolgimento dell'incarico dirigenziale, percepirà per contratto oltre al tabellare, anche la retribuzione di posizione parte fissa, che invece dovrebbe essere una parte accessoria (e non fissa) della retribuzione.

Il modello provinciale aveva riprodotto tale modello, prevedendo che il personale iscritto all'albo (dirigenti e aspiranti dirigenti) che rientra nella posizione funzionale precedente, percepisca l'assegno personale pensionabile composto dalla percentuale di retribuzione di posizione di «parte fissa», ove ne ricorrano i presupposti per la trasformazione (art. 1, c. 1, l.p. Bolzano n. 9/2017). La trasformazione in assegno è solo la conseguenza del modello organizzativo provinciale, che consente una

³⁰ La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 1, c. 3, 2 e 17, c. 2, della legge della Provincia autonoma di Bolzano 6 luglio 2017, n. 9 («Disciplina dell'indennità di dirigenza e modifiche alla struttura dirigenziale dell'Amministrazione provinciale»); dell'art. 1 della legge della Provincia autonoma di Bolzano 9 febbraio 2018, n. 1 («Norme in materia di personale») e dell'art. 4, c. 1, terzo periodo e c. 3, della legge della Regione autonoma Trentino-Alto Adige 18 dicembre 2017, n. 11 («Legge regionale di stabilità 2018») per violazione dell'art. 81 e dell'art. 117, c. 2, lett. l), Cost.

³¹ Raccolta sistematica ARAN CCNL Area I – dirigenza Ministeri - art. 4, CCNL del 12/02/2010 –2006/2009.

utilizzazione flessibile delle sue risorse umane e del personale iscritto all'albo dei dirigenti, prevedendone – in assenza di incarico – non la messa a disposizione del ruolo del modello statale, ma l'impiego nelle funzioni di provenienza, evitandone l'inattività, per altro con ampi risparmi di spesa sul trattamento economico tabellare. Dall'altro lato, e conseguentemente, riconosce a questo personale – anche economicamente – lo specifico percorso professionale, esattamente come fa il CCNL area Ministeri vigente all'epoca della disposizione.

A vent'anni dal TUPI però registriamo un modello contrattuale nazionale con deviazioni rispetto a *ratio* e contenuti della normativa TUPI, con disposizioni contrattuali eccessivamente garantiste (se non in odore di nullità per violazione di norme imperative) dall'altro lato si nega alle autonomie speciali (costituzionalmente garantite) anche la mera riproduzione del modello nazionale.

5. Conclusioni

La lettura dell'evoluzione-involuzione normativa degli istituti e la loro prassi applicativa – esaminati in questo breve articolo – fa emergere un quadro complesso e critico del rapporto politica-amministrazione, soprattutto per chi lo guarda con gli occhi del modello originario preso sul serio³². Il confine tra politica e amministrazione non è mai fisso, ma è un continuo altalenare a favore dell'uno o dell'altro centro di potere; la "mobilità" di questo confine dipende a monte dalla maggiore forza o maggiore debolezza dell'uno o dell'altro³³.

A livello di amministrazione ministeriale certamente un ruolo importante lo gioca lo spirito di corpo e la crescente competenza tecnica dei dirigenti da una parte, e la maggiore o minore consapevolezza del ruolo istituzionale degli attori politici. Non è una nota critica, ma una presa d'atto che a quadro normativo dato, il gioco lo conducono gli attori e questo si ripercuote sulla tenuta dell'assetto del TUPI.

³² A. BOSCATI, *La riforma mancata: il ruolo della dirigenza pubblica nei nuovi assetti*, in LPA, 2017, pp. 46-83.

³³ G. GARDINI, *La dirigenza pubblica in cerca di identità. Riflessioni alla luce di una riforma interrotta*, in *Diritto Pubblico*, 2017, pp. 155-194.

Nel rapporto Stato-Regioni, sul piano legislativo è innegabile che, per gli istituti presi in esame, le Regioni hanno quasi sempre “giocato in difesa”, a fronte di una legislazione nazionale spesso incurante dell’assetto del Titolo V, parte II, Cost.³⁴, e con una Corte costituzionale che in tema di lavoro pubblico ha spesso difeso l’uniformità (che è ben diversa dall’unità di cui all’art. 5 Cost.), anche ove non necessitata dall’assetto costituzionale, a scapito dell’autonomia costituzionalmente garantita delle Regioni (anche di quelle a Statuto speciale). La sensazione è che per i livelli territoriali pesi la parte “mancante” della riforma del Titolo V³⁵, ossia la trasformazione del Senato in Camera delle Regioni e delle autonomie locali.

Strada ne è stata fatta tanta e gli studi sull’applicazione delle norme potrebbero certamente aiutare a perfezionare un TUP³⁶ e l’idea di pubblico impiego contrattualizzato preso sul serio, che sia davvero Testo unico, abrogando tutte la ragnatela di norme e norme disfunzionali che stanno riemergendo e inserendo i rimedi alle distorte prassi applicative... in chiusura servirebbe dunque un incoraggiante «ricomincio da tre»³⁷.

³⁴ B.G. MATTARELLA, *La riforma del Titolo V: bilancio e prospettive*, in *GDA*, 6, 2015, pp. 731-73; G.C. DE MARTIN, *Autonomie e policentrismo normativo prima e dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Studi in onore di Fausto Cuocolo*, Milano, 2005, pp. 391-408.

³⁵ F. CORTESE, *La nuova stagione del regionalismo differenziato: questioni e prospettive, tra regola ed eccezione*, in *Le Regioni*, 2017, pp. 689-709; R. BIFULCO, *L’onda lunga della sentenza n. 251/2016 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 3, 2017.

³⁶ L. ZOPPOLI, *La stagione delle riforme: pubblico e privato a confronto*, in *LPA*, 2017, pp. 25-38.

³⁷ M. TROISI, *Ricomincio da tre*, Italian International Film, 1981.