

**Université Panthéon-Assas
école doctorale de Droit public**

Università degli studi di Roma “Tor Vergata”

Facoltà di Economia

Dottorato di ricerca in Diritto del lavoro, sindacale e della previdenza sociale

XXV ciclo del corso di dottorato

Tesi di dottorato
Discussa il 27 giugno 2014

**I poteri del datore di lavoro pubblico nel diritto comparato italo-francese
(« les pouvoirs de l’employeur public en droit comparé franco-italien »)**

Tesi di dottorato – giugno 2014



Université Panthéon-Assas



Maurizio Raffaele FRUGIS

**Sotto la direzione dei prof. Gilles J. Guglielmi
e Antonio Pileggi**

Membri della commissione giudicatrice:

Prof. Gilles J. Guglielmi - Prof. ordinario - Direttore di Tesi

Prof. Antonio Pileggi - Prof. ordinario - Direttore di Tesi

Prof. Sergio Magrini – Prof. ordinario - Componente

Prof.ssa Lucie Cluzel - Prof. associato - Componente

Prof.ssa Ivana Marimpietri - Prof. associato – Relatore

Prof. Nicola De Marinis - Prof. associato – Relatore

Nota

Le facoltà non intendono dare alcuna approvazione né disapprovazione alle opinioni riportate in questa tesi ; esse devono essere considerate come proprie dell'autore.



Ringraziamenti

Riassunto: L'objet de cette thèse est une comparaison entre les dispositifs de gestion du personnel des administrations publiques françaises et italiennes, afin d'explorer leur efficacité et d'identifier les principaux problèmes qui émergent à la suite de leur application.

La loi italienne assimile le dirigeant à l'employeur privé. Il est donc le titulaire formel et substantiel des prérogatives de l'employeur public. En ce qui concerne les relations de travail, à l'exception de normes spéciales de droit public qui sont à l'intérieur du Texte unique de l'emploi public, le législateur renvoie à la négociation collective et aux mêmes règles qui régissent la relation de travail au sein de l'entreprise privée.

Dans la fonction publique française le droit du travail est inapplicable. Toutefois, on remarque l'influence réciproque de celui-ci et du droit de la fonction publique. Il n'y a pas de place pour la négociation : le fonctionnaire doit accepter le régime juridique imposé par l'employeur public.

En dépit des apparences et malgré deux différents régimes juridiques, les deux systèmes en évoluant montrent toujours davantage de ressemblances, notamment en ce qui concerne les outils de gestion du personnel, le recours aux contractuels et le rôle de la négociation collective.

Il se trouve que la souplesse dans la gestion des ressources humaines n'est pas nécessairement liée à la forme juridique de la relation de travail des fonctionnaires. Le choix unilatéralisme/négociation, régime de droit public ou de droit privé est mal posé. Même le statut constitue un cadre souple, ce sont plutôt certaines pratiques politiques et administratives qui causent des dysfonctionnements.

Pour gagner en efficacité, il ne s'agit pas, pour l'Italie, de supprimer la privatisation de l'emploi public, et non plus pour la France de supprimer le régime statutaire.

Il se trouve que les deux administrations publiques n'utilisent pas toutes les possibilités offertes par les normes. Il faut investir sur les ressources humaines afin que les hauts fonctionnaires deviennent de vrais managers, plutôt que de continuer à envisager sans cesse des réformes radicales.

Descripteurs : *Droit de la fonction publique ; emploi public ; contrat ; titulaire ; contractuel ; non titulaire ; agent public ; fonctionnaire ; ressources humaines. mobilité ; évaluation ; notation ; sanction disciplinaire ; syndicats ; dialogue social ; privatisation ; encadrement ; pouvoir hiérarchique ; chef de service ; dirigeant.*

Title and Abstract : *The Powers of the Public Employer in Comparative Law : France/Italy.*

This research consists in a comparison between the legal instruments of human resource management in the French and Italian public service sector. The objective is to evaluate their efficacy and uncover the main problems linked to their implementation.

In the Italian public service sector, the manager is assimilated to the employer found in private firms. The link between the public servant and the administration is first regulated by a specific law, then by collective bargaining and labour law.

In the French system, labour law isn't applied to the public service sector. However, labour law has an influence on it, and vice versa. Collective bargaining doesn't have any formal rule because the civil servant must accept conditions imposed by the administration.

Despite appearances, throughout their evolution the two systems seem to increasingly resemble each other, particularly in the realm of human resource management legal instruments, the use of temporary jobs and the rule of collective bargaining.

It seems that flexibility in human resource management isn't necessarily associated to the nature – public, private or mixed - of the link between the public servant and the administration. The choice between unilateralism and negotiation, administrative law and labour law doesn't matter so much.

Though French statute law is flexible, there are some political and administrative customs which are damaging.

In both Italy and France, public administrations do not need to ignore - respectively - privatisation and statute law in order to become more effective.

It seems that public administrations do not use all the possibilities offered by existing laws. They have to invest in human resources in order to transform office directors into real managers, rather than to continuously work on useless or damaging radical reforms.

Keywords : contract ; civil service ; public agent ; status ; public employment; civil servant; public administration ; temporary jobs; public servant; public manager; privatisation; evaluation; mobility; collective bargaining; unions.



Principali abbreviazioni

Ass	Assemblea
AJDA	Actualité Juridique Droit Administratif
AJFP	Actualité Juridique Fonctions Publiques
CAA	Cour administrative d'appel
CAP	Commissione amministrativa paritaria
CCC	Cahiers du Conseil Constitutionnel
CCNL	Contratto collettivo nazionale di lavoro
CE	Consiglio di Stato (francese)
CFP	Cahiers de la FP et de l'administration
cfr	confronta
CGCT	Code général des collectivités territoriales
Cod.Civ.	Codice Civile
Concl.	Conclusioni
CS	Consiglio di Stato (italiano)
D.	Recueil Dalloz
d.lgs.	Decreto legislativo
D.L.	decreto legge
DA	Droit Administratif
DGAFF	Direction générale de l'administration et de la fonction publique
FP	Fonction publique
FPE	Fonction publique d'Etat
FPT	Fonction publique territoriale

GPEC	Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences
GPEEC	Gestion prévisionnelle des emplois des effectifs et des compétences
GRH	Gestion des ressources humaines
ibid.	ibidem
J.O.	Journal Officiel
JCP	JurisClasseur Périodique
l.	legge
LOLF	loi organique relative à loi de finance
LPA	Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni.
LPO	Lavoro e previdenza oggi
PA	PA
Rec.	Raccolta Lébon
Req.	Sentenza della Corte di Cassazione
RFAP	Revue Française d'Administration Publique
RGCT	Revue Générale des Collectivités Territoriales
Sect.	Sezione
SG	Titolo I : Legge n° 83-634 del 13 luglio 1983 intitolata “diritti e obbligazioni dei funzionari” (legge Le Pors), conosciuto come “Statuto generale della funzione pubblica”.
SGFPE	Titolo II : Legge n° 84-16 dell'11 gennaio 1984 intitolata « disposizioni statutarie relative alla funzione pubblica statale »

SGFPT

Titre III : Legge n° 84-53 del 26
gennaio 1984 intitolata
« disposizioni statutarie relative alla
funzione pubblica territoriale »

TA

Tribunal administratif

TUPI

D.lgs. 165/2001, Norme generali
sull'ordinamento del lavoro alle
dipendenze delle amministrazioni
pubbliche, conosciuto come Testo
Unico sul pubblico impiego.

v.

vedere

vol.

volume

Sommario

Tesi di dottorato – giugno 2014.....	1
Introduzione.....	14
Prima parte: la gestione delle risorse umane nel pubblico impiego.	50
Titolo primo: Il diritto del lavoro pubblico alla prova della gestione delle risorse umane	50
Capitolo primo: l’identificazione del datore di lavoro pubblico e delle sue prerogative	50
Sezione I: il datore di lavoro politico.	50
Paragrafo I: l’individuazione del datore di lavoro politico e le sue competenze.....	50
Paragrafo II: i rapporti con il datore di lavoro amministrativo.	60
Sezione II: il datore di lavoro amministrativo.	65
Paragrafo I: il ruolo del management pubblico.....	65
Paragrafo II: le prerogative manageriali nella gestione delle risorse umane.....	90
Capitolo secondo: I poteri del datore di lavoro tra gestione per mestieri e modello di competenze	102
Sezione I: gestione per mestieri e per competenze nel pubblico impiego italiano e francese.	102
Paragrafo I: un percorso avviato ma ancora lontano dalla conclusione.	102
Paragrafo II: il modello manageriale opposto alla logica statutaria	123
Sezione II: il doppio incrocio diritto pubblico/diritto privato,.....	136
Paragrafo I: l’introduzione di strumenti di gestione di tipo privatistico.	136
Paragrafo II: “la rivoluzione silenziosa “ dell’individualizzazione nella gestione del rapporto di lavoro.	148
Conclusioni.....	158
Titolo secondo: I limiti dei poteri del datore di lavoro pubblico.....	160
Capitolo primo: Il dovere di disobbedienza del funzionario.	160
Sezione I: il diritto-dovere di disobbedienza e le sue difficoltà applicative.....	160
Paragrafo I: Il diritto-dovere di disobbedienza tra “semplice illegalità” e compromissione dell’interesse pubblico	160
Paragrafo II: Ordine illegittimo e ordine criminoso.....	174
Sezione II: Il diritto di abbandonare il posto di lavoro, individualmente o collettivamente.	183
Paragrafo I: il diritto di ritirarsi da una situazione pericolosa.	183

Paragrafo II: il potere di precettazione dell' autorità amministrativa davanti al legittimo esercizio del diritto di sciopero.	189
Capitolo secondo: L'esercizio eccessivo del potere direttivo. Il mobbing nel pubblico impiego.	196
Sezione I: la "molestia morale" tra diritto amministrativo e diritto privato.	196
Paragrafo I: qualificazione della fattispecie.	196
Paragrafo II: le specificità nel pubblico impiego.	202
Sezione II: tecniche di tutela del lavoratore	211
Paragrafo I: la tutela del lavoratore pubblico in caso di mobbing.	211
Paragrafo II: la tutela del funzionario che subisce molestia sessuale.	217
<i>Seconda parte: l'esercizio dei poteri del datore di lavoro pubblico.</i>	225
 Titolo primo: I poteri di tipo organizzativo	225
Capitolo primo: I poteri del datore di lavoro pubblico rispetto al sindacato.	225
Sezione I: Le prerogative della parte pubblica nei confronti della controparte sindacale.	225
Paragrafo I: il ruolo e le materie concesse alla negoziazione.	225
Paragrafo II: La struttura della contrattazione e gli organi nelle quali si esercita il potere negoziale del datore di lavoro pubblico.	238
Sezione II: Il conflitto tra potere negoziale datore di lavoro pubblico e il sindacato.	250
Paragrafo I: La posizione del sindacato francese rispetto alle riforme e al nuovo modello di dialogo sociale.	250
Paragrafo II: L'attività di negoziazione nel pubblico impiego italiano e le posizioni delle maggiori confederazioni sindacali.	256
Capitolo secondo: dallo ius variandi alla licenziabilità del dipendente pubblico.	268
Sezione I: La mobilità imposta per esigenze di servizio.	268
Paragrafo I: La mobilità collettiva e il mutamento di mansioni nel pubblico impiego italiano	268
Paragrafo II: la mobilità imposta e il mutamento di mansioni nella PA francese.	285
Sezione II: La licenziabilità del dipendente pubblico.	295
Paragrafo I: l'applicabilità dell'art.18 dello Statuto dei lavoratori ai dipendenti pubblici.	295
Paragrafo II: la situazione di "riorientamento professionale" introdotta dalla legge sulla mobilità per i funzionari dello Stato francese.	304
Conclusioni	314
 Titolo secondo: I poteri rispetto al personale	322
Capitolo primo: Il potere di valutazione e di remunerazione	322
Sezione I: Il potere di valutazione	322

Paragrafo I: il complicato percorso della valutazione nella PA italiana.	322
Paragrafo II: La valutazione nella PA francese.	334
Sezione II: Il potere di incentivare il personale.	343
Paragrafo I: La remunerazione del merito nella PA italiana.	343
Paragrafo II: La remunerazione del merito nella PA francese.	355
Conclusione	368
Capitolo secondo: Il potere disciplinare.	372
Sezione I: titolarità e fonti normative.	372
Paragrafo I: Un potere “ad esercizio forzato” nella PA italiana.	372
Paragrafo II: il potere di avviare il procedimento disciplinare nella fonction publique francese	384
Sezione II: Il potere di irrogare una sanzione disciplinare.	391
Paragrafo I: la sanzione disciplinare nel pubblico impiego italiano tra discrezionalità e obblighi di legge.	391
Paragrafo II: la sanzione disciplinare nel pubblico impiego francese.	400
Conclusioni.....	415
Résumé en langue française.....	434
Bibliografia.....	497
Indice	530

Introduzione

L'oggetto della presente tesi è una comparazione tra gli strumenti di gestione del personale delle amministrazioni pubbliche francesi ed italiane.

Nel corso di questo lavoro di ricerca si tratterà:

- della dinamica delle evoluzioni del diritto del pubblico impiego tanto in Italia quanto in Francia;
- delle differenze tra le due fonti del diritto, pubblico per la Francia e privato per l'Italia, in seguito alla privatizzazione dei rapporti di lavoro, avvenuta nel 1993;
- dell'identificazione della figura del datore di lavoro pubblico con il dirigente nel pubblico impiego italiano, che in Francia non è completamente equiparabile al datore di lavoro privato;
- dei nuovi poteri del datore di lavoro pubblico nella gestione delle risorse umane, che il legislatore italiano e quello francese hanno introdotto con le leggi approvate negli ultimi anni ;
- della contrattualizzazione e privatizzazione del diritto del pubblico impiego nonché delle prerogative della contrattazione collettiva, nei confronti delle quali il legislatore italiano si è mostrato all'inizio molto fiducioso ma poi, con la riforma del 2009, ha fatto un deciso passo indietro; il legislatore francese invece si muove con molta prudenza, e non mancano le proposte che si ispirano al modello italiano;
- delle prospettive future del pubblico impiego francese e italiano, anche alla luce dei progetti di riforma che vengono discussi in ambito politico e dagli specialisti della materia.

Obiettivi della ricerca. Nel corso di questa introduzione si è inteso dare un colpo d'occhio sulla situazione attuale del pubblico impiego in Francia e in Italia. Essa appare alquanto fluida e complessa. Da una parte, infatti, abbiamo ricordato che la struttura amministrativa francese ha una storia e una cultura profonda. Essa, tra le più efficienti a livello europeo, è stata accusata di eccessiva rigidità ed esasperato

centralismo. L'inquadramento giuridico e normativo del personale appare ancora legato a norme di stampo esclusivamente pubblicistico. Da notare in proposito che il dialogo con i sindacati è, almeno nella forma, ancora riservato ad una serie di commissioni paritetiche centrali e periferiche che decidono su singoli argomenti.

Negli ultimi decenni questo quadro si è continuamente evoluto, ammodernato e razionalizzato. A partire dalle importanti riforme che si sono susseguite dagli anni '80, la pubblica amministrazione francese ha saputo rinnovarsi grazie ad una precisa volontà politica di investire su di essa.

Recentemente, come è noto, la Francia e l'Italia sono sottoposte ad una profonda revisione dell'apparato amministrativo e a politiche tendenti ad una riduzione dei costi, non ultimo mediante una diminuzione progressiva degli organici.

Analizzare i poteri del datore di lavoro pubblico è l'occasione per scoprire se essi sono idonei ad interpretare questa nuova fase storica del servizio pubblico; se, nonostante le difficoltà, i due Paesi sono in grado di salvaguardare quel patto di cittadinanza che è il fondamento di molte democrazie moderne.

Nella ricerca si indagherà sull'efficacia degli strumenti a disposizione delle pubbliche amministrazioni per gestire il personale e sui principali problemi che emergono dal loro utilizzo.

Il presente lavoro di ricerca si svolge in un momento chiave per le due pubbliche amministrazioni. La "riforma Brunetta" del 2009 risponde alla necessità di identificare il dirigente come rappresentante del datore di lavoro pubblico, rafforzando il ruolo di responsabile della gestione delle risorse umane, di responsabile della qualità e quantità del servizio reso al cittadino, nonché quello di indebolire il ruolo dei sindacati. Per questo, il legislatore indica chiaramente le materie che rientrano nel campo dei contratti collettivi e quelle che rientrano esclusivamente nelle prerogative dei dirigenti. Ad oltre quattro anni e mezzo dall'approvazione della riforma, è interessante verificare se essa abbia effettivamente apportato benefici nella gestione del personale e se i dirigenti stiano concretamente utilizzando i nuovi poteri loro concessi e secondo quali modalità, o se questi si rivelano ancora insufficienti, soprattutto per quel che riguarda i profili disciplinari, la

mobilità e la valutazione. Sarà anche interessante verificare se il ruolo dei sindacati è effettivamente marginalizzato in seguito alla riforma, o se le pratiche di cogestione fra essi e l'amministrazione restano diffuse. Ma soprattutto, occorre capire se si può considerare effettivamente il dirigente come il datore di lavoro del personale assegnato ai suoi uffici, o se invece questa equiparazione non si riveli, in realtà, una finzione giuridica irrealizzabile.

Anche in Francia la PA è in corso di trasformazione e si sta progressivamente allontanando dal sistema di gestione del personale di tipo egalaritario basato sullo "statuto", sostituito da un sistema differenziato per "mestieri"; anche il ruolo prevalente del diritto pubblico è ormai messo in discussione. Il 23 luglio 2009 è stata approvata la legge sulla mobilità dei funzionari. Si tratta di una legge che ha rafforzato i poteri del datore di lavoro pubblico in un modo più latente, ma non meno efficace, introducendo strumenti innovativi nella gestione del personale. L'ambizione di questa legge è di permettere alle amministrazioni di disporre di risorse umane più adatte ai loro bisogni e ai cambiamenti organizzativi nei quali sono coinvolte.

Nella passata legislatura è stata depositata al Senato francese la proposta di legge n. 3088, con l'obiettivo di riservare lo statuto del pubblico impiego ai funzionari che esercitano una funzione definita *régalienn*e, ovvero strettamente legata all'esercizio dei pubblici poteri. Traendo spunto dal dibattito aperto da questo progetto di legge, il lavoro di ricerca tenterà di rispondere alla domanda seguente: quali di questi due sistemi permette una gestione più efficace del personale? Detto altrimenti, la flessibilità nella gestione delle risorse umane è necessariamente legata alla forma giuridica del rapporto di lavoro dei funzionari?

Sarà compiuta una valutazione pregi/difetti di ciascun modello, verificando per ciascuno cosa ha funzionato meglio e cosa meno e quali aspetti dell'uno potrebbero essere eventualmente mutuati dall'altro. In determinati casi, sarà possibile valutare quale delle soluzioni proposte dai due ordinamenti possa essere considerata la migliore. Al termine dell'analisi, si potrà intuire come mai il Governo italiano abbia annunciato una nuova riforma in materia di pubblico impiego, al fine di correggere la precedente.

Questo lavoro di tesi cercherà di rispondere alle seguenti domande: fino a che punto è possibile oggi affermare che il rapporto di lavoro in Italia è disciplinato contrattualmente?

Quanta reale differenza c'è, a livello di potere datoriale, tra il lavoro pubblico privatizzato e quello per il quale si applica ancora il testo unico sul pubblico impiego?

E, all'inverso, fino a che punto è corretto affermare che i poteri del datore di lavoro pubblico si esercitano, in Francia, in maniera unilaterale?

Interesse scientifico dei risultati attesi. Trattare dei “poteri del datore di lavoro pubblico nel diritto comparato franco-italiano” è interessante per molteplici ragioni. Innanzitutto, è doveroso constatare le molteplici similarità storiche tra il sistema giuridico francese e quello italiano, frutto della stessa tradizione di diritto romano. L'analisi dell'evoluzione dei due sistemi non è stata mai svolta sotto l'aspetto dei poteri del datore di lavoro pubblico. Ciò giustifica la realizzazione di questo studio. Inoltre, la scelta di una comparazione Francia-Italia è pertinente per il fatto che le riforme già entrate in vigore o ipotizzate in materia di pubblico impiego, in entrambi i paesi, sono state presentate come ispirate al modello vicino.

Questo studio è reso ancor più interessante poiché viene svolto in un momento cruciale per le due amministrazioni, che si trovano sulla strada del cambiamento.

Metodologia. Nel corso di questa ricerca si terrà separato l'approfondimento dei contenuti giuridici dall'analisi sistematica.

I contenuti giuridici vanno contestualizzati secondo il metodo comparativo, poiché riflettono la cultura giuridica da cui discendono. Essi costituiscono gli strumenti su cui si poggia l'azione amministrativa. Rispetto ad essi si effettuerà un controllo di coerenza interna.

La distinzione pubblico/privato si riferisce alla tipologia degli strumenti a disposizione del legislatore, ovvero se essi operano su un piano negoziale/paritario o autoritativo/provvedimentale¹.

¹ Cfr. ZOPPOLI, Bentornata realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica, WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT – 168/2013, pag. 4

Da un altro lato, invece, si indagherà sulla loro idoneità a raggiungere l'obiettivo desiderato dal legislatore, ovvero sui fini dell'azione amministrativa.

Per la buona riuscita di questa ricerca, è opportuno che i due piani siano sempre tenuti distinti.

La metodologia di lavoro da seguire è, in primo luogo, quella della ricerca bibliografica, dell'osservazione sul campo, unitamente allo svolgimento di interviste ad attori della PA italiana e francese; in secondo luogo, si utilizzeranno le metodologie tipiche del diritto comparato.

Il metodo della ricerca bibliografica è noto e non necessita di approfondimenti in questa sede.

Quanto all'osservazione, il sottoscritto si servirà della sua esperienza professionale nella pubblica amministrazione italiana, nello specifico: oltre tre anni nella Direzione Centrale del Personale di un grande ente pubblico nazionale, quasi un anno nella PA locale e gli incarichi, entrambi in corso, rispettivamente come responsabile del servizio finanziario di un Comune nonché di componente del Nucleo di Valutazione² di un altro ente locale. Quest'ultima esperienza è molto significativa poiché si tratta dell'organo preposto alla valutazione della performance organizzativa e di quella individuale dei dirigenti. Questo organismo è stato creato dalla riforma del 2009 al fine di introdurre principi di gestione manageriale nel pubblico impiego e di valutare con obiettività gli obiettivi gestionali raggiunti.

Al fine di redigere questo studio comparato, è stato organizzato un soggiorno in Francia di due anni e mezzo, durante il quale sono stati svolti dei colloqui con funzionari e alti dirigenti della *fonction publique* francese.

In questo periodo si è avuto modo di conoscere le dinamiche della PA in Francia, le fonti del diritto, i rapporti tra politica e amministrazione, l'esistenza di una pluralità di *fonctions publiques*.

[http://csdle.lex.uncti.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-IT/20130307-041216_zoppoli_n168-2013itpdf.pdf]

A livello di interpretazione della norma, ciascun termine sarà considerato nel suo sistema con riferimento agli aspetti giuridici, politici, economici e sociali.

Nell'utilizzo del metodo del diritto comparato, non ci si limiterà ad analizzare la struttura teorica attuale del diritto del lavoro pubblico nei due paesi, ma si terrà anche conto della fisionomia che questa disciplina ha assunto nel corso del tempo. Non si ritiene sufficiente la conoscenza materiale delle soluzioni giurisprudenziali, ma si ravvisa la necessità di un approfondimento sulla provenienza e la ragion d'essere di ciascuna. Seguendo un approccio funzionale, gli istituti giuridici saranno analizzati anche e soprattutto in base al ruolo e agli obiettivi che essi hanno nel loro sistema giuridico.

Con questo criterio, il focus sarà posto da una parte sulla funzione occupata dalla norma e dall'altra sulla sua reale attitudine a svolgere la funzione assegnata.

L'analisi pregi/difetti di ciascun modello sarà svolta argomentando ogni osservazione in punta di diritto, valutando la chiarezza delle norme, la loro coerenza complessiva, la possibilità che esse diano luogo ad interpretazioni problematiche tali da renderne difficile l'applicazione.

In fin dei conti, il metodo comparativo consentirà di far meglio comprendere le forze e le debolezze di ciascun modello giuridico.

Per cogliere il senso, le ragioni e gli obiettivi dell'analisi dei poteri del datore di lavoro pubblico in Italia e in Francia, occorre innanzitutto evidenziare gli elementi essenziali e, conseguentemente, le differenze strutturali del pubblico impiego nei due paesi.

L'individuazione delle fonti del diritto del lavoro pubblico in Italia. Sussiste una profonda interazione tra il tema dei poteri del datore di lavoro pubblico e quello delle fonti.

L'individuazione delle fonti del diritto è propedeutica all'analisi delle prerogative del datore di lavoro pubblico.

In Italia, prima delle riforme degli anni novanta il rapporto di lavoro pubblico era interamente disciplinato dalla legge.

In seguito, prima con il d.lgs. n. 29/1993, in seguito con la legge n.59/1997 e il d.lgs. n.80/1998, hanno preso corpo quelle che sono state definite rispettivamente la “prima e la seconda privatizzazione” del pubblico impiego.

Con la prima, si affermava per la prima volta che un vasto segmento di rapporti di lavoro con la pubblica amministrazione era disciplinato esclusivamente per via contrattuale.

Con la seconda, si riscriveva in sostanza l’intero diritto sindacale del settore pubblico, fissando la competenza della giurisdizione ordinaria sui rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni.

Gli articoli 2 - 3 e 4 dell’attuale testo unico sul pubblico impiego (d.lgs. n. 165/2001, che d’ora in poi sarà chiamato TUPI) ne disciplinano le fonti, stabilendo che quella legale è fondamento dell’organizzazione degli uffici.

Il TUPI disciplina anche i rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni. In realtà, fatte salve le norme speciali in materia di rapporto di lavoro contenute nel testo unico, il legislatore rinvia alle norme che regolano il rapporto di lavoro tra privati (capo I, titolo II, del libro V del codice civile) oltre che alle leggi in tema di rapporto di lavoro subordinato nell’impresa.

Inoltre, l’articolo 40, comma 1, del d.lgs. 165/2001, afferma il principio in base al quale il rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni è disciplinato dalla contrattazione collettiva.

In altri termini, la disciplina “generalista” del rapporto di lavoro nel settore privato si applica laddove non ci sono norme specifiche dettate dal legislatore per il settore pubblico e sulle materie per le quali la legge non ha previsto una riserva in favore della contrattazione collettiva.

Questo equilibrio tra TUPI, norme di diritto del lavoro nel settore privato e contrattazione, scaturisce dalla riforma Brunetta del 2009, di cui costituisce l’aspetto più significativo.

Infatti, la “seconda privatizzazione” aveva delegato la contrattazione collettiva a sostituire tutta la normativa speciale del pubblico impiego, all’epoca talmente vasta

da costituire una separata realtà normativa. La contrattazione, nel settore pubblico, era collocata ad un livello gerarchicamente superiore alla fonte legale.

Così facendo, il legislatore aveva sancito una concreta situazione di parità tra il rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze dell'impresa e quello alle dipendenze della pubblica amministrazione.

Dopo l'approvazione del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, in attuazione della legge n°15/2009, si è assistito ad un parziale ritorno al passato, ovvero ad una rilegificazione del lavoro pubblico, dovuta ad una minore fiducia del legislatore nella contrattazione collettiva, le cui competenze si sono indubbiamente ristrette. Infatti, allo stato attuale appare difficile sostenere che il rapporto di lavoro dei dipendenti di cui all'art 2 c.2 del d.lgs n. 165/2001 sia ancora di tipo "contrattualizzato".

Gli aspetti che sono restati immutati nella disciplina del lavoro pubblico sono la separazione dei ruoli tra politica ed amministrazione, il ruolo chiave attribuito alla dirigenza, la maggiore attenzione alla responsabilità oltre a quello della legalità, l'attribuzione delle controversie allo stesso giudice del lavoro privato.

La contrattazione individuale rimane, formalmente, la fonte primaria del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni. Essa richiama quella collettiva, delegata a disciplinare il rapporto di lavoro. A differenza che nel settore privato, il TUPI impone che anche la contrattazione collettiva rispetti criteri di parità di trattamento tra i funzionari. In conclusione, in quest'ambito del rapporto di lavoro, gli spazi per la contrattazione individuale sono limitati, eccetto che per l'alta dirigenza, dove determinati trattamenti economici possono essere attribuiti sulla base della contrattazione individuale.

Categorie di rapporti di lavoro non privatizzati. È opportuno ricordare che la privatizzazione e la contrattualizzazione dei rapporti di lavoro non hanno interessato il pubblico impiego nella sua globalità. Ai magistrati ordinari, amministrativi e contabili, agli avvocati e ai procuratori dello Stato, al personale militare e delle

Forze di polizia (pari al 15% dei pubblici dipendenti) si applica ancora il vecchio Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato³ e il rapporto di lavoro è disciplinato in modo unilaterale dal datore di lavoro.

La scelta di quali categorie di lavoratori pubblici dovessero sfuggire alla privatizzazione è stata una scelta esclusivamente politica.

Le prerogative manageriali del dirigente. La legge italiana costruisce giuridicamente un soggetto che svolge effettivamente funzioni assimilabili a quelle del datore di lavoro privato e non solo. Titolare formale e sostanziale delle prerogative datoriali all'interno delle pubbliche amministrazioni è il dirigente pubblico. Nell'ultimo intervento riformatore (d.lgs. n. 150/2009) emerge chiaramente la maggiore attenzione al ruolo datoriale del dirigente, quale organizzatore del lavoro, piuttosto che tecnico, dedito prevalentemente al disbrigo dell'attività amministrativa. L'insufficiente autonomia concessa al dirigente e la sua eccessiva fidelizzazione politica ne avevano indebolito il ruolo. Per assicurare il progressivo miglioramento delle prestazioni erogate al cittadino-utente, il legislatore ha ritenuto indispensabile rafforzare il ruolo della dirigenza.

Con la seconda privatizzazione (d. lgs. n. 80/1998) in particolare, al fine di agevolare il raggiungimento degli obiettivi prefissati, al dirigente è stata concessa un'ampia autonomia gestionale e decisionale, accompagnata da una responsabilità di tipo manageriale. A tal fine il legislatore ha distinto macro e micro-organizzazione: la prima, espressione di un potere organizzativo pubblico, è stata mantenuta sotto la disciplina pubblicistica, mentre la seconda, espressione di un potere privatistico, utilizza atti di diritto privato. I poteri del privato datore di lavoro si affiancano ai poteri pubblici che il dirigente esercita quando adotta atti amministrativi.

La recente legge c.d. "anticorruzione" n. 190/2012, prevedendo la rotazione degli incarichi dirigenziali all'interno delle PA, ha accentuato ancora una volta il ruolo manageriale rispetto a quello di tecnico. Fatto salvo il possesso dei titoli di studio necessari, il dirigente dovrebbe essere idoneo a ricoprire più incarichi, anche non

³ Decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3, Pubblicato nella G.U. 25 gennaio 1957, n. 22

immediatamente attinenti la sua personale specializzazione, purché disponga di capacità di leadership, di organizzazione del lavoro e di gestione delle risorse umane.

La PA, tramite i dirigenti, agisce nei confronti dei lavoratori su un piano di parità formale, esercitando una serie di poteri che traggono il loro fondamento dal contratto di lavoro; ai poteri datoriali fanno da contrappeso i diritti soggettivi riconosciuti ai lavoratori. Pertanto, i poteri dell'amministrazione relativi al rapporto di lavoro con i dipendenti perdono le caratteristiche del provvedimento amministrativo per assumere quelle di atti negoziali, espressione di autonomia privata

I limiti del potere datoriale. Mentre il dirigente del settore privato esprime un potere economico che non incontra sostanziali limitazioni, essendo il frutto della libertà di iniziativa economica privata costituzionalmente tutelata, il potere del dirigente pubblico, essendo legato all'interesse generale, incontra inevitabilmente limiti sostanziali e procedurali (a tutela sia dei dipendenti che della collettività) che ne riducono la discrezionalità. Pertanto il rinvio alla capacità ed ai poteri del privato datore di lavoro è più una costruzione giuridica che una realtà della vita amministrativa.

Le fonti del lavoro pubblico in Francia. Oltralpe il rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici è regolato da statuti particolari (*statut*) che non si rifanno al Codice del lavoro (*Code du Travail*), in vigore per i dipendenti del privato. Le norme statutarie regolano tutte le materie che vanno dall'assunzione alla progressione di carriera e alla retribuzione. Questo accade non per retaggio o per questioni ideologiche che riguardino una qualche concezione statalistica, ma perché questi lavoratori (i *fonctionnaires*), secondo il sistema francese, sono chiamati a gestire gli interessi generali della nazione, come aveva teorizzato Léon Duguit, principale esponente della scuola del Service public.

Secondo Duguit, il rapporto di lavoro di chiunque sia incaricato di un servizio pubblico, deve essere conseguentemente regolamentato da uno statuto e da norme speciali, che riflettono la specialità dell'attività svolta. Questi particolari lavoratori esercitano una funzione speciale, essendo di natura pubblica. In Francia questa

concezione è rimasta pressoché intatta ancora fino ai giorni nostri. Come vedremo non è proprio così per tutti i dipendenti pubblici, ma il principio appare sino ad oggi salvaguardato, anche con un certo successo.

Oggi, le norme che regolano i dipendenti pubblici francesi si basano essenzialmente su quattro statuti fondamentali:

- Disposizioni Generali, Titolo I legge n. 83/634 del 13 luglio 1983;
- Disposizioni per la Funzione Pubblica dello Stato, Titolo II legge n. 84-16 dell'11 gennaio 1984;
- Disposizioni per la Funzione Pubblica territoriale, Titolo II legge n. 84-53 del 26 gennaio 1984;
- Disposizioni per la Funzione Pubblica Ospedaliera, Titolo IV legge 86-33 del 9 gennaio 1986.

Al fine di evitare un'eccessiva frammentazione del lavoro pubblico che risulta dalla diversità degli statuti, la legge n. 83-634 del 13 luglio 1983 ha enunciato un gran numero di principi che interessano tutti i funzionari. Gli obiettivi principali erano di riconoscere a tutto il personale l'accesso alla piena cittadinanza politica, al diritto sindacale, al diritto di sciopero e al diritto alla partecipazione.

Accanto allo *statut général*, gli *statut particulier* precisano le condizioni di applicazione dello *statut général* (modalità di reclutamento, organizzazione della carriera, procedura disciplinare) ai *corps* o *cadre d'emploi* nel quale essi esercitano le loro funzioni. L'esercizio del potere regolamentare è controllato dal giudice amministrativo, che interviene per attuare le regole legislative che determinano le garanzie fondamentali dei funzionari.

I rapporti di lavoro dei magistrati e dei militari sono disciplinati da norme particolari. Come si può notare, pur avendo una parte comune, esistono nell'ordinamento francese tre differenti regolamentazioni delle tre funzioni pubbliche della *République*: quella statale, quella territoriale e quella ospedaliera. Gli statuti attualmente in vigore sono il frutto di un processo di profondo rinnovamento dello Stato, iniziato nei primi anni '80, che ha coinvolto tutta l'amministrazione pubblica con una serie di

interventi, sia generali che mirati, di svecchiamento e modernizzazione dell'apparato pubblico, voluti dall'allora Presidente Mitterand.

In proposito ricordiamo anche che formalmente e sostanzialmente, in Francia siamo alla V Repubblica, la cui costituzione risale al 1958. Prima delle riforme di Mitterand la critica generale e condivisa era che la macchina amministrativa fosse ferma a quella della III Repubblica, cioè al 1870.

La parte generale dello *statut* dispone diritti e obblighi comuni per tutte e tre le funzioni pubbliche.

I principali diritti sono:

- Diritto di opinione politica, sindacale, filosofica o religiosa;
- Diritto di sciopero;
- Diritto sindacale;
- Diritto alla formazione permanente;
- Diritto di partecipazione;
- Diritto alla retribuzione⁴.

Come si può ben vedere, nello statuto dei dipendenti pubblici francesi, vi è ancora un'eco della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo, cosa alquanto inusuale per uno statuto professionale. Per esempio in Italia, il vecchio testo unico sul pubblico impiego⁵, applicato prima della privatizzazione partita negli anni '90, conteneva i diritti riferibili esclusivamente al rapporto di lavoro in senso stretto (congedi, ferie, ecc.).

La spiegazione di quest'influenza risiede nel fatto che la République nasce in contrapposizione alla Monarchia e si fonda su concetti come quello di diritto naturale, supportato dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, approvata dall'Assemblea Costituente dell'agosto 1789 e fatta propria dall'ONU nel 1948.

Già dalla struttura delle fonti, appare una chiara differenza tra la situazione italiana e quella francese: nel primo caso si parla di "pubblico impiego", nel secondo di ben tre *fonctions publiques*. In Italia, la struttura delle fonti fa sì che vi sia un'unica disciplina legislativa generale del rapporto di lavoro di pubblico impiego (suddivisa

⁴ Cfr. Droits des salaires, *Fonctionnaires et Agents publics*, CFDT, 2010.

⁵ D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3.

tra disciplina speciale contenuta nel TUPI e quella “generalista” del lavoro privato), mentre è la contrattazione collettiva a realizzare la differenziazione delle norme applicabili a seconda della tipologia di amministrazione. L’esistenza di molteplici comparti di contrattazione fa sì che esistano molto più di tre settori di lavoro pubblico, tanti quanti i comparti esistenti.

Nel titolo I dello statuto francese si dispone circa il segreto professionale, l’obbligo alla discrezione, quello di dare informazioni al pubblico, di eseguire i compiti conferiti, l’obbedienza gerarchica, il divieto di utilizzare la propria posizione per qualsiasi attività di propaganda, la regolamentazione del cumulo di attività.

Accanto alla funzione pubblica in senso stretto, i servizi pubblici sono assicurati da altri organismi, che sono di natura privata, ma finanziati da enti pubblici, e da imprese di proprietà pubblica (Poste, Ferrovie, Metropolitana Parigina, Elettricità e Gas, Aeroporti di Parigi).

Veniamo ora all’inquadramento professionale dei *fonctionnaires*.

I dipendenti, all’atto dell’accesso, vengono inquadrati in *corps*, per le funzioni statali e ospedaliere, o in *cadres* per quella territoriale. Tutti sono titolari di un grado (*grade*) e, nel loro grado, di una posizione in scala (*échelon*).

Quindi ad ogni *corps* o *cadre* corrisponde una diversa regolamentazione da parte dei tre statuti. Essi fissano le norme di accesso, di remunerazione, di carriera. I *corps* o *cadres* sono generalmente classificati, come si accennava, in tre categorie: A, B e C.

Quando un *corps* o un *cadre* prevede al suo interno più gradi, questi sono tra loro in rapporto gerarchico. Le condizioni di avanzamento di grado sono stabilite dai singoli statuti e la progressione non costituisce un diritto per il singolo dipendente.

Generalmente, si diceva, i funzionari cominciano la carriera con un concorso pubblico; i concorsi si bandiscono per il 1° grado di ogni *corps*. Vi sono ovviamente eccezioni ai concorsi, come le situazioni di handicap o di riserve a favore degli interni in caso di soppressione o integrazione di *corps* o *cadres*.

In tutti i casi, per entrare nell’amministrazione come quadro di cat.A è necessario un diploma superiore, il diploma + 3 anni di studi universitari o un titolo post diploma.

Per la categoria B è sufficiente il diploma. Per entrare come categoria C è necessario un titolo di studio inferiore al diploma di scuola media superiore.

Vi è poi l'accesso tramite il PACTE (*Parcours d'Accès au Carrières de la fonction publique territoriale, hospitalière et d'Etat*).

Il percorso Pacte permette ai giovani senza diploma o il cui livello sia inferiore al diploma di scuola media superiore, di accedere ai concorsi di categoria C. In tal modo essi possono ottenere una formazione o conseguire una qualifica in relazione al lavoro al quale vogliono accedere.

L'assunzione di *agents non titulaires*, ai quali si è sopra accennato, può avvenire in casi particolari espressamente previsti dalla legge, per posti non permanenti. Si tratta di una regola che è stata ormai snaturata da tutte le eccezioni. Di fatto, vengono assunti come *agents non titulaires* anche gli specialisti di cui la PA non dispone nel personale in organico⁶. In questa categoria ricadono, ad esempio, alcuni servizi all'estero, le esigenze stagionali o occasionali, e in caso di percorso di accesso tramite il Pacte. La casistica varia nelle tre funzioni pubbliche.

Le amministrazioni delle tre funzioni pubbliche possono far ricorso anche al lavoro interinale e anche qui, in casi espressamente previsti dalla legge: sostituzione di un funzionario o agente temporaneamente assente, far fronte ad alcune ciclicità del servizio, per scopi definiti e non durevoli nel tempo, per bisogni occasionali dell'amministrazione legati, ad esempio, a competenze non abituali o stagionali dell'amministrazione. I lavoratori interinali possono sostituire vacanze in organico per un periodo che va fino al massimo di 24 mesi.

Nel 2012 è stata approvata definitivamente, da parte del Parlamento, un progetto di legge voluto dal Ministro della funzione pubblica François Savaudet, inerente il riassorbimento del precariato. Questo prevede, tra l'altro, alcune misure di stabilizzazione dei lavoratori precari nelle tre funzioni pubbliche. Sostanzialmente si tratta del passaggio da contratti a tempo determinato a quelli a tempo indeterminato

⁶ Cfr. SYLVAIN H., *Fonctionnaires : un statut à réinventer d'urgence, Acteurs publics*, 11 avr. 2014.

per circa 100.000 dipendenti. Con lo stesso provvedimento si pongono dei limiti alle nomine di alti funzionari.

Tornando alle disposizioni degli statuti dei funzionari, bisogna annotare che l'orario di lavoro in vigore, anche grazie alle tanto discusse leggi sulla riduzione dell'orario di lavoro nel pubblico come nel privato, è di 35 ore settimanali, contro le 36 previste in Italia. La durata del tempo di lavoro fa riferimento a quello effettivo, intendendo con questo il tempo complessivo in cui il lavoratore è a disposizione del datore di lavoro, senza potersi dedicare liberamente ai suoi impegni personali⁷.

Limitazione dell'oggetto della presente ricerca. È evidente come non basterebbe una tesi di migliaia di pagine per comparare in maniera esaustiva il pubblico impiego italiano a quello francese, posto che ciascuno di essi comprende diverse tipologie di amministrazioni pubbliche e tantissimi casi specifici. La comparazione, com'è ovvio, deve essere effettuata tra categorie omogenee. Si pone quindi la necessità di delimitare l'analisi. Se tale esigenza è meno forte nel pubblico impiego italiano, visto che nella presente tesi si approfondirà solamente la disciplina legislativa e non quella contrattualistica, il restringimento dell'oggetto di comparazione è indispensabile nel pubblico impiego francese, laddove notevoli sono le differenze tra gli *statut* di ciascuna sezione della *fonction publique*.

Dovendo delimitare il campo di ricerca, si è ritenuto di restringere l'analisi alla disciplina generale valida per tutti i dipendenti pubblici nonché a quella valida per i dipendenti dello Stato, con cenni alla disciplina applicabile per il personale che lavora presso gli enti territoriali.

Le ragioni di questa scelta sono dettate dalla necessità di non rendere questa ricerca troppo dispersiva, anche alla luce del fatto che una comparazione diritto pubblico-diritto privato già è di per sé complessa.

La scelta di escludere la *fonction publique hospitaliere* discende dal fatto che questa presenta caratteristiche specifiche che la rendono nettamente diversa dalle altre, dato che dei tre settori è quello che più somiglia all'impiego privato.

⁷ Cfr Legge n. 2010-1657 del 29 dicembre 2010 (che equivale alla nostra legge di stabilità): articolo 115; Decreto 2000.815 del 25 agosto 2000 relativo all'orario e alla riduzione del tempo di lavoro nel pubblico impiego statale; Circolare del 18 gennaio 2012 relativa alla riduzione dei diritti ai permessi per motivi di salute.

Invece, la scelta di ricomprendere la *fonction publique territoriale*, seppur per limitati aspetti, è dettata dall'esigenza di fornire uno spaccato della situazione nelle autonomie locali, laddove il decentramento ha lasciato loro margini di autodeterminazione tali da renderle potenzialmente più aperte al cambiamento.

La legge del 3 agosto 2009 sulla mobilità e il percorso professionale ha aumentato i margini di autodeterminazione dei funzionari e degli agenti non titolari in merito alla loro carriera. Tale legge ha dato così nuovi margini di manovra ai gestori delle risorse umane e, allo stesso tempo, al personale, al quale è riconosciuto un diritto alla mobilità.

Le quattro leggi degli ultimi anni (luglio 2005, febbraio 2007 e agosto 2009) hanno mirato a rendere le carriere più attraenti e più diversificate; con esse il legislatore ha dimostrato chiaramente una tendenza favorevole ad una crescita delle esigenze manageriali a svantaggio delle garanzie giuridiche offerte dallo statuto. L'obiettivo è di fare in modo che i funzionari siano protagonisti della loro carriera come lo sono gli impiegati del settore privato. Così, se lo statuto rappresenta la linea d'orizzonte insuperabile, al di là della quale l'impiegato pubblico non è più posto in situazione legale e regolamentare, riconoscere ai lavoratori diritti come quello alla mobilità significa sostituire il consensualismo tra datore di lavoro e il funzionario, all'unilateralismo dell'amministrazione, propri della gestione della funzione pubblica.

Le riforme recenti e in corso continuano ad allontanarsi dal diritto della funzione pubblica così come creato dal 1946, nell'intento di rendere più sfumate le differenze fra lavoro pubblico e privato, soprattutto in determinate materie come la gestione e l'evoluzione delle carriere, la formazione continua.

Un diritto basato sulla giurisprudenza. Il diritto della *fonction publique* è fondamentalmente un diritto giurisprudenziale. Al fine di renderlo più comprensibile, 20 anni fa è stato avviato un processo di codificazione. Il futuro Codice generale della funzione pubblica (CGFP), la cui promulgazione è stata rinviata *sine die*, dovrebbe limitarsi a codificare le regole generali che concernono i grandi principi statutari come pure i diritti e le obbligazioni dei funzionari delle tre *fonctions publiques*.

La coesistenza di molteplici fenomeni giuridici. Il diritto contemporaneo del lavoro pubblico è marcato dalla coesistenza di molteplici fenomeni giuridici, indicativi di una trasformazione più generale del diritto amministrativo. Così, il diritto del lavoro privato si avvicina a quello del lavoro pubblico, superando la distinzione tradizionale, rendendo più omogenee le situazioni di lavoro dei dipendenti del privato e dei funzionari pubblici⁸. La logica della contrattualizzazione invade sempre più questa branca del diritto che ricerca una migliore flessibilità in seno alle risorse umane.

La mancata applicazione dei principi del Codice del lavoro ai funzionari. Il diritto del lavoro è logicamente inapplicabile nel lavoro pubblico, come non manca di ricordare il Consiglio di Stato. Tuttavia, il diritto del lavoro privato e quello pubblico si influenzano reciprocamente. Il giudice amministrativo ha reso possibile questo riavvicinamento fra i due campi utilizzando la tecnica giurisprudenziale dei principi generali del diritto. L'influenza e l'applicazione del diritto del lavoro nel settore pubblico hanno fatto notevoli passi in avanti negli ultimi anni. Numerose leggi hanno allineato la situazione dei lavoratori dei due settori. L'espressione più grande di questa influenza è la legge del 3 agosto 2009 sulla mobilità e i percorsi professionali. A riguardo di questa evoluzione, una parte della dottrina spinge a favore dell'applicazione diretta del diritto del lavoro – presentato come “diritto comune” – ai funzionari pubblici, come accade in Italia. Più che mai, i confini fra i due mondi del lavoro si mescolano in ragione della generalizzazione dei contratti che mirano a rendere l'impiego pubblico più flessibile e l'individuo più mobile.

La contrattualizzazione del diritto del lavoro pubblico. Le considerazioni generali del rapporto d'attività del Consiglio di Stato per l'anno 2003 consacrate alle prospettive del lavoro pubblico hanno spinto in avanti la contrattualizzazione, su un piano sia collettivo (accordi collettivi negoziati coi sindacati) che individuale (contratto di performance del funzionario legato al suo statuto).

⁸ La distinzione tra le due categorie risiede nel fatto che per funzionario si intende quello situato in una situazione legale e regolamentare, con contratto di diritto pubblico; l'altro è invece a tempo determinato, e può avere un contratto di diritto pubblico o di diritto privato.

Il ricorso al contratto è spesso percepito come una “privatizzazione rampante” del diritto del lavoro pubblico. Esso permette di abbinare alle garanzie statutarie valide per tutti, un percorso individuale del funzionario e di introdurre una remunerazione che si basa per una parte sul merito e non più esclusivamente sull’anzianità.

Differenze terminologiche. Funzionario e impiegato pubblico. Pubblico impiego e funzione pubblica.

In Francia per pubblico impiego, non si intende la funzione pubblica in senso stretto. Se così fosse, sarebbero presi in considerazione solo i *fonctionnaires*, ovvero i dipendenti pubblici la cui situazione statutaria è “caratterizzata dalla permanenza dell’impiego e la loro titolarizzazione in un grado della gerarchia”. Per il professor René Chapus, “la *fonction publique* è costituita dall’insieme del personale che, occupando a titolo professionale un impiego retribuito negli uffici della persona di diritto pubblico, sono sottomessi ad uno statuto di diritto pubblico”. Questi aggiunge che “in dottrina come in giurisprudenza, è consuetudine definire i membri della funzione pubblica come impiegati pubblici (*agents publics*). La *fonction publique* potrebbe così non limitarsi esclusivamente ai funzionari. Al fine di evitare ogni ambiguità, il termine pubblico impiego è conservato, nella misura in cui questa nozione va a priori al di là del perimetro dei soli *fonctionnaires* e comprende, esplicitamente, il personale contrattualizzato, ovvero quegli “impiegati che non occupano un impiego permanente, o che occupando questo impiego, non sono titolari di alcun grado”.

Pertanto, nel corso di questa trattazione, si utilizzerà il termine pubblico impiego in senso generale, per riferirsi a tutto il personale al servizio delle pubbliche amministrazioni.

Laddove si utilizzerà l’espressione *fonction publique* si farà riferimento ai soli *fonctionnaires*.

Peraltro, nell’ordinamento italiano, l’espressione “funzione pubblica” è ormai desueta. Lo stesso Dicastero ha assunto la denominazione di Ministero per la pubblica amministrazione e la semplificazione. Pertanto, si preferirà l’uso di pubblico impiego a quella di funzione pubblica.

Nel linguaggio comune della PA italiana il termine funzionario si riferisce non solo al personale rimasto in regime pubblicistico, ma a quello contrattualizzato che ricopre mansioni di direzione e coordinamento, e pertanto in possesso di diploma di laurea.

Le due amministrazioni tra pubblico e privato. Sia in Francia che in Italia, l'azione pubblica tende a poggiarsi più largamente su modi negoziati.

Quanto alla disciplina dei rapporti di lavoro, si è detto in precedenza che nel pubblico impiego italiano la contrattazione ha un ruolo rilevante. Nella sostanza, il contratto individuale rinvia a quello collettivo, e non vi è alcun margine di negoziazione tra datore di lavoro e il lavoratore. Quanto alla contrattazione collettiva nazionale, essa è bloccata fino al 31.12.2014, per il quarto anno consecutivo. I vecchi contratti collettivi nazionali sono stati progressivamente svuotati dalla legge, stante il nuovo rapporto tra disciplina legale e negoziale introdotto dalla riforma del 2009, che vede la prevalenza della fonte legale. Anche le materie della contrattazione decentrata si sono ridotte.

Lo sviluppo della contrattualizzazione nella sfera pubblica in Francia può sembrare sorprendente, visto che l'impostazione generale sembra piuttosto essere caratterizzata dalle regole unilaterali. Il regime di ripartizione di competenze nonché l'instaurazione di rapporti di lavoro regolati da un quadro normativo di natura costituzionale, legislativo o regolamentare, avrebbero potuto portare a restringere le possibilità di utilizzare il contratto.

Nella sfera pubblica le relazioni contrattuali, fondate sul postulato di uguaglianza tra i contraenti, sono integrate nel modo di funzionamento di un'amministrazione, allo scopo di assicurare una gestione efficace dei servizi pubblici.

Poiché il ricorso al contratto è ormai ritenuto giuridicamente il modo normale dell'intervento pubblico, ci si può domandare qual è la giustificazione teorica nel modello francese. Secondo S. Trosa, questa idea del contratto si inserirebbe in un'evoluzione profonda dell'azione dell'amministrazione, della sua legittimità e dei suoi modi di funzionamento. Per questo autore, l'utilizzo dello strumento contrattuale si spiegherebbe per molteplici ragioni. Esso sarebbe finalizzato a formalizzare certe pratiche affinché esse siano meglio accettate e siano in grado di orientare

l'organizzazione verso l'efficienza (contratti di obiettivi individuali, contratti di servizio).

Su un piano individuale, anche nel reclutamento di un *fonctionnaire*, l'impiegato può domandare al superiore gerarchico che siano elaborati in comune (e quindi negoziati) la sfera di competenze del posto, le modalità di lavoro, gli orari, gli obiettivi e la valutazione. D'altronde, anche il modo unilaterale, mediante decreto, riguardante per esempio il reclutamento di un funzionario, implica un consenso minimo, o almeno implicito, da parte sua⁹.

La gestione istituzionale del pubblico impiego non esclude la concertazione. Per gestione istituzionale, si intendono qui le relazioni fra i pubblici poteri e le organizzazioni sindacali al fine di elaborare norme relative al pubblico impiego. Il dialogo sociale nel lavoro pubblico ricopre in Francia un posto importante nella vita sociale e politica del Paese, tenuto conto senza dubbio di una maggiore vitalità del fenomeno sindacale rispetto al settore privato¹⁰. Ora, gli obiettivi del dialogo sociale hanno conosciuto un'evoluzione negli ultimi cinquant'anni. Se al momento dell'elaborazione dello statuto del 1946 occorreva riequilibrare la posizione di subordinazione statutaria del funzionario con il coinvolgimento dei sindacati nelle decisioni, adesso il dialogo sociale è riconosciuto come una condizione necessaria ad una migliore elaborazione delle decisioni al fine di sostenerne l'adozione¹¹.

Tuttavia, le caratteristiche dell'amministrazione e dei sindacati non facilitano una pratica approfondita del dialogo sociale, sfociando in una « concertazione contrattuale ». Dal lato dell'amministrazione, la sua capacità a negoziare è tuttavia ostacolata dalla struttura organizzativa esistente¹². Nella sostanza, l'amministrazione e i sindacati sono legati ad un sistema centralizzato, percepito come il miglior garante dell'efficacia amministrativa e della parità di trattamento fra funzionari¹³.

⁹ Cfr DION F., *Contractualisation et emploi public*, Paris II, 2013, 40

¹⁰ ROUBAN L., *La fonction publique*, La découverte, 2009, III ed, 36.

¹¹ Cfr DION Fabrice, *Contractualisation et emploi public*, Paris II, 2013, 41

¹² POCHARD M., *Réforme de l'Etat et modernisation de la gestion publique, A propos de l'administration française*, La documentation française, 1998, p. 61 ; la structure gouvernementale et l'organisation des administrations centrales, cap. II, , *Le travail gouvernemental*, T.1, ENA, La documentation française, p. 99.

¹³ LEMOYNE DE FORGES J.-M., *Le système français de fonction publique, A propos de l'administration française*, sotto la direzione di Françoise Gallouédec-Genuys, La documentation française, 1998, p. 44.

Dal lato delle organizzazioni sindacali, il loro intervento è previsto in occasione delle negoziazioni sulle rivalutazioni salariali, ma soffre di una debole rappresentatività, salvo in certi settori della funzione pubblica¹⁴. Inoltre, i sindacati riflettono l'organizzazione della funzione pubblica per *corps*¹⁵. Poiché quest'ultimi costituiscono lo zoccolo della gestione delle carriere, l'organizzazione delle commissioni amministrative paritarie (CAP) per *corps*, ha giocato un ruolo essenziale nella strutturazione sindacale¹⁶.

La contrattualizzazione, presenza ormai costante nel pubblico impiego. La contrattualizzazione nell'ambito dell'impiego pubblico ha conosciuto un sensibile processo di evoluzione, al punto che essa non si limita al dialogo sociale, ma all'applicazione e interpretazione delle norme emanate. Si è così passati da un regime contrattuale di diritto privato, ad un regime di diritto pubblico che combina statuto e contratto. Più recentemente, la dottrina amministrativa ha messo l'accento su una nuova conciliazione fra questi ultimi¹⁷.

Breve storia della *fonction publique française*. La natura del legame che unisce la collettività pubblica, datore di lavoro ai suoi impiegati, ha conosciuto molteplici modifiche nel corso del tempo. Secondo certi autori si può constatare “una doppia evoluzione. Da una parte, il ruolo del contratto, in queste relazioni, essenziale se non unico all'origine, è stato progressivamente ridotto mano a mano che gli *statuts* degli impiegati pubblici si sviluppavano ; d'altra parte, la sua natura giuridica evolveva profondamente, andando dal diritto privato verso una connotazione sempre più pronunciata di diritto pubblico. Ma nello stesso tempo, il contratto conservava un posto non trascurabile mentre, nonostante il diritto pubblico restava molto largamente dominante, il diritto privato conservava il suo ruolo¹⁸” .

¹⁴ SIWEK-POUYDESSEAU J., Les syndicats de la fonction publique et les réformes managériales depuis 2002, *RFAP*, n° 132, p. 745 ; Les syndicats de la fonction publique au XXème siècle, Berger-Levrault, 2001, 312 p.

¹⁵ DORD O., *Droit de la fonction publique*, PUF, 2012, p. 266 ; MELLERAY F., *Droit de la fonction publique*, Economica, 2010, p. 328

¹⁶ Nel pubblico impiego territoriale, questa prevalenza dei *corps* è meno evidente per le scelte operate nel 1984 : organizzazione in 55 *cadres d'emplois* (e non in *corps*) e organizzazione delle CAP (commissioni paritarie) per categorie di funzionari.

¹⁷ Cfr DION F., *Contractualisation et emploi public*, Paris II, 2013, 41.

¹⁸ MARILLIA G-D et PELLETIER P., *Les agents non titulaires des trois fonctions publiques*, Berger-Levrault, Paris, 4ème éd°, 2007, 286 p., p. 17.

Così, all'origine (Ancien-Régime) il regime contrattuale per il personale pubblico è di diritto privato.

Progressivamente è apparso un vero e proprio *statut* del personale pubblico, dove la parte dell'accordo di volontà sarà sempre più debole; ma le evoluzioni sono lente. Così, all'origine, la primissima definizione del *fonctionnaire* non sembra distinguere i dipendenti pubblici fra titolari e *contractuels*. Per la prima volta, il dizionario dell'Accademia francese nel 1802 definisce così il “funzionario pubblico”: “titolo di colui che esercita qualche funzione di governo e che riceve un trattamento economico dallo Stato”¹⁹.

Qualche anno più tardi, la definizione, sotto la Monarchia di luglio, è ancora più larga: “funzionario è colui o colei che svolge una funzione²⁰”. A quest'epoca, non si distingue il *contractuel* dal funzionario, poiché entrambi svolgono una funzione, dietro remunerazione, per lo Stato. È vero che sotto questo regime politico, il gruppo di funzionari si riferisce ad un personale intermedio fra i grandi dignitari da un lato e gli impiegati dall'altro, e dunque relativamente minoritario. Conviene aggiungere a ciò che fra quelli che chiameremo in seguito gli alti funzionari, non tutti beneficiavano all'epoca di uno *statut*. Passato questo periodo, la nomina e lo *statut* si rinforzeranno senza tuttavia abolire il contratto. Così, il termine di *fonctionnaire* appare nel 1790 nel vocabolario ufficiale per designare “il dipendente dello Stato che detiene una porzione dei pubblici poteri²¹”. Egli si distingue dall'impiegato, che appare come un esecutore e il cui *statut* sarà instabile fino all'arrivo della monarchia costituzionale. Come si ha avuto modo di constatare, questa terminologia ufficiale non è sempre in concordanza con quella dell'Accademia francese, il che testimonia l'apparire di una distinzione in seno allo *statut* di impiegato pubblico.

L'apparizione di uno *statut* di diritto pubblico appare tuttavia progressivamente nelle amm.ni centrali nel corso del 19° secolo con concorsi e l'organizzazione di regole di avanzamento, al fine di stabilire un percorso di carriera²². Alcuni dipendenti comunali

¹⁹ *Dictionnaire de l'Académie Française*, Paris, Moutardier, 1802, 671.

²⁰ *Dictionnaire de l'Académie Française*, Paris, Firmin-Didot, VI ed., 1835, 775.

²¹ THOMAS Y., *Histoire de l'administration*, La découverte, coll. Repères, p.7.

²² Cfr DION F., *Contractualisation et emploi public*, Paris II, 2013, 49

beneficeranno così di uno *statut*, ma i dipendenti delle province, gestiti dagli statuti di dipartimento, si trovano ancora legati da un *contratto*. La giurisprudenza prenderà atto di questa evoluzione. I tribunali giudiziari, dopo il 1870, si dichiareranno incompetenti sulla materia, poiché la decisione che ha pronunciato la revoca della nomina degli *agents* è un atto amministrativo e sfugge di conseguenza alla loro giurisdizione. Poi con la sentenza Cadot, il Consiglio di Stato sottopone il contenzioso dei dipendenti pubblici allo stesso regime che si tratti dello Stato o degli enti locali²³. Tuttavia, il “diritto pubblico contrattuale” non sparisce. Con la terza Repubblica coesistono due situazioni : quella dei funzionari e un numero sempre più elevato di *contractuels*. È anche l’epoca dove in dottrina sono compresenti due concezioni relative alla natura del legame fra lo Stato e i suoi impiegati: la concezione contrattuale²⁴ e la concezione statutaria e regolamentare²⁵. Il Consiglio di Stato, nel 1909, sembra aver adottato la tesi contrattuale. Esso aveva giudicato che “mettendosi in sciopero, gli impiegati preposti al servizio pubblico si collocano, con un atto collettivo, al di fuori dell’applicazione delle leggi e dei regolamenti, emanati allo scopo di garantire l’esercizio dei diritti risultanti per ciascuno di essi dal contratto di diritto pubblico che li lega all’amministrazione²⁶. Ma l’alta giurisdizione ha finito per rinunciare a questa concezione, a vantaggio della teoria secondo la quale il *fonctionnaire* è nominato e collocato in una situazione statutaria e regolamentare. Quella qualificazione giuridica fu dunque abbandonata nel 1937²⁷, poiché essa non corrispondeva né alla volontà politica, né alla giurisprudenza contemporanea secondo la quale il legame di pubblico impiego non poteva essere di tipo contrattuale . Quest’ultima posizione è consacrata dallo *statut général* del 1946 e confermata da quelli successivi, secondo i quali “il funzionario è, nei confronti dell’amministrazione, in una situazione statutaria e regolamentare²⁸”. I sindacati dei funzionari premevano invece per l’applicazione nei loro confronti del diritto dei lavoratori, ritenuto più garantista. All’epoca, ai dipendenti pubblici erano proibiti il

²³ CE, Cadot, 13 dicembre 1889, GAJA, Dalloz.

²⁴ LAFERRIERE E., *Traité de la juridiction administrative*, t.1, n°1, II ed., p.614.

²⁵ HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, XII ed, 1933, Dalloz, 2002, p. 743 e ss.

²⁶ CE, 17 agosto 1909, Winkell e Rosier, Rec. CE, p. 826 et 1296, concl. Tardieu, D. 1911.3.17, concl. RDP 1909, p. 494, note G. Jèze, S. 1909.3.145, concl. nota M. Hauriou.

²⁷ CE, 22 ottobre 1937, Demoiselle Minaire et autres, Rec. CE, p. 843, concl. Lagrange ; D.1938.3.49, nota Eisenmann ; RDP., 1938, p. 121, nota Jèze.

²⁸ Art. 4 del Titolo I dello *statut général de la fonction publique*, legge n° 83-634 del 13 luglio 1983.

diritto di sciopero e la libertà sindacale, al fine di preservare la continuità del servizio svolto. Il diritto comune dei lavoratori appariva come un elemento di garanzia per i funzionari e fino all'adozione dello *statut* del 1946, questa diffidenza sindacale nei confronti delle regole speciali applicabili ai funzionari, è continuata. Restano dunque legati da relazioni contrattuali solo alcuni agenti non titolari. Perciò, attualmente, i dipendenti pubblici sono classificabili in due categorie: da un lato i titolari, aventi la qualità di funzionari e che sono in principio i soli ad occupare un impiego permanente a tempo pieno; al loro fianco, ci sono i *contractuels* che occupano un impiego a titolo permanente o temporaneo, a tempo pieno, non completo o parziale²⁹.

La dottrina amministrativa ha messo l'accento su una nuova conciliazione dello *statuto* e del contratto. Due tendenze dottrinali sono apparse questi dieci ultimi anni in seno all'alta funzione pubblica e più precisamente dei membri del Consiglio di Stato. L'una mira ad una maggiore flessibilità dello *statut* per i titolari, mentre la seconda si lega all'affermazione di uno spazio contrattuale accanto a quello statutario.

La flessibilità dello *statut* per i titolari costituisce un primo orientamento dottrinale in seno all'amministrazione. Questo orientamento si fonda innanzitutto sul rigetto di un ulteriore allargamento del ricorso ai *contractuels*. Marcel Pochard, ex direttore generale dell'amministrazione e della *fonction publique* e consigliere di Stato, in un rapporto del 2003 si dichiara non favorevole all'incremento dei non titolari nel pubblico impiego, fornendo tre serie di argomentazioni³⁰. Egli indica innanzitutto che “se si ritiene che lo *statut* sia una garanzia essenziale per il buon esercizio delle funzioni pubbliche, è ragionevole, se non contraddittorio, permettere che si sviluppi accanto a questo, l'occupazione di impieghi pubblici da parte dei *contractuels*”

Egli precisa che questa apertura, se avesse luogo, dovrebbe privilegiare l'utilizzo di contratti a tempo indeterminato e tenere meglio in considerazione il principio di pari condizioni nell'accesso alla *fonction publique*. Egli aggiunge che “se il ricorso ai

²⁹ DION F., *Contractualisation et emploi public*, Paris II, 2013, 52.

³⁰ CE, Rapport public 2003, Etudes et documents n°54, *Perspectives pour la fonction publique*, 341 e 342 ; POCHARD M., *Le dur réveil des fonctionnaires, Etat d'urgence*, 172.

contractuels può offrire ai datori di lavoro una certa flessibilità per far fronte ai loro bisogni, non si possono nascondere gli inconvenienti in termine di gestione, sia per gli stessi dipendenti, che non hanno né prospettiva di carriera né di mobilità e sono, in qualche modo, legati al loro datore di lavoro, sia per gli stessi datori di lavoro che non hanno delle vere e proprie griglie di gestione di questi dipendenti e che per questo hanno spesso difficoltà nel gestire la loro carriera. D'altronde, negli enti pubblici a regime derogatorio che possono reclutare *contractuels* a tempo indeterminato, la tendenza è di costruire una specie di *statut* largamente ispirato a quello di titolari, a rischio di pregiudicare la flessibilità del ricorso ai *contractuels*". Nella sostanza, il regime del contratto tende spesso a fondersi in uno *statut* ad hoc. Peraltro la legge del 2005 ha allargato l'accesso ai contratti a durata indeterminata. In compenso, si vedrà che in realtà questo allargamento cambia sensibilmente la gestione dei *contractuels*. Infine, si precisa che "se si tratta di liberalizzare il ricorso agli *agents contractuels*, è in larga misura nell'obiettivo di superare la rigidità delle regole statutarie, in qualche modo a titolo di espediente. Ci si può domandare se si tratta di un buon metodo o se non sarebbe meglio renderle più flessibili e sopprimere così alla radice la causa del ricorso disordinato ai *contractuels*". A questo riguardo, Marcel Pochard propone la nozione di "contratto di assegnazione su un impiego" o il contratto di *fonction publique*. In un articolo del 2000, questi si pronunciava già per "allentare i legami unitari e statutarî³¹". Egli proponeva in particolare "di instaurare uno spazio minimo di negoziazioni contrattuali; quest'affermazione può sorprendere se ci si attiene ad un regime statuario; ma, anche in un tale regime, si può vigilare a preservare degli spazi di negoziazione. La questione più difficile è di sapere se si possono concepire accordi in grado di derogare a certe norme regolamentari, di carattere non statuario, come accade nel settore privato".

In compenso, in questa relazione, M. Pochard si pronuncia favorevolmente per l'inserimento di elementi contrattuali in seno alla *fonction publique* a favore dei titolari. Egli propone "di ammettere che il regime giuridico applicabile ad un *fonctionnaire* in posizione di attività possa discendere sia dal suo *statut* che dal contratto che egli stesso ha concluso e negoziato con la sua autorità gerarchica³²". In

³¹ POCHARD M., quel avenir pour la fonction publique ?, *AJDA*, 2000, p. 3.

³² CE, Rapport public 2003, Etudes et documents n°54, *Perspectives pour la fonction publique*, p. 343.

parte questa situazione già esiste nell'attuale statuto del lavoro pubblico. In particolare, è questo il caso delle imprese pubbliche a statuto o la combinazione del carattere statutario e regolamentare del regime applicabile ai dipendenti e già in essere con l'esistenza di un contratto individuale le cui complicazioni sono risolte dalla giurisprudenza³³

Essa permetterebbe di prendere meglio in considerazione logica delle performance nella *fonction publique*. In più, il primato spetterebbe allo *statut* nel senso che questo contratto di assegnazione non avrebbe di per sé “alcun effetto giuridico possibile sulla garanzia dell'impiego del *fonctionnaire*, poiché essa resterebbe comunque garantita dallo *statut general*³⁴”. Sarà interessante constatare negli sviluppi che seguiranno, dall'adozione di questi due rapporti, quello del 2003 e quello del 2008, se le evoluzioni che sono apparse nella *fonction publique*, hanno tratto ispirazione o meno. A queste riflessioni che riguardano in particolar modo la contrattualizzazione dello statuto dei titolari, se n'è aggiunta un'altra, prioritariamente consacrata ai *contractuels* nel quadro di una riforma d'insieme della *fonction publique*³⁵.

Il rafforzamento di uno spazio contrattuale accanto ad uno spazio statutario costituisce un secondo orientamento. Il 1° ottobre 2007, la politica aveva lanciato una conferenza nazionale sui valori, le missioni e i mestieri della *fonction publique*. Questo dibattito si è concluso nel 2008, dopo molteplici mesi di consultazione e ha dato luogo ad un Libro bianco il cui relatore generale è stato il Consigliere di Stato Jean Ludovic Silicani³⁶.

Questo rapporto riguarda la *fonction publique* nel suo insieme, ma dedica ugualmente un posto non trascurabile alla questione degli *agents contractuels* e più in generale, al ruolo del contratto. Si tratta, con il rapporto del Consiglio di Stato del 2003, della riflessione istituzionale più compiuta sino ad oggi sulla *fonction publique* e sui dipendenti non titolari. Il rapporto prende atto del posto crescente degli *agents non*

³³ BOISSARD S., Les entreprises publiques à statut : survivance du passé ou solution d'avenir ? quelques réflexions sur un régime juridique hybride, *Cahiers de la fonction publique*, ottobre 2002, p. 4 ; CE, Ass., 29 giugno 2001, Philippe Berton, n°222600, CJEG febbraio 2002, 84.

³⁴ POCHARD M., Rapport public del 2003, 344.

³⁵ DION Fabrice, *Contractualisation et emploi public*, Paris II, 2013, 54.

titulaires che rappresentano quasi un quinto del personale pubblico e della necessità per la PA di reclutare questo personale. Silicani intende semplificare e uniformare il ricorso ai *contractuels*, proponendo di “ridefinire il posto e la natura del contratto nella *fonction publique* per farne un uso migliore”. Questo orientamento si declina nelle seguenti tre proposte:

Professionalizzare il ricorso agli *agents contractuels* nella *fonction publique*; modernizzare il loro regime giuridico; facilitare, per questi, il passaggio reciproco tra lo *statut* e il contratto.

“Professionalizzare il ricorso ai *contractuels*”: questa prima proposizione del Libro bianco mira a che “ogni amministrazione, tenuto conto della struttura iniziale dei suoi impieghi e dei suoi bisogni futuri, in particolare quelli corrispondenti alle cinque categorie di ricorso al contratto descritte qui sopra, valuti la quantità di *agents contractuels* di cui ha bisogno a medio e lungo termine, nel quadro della sua politica generale di reclutamento. Queste valutazioni, unitamente alle azioni di reclutamento che desidera porre in essere, verrebbero sottoposte ad una discussione con i sindacati. Questa questione potrebbe essere oggetto di una negoziazione al fine di pervenire ad un accordo collettivo. Sul piano giuridico la legge, dopo aver ricordato che gli impieghi degli enti pubblici sono, a titolo principale, occupati da *agents titulaires (fonctionnaires)*, permetterebbe il reclutamento, a titolo complementare, di *contractuels*, qualsiasi sia l’impiego da svolgere”³⁷. Il Libro bianco si interroga anche sulla politica di reclutamento della PA, che privilegia il concorso. Questa modalità di selezione è stata oggetto di critiche ricorrenti, tenuto conto in particolare del posto conferito all’accademismo e in particolare a quella di cultura generale, che sarebbe impropria a selezionare i futuri professionisti. Questa critica del concorso e della cultura generale come modo di reclutamento tradizionale in contrapposizione con le modalità di reclutamento dei *contractuels*, che ricalcano quelle in uso nel settore privato, suscita in Francia un dibattito appassionato.

³⁶ SILICANI J-L, Livre blanc sur l’avenir de la fonction publique, 2008, *La documentation française*, Paris ; Le livre blanc en bref, CFP, mai 2008, 5.

³⁷ DION Fabrice, *Contractualisation et emploi public*, Paris II, 2013, p. 55

La questione dei concorsi è abbastanza indicativa poiché si tratta di uno dei punti di demarcazione maggiore fra *contractuels* e *titulaires*. Essendo il concorso il modo di accesso tradizionale alla *fonction publique*, tendere a sopprimere, o almeno ad alleggerirli o professionalizzarli, è un modo di riconoscere che il concorso non è più la modalità di reclutamento dei dipendenti pubblici.

La seconda proposta del Libro bianco era di “modernizzare il regime degli *agents contractuels*”. Il libro bianco considera che “gli impieghi corrispondenti a missioni di sovranità o che comportano prerogative dei pubblici poteri sarebbero occupate, a titolo principale, da *agents titulaires* e a titolo complementare, da *contractuels* di diritto pubblico; gli altri impieghi degli enti pubblici sarebbero occupati, a titolo principale, da *agents titulaires* e, a titolo complementare, “in regime di crociera”, da *contractuels de droit privé*. Tuttavia, durante un periodo transitorio (cinque anni per esempio), questi impieghi potrebbero continuare ad essere occupati da *contractuels* di diritto pubblico.

Questa proposta del Libro bianco si fonda piuttosto sulla distinzione fra le missioni *régaliennes* e le altre. Le prime sono tradizionalmente quelle che fanno riferimento alla giustizia, alla sicurezza (difesa, polizia), alla diplomazia e alle finanze pubbliche. L’evoluzione del ruolo dello Stato nel XX secolo l’ha progressivamente indotto ad allargare il suo campo ad altri settori d’attività, il che ha portato ad un accrescimento delle missioni di servizio pubblico amministrativo, attribuite più spesso a funzionari. Questa proposta si iscrive peraltro nella linea del discorso di Nantes del presidente della Repubblica, che dava la possibilità ai nuovi dipendenti pubblici di poter scegliere fra uno *statut de fonctionnaire* e un “contratto di diritto privato negoziato di grado in grado”³⁸.

In realtà, questo tipo di questione non è affatto nuova³⁹.

Su questo argomento i liberali hanno una posizione più radicale, non riconoscendo legittima una distinzione secondo la natura delle missioni, ritenendo quindi che il

³⁸ Discorso del Presidente della Repubblica del 19 settembre 2007, pronunciato davanti agli allievi dell’IRA (Istituto regionale di Amministrazione) di Nantes in cui annunciava la volontà di « rifondare la *fonction publique* ».

³⁹ Tra coloro che ne hanno discusso ricordiamo Roger Grégoire, *La fonction publique*, Armand Colin, 1954.

contratto di funzione pubblica sarebbe assimilabile al contratto di lavoro. Di conseguenza, “poiché essi gestiscono dei servizi pubblici (istruzione, salute, etc.), il loro lavoro è direttamente orientato dall’interesse generale e niente giustifica che il personale benefici di regole particolari derogatorie rispetto alla disciplina generalista del diritto del lavoro⁴⁰”.

Stranamente, questa analisi liberale è stata per lungo tempo condivisa dai *fonctionnaires* e dai loro rappresentanti sindacali, poiché essi ritenevano necessaria una solidarietà di classe fra gli i dipendenti del pubblico e quelli del privato. In queste condizioni, è evidente che la condivisione di uno stesso legame contrattuale possa portare ad un’identità di *statut*. Questa parità di condizioni fra dipendenti pubblici e privati si manifesta chiaramente con l’adozione della soluzione contrattuale nel 1920, secondo la quale dal punto di vista delle condizioni di lavoro, il dipendente pubblico non deve più essere in una condizione più svantaggiosa dei dipendenti dell’industria privata, pertanto è il contratto di lavoro che dovrebbe regolare i rapporti con lo Stato datore di lavoro.

Questa posizione favorevole all’applicazione del contratto di diritto comune per i dipendenti pubblici, è divenuta molto minoritaria. In realtà, la distinzione secondo le missioni appartiene alla dottrina tradizionale. È ciò che era accaduto prima della pubblicazione del Libro bianco. Un rapporto parlamentare, in occasione del dibattito sulla legge di finanza per il 1980, distingueva fra le “missioni dello Stato”, che corrispondono alle missioni *régaliennes* precitate, e le *missions de services publics*⁴¹. Le prime sarebbero assicurate da *fonctionnaires*, le seconde sarebbero affidate a dei *contractuels*.

Questo rapporto è stato presto dimenticato, almeno sul piano nazionale.

Un’eco di questa teoria si ritrova nel diritto comunitario⁴². Dalla libertà di circolazione dei lavoratori sono esclusi “gli impieghi nell’amministrazione

⁴⁰ BODIGUEL J-L, *Fonction publique et intérêt général*, BODIGUEL, GARBAR E SUPIOT, *Servir l’intérêt général*, PUF, 2000, coll. Les voies du droit, p. 42.

⁴¹ LONGUET G, AN, Doc., n°1296, sessione ordinaria, 1979-1980. In questo rapporto, l’autore proponeva di ridurre il numero dei *fonctionnaires* limitandoli alle funzioni *régaliennes*. Questa proposta non ha mai avuto seguito.

⁴² DION F.e, *Contractualisation et emploi public*, Paris II, 2013, 64

pubblica⁴³”. Secondo la Corte di giustizia, solo gli impieghi legati all’esercizio dei pubblici poteri e alla salvaguardia degli interessi generali dello Stato o degli altri enti pubblici, possono essere riservati ai cittadini nazionali. Ma come sottolinea il Professor Dord, indipendentemente dalla difficoltà a distinguere questi impieghi dagli altri (e senza dubbio anche per questa ragione), questa posizione non comporta l’abbandono del regime di diritto pubblico applicabile al personale che occupa gli impieghi aperti alla libera circolazione dei lavoratori⁴⁴.

Marcel Pochard, in un articolo pubblicato nel 2000, aveva analogamente considerato questa ipotesi: “la prima soluzione è quella di passare puramente e semplicemente, almeno per il personale che non appartiene ai settori *régaliens* (polizia, giustizia, difesa, affari esteri, fiscalità, politica generale dello Stato...), verso un regime contrattuale di negoziazione collettiva. Il sistema contrattuale permette di dare flessibilità e di differenziare i livelli di responsabilità, nel quadro di regole comuni definite dal legislatore, come esiste nel settore privato con il codice del lavoro. Questo sistema è praticato in Germania. Una tale soluzione avrebbe il vantaggio di creare una rottura e ripartire da zero⁴⁵”.

Tuttavia, se l’autore considerava questa ipotesi, egli ne mostra immediatamente le difficoltà: si tratta di una distinzione estranea alla cultura politica e amministrativa francese; necessita di una premessa in termini di organizzazione dello Stato a riguardo, in particolare della realtà del potere di negoziazione. Ad oggi, la politica non ha ancora espresso una posizione chiara su un’evoluzione così radicale. Indipendentemente dalla difficoltà di distinguere fra le missioni e le funzioni, si tratterebbe ad ogni modo di una ridefinizione completa del regime del pubblico impiego, che sembra peraltro, visto lo stato attuale del clima sociale e delle mentalità collettive, poco desiderabile.

Certi autori, ovviamente minoritari, prolungano questo ragionamento considerando che lo statuto attuale dei non titolari della *fonction publique*, è insufficientemente protettivo. Ad essi dovrebbe essere applicato il diritto del lavoro. È, in particolare, la concezione

⁴³ Art. 45, par. 4 del TFUE.

⁴⁴ DORD O, *Droit de la fonction publique*, 2012, PUF, 9.

di Jean-Marie Clément. Secondo costui: “il diritto dei *contractuels* della *fonction publique* è totalmente derogatorio dal diritto dei contratti di diritto privato: perché non applicare il codice del lavoro quando il personale stipula una successione di contratti a tempo determinato da diversi anni?⁴⁶”.

Il Libro bianco si iscrive parzialmente in questa problematica, ponendo che gli impieghi pubblici che non implicano né missioni di sovranità, né prerogative dei pubblici poteri, possano essere affidate a *contractuels* di diritto privato. Così, su uno stesso impiego, potrebbero essere assegnati indifferentemente sia un *fonctionnaire*, sia un *contractuel*; il che può portare, alla fine, ad allargare il ricorso a questi.

Secondo il professor Melleray “si tratta di una rottura storica molto forte. Tutto il diritto francese della funzione pubblica si è costruito sull’idea secondo la quale lavorare nel servizio pubblico è qualcosa di differente che lavorare nel privato e che ciò giustifica un quadro giuridico differente⁴⁷”. Se seguissimo la proposta di cui sopra la rottura sarebbe doppia: da una parte, lo *statut* non si applicherebbe più per quegli impieghi non più attribuiti a funzionari e, d’altra parte, non si applicherebbe nemmeno il diritto pubblico perché si tratterebbe di diritto del lavoro, ovvero diritto privato.

L’ultima proposizione del Libro bianco era di “facilitare il passaggio reciproco fra lo *statut* e il contratto”. Il libro bianco propone che “gli *agents contractuels*, con una certa anzianità e sotto certe condizioni, possano essere distaccati in una posizione definita dallo statuto, alla conclusione di un periodo di distacco, e possano essere nominati *titulaires*”.

Questo dispositivo dovrebbe permettere in particolare di ridurre il numero di dipendenti con contratto di diritto pubblico a durata indeterminata; i titolari potrebbero, in corso di carriera, essere distaccati su un contratto, senza penalizzare il loro avanzamento statutario. In tal modo è possibile trattenerli nell’ambito della

⁴⁵ POCHARD M, Quel avenir pour la fonction publique, *AJDA* 2000, 3.

⁴⁶ CLEMENT J-M, L’Etat contre l’Etat, *Bulletin juridique du praticien hospitalier*, gennaio 2004, n° 124, 12.

⁴⁷ MELLERAY F, colloquio, *Dalloz actualité*, 6 maggio 2008.

fonction publique, davanti sia ad un'intensa concorrenza del settore privato, sia a una forte competizione internazionale, molto forte per i mestieri in questione (il caso dell'ospedale o della ricerca, per esempio).

Certi aspetti di questa proposta hanno cominciato a trovare elementi di concretizzazione. In particolare, ciò è accaduto con la possibilità offerta ai titolari, di essere distaccati su un contratto. In compenso, le possibilità di titolarizzazione, in seguito ad un distacco per dei *contractuels*, non sono ancora attuali. Tradizionalmente ad essi sono aperti i concorsi interni o i regimi di reclutamento, riservati al fine di assorbire l'impiego precario. L'attuazione di una tale proposizione sarebbe allo stesso modo una soluzione radicale, urtando frontalmente il principio del concorso. Tuttavia già adesso, essa si applica per i dispositivi di reclutamento senza concorso per gli *agents* di livello C quanto l'accesso al primo grado. Al di là di questo, la titolarizzazione al livello della categoria B, ovvero A, in seguito ad un semplice distacco, sembra derogatoria e può comportare un rischio di arbitarietà se essa è insufficientemente definita. In queste ipotesi, il riconoscimento dell'esperienza pregressa può essere una soluzione⁴⁸.

Attraverso queste posizioni dottrinali confrontate ai vincoli di gestione e ad altre posizioni teoriche, la riflessione sulla contrattualizzazione del pubblico impiego, pur interessando principalmente i *contractuels*, non può non coinvolgere il regime giuridico dei titolari. Inoltre, tenuto conto delle evoluzioni legislative e regolamentari intervenute questi ultimi dieci anni che interessano il regime del pubblico impiego e in particolare quello dei *contractuels*, la questione è stata rinnovata, anche se le problematiche di fondo restano. Queste evoluzioni conducono ad interrogarsi sulle modalità attuali della contrattualizzazione in seno al pubblico impiego.

Nel lavoro pubblico italiano l'assunzione con contratto a tempo determinato è considerata dal legislatore come un fatto straordinario, ("Per rispondere ad esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale"⁴⁹), ma il fenomeno ha

⁴⁸ Cfr DION F., *Contractualisation et emploi public*, Paris II, 2013, 66.

⁴⁹ Art. 36 TUIP.

conosciuto un notevole incremento, proprio a causa del blocco delle assunzioni a tempo indeterminato; i contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti di lavoro flessibili, che ricadono sotto la disciplina “generalista” valida per il settore privato, escludendo tuttavia che la successione di contratti a tempo determinato possa dar luogo ad un contratto a tempo indeterminato in assenza di concorso pubblico, stante il vincolo costituzionale ad assumere per concorso.

Al fine di prevenire fenomeni di precariato, il legislatore ha stabilito che le pubbliche amministrazioni sottoscrivano in caso di necessità contratti a tempo determinato con i vincitori e gli idonei delle proprie graduatorie vigenti per concorsi pubblici a tempo indeterminato.

La consistenza del pubblico impiego nei due paesi. Nessuna analisi comparativa può prescindere dall’analisi di dati oggettivi. In Francia gli impiegati dello Stato sono 2,5 milioni (di questi più di un milione lavorano per il ministero della pubblica istruzione). Sommando la *fonction publique* statale, la territoriale e l’ospedaliera, i pubblici impiegati rappresentano più di un quarto del lavoro dipendente francese, ovvero 5,3 milioni di persone (dati al 31 dicembre 2009).

Bisogna inoltre precisare che nei 5,3 milioni, non sono stati considerati solo i *fonctionnaires* in senso stretto. Accanto a loro vi sono gli *agents non titulaires*, ripartiti nelle tre funzioni pubbliche. Essi non hanno la qualifica di funzionari ma di agenti pubblici. Normative specifiche regolano questa categoria, si tratta all’incirca di 891.000 dipendenti (pari al 17% del totale)

Anche per il lavoro cosiddetto flessibile, si nota una contrazione progressiva, pari al 8,6 per cento nel periodo 2011-10 (era del 6,9% nel periodo precedente). La riduzione in 5 anni è stata del 26,6 per cento. La contrazione si è concentrata in particolare negli anni 2007-2008, per l’introduzione di norme restrittive sul lavoro flessibile nella PA. Sono soprattutto Regioni ed Enti locali ad aver fatto ampio uso di queste tipologie contrattuali in passato. Si registra anche una contemporanea diminuzione della spesa.

Nel 2011 in Italia gli impiegati pubblici con contratto di tipo flessibile erano 113.811, pari al 4% del totale, di cui la metà apparteneva al comparto Regioni e Autonomie locali.

In Italia il numero dei dipendenti pubblici è pari a 3.200.000, il 5,7% degli abitanti della penisola, il 14,8% rispetto al totale degli occupati (contro al 20% in Francia). L'Italia risulta l'unico paese in cui, negli ultimi dieci anni il numero dei dipendenti pubblici si è ridotto: meno 4,7 per cento. In Francia vi è stato un trend crescente ma contenuto (del 5,1%)⁵⁰.

In Francia circa la metà del personale appartiene alla *fonction publique* dello Stato (45,2%), un terzo (34,1) a quella territoriale e un quinto (28,8) a quella ospedaliera. Occorre ricordare che gli insegnanti e i dipendenti della scuola rientrano nella funzione pubblica dello Stato, in carico al Ministero dell'educazione nazionale⁵¹. Per quanto riguarda l'Italia, il personale è suddiviso per comparti, dal momento che il pubblico impiego è da considerarsi in maniera unitaria; pertanto, i dati non sono immediatamente comparabili.

Nella scuola lavorano 1.011.302 dipendenti che rappresentano il 31,13% del settore pubblico nazionale; il servizio sanitario nazionale rappresenta con i suoi 680.022 dipendenti il 20,93% del totale, le Regioni e le autonomie locali – con 488.061 – possono contare sul 17% delle risorse umane del settore pubblico. Quest'ultimo dato dovrebbe continuare a scendere con la riduzione del numero delle province e con i notevoli limiti assunzionali cui sono sottoposti gli enti locali. I dipendenti dei Ministeri rappresentano il 5% del totale.

Nelle tre funzioni pubbliche francesi, il 28,4% è inquadrato nella categoria A (quadri), il 22,4 in quella B (professioni intermedie) ed il 45,5% in quella C (impiegati e operai). L'età media si aggira intorno ai 43 anni. Le donne sono in maggioranza, ma contano meno degli uomini: le donne sono il 55% degli impiegati pubblici in Italia, il 61% in Francia, ma le percentuali calano drasticamente quando si passa alla dirigenza⁵².

I dipendenti pubblici in Italia sono decisamente più in avanti con gli anni : in Francia il 28% dei lavoratori pubblici ha meno di 35 anni, ma in Italia solo il 10%.

⁵⁰ Ministero dell'economia e delle Finanze, *Conto annuale sulle amministrazioni pubbliche*, 2011.

⁵¹ Insee - Système d'information sur les agents de la fonction publique (SIASP), 2011

⁵² Ministère de la fonction publique, Fonction Publique, *chiffres-clés 2011*, DGAFP.

Dei dipendenti pubblici italiani, solo il 34% è laureato, vale a dire il 50 % dell'amministrazione statale.

Dagli studi analizzati emerge che i dipendenti pubblici in Italia sono distribuiti in maniera non omogenea a livello territoriale: si passa dal 13 % di impiegati pubblici sul totale degli occupati in Calabria al 6% della Lombardia⁵³.

La mobilità praticamente assente: nel 2011 solo un dipendente su mille ha cambiato amministrazione e uno su cento ha cambiato ufficio e tutti su richiesta volontaria. In Francia una recente ricerca del 2013 ha dimostrato come il personale cambia frequentemente posto di lavoro (in media il 5% nello Stato e fino al 10% in alcuni ministeri), mentre meno dell'1% cambia amministrazione.

I dipendenti pubblici italiani hanno stipendi equivalenti a quelli dei colleghi francesi, ma mediamente più alti che nel privato: le retribuzioni medie sono simili nei tre Paesi, ma in Francia gli stipendi sono allineati a quelli del settore privato, in Italia gli impiegati pubblici guadagnano in media il 49% in più dei lavoratori privati. A tal proposito, occorre precisare che gli stipendi del settore privato in Francia sono decisamente del 30% circa più alti di quegli italiani. Inoltre, la media delle retribuzioni viene spostata verso l'alto dagli stipendi dei dirigenti, che sono in numero maggiore di quelli francesi e hanno buste paga più pesanti. I dirigenti pubblici (259mila euro la retribuzione percepita dai dirigenti di prima fascia nelle agenzie fiscali) arrivano a guadagnare nove volte di più della retribuzione media dei dipendenti (29mila euro medi nei Ministeri).

Gli stipendi del personale non dirigenziale si equivalgono, a parità di livello, ma in Francia le carriere non sono state bloccate come in Italia.

La retribuzione dei dipendenti pubblici è aumentata più che nel privato, ma ora si è fermata: la dinamica delle retribuzioni è aumentata di oltre il 7% medio annuo nel periodo tra il 2000 e il 2005 (nel privato era aumentata del 2,8%), ha conosciuto un rallentamento nei 5 anni successivi, per poi fermarsi dal 2010 ad oggi. Adesso la crescita delle retribuzioni nel privato degli ultimi 10 anni con un + 41,8% nelle attività manifatturiere supera seppur di poco la dinamica del settore pubblico, che registra un + 39,8%.

Gli impiegati sono diminuiti, ma oltre il 9% di essi ha conosciuto sviluppi di carriera con l'ultimo avanzamento che risale ormai al 2011 (ma la media include il 25% dei Ministeri e il 75% nella Presidenza del Consiglio dei Ministri). Inoltre, se per ogni dirigente vi erano in media su 12,3 addetti del comparto nel 2003, tale valore è sceso 11,5 nel 2013 (i dirigenti sono molti di meno in Francia: uno ogni 33 dipendenti).

⁵³ FORMEZ, *I dipendenti pubblici in Italia sono troppi?*, Forum PA Edizioni, Maggio 2013

Prima parte: la gestione delle risorse umane nel pubblico impiego.

TITOLO PRIMO: IL DIRITTO DEL LAVORO PUBBLICO ALLA PROVA DELLA GESTIONE DELLE RISORSE UMANE

Capitolo primo: l'identificazione del datore di lavoro pubblico e delle sue prerogative .

Sezione I: il datore di lavoro politico.

Paragrafo I: l'individuazione del datore di lavoro politico e le sue competenze.

Il datore di lavoro pubblico: un'invenzione giuridica. Prima di indagare i poteri del datore di lavoro pubblico occorre riflettere sulla sua identità. Si tratta di una questione cruciale, dalla risoluzione non semplice. Da un lato, riscontriamo l'assenza di una definizione univoca di datore di lavoro pubblico. Nel settore privato questo problema non si pone, dal momento che il datore di lavoro è l'imprenditore; nel pubblico tale figura si sdoppia poiché occorre un datore di lavoro politico-amministrativo. In un sistema democratico sono gli elettori che determinano la *governance*, nominando il datore di lavoro politico⁵⁴. Questo fissa gli obiettivi e attribuisce le risorse al datore di lavoro amministrativo⁵⁵, che beneficia di un certo margine di autonomia da quello politico, secondo il principio generale della neutralità dell'amministrazione pubblica, valido sia in Italia che in Francia. Tuttavia, come si

⁵⁴ Cfr. C. D'ORTA, "L'organizzazione delle p.a. dal diritto pubblico al diritto privato: il fallimento di una riforma", *LPO*, 2012, 392.

⁵⁵ S. BATTINI, "Un vero datore di lavoro per il settore pubblico: politico o amministrativo?", *Giornale di diritto amministrativo* ?, 5/2009, 475-479.

vedrà in seguito, questo principio trova nei due paesi abbia un'applicazione differenziata.

Come aveva sostenuto il piano industriale presentato dal Ministro della funzione pubblica italiano nel maggio del 2008, il datore di lavoro politico-amministrativo è una necessaria invenzione giuridica poiché il datore di lavoro pubblico non è paragonabile a quello privato, dal momento che quest'ultimo paga di persona, quello pubblico no⁵⁶. Dalla coerenza e organicità di questa invenzione giuridica dipende l'efficacia di tutte le riforme in materia di pubblico impiego⁵⁷.

Il datore di lavoro politico. Da un punto di vista politico, in Italia il datore di lavoro è rappresentato dal Dipartimento della Funzione Pubblica, costituito nel 1979 all'interno della Presidenza del Consiglio dei Ministri per rispondere alle esigenze di modernizzazione della PA italiana. Il Dipartimento, di cui si avvale un Ministro senza portafoglio delegato dal Presidente del Consiglio, promuove le iniziative di riforma dell'amministrazione in direzione dell'efficienza, dell'efficacia e dell'economicità dell'azione amministrativa. Con la riforma del lavoro pubblico del '93, il dipartimento ha subito una vera e propria metamorfosi: non più solo come ministero dei dipendenti pubblici, ma anche come strumento di organizzazione e modernizzazione degli apparati pubblici. Pur non trattandosi di un obbligo di legge, la nomina di un ministro competente è sempre avvenuta, trattandosi di un ministero senza portafoglio.

In Francia, la "Direzione delle risorse umane" del pubblico impiego è rappresentata dalla Direzione generale dell'amministrazione e della funzione pubblica (DGAFP), sulla quale ha autorità un Ministro oppure un Sottosegretario, congiuntamente al

⁵⁶ "Occorre introdurre nel lavoro pubblico la figura del datore di lavoro a cui sia possibile imputare l'eventuale responsabilità di un fallimento dell'Amministrazione analogamente a quanto avviene nel fallimento civilistico del settore privato. [...] L'imprenditore paga di persona. Lo stesso deve avvenire, in termini politico-amministrativi per le amministrazioni pubbliche. [...] Manca ancora, e noi vogliamo costruirla, la figura del datore di lavoro politico-amministrativo. Cfr. "Linee programmatiche sulla riforma della PA. Piano industriale", [www.riformabrunetta.it]. Il Piano Industriale della PA, presentato il 28 maggio 2008 dal Ministro per la PA e l'innovazione, perseguiva la duplice finalità di ottimizzare la produttività del lavoro e di riorganizzare l'amministrazione attraverso un duplice strumento: la modifica della legge e la predisposizione di misure di intervento, anche non normative. A tal fine, orientava l'intervento legislativo su cinque direttrici: il riconoscimento del merito; la valutazione, con criteri moderni e trasparenti, dell'operato del personale delle amministrazioni pubbliche; la ridefinizione dei diritti e dei doveri del dipendente pubblico; la rivalutazione del ruolo e dei compiti del dirigente pubblico; l'adeguamento delle amministrazioni, attraverso la contrattazione collettiva e integrativa, ai modelli dell'organizzazione del lavoro ad alta performance. In vista di una riorganizzazione dell'amministrazione, da svilupparsi parallelamente alla riforma del lavoro pubblico, prevedeva, infine, interventi, normativi e non, diretti ad incrementare l'innovazione tecnologica, da svilupparsi lungo i quattro punti principali della mobilità delle funzioni, la qualità del *customers' satisfaction*, dell'utilizzo ottimale degli immobili, delle sponsorizzazioni e del *project financing*."

⁵⁷ Cfr. F. CARINCI, "La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla legge 15/2009", in *LPA*, 2008, p. 975 ss.

Primo ministro. È interessante prestare attenzione al posto riservato negli ultimi anni a questo ministero nell'ambito dell'organizzazione del governo francese. Dal 18 maggio 2007 al 29 giugno 2011 il Ministero della Funzione Pubblica in quanto tale non esisteva, ma è stato accorpato ad altri dicasteri. In particolare, dal maggio 2007 al marzo 2010 esisteva il « Ministère du Budget, des Comptes publics et de la FP », cui è stata aggiunta in seguito la dicitura « de la réforme de l'État ». Dall'aprile 2010 al maggio 2011 il Ministero è stato accorpato a quello del Lavoro e della solidarietà sociale, mentre dal novembre 2010 al giugno 2011 esso è diventato parte integrante del Ministero del bilancio, dei conti pubblici e della riforma dello Stato. Infine, dal luglio 2011 ai giorni nostri il Ministero ha una sua struttura autonoma⁵⁸. Con l'inizio del nuovo quinquennio a guida socialista il Ministero della funzione pubblica comprende le competenze sulla Riforma dello Stato e sulla Decentralizzazione. Il nuovo Ministero ha competenza sulla Direzione generale degli enti locali (Direction générale des collectivités locales, DGCL) congiuntamente con il Ministero dell'Interno, che in precedenza aveva competenza esclusiva su tale direzione, sulla quale vigilava un Ministro delegato. Inoltre, la Funzione Pubblica ha competenza esclusiva sulla Direzione generale della modernizzazione dello Stato (direction générale de la modernisation de l'État, DGME) che in precedenza era accorpata al Ministero del Bilancio e dei conti pubblici. La *mission* della DGME era quella di promuovere la Revisione generale delle politiche pubbliche (RGPP), attuata negli ultimi anni ma che è stata progressivamente abbandonata poiché non rientra tra gli obiettivi programmatici del governo socialista. Ciò spiega il passaggio dal Ministero del Bilancio alla Funzione pubblica. Tale ministero, con la nuova organizzazione, è preposto alla gestione delle tre funzioni pubbliche esistenti in Francia: statale, territoriale e ospedaliera⁵⁹.

⁵⁸ Cfr. « Les ministres en charge de la FP et de la réforme administrative sous la Vème République » (depuis le 8 mai 1959), dal portale del Ministère de la Réforme de l'État, de la Décentralisation et de la FP [www.fonction-publique.gouv.fr/fonction-publique-1093, consultazione del 5 giugno 2012].

⁵⁹ Per maggiori informazioni, *Décret relatif aux attributions du ministre de la réforme de l'Etat, de la décentralisation et de la FP*, n° 2012-780 del 24 maggio 2012 e Sylvain Henry « Marylise Lebranchu armée pour porter la décentralisation », *Acteurs publics*, [www.acteurspublics.com/2012/05/25/marylise-lebranchu-armee-pour-porter-la-decentralisation, consultazione del 5 giugno 2012].

Le relazioni tra la Funzione Pubblica e gli altri ministeri. È interessante rilevare che in Italia, nonostante la riforma del pubblico impiego introdotta nel 1993 abbia privatizzato il rapporto di lavoro del 95% dei funzionari pubblici, il Ministero della funzione pubblica non sia stato mai accorpato a quello del lavoro, tantomeno a quello dell'Economia e delle Finanze, che ha anche la competenza sul bilancio. Si tratta di un segno inequivocabile della riconosciuta specificità del pubblico impiego rispetto a quello privato. Tale tendenza è stata rafforzata dalla terza privatizzazione, che ha modificato la gerarchia delle fonti nel pubblico impiego nel senso di una ripubblicizzazione. Infatti, se prima la contrattazione collettiva poteva derogare eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducevano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità era limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, adesso ciò può accadere solo se la legge lo prevede espressamente (TUPI, art. 2, comma 2). Ulteriore dimostrazione del riconoscimento della specificità del lavoro pubblico in Italia è il dibattito sull'applicabilità al settore pubblico della nuova disciplina delle tutele rispetto ai licenziamenti disciplinari nell'impiego privato, avvenuto nella primavera del 2012⁶⁰. Meritevoli di interesse sono anche i rapporti che si sono via via instaurati tra i Ministri della funzione pubblica e quelli dell'Economia *pro tempore*. Non sempre, infatti, le due figure hanno remato nello stesso senso. Se alla fine degli anni '90, in piena privatizzazione del pubblico impiego, il Ministro della Funzione Pubblica era "l'alleato più fedele ed efficace del Ministro del Tesoro nella difficile opera di risanamento della finanza pubblica"⁶¹, la fase di implementazione della riforma del 2009 è stata contrassegnata da una forte contrapposizione tra Palazzo Vidoni e via XX settembre⁶², una contrapposizione alla quale diversi esperti attribuiscono il fallimento della riforma⁶³. In Francia, dove sul piano formale la specificità dell'impiego pubblico non è finora mai stata messa in discussione, il temporaneo accorpamento della Funzione Pubblica al Ministero del lavoro dall'aprile 2010 al maggio 2011 si spiega invece con la

⁶⁰ Per maggiori approfondimenti, BOERI T., GARIBALDI P., "Verso un nuovo dualismo, privati contro pubblici", *La Voce.info*, [www.lavoce.info/articoli/-relazioni_industriali/pagina1003074.html, consultazione del 5 giugno 2012].

⁶¹ BASSANINI F., "Vent'anni di riforme sistema amministrativo italiano (1990-2010)", *The Journal of European economic History*, n.1/2010.

⁶² Palazzo Vidoni è sede del Ministero della Funzione pubblica, via XX settembre di quello dell'Economia.

⁶³ Cfr. SUZZI R., "Tremonti affossa la riforma della PA", *Risorse umane nella PA*, luglio-ottobre 2010 e DENTE B., Pa: tagliatori di teste cercansi, *Lavoce.info*, 15.05.2012 [www.lavoce.info/articoli/-relazioni_industriali/pagina1002797.html, consultazione del 6 giugno 2012].

concomitante introduzione di riforme che hanno avvicinato la disciplina del pubblico impiego a quella del privato. La duratura coabitazione con il Ministero del Budget è stata invece legata all'esigenza di attuare la politica di contenimento dei costi relativi al personale pubblico, prevista dal piano di Revisione generale delle politiche pubbliche.

I poteri normativi e retributivi nel pubblico impiego italiano. In generale, la fissazione del trattamento economico e normativo dei dipendenti costituisce una prerogativa di ogni datore di lavoro, che tuttavia deve tener conto dei vincoli imposti dalla legge e dalla negoziazione. Nell'organizzazione italiana del pubblico impiego, questi poteri si esercitano nell'ambito della contrattazione collettiva, che nella gerarchia delle fonti occupa un posto inferiore alla legge. Tuttavia la fonte negoziale, se espressamente autorizzata dalla legge, può derogare eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche. I rapporti di lavoro sono regolati, secondo una gerarchia delle fonti, dal TUPI, e successivamente dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del Codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, laddove compatibili con le specificità del pubblico impiego; per il resto, ma in gran parte, i rapporti di lavoro sono regolati contrattualmente (art. 2, comma 3, TUPI). In materia ci sono molteplici riferimenti dottrinari ai quali si rinvia per maggiori approfondimenti⁶⁴.

Ciò che interessa ai fini della presente trattazione è chi rappresenta il datore di lavoro pubblico in sede di contrattazione nazionale. Il legislatore ha istituito l'Aran (Agenzia per la rappresentanza Negoziabile delle Pubbliche Amministrazioni) allo scopo di rappresentare tutte le pubbliche amministrazioni nella contrattazione collettiva nazionale di lavoro. Introdotta già dalla prima privatizzazione, accresciuta e riconfermata nelle sue funzioni dalla riforma del 2009, l'ARAN è un'Agenzia tecnica, dotata di personalità giuridica di diritto pubblico e di autonomia organizzativa, gestionale e contabile.

⁶⁴ SORDI P., "Il sistema delle fonti nella disciplina del lavoro pubblico", *LPO*, 5/2010, 805-831; BELLAVISTA A. e GARILLI A., "Riregolazione legale e decontrattualizzazione: la neoibridazione normativa nel lavoro nelle pubbliche amministrazioni", *LPA*, 1/2010, 1-26; DE MARINIS N., "Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche: dalla riforma alla controriforma. Il sistema delle fonti", *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, n. 3/2011, 127-133.

Nello svolgimento dei suoi compiti istituzionali, l'Agencia si attiene agli atti di indirizzo dei Comitati di settore disponendo dell'autonomia richiesta dalle esigenze di una corretta e funzionale dinamica negoziale. Tali comitati sono organismi collegiali costituiti per rappresentare categorie omogenee di amministrazioni pubbliche. Per le amministrazioni statali tale funzione è esercitata dal Ministro per la PA e l'innovazione, che rappresenta il Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze. Il parere è formulato dagli organi di vertice dell'amministrazione in seno alla quale si svolge la negoziazione. Per esempio, per il sistema scolastico, assolve questa funzione il Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, per le Agenzie fiscali i rispettivi direttori, per le Università la Conferenza dei rettori delle università italiane. La natura dell'ARAN è quindi amministrativa. Si può quindi affermare che al datore di lavoro politico non solo è impedito di fissare unilateralmente il trattamento normativo dei lavoratori, ma anche di negoziarlo direttamente con i sindacati, dal momento che la negoziazione avviene attraverso l'intermediazione dell'ARAN.

Il potere di stabilire i livelli salariali minimi per ciascuna categoria contrattuale è affidato congiuntamente alle parti negoziali; tuttavia, è la legge di stabilità ad effettuare gli stanziamenti necessari per i rinnovi contrattuali (art. 47, comma 1, TUIPI). La vera trattativa si svolge a livello politico⁶⁵ nazionale e pertanto da un punto di vista sostanziale non c'è vera negoziazione in materia salariale, ma piuttosto una scelta unilaterale in base alle contingenze finanziarie e spesso anche agli interessi elettorali. Inoltre, se a 60 giorni dall'approvazione della legge di stabilità che fissa il budget disponibile le trattative per i rinnovi contrattuali non sono giunte al termine, gli incrementi retributivi possono essere erogati in via provvisoria, sentite le organizzazioni sindacali rappresentative (art. 47-bis, comma 1, TUIPI). Decorsi invece un anno e quattro mesi dall'approvazione della suddetta legge di stabilità, il governo può erogare gli aumenti contrattuali in via provvisoria, anche senza il consenso dei sindacati (comma 2 dello stesso articolo). Quest'ultimo rappresenta non solo un potere di decisione unilaterale del governo, ma indubbiamente una forma di pressione sui sindacati affinché le trattative per i rinnovi contrattuali si concludano nei tempi

⁶⁵ Questo spiega il ruolo marginale dell'ARAN. Cfr. S. BATTINI, "Un vero datore di lavoro per il settore pubblico: politico o amministrativo?", in GDA, 2009, n. 5, p. 477.

previsti dall'intesa per l'applicazione dell'Accordo quadro sulla riforma degli assetti contrattuali ai comparti contrattuali del settore pubblico, siglata il 30 aprile 2009⁶⁶.

I poteri normativi e retributivi nel pubblico impiego francese. Il pubblico impiego italiano e quello francese sono accomunati dall'esistenza di una pluralità di datori di lavori pubblici. Tuttavia, in Italia essi appartengono alla stessa PA, mentre in Francia abbiamo tre distinte *fonctions publiques*: statale, territoriale e ospedaliera. Nel corso di questa trattazione ci concentreremo sullo Stato e sulle *collectivités territoriales*; si preferisce accantonare la disciplina della *fp hospitaliere* in quanto le sue caratteristiche peculiari non consentono una trattazione in parallelo con le altre. A causa delle specificità di ciascuna categoria, gli organi competenti in materia di gestione differiscono. Pertanto, occorre differenziare le situazioni.

Per quel che concerne lo Stato, esistono due tipologie di gestione: quella centralizzata nell'ambito della quale è il Ministro il decisore finale; quella decentrata che necessita di delegare una parte delle competenze ai dirigenti delle autonomie locali dello Stato (*préfets, recteurs, chefs d'établissement public*).

L'esercizio da parte del ministro delle responsabilità in materia di gestione dei funzionari del suo ministero è strettamente limitata. È al Primo ministro che la Costituzione francese affida l'esercizio del potere regolamentare di cui i ministri sono sprovvisti e che non può delegare⁶⁷. Lo Statuto generale rinvia principalmente, per la definizione delle sue modalità di applicazione, ai decreti forniti del parere del Consiglio di Stato (art. 37 Cost.) per quanto concerne gli statuti particolari, o a dei decreti governativi in materia di trattamento economico e premi.

Un Ministro può intervenire solamente in tre ipotesi. Innanzitutto, i suoi uffici assicurano per l'insieme dei funzionari del ministero l'esecuzione delle leggi e dei decreti di applicazione. In seguito il Ministro può essere direttamente delegato dalla legge a prendere determinate misure di esecuzione. Infine egli dispone, come ogni autorità amministrativa francese (*chef de service*), di un potere regolamentare autonomo per garantire il buon funzionamento della sua amministrazione⁶⁸. Il

⁶⁶ TRONTI L., La riforma della contrattazione nel pubblico impiego, *Funzione Pubblica*, 2010, n.2.

⁶⁷ CE, Ass., 13 luglio 1968, *Sieur Moreau*, Rec. CE, p.41.

⁶⁸ CE, Sect., 7 febbraio 1936, *Jamart*, Rec, CE, p. 172 .

ministro può anche, negli spazi concessigli dalla legge, regolamentare il diritto di sciopero negli uffici collocati sotto la sua direzione. Il dirigente italiano, invece, non dispone di tale potere, dal momento che la legge sul diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali (l. n. 146/1990) conferisce alla contrattazione collettiva il potere (e l'obbligo) di determinare le prestazioni minime da garantire in caso di sciopero e al prefetto quello di precettare il personale nei casi di emergenza.

Sempre il Ministro nell'ordinamento francese può varare dei provvedimenti in materia di remunerazioni accessorie⁶⁹.

Per ciò che concerne l'intervento delle autorità gerarchiche delle istituzioni decentrate dello Stato, il loro coinvolgimento dipende dall'ampiezza delle deleghe di competenze di cui sono beneficiari. Queste variano in modo sensibile a seconda del ministero considerato, del corpo di funzionari o della categoria di atti di gestione (ad es. se inerenti il reclutamento, lo svolgimento della carriera o la disciplina). Per esempio, la gestione degli insegnanti dipende indirettamente da istituzioni amministrative chiamate rettorati. Come ha sottolineato il rapporto pubblico del Consiglio di Stato nel 2003, sono stati decentrati gli atti di gestione di tipo ordinario che non necessitano della consultazione della CAP del corpo di funzionari in questione (ferie, autorizzazione d'assenza). Per tutti gli altri atti, la competenza appartiene al ministro e alla CAP nazionale. L'assenza della CAP a livello locale costituisce un limite al decentramento della gestione amministrativa dei funzionari. Per quanto concerne gli enti pubblici statali, i direttori e il consiglio d'amministrazione sono competenti ad adottare le misure individuali di gestione, nel rispetto degli *statut particulier* del corpo di funzionari coinvolti. Per il mondo accademico, in seguito alla recente riforma⁷⁰, la gestione della carriera degli insegnanti e dei ricercatori è stata trasferita dal Ministero a ciascuna università. Sono gli organi di quest'ultima che esercitano la gestione dell'insieme del loro personale. Infine, le autonomie locali sono indipendenti nella gestione del loro personale (SGFPT, art.4). Quest'autonomia è limitata rispetto ai funzionari titolari (che, d'ora in poi, chiameremo *fonctionnaires* per evitare equivoci rispetto al significato italiano del termine), poiché deve essere esercitata nell'ambito delle regole statutarie, mentre

⁶⁹ V. CE, Sect., 24 aprile 1964, Synd. National des medecins des etablissements penitentiaires, Rec. CE, p.242.

⁷⁰ Loi n° 2007-1199 del 10 agosto 2007.

è più ampia per gli impiegati assunti sotto contratto (utilizzeremo, d'ora in poi, le espressioni *contractuels* o *agents non titulaires*). Nell'ambito delle autonomie locali (départements e comuni), c'è una doppia gerarchia, di natura politica e amministrativa, una fra il capo dell'esecutivo locale, i vice presidenti (o il vice sindaco) e i gli aggiunti, l'altro tra il capo dell'esecutivo (il presidente o il sindaco) e i direttori generali, i responsabili degli uffici e i diversi livelli dell'amministrazione⁷¹. La gestione del personale è condivisa tra l'assemblea deliberante e l'organo esecutivo. L'assemblea deliberante decide sulla creazione e soppressione di posti; è inoltre competente nel precisare gli elementi dello status di *fonctionnaire* non fissati dalla legge o dai regolamenti, come il regime indennitario e premiale. È l'assemblea che stabilisce le regole applicabili quando vengono assunti degli impiegati su contratto invece che dei *fonctionnaires*, dal momento che non ci sono disposizioni che impongono di assegnare al *contractuel* il trattamento economico di cui godrebbe se fosse *fonctionnaire*⁷². È poi l'organo esecutivo (sindaco o presidente del consiglio generale o regionale) che dà attuazione alle deliberazioni assunte dall'assemblea. Spetta sempre all'esecutivo adottare le regole individuali relative alla gestione della carriera dei *fonctionnaires* (nomine, entrata nei ruoli, avanzamento, sanzioni) o degli impiegati sotto contratto. Si tratta di una grande differenza rispetto all'ordinamento italiano, dove gli indirizzi in materia di personale spettano agli organi esecutivi locali, mentre la gestione ordinaria è sottratta alla politica, come si è visto in precedenza. Tuttavia, spesso nell'ordinamento francese le competenze spettanti al sindaco si riducono a dei poteri di firma, poiché la gestione viene demandata al personale dirigente.

Nel 1984 il legislatore francese ha creato degli enti pubblici specializzati nella gestione e formazione del personale degli enti locali, con un duplice obiettivo: fornire un supporto agli enti e offrire delle garanzie ai *fonctionnaires* nell'applicazione delle regole di una funzione pubblica organizzata secondo un sistema di carriera. Troviamo, in particolare, il CNFPT (Centre National de la FP territoriale) e i centri di gestione. Si tratta di enti pubblici amministrativi specializzati nella gestione del

⁷¹ MALLET L., « Décentralisation et gouvernance régionale, *Pouvoirs locaux* », 2006, n° 70, p. 167.

⁷² Cfr. NASCIET P., « La gestion des ressources humaines dans le collectivités territoriales », *Pouvoirs locaux*, n.89, II/2011, pp. 85-88.

personale degli enti locali. Si occupano dell'organizzazione di concorsi e degli esami professionali dei *fonctionnaires* delle categorie A, B e C, della redazione e della pubblicità della lista di posti vacanti. L'affiliazione ai centri di gestione è obbligatoria per i piccoli comuni (meno di 350 impiegati) mentre è facoltativa per tutti gli altri. Con l'affiliazione i comuni delegano al centro di gestione l'esercizio delle attività cui questi organi sono preposti⁷³.

In Francia, essendo il personale pubblico “collocato rispetto all'amministrazione in una situazione statutaria e regolamentare” gli incrementi retributivi sono accordati unilateralmente dalla parte datoriale. È il governo che stabilisce per decreto il valore del punto d'indice, utilizzato come riferimento per il calcolo della retribuzione di tutti i dipendenti pubblici⁷⁴, come pure il contenuto degli *statut particulier* dei corpi e dei quadri d'impiego, contenenti la gerarchia dei gradi di ciascun corpo, il numero di livelli di ciascun grado, le regole di avanzamento da un livello all'altro o di promozione al grado successivo (art. 30, SGFPE). In verità, a monte di queste decisioni c'è una negoziazione con i sindacati a livello nazionale, con un valore di impegno politico ma priva di alcun riconoscimento da un punto di vista giuridico. La questione della validità giuridica degli accordi con i sindacati sarà oggetto di maggiori approfondimenti nel capitolo dedicato alla negoziazione collettiva.

⁷³ Sulle competenze e le attività del *Centre National de la FP territoriale*, consultare SGFPE, artt 12 . 12-4. Sul riparto di competenze tra centri di gestione e CNFPT, consultare la legge n° 2007-209 del 19 febbraio 2007. Sulle competenze e le attività dei centri di gestione, STFPT, artt. 13-27.

⁷⁴ Per maggiori approfondimenti sul sistema retributivo dei dipendenti pubblici francesi, si rinvia a MELLERAY F., *Droit de la FP*, Deuxième édition, Ed. Economica, 2010, pp. 300-304.

Paragrafo II: i rapporti con il datore di lavoro amministrativo.

I rapporti politica-amministrazione in Italia. Un punto comune alle tre fasi di privatizzazione del pubblico impiego italiano è la distinzione tra le sfere di competenza della politica e quelle del management amministrativo. Questa scelta di fondo ha comportato l'introduzione della responsabilità di risultato e la creazione dello status di dirigente. L'intento del legislatore è quello di trasformare i burocrati pubblici in *managers*, attenti non soltanto alla legalità dell'azione amministrativa, ma anche ai risultati, in termini di efficienza, ossia di costi, e di efficacia, ossia di conseguimento degli obiettivi. Il ruolo affidato alla dirigenza quindi ruota attorno al binomio autonomia/responsabilità. Non rientra nelle finalità della presente trattazione analizzare quale sia il reale grado di autonomia che la dirigenza ha concretamente nella fase gestionale e quali fattori possono comprimerla. Ciò che qui interessa è che agli organi politici viene riservata (art. 14, TUIPI) l'adozione degli atti di indirizzo (obiettivi, priorità, programmi, direttive generali), mentre alla dirigenza spetta l'intera gestione finanziaria, tecnica e amministrativa, compresa la gestione delle RU. Spetta ai dirigenti il potere di firma, con le responsabilità connesse.

La necessità di prendere posizione sull'assetto delle relazioni tra politica e amministrazione nasce dalla volontà di costruire una vera figura datoriale all'interno delle pubbliche amministrazioni, non più finalizzate a produrre atti ma ad erogare servizi, passando da un modello organizzativo di tipo burocratico ad uno di tipo aziendale, al fine di realizzare una maggiore efficienza dell'amministrazione.

Abbiamo visto finora il ruolo del datore di lavoro politico come regolatore. Eppure, limitatamente al ruolo dei top manager, la politica ha anche il potere di selezione e nomina: si tratta del c.d. *spoils system*. La scelta di politica di diritto che i legislatori nazionale e regionale hanno compiuto attraverso diversi interventi legislativi è stata quella di assicurarsi il controllo dell'apparato rafforzando il legame fiduciario con la dirigenza⁷⁵. Secondo la dottrina, le dimensioni eccessive assunte dallo *spoils system* in Italia sono una delle cause del mancato funzionamento del modello manageriale

⁷⁵ Un elenco non esaustivo delle norme della legislazione statale in materia di *spoils system*: art. 19, comma 8, TUIPI; art. 2, comma 160, legge 24.11.2006, n. 286, art.9, comma 8, TUIPI, legge 145/2002 art. 3, comma 7; art.2, commi 159 e 161, legge n. 286/2006.

introdotto dalle riforme del 1993-1998⁷⁶. In questo modo, in sede di conferma di un dirigente nel suo incarico l'apprezzamento dei risultati di gestione passa in secondo piano; ciò che conta è la sua adesione ai piani e ai programmi dell'organo di governo. Così facendo, evidentemente, l'azione del dirigente non è più orientata a principi manageriali di efficienza ed efficacia, ma risulta spesso in contrasto con questi. L'altro risvolto è che un dirigente potrebbe non essere confermato anche se i risultati di gestione sono positivi. Di fronte a una forzatura dei principi costituzionali sanciti dagli articoli n.3, 97 e 98 della Carta fondamentale, la Corte Costituzionale è intervenuta a più riprese ribadendo il principio secondo il quale lo *spoils system* può riguardare solo i dirigenti apicali, ovvero coloro che sono stati nominati dall'organo politico e siano strettamente contigui ad esso. Per tutti gli altri dirigenti, anche se di livello generale, è stata affermata l'illegittimità dello *spoils system* in quanto lesivo dei principi di imparzialità, buon andamento e continuità dell'azione amministrativa che è "vincolata ad agire senza distinzioni di parti politiche e dunque al servizio esclusivo della nazione, al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obiettivate dall'ordinamento"⁷⁷. In conclusione, l'eventuale sostituzione di un dirigente può essere giustificata esclusivamente con una valutazione negativa dei risultati conseguiti, e nel rispetto del principio del giusto procedimento.

A livello statale quindi, gli incarichi soggetti a *spoils system* sono solamente "Gli incarichi di Segretario generale di ministeri, gli incarichi di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali e quelli di livello equivalente"⁷⁸; essi decadono "decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo"⁷⁹.

I rapporti politica-amministrazione in Francia. Su questo punto la Francia si distingue dall'Italia e da altri paesi, poiché i posti degli alti funzionari sono lasciati ad un'ampia discrezione del governo.

⁷⁶ D'ORTA C., "L'organizzazione della PA dal diritto pubblico al diritto privato: fallimento di una riforma", *LPA*, n.1/2012, 391 e ss.. Per maggiori approfondimenti consultare CAPONETTI S., "Potere politico, dirigenza pubblica e spoils system all'italiana: identità e difformità con l'"originario" modello statunitense", in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2011, n. 2, 283 e ss.

⁷⁷ Corte Cost. n. 233 del 16 giugno 2006, n. 103 e n. 104 del 23 marzo 2007, n. 161 del 20 maggio 2008, n. 340 del 10 ottobre 2008, n. 351 del 24 ottobre 2008, n. 81 del 5 marzo 2010 e infine la più recente, la n. 124 del 4 aprile 2011.

⁷⁸ Art. 19, comma 3, TUIP.

⁷⁹ Art. 19, comma 8, TUIP.

Lo prevedono gli articoli 24 e 25 dello SGFPE. Il primo disciplina la nomina *au tour extérieur* (dall'esterno), ovvero il reclutamento in deroga alla regola generale dei concorsi; ciò può essere previsto da alcuni statuti particolari dei funzionari di una dozzina di ministeri tra cui il Ministero dell'Economia e delle Finanze, il Ministero dell'Educazione nazionale e dell'Interno. Si tratta in questo caso di vere e proprie nomine politiche, che giustificano l'utilizzo delle espressioni "Etat PS" o "Etat UMP".

Mentre l'art.24 si occupa della titolarizzazione di personale reclutato senza concorso, l'articolo successivo disciplina la semplice nomina agli "emplois supérieurs", con la differenza sostanziale che qualora tali nomine abbiano ad oggetto personale esterno all'amministrazione, esse non comportano l'assunzione nei ruoli di funzionario titolare. Un decreto del Consiglio di Stato interviene a stabilire per quali posti si applica l'art.24; si tratta, in particolare, dei prefetti, degli ambasciatori e dei direttori d'amministrazione centrale.

Nonostante questo forte potere di nomina (e quindi di rimozione), salvo periodi particolari politici e alti funzionari non sono in rapporto conflittuale con la politica. Ciò spiega senz'altro lo status favorevole di cui questi godono ma soprattutto per il ruolo di "policy-maker" e non di semplici esecutori che essi ricoprono⁸⁰. Se è vero che la separazione tra politica e amministrazione è accompagnata e garantita da un dovere di stretta neutralità imposta ai funzionari nell'esercizio delle loro funzioni, nella pratica questo non si verifica, perché in Francia la relazione è più di natura dialettica che subordinata. Proprio come gli alti funzionari collaborano coi politici in sede di fissazione delle scelte di indirizzo, dato l'alto livello di complessità tecnica delle questioni affrontate, così i politici non possono fare a meno di intervenire nella gestione dell'amministrazione⁸¹. Infine, la politicizzazione dell'amministrazione è percepibile anche a livello delle autonomie locali.

Criticità dei rapporti politica-amministrazione. In Italia il principio di separazione tra politica e amministrazione è rispettato abbastanza rigorosamente, salvo eccezioni;

⁸⁰ BEZES P., « Variations sur les rôles politico-administratifs. Les dynamiques d'engagement des hauts fonctionnaires dans les réformes administratives en France depuis les années 1960 », communication à la Troisième journée d'études "Identité européenne en question", Association française de science politique, Paris, giugno 2002.

⁸¹ DE VISSCHER Christian, « Autorités politiques et haute administration : une dichotomie repensée par la NGP ? »,

secondo alcuni, ciò costituisce una delle principali cause di inefficienze. La volontà degli alti funzionari di proteggersi dalle invasioni della politica ha nuociuto al loro ruolo, divenuto quello di esecutori invece che protagonisti della determinazione degli indirizzi da realizzare. Non di rado, inoltre, si è attribuito all'ostruzionismo delle burocrazie ministeriali la causa della mancata realizzazione di determinate politiche pubbliche. Il ruolo in cui sono "autoconfinati" gli alti funzionari pubblici italiani pone un serio problema anche ai politici al punto che, in sede di fissazione delle scelte politiche di fondo, essi sono costretti a ricorrere all'*expertise* esterna dei professori universitari; ciò spiega il ruolo importantissimo che gli accademici ricoprono nel panorama politico italiano, senza paragoni a livello europeo⁸². In Francia ciò non accade, poiché gli staff dei politici sono composti in gran parte dagli alti funzionari dello Stato. In conclusione, non è così certo che i manager pubblici appartengano alle *élites* della Penisola; senza dubbio, essere manager pubblico è molto più prestigioso in Francia che in Italia.

Da un punto di vista strettamente giuridico, dubbi di costituzionalità sulle nomine politiche ai vertici dello Stato sono stati sollevati anche in Francia. In particolare, è stato posto il problema della compatibilità tra le nomine a totale discrezione del governo e l'articolo 6 della Dichiarazione sui diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, in virtù del quale i cittadini sono "sono egualmente ammessi a tutte le posizioni ed impieghi pubblici, secondo la loro capacità, e senza altre distinzioni che quelle delle loro virtù e dei loro talenti"; a tale questione il Consiglio Costituzionale ha risposto dicendo che nell'effettuare queste nomine occorre comunque tenere conto delle capacità⁸³, respingendo quindi il problema di costituzionalità.

Quanto alla possibilità di nominare personale esterno alla funzione pubblica senza concorso, il *Conseil constitutionnel* ha sottolineato che l'obbligo di nomina di funzionari negli impieghi civili dello Stato non ha portata costituzionale ma è stato introdotto dallo STFP⁸⁴. In Italia, invece, è la stessa Costituzione (art.95) a prevedere

Revue internationale de politique comparée, 2004/2 Vol. 11, p. 205-224.

⁸² Per maggiori dettagli, consultare Y. MENY et Y. SUREL, *Politique comparée, Montchrestien*, ottava edizione., 2009, sezione II "la FP".

⁸³ Conseil Constitutionnel, n° 1984-179 DC, 12 settembre 1984.

⁸⁴ Conseil Constitutionnel, n° 2009-584, 16 luglio 2009.

la possibilità che la legge stabilisca i casi in cui è consentita la deroga al principio del concorso.

Sezione II: il datore di lavoro amministrativo.

Paragrafo I: il ruolo del management pubblico.

La funzione direttiva nel pubblico impiego italiano o francese. Per quanto riguarda la gestione del personale con mansioni direttive ci sono grandi differenze tra il pubblico impiego italiano e quello francese.

La prima è di tipo terminologico. Nel pubblico impiego italiano viene chiamato dirigente il funzionario vincitore di concorso per l'accesso alla qualifica dirigenziale, che può essere di prima o di seconda fascia. Tuttavia, la differenza tra prima e seconda fascia è molto significativa. Il dirigente di prima fascia è un vero e proprio alto funzionario, preposto a “incarichi di Segretario generale di ministeri, di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali e quelli di livello equivalente”⁸⁵. Il dirigente di seconda fascia, comunemente chiamato “capo ufficio”, è preposto a strutture di dimensioni variabili, con compiti a limitata autonomia gestionale e manageriale.

Nel pubblico impiego francese, *chef de bureau* nell'accezione italiana di responsabile di una unità organizzativa può essere un semplice funzionario incaricato di coordinare delle risorse nell'ambito di un'amministrazione; egli mantiene la propria retribuzione di funzionario beneficiando di un sistema premiale legato al livello di responsabilità del posto occupato. In un sistema organizzato per carriera il grado occupato può essere quello di *attaché* o *redacteur* o, nel caso di mansioni caratterizzate da un alto grado di direzione *attaché principal* o *redacteur principal*. A parità di grado, l'impiego ricoperto può invece trattarsi di un incarico definito, a seconda dei casi, Direttore, Responsabile, Coordinatore. Tale categoria equivale alla Terza Area Funzionale (ex area C) del pubblico impiego italiano.

Ad onor del vero, anche nel pubblico impiego italiano può accadere che dei funzionari siano incaricati di funzioni dirigenziali ex art. 19, comma 1-bis TUIP.

⁸⁵ Art. 19, comma 3, TUIP.

Tuttavia, il loro contingente è limitato e per un periodo di tempo ristretto (art. 19, comma 6, TUIP).

In Francia, per dirigente si intende l'*haut fonctionnaire* o *cadre dirigeant* (alto funzionario), che corrisponde al dirigente di prima fascia italiano.

Lo *chef de service* francese è la persona che dirige un “ufficio di amministrazioni centrali e assimilate, di uffici a competenza nazionale, di enti pubblici amministrativi dello Stato, di autorità amministrative indipendenti non dotate di personalità morale e di uffici amministrativi posti sotto l'autorità del segretario generale del Consiglio di Stato e del segretario generale della Corte dei Conti”⁸⁶, e che dispone a questo scopo di prerogative gerarchiche rispetto al personale che ne fa parte. Data questa definizione, *chef de service* può essere sia il Ministro, sia il capo di un ufficio di un'amministrazione medio-piccola. L'utilizzo di questa espressione non è legata alla qualifica funzionale occupata (dal momento che il 50% di posti disponibili possono essere coperti da funzionari che non sono in possesso delle qualifica di *administrateur*⁸⁷) ma al ruolo concretamente ricoperto, che è quello direttivo; essa si utilizza in relazione ai poteri di cui dispone e non in base alla sua collocazione nella gerarchia amministrativa. L'espressione *chef de service* può quindi riferirsi anche ad un semplice *chef de bureau* (capo ufficio).

Le diversità giuridiche della funzione direttiva. Queste differenze organizzative e gestionali si spiegano con differenze giuridiche profonde. In Italia i contratti collettivi, preposti all'individuazione delle mansioni corrispondenti alle qualifiche, consentono ad un funzionario la direzione e il coordinamento “di unità organiche anche di rilevanza esterna, la cui responsabilità non è riservata a dirigenti”⁸⁸ e l'assunzione temporanea di funzioni dirigenziali in assenza del dirigente titolare.

In materia vige il divieto di esercitare mansioni superiori previsto dall'art. 52 TUIP. Tale principio non è presente in Francia, dove vige soltanto la regola secondo la quale l'impiego assegnato al funzionario debba essere corrispondente al suo grado. Il comma sopra menzionato del TUIP italiano prevede che “l'esercizio di fatto di

⁸⁶ Décret relatif aux emplois de chef de service et de sous-directeur des administrations de l'Etat, n° 2012-32 del 9 gennaio 2012, art.1.

⁸⁷ Décret relatif aux emplois de chef de service et de sous-directeur des administrations de l'Etat, n° 2012-32 del 9 gennaio 2012, art.4.

⁸⁸ Si veda, per esempio, il CCNL Agenzie fiscali, ALLEGATO A al CCNL 2002/2005, “Declaratoria delle aree funzionali”, voce “Terza area funzionale”.

mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore”, dal momento che vale il principio costituzionale di accesso per concorso alle qualifiche del pubblico impiego. Principio che, come si è avuto modo di spiegare in precedenza, non ha valore costituzionale in Francia. Ciò spiega come nella PA francese coesistano dei *fonctionnaires titulaires* e degli *agents contractuels*..

Due sono le conseguenze fondamentali. La prima è che la carriera impiegatizia è più interessante di quella italiana, dal momento che in Francia pur restando funzionari senza qualifica direttiva è possibile ambire alla direzione di un ufficio di dimensioni medio-grandi. Nel pubblico impiego italiano un funzionario c.d. “livellato” può ambire ad una c.d. posizione organizzativa, ovvero una carica non dirigenziale e gerarchicamente inferiore al dirigente, ma caratterizzata da un’attività di coordinamento o di elevata specializzazione tecnica. In questo modo la gestione del personale con funzioni direttive risulta più flessibile, dal momento che l’amministrazione dispone di una potente leva gestionale per motivare i funzionari e non è vincolata allo svolgimento di procedure di mobilità o all’indizione di un concorso in caso di vacanza di un posto destinato al personale dirigente. In Francia, le vacanze di incarichi direttivi sono pubblicate nei siti intranet delle singole amministrazioni e sulla BIEP, la borsa interministeriale del pubblico impiego, accessibile anche dall’esterno nel caso in cui i posti fossero aperti al reclutamento di non funzionari. Se da un lato l’attribuzione di incarichi direttivi a personale vincitore di concorso sembra offrire più garanzie al personale rispetto alla scelta discrezionale, dall’altro il reclutamento per esperienza, titoli e colloquio, su presentazione di un *curriculum vitae* nello stile dell’impresa privata è più vicino alle esigenze di un’amministrazione moderna.

Inoltre, ciò comporta un risparmio per l’amministrazione dal momento che la retribuzione del responsabile di un ufficio resta quella di un funzionario, e varia solamente la parte premiale.

In ogni caso, per l’eventuale conferma nell’incarico e l’attribuzione del trattamento premiale si fa riferimento alle risultanze del sistema di valutazione di cui si parlerà nell’apposito capitolo.

L'alta dirigenza italiana e francese. Per quello che riguarda gli alti funzionari, conosciuti come *grands commis de l'Etat* ou *grands corps de l'Etat* o *cadres dirigeants*, essi appartengono alla “categoria A+”, distinta dalla “categoria A” del personale impiegatizio. Essi hanno vocazione ad occupare gli impieghi più elevati della funzione pubblica.

Dal punto di vista del reclutamento, essi provengono dalle *grands écoles*, fra le quali la più conosciuta, anche all'estero, è l'ENA. Esiste tuttavia la possibilità di un reclutamento fuori dall'ENA. I corpi di appartenenza sono quelli di *Administrateurs civils* per gli impieghi di tipo amministrativo, *Architectes et Urbanistes de l'État*, *Ingénieurs des ponts et chaussées* per quelli di tipo tecnico.

Le nomine avvengono mediante decreto congiunto del Primo ministro e del capo dell'amministrazione interessata.

Inoltre, il 50% dei posti di *chefs de service* e *sous-directeurs* (di livello più basso) possono essere occupati da funzionari privi delle qualifiche di *administrateurs* a condizione che siano apicali nel corpo di appartenenza e che giustifichino un'anzianità da sei a dieci anni a seconda del posto in questione⁸⁹. L'incarico può avere la durata massima di sei anni, indipendentemente dal possesso della qualifica di *administrateurs*, ed è revocabile in qualsiasi momento dall'amministrazione.

In Italia la percentuale di apertura di questi incarichi a funzionari privi di qualifica dirigenziale è di appena dell'8%; tuttavia, i posti in questione sono accessibili anche a personalità provenienti dal settore privato, se in possesso di determinate competenze e possono avere una durata massima di tre anni. Per gli incarichi a funzionari “interni” la durata massima è invece di 5 anni.

Nel pubblico impiego italiano del reclutamento e dell'alta formazione si occupa Scuola Nazionale di Amministrazione (SNA), che tuttavia non ha finora raggiunto i livelli di prestigio dell'ENA⁹⁰. Un'altra fondamentale differenza risiede nel fatto che la SNA si occupa del corso-concorso per l'accesso alla qualifica di dirigente di seconda fascia, che come abbiamo visto è un responsabile con limitati poteri

⁸⁹ *Décret relatif aux emplois de chef de service et de sous-directeur des administrations de l'Etat*, n° 2012-32, 9 gennaio 2012, art. 5, alinéa 1.

⁹⁰ MENY Y., SUREL Y., *Politiques comparée*, Section II, 2008.

manageriali, mentre all'uscita dell'ENA si diventa automaticamente *haut fonctionnaire* delle amministrazioni statali più prestigiose (come il Consiglio di Stato, la Corte dei Conti, Ispettorato generale delle finanze).

Diversamente in Italia per l'attribuzione di incarichi e l'ingresso nei ruoli di dirigente di prima fascia, per alti funzionari, sono assegnati mediante concorso pubblico indetto dalle singole Amministrazioni a copertura dei singoli posti; esso può essere aperto ai dirigenti di seconda fascia, valutati per titoli ed esami (art.28 bis, comma 1, TUIPI), oppure mediante accertamento dei requisiti professionali e delle attitudini manageriali corrispondenti al posto di funzione da coprire (comma 2 dello stesso articolo). La SSPA ha un ruolo del tutto marginale nel reclutamento di dirigenti di prima fascia, dal momento che viene interpellata solamente per il rilascio di un parere.

In Francia, a quadro giuridico invariato (cioè mediante solamente una semplice circolare) per l'attribuzione di incarichi nelle alte gerarchie dello Stato e degli enti pubblici è stato realizzato un "vivaio" di dirigenti ad alto potenziale, tra quelli già in servizio come *hauts fonctionnaires*, affinché essa sia improntata ad una gestione di tipo più personalizzato e manageriale. I dirigenti che fanno parte di questo vivaio beneficiano di una formazione e di un accompagnamento individualizzato; ad ogni vacanza di posti nelle alte gerarchie, sono prese prioritariamente in conto le candidature dei dirigenti appartenenti a questo "vivaio"⁹¹.

La figura del datore di lavoro pubblico amministrativo e i suoi poteri. L'oggetto principale di questa tesi sono i poteri di direzione delle risorse umane a disposizione del datore di lavoro pubblico amministrativo e l'identificazione delle principali problematiche che emergono dalla loro applicazione.

Ovviamente, rientrano nei poteri di direzione delle risorse umane anche quelli esercitati da un'alta autorità gerarchica rispetto ad un'altra di livello inferiore, come per esempio i dirigenti di prima fascia rispetto ai dirigenti di seconda fascia in Italia e, per la parte francese, dei poteri degli *chefs de service* e dei *sous-directeurs* rispetto ai funzionari loro subordinati ai quali viene conferita la responsabilità di un ufficio.

⁹¹ *Circulaire du 10 gennaio 2010 relative aux cadres dirigeants de l'Etat*, JORF n. 0039 del 16 febbraio 2010 page, texte n° 2.

Tuttavia, lo studio della c.d. alta amministrazione non rientra nelle finalità principali di questa tesi. L'attenzione sarà rivolta in particolare sui poteri di direzione e coordinamento nei confronti del personale non dirigente, ovvero quello appartenente alle aree funzionali nella PA italiana, e quello che rientra nei vari *échelons* dei *grades* di tipo amministrativo (*attachés, rédacteurs*) per la PA francese.

Il potere direttivo si ripartisce in Italia tra responsabile dell'ufficio (indipendentemente che sia dirigente o incaricato di funzioni dirigenziali) o titolari di posizioni organizzative, qualora istituite; in Francia tra lo *chef de service* e *chef de bureau*, ovvero il superiore gerarchico diretto.

Esistono poteri che possono essere esercitati indifferentemente o dal superiore gerarchico diretto non possessore della qualifica dirigenziale o dal dirigente di ruolo. L'esempio più comune è l'assegnazione delle mansioni.

Ci sono casi in cui la legge dispone che determinati poteri debbano essere esercitati solamente dal capo ufficio che sia funzionalmente inquadrato come dirigente.

Per esempio, in Italia, il potere disciplinare può essere esercitato solamente dal personale⁹² in possesso della qualifica dirigenziale. In Francia, invece, il potere di valutare appartiene allo *chef de bureau*: lo *chef de service* firma la valutazione, pur non conducendola in prima persona⁹³.

Le specificità della dirigenza italiana. Il legislatore italiano ha inteso riformare la dirigenza pubblica dotandola di una duplice capacità, pubblicistica e privatistica, al punto che essa assume le sembianze di un Giano bifronte: amministratore pubblico da un lato e datore di lavoro privato dall'altro. Si tratta di una finzione giuridica necessaria perché senza la figura di un datore di lavoro pubblico non sarebbe possibile neppure concettualmente impostare la privatizzazione. Tuttavia, per quanto possa essere significativo il ruolo del *management*, è l'imprenditore il tipico datore privato, che risponde al mercato; il dirigente pubblico/datore di lavoro, invece, risponde ad un vertice politico-istituzionale, dal quale riceve gli indirizzi politici.

⁹² Art.55, comma 1, TUPI.

⁹³ CHAUVET C., Paris II Panthéon Assas, *Le pouvoir hiérarchique*, 2011, p. 482 ss,

Così il dirigente come datore di lavoro deve essere autonomo, mentre dall'altro, come funzionario deve essere soggetto al vertice: questo ne determina la debolezza intrinseca. Oltre all'aspetto giuridico, occorre poi verificare se nel concreto il datore di lavoro pubblico assume le stesse modalità di comportamento e forme di responsabilità del datore di lavoro privato.

Data l'assenza di rischio d'impresa e di mercato, il legislatore ha ritenuto necessario creare normativamente il conflitto d'interessi fra le parti del rapporto.

Il primo strumento è la promozione del controllo sociale e diffuso del cittadino-utente sul funzionamento dei pubblici servizi, al fine di sopperire alla mancanza della concorrenza nell'esercizio delle attività amministrative. Il mercato rappresenta lo stimolo degli operatori privati per la ricerca permanente di maggiore efficienza ed efficacia della propria attività economica; se nel privato il giudizio negativo del mercato è immediatamente sanzionato in termini di ritorno economico, nel pubblico deve essere posto in essere un meccanismo *ad hoc* per farlo emergere e contare.

Il secondo strumento è la rilegittimazione del dirigente quale effettivo datore di lavoro pubblico. Infatti, la separazione tra i compiti di direzione politica e di direzione amministrativa e la collocazione della funzione di negoziazione e gestione del rapporto di lavoro pubblico sul versante amministrativo, dettata dalla consapevolezza dell'inidoneità del politico ad assumere il ruolo di controparte dei dipendenti, non ha funzionato. Ciò è accaduto per la debolezza con cui è stato strutturato il ruolo del dirigente datore di lavoro, soprattutto per l'insufficiente autonomia concessagli, oltre che sul piano strutturale (eccessiva fidelizzazione politica), anche nell'esercizio dei poteri negoziali e gestionali.

La maggiore attenzione al ruolo datoriale del dirigente quale organizzatore del lavoro piuttosto che al profilo amministrativo-funzionale emerge chiaramente nell'intervento riformatore⁹⁴ della terza privatizzazione. Da un lato si cerca di rafforzare l'autonomia della dirigenza rispetto agli organi politici e alle organizzazioni sindacali, dall'altro i

⁹⁴ Tuttavia, alla precisa attenzione del legislatore al dirigente come datore di lavoro non si affianca un'altrettanto puntuale attenzione alla posizione del dirigente come dipendente, ovvero come soggetto chiamato ad attuare l'indirizzo politico esercitando le pubbliche funzioni allo stesso attribuite. Sono solo generali enunciazioni di principio tese a garantire autonomia al dirigente nell'esercizio delle pubbliche funzioni. Le misure in materia di dirigenza si rivelano di per sé inidonee a garantire un esercizio della funzione effettivamente autonomo rispetto agli organi politici nella sua fase funzionale. Cfr. A. BOSCATI, "Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività amministrativa", *LPA*, 2009, VOL 1, p. 20 ss.

poteri e le prerogative ad essa attribuiti vengono regolati e indirizzati per legge⁹⁵, predisponendo specifici “obblighi di agire” con specifiche conseguenze sanzionatorie, affinché i dirigenti assumano il ruolo datoriale rispetto al quale sono stati molte volte latenti. Poteri, funzioni e responsabilità del capo ufficio vengono inseriti in una struttura normativa obbligatoria, attraverso la quale “il dirigente viene costretto dalla legge ad esser libero o almeno ad aspirare alla libertà”⁹⁶: se prima il legislatore lasciava l’esercizio di poteri e funzioni dirigenziali alla capacità e alla buona volontà degli attori coinvolti, adesso il percorso gestionale (ed i concreti comportamenti) vengono imposti per legge. Alla base vi è una scelta di politica del diritto che vuole legare il riordino della disciplina del personale e, in particolare, della dirigenza, all’incremento dell’efficienza e dell’efficacia dell’azione della PA⁹⁷. Viene delineata una stratificazione gerarchica derivante da una maggiore differenziazione interna tra dirigenza alta e bassa, sia sul piano del trattamento economico, e delle responsabilità, che sulla disciplina di selezione e di conferimento dell’incarico.

Le più spiccate funzioni manageriali e gestionali si concentrano nella prima fascia (“i vertici dell’amministrazione” o i “dirigenti apicali”), mentre nella seconda si concentra la dirigenza professionale, con limitati compiti gestionali. Per il doppio ruolo che la caratterizza, la dirigenza rappresenta il punto di connessione tra l’organizzazione del lavoro e l’organizzazione dei servizi⁹⁸.

⁹⁵ “La regolamentazione unilaterale, per legge, si fa carico sia di delimitare l’ambito di operatività dell’azione negoziale e di altre attività partecipative del sindacato, sia di puntellare, indirizzare e conformare anche il potere di gestione della dirigenza, normalmente autonomo. Il potere della dirigenza finisce per apparire una sorta di munus pubblico, una sorta di esercizio privato di pubblica funzione che viene messo al riparo da ingerenze di altri attori.” Cfr. B. CARUSO, “Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (il ridisegno della governance nella p.a. italiana)”, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .IT, 104/2010, p. 6.

⁹⁶ Cfr. B. CARUSO, “Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (il ridisegno della governance nella p.a. italiana)”, “WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona” .IT, 104/2010, p. 6.

⁹⁷ “Il deficit di efficienza della PA non si esaurisce in condotte individuali opportunistiche e incresciose ma è anche effetto di una macchina pubblica male organizzata e in casi sporadici diretta a soddisfare i desideri degli organi politici piuttosto che a rispondere alla reale domanda dell’utenza. [...] l’intento del nuovo esecutivo era quello di coniugare una riorganizzazione complessiva della PA con una riforma incisiva della disciplina del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici. Il progetto unitario si è perso strada facendo [...] gli interventi in materia organizzativa sono risultati oltremodo circostanziati, a fronte di incisivi interventi in materia di personale. Cfr. A. BOSCATI, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell’attività amministrativa*, LPA, 2009, 1, p. 14 ss.

⁹⁸ Cfr. A. BOSCATI, “Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell’attività amministrativa”, LPA, 2009, 1, p.22.

I poteri e le capacità del “privato datore di lavoro”. L’obbligazione d’obbedienza è una costante dell’organizzazione amministrativa. Da un punto di vista sociologico, è conforme al sistema burocratico weberiano⁹⁹.

Non a caso la ricerca di una vera figura datoriale, di un padrone che controlli, assumendo in prima persona la responsabilità delle scelte, costituisce una delle idee di fondo della riforma del pubblico impiego italiano. Con la seconda privatizzazione, in particolare, la figura del dirigente si avvale dell’autonomia gestionale e decisionale per il raggiungimento degli obiettivi prefissati; ad essa si lega una responsabilità di tipo manageriale. Il legislatore non si limita a ricomprendere il lavoro pubblico nell’ambito di applicazione delle norme del lavoro privato, ma si spinge a qualificare anche la natura dei poteri esercitati dal datore di lavoro pubblico: “le determinazioni per l’organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro” (art. 5, comma 2, TUPI). Nella formulazione precedente¹⁰⁰ il legislatore qualifica in senso privatistico i soli poteri di gestione del rapporto di lavoro¹⁰¹, lasciando implicitamente nell’ambito della disciplina pubblicistica i poteri di gestione dell’organizzazione¹⁰². Da un lato la dirigenza pubblica è tenuta ad avvalersi della capacità pubblica per adottare “ogni determinazione amministrativa al fine di assicurare l’attuazione dei principi di cui all’art. 2, comma 1, TUPI, e la rispondenza al pubblico interesse dell’azione amministrativa” (art. 5, comma 1); dall’altro, rispettivamente, “la capacità e i poteri del privato datore di lavoro” per assumere nell’ambito delle leggi e degli atti organizzativi le determinazioni per l’organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro. Il legislatore distingue quindi tra macro-organizzazione, mantenuta sotto la riserva di

⁹⁹ v. M. WEBER, *Économie et société*, t. I « Les catégories de la sociologie », Paris, Pocket, 1995 (edizione originale 1922), p. 289

¹⁰⁰ D.lgs. n. 29/1993, art. 4.

¹⁰¹ “La dirigenza amministrativa veniva ad essere così dotata di una duplice capacità a seconda che esercitasse un potere di organizzazione degli uffici o di gestione dei dipendenti, cioè parte di un rapporto di supremazia o di un rapporto paritario, assoggettati al diritto pubblico e rispettivamente al diritto privato, tanto da meritarsi la denominazione di Giano bifronte”. Cfr. F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla legge 15/2009, LPA*, 2008, p. 964.

¹⁰² “Le amministrazioni pubbliche assumono ogni determinazione per l’organizzazione degli uffici al fine di assicurare la economicità e rispondenza al pubblico interesse dell’azione amministrativa. Nelle materie soggette alla disciplina del codice civile, delle leggi sul lavoro e dei contratti collettivi esse operano con i poteri del privato datore di lavoro, adottando tutte le misure inerenti all’organizzazione ed alla gestione dei rapporti di lavoro” (art. 4, comma 1 d.lgs. 29/1993 ora art. 5 TUPI).

disciplina pubblicistica¹⁰³, espressione di un potere organizzativo pubblico, e micro-organizzazione, espressione di un potere privatistico, che si avvale di atti appartenenti al diritto privato.

Gli strumenti gestori del dirigente vengono descritti richiamando quelli tipici dell'imprenditore privato: una similitudine che ha consentito di non indicare espressamente il contenuto di tali strumenti, ma di lasciare un elenco aperto di possibilità con un orientamento agli obiettivi.

L'espressione "poteri" si riferisce alla gamma di strumenti autoritativi azionabili dal dirigente per guidare l'ufficio posto sotto la sua direzione. Rientrano sotto tale categoria i provvedimenti allocativi del personale (gli ordini di servizio, l'assegnazione di compiti e responsabilità, la concessione di permessi ecc.) e gli strumenti sanzionatori. Le capacità potrebbero invece essere riferite al momento dinamico e creativo dell'attività dirigenziale, ovvero a tutte le prerogative di dominio dell'organizzazione logistica ma soprattutto l'utilizzo di sistemi premianti, incentivanti e motivazionali.

Per potere potrebbe dunque intendersi la potestà del dirigente di imporre al sistema organizzativo di sua pertinenza la propria volontà; per capacità, la possibilità di attivare strumenti, non solo autoritativi, di stimolo e impulso e creatività dell'attività dell'ufficio che si dirige e possibilità di sviluppare processi decisionali a carattere persuasivo e cooperativo.

Il sistema delle prerogative (c. d. manageriali) attribuite al dirigente pubblico appare omogeneo a quello attribuito all'imprenditore in base all'art. 2086 del c.c., ovvero la concentrazione di un potere giuridico e di un potere di fatto. L'esercizio del primo si riflette immediatamente nella sfera giuridica del lavoratore e si esprime quando il dirigente, nell'ambito del suo potere datoriale, impartisce disposizioni per l'esecuzione e la disciplina del lavoro (art. 2104 c.c.). L'esercizio del secondo si riflette solo indirettamente sulla posizione di lavoro, e cioè quando il datore di lavoro, nel definire unilateralmente gli assetti organizzativi, decide di modificare compiti e

¹⁰³ L'art. 2 del TUIPI affida ad atti organizzativi delle pubbliche amministrazioni, «secondo principi generali fissati da disposizioni di legge», la determinazione delle «linee fondamentali dell'organizzazione degli uffici»; l'individuazione «degli uffici di maggiore rilevanza» e dei «modi di conferimento della titolarità dei medesimi».

mansioni con riflessi indiretti sui lavoratori che vi sono addetti¹⁰⁴. Nel sistema vigente, le regole stabilite dal dirigente in relazione alla gestione dei rapporti di lavoro e all'organizzazione sono equiparabili ai regolamenti aziendali, un complesso di regole predisposte unilateralmente dall'imprenditore in base al potere di organizzazione e di direzione della propria azienda e che gli compete *ex artt.* 2086 e 2104 del Cod.Civ.. Alla luce di queste considerazioni “i poteri e le capacità del dirigente privato datore di lavoro” appaiono quindi come l'insieme degli strumenti di direzione e governo dell'organizzazione a questi affidata. La terza privatizzazione, modificando l'art. 5, comma 2, TUIP¹⁰⁵, in linea di decisa continuità con la disciplina previgente, riconosce la piena autonomia e responsabilità del dirigente “in qualità di datore di lavoro pubblico, nella gestione delle risorse umane”. I poteri del privato datore di lavoro si affiancano ai poteri pubblici che il dirigente esercita sotto forma di competenze quando adotta atti amministrativi¹⁰⁶. Questo accostamento di strumenti giuridici pubblici e privati identifica il dirigente sia come colui che assume provvedimenti nell'esercizio di poteri pubblici, sia come il *manager* che gestisce il personale e organizza parte degli uffici con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro. Al dirigente è conferita una vera e propria sfera di autonomia¹⁰⁷, diversa dalla discrezionalità della quale gode nell'esercizio di potestà pubbliche. Il ruolo del dirigente è neutro quando egli agisce come funzionario che assume la decisione

¹⁰⁴ La legge quadro 93 del 1983 non concedeva grande spazio alle prerogative manageriali, dal momento che alla dirigenza si riservava un ruolo di mera applicazione normative fissate o dalla legge o dagli accordi collettivi. Alle organizzazioni sindacali veniva riconosciuto un vero e proprio diritto di cogestione di tutti gli aspetti organizzativi che non fossero stati di competenza della legge (criteri per l'organizzazione del lavoro, criteri per la disciplina dei carichi di lavoro e le altre misure volte ad assicurare l'efficienza degli uffici, la distribuzione dell'orario di lavoro). L'ultima riforma invece amplia notevolmente i poteri della dirigenza, con l'obiettivo di elevare al massimo le sue responsabilità nel raggiungimento degli obiettivi di risultato propri dell'organizzazione. Cfr. C. RUSSO, *Il potere organizzativo del dirigente pubblico*, RGL, 1996, I.

¹⁰⁵ “Nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'art. 2, comma 1, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro, sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, fatta salva la sola informazione ai sindacati, ove prevista nei contratti di cui all'art. 9. Rientrano, in particolare, nell'esercizio dei poteri dirigenziali le misure inerenti la gestione delle RU nel rispetto del principio di pari opportunità, nonché la direzione, l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici”. (art. 5, comma 2, TUIP come modificato dall'art. 34, comma 1, lett. a) d. lgs. 150/2009).

¹⁰⁶ L'art. 4, comma 2 TUIP stabilisce che « ai dirigenti spetta l'adozione degli atti e dei provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnica ed amministrativa mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle RU, strumentali e di controllo. Essi sono responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati». Alla dirigenza non compete soltanto la gestione in senso stretto ma tutta l'attività di amministrazione concreta, compresa l'adozione di tutti gli atti e provvedimenti amministrativi, anche non aventi natura gestionale, ossia compresi gli atti amministrativi d'imperio come approvazioni, autorizzazioni, concessioni, licenze ecc. Cfr. C. D'ORTA, “Commento agli artt. 16 e 17”, in A. CORPACI, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, Le nuove leggi civili commentate, 1999, n. 5-6, p. 1153.

¹⁰⁷ Cfr. Cass. Sez. Lav. 18 ottobre 2002, n. 14810, in cui si afferma che le iniziative e i comportamenti delle parti nel pubblico impiego privatizzato “vanno valutati secondo i principi regolatori della privata autonomia”. Ancora il Trib. Potenza, ord. 29 dicembre 1999, qualifica esplicitamente la scelta datoriale della PA come espressione di autonomia.

discrezionale, per l'irrilevanza della persona che materialmente impiega la propria capacità per applicare la norma al fatto; è invece valorizzato nella decisione autonoma, posto che un'altra persona al suo posto può prendere una decisione diversa ed è valutata per questo. Il successo della riforma dipende proprio dalla capacità del dirigente di tenere distinti i due ruoli.

Nel momento in cui il capo ufficio percepisce la qualità diversa del suo contributo al funzionamento dell'amministrazione quando agisce come manager, egli può effettivamente portare all'interno degli uffici pubblici uno spirito nuovo rispetto a quello tipico del modello burocratico tradizionale. L'autonomia privata di cui il responsabile dell'ufficio gode nella gestione dell'organizzazione e del personale gli conferisce la possibilità di esprimersi liberamente, con l'unico limite costituito dai diritti dei lavoratori, compreso quello alla buona fede e alla correttezza del datore di lavoro. Nell'ambito di questa autonomia, il dirigente ha la possibilità di mettere in campo doti gestionali con cui fare la differenza.

L'autorità del superiore gerarchico nella PA francese. Anche in Francia, obbedire al proprio superiore è un'obbligazione di ogni lavoratore pubblico¹⁰⁸. L'obbedienza è in effetti la traduzione del potere gerarchico di cui beneficia l'autorità amministrativa superiore per assicurare il buon funzionamento dell'ufficio di cui essa ha la responsabilità¹⁰⁹. L'espressione del dovere di obbedienza compare nello SGFP: "ogni funzionario (...) deve conformarsi alle istruzioni del suo superiore gerarchico (art. 28). Queste possono essere individuali (ordine orale o scritto) o collettive (circolare). Peraltro, il funzionario deve accettare la volontà della gerarchia e dimostrare nei suoi confronti una certa correttezza. A tal proposito troviamo una delle rare particolarità del contenzioso della funzione pubblica francese, dove in principio i funzionari non possono domandare al giudice amministrativo di annullare le misure di organizzazione degli uffici, per non intaccare le prerogative dell'autorità gerarchica¹¹⁰. Un dipendente pubblico è tenuto infatti, a pena di sanzione disciplinare,

¹⁰⁸ CE, 5 maggio 2011, Giraud, Rec. CE, p. 525.

¹⁰⁹ CE, Sect., 30 giugno 1950, Sieur Quèralt, Rec. CE, p. 413.

¹¹⁰ Melleray F., *Droit de la FP*, Deuxième édition, Ed. Economica, 2010, p. 345.

CE, Ass., 26 ottobre 1956, *Association générale des administrateurs civils*, Rec., p. 391.RDP, 1956, p. 1309, conclusioni di Claude Mosset; *AJDA*, 1956, II, p. 491, note di Jacques Fournie - Guy Braibant. Tuttavia questo divieto non vale quando l'atto arreca pregiudizio ai loro diritti e prerogative o rimette in causa le loro condizioni d'impiego o di lavoro.

ad eseguire gli ordini che riceve senza possibilità di discuterne né l'opportunità né la legalità, in particolare davanti a un giudice¹¹¹. Il rifiuto d'obbedienza, quale che ne sia l'espressione (astensione, contestazione), costituisce sempre una colpa. In generale, il dovere d'obbedienza implica che il dipendente pubblico rispetti le prescrizioni relative all'organizzazione dell'ufficio da cui dipende (orari, natura delle funzioni...). Infine, il mancato rispetto dell'obbligazione di correttezza nei confronti di un superiore costituisce una colpa disciplinare¹¹².

Tuttavia, l'intensità con cui il potere gerarchico viene esercitato varia in ragione delle funzioni ricoperte. La situazione del militare, del funzionario dell'amministrazione centrale e del professore universitario sono ben diverse tra loro. Il funzionario rispetta un'obbligazione d'obbedienza che non è né sottomissione né passività. Ogni impiegato pubblico deve in effetti dar prova d'autonomia nel suo lavoro e di una certa indipendenza di giudizio. Il suo ruolo è quello di partecipare, nel ruolo che occupa nella gerarchia, alla definizione e all'esecuzione delle decisioni pubbliche. È tenuto ad avvertire i suoi superiori di tutto quello che potrebbe ostacolare la sua missione. Al contrario, il professore universitario nell'esercizio delle sue funzioni obbedisce solamente alla sua coscienza. Egli beneficia di una larga indipendenza funzionale, sotto riserva dei poteri di gestione dell'ufficio che detiene il presidente dell'università dove lavora¹¹³.

Obbedienza e gerarchia sembrano essere legate indissolubilmente¹¹⁴. Nell'ambito del potere gerarchico, la prima discende spontaneamente dalla seconda¹¹⁵. Questa obbligazione d'obbedienza risulta sia dagli statuti della funzione pubblica che dalla giurisprudenza.

¹¹¹ CE, 29 giugno 1961, *Dlle Gander*, Rec. CE, p.529.

¹¹² CEM 15 febbraio 1963, *Dame Lerasy*, Rec. CE, p.37; CE, 29 marzo 1993, Min. de l'Interieur c/ M.Hernandez, req. N° 107901: sanzione disciplinare lecita ad un poliziotto per essersi presentato ad una convocazione del suo capo in tenuta sportiva pur essendo tenuto a portare l'uniforme.

¹¹³ DORD Olivier, *Droit de la FP*, 2^{ème} edition, Puf, 2012, p. 226.

¹¹⁴ V., R. BOUGRAT, *L'obéissance hiérarchique*, Paris, P.U.F., 1934, p. 159 : « il dovere d'obbedienza, che è uno degli aspetti essenziali della gerarchia, deve essere garantito per assicurare il buon funzionamento dell'amministrazione ». V. anche J. BARTHELEMY, *L'influence de l'ordre hiérarchique sur la responsabilité des agents*, *R.D.P.* 1914, p. 491 : illustrando il pensiero di M. HAURIUO, l'autore la riassume dicendo, «non c'è gerarchia senza obbedienza, niente Stato senza gerarchia» .

¹¹⁵ DESMONS É., «Obéissance et discipline» , in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., 2003, p. 1093 : « il dovere d'obbedienza è contenuto nel potere gerarchico ».

Essa costituisce “uno dei pilastri della funzione pubblica”¹¹⁶ e dimostra l’unilateralità delle relazioni di potere nell’Amministrazione. Il solo fatto di entrare nella gerarchia amministrativa impone l’obbedienza, indipendentemente che l’ingresso sia avvenuto per contratto o mediante un atto di nomina unilaterale¹¹⁷. Come «pietra angolare di tutte le società fortemente strutturate¹¹⁸», l’obbedienza gerarchica sembra costituire indiscutibilmente una costante dell’organizzazione amministrativa. Come obbligazione d’esecuzione degli ordini del superiore, che essi impongano o proibiscano un comportamento, l’obbligazione d’obbedienza è indiscutibile.

Essa è al centro del funzionamento di una larga parte del potere gerarchico nella vita degli uffici. Ora, il contenuto come pure la giustificazione di questa obbligazione non può che misurarsi alla luce del suo mancato rispetto. In altri termini, l’obbligazione di obbedienza gerarchica non può essere compresa se non a condizione che venga studiata attraverso le eventuali possibilità di disobbedienza all’ordine del superiore. È dunque “dalla dialettica alla luce dell’obbedienza e della disobbedienza che può essere dedotta la meccanica dell’obbligazione di obbedienza”¹¹⁹. Di questo ci occuperemo nel primo capitolo del titolo secondo.

¹¹⁶ C. MONIOLLE, « La subordination dans la FP », *AJDA*, 2010, p. 1630. V. anche TAILLEFAIT A., « Le devoir de désobéissance de l’agent public », *Revue Lamy Droit Civil* giugno-luglio 2008, p. 93.

¹¹⁷ In assenza di regola scritta, la giurisprudenza Langneur si applica anche ai funzionari non titolari. V. C. MONIOLLE, *Les agents non titulaires de la FP de l’État. Entre précarité et pérennité*, Paris, *L.G.D.J.*, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 208, 1999, p. 167.

¹¹⁸ CATHERINE R., *Le fonctionnaire français : droits, devoirs, comportement*, Paris, Albin Michel, 1961, p. 96.

¹¹⁹ CHAUVET C., Paris II Panthéon Assas, *Le pouvoir hiérarchique*, 2011, 382 ss,

Gli strumenti di direzione gerarchica nella vita quotidiana dell'amministrazione.

Gli atti di direzione gerarchica sono legati indissolubilmente all'azione desiderata. Essi vengono emessi prima che il subordinato eserciti una competenza, oppure nel caso in cui l'abbia esercitata ma non nel senso desiderato o, nella peggiore delle ipotesi, in senso contrario a quello desiderato dal superiore gerarchico.

I testi normativi solitamente non si occupano dello strumento di direzione.

La forma orale è quella più semplice e senza alcun dubbio la più usata. Non bisogna inoltre dimenticare la comunicazione interpersonale né orale e né scritta, che si esprime mediante gesti e segnali. Persino l'acquiescenza silenziosa può avere il significato di un ordine¹²⁰.

La difficoltà consiste allora nel provare la materialità dell'istruzione assegnata, dal momento che la forma orale non permette di conservare traccia dell'esistenza e del contenuto esatto.

È un atto scritto di tipo gerarchico, indipendentemente dalla sua forma, quello indirizzato da un superiore verso uno o più subordinati per dirigere la sua azione, anche se si tratta di un appunto scarabocchiato dietro un foglio¹²¹.

Attenendosi strettamente all'aspetto giuridico, sono talvolta il contenuto e l'oggetto del comando che impongono il ricorso ad una particolare forma scritta, spesso nell'obiettivo di informare i destinatari o semplicemente allo scopo della trasparenza dell'azione pubblica.

Talvolta, è proprio il funzionario ad avere interesse a che l'ordine sia scritto, condizione per non essere sanzionato se si tratta di commettere un'illegalità.

Nella pratica amministrativa, l'istruzione scritta e quella verbale possono coesistere.

Può anche accadere che un superiore gerarchico non dia istruzioni al subordinato lasciandolo responsabile dell'esecuzione dei compiti che gli sono affidati e non solo degli ordini che gli vengono rivolti, con il rischio di esporsi all'inerzia dell'amministrazione. In linea di principio, quando si tratta di applicare una legge che il subordinato è tenuto a conoscere, il superiore gerarchico non è tenuto a dare

¹²⁰ CHAUVET C., Paris II Panthéon Assas, *Le pouvoir hiérarchique*, 2011, 290 ss ..

¹²¹ N. BELLOUBET-FRIER, Paris I, *Pouvoirs et relation hiérarchiques dans l'Administration française*, 1990, p. 476.

istruzioni, se non per ricordare al funzionario negligente i suoi doveri¹²². Se l'istruzione comporta silenzi, ambiguità, e non svela la volontà reale del suo autore, il superiore ignora le proprie prerogative, concentrando sul subordinato tutto il potere di decisione.

Il decentramento manageriale in Francia. Con l'approvazione della Lolf (2001) anche i responsabili degli uffici decentrati sono diventati attori importanti della gestione delle risorse umane. Così, anche in Francia la responsabilizzazione dei capi ufficio è diventata una questione prioritaria della gestione pubblica. La loro capacità di azione e i loro risultati sono largamente determinati dalle competenze e dalle motivazioni dei funzionari dei loro uffici. Il processo di decentramento ha previsto di trasferire ai responsabili operativi il potere di agire sugli atti più importanti della gestione delle risorse umane¹²³.

Il capo ufficio deve poter agire direttamente o indirettamente:

- sugli orientamenti di medio termine della gestione delle risorse umane;
- sulla struttura del costo del personale degli uffici;
- sulla valorizzazione delle qualificazioni e delle competenze del personale utilizzando gli strumenti di formazione;
- sulla modulazione dei regimi indennitari;
- sulla carriera del personale.

Il decentramento manageriale promuove la capacità del capo ufficio ad agire direttamente o indirettamente su un processo o un atto giuridico. Egli dispone di una capacità diretta d'azione quando gli viene conferito il potere giuridico di gestione. È necessario tuttavia constatare che oggi ancora, ad eccezione di certi ministeri, il decentramento giuridico è limitato a determinati ambiti di competenza (tempi di lavoro, ferie e autorizzazioni d'assenza) e ha conosciuto uno sviluppo reale per gli atti importanti di gestione (procedure di reclutamento, includendo lo svolgimento dei concorsi, l'avanzamento di grado, la promozione interna), tutto sommato disomogeneo, che nei *corps* di categoria C. L'ostacolo giuridico è che al di sotto dei 50 agenti non è possibile garantire il rispetto del principio di uguaglianza di

¹²² CHAUVET C., Paris II Panthéon Assas, *Le pouvoir hiérarchique*, 2011, 290 ss.

trattamento dei funzionari per gli atti di gestione più importanti da un punto di vista manageriale come l'avanzamento di grado o la promozione interna. Inoltre, il numero rilevante dei corpi fa che molti di essi non raggiungano questa soglia a livello dipartimentale.

Il decentramento budgetario è un altro elemento di responsabilizzazione apprezzato dai capi ufficio. Tuttavia, la necessità di una gestione prudentiale del personale che tenga conto i rischi della gestione costituisce un freno importante nella deconcentrazione budgetaria. Il dialogo a livello gestionale diviene allora in molti casi il modo migliore di coinvolgere i capi ufficio nei processi decisionali. Questo dialogo organizzato è dunque oggi indispensabile in assenza di decentramento giuridico e/o budgetario per organizzare l'esercizio del potere manageriale dei capi ufficio in materia di gestione delle risorse umane e utile in tutti i casi per guidare e regolare la loro gestione decentrata. Esso permette anche alla Direzione delle Risorse umane di dirigere il decentramento manageriale tenendo conto delle sue tre funzioni di guida, prestatore di servizi e di regolatore¹²⁴.

La posizione del lavoratore pubblico rispetto all'amministrazione prima delle riforma. In Italia, prima della riforma del pubblico impiego, il rapporto di lavoro traeva origine da un atto amministrativo e della matrice autoritativa c'era traccia in ogni aspetto del rapporto di lavoro. Le fonti unilaterali (legge e regolamento) vantavano un primato indiscusso: alla PA era attribuita una posizione giuridica di supremazia speciale nella quale trovavano fondamento i poteri giuridici di datore di lavoro. Si ammetteva in questo modo una forte compenetrazione tra assetto organizzativo, finalizzato al perseguimento degli interessi generali, e posizione del dipendente, attratto nella sfera e nelle logiche pubblicistiche quale strumento per raggiungere gli scopi dell'apparato amministrativo. Il lavoratore non era tutelato e garantito in quanto tale ma in relazione alle esigenze di buon funzionamento e imparzialità dell'amministrazione; le sue posizioni soggettive erano destinate a cedere a fronte dell'interesse superiore insito nel potere autoritativo di auto-organizzazione della PA, affievolendosi a meri interessi legittimi¹²⁵.

¹²⁴ Cfr., *Rapport annuel sur l'état de la FP. Politiques et pratiques. 2007-2008*, Ministère du budget, de comptes publics et de la FP, Volume 2, p. 39.

¹²⁵ Cfr. C. ZOLI, "La gestione delle RU nelle pubbliche amministrazioni", *La dirigenza pubblica: analisi e prospettive*, M. PILADE CHITI, R. URSI (a cura di), 2007, p. 119 ss.

L'evoluzione giurisprudenziale in Francia. In Francia fino a poco tempo fa accadeva qualcosa di simile.

Come sappiamo, il superiore gerarchico emette ordini di servizio e circolari per definire le caratteristiche del comportamenti dei subordinati; tali atti sono indispensabili per far funzionare gli uffici. Nel diritto amministrativo francese queste sono definite *mesures d'ordre intérieur*, ovvero misure appartenenti all'ordinamento interno delle amministrazioni.

Già nella definizione si può cogliere il distacco tra la vita interna dell'amministrazione e gli obblighi verso esterno; infatti, il potere gerarchico era largamente ignorato dal giudice, al punto da essere considerato una "zona d'ombra del diritto"¹²⁶.

L'immunità giurisdizionale di queste misure veniva giustificata con la loro importanza limitata alla vita quotidiana degli uffici, secondo il principio "*de minimis non curat praetor*". Si trattava esclusivamente di un potere di fatto, finalizzato per assicurare il funzionamento armonioso e la disciplina all'interno degli uffici. Si riteneva che tali atti fossero di poca importanza, producendo effetti scarsi sulla situazione giuridica di coloro che li subiscono.

Secondo uno scherma classico, « all'analisi giuridica, il potere del superiore sugli atti del subordinato si dissipa come nebbia al sole »¹²⁷. Il giudice ha riportato questi atti nella legalità generale, trasformando così il potere gerarchico in potere di diritto, che si tratti del potere di controllo o del potere istruttorio.

Proprio il potere istruttorio è una componente essenziale del potere gerarchico.

Il superiore gerarchico emette ordini di servizio, circolari, direttive, definendo ciò che deve essere il comportamento dei destinatari. Questi hanno l'obbligazione di adeguarsi, a pena di sanzioni disciplinari. Tutte queste misure in precedenza sfuggivano a qualunque controllo giurisdizionale.

¹²⁶ PLOUVIN J.-Y., « Du possible déclin de la notion de mesure d'ordre intérieur », *Rev. adm.*, 1979, 49.

¹²⁷ RIVERO J., « Remarques à propos du pouvoir hiérarchique », *AJDA*, 1966. 154.

A tutela del regolare andamento dell'azione amministrativa, la PA tende ad opporsi alla contestazione davanti al giudice amministrativo, sia delle istruzioni dell'autorità superiore che delle misure prese per l'organizzazione degli uffici¹²⁸.

Il potere istruttorio appariva allora come un semplice potere di fatto : essenziale nella vita amministrativa ma ignorato dal giudice.

Di fatto, le posizioni soggettive dei funzionari pubblici francesi erano considerate in modo analogo a quelle dei funzionari italiani: non tutelate in modo diretto dall'ordinamento, in quanto si riteneva che il potere gerarchico dell'amministrazione fosse su di essi predominante.

Con la privatizzazione, nell'ordinamento italiano, la PA agisce su un piano di parità formale, mediante negozi giuridici espressione di autonomia privata, esercitando una serie di poteri che traggono il loro fondamento nel contratto e a fronte dei quali i lavoratori vantano a loro volta diritti soggettivi. I poteri dell'amministrazione relativi al rapporto di lavoro con i dipendenti, in quanto manifestazione di interessi contrattuali, vengono sottoposti alle stesse regole e al medesimo regime giuridico applicati al datore di lavoro privato¹²⁹; allo stesso tempo, i rapporti di lavoro originano posizioni giuridiche soggettive di diritto e di obbligo di natura contrattuale. Pertanto, gli atti di gestione dei rapporti di lavoro (trasferimenti, assegnazione di mansioni, provvedimenti disciplinari, ecc.) perdono le caratteristiche del provvedimento amministrativo per assumere quelle di atti negoziali, equiparabili a quelli emessi da un privato datore di lavoro¹³⁰, ispirati al principio di libertà di impresa garantita dall'art. 41 Cost..

Anche in Francia c'è stato un grosso cambiamento, ma senza che sia intervenuta in materia nessuna riforma di portata epocale.

¹²⁸ Cfr. POULET-GIBOT LECLERC N., « Le pouvoir hiérarchique », *RFDA*, 2007, 508 ss.

¹²⁹ Cfr. Corte Cost. n. 275/01: "il legislatore ha inteso modellare e fondare tutti i rapporti di lavoro dei dipendenti dell'amministrazione pubblica, secondo il regime di diritto privato del rapporto di lavoro, a tutela degli stessi dipendenti, in base ad una esigenza di unitarietà della materia".

¹³⁰ Cfr. Trib. Catanzaro, 1° marzo 2004, Trib. Roma 2 aprile 2003, Trib. di Locri 14 giugno 200, Trib. Catanzaro 8 maggio 2001, su www.amministrazioneincammino.luiss.it, Cass. 7 aprile 1999, n. 3373, in *Giust. Civ.* 1999, I, p. 2190.

La svolta è stata determinata dallo sviluppo dello Stato di diritto, che ha determinato l'estensione del controllo giurisdizionale sull'amministrazione, a scapito del potere gerarchico: "Quello che era un potere di fatto è divenuto un potere di diritto, sottomesso al controllo del giudice"¹³¹.

Questa nuova tendenza giurisprudenziale comincia agli inizi degli anni sessanta ma ha conosciuto un'accelerata importante negli ultimi dieci anni. Il giudice ha ritenuto che tali misure potessero avere impatto anche sulle situazioni giuridiche degli utenti, privandoli di tutela legale. Ciò spiega perché la giurisprudenza, sotto l'impulso della Corte Europea dei diritti dell'uomo (art. 6-1 e art. 13), si è sforzata di limitare l'estensione di questa zona franca del diritto.

Il giudice ha limitato notevolmente il numero delle *mesures d'ordre intérieur*, in particolare in materia di contenzioso nella funzione pubblica. Conoscono questa sorte le valutazioni sul servizio svolto dei funzionari¹³², gli atti che determinano una riduzione delle responsabilità di un capo ufficio¹³³ o che, modificando i compiti di un funzionario, sortiscono l'effetto di privarlo di un premio che percepiva in precedenza¹³⁴.

La giurisprudenza inquadra così il potere istruttorio in un controllo di legalità; così, le decisioni prese non sono più semplicemente espressione del potere discrezionale, ma devono superare il giudizio di legalità perché il giudice rivendica pienamente la sua giurisdizione su di esse.

In questo modo, si mette fine ad un'ipocrisia giuridica che consisteva nel trattare l'atto del subordinato come frutto di una decisione spontanea, invece che il "riflesso docile dell'ordine del superiore"¹³⁵. L'atteggiamento che consiste per il giudice nell'ignorare il potere istruttorio conduceva, in una stretta prospettiva giuridica, a considerare che il potere istruttorio non legava il subordinato. In realtà, il subordinato non è libero di agire, essendo tenuto ad applicare l'ordine del superiore; in caso

¹³¹ POULET-GIBOT LECLERC N., « Le pouvoir hiérarchique », *RFDA*, 2007, 508 ss.

¹³² Per i funzionari civili : CE 23 oct. 1962, Camara, Lebon 627 ; *AJDA* 1962. 666, commento di M. Gentot e J. Fourré ; *JCP* 1963. III. 13, nota di A. Gandolfi

¹³³ CE 5 apr. 1991, Mme Imbert Quaretta, *AJDA* 1991. 575 .

¹³⁴ CE 25 sett. 1995, Rispal, Lebon 955 ; *Dr. adm.* 1995. n° 783.

¹³⁵ Cfr POULET-GIBOT LECLERC N., « Le pouvoir hiérarchique », *RFDA*, 2007, 508 ss.

contrario sarà sanzionato, o in sede di valutazione, di cui dipende la sua carriera, oppure in seguito ad un procedimento disciplinare.

Tuttavia non si può parlare né di sparizione, né di crisi del potere gerarchico. Piuttosto, si tratta di una mutazione che lo ha trasformato in potere di regolazione. Trasformare in questa maniera il potere istruttorio e il potere di controllo da prerogative di fatto a poteri di diritto, permette di comprendere la realtà amministrativa e di integrarla nell'ordinamento giuridico. L'estensione del controllo giudiziario in materia non deve essere considerato una volontà egemonica da parte del giudice amministrativo; al contrario, si tratta di un progresso che mette in armonia il fatto e il diritto. Lo stesso discorso vale per il controllo sulle persone.

In Francia, il giudice ammette ormai la possibilità di un ricorso per eccesso di potere contro una circolare avente carattere imperativo; essa perde il valore di documento interno ed è assimilata ad un regolamento, con tutte le conseguenze del caso in tema di controlli¹³⁶.

Così, tutte le decisioni aventi impatto sui diritti e sulle libertà protette ricadono sotto il controllo del giudice.

In quest'ottica, il potere gerarchico non costituisce una funzione specifica autonoma, ma una componente del potere amministrativo necessario per l'attività di regolazione che contraddistingue i pubblici poteri¹³⁷.

Così, questo potere è entrato a far parte della legalità generale, è diventato un potere di diritto, ma solamente in parte. Ciò che rappresentava l'essenza del potere gerarchico non è completamente sparito. L'autorità gerarchica può comunque prendere delle "*mesures d'ordre intérieur*", che sfuggono al potere giurisdizionale. L'emanazione di questo tipo di atti non è più così frequente, ma esiste ancora. La loro diminuzione non significa abolizione. Si tratta di distinguere tra quello che sfugge al controllo giurisprudenziale e tra quello che ne fa ancora parte. L'evoluzione

¹³⁶ CE, Sect., 18 dic. 2002, Lebon 463 ; *AJDA* 2003. 487, nota F. Donnat et D. Casas, Les dispositions impératives à caractère général d'une circulaire ou d'une instruction font grief ; *RFDA*, 2003, p. 280, concl. P. Fombeur ; J. Guez, La « normalisation » du recours pour excès de pouvoir contre les circulaires et instructions administratives, *AJDA*, 2005, 2445.

della giurisprudenza ne lascia presagire una valutazione rigorosa, ma non una soppressione.

I poteri dei capi ufficio in Italia. Nel pubblico impiego italiano, invece, l'atto datoriale incidente sulle modalità di svolgimento della prestazione lavorativa dei dipendenti pubblici ha natura paritetica, benché espressione del potere di supremazia gerarchica *ex art. 2094 c.c.*¹³⁸; esso è privo dell'efficacia autoritativa propria del provvedimento amministrativo in quanto strutturalmente incompatibile con l'introduzione di un vincolo interno funzionale al perseguimento di interessi pubblici¹³⁹. La natura negoziale di queste determinazioni ne comporta l'assoggettamento ai principi fondamentali dell'autonomia privata tra cui la regola dell'irrilevanza dei motivi¹⁴⁰; da ciò consegue l'impossibilità di un sindacato giurisdizionale sui motivi degli atti organizzativi e di gestione delle risorse adottati dal dirigente, che non necessitano di motivazione salvo che non sia prescritta da norme di legge o di contratti collettivi¹⁴¹. Gli unici limiti degli atti negoziali sono quelli derivanti dalla legge e dalla disciplina negoziale del rapporto. Tali poteri vengono esercitati dalla PA per il soddisfacimento di un interesse egoistico, individuabile nell'interesse organizzativo del soggetto datoriale; trattandosi poi di un datore di lavoro pubblico, essi vengono esercitati per il raggiungimento di finalità di natura generale, che rimangono tuttavia esterne al rapporto di lavoro¹⁴². La rilevanza dell'interesse pubblico è circoscritta a monte e a valle dell'agire in forma negoziale come dimostrato dall'art. 5 comma primo e terzo del TUP¹⁴³. La disciplina generale della motivazione dei provvedimenti amministrativi contenuta nella legge n. 241/1990 non è più applicabile agli atti di gestione, oramai trasformati *ope legis*, a

¹³⁷ Cfr. Poulet-Gibot Leclerc Nadine, « Le pouvoir hiérarchique », *RFDA*, 2007, 508 ss.

¹³⁸ È prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore (art. 2094 c.c.).

¹³⁹ Cfr. Cass. 24 febbraio 2000, n. 41; Cass. 16 maggio 2003, n. 7704, Cass. 15 marzo 2004, n. 5565; Cass. 20 marzo 2004, n. 5659.

¹⁴⁰ Cfr. Cass. 20 marzo 2004, n. 5659 in DLM, 2004, p. 337; Cass. S.U. 7 marzo 2003, n. 3508, Cass. S.U. 12 agosto 2005, n. 16876, Cass. 12 giugno 2006, n. 13538, Cass. S.U. 5 aprile 2007, n. 8526, Cass. S.U. 14 febbraio 2007, n. 3188, Cass. 12 dicembre 2007, n. 26084, in www.leggiditaliaprofessionale.it.

¹⁴¹ Cfr. Trib. Roma ord. 21/05/2002, Trib. di La Spezia, ord. 26/04/1999.

¹⁴² Cfr. F. LISO, «La privatizzazione dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni», in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Vol. III, P. III, MILANNO, 2004, p. 2646.

¹⁴³ Cfr. Cass. 15 marzo 2004, n. 5565, in FI, 2004, I, p. 2431.

seguito della privatizzazione, in atti privatistici connessi all'esercizio del potere datoriale. L'influenza del diritto privato coinvolge non solo le prestazioni lavorative, ma anche "l'organizzazione entro la quale il lavoro è prestato. In caso contrario, non sarebbero stati concepibili atti di gestione del rapporto di lavoro se non accompagnati da atti amministrativi organizzativi e la controversia di lavoro avrebbe necessariamente implicato una questione di legittimità dell'atto amministrativo, rendendo vano l'intento di parificare i poteri della PA a quelli di ogni altro datore di lavoro"¹⁴⁴. È opportuno sottolineare che, anche quando provveda ad organizzare gli uffici (art. 5, comma 1, TUIPI) e a gestire i rapporti di lavoro con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, il dirigente conserva la natura di soggetto pubblico. A seconda che ci si riferisca al settore privato o pubblico muta l'origine dei poteri datoriali: nel primo caso si fondano sul principio di libertà di iniziativa economica, nel secondo caso nella scelta di politica del diritto operata dal legislatore, che ha ritenuto il regime di diritto privato più consono ad una più efficace ed armonica realizzazione dei fini e dei principi che concernono l'attività e l'organizzazione della PA.

I poteri dei capi ufficio in Francia. La sentenza Jamart. I poteri dei capi ufficio trovano il loro fondamento, oltre che nel dovere di obbedienza imposto ai funzionari ex art. 28 SGFPE, anche per via giurisprudenziale. Si tratta delle sentenze Jamart e Quéralt.

Secondo la prima, sul potere regolamentare dei ministri, i capi ufficio dispongono, in questa qualità, del potere di prendere le misure necessarie al buon funzionamento degli uffici collocati sotto la loro autorità. Tale principio si applica ad ogni *chef de service*: come si è già avuto modo di accennare in precedenza, si tratta di un'espressione che considera il termine "service" nel significato di "ufficio" inteso in senso ampio; può riferirsi sia al responsabile di una singola unità funzionale¹⁴⁵ (*chef de bureau*) che al capo di un'amministrazione (sindaco, direttore di ente pubblico, direttore generale) e persino al ministro. Questo potere è fondato sulla necessità di un

¹⁴⁴ Cfr. Cass. 7 marzo 2003, n. 3508, in www.leggiditaliaprofessionale.it.

¹⁴⁵ Nella sua nota alla sentenza Jamart, sopra citata., Jean Rivero definiva il « service » come il centro di lavoro amministrativo avente una missione precisa da compiere e che richiede, per far ciò, delle regole di organizzazione che gli sono proprie.

funzionamento regolare dei servizi pubblici e sull'idea che ogni autorità debba disporre dei mezzi necessari allo svolgimento della missione cui è preposta. Esso si esercita mediante decreti (che rappresentano una prerogativa esclusiva dei capi dell'amministrazione), circolari e pure decisioni individuali, come accade per la valutazione e i procedimenti disciplinari. Mediante tali atti possono essere fissate le modalità di organizzazione e di funzionamento dell'ufficio. Il carattere veramente interessante della sentenza Jamart è che il potere regolamentare può essere esercitato anche in assenza di testi che ne consentono espressamente l'esercizio. Tuttavia, questo potere incontra dei limiti: esso può esercitarsi nella misura in cui lo richiedono le necessità del servizio, e verso le sole persone che si trovano in relazione con l'ufficio stesso, sia che ci collaborino, sia che vi entrino in contatto in qualità di utenti. Fuori da queste necessità, non è consentito imporre delle obbligazioni, accordare dei vantaggi o fissare delle regole statutarie che riguardino il personale. Inoltre, non possono essere prese delle misure di organizzazione o di funzionamento dell'ufficio per la cui adozione un testo di legge o di decreto impone una formalità particolare.

Tra il potere regolamentare dell'autorità gerarchica ex sentenza Jamart e il potere gerarchico ci sono delle differenze sostanziali, anche se il fatto che possano essere esercitati dalla stessa persona può facilmente indurre a confonderli¹⁴⁶. Questo potere ha carattere spontaneo e ha ad oggetto il funzionamento dell'amministrazione che è loro subordinata; la sua natura è suppletiva¹⁴⁷, nel senso che interviene quando nessun testo prevede la possibilità di uno specifico intervento regolamentare. La differenza fondamentale è che il potere gerarchico investe non l'organizzazione ma l'esecuzione del pubblico servizio. Il secondo luogo, il potere d'organizzazione può avere ad oggetto sia gli utenti di un pubblico servizio, quindi esterni all'amministrazione, che i funzionari come persone fisiche, e non come organi dell'amministrazione. Ciò si verifica quando il capo ufficio regola lo sciopero negli uffici collocati ai suoi

¹⁴⁶ Cfr CHAUVET C., Paris II Panthéon Assas, *Le pouvoir hiérarchique*, 2011, 151 ss.

¹⁴⁷ V. CE 11 ottobre 1968, Massoni, Rec. p. 484 ; CE Sect. 8 gennaio 1982, S.A.R.L. Chocolat de régime Dardenne, Rec. p. 1.

ordini¹⁴⁸, o che regoli situazione dei dipendenti¹⁴⁹ o che organizzi dei controlli a domicilio di quelli assenti per malattia¹⁵⁰.

La sentenza Quéralt. Il dovere d'obbedienza che si impone ad ogni funzionario è legato al principio di subordinazione dell'amministrazione al potere politico e al principio gerarchico che è, di conseguenza, la base dell'organizzazione dell'amministrazione.

Il legame tra il potere gerarchico e la possibilità di emettere delle "*mesures d'ordre intérieur*", ovvero degli atti scritti espressione del potere direttivo, anche in assenza di un testo specifico che consenta l'utilizzo, è stabilito dalla sentenza Quéralt.

Secondo la dottrina maggioritaria, questa soluzione giurisprudenziale costituisce un principio generale del diritto¹⁵¹.

In realtà, quella sentenza riguarda solamente il potere regolamentare del Ministro, a cui viene riconosciuto il potere di controllo gerarchico anche in assenza di un testo che gli conferisce espressamente tale potere¹⁵². A questo scopo è sufficiente che non esista nessun testo che lo escluda. Ritenendo che la sentenza Quéralt elevi il potere gerarchico al valore di principio generale del diritto, si è ampliata notevolmente la portata della sentenza in questione.

¹⁴⁸ CE Ass. 7 luglio 1950, Dehaene, Rec. p. 426 ; D. 1950, J., p. 538, nota A. Gervais ; D.S. 1950, p. 317, concl. F. Gazier ; J.C.P. 1950, II, 5681, concl. ; R.A. 1950, p. 366, concl., nota G. Liet-Veaux ; R.D.P. 1950, p. 691, concl., nota M. Waline ; S. 1950, III, p. 109, nota J. D. V.

¹⁴⁹ CE Sect. 10 gennaio 1986, Fédération nationale des travailleurs de l'État C.G.T., Rec. p. 5 ; A.J.D.A. 1986, p. 189, nota S. S.

¹⁵⁰ CE 19 gennaio 2000, Fédération Justice C.F.D.T., D.A. aprile 2000, n° 91, obs. R. S.

¹⁵¹ CE 30 giugno 1950, Quéralt: Lebon 413; D. 1951. 593, nota Marion; Dr. soc. 1951, 246, concl. Delvolvé; S. 1951. 3. 85, nota Auby.

¹⁵² LAFERRIERE É., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 1887-1888, reedizione L.G.D.J., 1989, t. I, p. 397.

Paragrafo II: le prerogative manageriali nella gestione delle risorse umane.

Il contenuto del potere direttivo del dirigente italiano. Nella PA italiana la gestione del personale ha da sempre rappresentato un fattore critico. Le maggiori criticità riscontrate sono legate al mancato governo delle risorse umane e degli organici¹⁵³, all'eccessiva frammentazione delle qualifiche e profili, a percorsi di carriera poco interessanti e non collegati al merito ed alla professionalità, ad un disordine nelle relazioni sindacali con la diffusione di forme improprie di cogestione e la conseguente confusione di responsabilità nella gestione del personale fra livello politico, livello sindacale e dirigenza. Come abbiamo visto, la privatizzazione del pubblico impiego ha determinato “anche la parificazione degli strumenti di gestione del lavoro a disposizione dei dirigenti e quindi l'unificazione normativa dei poteri del datore di lavoro privato e pubblico”¹⁵⁴. Uno degli obiettivi delle riforme è, infatti, quello di stimolare la motivazione e la partecipazione del personale, passando da una logica burocratica di stretta applicazione della normativa ad uno sviluppo e valorizzazione delle risorse. Per questo motivo il dirigente-datore di lavoro pubblico è chiamato ad elaborare e gestire una vera e propria politica del personale, utilizzando strumenti di natura privatistica; gli viene assicurata la gestione dei rapporti di lavoro, unitamente all'autonomia nel disegnare l'organizzazione degli uffici quale attività strettamente correlata alla possibilità e capacità dello stesso di intervenire nell'organizzazione del lavoro. Il sistema della gestione delle risorse umane si traduce pertanto in specifiche procedure e metodologie di amministrazione, di retribuzione, di valutazione, di sviluppo, di formazione, al fine di ottimizzare il rapporto fra il sistema delle risorse professionali disponibile ed il sistema degli obiettivi da raggiungere¹⁵⁵. Gli strumenti messi a disposizione della dirigenza offrono

¹⁵³ Il riferimento è all'utilizzo di strumenti obsoleti quali il metodo dei carichi di lavoro, le piante organiche (in cui sono individuati e distinti, per categorie e posizioni giuridiche ed economiche, il numero di posti di cui la P.A. dispone), le procedure di mobilità; con la seconda privatizzazione si supereranno i vincoli centralistici sul controllo degli organici, i blocchi delle assunzioni e si ridefiniranno le regole sulla determinazione delle dotazioni organiche, con l'abolizione dei carichi di lavoro. Le dotazioni organiche (previsione della consistenza numerica del personale dipendente dell'amministrazione pubblica, classificato in base al sistema di inquadramento vigente alla data della sua definizione) si riconfermeranno perno centrale dell'organizzazione del lavoro pubblico (art. 6 TUIP).

¹⁵⁴ Cfr. M. D'ANTONA, “Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle “leggi Bassanini””, in *LPA*, N. 1/1998, p. 59.

¹⁵⁵ Cfr. L. RINALDI, *Autonomie, poteri e responsabilità del dirigente pubblico: un confronto con il manager privato*, TORINO, 2002, p. 176.

una serie di possibilità operative per influire sul comportamento dei propri collaboratori. Spetta al dirigente l'attività di progettazione delle mansioni, ovvero l'adattamento dei profili alle proprie esigenze organizzative, al fine di incidere direttamente sulle modalità di svolgimento delle attività operative. Il TUPI stabilisce che il lavoratore possa essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto (art. 52, comma 1), alle mansioni corrispondenti alla qualifica superiore successivamente acquisita per effetto delle procedure selettive o a quelle considerate equivalenti nell'ambito dell'area di inquadramento. Rimessa alla contrattazione collettiva¹⁵⁶ la competenza di stabilire quali siano le mansioni equivalenti, al dirigente pubblico si riconosce il potere di esercitare liberamente lo *ius variandi*: esattamente come un dirigente del settore privato, egli può modificare l'oggetto della prestazione dei propri collaboratori e cambiare in tal modo eventualmente gli incarichi e le posizioni di ciascuno di essi all'interno della struttura amministrativa. L'esercizio di questo potere è tuttavia limitato da regole specifiche in tema di adibizione a mansioni immediatamente superiori alla qualifica di appartenenza¹⁵⁷ e divieti di avanzamenti automatici nell'inquadramento professionale¹⁵⁸. L'obiettivo è quello di massimizzare la quantità e la flessibilità delle prestazioni esigibili dal lavoratore, accrescendo anche la possibilità di interscambio e collaborazione tra i diversi profili professionali.

¹⁵⁶ “In materia di inquadramento professionale e di mutamento delle mansioni, al legislatore non è riuscita fino in fondo l'analoga operazione di chiarificazione (*come per le progressioni economiche e di carriera ex art. 52, comma 1-bis*), mirata a meglio definire competenze e limiti della contrattazione collettiva. Ci si riferisce alla competenza della contrattazione in materia di equivalenza: la formulazione infelice del nuovo art. 52, comma 1, TUPI (come modificato dall'art. 62 d. lgs. 150/2009) lascia aperto il dubbio se il lavoratore possa essere adibito a tutte le mansioni dell'area di inquadramento (in quanto da considerare tutte equivalenti), ovvero solo a quelle che nell'area di inquadramento possono essere considerate equivalenti (sulla base, evidentemente, di uno specifico giudizio fondato sui valori professionali). L'eliminazione del richiamo espresso alla competenza della contrattazione (presente nella precedente formulazione della disposizione), non sembra escluderne, d'altro canto, la sua incidenza sul punto, posto che essa è sicuramente competente in materia di inquadramenti professionali.” Cfr. U. CARABELLI, “La riforma Brunetta: un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche”, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”. IT – 101/2010, p. 25.

¹⁵⁷ Cfr. art. 52, comma 2 TUPI.

¹⁵⁸ Cfr. art. 52, comma 5 TUPI. La norma infatti non prevede un'applicazione integrale dell'art. 2103 c.c. in materia di mansioni e *ius variandi*, proprio al fine di escludere meccanismi di promozione automatica.

Il contenuto del potere direttivo in Francia e il paragone con la situazione italiana.

Le relazioni di lavoro nella FP francese sono contraddistinte da regole determinate unilateralmente.

Lo statuto raggruppa un insieme di norme che fissano le differenti componenti della relazione di lavoro, tanto sul piano individuale (reclutamento, carriera, cessazione di funzioni), che collettivo (dialogo sociale). La fonte statutaria disciplina inoltre un certo numero di procedure (concorsi, procedure disciplinari).

La norma statutaria conferisce diritti e impone obblighi ai funzionari. Se i diritti di cui gode il personale possono apparire per il datore di lavoro pubblico come obblighi da rispettare nella la gestione delle risorse umane, non bisogna dimenticare che lo statuto dimostra una forte considerazione dell'interesse del servizio. Numerose regole sono subordinate alla loro compatibilità con le necessità dell'amministrazione (assegnazione del tempo parziale, collocamento in disponibilità). Altre permettono, indipendentemente dalla volontà dell'impiegato, di prendere decisioni sia a titolo conservativo (sospensione, disponibilità d'ufficio), sia in ragione dell'interesse del servizio (mutazioni nell'interesse del servizio)¹⁵⁹.

Lo statuto, essendo contraddistinto dall'unilateralismo, fissa un quadro che esclude, al momento, l'esistenza di relazioni contrattuali. Tuttavia, alcune regole sono improntate ad una grande flessibilità di gestione. Si pensi alla diversità dei meccanismi dei concorsi (interno, esterno, terzo concorso) o di avanzamento (anzianità, merito, su prova). Alla flessibilità delle regole si aggiunge poi la discrezionalità dell'amministrazione. In certi casi, invece, il meccanismo scelto dal legislatore fissa una norma che regola nel dettaglio la decisione.

¹⁵⁹ VALLEMONT S., *La gestion des ressources humaines, rapport au ministre de la FP, de la réforme de l'Etat et de la décentralisation*, Paris, 9 dic. 1998 e VALLEMONT S., DU MARAIS B., *La Gestion dynamique de la FP : une méthode*, Rapport du groupe thématique Gestion prévisionnelle des emplois : outils et structures, Commissariat général du Plan, Dicembre 2000.

Costituisce un esempio di questa regolazione nel dettaglio, e quindi di una limitata discrezionalità, il potere di assunzione e di titolarizzazione nei ruoli. Il potere di assunzione appartiene teoricamente ad ogni *chef de service*, ma è sempre più limitato, sia dalle leggi che dalla giurisprudenza, lasciando al suo titolare solamente un debole margine di manovra¹⁶⁰.

Infatti, le nomine devono necessariamente riguardare i candidati proposti dalle giurie dei concorsi. L'autorità amministrativa è tenuta a conformarsi all'ordine del merito stabilito dalla giuria. Il discorso cambia notevolmente per la FPT, dal momento che all'esito dei concorsi viene redatta una lista di candidati idonei; gli esecutivi locali potranno scegliere, in questa lista, in candidati che intendono assumere.

Peraltro, il potere d'impiego fa oggetto di un controllo giurisdizionale crescente, attraverso la possibilità, per l'impiegato pubblico, di rivolgersi all'autorità giudiziaria se ritiene di aver subito un pregiudizio nello svolgimento delle procedure concorsuali. Se il rispetto del principio gerarchico proibisce ai funzionari pubblici di formulare dei ricorsi contro le "misure di organizzazione dell'ufficio", questo ricorso è consentito quando le misure di tipo organizzativo arrecano pregiudizio ai loro diritti statutari o alle prerogative dei loro *corps* di appartenenza¹⁶¹. Infatti, ogni funzionario pubblico può impugnare davanti al giudice amministrativo l'insieme delle misure, regolamentari o a carattere individuale, che riguardano lo svolgimento della sua carriera. Egli può anche contestare una misura individuale riguardante un collega, a condizione che essa sia suscettibile di ripercussioni sulla sua propria carriera¹⁶².

In altri casi, la norma lascia spazio ad una scelta fra molteplici pratiche, dal momento che il quadro giuridico consente l'adozione di politiche di gestione differenti. A titolo d'esempio, le decisioni in materia di valutazione e assegnazione di promozioni

¹⁶⁰ Cfr POULET-GIBOT LECLERC N., « Le pouvoir hiérarchique », *RFDA*, 2007, 508 ss.

¹⁶¹ CE, Sect., 4 giugno 1982, Association des administrateurs civils du ministère des affaires culturelles, Lebon 210 ; AJDA 1982. 602, concl. M. Roux.

¹⁶² CE 26 dicembre 1925, Rodière, Lebon 1062 .

possono fare oggetto di apprezzamenti variabili, pur in presenza dello stesso quadro giuridico.

La valutazione dei funzionari è ormai disciplinata dal decreto del 29 aprile 2002¹⁶³. Il testo ha previsto nuovi criteri di valutazione del valore professionale dell'impiegato, che saranno oggetto di apposita trattazione in un capitolo successivo. Ad ogni modo, giudice controlla la motivazione che accompagna il voto e censura l'errore di diritto di cui può essere affetta, ma il suo controllo è limitato all'errore manifesto di valutazione, poiché il potere di valutare è legato al potere discrezionale. Più frequentemente, sono oggetto di impugnativa le decisioni che scaturiscono dalla valutazione.

Analogamente, anche le sanzioni disciplinari sono oggetto di un'attenzione particolare del giudice. Dalla sentenza Lebon¹⁶⁴ in poi, il giudice censura l'errore manifesto di valutazione sulla proporzionalità della sanzione rispetto all'infrazione commessa dal funzionario. Il giudice annulla le sanzioni troppo severe come pure quelle troppo leggere. A ciò si aggiunge il fatto che le garanzie procedurali della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sono ormai applicabili alle controversie relative alle assunzioni, alla carriera e ai licenziamenti di funzionari e impiegati pubblici.

In conclusione una buona parte della gestione della carriera dei funzionari sfugge largamente all'autorità gerarchica.

Pertanto, secondo la dottrina il potere gerarchico, inteso nel senso di espressione dell'autorità del superiore rispetto al suo subordinato, è una concezione dépassata¹⁶⁵. Ne consegue che l'amministrazione non viene più considerata come una sola organizzazione verticale. Essa s'inscrive in un contesto di concertazione, conciliazione, dialogo, che induce a creare dei nuovi rapporti fra l'amministrazione e

¹⁶³ Décret 2002-682 relativo alla valutazione del personale dello Stato. E' entrato in vigore il primo gennaio 2004.

¹⁶⁴ CE, Sect., 9 giugno 1978, Lebon 245, concl. B. Genevois, nota S. S.

¹⁶⁵ Cfr. POULET-GIBOT LECLERC N., Le pouvoir hiérarchique, *RFDA*, 2007, 508 ss.

l'impiegato ad essa subordinato. Allo stesso modo in cui le relazioni fra l'amministrazione e i cittadini si sono trasformati, così si sono evolute le relazioni al suo interno¹⁶⁶. Le esigenze del potere gerarchico devono conciliarsi con la preoccupazione di far partecipare il personale all'elaborazione delle decisioni. L'obbedienza deve cessare di essere imposta per essere consentita da quelli cui è richiesta¹⁶⁷.

La "mission" impartita all'autorità gerarchica è quindi assimilabile ad una funzione di regolazione. Il buon funzionamento dell'amministrazione non si esercita mediante il comando, ma mediante una funzione di direzione, di animazione e di coordinamento, che necessita di competenze in materie di valutazione, mediazione, efficacia e responsabilità.

Il potere gerarchico si misura anche in termini di influenza. I poteri di regolazione permettono di esercitare delle azioni indirette, di *moral suasion*, sui funzionari che poco hanno di giuridico sfuggendo al controllo giurisdizionale

Questa azione di persuasione permette di conformare l'azione dei funzionari con quella del superiore gerarchico, senza forzature, procedendo per incitazione o suggerimento. Questo potere d'influenza sfugge ai controlli pubblici. La funzione di relazione dell'autorità gerarchica comporta sempre un aspetto non giuridico, un potere di fatto sottratto alla competenza del giudice.

Questa doppia natura del potere gerarchico, di diritto e di fatto, è fonte di arricchimento della funzione. Inserendosi nel quadro più generale di riforma dello Stato, di cui diventa una leva essenziale, questo "rinnovato" potere permette di riformare l'amministrazione dall'interno, in maniera più efficace di quello che farebbe una legge o un decreto. Il cambiamento che ciò può provocare sul modello di gestione dell'amministrazione pubblica sarà analizzato specificatamente nel secondo capitolo.

¹⁶⁶ A partire dalla legge del 12 aprile 2000, il legislatore parla di relazioni tra l'amministrazione e i cittadini, e non più solamente di relazioni tra l'amministrazione e gli amministrati.

L'esercizio del potere direttivo in Francia. Da un punto di vista manageriale, la subordinazione si concretizza nel potere di direzione e in particolare nella modifica del contenuto della prestazione lavorativa.

Si tratta di determinare le mansioni e il luogo di lavoro.

La determinazione del contenuto delle mansioni rientra tra le competenze del datore di lavoro pubblico.

A tal proposito, occorre sottolineare che alcune regole del diritto della funzione pubblica si applicano a tutti i funzionari, altre sono specifiche di ciascun *corps* di *fonctionnaires*. Fra queste, un ruolo fondamentale è quello rappresentato dalle mansioni attribuibili al personale.

Per quanto concerne i *fonctionnaires*, il mutamento di mansioni si inserisce in un contesto di estrema flessibilità e soprattutto molto favorevole alla parte datoriale. È l'amministrazione che al momento dell'assunzione colloca unilateralmente i *fonctionnaires* in una situazione legale e regolamentare.

L'impiegato pubblico è tenuto a svolgere le mansioni previste dal suo *statut particulier*. La loro definizione, essendo molto generica, lascia poco spazio alla possibilità di un rifiuto.

La giurisprudenza in materia è molto limitata, dal momento che il contenzioso disciplinare in materia di rifiuto d'obbedienza difficilmente riguarda l'assegnazione delle mansioni. Tuttavia, non poche controversie sono finalizzate a determinare se dietro i trasferimenti o il mutamento di mansioni non si nasconda, in realtà, una sanzione disciplinare mascherata. Tra gli elementi presi in considerazione, il giudice verifica che il mutamento non pregiudichi la situazione amministrativa dell'interessato determinando così, secondo un'espressione frequentemente utilizzata dalla giurisprudenza, un suo declassamento. In questo caso, il giudice considera le

¹⁶⁷ CHAPUS R., *Droit administratif*, t 2, n° 116, 14e éd.

condizioni di esercizio delle funzioni, la remunerazione e la corrispondenza tra le mansioni esercitate e il grado di cui il *fonctionnaire* è titolare¹⁶⁸.

Come si è già avuto modo di sottolineare in precedenza, nel pubblico impiego francese, il principio di separazione tra *grade* (qualifica) e *emploi* (impiego ricoperto) fa sì che pur conservando lo stesso *échelon* (livello d'inquadramento nell'ambito di una qualifica) nella griglia d'inquadramento, si possano ricoprire mansioni di maggiore responsabilità e/o coordinamento.

Per i *contractuels*, non c'è l'equivalente uno *statut particulier* che disciplina le mansioni esercitabili. Alcune categorie di non titolari dispongono di un "quasi-statuto" che precisa le loro missioni, ma in maniera abbastanza vaga.

Tenuto conto che possono coesistere *contractuels* di diritto pubblico e di diritto privato, le mansioni possono essere precisate sia nell'atto unilaterale sia nel contratto di lavoro¹⁶⁹.

È sul piano della responsabilità che possono essere contestate le modifiche alle mansioni, in particolare in caso di declassamento. La diminuzione delle attribuzioni e delle responsabilità di un funzionario a parità di retribuzione può arrecare pregiudizio ai diritti che gli derivano dal contratto¹⁷⁰.

Non si è in grado di dire se la scarsità del contenzioso sia dovuta alla scarsa frequenza con cui avviene il mutamento di mansioni o a una certa remissività dei funzionari rispetto ai cambiamenti imposti dall'amministrazione. Incontestabile è l'importanza del potere conferito al datore di lavoro pubblico.

Non bisogna dimenticare che infine gli impiegati hanno comunque diritto a rifiutare le modifiche sostanziali del contratto¹⁷¹. Rientrano in questa categoria l'imposizione di alcune riduzioni quantitative al servizio reso e il trasferimento.

¹⁶⁸ CE 23 luglio 2003, M. X., req. n° 238042.

¹⁶⁹ MONIOLLE C., « La subordination dans la FP », *AJDA*, 2010, p. 1629.

¹⁷⁰ CAA Parigi 26 aprile 2005, M^{lle} X., req. n° 02PA01298.

¹⁷¹ *Les contractuels*, Ed. Weka, parte 1, capitolo 5.

L'autonomia del dirigente italiano gestore di risorse umane. La terza riforma del pubblico impiego si muove nella direzione di rafforzare l'autonomia e la responsabilità del dirigente in materia di risorse umane, mettendolo al riparo dai vincoli e dalle intrusioni della politica e del sindacato. Il capo ufficio è chiamato a sviluppare una capacità di contrattazione con le organizzazioni sindacali; la negoziazione e la sottoscrizione di contratti collettivi rappresentano, esattamente come avviene per i datori di lavoro privati, un mezzo per esercitare l'autonomia organizzativa attraverso la capacità di diritto privato¹⁷². Ai poteri del dirigente rispetto ai sindacati si dedicherà un apposito capitolo.

Nell'intento di realizzare una maggiore autonomia gestionale della dirigenza nei confronti della politica, l'art. 37¹⁷³, d.lgs. n. 150/2009 ribadisce e esplicita quello che era solo un presupposto nel precedente sistema, ovvero che la gestione delle risorse umane rientra nell'ambito dei poteri dirigenziali¹⁷⁴. Su tale aspetto l'attività di ostruzionismo della politica è stata probabilmente eccessiva, dal momento che nel sistema pregresso era sufficiente presentare in forma di direttiva l'atto di gestione del personale per costringere il dirigente ad uniformarsi. Viene, pertanto, specificato e formalizzato il potere/dovere del dirigente di valutare il personale assegnato ai propri uffici¹⁷⁵. Ciò anche in ragione della struttura premiante e incentivante sia delle retribuzioni, sia delle progressioni verticali e orizzontali, e dell'affidamento integrale dei poteri di selezione per intero alla dirigenza. Anche per quel che riguarda l'esercizio del potere disciplinare si rafforza il potere del responsabile della struttura (se in possesso di qualifica dirigenziale) prevedendo, per le fattispecie meno gravi, la

¹⁷² Cfr. M. D'ANTONA, "Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle leggi Bassanini", in *LPA*, 1998, p. 63. La contrattualizzazione dei rapporti di lavoro e l'unificazione normativa dei poteri datoriali sotto il regime del diritto privato comporta che la PA esercita la capacità di diritto privato sia quando determina unilateralmente, mediante i poteri di gestione dei dirigenti, il funzionamento degli apparati, sia quando si vincola attraverso contratti collettivi, o partecipando alla formazione della volontà negoziale che attraverso la rappresentanza negoziale dell'ARAN conduce alla sottoscrizione dei contratti nazionali, o negoziando e sottoscrivendo direttamente con i sindacati i contratti collettivi integrativi.

¹⁷³ Art. 37 d. lgs. 150/2009: "Le disposizioni del presente capo modificano la disciplina della dirigenza pubblica per conseguire la migliore organizzazione del lavoro e assicurare il progressivo miglioramento della qualità delle prestazioni erogate al pubblico, utilizzando anche i criteri di gestione e di valutazione del settore privato, al fine di realizzare adeguati livelli di produttività del lavoro pubblico, di favorire il riconoscimento di meriti e demeriti, e di rafforzare il principio di distinzione tra le funzioni di indirizzo e controllo spettanti agli organi di governo e le funzioni di gestione amministrativa spettanti alla dirigenza, nel rispetto della giurisprudenza costituzionale in materia, regolando il rapporto tra organi di vertice e dirigenti titolari di incarichi apicali in modo da garantire la piena e coerente attuazione dell'indirizzo politico-amministrativo".

¹⁷⁴ Il nuovo comma 2 dell'art. 5 TUIPI stabilisce che "le misure inerenti la gestione dei rapporti di lavoro sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione".

¹⁷⁵ In materia di valutazione del personale si confrontino le disposizioni contenute negli art. 17, comma 1, lett. e-bis), lettera inserita dall'art. 39, comma 1, lett. c) d. lgs. 150/2009; art. 52, comma 1-bis, inserito dall'art. 62, comma 1, d. lgs. 150/2009; art. 55-quater, comma 2 e 55-sexies, comma 2, inseriti dall'art. 69, comma 1, d. lgs. 150/2009).

possibilità di una gestione pienamente autonoma del procedimento disciplinare¹⁷⁶. Lo spazio di manovra del dirigente potrebbe sembrare significativo se non fosse ridimensionato “dal fitto reticolo di vincoli e di comportamenti sanzionati che imprigionano il suo agire, rendendolo burocratico e controvertibile all’eccesso”¹⁷⁷. Infatti, le progressioni di carriera devono avvenire per concorso pubblico, quelle meramente economiche secondo principi di selettività; la valutazione del personale, rilevante ai fini della carriera, delle progressioni economiche e delle voci incentivanti deve essere effettuata a cura di organismi dotati di elevata professionalità e piena indipendenza, nel rispetto delle metodologie e degli standard definiti da un “organismo centrale”, autonomo ed indipendente¹⁷⁸ (sicché risulta un po’ forzata la successiva pretesa “assicurazione della piena autonomia della valutazione, svolta dal dirigente nell’esercizio delle proprie funzioni”); il ricorso alla mobilità deve avvenire “secondo criteri oggettivi finalizzati ad assicurare la trasparenza delle scelte operate”¹⁷⁹; l’esercizio del potere disciplinare diviene obbligatorio¹⁸⁰, con un campionario rigido di infrazioni e relative sanzioni¹⁸¹. Dense di implicazioni sul piano sistematico sono le disposizioni che prevedono di sanzionare il dirigente che non utilizza tutte le prerogative legate al suo ruolo. Ci sono due ipotesi sanzionatorie con la perdita della voce incentivante: la prima in forza di una specifica responsabilità del dirigente per “omessa vigilanza sull’effettiva produttività delle risorse umane assegnate e sull’efficienza della relativa struttura”; e la seconda in ragione di una responsabilità dell’amministrazione, per la mancata predisposizione di “sistemi di valutazione dei risultati coerenti con i principi contenuti nella presente legge”¹⁸². Ma il capitolo privilegiato è quello del recupero a tutto campo di un sistema sanzionatorio rimasto più o meno lettera morta nel pubblico impiego privatizzato, che sarà oggetto di specifica trattazione in un apposito capitolo.

¹⁷⁶Cfr. art. 55 bis comma 1 del TUIPI introdotto dall’art. 69 comma 1 d.lgs. n. 150/2009 (responsabilità disciplinare del dirigente).

¹⁷⁷ Cfr. F. CARINCI, “La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla legge 15/2009”, in *LPA*, 2008, p. 978.

¹⁷⁸ Cfr. art. 4, comma 2, lett. e).

¹⁷⁹ Cfr. art. 6, comma 2, lett. a).

¹⁸⁰ Cfr. art. 6, comma 2, lett. c) e ed e); art. 7, comma 2, lett. i).

¹⁸¹ Cfr. art. 7.

¹⁸² Cfr. art. 6, comma 2, lett. b) e q).

Conclusioni del primo capitolo. Comune al pubblico impiego italiano e francese è il mutamento della cultura giuridica, nella considerazione del ruolo politico e sociale delle pubbliche amministrazioni che, in quanto garanti ed erogatrici di servizi sociali, vedono ridimensionata la loro posizione di supremazia giuridica. Si configura la possibilità di una relazione “negoziale” tra utente e amministrazione¹⁸³, contribuendo a ridisegnare diversamente anche lo status di dipendente pubblico¹⁸⁴.

Se in Italia è stata la privatizzazione dell’impiego pubblico a cambiare la natura giuridica e sostanziale dei rapporti, in Francia ciò è avvenuto mediante un progressivo mutamento della giurisprudenza che ha fatto riemergere alla legalità generale le regole interne dell’amministrazione.

Per quanto concerne il datore di lavoro politico, quello francese è, apparentemente, più forte poiché agisce in modo unilaterale nel determinare il contenuto economico e normativo del rapporto di lavoro dei funzionari. Tuttavia, la diffusione della negoziazione, seppur senza valore giuridico ma con significato di impegno politico, spinge continuamente il governo a cercare il consenso prima di varare qualunque norma.

Al datore di lavoro amministrativo italiano, prerogativa che spetta al capo ufficio, viene assegnato dalla legge un ruolo manageriale sebbene la sua azione sia ostacolata da una vasta gamma di vincoli amministrativi. Inoltre, la netta separazione esistente tra politica e amministrazione gli impedisce di contribuire alla fissazione delle scelte di indirizzo.

Il capo ufficio francese, pur operando in regime di diritto pubblico e con una giurisprudenza sempre più attenta all’attività interna degli uffici, si vede riconosciuti poteri regolamentari e organizzatori di cui può disporre con flessibilità, anche in mancanza di norme che gli attribuiscono in forma esplicita tali prerogative.

¹⁸³ Prospettiva radicata sul piano legislativo dalla legge 241/90 contenente “nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi” e sul piano giurisprudenziale dalla sentenza della Corte di Cassazione a sezioni unite, 22 luglio 1999, n. 500.

¹⁸⁴ Parla di “ripensamento della posizione delle amministrazioni in uno Stato industriale avanzato” e di uno “Stato che ha accentuato il carattere ... di attività terziaria ...” M.S. GIANNINI, “Rapporto sui principali problemi dell’amministrazione dello Stato”, in FI, 1979, p. 291.

Da ultimo, due grande differenza tra i due ordinamenti: l'assenza in Francia del principio del concorso pubblico per l'ingresso in amministrazione, come pure del divieto di adibizione a mansioni superiori.

Ciò consente all'amministrazione di ricorrere all'assunzione di *contractuels* secondo le modalità di reclutamento dell'impresa privata e al funzionario di vedersi stabilmente (ovvero senza i vincoli quantitativi e temporali presenti nell'ordinamento italiano) attribuite responsabilità di direzione di un ufficio anche senza il possesso della qualifica dirigenziale.

Capitolo secondo: I poteri del datore di lavoro tra gestione per mestieri e modello di competenze

Sezione I: gestione per mestieri e per competenze nel pubblico impiego italiano e francese.

Paragrafo I: un percorso avviato ma ancora lontano dalla conclusione.

Lo scopo di questo capitolo è quello di indagare le tendenze evolutive presenti del pubblico impiego italiano e francese e che costituiscono quindi le scelte di politica del diritto del legislatore.

Piuttosto che analizzare l'evoluzione dei singoli fenomeni si indagheranno le ragioni delle scelte di politica del diritto compiute dal legislatore e gli obiettivi che con queste si vuole raggiungere.

I singoli fenomeni giuridici (mobilità, valutazione, licenziamento individuale e collettivo) saranno analizzati in maniera specifica nei capitoli successivi.

Le regole che sono alla base dei sistemi francese e italiano della funzione pubblica hanno fondamenti filosofici, ragioni storiche o giustificazioni politiche la cui indagine non rientra nelle finalità della presente trattazione¹⁸⁵.

Tali regole si trovano davanti a elementi di cambiamento come il progressivo invecchiamento della popolazione e la necessità di disporre di nuove competenze.

Tuttavia, alcune di esse non facilitano la gestione della transizione demografica e sono causa di particolari rigidità, soprattutto se confrontate coi metodi di gestione possibili nel settore privato che dovrà in ogni caso confrontarsi con tale fenomeno.

Comparare settore pubblico e settore privato non è semplice, poiché obiettivi e metodi sono differenti.

Nonostante il processo di progressivo avvicinamento della disciplina dei due settori, il settore privato risulta facilitato nell'adeguamento delle sue risorse umane.

Se le imprese perseguono in generale un solo obiettivo, complesso ma univoco, ovvero la massimizzazione del profitto, le amministrazioni si vedono in generale assegnare una pluralità di obiettivi concorrenti¹⁸⁶.

Inoltre, l'aggiustamento nel settore privato può ottenersi anche in modo esterno, sotto la forma del licenziamento o del reclutamento in corso di carriera, ovvero attraverso l'acquisizione di un'impresa che dispone delle competenze ricercate. Le aziende possono così esternalizzare sul mercato del lavoro l'adeguamento delle loro risorse umane, giocando sui flussi di entrata e uscita. Le amministrazioni, al contrario, sono tenute ad compiere gli adattamenti per via interna, ovvero organizzando concorsi per nuove assunzioni.

Diversi sono gli elementi che renderebbero necessaria la predisposizione di una gestione previsionale nel pubblico impiego¹⁸⁷.

Il primo elemento è costituito dal quadro giuridico della funzione pubblica che fa di ogni reclutamento e, in generale, di ogni atto di gestione delle risorse umane, un investimento di lunga durata.

È chiaro che investire presuppone una capacità di proiezione sul medio termine, in mancanza della quale gli errori di gestione possono causare una grande demotivazione del personale e un mancato adattamento della struttura delle competenze ai bisogni.

In realtà la *fonction publique française* e quella italiana sono caratterizzate da un diverso quadro giuridico: in Francia c'è un sistema basato sulla carriera, in Italia sull'impiego.

Ricordiamo che in un sistema di carriera chi supera un concorso nella funzione pubblica è destinato a restarci per tutta la vita attiva. La loro relazione di lavoro

¹⁸⁶ VALLEMONT S., DU MARAIS B., *La Gestion dynamique de la FP : une méthode*, Rapport du groupe thématique Gestion prévisionnelle des emplois : outils et structures, Commissariat général du Plan, Dicembre 2000.

¹⁸⁷ Cfr. *La gestion prévisionnelle des ressources humaines dans les services de l'État*, Guide méthodologique, Ministère du budget, des comptes publics et de la FP, pp. 66 seg.

rientra sotto la sfera del diritto pubblico e sono collocati in una situazione unilaterale e regolamentare rispetto al loro datore di lavoro.

Nel sistema di “impiego” i funzionari sono equiparati a quelli del settore privato. Essi sono classificati secondo l’impiego ricoperto e reclutati secondo le attitudini. Il sistema italiano rientra nel sistema d’impiego, ma con delle rilevanti specificità¹⁸⁸, al punto che potremmo definirlo un ibrido il sistema per impiego e quello per carriera. Il reclutamento infatti non sempre avviene per un impiego specifico, i meccanismi delle promozioni sono ampiamente formalizzati e l’anzianità occupa ancora un ruolo fondamentale negli avanzamenti di carriera. Se da un lato questa non è organizzata *ex ante*, come correttamente dovrebbe avvenire in un sistema “di impiego”, dall’altro i meccanismi meritocratici su cui dovrebbe basarsi sono rimasti per vari motivi lettera morta. La situazione di parità contrattuale tra il datore di lavoro pubblico e i lavoratori è puramente formale, stante la determinazione unilaterale delle condizioni di lavoro.

Pertanto, da un punto di vista sostanziale, non vi sono grandi differenze tra i due sistemi, accomunati dall’esigenza di effettuare una pianificazione di lunga durata.

Il secondo elemento è il contesto budgetario della gestione, unitamente a fenomeni quali la RGPP in Francia o la *spending review* in Italia. In Francia la rivoluzione culturale legata all’attuazione della LOLF non ha ancora cessato di produrre i suoi effetti. I dirigenti sono responsabilizzati e devono agire secondo il principio di performance: i loro risultati sono valutati in funzione della qualità del servizio reso e della loro efficienza, ovvero dei mezzi umani e finanziari posti in essere per il raggiungimento degli obiettivi. La revisione generale delle politiche pubbliche (RGPP) costituisce il quarto elemento.

Sulla base di una diagnosi completa di tutte le azioni dello Stato, essa ha per obiettivo di fissare il percorso di cambiamento da seguire per razionalizzare la spesa pubblica adattando le politiche pubbliche alle esigenze attuali della società. Di conseguenza, la nuova sfida della gestione delle risorse umane per le amministrazioni dello Stato è di

¹⁸⁸ Les fonctions publiques en Europe, consultabile sul sito <http://clesdusocial.com/documents/europe/fonctionpubliqueenEuropedef.pdf> [consultazione del 5 novembre 2012].

realizzare gli adattamenti indispensabili sfruttando tutte le potenzialità dei funzionari. Tutto ciò scaturisce da una gestione più personalizzata, meno generosa in termini di risorse e rivolta verso i bisogni degli utenti.

In Italia la *spending review* ha mostrato un'attenzione al budget ancora più marcata, mentre è mancata una riflessione seria sul ripensamento delle politiche pubbliche. È previsto un obbligo annuale di rilevazione delle eccedenze di personale (art. 6, comma 1, TUIP), in assenza del quale le amministrazioni pubbliche non possono effettuare assunzioni o instaurare rapporti di lavoro con qualunque tipologia di contratto pena la nullità degli atti posti in essere. Il dirigente inadempiente a tale obbligo ne risponde personalmente. Inoltre, a seconda del tipo di amministrazione (se statale o se trattasi di enti locali) al mancato rispetto di alcuni parametri contabili è legata l'impossibilità in termini assoluti di effettuare assunzioni a qualsiasi titolo e con qualsivoglia tipologia di contratto¹⁸⁹.

Il terzo elemento è la situazione demografica. Ritenuti per tanto tempo come un rischio, i pensionamenti sono oggi considerati come un'opportunità demografica per adattare il numero dei funzionari, e dunque il volume della massa salariale, agli obiettivi e ai bisogni degli uffici.

In Francia il processo di aggiustamento delle risorse umane alla natura degli impieghi ricoperti legato alla RGPP è per sua natura un processo di cambiamento di lunga durata guidato da un obiettivo previsionale. Si tratta di una riforma che ha avuto come conseguenza più importante tagli al budget delle amministrazioni pubbliche e che è finita con identificarsi con questi.

Al contrario, in Italia con la *spending review*¹⁹⁰, letteralmente “revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini”, si è ribadito che non è in discussione

¹⁸⁹ Si riassumono, a titolo esemplificativo, i vincoli in vigore per gli enti locali: il rispetto del patto di stabilità interno; l'obbligo di ridurre la spesa del personale rispetto a quella sostenuta nell'anno precedente; l'obbligo di contenere nel 50% la soglia massima dell'incidenza percentuale della spesa per il personale rispetto al complesso delle spese correnti.

¹⁹⁰ Decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, art. 2, comma 1: “per le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, le agenzie, gli enti pubblici non economici, gli enti di ricerca, nonché gli enti pubblici di cui all'articolo 70, comma 4, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 sono previste misure di riduzione:

a) degli uffici dirigenziali, di livello generale e di livello non generale e delle relative dotazioni organiche, organiche, in misura non inferiore, inferiore, per entrambe le tipologie di uffici per ciascuna dotazione, al 20 per cento di quelli esistenti;

b) delle dotazioni organiche del personale non dirigenziale, in misura non inferiore al 10 per cento della spesa complessiva relativa al numero dei posti di organico di tale personale.”.

il perimetro dell'azione pubblica, ma l'efficienza nell'erogazione dei servizi; il che implica, va da sé, una riorganizzazione interna alla luce dei tagli di risorse operati.

I sistemi francese e italiano davanti al cambiamento. Fatta questa premessa, alcuni fattori caratterizzanti del sistema francese e italiano della funzione pubblica possono essere analizzati secondo il criterio della flessibilità e della rapidità di aggiustamento.

I principi del concorso e della garanzia dell'impiego conducono a fare del reclutamento un investimento a lunghissimo termine mentre le competenze richieste per uno stesso posto si evolvono fino ad allontanarsi da quelle domandate al momento del reclutamento.

Allo stesso modo, la pratica del concorso, pur garantendo l'imparzialità del reclutamento, induce ad aumentare il grado di astrazione delle competenze richieste; inoltre, essa può rivelarsi inadeguata davanti alle evoluzioni drastiche delle competenze domandate¹⁹¹.

Fra la formulazione di nuovi bisogni e le prime assunzioni di nuovo personale occorrono diversi anni per predisporre le nuove formazioni, distribuirle e organizzare i nuovi concorsi.

A dispetto degli sforzi fatti in certi ministeri per professionalizzare i concorsi, le regole di pubblicità e di uguale accesso agli impieghi inducono, quando i vivai di candidati sono numerosi, a selezionarli su criteri essenzialmente nozionistici.

La garanzia della stabilità del posto e il principio della carriera, come pure quello dell'impiego ma nell'accezione italiana, possono in seguito mal relazionarsi con la mobilità.

Infatti, in entrambi è difficile spostare, geograficamente o professionalmente, e al di fuori delle procedure che regolano collettivamente i trasferimenti, un funzionario che non lo desidera. Non a caso finora i casi di mobilità collettiva sono rari e obbediscono in generale a circostanze eccezionali.

¹⁹¹ Cfr. La Gestion dynamique de la FP : une méthode : rapport du groupe thématique "Gestion prévisionnelle des emplois : outils et structures", VALLEMONT S., DU MARAIS B., Commissariat général du Plan, p. 173, Dicembre 2000.

Le decisioni in materia di gestione delle risorse umane nella PA continuano ad essere prese solamente in funzione di considerazioni di breve termine. La gestione delle risorse umane è ancora caratterizzata da un approccio di tipo amministrativo. In particolare, essa è ancora eccessivamente concentrata sulle funzioni tradizionali di gestione della paga, e del reclutamento e dell'avanzamento del personale, come pure della mobilità. La consistenza del numero del personale da gestire ha senza dubbio appesantito il processo di gestione. Può capitare inoltre che la gestione previsionale sia considerata come un esercizio di tipo retrospettivo, privo di un legame diretto con la gestione.

Questi cambiamenti demografici e queste sfide riguardano l'insieme delle società sviluppate e dunque tutte altre pubbliche amministrazioni, comprese quella italiana e quella francese. Tuttavia, le risposte che vengono date al fenomeno demografico sono diverse perché il contesto della gestione delle risorse umane pubbliche è differente da quello francese e tende ad allontanarsene sempre più¹⁹².

Una di queste, senza dubbio la più importante, è senza dubbio la privatizzazione dei rapporti di lavoro, che sarà oggetto di una specifica trattazione nella seconda sezione di questo capitolo.

Se i ministri e il loro immediato entourage hanno il ruolo di formulare le politiche pubbliche, i gestori delle risorse umane si vedono attribuita la responsabilità di attuarle, con un'obbligazione di risultato che è oggetto di una valutazione regolare. In contropartita, essi si vedono dotati di una grande libertà di gestione, nel limite di un budget assegnato.

L'impegno del dirigente riguarda dunque gli obiettivi di performance, e non solo i livelli di impiego delle risorse. Si passa da una logica di controllo a una logica di responsabilità. Le modalità di valutazione dell'azione dell'ufficio cambiano, come

¹⁹² NUNBERG B., "Managing the Civil Service – Reform Lessons from Advanced Industrialized Countries", *World Bank Discussion Papers*, 1995, 204. "Country Fact -Sheets on Flexible Work Arrangements in the Civil Service", *HRM*, June 98 – Hand- Out, OCDE ; "Évolution dans la gestion des ressources humaines dans les administrations publiques", *PUMA/HRM*, OCDE, dicembre 1999, come pure gli interventi alla seduta del 18 gennaio 1999 del gruppo presieduto da B. Cieutat, e la presentazione di B. Trentin, ex segretario CGIL, davanti al Club "Strategie di management", Parigi, 14 ottobre 1998.

pure la valutazione individuale di chi ne ha la responsabilità. Talvolta, egli vede il suo status giuridico diventare più precario.

Peraltro, il passaggio ad una logica di risultato suppone l'introduzione di indicatori di performance, di procedure di *audit*, o di una revisione regolare di politiche pubbliche.

Queste riforme presentano un grado di attuazione vario, e persino degli effetti perversi.

Certi osservatori si interrogano sulla portata reale di questi cambiamenti, poiché le pratiche di gestione delle risorse umane nel settore pubblico sembravano più l'effetto di rapporti di forza e pratiche consolidate che quello di norme giuridiche. Il passaggio al diritto privato in Italia non ha modificato la pratica in materia di licenziamenti.

Allo stesso modo, l'introduzione di una remunerazione individuale flessibile, in funzione della performance, non ha raggiunto i suoi obiettivi, e suscita al contrario numerosi effetti perversi, giudizi non lusinghieri dagli interessati, meno collaborazione tra il personale etc.

Così, i Paesi che l'hanno introdotta, come l'Italia, sembrano cominciare a rimettere in discussione questo sistema. In compenso, questi effetti perversi non apparivano in maniera statisticamente significativa quando la remunerazione flessibile è calcolata sulla performance collettiva.

Peraltro, l'obiettivo prioritario non è la riduzione degli effettivi, ma il miglioramento dell'efficacia delle spese, poiché i direttori dei dipartimenti ministeriali hanno la libertà di ripartire le risorse finanziarie fra le varie destinazioni-spese di funzionamento, in personale etc. Tuttavia, in pratica, nella grande maggioranza dei casi si verifica una riduzione importante del personale pubblico.

Queste riforme mostrano tuttavia dei successi, almeno in materia di stabilizzazione budgetaria e di flessibilità di adattamento.

Almeno su due aspetti, i miglioramenti introdotti sono innegabili. Da una parte, le amministrazioni sono più reattive e si adattano con maggiore flessibilità ai nuovi bisogni, come quelli inerenti il cambiamento tecnologico.

D'altra parte, l'introduzione di una certa flessibilità nella gestione pubblica, e in particolare di procedure di budget orientate verso il risultato (contrattualizzazione,

concorrenze delle agenzie amministrative o comparazione delle loro performance), mostra che lo sforzo di stabilizzazione budgetaria corre meno rischi di fallire nei paesi che dispongono di una grande flessibilità nella gestione delle risorse rispetto a quelli dove questa flessibilità è minore.

Se dieci anni fa la tentazione poteva essere di lasciare che le evoluzioni demografiche risolvessero i problemi inerenti i bisogni di competenze, adesso i vincoli alle assunzioni non lo rendono più possibile¹⁹³. La modifica dei flussi demografici e i vincoli di bilancio obbligano a migliorare le pratiche di gestione finora adottate.

È accaduto, infatti, che il funzionamento della funzione pubblica statale assuma decisioni che non ottimizzano la gestione delle risorse umane pubbliche.

Gli esempi di una gestione del personale nella quale è assente una gestione previsionale e di strategia in materia di risorse umane sono molteplici.

Possiamo citare per la Francia la riorganizzazione territoriale della polizia e della gendarmeria, effettuata caso per caso e talvolta sotto l'influenza dei politici locali, confondendo la carta degli interventi rispettivi dei due corpi dello Stato.

Allo stesso modo, lo sviluppo delle tecnologie di informazione e telecomunicazione, invece che semplificare la gestione del personale ha causato la creazione di nuovi *corps*, in aggiunta a quelli esistenti.

Nel pubblico impiego italiano, nell'ambito della *spending review*, si è imposta "dall'alto" la riduzione del personale del 20% cui si è fatto riferimento in precedenza, secondo la logica meramente matematica dei tagli lineari. Si è tuttavia consentito che le riduzioni previste avvengano con criteri selettivi. Conseguentemente, per alcune amministrazioni la misura è stata inferiore alle percentuali previste, anche in considerazione delle specificità delle singole amministrazioni, a condizione che la differenza sia recuperata operando una maggiore riduzione delle rispettive dotazioni organiche da parte di una altra amministrazione. Ma come è possibile effettuare tagli

¹⁹³ *Spending review*, Decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, art. 14: si è previsto che almeno fino al 2016 resta in vigore il regime limitativo delle assunzioni a tempo indeterminato. Facoltà assunzionali al 20% per tutte le pubbliche amministrazioni nel triennio 2012-2014, nel 50% nel 2015 e del 100% a decorrere dal 2016. In Francia, dal 2008 è in vigore il principio di non sostituzione di un funzionario su 2 per effetto della legge del 21 agosto 2007 in favore del lavoro, dell'impiego e del potere d'acquisto, conosciuta come « loi TEPA » (travail, emploi et pouvoir d'achat).

mirati, legati ad una gestione previsionale dei bisogni, se non è stata posta in essere a monte nessuna azione di tipo metodologico?

Se queste inefficienze sembrano patologiche, per i loro autori hanno una certa razionalità a riguardo dei loro vincoli e obiettivi.

Tuttavia, tali pratiche sono sempre meno accettate da quelli che le subiscono, che siano i funzionari che ne sono vittime o i dirigenti che devono farvi fronte. Esse saranno sempre meno sostenibili per l'insieme dell'organizzazione, per ragioni di costo e di efficacia, ma anche perché i funzionari, meglio formati, sono più esigenti sui metodi che vengono applicati alla gestione delle risorse umane. Inutile aggiungere che i tagli lineari non possono essere considerati una pratica di gestione delle risorse umane¹⁹⁴.

La GPEEC può contribuire a limitare queste pratiche che a lungo andare sono controproducenti.

Attualmente, e senza dubbio da diversi anni, un adattamento da porre in essere utilizzando solamente il volume degli effettivi si scontrerà al contesto economico di cui tutti gli attori della funzione pubblica conoscono i vincoli. Oltre ai classici vincoli di bilancio, gli impegni legati all'Unione Europea, ma anche la consapevolezza di aver raggiunto un limite in materia di prelevamenti obbligatori, impediranno adattamenti del pubblico impiego che prendessero la forma di una dilatazione delle sue dimensioni.

Una politica di gestione del personale allo stesso tempo selettiva e precisa sarà dunque ancor più necessaria, come pure una gestione più efficace delle modalità di erogazione dei servizi pubblici.

C'è una seria difficoltà nell'allocare correttamente le risorse al livello più prossimo ai bisogni, come sembra mostrare, sia in Italia che in Francia, il paragone dei livelli di personale tra i ministeri o le Agenzie.

Alcuni di questi hanno eccedenze di personale mentre altri, in situazione di carenza, sono costretti a bandire concorsi eccezionali di reclutamento, senza che la questione

della formazione e della mobilità funzionale del personale eccedente in altri ministeri sia veramente posta.

L'Italia, da questo punto di vista, è più avanti, avendo introdotto il divieto di effettuare assunzioni che non siano precedute dall'espletamento di procedure di mobilità obbligatoria¹⁹⁵, unitamente all'obbligo di rilevare annualmente le eccedenze¹⁹⁶. Non è stato tuttavia affrontato il problema della riconversione professionale del personale coinvolto in procedure di mobilità.

Quello di disporre di competenze adatte ai tempi è un problema anche in Francia, posto che numerosi adattamenti delle missioni si traducono con reclutamenti esterni, sia di titolari, sia di *contractuels*, senza che una soluzione interna alla sfera pubblica sia stata necessariamente considerata, tanto in seno alla funzione pubblica di Stato che ad altre.

La gestione previsionale degli impieghi e delle competenze. I fenomeni cui si è accennato riflettono un certo inadattamento delle risorse umane alle priorità politiche o alla realtà della società.

Essi costituiscono una forte incitazione alla gestione previsionale, perché essa permette di determinare a lungo termine quale livello statutario in Francia/livello d'inquadramento in Italia, quale remunerazione e soprattutto quali competenze saranno raggiunte dal funzionario.

È dunque tramite una gestione delle risorse umane attiva che viene effettuata la conciliazione tra l'applicazione delle garanzie dello statuto e l'adattamento ai bisogni dell'ufficio e alle esigenze di efficacia.

Come si è detto in precedenza, le amministrazioni pubbliche francesi e italiane non dispongono dei margini di manovra delle imprese private per poter adattare rapidamente le risorse umane ai bisogni degli utenti. Se questo è senza dubbio un vantaggio per garantire la permanenza e la neutralità delle missioni pubbliche, tale

¹⁹⁴ Cfr. VALLEMONT S., DU MARAIS B., *La Gestion dynamique de la FP : une méthode*, Rapport du groupe thématique Gestion prévisionnelle des emplois : outils et structures, Commissariat général du Plan, Dicembre 2000

¹⁹⁵ Art. 30, comma 2 *bis*, TUIP.

¹⁹⁶ Art.33, comma 1, TUIP.

differenza richiede che gli enti pubblici si dotino di un sistema di previsione dei bisogni, di meccanismi di anticipazione in materia di gestione delle risorse umane e dunque di una GPEEC orientata all'azione, grazie all'utilizzazione di tre variabili di cui dispongono: formazione, reclutamento e mobilità.

Il concetto di GPEEC è apparso per la prima volta negli anni '90; nello stesso tempo quella che veniva chiamata direzione del personale è diventata nello stesso periodo direzione delle risorse umane; oggi però si utilizza il termine di GPRH (gestione delle risorse umane, in lingua italiana) per riferirsi a nozioni più generiche concernenti il settore delle risorse umane (la consistenza numerica del personale, gli impieghi e le competenze). Dietro questo acronimo si traduce un'evoluzione e un allargamento delle missioni. La GPRH rappresenta un argomento di riflessione permanente e una preoccupazione costante la cui realizzazione è alla base delle grandi riforme in corso.

La modernizzazione della funzione pubblica francese realizzata tramite la GPEEC. Davanti alle sfide incontrate dallo Stato in Francia, ma che sono tuttavia abbastanza vicine da quelle identificate da altri paesi tra cui l'Italia, la funzione pubblica francese sembra la sola a seguire una via alternativa attraverso l'instaurazione della gestione previsionale¹⁹⁷.

Nel contesto specifico francese, e indipendentemente dalle evoluzioni demografiche, la GPEEC appare come un imperativo nella funzione pubblica statale, per diverse ragioni. Essa permette una migliore adeguatezza dei servizi pubblici alla domanda sociale; chiarisce le prospettive dei funzionari in materia di sviluppo di carriera e di competenze e, dall'altro lato, contribuisce alla loro motivazione. La GPEEC potrebbe consentire, nel rispetto dei grandi principi della funzione pubblica francese, una gestione quantomeno efficace, se non efficiente. Essa rientra tra gli strumenti a disposizione della gestione delle risorse umane.

¹⁹⁷ Cfr. VALLEMONT S., DU MARAIS B., *La Gestion dynamique de la FP : une méthode*, Rapport du groupe thématique Gestion prévisionnelle des emplois : outils et structures, Commissariat général du Plan, Dicembre 2000

La logica utilizzata è quella di ottimizzare le risorse rispetto ai bisogni, analizzati in dimensione prospettica¹⁹⁸.

L'oggetto della gestione previsionale delle risorse umane è quello di prevedere i bisogni e le risorse, e dunque di analizzare le differenze tra i bisogni e le risorse future prima che questi si presentino.

All'inizio, l'amministrazione deve determinare le scelte strategiche di fondo dalle quali deriverà in seguito la determinazione dei bisogni, espressi in termini di competenze e di mestieri. L'amministrazione deve in seguito procedere ad un esame comparativo fra future esigenze e bisogni disponibili. A partire dalle differenze rilevate, si tratta di determinare un piano d'azione che può giocare su tutte le componenti (reclutamento, piani di formazione, mobilità).

La GPEEC necessita di disporre di personale competente per queste nuove missioni; a tal fine si creano nuovi mestieri, come quello di consigliere mobilità. Si assiste, in altri termini, alla professionalizzazione della gestione delle risorse umane.

La pratica della GPEEC si organizza in sei tappe successive:

1. Identificazione dei mestieri, delle situazioni di lavoro, ovvero la conoscenza dei livelli del personale attuale e della ripartizione in mestieri per età, anzianità, competenze ecc., fino all'elaborazione di un repertorio di mestieri (RIME);
2. Proiezione a medio termine delle evoluzioni delle risorse umane, applicando gli stessi comportamenti di quelli registrati attualmente (*turn over*, modalità di pensionamento) secondo l'evoluzione storica;
3. Identificazione e analisi dei fattori di evoluzione futuri;
4. Traduzione di queste evoluzioni in bisogni futuri di personale per impiego e competenze. Si tratta spesso della tappa più difficile;
5. Analisi degli scostamenti tra le proiezioni dello scenario previsionale rispetto ai bisogni dell'amministrazione;
6. Elaborazione di una politica di riduzione degli scarti, per mezzo degli strumenti tradizionali: formazione, promozione, mobilità, reclutamenti, etc.

¹⁹⁸ Cfr VALLEMONT P., *La gestion prévisionnelle des effectifs, des emplois et des compétences dans les trois fonctions publiques*, Berger-Levrault, 1996 ; BATAL C., *La gestion des ressources humaines dans le secteur public*, Tomo 2, parte 3, Éditions d'Organisation, 1998.

Da un punto di vista quantitativo le prime cinque tappe dovrebbero essere in teoria relativamente facili da intraprendere nel settore pubblico. Infatti, la percentuale di pensionamenti è spesso conosciuto in anticipo, la natura delle missioni evolve lentamente, anche se le loro modalità d'esercizio possono cambiare rapidamente.

Tuttavia, da un punto di vista qualitativo, la GPEEC suppone un censimento delle competenze, sia di quelle esistenti sia di quelle necessarie all'adattamento alle evoluzioni future. Ora, questo censimento si fonda su una capacità di valutazione delle competenze, tanto a livello individuale che a livello aggregato, che è lontano dall'essere conseguito nell'amministrazione.

Peraltro, l'attuazione della GPEEC suppone in particolare di poter distinguere gli impieghi e le competenze che possono essere oggetto di una gestione collettiva, da quelli che, per il loro livello di responsabilità o la loro specificità esigono una gestione individualizzata.

L'attuazione della GPEEC è complicata per diversi fattori, quali¹⁹⁹ :

- la difficoltà, ovvero l'assenza di definizione delle missioni;
- la notevole consistenza del personale;
- la grande diversità degli uffici operativi;
- la grande diversità delle unità operative ;
- la condizione attuale della gestione delle risorse umane pubblica e la difficoltà a passare alla fase operativa.

La GPEEC nel settore pubblico è ancor più indispensabile oggi in presenza, da una parte, un'accelerazione dei cambiamenti, e dunque del ciclo di vita delle competenze e, d'altra, di un accrescimento dei bisogni e delle esigenze dell'utenza.

¹⁹⁹ Cfr. VALLEMONT S., DU MARAIS B., *La Gestion dynamique de la FP : une méthode*, Rapport du groupe thématique Gestion prévisionnelle des emplois : outils et structures, Commissariat général du Plan, Dicembre 2000, p. 173.

Il modello di competenze nella PA italiana. Queste esigenze di ammodernamento sono state identificate anche nella PA italiana, ma non hanno tuttavia portato alle stesse conclusioni applicative dalla *FP française*.

In primo luogo, se è vero che si è sviluppata una gestione per competenze, questa ha riguardato soprattutto il personale con qualifica dirigenziale e quasi per nulla il personale delle aree funzionali.

Lo sviluppo di un modello di competenze per i dirigenti è stato notevolmente incentivato dall'introduzione di un sistema di valutazione, mentre la mancata spinta verso la realizzazione di un modello di competenze per i funzionari è dovuta proprio all'assenza di un sistema di valutazione, nonostante i ripetuti tentativi del legislatore in materia²⁰⁰.

In secondo luogo, il mancato sviluppo di un compiuto sistema di valutazione delle competenze per i funzionari si lega anche alla mancata identificazione dei profili professionali, il che costituisce un ostacolo notevole alla mobilità del personale. Senza un repertorio dei mestieri è difficile conoscere di quali figure ha bisogno l'amministrazione e quali sono le competenze ad esse associate, in modo da poter considerare un'eventuale mobilità.

In terzo luogo, la gestione del personale non viene effettuata su base previsionale e, nonostante la privatizzazione sembrerebbe organizzare la carriera in modo più individualizzato, gli uffici di sviluppo del personale operano ancora una gestione collettiva delle risorse umane, senza un coordinamento con la mobilità; nel concreto, l'azione di questi uffici si traduce essenzialmente nella gestione delle iniziative di formazione.

²⁰⁰ Il D.Lgs. n. 286/1999 impone la dotazione di sistemi di controllo di gestione, di sistemi di valutazione della dirigenza e di sistemi di valutazione e controllo strategico. La valutazione del personale non dirigenziale è stata introdotta per la prima volta dal d.lgs. n. 150/2009 ma per vari motivi non ha ancora trovato completa attuazione. Ben prima della previsione legislativa, alcuni regolamenti interni delle amministrazioni nonché alcuni CCNL hanno previsto forme di valutazione, ma anche in questo caso la traduzione concreta è stata sperimentale e/o marginale. Si prenda il caso dell'Agenzia delle Entrate, il cui regolamento di attuazione prevede "adeguate metodologie per la valutazione periodica delle prestazioni, delle conoscenze professionali e delle capacità dei dipendenti, al fine di governare, in coerenza con i contratti collettivi, lo sviluppo delle competenze, gli incentivi economici, le progressioni di carriera e gli interventi formativi" dal 2001, mentre il CCNL Agenzie fiscali 2001-2001, siglato nel 2004, prevede l'utilizzo di metodologie di valutazione dell'attività di lavoro e l'erogazione del trattamento accessorio incentivante e per l'affidamento di incarichi di elevata professionalità (posizioni organizzative e professionali). Finora l'attuazione si è avuta limitatamente alle posizioni organizzative.

La gestione delle competenze dei dirigenti in Italia. Il modello di PA conosciuto fino agli anni '90 è stato notevolmente modificato dai cambiamenti economici e sociali della società. Si sono sviluppate nuove esigenze, che hanno indotto la PA a modificare sia la sua organizzazione interna sia l'orientamento all'utente.

Si è così passati da una gestione burocratico-amministrativa ad una orientata al risultato e agli obiettivi, nella quale concetti come pianificazione e controllo di gestione e qualità non sono più estranei.

In questo quadro, il legislatore ha enfatizzato il ruolo dei dirigenti pubblici. Ad essi non vengono più richieste solamente competenze tecniche in grado di formulare e valutare le politiche pubbliche, ma anche di *team building*, ovvero la capacità di gestire un'equipe e motivare coloro che la compongono.

Ai dirigenti si chiede non solo di essere *leaders*, ma buoni *leaders*: devono creare e diffondere il benessere organizzativo, promuovere la diffusione dei principi dell'interesse generale e dell'etica pubblica, governare un sistema complesso di risorse e relazioni. Il manager è proprio colui che è in grado di motivare il personale, di convincerlo dell'importanza del suo ruolo e di indurlo al miglioramento delle proprie competenze e prestazioni²⁰¹. Per far ciò, sono indispensabili competenze delle quali le amministrazioni pubbliche non sono adeguatamente provviste. Questa tendenza a riporre nella figura del manager la responsabilità del cambiamento organizzativo è, in fondo, la stessa dalla quale si è sviluppata, in Francia la *decentralisation manageriale*.

Se da un lato il lavoro del dirigente è orientato al risultato, quest'ultimo da solo non basta a valutare il contributo che il capo-ufficio dà all'organizzazione. Conta soprattutto anche il *come* il dirigente raggiunge i risultati, vera cifra del suo apporto personale all'amministrazione.

Le qualità richieste sono anche intellettuali, operative e relazionali, in grado di consentirgli la realizzazione di comportamenti organizzativi virtuosi. Grazie ad essi egli potrà non solo raggiungere i risultati, ma anche garantire la loro stabilità nel tempo come premessa di risultati futuri. Le competenze sono proprio quelle qualità

personali che determinano il contributo del dirigente all'organizzazione. Motivando il singolo funzionario e creando le condizioni favorevoli affinché il *team* di funzionari da lui coordinati possa lavorare assieme si agevola il raggiungimento degli obiettivi dell'ufficio. Compito del dirigente è quindi “non è tanto quello di *fare*, quanto piuttosto quello di *far fare* le cose ai suoi collaboratori”²⁰².

Un sistema basato sulle competenze unisce la valutazione dei risultati, basata su variabili qualitative, alla valutazione delle performance manageriali di tipo qualitativo. Un sistema basato sulle competenze armonizza il sistema di controllo gestionale e quello di sviluppo manageriale, consentendo di cogliere sia le variabili quantitative che le variabili qualitative, espressione della performance manageriale nel suo complesso²⁰³.

Le competenze non sono i mezzi per raggiungere determinati risultati. Le competenze sono esse stesse risultati, in quanto condizione necessaria per raggiungere obiettivi di tipo quantitativo nel lungo periodo. Altrimenti, se contassero solo i risultati di tipo quantitativo, questi potrebbero essere raggiunti nel breve periodo anche se non coadiuvati da buone competenze di tipo manageriale, per merito di collaboratori efficienti o per altre circostanze di tipo occasionale. Disporre di personale motivato, capace di migliorarsi e di lavorare in gruppo è di per sé già una valida garanzia sul raggiungimento di risultati futuri.

Ne consegue che il valore duraturo di un'organizzazione nel tempo è dato proprio dalle competenze che essa è stata in grado di sviluppare.

In questa nuova cultura organizzativa, è richiesto al dirigente di sviluppare anche competenze relazionali e negoziali, “orientate non più solamente all'interno dell'amministrazione (procedure e gestione), ma anche all'esterno per cogliere e gestire le esigenze di contesto e le complesse interazioni di sistema, al fine di creare,

²⁰¹ Cfr. Leader si nasce? Le competenze organizzative dei dirigenti pubblici alla prova del cambiamento, atti di un convegno tenutosi nell'ambito del Forum della PA – Giornata degli Innovatori– V incontro nazionale dei direttori del personale, 11 maggio 2005 [www.cantieripa.it].

²⁰² AA.VV., *La gestione per competenze nelle amministrazioni pubbliche*, Rubbettino, 2006, pag. 29.

²⁰³ Cfr. *Manuale Sirio per la valutazione delle competenze dei dirigenti*, Agenzia delle Entrate [www.agenziaentrate.it].

tramite le attività pubbliche, valore aggiunto complessivo per i cittadini e le imprese. Si tratta di valorizzare il ruolo della dirigenza pubblica, al di là della dimensione attuativa della gestione, per proiettarlo anche nella direzione più complessa della pianificazione strategica alla quale è chiamato a contribuire²⁰⁴

Il dirigente ricopre quindi un ruolo chiave nell'ambito del cambiamento organizzativo, a lui sono imputati progressi e fallimenti dell'azione modernizzatrice, e non a caso le recenti riforme in materia di pubblico impiego sono intervenute proprio sulla questa figura.

È evidente che le competenze richieste al dirigente pubblico sono esattamente quelle di una figura manageriale del settore privato, segnale inequivocabile della diffusione di una nuova cultura negli uffici della PA.

Il legame tra competenze e sistema di valutazione. Se il modello di competenze individua le competenze necessarie alla determinazione di un buon contesto organizzativo, la valutazione serve a verificare se effettivamente a quelle aspettative di lavoro seguano concretamente comportamenti organizzativi rispondenti. Così, se un modello di competenze determina genericamente e astrattamente ciò che ci si attende dal personale, la valutazione determina se quelle competenze generali sono state espresse concretamente dal singolo. Con la valutazione si passa quindi dal generale al particolare.

Alla valutazione sarà dedicato un capitolo specifico di questa tesi. Ciò che interessa in questa fase è che nel pubblico impiego italiano la fissazione delle competenze dell'organizzazione ovvero del personale che la guida non ha coinciso con la valutazione del loro possesso da parte del personale appartenente alle aree funzionali. Ciò è avvenuto per la mancata elaborazione di metodologie condivise di valutazione di competenze di tipo qualitativo, legata alla difficoltà pratica della loro osservazione. Per questa e per altre motivazioni le previsioni legislative o contrattuali di una valutazione del personale solo in rari casi hanno visto la luce.

²⁰⁴AA.VV., *Proposte per il cambiamento nelle amministrazioni pubbliche*, Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della Funzione Pubblica, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2002.

A questo punto è lecito chiedersi: che senso ha un modello di competenze senza un meccanismo che preveda la valutazione? È innegabile che la compiuta definizione della cultura e dei valori di un'organizzazione contribuisce in ogni caso a definirne la *mission* e aiuta il personale a riconoscersi, chiarendo dubbi e incertezze insiti nell'organizzazione del lavoro. Tuttavia, la mancata valutazione sul campo di queste competenze e ancor più la loro associazione ai mestieri esercitati nella stessa organizzazione rischia di trasformare il modello di competenze in un esercizio di stile. L'abbinamento modello di competenze-valutazione è fondamentale, a condizione che le modalità in cui questa si svolge siano accettate dall'organizzazione, pena la perdita di credibilità del modello stesso e la vanificazione di uno sforzo importante.

Non bisogna dimenticare che l'identificazione delle competenze dell'organizzazione e la misurazione del loro possesso da parte del personale consente di valutare l'adeguatezza della dotazione organica, i fabbisogni formativi per il personale in servizio come pure le competenze che l'amministrazione dovrà cercare all'esterno mediante la mobilità o il reclutamento.

Si tratta esattamente dell'approccio adottato dall'amministrazione francese per quanto concerne la GPEEC .

Così, l'identificazione delle competenze consente l'elaborazione dei profili professionali ai quali non sono associate le attività a essi correlate ma le competenze, i saper fare e gli atteggiamenti e comportamenti organizzativi del profilo.

Un tentativo in questo senso fu compiuto con la tornata contrattuale del comparto ministeri del 1999, nella quale furono introdotte nuove tipologie d'inquadramento abbinando ad essere le competenze necessarie per l'organizzazione. Così come avvenuto in Francia con la *démarche métier*, non è stata colta l'importanza della novità, che è stata considerata come un adempimento formale, abbinando ai profili (mestieri) i concetti di mansione, responsabilità o attività. Se i profili sono generici o si limitano a descrivere semplicemente le attività da svolgere, è difficile risalire alle capacità che devono caratterizzare il profilo, definire modalità di osservazione e valutazione da cui far scaturire meccanismi di sviluppo professionale e valorizzazione in termini retributivi. I profili contrattuali dovrebbero definire quindi le conoscenze

generali (tecniche e organizzative), quelle relazionali e gestionali e infine le qualità professionali e sociali per ricoprire il ruolo in maniera adeguata.

Quanto al singolo funzionario, la valutazione consiste nella comparazione tra le competenze possedute e quelle previste nel modello teorico²⁰⁵.

Rinviando all'apposito capitolo la questione della valutazione del personale delle aree funzionali, ciò che interessa in questa sede è sottolineare che essa ha coinvolto il personale di alcune amministrazioni e solamente il personale neo-assunto.

Gestione del personale basata sui mestieri. In Italia, in mancanza di un repertorio di mestieri compiuto e coerente, la gestione previsionale ha per parecchio tempo concentrato l'attenzione sulla gestione quantitativa degli effettivi.

Nel 2006, invece, la FPE e la FPT hanno realizzato un repertorio dei mestieri. In Francia, i ministeri hanno progressivamente costituito dei repertori per definire i propri *emploi types* (impieghi-tipo) in linea con gli *emplois-références* (ER, impieghi di riferimento) del RIME (repertorio interministeriale dei mestieri dello Stato). Per alcuni dei loro *emplois-types*, è difficile stabilire la corrispondenza con gli *emplois-référence*, il che rende complicata l'identificazione delle passerelle tra gli impieghi dei ministeri.

Tutte le posizioni lavorative dello Stato, pari a due milioni e mezzo di persone, sono stati "inventariati". Ogni *emploi-référence* contiene una definizione sintetica destinata ad esplicitare il titolo dell'impiego, con l'indicazione della missione, che spiega a cosa serve e qual è la sua ragion d'essere. Il RIME, che è già alla sua seconda edizione, segna un'evoluzione significativa della gestione delle risorse umane dello Stato verso la considerazione delle competenze e dell'esperienza nella gestione delle carriere e l'organizzazione degli uffici.

Per lo Stato, identificare gli impieghi e le competenze che gli permettono di garantire le sue missioni è diventato una funzione centrale dei responsabili delle risorse umane, che si tratti di realizzare i reclutamenti, di professionalizzare la formazione o di facilitare le mobilità.

²⁰⁵ Cfr. VALLEMONT S., DU MARAIS B., *La Gestion dynamique de la FP : une méthode : rapport du groupe thématique "Gestion prévisionnelle des emplois : outils et structures"*, Commissariat général du Plan, Dicembre 2000, pag. 152.

Per i funzionari, conoscere i mestieri esercitati in seno allo Stato e quali sono le competenze richieste per occupare ciascuno di essi, è indispensabile per progettare il loro avvenire nell'amministrazione pubblica e elaborare un progetto professionale.

In questo senso, il Rime permette di garantire una migliore trasparenza davanti al cittadino su « quello che fanno i funzionari pubblici » e di valorizzare più efficacemente il loro lavoro. I bisogni di competenze dello Stato vengono resi più facili da cogliere per il mercato del lavoro. Il Rime favorisce una gestione dinamica delle risorse umane introducendo, nella gestione delle carriere dei funzionari, il parametro della competenza.

Effettivamente, dal 2006, il contesto ha fortemente pesato sulle pratiche di gestione dei responsabili delle risorse umane, inducendoli a tenere conto, al di là della gestione statutaria delle carriere, della dimensione mestieri e competenze.

Hanno determinato cambiamenti notevoli di contesto fattori come i pensionamenti massivi, l'allungamento delle carriere, la necessità di controllare le spese pubbliche, le maggiori attese dell'utenza rispetto alle performance della PA, i bisogni di reclutamento in certe filiere deficitarie o zone geografiche non attrattive²⁰⁶.

L'evoluzione dei mestieri legata alle tecnologie, ai sistemi di informazione, al management, alle politiche di qualità, alla formazione iniziale e continua.

In queste nuove condizioni, l'elaborazione de repertori dei mestieri o di impieghi deve essere realizzata con precauzione.

Non a caso, in generale i risultati ottenuti non sono all'altezza degli sforzi e dei mezzi, spesso considerevoli, che vengono consacrati in certe amministrazioni.

Può accadere che il personale non si riconosca in classificazioni troppo larghe e troppo lontane dalle loro situazioni di lavoro reale. Raramente i referenziali dei mestieri sono stati utilizzati per la ricerca di nuovo personale, rafforzando l'idea di un esercizio più teorico che pratico²⁰⁷. Inoltre, quando i repertori dei mestieri vengono ripresi negli *statut particulier*, essi possono causare una maggior rigidità nella gestione.

²⁰⁶ Cfr. VALLEMONT S., DU MARAIS B., *La Gestion dynamique de la FP : une méthode*, Rapport du groupe thématique Gestion prévisionnelle des emplois : outils et structures, Commissariat général du Plan, Dicembre 2000, p. 173.

Tuttavia, non bisogna nemmeno sottostimare l'importanza dei repertori dei mestieri, poiché essi sono in ogni caso utili per:

-costruire un'identità professionale che faccia da contrappeso ad un'identità troppo spesso esclusivamente centrata sullo *statut particulier*;

-intraprendere un'azione di GPEEC nelle sue dimensioni quantitative e qualitative.

Non sono gli statuti che permettono di svolgere le missioni di servizio pubblico, ma le descrizioni delle situazioni di lavoro. È dunque su queste che occorre concentrarsi per anticipare i bisogni delle amministrazioni in termini di personale.

Se certi repertori di mestieri non sono utilizzati, è spesso perché questi strumenti sono stati concepiti come un fine in sé, e non come strumenti. Essi non sono adatti ai bisogni perché non si è pensato, al momento della loro elaborazione, a come utilizzarli al meglio. Di conseguenza, a repertori di mestieri sofisticati, occorre piuttosto preferire un'identificazione degli impieghi strategici per l'amministrazione.

²⁰⁷ CHEMLA-LAFAY A., « Professionnaliser la GRH dans la FP de l'État en France, une incantation sans effets réels », *Politiques et management public*, Vol 26/2, pubblicato on-line il 6 maggio 2011, pag. 124 [<http://pmp.revues.org/1432>].

Paragrafo II: il modello manageriale opposto alla logica statutaria .

Il ruolo della gestione delle risorse umane nel lavoro pubblico è in continuo mutamento. L'introduzione del modello manageriale basato sulla GPEEC e sui mestieri ha introdotto nello SG della *fp française* un certo numero di regole che potrebbero comprometterne la coerenza.

Trattandosi di uno strumento al servizio di una politica di gestione del capitale umano dell'amministrazione, la GPEEC utilizza tutti gli strumenti statuari a disposizione della gestione delle risorse umane. In un certo senso, la GPEEC ne costituisce il coronamento.

Lo Stato dispone così di strumenti giuridici per attuarla.

Inizialmente l'esercizio della GPEEC è stato considerato come un affare di specialisti, e percepito come svincolato dai vincoli tecnici e gestionali incontrati dagli uffici. L'obiettivo di una gestione più individualizzata che valorizzi il potenziale di ogni persona suggerisce invece di non opporre gestione per competenze e gestione statutaria. Questo obiettivo esige allo stesso modo di inserire stabilmente la dimensione previsionale nella gestione delle risorse umane. Al contrario, in effetti, è difficile modernizzarne la gestione degli atti: assegnazione, formazione, reclutamento, promozione, remunerazione²⁰⁸.

Proprio per conciliare il concetto di GPEEC, troppo restrittivo, con la gestione statutaria, si è preferito utilizzare il concetto di GPRH.

Questo concetto cambia profondamente l'organizzazione della gestione delle risorse umane, che esce dalla responsabilità esclusiva dei direttori delle risorse umane. Anche i responsabili degli uffici decentrati e di secondo livello sono chiamati a

²⁰⁸ Cfr. *La gestion prévisionnelle des ressources humaines dans les services de l'État*, Guide méthodologique, Ministère du budget, des comptes publics et de la FP, pp. 66 ss.

diventare con il decentramento manageriale (di cui ci siamo occupati nel capitolo precedente e al quale si rinvia) attori importanti della funzione risorse umane.

Per esempio, il reclutamento, quando è professionalizzato, può facilitare l'aggiustamento ai bisogni; la formazione continua è una leva essenziale della GPEEC per adattare le competenze alle missioni. Anche la mobilità e il decentramento sono degli strumenti potenti per l'attuazione concreta della gestione previsionale.

Come si è già avuto modo di sottolineare nel capitolo precedente, nel pubblico impiego italiano, pur in mancanza di una GPEEC consolidata e di una *démarche métiers*, si è comunque pervenuti all'obiettivo di rafforzare il ruolo del dirigente degli uffici decentrati e di secondo livello.

Così, il rafforzamento delle prerogative di gestione del personale in favore della dirigenza è stato esteso all'attività di programmazione del fabbisogno di personale e di dimensionamento dell'assetto degli organici. Ciò implica che il dirigente deve essere coinvolto in tutto ciò che riguarda i contingenti di personale e le politiche di organico: dalle assunzioni flessibili e non, alle politiche delle carriere, alla mobilità ecc. E' in virtù della delega contenuta nell'art. art. 6, comma 2, lett. a), n. 1, l. 15/2009, che le prerogative dirigenziali sono arricchite di questo aspetto relativo alla partecipazione alla determinazione delle risorse e dei profili professionali necessari per lo svolgimento dei compiti istituzionali delle strutture di appartenenza²⁰⁹; a fronte di ciò viene introdotto, a carico del dirigente, un obbligo di rilevare la presenza di eccedenze di personale negli uffici di propria competenza, la cui violazione è valutabile ai fini della responsabilità per danno erariale²¹⁰; si tratta di un obbligo il cui effettivo rispetto da parte della dirigenza appare poco probabile, non solo per l'obiettiva difficoltà di accertamento della sua violazione, ma anche per la resistenza

²⁰⁹ Cfr. artt. 16, comma 1, lett. *a-bis*) "propongono le risorse e i profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti dell'ufficio cui sono preposti anche al fine dell'elaborazione del documento di programmazione triennale del fabbisogno di personale di cui all'art. 6, comma 4" e *l-bis*) "concorrono alla definizione di misure idonee a prevenire e contrastare i fenomeni di corruzione e controllarne il rispetto da parte dei dipendenti dell'ufficio cui sono preposti", e 17, comma 1, lett. *d-bis*) "concorrono all'individuazione delle risorse e dei profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti dell'ufficio cui sono preposti anche al fine dell'elaborazione del documento di programmazione triennale del fabbisogno di personale di cui all'art. 6, comma 4) ed e) "provvedono alla gestione del personale e delle risorse finanziarie e strumentali assegnate ai propri uffici, anche ai sensi di quanto previsto all'articolo 16, comma 1, lett. *l-bis*", TUIPI.

²¹⁰ Cfr. art. 33, comma 1-bis (aggiunto dall'art. 50 d. lgs. n. 150/2009), TUIPI.

istintiva che, nel breve periodo, prevedibilmente opporranno i dirigenti, tenuto conto della tradizionale concezione dominante nelle pubbliche amministrazioni, secondo la quale l'autorevolezza di una posizione dirigenziale è legata al numero di dipendenti assegnati alla relativa struttura. A tal proposito sono emersi dubbi circa la possibilità di attribuire al dirigente una prerogativa che si colloca in un'area di rilievo pubblicistico, dal momento che l'individuazione vincolante da parte del dirigente dei profili professionali necessari comporterebbe una conseguente attivazione di procedure concorsuali o di mobilità per soddisfacimento del fabbisogno, con modificazione della dotazione organica e potrebbe incidere sulla competenza esclusiva attribuita alla contrattazione collettiva in materia di inquadramento. Questo caso di tensione tra la disciplina pubblicistica, negoziale e competenze manageriali si è risolto attribuendo al dirigente la sola "proposta dei profili" tra quelli definiti dal contratto collettivo cui spetta determinarli; tale proposta può essere valutata e recepita, se ritenuta congrua, nel documento di programmazione triennale del fabbisogno. La delega invece sembrava prefigurare una possibile interferenza del potere decisionale del dirigente nell'area riservata alla competenza degli atti di macro-organizzazione di cui al comma 1 dell'art. 2 del TUPI e nell'ambito dei quali rientra la determinazione delle dotazioni organiche complessive; tuttavia, in un clima dominato dall'esigenza di controllo della spesa pubblica era molto improbabile immaginare un allentamento dei vincoli relativi alle scelte in ordine alle dotazioni organiche. Indubbiamente l'azione dirigenziale è legata, nel quadro normativo vigente, ai poteri spettanti agli organi di governo di determinare mediante atti organizzativi l'ordinamento degli uffici e la necessità di personale che dipendono dai dirigenti incaricati di funzioni dirigenziali di livello generale, recuperando l'autonomia del dirigente con riferimento a tale ambito. Limiti rilevanti alla sfera dei poteri della dirigenza infatti dipendono proprio dall'intreccio tra l'organizzazione amministrativa e la gestione del personale²¹¹. Sul piano della provvista degli uffici (individuazione qualitativa e quantitativa della risorse umane da destinare alle diverse funzioni e ripartire tra i vari uffici), ai dirigenti dovrebbe essere offerta la possibilità di dotarsi del numero dei dipendenti e delle professionalità adeguati allo svolgimento

²¹¹ Cfr. A. GARILLI, "Profili dell'organizzazione e tutela della professionalità nelle pubbliche amministrazioni", *GDLRI*, 2004, p. 136 ss.

sia dei compiti permanenti che per specifici programmi e obiettivi (le c.d. missioni) di volta in volta individuati; in realtà nell'organizzazione delle strutture che da essi dipendono i dirigenti sono fortemente condizionati dal potere esecutivo che individua le risorse umane, materiali ed economico-finanziarie (art. 4, comma 1, lett. c), l. 15/2009). Con la seconda privatizzazione l'autonomia gestionale del dirigente è stata garantita attraverso il contemperamento tra la configurazione strutturale degli uffici, riservata alle fonti primarie in regime pubblicistico e le determinazioni funzionali degli apparati, che vengono così ricondotte ai poteri di gestione e dunque alla capacità di diritto privato²¹² dall'altro. Così, personale viene sganciato dagli uffici, riconducendo la mobilità dei lavoratori fra le diverse unità amministrative alle norme di diritto privato (art. 2103 c.c.) e lo strumento della pianta organica viene reso più flessibile. Da una parte si riconduce nell'ambito dell'alta organizzazione la determinazione delle "dotazioni organiche complessive" (art. 2, comma 1, TUPI), dall'altra si prevede che la consistenza e le variazioni relativamente al numero e alla distribuzione del personale dei diversi livelli e qualifiche avvengano attraverso atti unilaterali dell'amministrazione, previa informazione delle organizzazioni sindacali rappresentative ove prevista²¹³.

In realtà, un fattore di ritardo legato all'applicazione di pratiche manageriali nelle PA italiana e francese è la situazione generale poco invidiabile della funzione gestione delle risorse umane nelle amministrazioni. C'è una certa disaffezione diffusa per la gestione delle risorse umane. Professionalizzare il personale che si occupa di risorse umane è il punto di partenza di qualsiasi tentativo di gestione individualizzata. Senza una valorizzazione di queste risorse, è inutile avviare qualsiasi discorso di GPEEC²¹⁴ o, in generale, di gestione manageriale.

²¹² Cfr. D'ANTONA M., "Lavoro pubblico e diritto del lavoro, la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassanini», *LPA*, 1998, p. 62.

²¹³ Il sistema della pianta organica era molto rigido poiché prevedeva l'obbligo per ciascuna amministrazione di redigere questo documento che indicava il fabbisogno di personale ripartito tra gli uffici per numero, qualifica e profilo professionale. Cioché ogni assunzione o spostamento del dipendente era subordinato alla vacanza del posto, e non di un posto genericamente disponibile della medesima qualifica, ma di quel posto specifico che si era reso libero in un determinato ufficio. La previsione che imponeva alle amministrazioni l'obbligo di individuare i propri uffici e di definire periodicamente le piante organiche (art. 6 e 30 d. lgs. n. 29/1993) costituiva una indubbia limitazione al potere di gestione del dirigente, tanto maggiore quanto più questa avveniva ad opera di soggetti esterni all'ufficio nel quale egli prestava la sua attività. Cfr. A. GARILLI, "Profili dell'organizzazione e tutela della professionalità nelle pubbliche amministrazioni", *GLDRI*, 2004, p. 38.

È necessario che il personale che si occupa di gestione delle risorse umane abbia solide competenze di tipo manageriale, oltre che di tipo giuridico. Tuttavia, nessun tentativo di valorizzare questa funzione è stato posto in essere.

Purtroppo, tanto nel pubblico impiego italiano come in quello francese, è ancora comune la mentalità secondo la quale le risorse umane siano un settore di lavoro “non tecnico”, dove chiunque può trasferirsi senza problemi di riconversione. Si tratta di un aspetto notevole di differenza col privato, dove la direzione delle risorse umane è ormai unanimemente considerata strategica. Nel pubblico, invece, anche da un punto di vista indennitario i funzionari che vi lavorano sono penalizzati. Non di rado si trasferisce alle risorse umane il personale che non è possibile riconvertire in altro modo.

Per la verità, parte della responsabilità è proprio del personale che lavora alle risorse umane, che non ha evidentemente una grande considerazione della propria funzione e identità professionale. In Francia, per esempio, non ci sono associazioni professionali del personale che lavora alla gestione delle risorse umane. Molti di essi, frustrati per una situazione professionale insoddisfacente e senza prospettive, abbandonano senza rimpianti questo settore per imparare un altro mestiere, inconsapevoli dello spreco di conoscenze e competenze preziose per l'organizzazione. La verità è che la stessa gestione del personale che lavora alle risorse umane è di tipo burocratico - amministrativo e non basata sulle competenze, così i funzionari addetti al personale non hanno alcun interesse ad investire su competenze che l'organizzazione non ritiene strategiche, poco riconosciute e poco valorizzabili in una carriera²¹⁵.

I sindacati non mostrano un atteggiamento favorevole ad una gestione per mestieri, per vari motivi. In Francia ciò accade innanzitutto perché la misurazione della rappresentatività nel pubblico impiego avviene in base ai risultati per l'elezione della CAP che è ancora basata sui *corps*. Inoltre, l'organizzazione sindacale è di tipo accentrato e quindi, per sua natura, poco incline al decentramento amministrativo e

²¹⁵ Cfr. CHEMLA-LAFAY Annie, « Professionnaliser la GRH dans la FP de l'État en France, une incantation sans effets réels », *Politiques et management public*, Vol 26/2, pubblicato on-line il 6 maggio 2011, pag. 130 [<http://pmp.revues.org/1432>].

manageriale. In generale, in entrambi i Paesi oggetto di confronto, le organizzazioni dei lavoratori non guardano di buon occhio una gestione per mestieri poiché delle regole fissate su base egualitaristica sono più garantiste; è quindi necessario un radicale cambiamento della mentalità per accettare il cambiamento.

Al contrario, lo sviluppo del concetto di GPEEC dovrebbe rafforzare il posto delle risorse umane nell'organizzazione e ne sottolinea il valore strategico. Non è un caso, infatti, che la LOLF abbia inteso fare della gestione delle risorse umane una leva della performance dell'amministrazione.

La domanda che adesso ci si pone è se la "nuova" gestione delle risorse umane basata sulla GPEEC e sull'identificazione dei mestieri sia in grado di trasformare realmente il diritto del lavoro pubblico.

Se le logiche del diritto del lavoro pubblico e della gestione delle risorse umane hanno vocazione a completarsi piuttosto che ad opporsi, è innegabile che alcuni aspetti, soprattutto quelli inerenti le restrizioni delle risorse, creano elementi di conflitto.

Infatti, la GPEEC è apparsa ad alcuni come uno strumento di gestione delle risorse umane messo a disposizione di una politica budgetaria di riduzione degli effettivi, il che suscita l'ostilità dei rappresentanti del personale e non incita i dirigenti della gestione del personale al suo sviluppo.

La gestione delle risorse umane può influenzare il diritto del lavoro pubblico inteso in senso tradizionale, integrandosi nel corpo delle regole del diritto.

L'inserimento di pratiche manageriali in testi di legge non rappresenta in sé una novità, dal momento che necessariamente il diritto del lavoro implica la formalizzazione delle regole di gestione del personale.

Questa formalizzazione delle pratiche di gestione fra le regole giuridiche non è necessaria, ma l'inserimento in un testo di legge ne rende vincolante l'applicazione²¹⁶. Ciò nonostante, l'appropriazione di una regola o di un'obbligazione

²¹⁶ MONIOLLE C., « Droit de la FP et gestion des ressources humaines: entre complémentarité et opposition », *AJFP*, 2010, p. 234.

di gestione può portare a divergenze di interpretazione e dunque a pratiche differenti²¹⁷.

Possiamo interrogarci, per esempio, sul come la coppia “mestieri/percorsi guidati”, un nuovo concetto di gestione delle risorse umane, si inserisce nello SG che è caratterizzato dalla nozione di *corps* e di percorsi di carriera già tracciati.

L'identificazione dei mestieri è più precisa sul piano funzionale che su quello dei *corps*. Il mestiere sottolinea la dimensione “del *savoir faire* a scapito di quella del collettivo di appartenenza. Ci si riferisce alla professionalità piuttosto che alla professione”²¹⁸.

La logica dei *corps* di funzionari è legata ai mestieri ma il legame è spesso meno evidente. Certi *corps* rinviano a precise competenze e a determinati mestieri, ma in molti casi le loro missioni sono intese in senso molto ampio. Tuttavia, i vantaggi in termini di flessibilità di una gestione basata su *corps* generici non vanno ignorati. Infatti, l'amministrazione dispone di personale che è potenzialmente in grado di ricoprire tutti gli impieghi del corpo di appartenenza, rendendo possibile il suo adattamento a missioni che variano col tempo. Questo fenomeno si è accentuato ulteriormente in seguito alle fusioni tra *corps*.

Questo fenomeno che è anteriore alla nuova politica delle risorse umane si è accelerato con lo sviluppo dei mestieri nel pubblico impiego

La questione di fondo è la progressiva dissoluzione del legame tra *corps* e l'impiego ricoperto, che ha giustificato la sostituzione del *corps* con i mestieri.

In realtà, infatti, due termini non sono completamente estranei. Dal punto di vista etimologico, il termine di *corps* scaturisce dalle corporazioni di mestieri che gestivano una parte del mondo del lavoro sotto l'antico regime. Tuttavia, il legame tra i *corps*, quadro della gestione del personale, e i *savoir-faire* specifici non ha smesso di indebolirsi, tanto dall'alto che dal basso.

²¹⁷ MONIOLLE C., « Droit de la FP et gestion des ressources humaines: entre complémentarité et opposition », *AJFP*, 2010, p. 234.

²¹⁸ JEANNOT G., « De la gestion prévisionnelle des effectifs, des emplois et des compétences GPEEC aux cadres statutaires : la progressive émergence de la notion de métier », *RFAP*, n° 116, 2005, p. 595.

Così, non è possibile trovare una definizione di *corps* che non sia legata alle caratteristiche statutarie: “i *corps* raggruppano i funzionari soggetti allo stesso *statut particulier* e che hanno vocazione agli stessi gradi”²¹⁹. Ridotto a questa definizione tautologica, il *corps* non offre più i mezzi di effettuare le mediazioni offerte dal mestiere. In un certo senso, la dimensione del legame collettivo, tanto dal punto di vista dell’organizzazione (una categoria di gestione) che dal punto di vista dei funzionari (la base dell’organizzazione sindacale), ha preso il sopravvento sul *savoir faire*.

La diffusione del termine di mestiere deve dunque essere considerata come un mezzo di ripensare il modello della carriera, insito nello *statut*, offrendo degli elementi di riferimento sulle competenze degli individui. Nel momento in cui il termine di carriera è stato progressivamente ridotto alla dimensione della sicurezza dell’impiego, il termine mestiere viene utilizzato per riattivare la dimensione professionale della carriera²²⁰.

Ci si può chiedere a questo punto se il concetto di mestiere è penetrato nel lavoro pubblico al punto da rovesciarne la logica statutaria. Innanzitutto, si osserverà che il termine non appare spesso nei testi di legge, al contrario della letteratura scientifica che l’utilizza abbondantemente. La prudenza su questo termine deve essere compresa nel contesto di una diffidenza relativa dei sindacati davanti a ciò che può sembrare una manomissione del contratto sociale tra l’amministrazione e i suoi funzionari. Le organizzazioni dei lavoratori evocano il rischio di chiusura di un individuo in un settore di attività, mentre l’appartenenza ad un *corps* offre ai suoi componenti la prospettiva di esercitare diversi mestieri nel corso della carriera²²¹.

Nella suddivisione tra il *grade* e l’impiego ricoperto, l’assegnazione ad un *grade* inserisce l’individuo in un contesto fortemente gerarchizzato. I *grades* di uno stesso *corps* sono gerarchizzati, i *corps* sono iscritti nelle grandi categorie A, B e C; infine,

²¹⁹ CE, Ass., 28 giugno 1991, Syndicat national des lycées et collèges force ouvrière, Syndicat national des enseignements techniques et professionnels, p. 264. La sentenza è citata da Marcel Pochard (*in* Conseil d’État, Perspectives pour la FP, *op. cit.*, p. 264), che commenta: « non è possibile essere più ellittici ».

²²⁰ MONIOLLE C., « Droit de la FP et gestion des ressources humaines: entre complémentarité et opposition », *AJFP*, 2010, p. 234.

per un certo numero di *corps*, i sistemi di passerelle per concorso li iscrivono in una catena gerarchizzata di promozione da un *grade* all'altro.

La gerarchizzazione degli *emplois-types* dei referenziali GPEEC è minimamente presente nella maggior parte dei referenziali dei mestieri. Certi referenziali includono una gerarchia di qualità attese dalle persone; alcuni referenziali indicano dei livelli di importanza di una qualità attesa per un dato *emploi-type*; ma in nessun caso questi elementi di gerarchia delle qualità attese permettono di effettuare una classifica generale degli *emplois-types*²²². In modo generale, si può dunque dire che se c'è gerarchia, essa non deriva dalle caratteristiche del posto (competenze richieste o livello di complessità del posto), ma appare indirettamente: attraverso il *grade* richiesto per occuparlo. In altri termini, la gerarchia è esogena al contenuto degli *emplois-types*.

Nel 2003, Marcel Pochard, ex direttore generale della funzione pubblica e uno dei maggiori esperti della materia in Francia, pubblicò una relazione²²³ nella quale già evocava il problema della compatibilità tra lo SG e l'accresciuta attenzione per i mestieri e le competenze. Pochard rimetteva in discussione per la prima volta l'idea secondo la quale lo SG non costituiva un problema nell'approccio della FP a queste tematiche. In effetti, secondo Pochard, "se lo statuto non proibisce le forme di gestione virtuose, esso non impedisce quelle inefficienti, e per certi versi potrebbe essere lo stesso statuto a causarle".

Pochard proponeva di costruire ogni riforma attorno ad un "principio direttivo semplice": "l'organizzazione del pubblico impiego deve permettere, nel rispetto dei suoi valori fondatori e dei principi di base, l'adattamento delle risorse umane alle missioni del servizio pubblico e ai mestieri e qualificazioni professionali che esse implicano". Ritroviamo infatti la coppia missione/mestiere, quest'ultimo sviluppato attorno alla nozione di "accresciuta professionalizzazione"²²⁴,

²²¹ JEANNOT G., « De la gestion prévisionnelle des effectifs, des emplois et des compétences (GPEEC) aux cadres statutaires : la progressive émergence de la notion de « métier » dans la FP d'Etat en France », *RFAP*, 2005/4 n. 116, p. 595-608.

²²² D'altronde non è sulle qualità attese che bisogna fondare una gerarchia tra i posti ma sulla complessità delle mansioni svolte in contemperamento con il livello delle qualificazioni acquisite, come avviene nel privato. In tutti i casi, una gerarchia deve essere fondata su dei dati osservabili e non all'ipotesi di qualità individuali.

²²³ Conseil d'État, Perspectives pour la FP, in *Rapport public 2003*, La documentation française, 2004, p. 229-386.

²²⁴ *Ibid.*, p. 303.

La ricerca di una “accresciuta professionalizzazione” attraversava l’insieme della relazione. Viene sottolineata, ripetutamente, la creazione di “posti a profili” che possono essere occupati solamente da funzionari aventi le attitudini necessarie a proposito delle quali il Consiglio di Stato ha precisato che la loro attribuzione dovrebbe essere fatta secondo una valutazione del capufficio²²⁵

Pochard critica peraltro in modo generale il peso troppo debole dei responsabili degli uffici, che dovrebbero essere più direttamente coinvolti sia dall’adeguamento delle competenze dei funzionari dei loro uffici, sia nella scelta dei loro subordinati. L’ex direttore della FP rimprovera il fatto che, malgrado i regolari richiami del Consiglio di Stato, il “valore professionale” dei funzionari non è oggetto di attenzione né della loro valutazione, né della loro promozione.

Tale problema è comune alla PA italiana, dove molteplici tentativi di valutare il personale si sono rivelati nella maggior parte dei casi un fallimento.

Dietro il RIME e, più largamente, dietro l’apparizione del termine « mestiere », possiamo dunque scorgere il progetto di razionalizzare le funzioni legate al personale e orientare le carriere valorizzando le competenze dei *fonctionnaires*.

Tuttavia, il lavoro da compiere su questa strada è ancora notevole. Infatti, le schede dei mestieri sono troppo poco dettagliate per definire un piano di formazione. Inoltre, se come suggerisce Pochard, il vero scopo questi referenziali dovrebbe essere quello di cogliere le trasformazioni delle missioni o delle tecnologie, far evolvere le competenze disponibili in funzione dell’evoluzione dei problemi di società e delle missioni da intraprendere che rappresentano le vere sfide odierne della *fp*. Questa idea si ritrova in maniera accentuata quando si tratta di gestire delle vere e proprie riconversioni di attività. Le schede mestieri si rivelano ancora inadeguate allo scopo, anche se la pratica amministrativa mostra notevoli progressi in tal senso.

²²⁵ CE, 23 gennaio 2000, *Fédération justice CFDT*, n. 199759.

Si può riscontrare, infatti, un approccio discendente che va dalle missioni ai mestieri necessari per svolgerle. L'obiettivo è quello di tendere "al professionalismo, molto più che alla professione"²²⁶

Il termine mestiere viene utilizzato in posizione mediana per mettere in relazione due entità in movimento: da una parte, il processo di cambiamento delle missioni delle organizzazioni pubbliche; dall'altra, l'evoluzione degli individui nel corso della carriera, con la mobilità e gli apprendimenti di nuove conoscenze. Nello stesso tempo, parlare di mestiere è anche il modo di organizzare l'evoluzione nel tempo delle competenze dei funzionari, sia per trovare delle alternative in caso di trasformazione delle missioni (e per facilitare la mobilità) e per fondare le linee di una progressione e di una riconoscenza di questa progressione.

Ma esso è soprattutto un modo per motivare il personale. Come suggeriva Michel Croizier già vent'anni fa²²⁷, non si è orgogliosi di essere impiegati pubblici, ma di svolgere il mestiere che si svolge. Fare bene il proprio lavoro, essere riconosciuti come tali è una delle aspettative più forti degli impiegati pubblici, ma certamente una gestione egualitaria basata sullo *statut* non risponde a questa necessità.

A questo proposito, il paragone con la FPT è particolarmente chiarificatore: più recente e più moderna, essa ha già posto in essere la fusione dei *corps* e pertanto non è viziata dal vincolo di appartenenza ministeriale che contraddistingue il personale della FPE. La FPT si è vista attribuire, con la decentralizzazione, nuove competenze. I profili del personale esistente si moltiplicano e, dati i vincoli di budget che impediscono di procedere a nuovi reclutamenti, l'adattabilità del personale diventa una necessità; appaiono quindi nuove pratiche e nuove tendenze nella GRH. Essa è molto più flessibile, poiché basata sulle competenze; la funzione GRH è essa stessa più professionalizzata, valorizzata e riconosciuta, con percorsi di formazione ad hoc. Ciò accade poiché ogni funzionario territoriale ha interesse ad essere ben gestito, a detenere un portafoglio di competenze, ad essere consigliato per la sua mobilità, ad essere guidato nelle sue scelte d'orientamento e nei suoi cambiamenti di mestiere.

²²⁶ Cfr. VALLEMONT S., DU MARAIS B., *La Gestion dynamique de la FP : une méthode*, Rapport du groupe thématique Gestion prévisionnelle des emplois : outils et structures, Commissariat général du Plan, Dicembre 2000, p. 152.

I funzionari hanno una lunga carriera davanti a sé, nella la demotivazione è un elemento ineluttabile; ci sono mestieri usuranti che non possono essere eseguiti fino all'età della pensione. Ecco perché molti enti locali si sono impegnati nel comprendere i bisogni del personale e valutare la loro capacità di evolvere. È qui che la GPEEC dimostra tutta la sua utilità, una gestione anticipativa e preventiva finalizzata a definire i percorsi del personale con i relativi obiettivi da raggiungere, tutto ciò collegato con il colloquio professionale di valutazione. La nozione di mestiere ha potuto, negli ultimi anni, acquisire sempre più importanza. La vastità dei campi di intervento richiede sempre maggiori profili di esperto. Ciò spiega come mai ci siano oggi meno funzionari generalisti e sempre più esperti suscettibili di trattare argomenti ad alta complessità tecnica. La FPT, pur organizzata nel sistema di carriera che prevede comunque *corps, grades et statuts*, è riuscita a conciliarla con il bisogno di nuove competenze, adattando la formazione del personale già in organico o quella dei nuovi assunti a mestieri specifici. Contro il rischio di chiusura dei funzionari nel loro mestiere, con il pericolo di un blocco professionale, l'idea è di reclutare per competenze ma allo stesso tempo con un occhio attento alle prospettive di evoluzione che si possono offrire al funzionario successivamente²²⁸

D'altronde, è solo con la diminuzione del perso dei *corps* e con la possibilità di gestire realmente percorsi individualizzati che può svilupparsi una GRH competente. Peraltro, l'idea di una gestione della FP per grandi filiere interministeriali è stata proposta nel 2003 dal Consiglio di Stato nel *rapport Pochard* di cui si è parlato in precedenza. Tale idea è stata ripresa nel 2008 nel *rapport Silicani*.

Occorre quindi proseguire nel percorso seguito dalla FPT, con riguardo sia alla struttura organizzativa per *corps* che alla valorizzazione della funzione RH. Senza quest'ultimo passaggio, tutte le altre fasi rischiano di restare lettera morta.

²²⁷ CROZIER M., *État modeste, État moderne, Stratégies pour un autre changement*, Fayard, 1987, p. 279.

²²⁸ « La gestion des Ressources Humaines dans les Collectivités Territoriales », *Revue des Pouvoirs Locaux*, n. 89, Giugno 2011.

Le relazioni tra gestione delle risorse umane e diritto del lavoro pubblico sono chiamate ad arricchirsi e a rinforzarsi nei prossimi anni. Occorre sperare che i cambiamenti si facciano progressivamente e non perdano di vista i vantaggi che offre lo statuto della *fp*.

Sezione II: il doppio incrocio diritto pubblico/diritto privato,

Paragrafo I: l'introduzione di strumenti di gestione di tipo privatistico.

Tanto in Italia, come in Francia, le riforme recenti che lambiscono il lavoro pubblico sono caratterizzate da un'armonizzazione con il lavoro privato. Davanti a questi riavvicinamenti voluti dal legislatore, sembra uscire un'ibridazione di queste branche del diritto; alcune tecniche giuridiche vengono trasposte da un campo verso l'altro²²⁹.

Per molto tempo in Italia il rapporto di lavoro pubblico si è differenziato da quello privato in termini di disciplina e di fonti²³⁰. Il processo di tendenziale omogeneizzazione tra le due discipline diventa realtà con la prima privatizzazione del '92. Tra i fattori che hanno contribuito in questa direzione meritano di essere segnalati:

- a) il mutamento del ruolo politico e sociale delle pubbliche amministrazioni che, in quanto garanti ed erogatrici di servizi sociali, vedono ridimensionata la loro posizione di supremazia giuridica; la relazione tra utente e amministrazione²³¹ diventa "negoziale", con importanti conseguenze sullo *status* di dipendente pubblico²³²;
- b) il riconoscimento del ruolo del sindacato e, quindi, della contrattazione collettiva²³³;
- c) le esigenze di razionalizzazione delle risorse economiche pubbliche²³⁴.

²²⁹ MARC E. e STRUILLOU Y., « Droit du travail et droit de la FP: des influences réciproques à l'émergence d'un droit de l'activité professionnelle », *RFDA*, 2011, p. 1169 ; STRUILLOU Y., « Le droit du travail horizon indépassable du droit de la FP ? », *AJDA* 2011, p. 2399.

²³⁰ Parla di "subalternità giuridica nei confronti di un potere pubblico preposto a perseguire interessi generali" riferita alla condizione del lavoratore pubblico e di "subordinazione ad un potere privato organizzato per perseguire prioritariamente un interesse proprio" riferita alla condizione del lavoratore privato, C. RUSSO, *Il rapporto di lavoro pubblico*, 2008, p. 11

²³¹ Prospettiva radicata sul piano legislativo dalla legge 241/90 contenente "nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi" e sul piano giurisprudenziale dalla sentenza della Corte di Cassazione a sezioni unite, 22 luglio 1999, n. 500.

²³² Parla di "ripensamento della posizione delle amministrazioni in uno Stato industriale avanzato" e di uno "Stato che ha accentuato il carattere ... di attività terziaria ..." M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, 1979, p. 291 [http://ec.europa.eu/dgs/translation/rei///documenti/gruppi/rapporto_giannini_1979.pdf, consultazione del 16 aprile 2013].

²³³ M. RUSCIANO, "Giannini e il pubblico impiego", *RTDPub*, F. 4, 2000, p.1119, osserva come il processo di avvicinamento tra rapporto di pubblico impiego e rapporto di lavoro privato "subisce una notevole accelerazione, anche per la forte pressione delle più importanti confederazioni sindacali, le quali, forti del sostegno ottenuto dal legislatore nel settore privato (in particolare con lo statuto dei lavoratori e con lo sviluppo di un moderno sistema di relazioni industriali, del quale

Con la previsione per cui i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa (art. 2, comma 2, TUPI), si trasferisce la disciplina del lavoro pubblico nell'area del diritto privato.

La privatizzazione del pubblico impiego ammette comunque eccezioni; infatti, alcune categorie di lavoratori pubblici, in parte per il ruolo chiave da essi ricoperto, in parte per la loro resistenza corporativa, sono state escluse. Queste categorie sono: magistrati ordinari, amministrativi e contabili, avvocati e procuratori dello Stato, il personale militare e delle Forze di polizia di Stato, il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia, professori e i ricercatori (art.3, commi 1 e 2, TUPI).

Inoltre, il legislatore ha stabilito che i rapporti di lavoro “sono regolati contrattualmente” sia sul piano individuale che sul piano collettivo (art. 2, comma 3, TUPI). Pertanto, l'autonomia privata è diventata fonte regolatrice, mentre in precedenza le fonti di disciplina dei rapporti avevano carattere unilaterale.

Le conseguenze della “trasformazione” del rapporto di pubblico impiego” da pubblico a privato sono state:

- 1) gli atti di gestione del rapporto di lavoro (tutte le misure inerenti all'organizzazione e alla gestione dei rapporti) perdono il carattere di provvedimenti e presentano la loro vera natura di atti negoziali, adottati dall'amministrazione “con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro”²³⁵ (potere di organizzazione, art. 5, comma 2, TUPI);
- 2) le controversie che nascono dal rapporto di lavoro tra amministrazioni pubbliche e dipendenti, nonché quelle tra amministrazioni e sindacati, non rientrano più nella competenza esclusiva del giudice amministrativo ma in quella del giudice ordinario, quale giudice del lavoro (art. 63, comma 1, TUPI

sono protagonisti) pongono con decisione il problema della riforma strutturale delle amministrazioni pubbliche per la modernizzazione del paese e chiedono di concertarne, e persino di negoziarne, i contenuti essenziali con il governo”.

²³⁴ Il motivo determinante e condizionante della prima privatizzazione è il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica; il d. lgs. n. 29/1993 viene infatti emanato sotto la pressione di una crisi finanziaria di notevole portata.

²³⁵ Sul senso di questa affermazione si veda CLARICH M. e IARIA D., *La riforma del pubblico impiego – Commento ai d. lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, 18 novembre 1993, n. 470, 23 dicembre 1993, n. 546*, Rimini, 1993, p. 99 e ss.

- ss.), in coerenza con la natura contrattuale del rapporto d'impiego; conseguentemente, si amplia la sfera dei diritti soggettivi dei dipendenti e gli atti di gestione del personale assumono carattere negoziale;
- 3) oltre che dal codice civile e dalle leggi sul lavoro nell'impresa (art. 40, comma 1, TUIPI), i rapporti di pubblico impiego sono regolati dai contratti collettivi, che vengono stipulati dall'apposita agenzia per la rappresentanza negoziale delle amministrazioni (Aran) e dalle organizzazioni sindacali aventi i requisiti di legge;
 - 4) la disciplina della dirigenza pubblica – a partire dall'accesso fino all'espletamento delle funzioni e all'assunzione di responsabilità – è ispirata a criteri di gestione aziendale degli apparati pubblici (Capo II, TUIPI);
 - 5) sono previsti nuovi meccanismi di controllo della spesa (Titolo V, art. 58 e ss., TUIPI), anch'essi di ispirazione aziendalistica, con particolare riguardo alla rilevazione del costo del lavoro e ad eventuali interventi correttivi del costo del personale;
 - 6) vengono tenute distinte le funzioni di indirizzo e di controllo politico-amministrativo, spettanti agli organi politici, dalle funzioni di gestione, spettanti alla dirigenza (art. 4, TUIPI); infatti gli apparati amministrativi erano il più delle volte “strutture al servizio” di organi politici, con continue infiltrazioni e invadenze da parte di quest'ultimi.

Pertanto, la riforma non si esaurisce nella privatizzazione dei rapporti di lavoro, ma è premessa per l'attivazione di quei circuiti di responsabilità²³⁶ funzionali al perseguimento del fine dichiarato di accrescere l'efficienza della PA²³⁷: a) quello delle pubbliche amministrazioni nei confronti degli utenti; b) quello dei rapporti tra politica e amministrazione; c) quello che vede la dirigenza impegnata a rispondere per il raggiungimento degli obiettivi prefissati, dotata di maggiore autonomia e messa nelle condizioni di attuare una gestione più flessibile del personale, mediante l'adozione del modello privatistico.

²³⁶ Si veda F. LISO, “La privatizzazione dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni”, *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, 2004, Giuffrè, Vol. III, Parte III, 2004, p. 2693.

Nel corso di questa trattazione si focalizzerà l'attenzione sulla disciplina ad oggi vigente, che ha tuttavia conosciuto diversi cambiamenti nel corso degli anni.

Una prima versione della privatizzazione prevedeva una distinzione decisamente aleatoria tra poteri di gestione dell'organizzazione, mantenuti integralmente nell'area pubblicistica, e quelli di gestione dei rapporti di lavoro, collocati nell'ambito del diritto privato: la cultura amministrativistica, dove il concetto di organizzazione è inteso in senso molto ampio, induceva infatti a ricomprendere questi ultimi nell'ambito dei primi. In seguito, il legislatore ha esteso la privatizzazione, una volta ristretta alla sola gestione del personale, anche poteri di gestione dell'organizzazione, restringendo la tradizionale area pubblicistica ai rami alti dell'organizzazione (art. 2, comma 1, TUPI)²³⁸, con una la parte relativa alla microrganizzazione che diventa privata e la macrorganizzazione che resta pubblica²³⁹. Così, viene superato il problema della definizione di una linea di demarcazione tra poteri di gestione del rapporto e poteri di gestione dell'organizzazione: nell'esercizio di questo potere l'amministrazione non solo agisce con il diritto privato, ma si pone come soggetto di diritto privato²⁴⁰. Tuttavia, è nato il problema di individuare la linea di demarcazione

²³⁷ Parla tuttavia di "finalità dichiarate della privatizzazionestrumentalizzate per il perseguimento della finalità non dichiarata di privatizzare il rapporto di lavoro di pubblico impiego quale premessa per la sindacalizzazione del medesimo rapporto" A. PILEGGI, "Efficienza della PA e Diritto del Lavoro", Aracne, Roma, 2004, p. 30.

²³⁸ L'art. 2, comma 1 del d. lgs. 29/93 (novellato dall'art. 2 del d. lgs. 80/1998) stabilisce infatti che "Le amministrazioni pubbliche definiscono, secondo principi generali fissati da disposizioni di legge e, sulla base dei medesimi, mediante atti organizzativi secondo i rispettivi ordinamenti, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza; determinano le dotazioni organiche complessive". Si da atto così della separazione tra la "configurazione strutturale degli apparatie le determinazioni riguardanti il funzionamento degli uffici che saranno assunte dai dirigenti responsabili della gestione con la capacità di diritto privato entro lo spazio adeguato che la configurazione organizzativa stabilita mediante fonti unilaterali dovrà lasciare alla loro responsabilità". Cfr. D'ANTONA M., Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle leggi Bassanini, in CARUSO e SCIARRA (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, MILANO, 1998, p. 257.

²³⁹ In questo senso anche la Corte Cost. n. 309/1997, per cui "l'organizzazione debba essere conservata pubblica limitatamente al suo nucleo essenziale".

²⁴⁰ Mentre nel diritto del lavoro la disciplina del rapporto di lavoro è volta a tutelare il lavoratore quale contraente debole e l'attenzione viene posta sull'equilibrio dello scambio tra prestazione di lavoro e trattamento corrispettivo, rimanendo il momento dell'organizzazione esterno all'economia del programma negoziale (il contratto di lavoro è uno degli strumenti che consentono all'imprenditore di svolgere un'attività produttiva), nel diritto amministrativo il rapporto di lavoro è elemento costitutivo di un'organizzazione predisposta al perseguimento di un fine pubblico e la disciplina dei suoi contenuti forma un tutt'uno con la disciplina dell'organizzazione e dell'attività amministrativa in generale, venendo le posizioni d'interesse del lavoratore non tutelate in via diretta, ma in via occasionale e riflessa rispetto all'interesse pubblico, nella forma dell'interesse legittimo. La disciplina del rapporto di pubblico impiego viene concepita come funzionale ai caratteri e alle esigenze della PA tra cui il perseguimento delle finalità per le quali è stata predisposta (interesse pubblico al buon andamento ed alla imparzialità della p.a.). In questo senso la Corte Cost. 5 maggio 1980, n. 68, in F. I. 1980, I, p. 1553 ss.: "I principi enunciati nell'art. 97 non riguardano esclusivamente l'organizzazione interna dei pubblici uffici ma si estendono alla disciplina del pubblico impiego in quanto possa influire sull'andamento dell'amministrazione la disciplina del rapporto

tra livello macro e micro dell'organizzazione. In sostanza, la realizzazione dell'interesse pubblico viene garantita in via indiretta facendo affidamento sulla strutturale flessibilità consentita dalla strumentazione privatistica, opportunamente adeguata con disposizioni e limiti di vario genere al fine di consentire un equilibrato dosaggio di fonti regolatrici²⁴¹.

Un importante intervento finalizzato a sollecitare dinamiche organizzative di natura privatistica si concretizza nel riassetto della dirigenza, fornita di poteri direttivi e disciplinari, autonoma rispetto al vertice politico, sottoposta interamente alla disciplina privatistica, strutturata secondo una logica funzionale e non solo gerarchica, garantita secondo una distinzione tra stabilità del rapporto e variabilità dell'incarico, responsabilizzata in relazione al risultato complessivo. L'elemento innovativo rilevante della "seconda privatizzazione" sta nell'aver qualificato in termini privatistici la natura dei poteri esercitati dal datore di lavoro pubblico²⁴², quale condizione necessaria per l'effettiva responsabilizzazione della dirigenza in ordine al raggiungimento dei risultati. Viene così affidato al circuito di responsabilità che lega la dirigenza alle istanze superiori il compito di garantire quel "buon andamento" e le esigenze di controllo dell'amministrazione sancite dall'art. 97 della Costituzione²⁴³. Peraltro, la riforma ha previsto per i dirigenti l'introduzione di remunerazioni flessibili, adeguate al livello di performance. Ne consegue un'esaltazione del ruolo dirigenziale, dal momento che lo scopo della privatizzazione è quello di rendere più intensa la posizione di supremazia del datore di lavoro pubblico²⁴⁴ e non di indebolirla, come si potrebbe pensare.

di lavoro è pur sempre strumentale, mediamente o immediatamente, rispetto alle finalità istituzionali assegnate agli uffici in cui si articola la P.A."

²⁴¹ Di equilibrato dosaggio tra fonti parla la Corte Cost. sentenza 313/1996, evidenziando da un lato l'utilità del contratto come strumento e dall'altro ribadendo l'importanza della legge al fine di fissare in maniera certa i compiti e gli obiettivi assegnati alla P.A.

²⁴² Per alcune considerazioni sull'impossibilità di assimilare totalmente le amministrazioni pubbliche alla figura del privato imprenditore a seguito di tale riconoscimento si veda S. LIEBMAN, "La disciplina delle mansioni nel lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni", *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Giuffrè, VOL. III PARTE III, 2004, p. 2661.

²⁴³ Con questo modello il buon andamento costituisce non più un criterio prescritto ma il risultato atteso dell'azione della dirigenza a cui spetta il compito di "funzionalizzare le energie lavorative la raggiungimento delle finalità istituzionali della P.A." (Corte Cost. sentenza 309/1997).

²⁴⁴ Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, "Fonti normative e regime giuridico del rapporto di impiego con enti pubblici", *D.L.R.I.*, 1993, p. 472.

Tuttavia, alcuni temono che la privatizzazione del diritto del lavoro pubblico comporti un mancato riconoscimento della sua specificità. Una parte della dottrina²⁴⁵ francese ha inteso distinguere la *travaillisation* (si tenga conto che in Francia il lavoro privato si chiama *droit du travail*) del lavoro pubblico, ovvero il fenomeno di interazione fisiologica tra diritto del lavoro pubblico e privato, dalla vera e propria *privatisation*, intesa come la volontà di snaturare i principi fondatori del lavoro pubblico, di negarne le specificità e di ridurne le dimensioni. Tuttavia, le divergenze restano: su tutte quella secondo la quale il funzionario è nominato su atto unilaterale, mentre il lavoratore del settore privato è reclutato su contratto.

I due diritti hanno in comune di istituire una relazione tra lavoratore e datore di lavoro, un rapporto d'impiego. Si crea così una terza entità, il rapporto di lavoro, che non rientra nella totale disponibilità di nessuna delle parti e che in qualche modo si impone sulle parti stesse²⁴⁶. La particolarità del rapporto di lavoro è di essere costruito sulla prevalenza di uno dei contraenti (il datore di lavoro) sull'altro (il lavoratore), per dirigere e organizzare l'attività di quest'ultimo.

In linea teorica la differenza più grande tra il diritto del pubblico impiego italiano e il *droit des fonctions publiques* francese sarebbe proprio l'opposizione tra il contratto e l'atto unilaterale. Tuttavia, a ben vedere questa grande differenza va circoscritta al piano formale.

Certamente il reclutamento di un impiegato è soggetto al principio costituzionale del concorso pubblico, tanto in Italia, quanto in Francia²⁴⁷. Qui l'assunzione mediante atto unilaterale impedisce qualsiasi tipo di negoziazione delle condizioni di lavoro. Tuttavia, in Italia, nonostante l'utilizzo della forma contrattuale, non ci sono sostanziali differenze. Infatti, la fissazione del trattamento economico "esclusivamente mediante contratti collettivi" (art. 2, comma 3, TUIP), il rinvio dei contratti individuali alla contrattazione per quanto concerne la parte normativa (art.40, comma 1, TUIP) e la parità di trattamento contrattuale (art.45, comma 2,

²⁴⁵ TOUZEIL-DIVINA M., « "travaillisation" ou "privatisation" des fonctions publiques », *AJFP*, 2010, p. 228 ; AUBIN E., « De nouveaux droits pour les fonctionnaires ? », *AJDA*, 2011, p. 2406.

²⁴⁶ SWEENEY M., « La notion d'emploi, a croisement des droits du travail et des fonctions publiques », in TOUZEIL-DIVINA M. e SWEENEY M., *Droits du travail et des fonctions publiques : Unités du droit ?*. L'Épilogue-Lextenso, 2012, p. 205.

²⁴⁷ La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, art.6, dice: "Tutti i cittadini essendo uguali davanti alla legge sono ugualmente ammissibili a tutte le dignità, posti ed impieghi pubblici secondo le loro capacità, e senza altra distinzione che quella

TUPI) che la PA deve garantire ai dipendenti, fa sì che a parità di inquadramento debba corrispondere lo stesso trattamento economico e normativo, per quanto concerne la retribuzione base. Gli spazi per la negoziazione individuale sono quindi molto limitati, ad eccezione per gli alti funzionari, specie se assunti dall'esterno, per i quali determinati vantaggi finanziari possono essere accordati individualmente.

Allo stesso tempo, nella FP francese è frequente il ricorso al reclutamento mediante contratto a tempo determinato, o indeterminato (ma sempre di diritto pubblico)²⁴⁸ o mediante ricorso a somministrazione di lavoro da parte di un'agenzia di lavoro temporaneo. Inoltre, per la FPT vale la regola per cui gli enti locali hanno la possibilità di scegliere i lavoratori da assumere attingendo dalla lista degli idonei al concorso. Infatti, classificarsi in una graduatoria dei vincitori di un concorso per la FPT non è garanzia di accesso al pubblico impiego poiché l'amministrazione, dopo aver svolto il concorso secondo le regole basate sull'egualitarismo, può compiere una propria valutazione discrezionale basata sulle caratteristiche del candidato.

È evidente quindi che non solo tra la PA italiana e quella francese la differenza sostanziale riguarda l'aspetto meramente formale, ma la FP francese, pur basata sul diritto pubblico, presenta elementi di individualismo e personalizzazione del rapporto che la rendono molto più vicina al lavoro privato rispetto al pubblico impiego italiano²⁴⁹.

Nel settore privato, sia in Francia che in Italia, le parti sono libere di stabilire il contenuto della relazione di lavoro, ma sempre nel solco tracciato dalla contrattazione collettiva di settore. In sostanza le parti possono negoziare solamente la retribuzione, nel rispetto dei minimi contrattuali stabiliti dalla negoziazione in Italia o dal governo in Francia, dove esiste una legislazione sul salario minimo. Il potere contrattuale del lavoratore è tanto più alto quanto elevate sono le sue competenze. In sostanza, la

della loro virtù e dei loro talenti". La Costituzione italiana prevede, all'art. 97, che "Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge.

²⁴⁸ La possibilità di stipulare contratti a tempo indeterminato (CDI) è stata criticata in dottrina, non solamente perché non erano « imposti » dal diritto comunitario, ma soprattutto perché i CDI egli inducevano, fra il personale, la creazione di un « quasi-statuto » di « funzionari di secondo rango » : si veda in questo senso l'opinione autorizzata da POCHARD, "Il gran ritorno dei contratti a durata indeterminata nella FP", *AJDA*, 2005, 401 e la fonte normative: legge n° 2005-843 del 26 luglio 2005 (art. 19.II).

²⁴⁹ WOŁOKOW J., « Fonctionnaires et salariés : différences, convergences », *AJFP*, p. 172, 2010.

differenza tra pubblico e privato si riduce alla parità di trattamento del personale. Nella PA francese, accade spesso che i *cadres supérieurs* (i dirigenti apicali) e il personale tecnico detentore di competenze ricercate possano negoziare dei vantaggi talvolta sostanziali al momento della loro assunzione, effettuata mediante procedure di diritto privato. Salvo che per gli alti funzionari, ciò non accade in Italia.

Peraltro, della possibilità di negoziare le condizioni contrattuali non godono tutti i dipendenti del settore privato; in Francia, per esempio, diverse disposizioni legislative stabiliscono procedure di reclutamento anonime o impieghi riservati.

Condizioni di lavoro. Così come il superamento di un concorso pubblico provoca l'instaurazione di un rapporto di lavoro di lunga durata, così nel settore privato "il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro" (per l'Italia, lo stabilisce il d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, art.1, comma 01). In entrambi i casi, il datore di lavoro organizza e dirige il lavoro altrui. I diritti fondamentali riconosciuti al lavoratore servono a stabilire un equilibrio tra il riconoscimento del potere direttivo al datore di lavoro e la tutela del lavoratore contro gli eventuali eccessi del suo superiore. Le tipologie di garanzie riconosciute al lavoratore sono inerenti la remunerazione o la protezione sociale.

Nell'ordinamento italiano il tipo di prestazione lavorativa esigibile dal lavoratore pubblico è determinata dal suo inquadramento contrattuale, esattamente come nell'impiego privato, mentre nella *fp française* è da elementi come il *grade*, l'*echelon* e il *cadre d'emploi*, stabiliti nell'atto unilaterale di assunzione in base al concorso, che dipendono la retribuzione e il livello della prestazione lavorativa richiesta.

L'orario di lavoro di un impiegato pubblico italiano, stabilito dalla contrattazione, è di 36 ore settimanali, a differenza del settore privato dove l'orario normale è mediamente di 40 ore. In Francia è ancora vigente la legge sulle 35 ore settimanali, valida sia per il pubblico che nel privato, anche se le molteplici deroghe introdotte dal legislatore hanno di fatto disapplicato la legge nel privato.

Il potere contrattuale delle parti. Il funzionario francese non ha la stessa capacità di opporsi al datore di lavoro rispetto ad un dipendente privato. I cambiamenti di *statut* (di fonte legale o regolamentare) possono essere imposti senza che egli possa manifestare

dissenso. Tuttavia, questi cambiamenti vengono discussi preliminarmente in sede di negoziazione collettiva nelle differenti istanze e ai diversi livelli previsti²⁵⁰. Nel pubblico impiego italiano la contrattazione collettiva agisce nelle materie affidategli dalla legge e può derogarla solo se questa lo consente (art. 2, comma 2, TUPI). Pertanto, gli istituti del rapporto di lavoro regolati per legge possono essere modificati unilateralmente, senza la consultazione del sindacato. Tenuto conto che la terza privatizzazione del pubblico impiego ha rilegificato importanti materie quali sanzioni disciplinari, mobilità, valutazioni delle prestazioni, progressioni economiche, una parte essenziale del rapporto di lavoro è saldamente nelle mani della parte datoriale²⁵¹.

Diversamente, gli altri istituti disciplinati del contratto possono essere modificati solo mediante un accordo unilaterale delle parti. Tuttavia, in materia di contrattazione integrativa, una norma prevede che “qualora non si raggiunga l'accordo per la stipulazione di un contratto collettivo integrativo, l'amministrazione interessata può provvedere, in via provvisoria, sulle materie oggetto del mancato accordo, fino alla successiva sottoscrizione” (art.40, art. 3 *ter.* TUPI). Si tratta di una forte forma di pressione sulla parte sindacale, posto che un nuovo accordo viene stipulato solamente se c'è il consenso della parte datoriale e questa può non aver alcun interesse a stipularlo, avvalendosi del potere di decidere unilateralmente.

La disciplina del mutamento di mansioni costituisce un esempio evidente di come la disciplina del settore privato non sia direttamente applicabile al pubblico. Infatti, nel privato l'esercizio di fatto di mansioni superiori diventa definitivo dopo tre mesi (art. 13, Statuto dei lavoratori), mentre nel pubblico tale fattispecie è limitata a casi predeterminati e in ogni caso l'assegnazione non dà in nessun caso accesso alla qualifica superiore corrispondente alle mansioni di fatto esercitate (art. 52, TUPI).

Peraltro in Francia, la giurisprudenza, riconoscendo determinati diritti ai funzionari pubblici, permette di mettere in discussione certe pratiche dell'amministrazione. Così

²⁵⁰ SWEENEY M., « Droit du travail et des fonctions publiques: vers une hybridation? », *Lamy collectivités territoriales*, luglio/août 2012, p. 79.

²⁵¹ PISANI C., “La vera novità sistemica della riforma Brunetta: il ridimensionamento dell'autonomia collettiva”, *Massimario di Giurisprudenza del lavoro*, 2010, n°3, 143-148.

il giudice amministrativo, riconoscendo i principi generali del diritto, effettua spesso un'interpretazione amplificatrice delle regole, legali o giurisprudenziali, esistenti nel diritto privato del lavoro²⁵². Ciò accentua una certa convergenza tra i diritti dei lavoratori pubblici e quelli privati. Tuttavia, se questi riavvicinamenti tra diritto del lavoro pubblico e privato sono percepibili, una differenza essenziale resta, ovvero che a parità di diritti l'attuazione non è necessariamente la stessa, a causa della diversa natura del datore di lavoro. Così, il datore di lavoro privato per recare pregiudizio ai diritti e alle libertà dell'impiegato deve dimostrare la sussistenza di un suo interesse, e questo deve essere proporzionato al necessario. Si deve trattare delle necessità organizzative dell'impresa²⁵³, mentre nel diritto del lavoro pubblico, i diritti e le libertà fondamentali dei funzionari sono confrontati all'interesse generale. Pertanto, la compressione alla libertà del *fonctionnaire* è consentita in misura molto più vasta che nel privato. È quindi l'interesse rappresentato dal datore di lavoro a determinare differenze nei diritti spettanti ai funzionari.

Elementi di *privatisation* nella fp française. Altri elementi caratterizzanti la privatizzazione delle pubbliche funzioni in Francia sono l'apparizione dello strumento contrattuale e persino delle forme di lavoro interinale e l'apertura alla possibilità che i dipendenti pubblici possano cumulare altri impieghi.

Il rapporto annuale sullo stato della FP mostra che il ricorso al personale assunto su contratto è continuamente aumentato²⁵⁴. In dieci anni il numero di personale assunto su contratto nella FPE è passato dal 14 al 16% del totale, con un aumento del 2,6% per anno. Il fenomeno è ancor più accentuato nella FPT, la più vicina al settore privato, dove la percentuali degli assunti su contratto sul totale si eleva al 21%. Per la verità il fenomeno della contrattualizzazione è sempre esistito ma raggiunte queste dimensioni esso compromette l'idea stessa di uno *statut general* e di *fonctionnaires* collocati in una posizione legale e regolamentare rispetto all'amministrazione.

²⁵² MEKHANTAR J., "Les principes généraux du droit du travail dans les fonctions publiques", *AJFP*, 2000, p.21 ; per esempio la giurisprudenza ha obbligato l'amministrazione a retribuire almeno allo SMIC gli impiegati pubblici non titolari che lavorano negli enti locali, CE, 2 ottobre 2002, n° 227868, concl. Piveteau, *AJDA*, 2002, p. 1294.

²⁵³ CE, 1° febbraio 1980, n° 06361, *Sté pintures Corona*, concl. Bacquet, *Dr.Soc.*, 1980, p.310.

²⁵⁴ *Rapport annuel sur l'état de la FP, faits et chiffres*, DGAFP, 25 ottobre 2012 [<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/124000678-rapport-annuel-sur-l-etat-de-la-fonction-publique-2010-2011-politiques-et-pratiques-de>, consultazione del 16 aprile 2013].

Non si può far finta di non vedere nel ricorso al contratto non semplicemente una forma come un'altra di reclutamento, ma una diminuzione di titolari a profitto di un aumento massimo di precari (legge 3 agosto 2009 sulla mobilità, art.20).

Allo stesso tempo, non si può non collegare questo fenomeno con la possibilità, o addirittura l'incitazione a cumulare altri impieghi oltre a quello pubblico, nascosto dietro al diritto alla mobilità. Così, si prevede (articolo 20 della legge del 20 febbraio 2007) la possibilità di cumulare attività pubbliche e private, come pure un'uscita incentivata del dipendente pubblico per creare un'attività imprenditoriale autonoma.

Il legislatore ha previsto addirittura che un impiegato pubblico possa cumulare due impieghi pubblici a tempo parziale (legge 3 agosto 2009 sulla mobilità del 2009, articolo 14), anche se relativi a due attività tra loro non connesse. Ciò rende il cumulo utile all'amministrazione per ridurre i nuovi reclutamenti, e per il funzionario per aumentare la sua retribuzione.

Altro fenomeno di stampo privatistico è l'eccezione generalizzata che permette il reclutamento di personale non titolare, assunto dalle agenzie di lavoro interinale e destinato a sostituire temporaneamente *fonctionnaires titulaires*, che siano temporaneamente assenti o in ferie (legge del 3 agosto 2009 sulla mobilità, art. 21). Si tratta di una precarizzazione manifesta dell'impiego pubblico, con l'obiettivo di risparmiare rispetto all'assunzione di un titolare e con molti meno vincoli per l'amministrazione, considerato che il lavoratore interinale ha un contratto di lavoro di diritto privato con l'agenzia e non con l'amministrazione, anche se si tratta di un servizio pubblico amministrativo.

Molteplici sono quindi gli aspetti che stanno lentamente rivoluzionando il rapporto di lavoro fra un impiegato pubblico e il suo datore di lavoro, rendendolo sempre più simile a quello dei dipendenti del settore privato. Tuttavia, un *fonctionnaire* non è un dipendente come gli altri perché la sua carriera è organizzata *ex ante*, non esercita semplicemente un mestiere qualsiasi nell'ambito del servizio pubblico. Ci si chiede

quindi se la *travaillisation* non nasconda, in realtà, l'inizio della fine della FP nell'accezione francese²⁵⁵.

Facendo in modo che l'*emploi* (l'impiego ricoperto) abbia la meglio sul *grade*, il mestiere sulla carriera, che sia incoraggiato il cumulo di impieghi e che sia favorito il ricorso al lavoro interinale, le riforme in corso minacciano i valori alla base del *droit de la fp*: quelli del servizio pubblico al servizio dell'interesse generale.

Così, le riforme degli ultimi anni sembrano uscire da una logica fisiologica di scambio con il diritto del lavoro privato, verso una logica di snaturamento del pubblico impiego²⁵⁶.

²⁵⁵ DIDIER J-P, « La FP sans fonctionnaires ? », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 17, 26 aprile 2011, 2170.

²⁵⁶ TOUZEIL-DIVINA M., « “travaillisation” ou “privatisation” des fonctions publiques », *AJFP* 2010, p. 228 ; AUBIN E., « De nouveaux droits pour les fonctionnaires ? », *AJDA*, 2011, p. 2406.

Paragrafo II: “la rivoluzione silenziosa “ dell’individualizzazione nella gestione del rapporto di lavoro.

Lo scopo di questo paragrafo è sottolineare la tendenza all’introduzione di dinamiche individualistiche nella gestione del rapporto di lavoro, senza tuttavia entrare nell’aspetto tecnico delle criticità delle singole discipline, che saranno approfondite nei capitoli successivi. La finalità è individuare le ragioni di politica giuridica scelte dal legislatore.

Dal 2007 in Francia si è deciso di creare dei diritti che relativizzano il legame istituzionale che unisce il *fonctionnaire* al suo datore di lavoro a vantaggio di una gestione per mestieri che fa leva sull’*emploi*, sulle competenze e sul suo modo di lavorare. Ne sono esempio il diritto individuale alla formazione, il diritto alla retribuzione e ad una valutazione che tengano conto del merito individuale e della performance collettiva.

Formazione. Il legislatore non ha ritenuto soddisfacente il diritto alla formazione professionale nella *FP*. Partendo da questa constatazione, il capitolo I della legge n° 2007-148 di modernizzazione della *FP* del 2 febbraio 2007 ha modificato allo stesso tempo il codice del lavoro e lo SG per creare un diritto soggettivo e opponibile: “ogni funzionario beneficia, ogni anno, in funzione del suo tempo di lavoro, di un diritto individuale alla formazione che può invocare davanti a qualsiasi amministrazione si trovi assegnato. Questo diritto è attuato ad iniziativa del funzionario in accordo con l’amministrazione, che si fa carico delle spese di formazione” (SG, art.22).

In realtà, occorre ridimensionare la portata innovativa di questa norma, trattandosi dell’allineamento della situazione del funzionario su quella dell’impiegato del settore privato, che si era visto riconoscere questo diritto tre anni prima (art. L. 900-1 del Codice del lavoro).

L’amministrazione ha chiaramente rinnovato il suo approccio proponendo al personale una formazione più operativa, più individualizzata e interministeriale; la

direzione generale dell'amministrazione e della *FP* (DGAFP) ha realizzato una "scuola di GRH" per rendere più leggibili le formazioni nell'ambito di una gestione per mestieri.

Negli enti locali, l'offerta di formazione è stata ridefinita e ridistribuita tra il centro nazionale della *fp* territoriale (CNFPT), gli istituti nazionali specializzati di studi territoriali (INSET) e l'istituto nazionale degli studi territoriali (INET); i funzionari degli enti locali dispongono di un libretto di formazione che permette di far valere in modo adatto il loro DIF²⁵⁷.

Per quel che riguarda la PA italiana, la formazione stabilita dalle legge è quella collettiva²⁵⁸.

La formazione su base individuale è regolata dai CCNL di comparto. Per esempio, il CCNL vigente per le Agenzie fiscali (art. 48) prevede l'attribuzione di speciali permessi retribuiti, nella misura massima di 150 ore individuali per ciascun anno e nel limite massimo del 3% del personale in servizio a tempo indeterminato presso ciascuna Agenzia. I permessi in questione sono concessi per la partecipazione a corsi destinati al conseguimento di titoli di studio universitari, post-universitari, o di istituti di istruzione abilitati al rilascio di titoli di studio legali o attestati professionali riconosciuti dall'ordinamento pubblico e per sostenere i relativi esami.

La differenza essenziale tra i due paesi è la fonte di provenienza di questo diritto individuale alla formazione: legale per la Francia, contrattuale per l'Italia. Inoltre, in Francia tale diritto è riconosciuto ad ogni *fonctionnaire*, mentre in Italia spetta ad una parte del personale che intraprenda determinati corsi di studio. Sebbene si tratti di un nuovo diritto soggettivo, dell'ammontare di 20 ore all'anno, l'esperienza amministrativa mostra che la sua opponibilità davanti al datore di lavoro non è illimitata e addirittura spesso conflittuale, dal momento che le amministrazioni preferiscono talvolta opporre il silenzio piuttosto che rispondere alle richieste. La dottrina²⁵⁹ sottolinea il rischio che questo diritto si riveli semplicemente come una

²⁵⁷ AUBIN E., « De nouveaux droits pour les fonctionnaires ? », *AJDA*, 2011, p. 2406.

²⁵⁸ V. art. 8, D.P.R. 16.04.2013 n° 70, G.U. 24.06.2013, "Sistema di reclutamento e formazione di dirigenti e funzionari pubblici".

²⁵⁹ AUBIN E., « De nouveaux droits pour les fonctionnaires », *AJDA*, 2011, p. 2406.

voce della banca delle ore. In ogni caso, seppur con i limiti evidenziati, in Francia la fonte legale e l'efficacia estesa a tutto il personale rende la formazione una leva del cambiamento e una spinta al rafforzamento delle competenze che ben si concilia con il diritto alla mobilità.

Valutazione e remunerazione individuale. Nelle tre *fonctions publiques*, il legislatore ha introdotto il principio di una sostituzione progressiva della votazione, che accompagnava tradizionalmente un giudizio generale, con un colloquio di valutazione, creando così, una deroga all'art. 17 dello SG. In modo semplicistico potremmo dire che si tratta della sostituzione di una nota cifrata con un giudizio argomentato. L'obiettivo di questa riforma è quello di apprezzare in modo più specifico il valore professionale del singolo impiegato, anche se è doveroso dire che nulla impediva l'organizzazione di questo colloquio prima della riforma. La strada scelta è quella di una professionalizzazione e una minore formalizzazione della valutazione, anche se è ben presente il rischio di improvvisazione ed è evidente la necessità di disporre di un valido dizionario di competenze di riferimento. Il rischio che la pratica manageriale si risolva in un'ulteriore procedura amministrativa da seguire è ben presente.

L'altra grossa novità in tema di valutazione è l'introduzione, dal 2011, del premio di funzione e di risultato (PFR), che contiene una parte legata alla *manière de servir*, valutata in sede di colloquio e un'altra legata alle responsabilità e alle difficoltà del ruolo ricoperto²⁶⁰. Anche in questo caso riscontriamo la volontà del legislatore di tenere conto in misura maggiore del ruolo del singolo funzionario all'interno dell'amministrazione. Si riconosce che a parità di *grade*, ci possano essere responsabilità diverse ed in base a queste si riconosce una parte della remunerazione.

Allo stesso tempo nel 2011, il legislatore ha introdotto un *prime d'intéressement*, ovvero un premio individuale ai funzionari per la performance collettiva dei loro

²⁶⁰ Decreto n° 2008-1533 del 22 dicembre 2008.

uffici, da conferire nel caso in cui il ministro competente abbia fissato degli obiettivi per il loro ufficio di appartenenza e che il loro raggiungimento sia stato certificato²⁶¹. Nella formulazione del decreto è possibile cogliere la tensione tra remunerazione individuale e collettiva, soprattutto perché si prevede la possibilità che una valutazione individuale negativa impedisca di beneficiare di un premio di cui, invece, beneficiano i colleghi, con ovvie conseguenze sul clima interno delle amministrazioni²⁶². È a rischio anche il clima interno fra gli uffici, dal momento che tale premio non si applica a tutte le strutture amministrative.

L'individualizzazione dovrebbe permettere, in un contesto competitivo, di ricompensare coloro che hanno fatto uno sforzo maggiore o che hanno lavorato meglio. Il lavoratore viene pertanto considerato singolarmente, isolandolo dal collettivo cui appartiene o dal suo ambiente di lavoro. In questa maniera la gestione del personale pubblico si allontana dall'egualitarismo astratto ereditato dal compromesso del 1946²⁶³. Ci si chiede se l'amministrazione abbia le risorse per instaurare una politica seria di remunerazione al merito, considerando queste novità come autentici strumenti di management.

Quanto alla PA italiana, un sistema collaudato di valutazione individuale della prestazione di lavoro non è ancora presente, nonostante i numerosi tentativi degli ultimi anni, quasi tutti senza successo; la loro analisi sarà oggetto del capitolo specifico sulla valutazione.

Ad oggi l'ultima versione delle norme sulla valutazione del personale pubblico è quella introdotta dalla *spending review* dell'estate 2012 (decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, comma 11-*bis*), secondo la quale la misurazione e la valutazione della performance individuale del personale è effettuata dal dirigente in relazione:

- a) al raggiungimento di specifici obiettivi di gruppo o individuali;
- b) al contributo assicurato alla performance dell'unità organizzativa di appartenenza e ai comportamenti organizzativi dimostrati.

²⁶¹ Tale premio è stato autorizzato surrettiziamente dall'art. 38 della legge n. 2010-751 relativa al rinnovamento del dialogo sociale nella *fp* – che modifica l'art. 20 dello SG per precisare che “le indennità possono tener conto delle funzioni e dei risultati professionali degli agenti come pure della performance collettiva degli uffici, la considerazione di quest'ultima ha fatto oggetto dell'importante decreto n° 2011-1038 del 29 agosto 2011.

²⁶² POCHARD, « La prime d'intéressement dans la FP. Risques et chance », *AJDA*, 2011 p. 1705.

²⁶³ AUBIN E., « De nouveaux droits pour les fonctionnaires », *AJDA*, 2011, p. 2406

In realtà, si tratta di un sistema di valutazione provvisorio in attesa di applicare quello previsto all'art.19 d.lgs. n. 150/2009, che a sua volta attende, per poter essere applicato, la tornata di contrattazione collettiva successiva a quella relativa al quadriennio 2006-2009 (secondo quanto previsto dal d.lgs. 1 agosto 2011, n. 141, art. 6, comma 1). Si prevede che i dirigenti e il personale non dirigenziale più meritevoli, sulla base della valutazione, avranno una sorta di bonus. Almeno il 10% dei dipendenti riceveranno un trattamento accessorio maggiorato rispetto a quello che spetterebbe in base al punteggio. Il bonus sarà pari ad un importo compreso tra il 10% e il 30% dell'trattamento accessorio medio attribuito ai dipendenti, secondo quanto fissato dal sistema di valutazione di cui all'art. 7 del d.lgs. n. 150/2009.

Non è un'esagerazione affermare che questo nuovo tentativo di introdurre la valutazione è destinato alla stessa sorte dei precedenti.

Intanto, il sistema di valutazione previsto dall'articolo appena menzionato si applica attualmente ad una piccola parte di pubblici dipendenti. Ma soprattutto, questo tentativo di anticipare la valutazione si scontra con la carenza di risorse. Infatti la fonte di finanziamento prevista è destinata a rimanere puramente teorica²⁶⁴, dati i tagli di spesa previsti per le amministrazioni. Infine, in un contesto di blocco delle retribuzioni fisse e accessorie per tutto il personale pubblico, avviare un sistema di valutazione della performance può essere davvero dannoso per il clima interno degli uffici.

Il problema della valutazione nella PA italiana è che, in mancanza di una vera e propria responsabilità del dirigente e di reali competenze di tipo manageriale, la valutazione, laddove introdotta, ha prodotto risultati nefasti. Essa dovrebbe servire per realizzare la meritocrazia, apprezzare realmente le qualità individuali del personale e effettuare una vera differenziazione. Nella PA italiana siamo lontani anni luce dalla situazione di piena responsabilizzazione; inoltre, il reclutamento e la formazione del personale dirigente lasciano ancora a desiderare.

Così, per garantire tutti sono stati ideati sistemi di valutazione molto complessi che provocano egualitarismo e deresponsabilizzazione, un risultato opposto a quello che

²⁶⁴ La maggiorazione potrà essere finanziata, ai sensi dell'art. 6, comma 1, d.lgs. 141/2011, reperibili applicando l'art.16, commi 4 e 5, del dl 138/2011, convertito in legge n. 148/2011. Si tratta del c.d. "dividendo dell'efficienza", ovvero il 50% dei risparmi derivanti da azioni virtuose di gestione. con i molti tagli e limiti alla spesa aggiunti dallo stesso dl 95/2012 per le amministrazioni, risulterà estremamente complicato adottare piani di ulteriori riduzione delle spese.

si vorrebbe raggiungere. Infatti la maggior parte delle volte le procedure di valutazione vengono utilizzate per giustificare in modo assai poco trasparente avanzamenti di carriera che non hanno alcun corrispettivo nei risultati prodotti e nella competenza individuale raggiunta²⁶⁵. Esempio classico di complessità è la procedura di cui all'art. 19 del d.lgs. n. 150/2009, che per la verità aveva un'impostazione individualista ma eccessiva, svincolata da una valutazione della performance organizzativa, che poi è quella che interessa il cittadino-utente.

La realtà evidente è che le risorse umane nella PA italiana, al di là delle dichiarazioni-slogan, non sono ancora ritenute un elemento primario su cui investire.

L'introduzione di nuovi strumenti di gestione delle risorse umane nel lavoro pubblico, di cui si è parlato nella sezione I di questo capitolo (GPEEC), finalizzati a dare rilievo ai *savoir faire* del funzionario e alle sue attitudini in vista del prosieguo della sua carriera professionale, si legano bene ai meccanismi introdotti per premiare l'impegno dei lavoratori pubblici (la valutazione, il colloquio di valutazione, premi di funzione e di risultato).

Il licenziamento individuale del dipendente. Talvolta, la tendenza all'individualismo della gestione del rapporto di lavoro è più forte nel lavoro pubblico che nel privato. Ne è un esempio il decreto del 12 novembre 2010 sul licenziamento dei funzionari, emanato in Francia sulla base della legge sulla mobilità. Il testo prevedeva la possibilità del licenziamento del *fonctionnaire* il cui posto era stato soppresso, se rifiutava per tre volte la proposta di ricollocazione (*situation de réorientation professionnelle*) offerta dall'amministrazione. Si trattava in altri termini dell'abolizione della garanzia del posto a vita per i dipendenti pubblici, introdotto senza modificare lo statuto. Per abrogare questo decreto il ministro della *fp française*, Marilise Lebranchu, ha presentato un testo di legge che dovrebbe essere approvato nei prossimi mesi. In ogni caso la *situation de réorientation professionnelle* mostra gli eccessi dell'individualizzazione del rapporto di lavoro. Si tratta di una previsione

²⁶⁵ CAGLINI P., "Valutazione dei dipendenti pubblici: chi valuterà il valutatore?", Disponibile su <http://notizie.tiscali.it/socialnews/Caglini/4030/articoli/Valutazione-dei-dipendenti-pubblici-chi-valuter-il-valutatore.html> [consultazione del 5 novembre 2012]

ambigua: da un lato un vantaggio per il dipendente, che ha diritto ad essere riconvertito professionalmente se il suo posto è soppresso, dall'altro il rischio di perdere il posto se le offerte di lavoro non fossero veramente rispondenti alle sue competenze professionali. In ogni caso, è importante cogliere il valore simbolico di questa norma di legge, che rende possibile la perdita del posto per il funzionario che non trovi una ricollocazione consona al suo progetto di evoluzione professionale. Ne consegue che un funzionario è definito in misura maggiore dall'*emploi* ricoperto che non in base al suo *grade*²⁶⁶; il che significa ammettere che l'appartenenza ad un *grade* non garantisce più la possibilità di ricoprire diversi *emplois*.

Nell'ambito di questa procedura, non si prevede la consultazione dei sindacati, a differenza del diritto del lavoro privato; "si scarica" in un certo senso sull'impiegato pubblico la responsabilità di accettare un posto adatto alle sue aspettative, togliendogli il diritto di rifiutare una proposta di ricollocazione, dopo le prime tre. In questo modo si rompe il legame tra il lavoratore e i suoi rappresentanti, essendo il lavoratore da solo davanti alla decisione di soppressione del posto.

Nel pubblico impiego italiano è prevista da tempo una forma di mobilità collettiva (art. 33, TUIPI), al seguito della quale il dipendente che non ha trovato ricollocazione viene messo in disponibilità per 24 mesi. Di fatto questa norma non è stata mai applicata, in parte perché la procedura prevedeva un diritto di veto di parte sindacale, in parte perché i vincoli di bilancio erano meno stringenti e le amministrazioni pubbliche non avevano necessità di far quadrare i conti riducendo il personale. In seguito si è deciso di prevedere la consultazione dei sindacati solamente a monte della procedura di mobilità collettiva, in sede di variazione delle dotazioni organiche (art.6, TUIPI). Infine, con la *spending review*, si è deciso di ridurre le dotazioni organiche del personale non dirigenziale, in misura non inferiore al 10 % della spesa complessiva relativa al numero dei posti di organico di tale personale. Per il personale non prossimo al collocamento a riposo, scatta una forma di mobilità

²⁶⁶ TOUZEIL-DIVINA M., « "Travailisation" ou "privatisation" des fonctions publiques », *AJFP*, 2010, p. 228 ; DUVAL A. Fitte, « La situation de réorientation professionnelle, ou les deux visages de Janus », *AJFP*, 2011, p. 156 ; KOUBI G., « La réorientation, prélude au licenciement » [<http://koubi.fr/spip.php?article477>, consultazione del 7 novembre 2012].

guidata, intesa alla ricollocazione presso uffici di altre amministrazione²⁶⁷, previo esame con le organizzazioni sindacali che deve comunque concludersi entro trenta giorni. La mancata ricollocazione del dipendente apre le porte alla mobilità per un massimo di 24 mesi, decorsi i quali, senza ricollocazione, il dipendente perde il posto.

Al licenziamento del dipendente pubblico, su base individuale o collettiva, si dedicherà un capitolo specifico della presente trattazione.

Una constatazione si impone: il licenziamento individuale del dipendente pubblico non è più tabù. L'assunzione per concorso attribuisce garanzie maggiori rispetto a quelle di cui beneficiano i dipendenti privato ma non rappresenta più una garanzia della stabilità del posto di lavoro. Il pubblico impiego, a differenza dell'impresa privata, non può fallire, ma può dichiarare un'eccedenza di personale e sopprimere dei posti. Così, i dipendenti pubblici vengono assunti collettivamente ma possono essere licenziati individualmente; la ricerca di un nuovo posto di lavoro per ricollocare il personale è compito dell'amministrazione, ma anche dello stesso personale se vuole evitare il rischio della mobilità e il rischio di licenziamento al termine di essa.

Da cinque anni a questa parte il legislatore francese ha tentato di guarire la *fp française* dalla malattia dell'egualitarismo eccessivo introducendo una remunerazione sempre più basata sul merito, una valutazione veramente individuale, una rappresentazione del personale nell'ambito di comitati tecnici simili ad un comitato d'impresa e un diritto alla riorientazione professionale in caso di soppressione dell'impiego indotta da una ristrutturazione del servizio pubblico. Contemporaneamente, in Francia si moltiplicano i lavoratori pubblici assunti mediante contratto. Durante lo svolgimento del rapporto di lavoro, al funzionario è riconosciuto un diritto permanente alla mobilità²⁶⁸.

²⁶⁷ *Spending review*, Decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, art. 2, comma 11, lettera d). Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini.

²⁶⁸ Legge relativa alla mobilità e ai percorsi professionali nella fp, L. n° 2009-972, 3 agosto 2009,; DORD O., "La loi mobilité ou l'adaptation du statut par une gestion renouvelée des personnels", *AJDA*, 2010, pag. 193.

Secondo l'orientamento assunto dal legislatore negli ultimi anni, da una gestione del personale troppo statica, si garantirebbe mano a mano che i nuovi diritti riconosciuti ai funzionari dalle quattro ultime leggi adottate dal 2007 consacreranno il rinnovamento della *FP*²⁶⁹.

Questo fenomeno è manifestazione evidente della centralità della persona del mondo contemporaneo e nelle organizzazioni di lavoro. Si tratta quindi di dare maggiore rilievo alle scelte del lavoratore, sempre più artefice del suo destino professionale.

Tale processo, in corso di attuazione in Francia, è ancora ai suoi inizi mentre in Italia le esigenze di budget hanno messo in secondo piano le esigenze di una svolta in senso manageriale.

Ovviamente non si può dimenticare che l'individualizzazione (mediante la concessione dei premi) spinge ad una concorrenza tra i lavoratori, mentre il buon funzionamento dell'impresa, come del servizio pubblico, richiede di saper lavorare in team. L'eccessiva concorrenza tra i lavoratori può essere nefasta per il risultato collettivo. È necessario quindi che la spinta al riconoscimento individuale sia compensata da un apprezzamento del risultato collettivo. L'introduzione del *prime d'intéressement* serve proprio a riequilibrare la valutazione individuale con quella collettiva, ma trova i suoi limiti nell'applicazione non generalizzata e nel rischio che si tratti di uno strumento per aggirare il blocco del *point d'indice* su cui si calcolano le retribuzioni individuali. La PA italiana, invece, è ancora fortemente sbilanciata verso la valutazione della performance collettiva, a scapito di quella individuale.

Come si è visto, molti dei nuovi strumenti di gestione introdotti in Francia hanno una doppia natura: diritti per il personale, strumenti di gestione per l'amministrazione. La finalità è quella di differenziare il personale, avvalorando la tesi secondo la quale la *fp* è "malata del suo *statut*"²⁷⁰? La creazione di questi nuovi diritti riflette a priori la volontà di garantire una certa flessibilità del pubblico impiego e di migliorare l'individualizzazione dello svolgimento della carriera dei *fonctionnaires*. Tuttavia, ci si chiede se i diritti creati recentemente migliorano realmente la situazione morale e professionale dei *fonctionnaires*. Indubbiamente, la loro creazione, a cui allo stesso

²⁶⁹ AUBIN E., « De nouveaux droits pour les fonctionnaires ? », *AJDA*, 2011, p. 2406.

²⁷⁰ CAILLOSSE J., *La Constitution imaginaire de l'administration*, PUF, p. 113.

tempo corrispondono nuovi poteri da parte dell'amministrazione, genera un certo disorientamento professionale del personale, che assiste al cambiamento radicale della gestione.

Conclusioni

La necessità di ridurre i costi del personale pubblico, di correggere la mancanza di flessibilità del sistema statutario come pure quella di rendere omogenea la situazione dei *fonctionnaires* e quella dei dipendenti del settore privato ha condotto all'irruzione delle regole del diritto del lavoro privato nel diritto del pubblico impiego.

L'analisi di alcuni aspetti tecnici della privatizzazione del pubblico impiego in Italia induce a guardare questo fenomeno in un'ottica diversa. Fondamentalmente la privatizzazione si risolve in un cambiamento di natura formale, laddove le specificità del pubblico impiego sotto molteplici aspetti (ad.es. mutamento di mansioni, licenziamenti) sono evidenti e indiscutibili.

Allo stesso tempo il pubblico impiego francese, pur non essendo stato formalmente privatizzato, presenta elementi di privatizzazione più marcati di quello italiano, con una forte presenza forme contrattuali privatistiche di cui una buona parte di tipo flessibile.

Inoltre, una parte non trascurabile del pubblico impiego italiano non è rientrata nella privatizzazione.

Problema comune alle due settori pubblici è quello dell'egualitarismo, ritenuto causa di malfunzionamenti e inefficienze.

Nel processo di individualizzazione della gestione del personale, la *FP française* risulta molto più avanti di quella italiana, avendo introdotto e sviluppato concetti come la GPEEC e la gestione per mestieri, pur non esenti da limiti e difficoltà, laddove la valutazione del personale, nel frattempo sostituita dal colloquio di valutazione, è praticamente sempre esistita.

Questa evoluzione pone dei problemi, che inducono ad avviare una riflessione sull'esistenza stessa e sul ruolo della *FP*.

Occorre a questo punto interrogarsi sulle esigenze che giustificano l'utilizzo e "l'invasione" del diritto privato per la realizzazione di finalità pubbliche.

Occorre innanzitutto sottolineare il legame costituzionale stabilito dal Consiglio di Stato tra *FP* e servizio pubblico. Ne deriva necessariamente che la sottoposizione dei

fonctionnaires a particolari obblighi e l'attribuzione di determinati vantaggi, che ne sono la contropartita, possono essere giustificati solamente rispetto alle esigenze legate al servizio pubblico. Tuttavia, l'ampiezza di questo legame può variare. Così, la rigidità del diritto della FP, che risponde a esigenze costituzionali d'uguaglianza, ha talvolta bisogno di essere alleggerita, sebbene si tratti comunque di rispondere a missioni che hanno per oggetto la realizzazione del servizio pubblico. Questo spiega perché lavorano per l'amministrazione sia dei *fonctionnaires*, ma anche degli impiegati di diritto privato.

Tuttavia, in generale, è il legame tra le esigenze del servizio pubblico e il carattere derogatorio del diritto applicabile che dovrebbe restare il criterio essenziale.

Così, in Italia ci si potrebbe chiedere: la diversità delle discipline del mutamento di mansioni o dei licenziamenti, è veramente giustificata dalle specificità pubbliche?

Allo stesso tempo, è compito del giudice amministrativo francese determinare se le disposizioni statutarie derogatorie rispondono a queste esigenze, in caso contrario il principio dell'applicazione di disposizioni più favorevoli di quelle previste dal Codice del lavoro non ha più luogo di essere²⁷¹.

²⁷¹ BERTRAND M., « L'employeur public entre droit administratif et droit du travail », *AJFP*, 2000, p. 16.

TITOLO SECONDO: I LIMITI DEI POTERI DEL DATORE DI LAVORO PUBBLICO

Capitolo primo: Il dovere di disobbedienza del funzionario.

Sezione I: il diritto-dovere di disobbedienza e le sue difficoltà applicative.

Paragrafo I: Il diritto-dovere di disobbedienza tra “semplice illegalità” e compromissione dell’interesse pubblico

La necessità di garantire il rispetto delle libertà individuali e l’interesse a preservare la vita e la salute del funzionario pubblico hanno spinto il giudice amministrativo a creare, da una parte il dovere di disobbedienza dei funzionari, poi tradotto in norma di legge e, dall’altra, il diritto di abbandonare una situazione di lavoro pericolosa.

Il giudice amministrativo francese ha istituito a vantaggio dei funzionari e dei lavoratori pubblici il dovere di disobbedire a un ordine manifestamente illegale e di natura a compromettere gravemente un interesse pubblico²⁷².

In una famosa vicenda del 1944 un funzionario pubblico, M. Lagneur, era stato sanzionato per aver obbedito all’ordine illegale del sindaco di iscrivere nella lista dei disoccupati soggetti che non ne avevano diritto, creando così a loro vantaggio il diritto illegittimo di percepire un contributo economico. Poiché M. Lagneur era a conoscenza dell’illegalità dell’ordine, il sindaco, successore di colui che aveva dato l’ordine illegale, lo ha sanzionato rimuovendolo dall’incarico. Il Consiglio di Stato ha ritenuto giusta la sanzione, ritenendo che il funzionario avrebbe dovuto disobbedire; è stato così creato, per via giurisprudenziale, il dovere di disobbedire in presenza di un l’ordine manifestamente illegale e di natura a compromettere il funzionamento di un servizio pubblico.

²⁷² CE sez., 10 novembre 1944, *Langneur*, *Rec. Lebon*, p. 288.

Queste due condizioni per rendere legale la disobbedienza, imposte dalla giurisprudenza *Langneur*, sono state confermate dalla sentenza *Arasse*²⁷³ del 1949, nella quale il Consiglio di Stato sancì che “ogni funzionario è tenuto a conformarsi agli ordini che riceve dai suoi superiori gerarchici, salvo se questi ordini siano manifestamente illegali e di natura a compromettere gravemente un interesse pubblico²⁷⁴”.

In seguito, nel 1966, questa seconda condizione è stata sostituita da “un ordine che mette in grave pericolo un interesse pubblico²⁷⁵”.

L’art. 28 dello SG del 1983 ha riprodotto la formulazione della sentenza *Arasse* affermando che “ogni funzionario, qualunque sia il rango occupato nella gerarchia, deve conformarsi alle istruzioni del suo superiore gerarchico, salvo nel caso in cui l’ordine è manifestamente illegale e di natura a compromettere gravemente un interesse pubblico”.

Pertanto, non è possibile motivare una sanzione disciplinare per il fatto che il funzionario abbia consapevolmente esercitato il proprio dovere di disobbedienza, quando l’ordine del superiore gerarchico è “manifestamente illegale” (C. penale, art. L. 122-4).

La sentenza *Langneur* è spesso invocata dall’impiegato pubblico sanzionato per aver rifiutato di eseguire un ordine. Molto spesso però, il giudice rigetta il ricorso perché la condizione inerente la compromissione di un interesse pubblico fa difetto²⁷⁶.

Va doverosamente ricordato che le applicazioni di queste eccezioni al dovere d’obbedienza sono limitate e raramente la giurisprudenza ammette che un ordine sia manifestamente illegale²⁷⁷.

È utile inoltre citare la sentenza *Coutare*, nella quale il direttore si era opposto, malgrado gli ordini del suo superiore gerarchico, ad ordinare una spesa dalle finalità non corrispondenti ad un interesse pubblico. Il suo comportamento è stato ritenuto legittimo²⁷⁸, ma solo per il fatto che si trattava di denaro pubblico. La giurisprudenza

²⁷³ CE 27 maggio 1949, *Dame Arasse*, *Lebon*, p. 249.

²⁷⁴ CE 27 maggio 1949, *Dame Arasse*, *Lebon*, p. 249.

²⁷⁵ CE, 2 novembre 1966, *Dessendier*, *Rec. Lebon*, p. 580.

²⁷⁶ MONIOLLE C., « La subordination dans la fonction publique », *AJDA*, 2010 p. 1629.

²⁷⁷ WOLIKLOW J., « Fonctionnaires et salariés : différences, convergences », *AJFP*, 2010, p. 172.

²⁷⁸ CE 8 novembre 1961, *Sieur Coutarel*, *Lebon* 632 ; *AJDA* 1962. II. 366.

non manca di sottolineare che l'interesse pubblico non va confuso con l'interesse del funzionario²⁷⁹.

Rapporto gerarchico e dovere di obbedienza nella PA italiana. Nell'ordinamento giuridico italiano, prima della c.d. privatizzazione del pubblico impiego, il dovere di obbedienza per gli impiegati civili dello Stato trovava esplicita previsione nell'art. 16, 1° comma, del DPR 10 gennaio 1957 n. 3 (Testo Unico degli impiegati civili dello Stato, d'ora in poi TUIC), il quale stabiliva che "l'impiegato deve eseguire gli ordini che gli siano impartiti dal superiore gerarchico relativamente alle proprie funzioni e mansioni". Il dovere di obbedienza non veniva meno nel caso in cui insorgessero difficoltà o inconvenienti relativi all'esecuzione dell'ordine: in tal caso sorgeva per il sottoposto l'obbligo di riferirne ai superiori seguendo la via gerarchica (art. 16, 2° comma). L'art. 17, rubricato "Limiti al dovere verso il superiore", prevedeva: il dovere di rimostranza nei confronti dell'ordine palesemente illegittimo, con il conseguente obbligo di esecuzione dell'ordine rinnovato per iscritto; il dovere di disobbedienza qualora l'ordine costituisse illecito penale²⁸⁰.

Com'è noto, a seguito della privatizzazione del pubblico impiego, i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono stati quasi integralmente assoggettati alla disciplina privatistica del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, con l'eccezione del personale che, per espressa previsione di legge, rimane "in regime di diritto pubblico". La privatizzazione, infatti, per espresso disposto dell'art. 3 comma 1° del TUPI, non riguarda talune categorie di dipendenti, tra cui i magistrati ordinari, amministrativi e contabili, gli avvocati e procuratori dello Stato, il personale militare e quello delle forze di polizia di Stato, il personale della carriera diplomatica e prefettizia, i quali restano assoggettati ai rispettivi ordinamenti, che costituiscono normativa speciale rispetto a quella generale prevista dal TUIC (quest'ultima si applica unicamente nelle eventuali ipotesi non disciplinate dalle specifiche normative di settore)²⁸¹;

Le norme speciali e generali previgenti (tra cui proprio il TUIC del 1957) - dichiarate "inapplicabili" già a seguito della stipulazione dei contratti collettivi del quadriennio

²⁷⁹ DESMONS E., « Droit et devoir de résistance en droit positif français », *LGDJ*, Bibl. droit public, tesi, 1999, tomo 193, p. 151 e seg..

²⁸⁰ Cfr. VIRGA P., *Il pubblico impiego*, Milano, Giuffrè, 1991, 196 ss..

²⁸¹ Cfr. MELE E., *La responsabilità dei dipendenti e degli amministratori pubblici*, Milano, Giuffrè, 2000, 116 ss.

1994-1997 – hanno cessato di “produrre effetti” dal momento della sottoscrizione, per ciascun ambito di riferimento, dei contratti collettivi del quadriennio 1998-2001²⁸².

La materia dei doveri del dipendente, rientrando nel contenuto del rapporto di lavoro, è stata fatta oggetto di contrattazione collettiva (art. 40, comma 1, TUPI): in sostanza, dunque, la disciplina del dovere di obbedienza dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche si ricava essenzialmente dalle disposizioni dei contratti collettivi nazionali stipulati per i diversi comparti della pubblica amministrazione. Gli articoli 16 e 17 del TUIC, invece, pur non essendo stati espressamente abrogati, non sono più direttamente applicabili, se non nelle residuali ipotesi non disciplinate dalle specifiche normative di settore per il personale ancora “in regime di diritto pubblico”, o nel caso in cui un contratto collettivo nazionale vi faccia espresso riferimento²⁸³. Da un lato questo meccanismo di “disapplicazione” solleva²⁸⁴ dubbi di costituzionalità, poiché una norma privatistica deroga a una legge; dall’altro, a proposito dei doveri dei dipendenti e le infrazioni disciplinari, alcuni hanno sostenuto²⁸⁵ che, alla luce della disciplina contrattuale concretamente adottata, la riforma ha inciso più sulle fonti che sui contenuti, dato che nella sostanza i CCNL hanno recepito regole ed istituti che componevano il quadro normativo previgente. Questa affermazione è valida anche per il dovere di obbedienza.

A titolo d’esempio, l’art. 65, comma 3, lettera *h*, del CCNL del 2004 per il comparto Agenzie fiscali (ma lo stesso discorso può applicarsi per l’art. 23 del CCNL del 1995 per il comparto Ministeri) indica, tra gli obblighi del dipendente, quello di “eseguire gli ordini inerenti all’espletamento delle proprie funzioni o mansioni che gli siano impartiti dai superiori. Se ritiene che se l’ordine sia palesemente illegittimo, il dipendente deve farne rimostranza a chi l’ha impartito, dichiarandone le ragioni; se l’ordine è rinnovato per iscritto ha il dovere di darvi esecuzione. Il dipendente non deve, comunque, eseguire l’ordine quando l’atto sia vietato dalla legge penale o costituisca illecito amministrativo”²⁸⁶.

²⁸² TUPI, Art. 2, comma 2, seconda parte.

²⁸³ E’ il caso del CCNL 2002-2005 del comparto scuola il quale, nonostante contenga già una norma specifica che disciplina l’obbligo di obbedienza e i relativi limiti (art. 89, comma 3, lett. l), include, peraltro ad abundantiam, tra le norme che “continuano a trovare applicazione”, l’art. 17 del DPR n. 3/57 (art. 142, comma 1, lett. f), n. 2).

²⁸⁴ Cfr. SPEZIALE V., L’abrogazione della legge da parte del contratto collettivo, in AA.VV., a cura di Franco Carinci, *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, Milano, 2° ed., LXXI, 140.

²⁸⁵ BATTINI, *Il rapporto di lavoro, il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, Cedam, 2000, 603.

²⁸⁶ Cfr. PROVOLO D., *Esecuzione dell’ordine del superiore e responsabilità penale*, Cedam, Padova, 2012.

Gli articoli dei citati CCNL riproducono, in sostanza, gli articoli 16 e 17 del TUIC.

La violazione del dovere di obbedienza, così come la violazione degli altri doveri enunciati nei contratti collettivi, comporta l'applicazione delle sanzioni disciplinari previste dagli stessi CCNL.

Ciò premesso, dalle disposizioni relative al dovere di obbedienza contenute nei CCNL, così come accadeva durante la vigenza dell'art. 16 del TUIC²⁸⁷, si ottiene un primo limite al dovere di eseguire l'ordine impartito: se esso non è inerente alle funzioni o mansioni dell'impiegato, il dipendente non è tenuto ad eseguirlo.

Accanto a questo limite, vi è quello relativo all'illegittimità dell'ordine, espressamente menzionato sia dall'art. 17 del TUIC sia dalle disposizioni contenute nei contratti di comparto.

Per quanto riguarda i profili penali relativi all'obbedienza ad un ordine criminoso, si applica l'art. 51 del Codice penale²⁸⁸. In sintesi, chi esegue l'ordine può sfuggire alla responsabilità solo per errore in buona fede sulla sua legittimità o se non gli è consentita una valutazione in merito; a tale responsabilità non può sfuggire in nessun caso chi ha dato l'ordine criminoso.

Si comprende perché il dipendente non deve, comunque, eseguire l'ordine quando l'atto sia vietato dalla legge penale, secondo quanto stabilito dai CCNL, dal momento che la responsabilità penale è personale.

L'ordine dell'autorità, rilevante ai fini dell'art. 51 c.p., può riferirsi ad un rapporto di supremazia/subordinazione sia speciale (ordine gerarchico) che generale (ordine di polizia).

Si è visto nel corso del capitolo I come il rapporto gerarchico costituisca il fondamento del dovere di obbedienza del dipendente. La violazione di questo dovere del subordinato può motivare l'adozione di provvedimenti disciplinari.

²⁸⁷ v. MANFREDI SELVAGGI, *Fedeltà ed obbedienza nel pubblico impiego*, Lalli, Poggibonsi, 1995.

²⁸⁸ Art. 51 Cod.penale italiano: "Esercizio di un diritto o adempimento di un dovere. L'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica Autorità, esclude la punibilità. Se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'Autorità, del reato risponde il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine. Risponde del reato altresì chi ha eseguito l'ordine, salvo che, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire a un ordine legittimo. Non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine".

Il dovere di obbedienza è strumentale per la realizzazione dei fini dell'organizzazione stessa, perché assicura il coordinamento dell'azione di tutti i soggetti che ne fanno parte.

Altrettanto vero è che, storicamente, la necessità che i singoli uffici siano legati da un vincolo gerarchico piramidale ha assunto un carattere intrinseco alla stessa organizzazione amministrativa²⁸⁹.

Nel corso del tempo, l'attuazione piena della disciplina costituzionale sull'organizzazione amministrativa ha comportato la riduzione dell'intensità del rapporto gerarchico, determinata innanzitutto dalla distinzione delle "sfere di competenza" nell'ordinamento degli uffici di cui all'art. 97 Cost.; ciò ha provocato l'affievolimento del potere di ingerenza nell'attività dell'ufficio subordinato²⁹⁰.

Più in generale, l'obbedienza gerarchica è da considerare non già come un atteggiamento di passiva sottomissione a un potere autoritativo, bensì come una forma di attiva cooperazione al raggiungimento di finalità condivise sia da chi è tenuto all'obbedienza, che dal superiore gerarchico che impartisce l'ordine²⁹¹.

Il processo di privatizzazione del pubblico impiego ha ulteriormente inciso sia sull'estensione del rapporto gerarchico, sia sulla natura del dovere di obbedienza, sia in merito al relativo potere disciplinare (in virtù, appunto, di una riqualificazione sia dell'uno che dell'altro in senso più o meno coerentemente privatistico). A questo processo di privatizzazione corrisponde la progressiva affermazione, anche nell'ordinamento italiano²⁹², di una concezione dell'amministrazione pubblica come "amministrazione di risultato" (*performance oriented*).

Tale processo inevitabilmente prefigura possibili tensioni tra raggiungimento dei risultati e osservanza della legge, ponendo problemi di compatibilità tra gli istituti legati ai valori dell'efficienza e il principio di legalità. Da qui la necessità di integrare il principio di legalità dell'azione amministrativa con il dovere costituzionale di

²⁸⁹ ZACCARIA F., Obbedienza (Dovere di), *App. Noviss. dig. it.*, Torino, Utet, 1984, 534.

²⁹⁰ CONTI G., *Organizzazione gerarchica e Stato democratico*, Cedam, Padova, 1989.

²⁹¹ ZACCARIA F., Obbedienza (Dovere di), in *App. Noviss. dig. it.*, Torino, Utet, 1984, 306.

²⁹² V. l. 241/1990 e successive modificazioni, artt. 21^{octies} e 21^{nonies}. raggiungimento dello scopo.

uniformarsi al principio di buon andamento dell'amministrazione pubblica (art. 97 Cost.)²⁹³.

In questo quadro si è poi inserita la terza privatizzazione del lavoro pubblico, che ha ampliato ulteriormente i poteri disciplinari dei dirigenti e ha sottratto la disciplina del sistema sanzionatorio dei pubblici dipendenti ai contratti collettivi, nell'ambito di un generale processo di "rilegificazione" messo in atto dalla riforma stessa.

Così, "la gerarchia non è più ingiustificato privilegio del superiore, né l'obbedienza può essere cieca, giacché essa è uno strumento che ha valore soltanto nei limiti in cui ha valore lo scopo cui è diretta. L'obbedienza deve, al contrario, essere consapevole, affinché la volontà del superiore si traduca in attività direttamente rivolte al perseguimento dei compiti istituzionali dell'amministrazione"²⁹⁴.

La necessità della coesistenza delle due condizioni necessarie per poter disobbedire, poste dalle sentenze Langneur e Arasse, fanno sorgere tre ordini di questioni.

La prevalenza del rispetto della legalità sull'obbedienza gerarchica. Con lo sviluppo dello Stato di diritto e davanti alla questione dell'obbedienza cieca di certi funzionari nella seconda guerra mondiale, il dovere di obbedienza del funzionario pubblico deve avvenire non solo nel rispetto della gerarchia ma anche, anzi soprattutto, della legge. Bisogna considerare, infatti, che il funzionario pubblico prima di obbedire al suo superiore, deve obbedire alla legge. Così, nell'ipotesi in cui l'ordine è illegale, il subordinato non deve eseguirlo²⁹⁵.

Come ricorda Barthélémy, l'obbedienza gerarchica altro non è che uno strumento per l'obbedienza alla legge. Diversamente, si potrebbero giustificare non solo atti contrari alla legge ma anche alla morale. È in quest'ottica va interpretata la giurisprudenza *Langneur* e la sua successiva traduzione legislativa.

²⁹³ AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati: atti del Convegno, Palermo 27-28 febbraio 2003*, a cura di IMMORDINO M. e POLICE A., Torino, 2004; AA.VV., *Le riforme della L. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia di legalità ed amministrazione di risultato*, a cura di PERFETTI L. R., Padova, 2008.

²⁹⁴ Cfr. PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilità penale*, Cedam, Padova, 2012.

²⁹⁵ BOUISSON S., *L'agent public entre l'allégeance et la tentation d'Antigone : la soumission à l'Etat*, *AJFP*, 2003 p. 44 .

Secondo Chérigny, infatti, “il diritto all’obiezione di legalità è superiore all’obbedienza amministrativa e all’obbligazione gerarchica²⁹⁶”.

Tuttavia, il dovere di disobbedienza, deroga all’obbligazione di obbedienza, non deve essere utilizzato fino al punto di fare dell’indisciplina una regola. Perché un impiegato pubblico possa disobbedire in maniera lecita a un’istruzione, occorre che l’ordine rispetti le due condizioni di manifesta illegalità e di danno all’ordine pubblico o al funzionamento dei servizi pubblici imposte dall’art. 28 SG. Inoltre, queste due condizioni devono verificarsi insieme e nello stesso momento.

Spetta quindi al singolo funzionario la responsabilità di apprezzare le condizioni nelle quali deve o non obbedire. Infatti, una volta ricevuto l’ordine, il funzionario dovrà innanzitutto esaminarne la legalità. Egli dovrà avere un certo distacco per determinare se la sua esecuzione rechi pregiudizio a un interesse pubblico. In più, occorre osservare che nella maggior parte dei casi “è l’anticipazione delle conseguenze dell’ordine illegale sulla legalità in generale piuttosto che la legalità intrinseca dell’ordine che determina la legittimità della disobbedienza²⁹⁷”.

Tuttavia, in nome della legalità, il subordinato non è legittimato ad esercitare un diritto di critica sistematica su ciascun ordine del suo superiore. Nel contenzioso della funzione pubblica, il Consiglio di Stato ritiene che “i funzionari non hanno diritto di attaccare gli ordini o istruzioni dei loro superiori gerarchici che interessano l’esecuzione del servizio che sono incaricati di garantire, salvo nella misura in cui detti ordini o istruzioni mettano a rischio le loro prerogative o mettano in causa l’applicazione del loro statuto²⁹⁸”.

Tuttavia, come ritiene Mekhantar²⁹⁹, da questa giurisprudenza non si può dedurre che il rispetto della gerarchia sia prevalente sul principio di legalità.

²⁹⁶ CHERIGNY B., *Ordre illégal et devoir de désobéissance dans le contentieux disciplinaire de la fonction publique civile*, RDP, 1975, p. 873.

²⁹⁷ DESMONS E., *Le droit de résistance du fonctionnaire*, Droits, 1992, pp. 103-104.

²⁹⁸ CE 29 settembre 1961, *D^{lle} Gander et Association nationale des assistantes sociales*, Lebon p. 529.

²⁹⁹ MEKHANTAR J., *Le devoir de résistance du fonctionnaire depuis 1946*, AJDA, 2004 p. 1681.

Nell'ordinamento italiano la regola generale della prevalenza della legalità sulla gerarchia è affermato con chiarezza ancor maggiore rispetto all'ordinamento francese, al punto da non lasciare dubbi interpretativi.

Nessun problema si pone in caso di atto vietato dalla legge penale o in caso di illecito amministrativo.

In casi diversi da questi, è consentito al dipendente di esprimere il dissenso tramite la rimostranza; servirà una nuova manifestazione di volontà del superiore gerarchico per far scattare l'obbligo di eseguire l'atto per il sottoposto. Ma nemmeno in questo caso la gerarchia prevale sulla legalità, posto che nella seconda manifestazione di volontà da parte del superiore si presuppone che egli avrà attentamente valutato la palese illegittimità dell'atto.

La definizione di ordine illegittimo. La sentenza *Arasse* riguardava il rifiuto di un ordine di servizio a causa di irregolarità “semplici”, ovvero non manifestamente illegali. In altre vicende, è l’”illegalità evidente” che, pur se commessa con l’assenso del superiore, costituisce una colpa che giustifica una sanzione, perché il funzionario non poteva ignorare che gli atti in questione compromettevano gravemente il funzionamento del servizio del servizio pubblico³⁰⁰.

La formula delle sentenze *Arasse* e *Lagneur*, nonché la formulazione dell’art.28 SG, non vanno quindi interpretate nel senso che gli ordini manifestamente illegali debbano essere applicati nell’interesse del servizio.

La corretta interpretazione è che l’amministrazione, nel corso della sua attività, deve poter agire al meglio nell’interesse del servizio; essa può anche talvolta commettere delle irregolarità, purché queste non diano luogo a vere e proprie illegalità. L’aggettivo “manifesto” non ha per oggetto la misurazione l’intensità di un’illegalità, ma piuttosto la distinzione tra una “semplice” irregolarità da una vera e propria illegalità, e dunque di permettere la sanzione di rifiuto d’obbedienza³⁰¹.

³⁰⁰ CE 3 maggio 1961, *Sieur Pouzelgues*, Lebon, p. 280.

³⁰¹ MEKHANTAR J., « Le devoir de résistance du fonctionnaire depuis 1946 », *AJDA*, 2004, p. 1681 .

Sono poche le sentenze in cui l'obbedienza prevale pur in presenza di ordini gravemente illegali, ma che non arrecano pregiudizio ad un interesse pubblico. In alcune di esse sembra potersi cogliere l'inizio di una sana evoluzione verso l'esigenza del solo rispetto del principio di legalità, dal momento che la condizione di pregiudizio grave a un interesse pubblico non è più evocata dal giudice³⁰².

La situazione in cui si trova il funzionario pubblico è particolarmente delicata; ancora più spiacevole è che “il funzionario rifiuterà di conformarsi alle istruzioni ricevute a suo rischio e pericolo”³⁰³,

Infatti, se il giudizio che egli dà dell'atto è erroneo, incorre in sanzioni disciplinari per rifiuto d'obbedienza. In questo senso, “chi rifiuta d'obbedire a un ordine lo ha compreso e se rifiuta, è perché, applicandolo alla situazione concreta, egli conosce le conseguenze della disobbedienza”³⁰⁴.

Questo rispetto ragionato dell'obbedienza allo Stato sembra ancora più difficile da attuare per il funzionario a causa del cumulo delle due condizioni.

Le stesse argomentazioni possono essere valide nell'ordinamento italiano, stante l'assoluta somiglianza tra le espressioni “manifestamente illegali” (art.28 SG) e “palesamente illegittimo” (presente nei vali CCNL e ripreso dall'art.17 del TUIC). Davanti a mere irregolarità, che non configurano illecito amministrativo, se reiterate per iscritto dopo averle fatte presenti al superiore, il funzionario è obbligato ad obbedirvi.

Infatti, le esigenze connesse all'efficienza dell'attività della pubblica amministrazione potrebbero far ritenere che in presenza di determinati interessi (come il perseguimento di un risultato “pubblicisticamente” qualificato), ed entro certi limiti (per es. la “manifesta” criminalità), possa essere dovuta obbedienza anche ad un ordine che presenta irregolarità.

³⁰² CAA Marsiglia 18 maggio 1999, *M^{me} Marquet*; CAA Lyon 9 giugno 2000.

³⁰³ CHAPUS R., *Droit administratif général*, tomo 2, Montchrestien, Paris, 2001, p. 295.

³⁰⁴ GADAMER H.G., *Verità e metodo*, Seuil, Parigi, 1976, p. 177.

L'obbedienza a un ordine sia solamente illegale e non in grado di mettere a rischio un interesse pubblico. Supponiamo di essere in presenza di un ordine manifestamente illegale, ma non in grado di ledere un interesse pubblico. Per il Consiglio di Stato, “pur supponendo che l'ordine sia stato manifestamente illegale, un tale ordine non è di natura a compromettere gravemente un interesse pubblico³⁰⁵”.

Come afferma Eric Desmons, “il rifiuto d'obbedienza ad un ordine manifestamente illegale può ormai essere colpevole, perché ciò che è manifestamente illegale non ha tuttavia delle conseguenze gravi sull'interesse pubblico e non potrebbe giustificare la disobbedienza³⁰⁶”.

Con quest'interpretazione di pregiudizio all'interesse pubblico, il Consiglio di Stato mira a una protezione non già del funzionario ma dell'amministrazione. In effetti, la disobbedienza non deve in nessun caso essere tollerata a nome dell'interesse puramente personale del funzionario, perché tale interesse è preso in considerazione solo se assorbito nell'interesse generale. D'altra parte, il dovere di disobbedienza si impone al solo scopo di proteggere l'azione amministrativa. Così, “l'opposizione tra l'interesse personale del ricorrente e interesse specifico dell'amministrazione deve dunque restare per il giudice il criterio di delimitazione assoluto in materia e l'idea fondamentale di interesse generale della collettività restare il comune denominatore della nozione di interesse pubblico compromesso³⁰⁷”.

Ne consegue che le condizioni nelle quali un funzionario pubblico potrebbe disobbedire agli ordini ricevuti sono molto difficili da verificarsi. Infatti, il dovere di disobbedienza implica sistematicamente la responsabilità dell'impiegato, esonerandolo solo alle condizioni restrittive di cui all'art. 28 SG.

Come uscire da questo dilemma? Bouisson propone l'attenuazione delle condizioni di disobbedienza. Se consideriamo che la finalità dell'azione amministrativa è la soddisfazione dell'interesse generale tramite la produzione di misure legali, è

³⁰⁵ CE 4 gennaio 1964, Charlet, Lebon, p. 1.

³⁰⁶ DESMONS E., « Le droit de résistance du fonctionnaire », *Droits*, 1992, pp. 107.

³⁰⁷ CHERIGNY B., « Ordre illégal et devoir de désobéissance dans le contentieux disciplinaire de la fonction publique civile », *RDP*, 1975, p. 905.

possibile allora ammettere che ogni ordine manifestamente illegale implichi necessariamente una pregiudizio all'interesse generale³⁰⁸.

Si tratta di un'idea introdotta da Bernard Chérigny secondo il quale “è difficile ammettere che una direttiva manifestamente illegale, e come tale giuridicamente inesistente, possa produrre degli effetti di diritto senza compromettere per sua stessa natura un interesse pubblico³⁰⁹”. Secondo questa interpretazione, la manifesta illegalità dell'ordine comporta, di per sé, la lesione all'interesse pubblico.

Nell'ordinamento italiano, tale problema non si pone, dal momento che non è presente il criterio della compromissione di un interesse pubblico, ma solo quello della “palese illegalità”.

L'ammissibilità dell'obiezione di coscienza su un ordine gerarchico. Alla difficoltà di rilevare senza dubbi le due condizioni di cui all'art. 28 prima di poter obbedire, se ne può aggiungere un'altra: quella di applicare un ordine non solo necessariamente illegale ma che si oppone frontalmente alla coscienza intima del funzionario. In questo caso, cosa deve fare il funzionario: ubbidire senza esitazioni all'ordine o invocare dei precetti superiori che gli permettono di venir meno al potere gerarchico?

Malgrado questa obbligazione di disobbedienza e indipendentemente dalla valutazione del funzionario circa l'illegalità dell'atto³¹⁰, non si deve sottovalutare il ruolo dell'obbedienza all'interno dell'amministrazione. In effetti, l'obbedienza guida le forze, procura un certo conforto intellettuale permettendo, in maniera egoista, di intraprendere un'azione senza porsi troppe domande, senza essere agitato da troppi scrupoli e, per lo stesso motivo, di proseguire la propria carriera senza correre rischi³¹¹.

³⁰⁸ BOUISSON Stéphane, « L'agent public entre l'allégeance et la tentation d'Antigone : la soumission à l'Etat », *AJFP*, 2003 p. 45.

³⁰⁹ CHERIGNY B., « Ordre illégal et devoir de désobéissance dans le contentieux disciplinaire de la fonction publique civile », *RDP*, 1975, p. 935.

³¹⁰ CHERIGNY B., « Ordre illégal et devoir de désobéissance dans le contentieux disciplinaire de la fonction publique civile », *RDP*, 1975, p. 897-936.

³¹¹ R. CATHERINE e G. THUILLIER, *Conscience et pouvoir*, Montchrestien, 1974, p. 586.

Al contrario, la disobbedienza spinge il funzionario in una situazione spiacevole. Lo studioso Stanley Milgram³¹², a conclusione di un ciclo di ricerche intraprese negli anni sessanta, dimostrò che il settanta per cento dei soggetti socialmente integrati sono talmente condizionati dall'obbedienza all'autorità che possono infliggere in nome di essa trattamenti proibiti dalla legge.

Si tratta quindi di interrogarsi sull'opportunità che un funzionario abbia il diritto (o il dovere) di disobbedire a ordini non palesemente illegali ma contrari alla morale, alla religione o più generalmente alla coscienza.

Quando il funzionario ritiene l'ordine illegale, per personale convinzione e escludendo il caso di illegalità palese, entra in gioco la sua personalità. Se egli supera il benessere fornito dall'obbedienza, davanti al doppio ostacolo della legalità e della lesione dell'interesse generale, può essere tentato di agire in coscienza, ovvero invocando la sua convinzione intima. In questa situazione, il funzionario ritrova il conforto della sua etica. Questo confort può apparire, di conseguenza, più grande di quello accordato all'idea dell'obbedienza, a seconda della sua personalità e della sua formazione. Infatti, la coscienza del funzionario appare come un "consiglio intimo, un tribunale interno poiché ciascuno ... si ascolta per giudicarsi secondo la propria legge".

Si potrebbe essere in presenza due fonti di norme entrambe perfettamente legittime. Può accadere che l'ordine sia conforme alla legge ma contrario alla coscienza del funzionario. Questo conflitto si iscrive, in questo caso, al cuore stesso del tema dell'obbedienza e non solamente all'ordine ma allo stesso tempo alla legge. A tal proposito è stato invocato il mito di Antigone³¹³.

³¹² CALMANN-LEVY, *Soumission à l'autorité*, Paris, 1990.

³¹³ BOUISSON S., « L'agent public entre l'allégeance et la tentation d'Antigone : la soumission à l'Etat », *AJFP*, 2003 p. 44 .

La posizione del pubblico impiegato al quale è stato richiesto di obbedire ad un ordine potrebbe oscillare tra l'obbedienza tradizionale rispetto allo Stato, e la tentazione di opporgli concetti morali, etici o religiosi legati alla sua coscienza³¹⁴.

L'obbedienza allo Stato, fondata per garantire la coesione strutturale della FP, si intende come esigenza di un'indefettibile lealtà del funzionario rispetto agli interessi pubblici. Tuttavia, il rispetto di quest'obbligazione non potrebbe sopprimere il libero arbitrio, il buon senso o ancora e soprattutto del rispetto della legalità. Così, è ammesso che il pubblico impiegato prenda in considerazione la disobbedienza, assumendosene le responsabilità e “anche a rischio di rendere l'azione dello Stato illegale³¹⁵”.

³¹⁴ BOUISSON S., « L'agent public entre l'allégeance et la tentation d'Antigone : la soumission à l'Etat », *AJFP*, 2003 p. 45.

³¹⁵ BOUISSON S., « L'agent public entre l'allégeance et la tentation d'Antigone : la soumission à l'Etat », *AJFP*, 2003 p. 46.

Paragrafo II: Ordine illegittimo e ordine criminoso.

Il Preambolo alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, che in Francia ha valore costituzionale, prevede all' art.2 dei diritti naturali e imprescrittibili, quali la resistenza all'oppressione, la libertà, la proprietà e la sicurezza.

Nonostante il diritto alla resistenza non sia stato invocato in modo autonomo davanti al Consiglio costituzionale, le prescrizioni contenute in questo articolo della Dichiarazione del 1789 hanno già dato luogo al loro riconoscimento in più decisioni³¹⁶.

Davanti alla parola "diritto" è lecito chiedersi se non si tratti in realtà un vero e proprio dovere. In caso affermativo, questo "dovere di resistenza all'oppressione" andrebbe considerato come una delle obbligazioni che si impongono ai funzionari pubblici civili e militari.

Tuttavia, il rifiuto di obbedienza a un ordine illegale, che dimostra l'effettività di un vero e proprio diritto di resistenza del funzionario, non è stato considerato come attuazione di un dovere di resistenza all'oppressione ai sensi dell'art.2 della Dichiarazione del 1789.

E infatti, nel famoso affaire *Langneur*, di cui si è parlato in precedenza, il diritto di "resistenza all'oppressione" non è stato contemplato³¹⁷.

In realtà, il mantenimento della teoria della "legge schermo" in materia costituzionale non permette al giudice amministrativo di disapplicare una legge per fare spazio ad un diritto fondato esclusivamente sull'articolo 2 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo.

Secondo tale teoria, il giudice amministrativo non controlla la costituzionalità di un atto regolamentare eventualmente incostituzionale ma conforme alla legge. In effetti, il giudice amministrativo non esercita un controllo sulla costituzionalità della legge,

³¹⁶ Cons. cost. 16 gennaio 1982, n° 81-132 DC; 23 gennaio 1999, n° 99-416 DC ; 9 novembre 1999, n° 99-419 DC.

³¹⁷ Cfr. MEKHANTAR J, « Le devoir de résistance du fonctionnaire depuis 1946 », *AJDA*, 2004, p. 1681 .

compito riservato al Consiglio Costituzionale, e la legge fa allora schermo alla costituzione.

Al contrario, se nessuna legge si interpone, il giudice controlla la conformità dell'atto alla Costituzione. Inoltre, il mantenimento parziale della teoria della "legge schermo" impedisce il controllo da parte del giudice della conformità della legge alla Costituzione.

Tale problema è stato parzialmente risolto dalla legge di revisione costituzionale del 23 luglio 2008 che ha creato l'articolo 61-1 e modificato l'articolo 62 della Cost.; tale legge ha introdotto la possibilità di ricorrere alla Questione prioritaria di costituzionalità sulle leggi amministrative.

In caso di violazione della legge penale è evidente la superiorità della legalità sul principio gerarchico. In questo caso non può affatto esistere un conflitto di doveri.

Così, l'articolo L.122-4 prevede che "non è penalmente responsabile la persona che compie un atto prescritto o autorizzato da delle disposizioni legislative o regolamentari", mentre al comma 2 si precisa che "non è responsabile la persona che svolge un atto ordinato da un'autorità legittimata, salvo che questo sia manifestamente illegale". Pertanto in diritto penale non c'è bisogno che l'atto manifestamente illegale sia anche in grado di compromettere gravemente un interesse pubblico per fondare un dovere di disobbedienza.

Di conseguenza, non solamente in ragione della loro illegalità, ma anche perché essi costituiranno in molti casi crimini o delitti, le condotte di tipo oppressivo ordinate al funzionario da un superiore gerarchico lo metteranno davanti alla sua responsabilità penale, pur restando allo Stato la responsabilità civile³¹⁸.

Nell'ordinamento italiano, l'ordine criminoso va interpretato in quanto appartenente alla categoria degli atti amministrativi; la sua illegittimità può derivare, pertanto, dalla presenza di uno dei tre vizi che, secondo la dottrina amministrativista, possono

³¹⁸ Cfr. PROVOLO D., "Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilità penale", *Cedam*, Padova, 2012.

investire gli elementi essenziali dell'atto amministrativo: incompetenza, violazione di legge e eccesso di potere³¹⁹.

L'incompetenza si verifica quando colui che emana l'ordine ha ecceduto i limiti della propria competenza, e sempre che la mancanza di potere di impartire l'ordine non derivi da un vero e proprio difetto di attribuzione, nel qual caso l'atto sarebbe addirittura inesistente.

L'eccesso di potere (detto anche "vizio della funzione") riguarda, invece, le finalità per cui l'ordine è stato emanato, quando queste sono diverse da quelle per le quali il potere di adottare l'atto era stato attribuito al superiore. Si parla di eccesso di potere anche in presenza di tutti i vizi dell'iter logico di formazione dell'ordine (ossia la sua illogicità, l'irragionevolezza), che possono provocare una divergenza tra la sua finalità tipica e quella realmente perseguita (c.d. figure sintomatiche dell'eccesso di potere).

La violazione di legge, infine, è la categoria più ampia e allo stesso tempo residuale dei vizi di legittimità, nel senso che ricorre tutte le volte in cui il vizio non è riconducibile né a incompetenza né ad eccesso di potere.

Fatta questa premessa, va detto che l'ordine criminoso è innanzitutto un ordine illegittimo. Più precisamente, l'ordine di commettere un reato, ossia di compiere un'attività vietata dalla legge penale, ha contenuto illecito. Pertanto, la manifestazione di volontà con la quale si impone al sottoposto una condotta costituente reato solo impropriamente può essere definita un ordine, dato che la sua stessa esistenza è esclusa dall'illiceità penale del suo contenuto. In tal senso, ci si collega con la teoria di Bernard Chérigny cui si è accennato in precedenza, secondo il quale l'ordine palesemente illegittimo è inesistente e tale inesistenza ne giustifica l'obbedienza.

Il dovere morale di disobbedienza a atti di oppressione ordinati dalla legge.

Esiste almeno potenzialmente un fondamento costituzionale al diritto di resistenza all'oppressione in diritto positivo. Vale a dire che un funzionario pubblico potrebbe

³¹⁹ Cfr. SANDULLI A., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989, 705 ss. .

rivendicare questo diritto naturale, imprescrittibile e inoltre di rango costituzionale, per opporsi alla legge?

La risposta è chiaramente negativa, poiché il funzionario è sottomesso all'obbligazione di applicare la legge. Non esiste alcuno strumento di diritto da far valere contro tali atti se essi non costituiscono dei crimini o dei delitti puniti dalla legge penale o se non sono proibiti da una convenzione internazionale. Il mantenimento della teoria della “legge schermo”, fino al 1° marzo 2010³²⁰, ha fatto del diritto costituzionale di resistenza all'oppressione un diritto virtuale, inapplicabile dal funzionario, confinato al ruolo di servile esecutore della legge.

In ogni caso, anche dopo l'approvazione di questa legge, il legislatore impedisce il riconoscimento di un controllo sistematico di costituzionalità da parte dei giudici amministrativi.

Mekhantar³²¹, in uno scritto del 2004, ritenne paradossale che in uno stato di diritto la resistenza all'oppressione fosse affidata solamente alle virtù morali dei funzionari. Per questo, egli invitava il giudice a oltrepassare lo “schermo legislativo” in materia costituzionale affinché un tale diritto possa applicarsi al quotidiano.

Bisogna, infatti, imporre il rispetto della norma superiore, la Costituzione, dalla norma inferiore, la legge. La stessa Costituzione non può andare contro i principi posti dalla Dichiarazione.

La riforma del 2010 consente una garanzia maggiore del rispetto della Costituzione, ma attraverso la possibilità di porre la questione prioritaria di costituzionalità. La situazione è pertanto analoga a quella dell'ordinamento italiano, dove i giudici applicano solamente le leggi e, in caso di dubbi di costituzionalità, rimettono la questione all'organismo preposto, la Corte Costituzionale.

³²⁰ È la data in cui è entrata in vigore della legge di revisione costituzionale del 23 luglio 2008.

³²¹ MEKHANTAR J., « Le devoir de résistance du fonctionnaire depuis 1946 », *AJDA*, 2004, p. 1681 .

Nell'ordinamento italiano, l'ultimo comma dell'articolo 51 c.p. esclude la punibilità dell'esecutore dell'ordine illegittimo (criminoso) nel caso in cui la legge non gli consenta un sindacato sulla sua legittimità.

La disposizione in esame rinvia espressamente alla "legge" che non consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine; bisogna quindi considerare le norme di diritto amministrativo che regolano il dovere di obbedienza nei diversi settori pubblici, al fine di verificare se vi siano norme che, escludendo per il subordinato la possibilità di sindacare l'ordine, ammettano casi in cui il dovere di obbedienza comprenda anche all'ordine criminoso.

Dall'estensione del potere di valutazione della legittimità dell'ordine attribuito al sottoposto dipende, invero, la configurazione del dovere di obbedienza in termini più o meno assoluti³²².

Se, infatti, al dipendente non fosse in ipotesi consentito alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine, egli dovrebbe obbedire anche all'ordine illegittimo.

La teoria dell'obbedienza assoluta viene tradizionalmente giustificata dalla necessità per la pubblica amministrazione di avere un'organizzazione efficiente al fine di meglio soddisfare un interesse pubblico, nonché dalla considerazione che il superiore sia, quanto meno per la sua maggiore esperienza, più qualificato del subordinato nell'interpretare la legge e applicarla alla fattispecie concreta.

Al contrario, se al subordinato è consentito un sindacato pieno sulla legittimità dell'ordine, sia sotto il profilo formale che sotto quello sostanziale, il dovere di obbedienza riguarderà soltanto l'ordine legittimo: il subordinato, infatti, avendo la possibilità di valutare la legittimità dell'ordine, dovrà disobbedire ad esso se non conforme alla legge³²³.

Tra quella dell'obbedienza assoluta e quella del sindacato sostanziale (o pieno), si inseriscono altre teorie intermedie. Secondo una di queste, al subordinato è consentito soltanto il sindacato sulla legittimità formale dell'ordine (competenza del superiore ad impartirlo, competenza dell'inferiore ad eseguirlo, rispetto dei requisiti di forma dell'atto), con esclusione del sindacato sulla legittimità sostanziale³²⁴ oppure quella

³²² V. MANFREDI SELVAGGI C. A., *Fedeltà ed obbedienza nel pubblico impiego*, Poggibonsi, 1995, 68 ss.

³²³ CARDONE A., "La subordinazione gerarchica nel rapporto di pubblico impiego", in *Amm. it.*, 1956, p. 502.

³²⁴ Cfr DE VALLES A., *La validità degli atti amministrativi*, Padova, 1986, p. 374.

c.d. della rimostranza, per cui l'inferiore, qualora l'ordine gli appaia palesemente illegittimo, deve farlo presente al superiore³²⁵.

Ordine illegittimo e dovere di rimostranza. Le norme sul dovere di obbedienza contenute nei CCNL prevedono espressamente che il dipendente al quale venga impartito un ordine che egli ritenga palesemente illegittimo debba farne rimostranza a chi lo ha emanato, dichiarandone le ragioni. La disciplina ricalca quanto previsto dal citato art. 17 del TUIC.

A favore del dipendente è riconosciuto, dunque, il diritto di presentare rimostranza, chiedendo che l'ordine venga rinnovato per iscritto. La locuzione “deve”, utilizzata dalle disposizioni in esame, fa ritenere che al dipendente sia conferito un potere – dovere di fare rimostranza nei confronti dell'ordine illegittimo³²⁶. Ciò comporta che il mancato esercizio della rimostranza possa dar luogo alla responsabilità disciplinare³²⁷.

La rimostranza va esercitata specificando quali siano le ragioni per cui si ritiene che l'ordine sia illegittimo; devono perciò essere indicati i vizi di legittimità in esso riscontrati.

L'obbligo di rimostranza è posto sia nell'interesse del sottoposto³²⁸, agli effetti dell'esenzione dalla responsabilità amministrativa patrimoniale nell'interesse della pubblica amministrazione, per garantire la legittimità della sua azione³²⁹.

La rimostranza può essere definita come una forma di controllo giuridico e può propriamente essere assimilata a una richiesta di riesame rivolta al superiore.

La possibilità dell'impiegato di sollevare rimostranza presuppone che egli abbia il pieno sindacato sulla legittimità dell'ordine, sia formale che sostanziale³³⁰. Affinché egli possa esercitare questo diritto è necessario che l'ordine gli appaia “palesemente” illegittimo. In dottrina si ritiene che il termine “palesemente” sia stato utilizzato per evitare ingiustificati rallentamenti nell'azione amministrativa dovuti a laboriose e opinabili interpretazioni di norme giuridiche da parte del subordinato; in ogni caso,

³²⁵ v. ZACCARIA F., *I limiti al dovere di obbedienza nel rapporto di pubblico impiego*, Roma, 1962.

³²⁶ Cfr TERRANOVA, *Il rapporto di pubblico impiego*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 128.

³²⁷ V. CE, IV, 4 maggio 1971, n. 542, in *Il Consiglio di Stato*, 1971, I, p. 938

³²⁸ V. ZACCARIA, *op. cit.*, 535.

³²⁹ MANFREDI SELVAGGI, *op. cit.*, 78.

³³⁰ ZACCARIA F., *I limiti al dovere di obbedienza nel rapporto di pubblico impiego*, Roma, 1962, p. 535.

per poter rifiutare l'obbedienza e sollevare rimostranza è necessario che l'ordine appaia di primo acchito illegittimo. Secondo la dottrina, la formula va interpretata nel senso che, affinché sussista un obbligo di rimostranza, è necessaria una riconoscibilità estrinseca dell'illegittimità, in relazione alla diligenza normale dell'impiegato medio³³¹.

Se a seguito della rimostranza l'ordine viene reiterato per iscritto dal superiore, il subordinato ha il dovere di darvi esecuzione, rimanendo esonerato da ogni responsabilità derivante dall'oggettiva illegittimità dell'atto posto in essere, salvo che l'atto sia vietato dalla legge penale o, secondo la formulazione delle disposizioni contenute nei CCNL (v., ad es., art. 23 lett. h, CCNL comparto Ministeri), costituisca illecito amministrativo.

La rimostranza può essere definita come una forma di controllo giuridico e può propriamente essere assimilata ad una richiesta di riesame rivolta al superiore.

Il fatto che l'impiegato possa sollevare rimostranza presuppone che egli abbia il pieno sindacato sulla legittimità dell'ordine, sia formale che sostanziale³³².

Il dovere di disobbedienza nei confronti dell'ordine criminoso Nel caso in cui la condotta ordinata dal superiore costituisca reato oppure illecito amministrativo sorge per il dipendente un vero e proprio dovere di disobbedienza: così dispongono le norme contenute nei contratti di comparto.

Rispetto alla disciplina contenuta nell'articolo 17 del TUIC, il dovere di non eseguire l'ordine è espressamente previsto, nei contratti collettivi, anche nel caso in cui l'atto costituisca illecito amministrativo.

Ciò incide sull'applicazione dell'art. 4 della legge 24 novembre 1981, n. 689. Tale articolo prevede, al 1° comma, che non risponda delle violazioni amministrative chi ha commesso il fatto nell'adempimento di un dovere, e, al 2°, che "se la violazione è commessa per ordine dell'autorità, della stessa risponde il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine". In mancanza di ulteriori precisazioni in merito alla responsabilità di colui che abbia eseguito l'ordine di commettere l'illecito amministrativo, si è

³³¹ Cfr. PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilità penale*, Cedam, Padova, 2012.

ritenuto³³³ che la punibilità di quest'ultimo potesse essere esclusa nel caso di errore sulla legittimità dell'ordine e in caso di impossibilità di sindacare l'ordine, analogamente a quanto disposto dall'art. 51 ultimo comma.

Dalle nuove disposizioni contenute nei CCNL non solo si trae conferma del fatto che l'inferiore sarà sempre tenuto a sindacare anche la legittimità amministrativa dell'ordine (giacché questo era evidente anche durante la vigenza dell'art. 17 che prevedeva già il dovere di rimostranza), ma si ricava altresì che egli dovrà disobbedire a un simile ordine, anche se reiterato per iscritto dal superiore, con conseguente impossibilità di configurare ordini illegittimi (costituenti illecito amministrativo) vincolanti in quanto confermati.

La mancata espressa previsione nell'art. 17 del TUIC del dovere di disobbedienza nei confronti dell'ordine costituente illecito amministrativo non implica, peraltro, nei limitati casi in cui esso trova ancora applicazione, una diversità di disciplina rispetto alle disposizioni dei contratti collettivi.

Non sembra possibile ritenere, infatti, che, ai sensi dell'art. 17, il subordinato avesse il dovere di obbedire all'ordine costituente illecito amministrativo, o, più in generale, ad un ordine comunque illegittimo (anche se non sotto il profilo penale o amministrativo) seppur reiterato per iscritto.

Le disposizioni esaminate (sia l'art. 17 che le norme contenute nei contratti collettivi), stabilendo che l'inferiore debba eseguire l'ordine ritenuto illegittimo se confermato, non configurano ordini illegittimi vincolanti. Esse operano, invece, sul piano soggettivo, a tutela del subordinato che abbia esternato i propri dubbi circa la legittimità dell'ordine ricevuto. Se l'ordine è confermato per iscritto dal superiore, l'inferiore che l'abbia eseguito sarà esente da responsabilità nel caso in cui l'ordine risulti illegittimo.

Questa impostazione trae conferma anche dalla considerazione che esiste, per il dipendente pubblico, un dovere di legalità, ossia l'obbligo di osservare nell'esercizio delle proprie mansioni la Costituzione, le leggi e ogni altra norma giuridica³³⁴.

³³⁴ V. SANDULLI A., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989, p. 308.

L'ipotesi, poi, che in sede di contrattazione collettiva si possa arrivare ad introdurre un dovere di obbedienza cieca all'ordine del superiore anche qualora l'atto costituisca un illecito penale (tale da poter ravvisare un ordine insindacabile di cui all'art. 51, ult. comma, c.p.), è puramente scolastica. Infatti, tutti i contratti collettivi nazionali, oltre ad aver di fatto mantenuto la previsione del dovere di non eseguire l'ordine quando l'atto sia vietato dalla legge penale - hanno ulteriormente rafforzato il principio della non vincolatività dell'ordine comunque illegittimo, estendendo il dovere di non eseguire l'ordine anche all'ipotesi in cui l'atto costituisca "illecito amministrativo".

Sul piano normativo, la natura privatistica degli obblighi dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche è espressamente sancita dal TUPI, il quale riconduce la materia delle sanzioni disciplinari e della responsabilità alla disciplina dell'art. 2106 c.c. e dell'art. 7 dello Statuto dei lavoratori (art. 55, comma 2 del TUPI)³³⁵.

Un'ulteriore garanzia contro un'ipotetica introduzione in sede di contrattazione collettiva di ordini illegittimi vincolanti, è data dal fatto che il già menzionato dovere di osservanza delle leggi, anche e soprattutto dopo la privatizzazione, non può essere messo in discussione in quanto "*tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi*" (art. 54, 1° comma Cost.), ma ancora oggi mantiene un valore preminente nell'informare l'attività del dipendente nel perseguimento degli interessi pubblici, che mai possono porsi in contrasto con l'ordinamento giuridico generale. Inoltre, non è privo di significato che il Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni (DPR 16 aprile 2013, n. 62 - GU n.129 del 4-6-2013) - consegnato al dipendente, che lo sottoscrive all'atto dell'assunzione, per espresso disposto dell'art. 54, comma 2 del TUPI³³⁶ - ponga "il rispetto della legge" tra i principi a cui il dipendente deve conformare la propria condotta ("il dipendente svolge i propri compiti nel rispetto della legge", art. 3, comma 1).

³³⁵ Secondo l'art. 2104, il prestatore di lavoro deve "osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende".

³³⁶ Così come modificato dalla legge c.d. anticorruzione del 6 novembre 2012, n. 190.

Sezione II: Il diritto di abbandonare il posto di lavoro, individualmente o collettivamente.

Paragrafo I: il diritto di ritirarsi da una situazione pericolosa.

Non può dar luogo ad una sanzione il fatto di aver utilizzato di buon grado il diritto di ritirarsi da una situazione pericolosa, quando la sicurezza del dipendente pubblico o del funzionario è minacciata in maniera grave e immediata³³⁷. Inoltre, il superiore gerarchico che nega al subordinato il diritto di ritirarsi potrebbe essere perseguito per aver messo in pericolo qualcun altro³³⁸.

Il diritto di ritirarsi è giustificato dalla necessità per il funzionario di proteggere la sua vita, minacciata da una situazione di lavoro principalmente pericolosa. Si tratta di un diritto riconosciuto ad ogni lavoratore e che, in Francia, è stato esteso solo tardivamente al pubblico impiego. È previsto, per i funzionari pubblici, dal decreto n° 95-680 del 9 maggio 1995, di cui l'articolo 5, comma 6 dispone: “nessuna sanzione né trattenuta dallo stipendio può essere presa nei confronti di un funzionario o gruppo di funzionari che si sono ritirati da una situazione di lavoro rispetto alla quale ritenevano ragionevolmente che presentasse un pericolo grave e imminente per la vita o la salute di ciascuno di essi”. Tuttavia, un eventuale “abuso del diritto di ritirarsi” pone un problema che il diritto non è in grado di risolvere³³⁹.

Ovviamente, questa possibilità è negata a quei funzionari che mettono in pericolo la loro vita lavorando in condizioni pericolose, garantendo missioni di sicurezza dei beni e delle persone. Il solo limite per l'esercizio del diritto di abbandono è la creazione per qualcun altro di una nuova situazione di pericolo grave e imminente che scaturisca, precisamente, da un ritiro intempestivo del funzionario dal posto di lavoro. Per quanto concerne la FPT, i davanti ad una carenza statutaria, si è rimediato per via giurisprudenziale creando un principio generale del diritto che consente ai funzionari territoriali di disubbidire a un ordine e di ritirarsi da una situazione di lavoro che

³³⁷ Nouveau code du travail, art. L. 4131-1; SGFP, art. 23.

³³⁸ C. penale, art. L. 121-3; SGFP, art. 11 bis A.

presenta un pericolo grave e imminente per la loro vita o per la loro salute. Il diritto di ritirarsi è stato in seguito riconosciuto ai funzionari territoriali dal decreto del 16 giugno 2000 relativo all'igiene e alla sicurezza nella FPT. Le missioni per le quali i funzionari della polizia municipale e i pompieri non possono esercitare questo diritto di ritiro sono state precisate da una sentenza emessa il 15 marzo 2001.

In Italia, anche alla luce della privatizzazione del lavoro pubblico, il diritto di abbandonare una situazione di lavoro pericolosa è riconosciuto a tutti i lavoratori. Questo diritto ha due fonti normative. La prima è la quella generale. Infatti, il diritto del lavoratore ad abbandonare una situazione di lavoro pericolosa discende dalle norme codicistiche il virtù delle quali una parte contraente può rifiutarsi di adempiere la propria prestazione a fronte dell'inadempimento altrui³⁴⁰ oppure quelle che disciplinano le conseguenze giuridiche della *mora credendi*³⁴¹.

In realtà, secondo quanto sostenuto da Natullo, il diritto di allontanamento è già agevolmente desumibile dalle norme generali in materia di obbligazioni che, in simili situazioni, escludono l'inadempimento contrattuale. È a questa norma generale che si fanno originare gli effetti giuridici, prima di ogni altra disposizione presente nell'ordinamento italiano.

La seconda, non meno importante, viene dall'art.44 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81³⁴²:

“I lavoratori hanno diritto comunque di abbandonare – senza subire ripercussioni – il posto di lavoro in caso di pericolo grave e immediato, anche adoperandosi direttamente quando l'evacuazione organizzata non funziona. Inoltre, finché perdura una situazione di pericolo grave e immediato, la normale attività lavorativa non può essere ripresa”.

La differenza tra l'art.44 e le disposizioni generali in materia di *mora credendi* sono evidenti: il Testo unico sulla sicurezza non presuppone nessun inadempimento del datore di lavoro alla normativa in materia di sicurezza ma semplicemente “una situazione di pericolo che ben può essere derivata da caso fortuito, forza maggiore o

³⁴⁰Art. 1460 Cod.civ..

³⁴¹Art. 1207 Cod.civ..

³⁴² “Attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro”, conosciuto come Testo unico sulla sicurezza.

da violazioni non commesse dal datore di lavoro né da altri soggetti nel cui operato egli debba rispondere”³⁴³. Il campo di applicazione è quindi più ampio delle norme codicistiche. In secondo luogo la norma, più che sancire il diritto del lavoratore ad allontanarsi dal luogo di lavoro (diritto indiscutibile poiché la situazione di pericolo esonera qualsiasi responsabilità contrattuale, anche quando non sia imputabile al datore di lavoro) ha la finalità di regolare le conseguenze di tale allontanamento stabilendo che da esso non può derivare alcun tipo di pregiudizio per il lavoratore.

Sul tema vanno sottolineati due aspetti importanti. In primo luogo, non necessariamente la situazione di pericolo deve essere certa e verificabile. Il legislatore vuole, infatti, impedire che il lavoratore metta a rischio la sua salute e la sua sicurezza restando sul posto di lavoro. La situazione di pericolo deve essere quindi non manifestamente infondata e il lavoratore non deve utilizzarla come pretesto per assentarsi dal lavoro³⁴⁴. Per gli stessi motivi, i tre aggettivi utilizzati dal legislatore per qualificare la situazione di pericolo non restringono eccessivamente le situazioni nelle quali è possibile applicare la norma: la “gravità” non si riferisce tanto alla rilevanza del danno temuto³⁴⁵ quanto all’elevata probabilità del suo verificarsi; l’immediatezza attiene alla sua prossimità temporale; la “non evitabilità” esclude solo le situazioni agevolmente rimediabili da parte dello stesso lavoratore o da altri operatori aziendali. Tali requisiti del danno mirano semplicemente ad escludere quelle situazioni in cui l’allontanamento del lavoratore sia arbitrario. La norma vuole rendere effettiva la tutela della salute e della sicurezza del lavoratore impedendo che, nelle situazione in cui è a rischio seriamente la propria sicurezza, possa sottovalutare il pericolo per incertezze connesse alle conseguenze giuridiche del suo agire.

In secondo luogo, in presenza delle condizioni di cui all’art. 44, comma 1°, se situazione di pericolo non è imputabile all’amministrazione, il lavoratore non conserva il diritto alla retribuzione. Si tratterebbe, infatti, di un effetto in contrasto con le norme generali civilistiche che prevedono anche l’estinzione dell’obbligazione retributiva.

³⁴⁴ Cfr. CARINCI, commentario diretto da, *Ambiente e sicurezza del lavoro*, a cura di M.Rusciano e G.Natullo, 2007, Utet, Milano, pag. 265.

³⁴⁵ In altri termini ogni timore di danno, anche lieve, alla persona giustifica l’allontanamento.

Inoltre, l'art. 44 del Testo Unico sulla sicurezza va oltre lo schema civilistico di tutela cui all'art.1463 Cod.Civ. e sancisce il diritto del lavoratore ad assentarsi tutte le volte che egli teme per la sua incolumità, senza temere di perdere la retribuzione. Lo scopo del legislatore è quello di eliminare le conseguenze dannose del suo gesto di abbandonare il posto di lavoro, il che è confermato anche dal fatto che il medesimo articolo, al comma 2°, esonera il lavoratore dalle conseguenze degli interventi da lui stesso compiuti per evitare le situazioni di pericolo. Anche in quest'ultimo caso, la norma vieta di ritenerlo in alcun modo responsabile delle decisioni prese, purché non abbia commesso una negligenza grave. La norma di cui al comma 2° mira, in sostanza, a tenere esente il prestatore dalle sanzioni disciplinari del datore di lavoro, ovvero dalle pretese risarcitorie di questi o di terzi³⁴⁶.

La formulazione, come si vede, è del tutto analoga a quella del legislatore francese, prevedendo le condizioni di “pericolo grave e immediato”, in presenza della quale è esclusa qualsiasi conseguenza disciplinare per il lavoratore.

Il funzionario può incorrere nella radiazione dai organici della funzione pubblica secondo la teoria di abbandono del posto, che comporta la rottura del rapporto giuridico che unisce il funzionario all'amministrazione. Secondo la giurisprudenza, un funzionario che ha abbandonato il posto di lavoro ha inteso rompere il rapporto che lo lega all'amministrazione. Essa deve trarne tutte le conseguenze radiandolo puramente e semplicemente dai ruoli senza che egli possa beneficiare di garanzie disciplinari³⁴⁷.

Tuttavia, l'attribuzione di una sanzione così grave necessita di un minimo di precauzioni, per capire le motivazioni della sua assenza e quindi per non rendere automatica la perdita del posto per il funzionario. Un'interessante giurisprudenza del giudice amministrativo contiene le condizioni di applicazione di questa “procedura d'eccezione” (P. Moreau e B. Cazin). Secondo i giudici, l'amministrazione deve semplicemente prendere atto dell'abbandono del posto, sotto il controllo del

³⁴⁶ Cfr. CARINCI, commentario diretto da, *Ambiente e sicurezza del lavoro*, a cura di M.Rusciano e G.Natullo, 2007, Utet, Milano, p. 266.

³⁴⁷ V. CE 21 aprile 1950, Gicquel, Lebon p. 225 ; CE 23 dicembre 1964, Ville de Saint-Ouen, RDP 1965, p. 556 ; CE 13 luglio 1963, Sieur Quesnel, Lebon p. 461

Consiglio di Stato³⁴⁸. Per la verità, si può verificare che, in realtà, da un punto di vista strettamente giuridico l'abbandono del posto non si è verificato. Il funzionario potrebbe essere regolarmente sui luoghi ma rifiutare di proseguire la propria attività: in questo caso viene avviata una procedura disciplinare e non la procedura di abbandono del posto, che richiede un'assenza fisica del funzionario³⁴⁹. Allo stesso modo, un funzionario che non ha ripreso servizio dopo più atti di messa in mora e che giustifica il suo comportamento mediante autorizzazioni d'assenza irregolari non rompe con il servizio³⁵⁰. La procedura prevede che l'autorità amministrativa debba, da una parte, indirizzare al funzionario una messa in mora esplicita e, dall'altra parte, motivare la sua decisione. Il rifiuto di obbedire ad una messa in mora regolarmente intervenuta e notificata caratterizza manifestamente la situazione di abbandono del posto.

Nella sentenza Boualaoui il Consiglio di Stato ha ricordato che il licenziamento per abbandono del posto può intervenire legalmente solo se il funzionario, che ha cessato senza giustificazioni di esercitare le sue funzioni, non ha risposto alla messa in mora di riprendere il suo lavoro.

Il rifiuto di ottemperare può essere esplicito o implicito. Nella prima ipotesi, il funzionario fa espressamente sapere all'amministrazione che non intende riprendere le sue funzioni per delle ragioni che è libero di evocare.

Tale atteggiamento, piuttosto audace, è tuttavia molto raro. Esso può essere interpretato come le dimissioni nell'interesse del funzionario. A differenza delle dimissioni "ordinarie" che l'autorità gerarchica può rifiutare o accettare, il rifiuto del funzionario si iscrive nel quadro di un atteggiamento colpevole che risulta dalla sua assenza dal servizio.

³⁴⁸ CE, 4 luglio 1997, Mme Boucetta ; CE, 25 febbraio 1998, Centre de gestion de la FPT de Seine Maritime.

³⁴⁹ CE, 27 febbraio 1981, Mme Yaffi.

³⁵⁰ CE sez., 11 dicembre 1988, M. Samoy e altri.

Il rifiuto dell'agente può risultare dal suo silenzio o dalla constatazione dell'assenza alla scadenza dell'intervallo che gli è stato concesso nella messa in mora di raggiungere il suo posto³⁵¹.

L'agente che non rispetta la messa in mora di riprendere le sue funzioni si rende colpevole non solo di abbandono di posto, ma anche di mancamento al suo dovere di obbedienza gerarchica, la cui mancanza è dovuta solo nel caso di un ordine manifestamente illegale (di cui si è analizzato in precedenza).

Quando è senza esito, la messa in mora induce inesorabilmente l'autorità investita del potere disciplinare ad infliggere una sanzione nei confronti dell'agente disobbediente³⁵².

La sanzione appropriata in questa situazione è la radiazione dai ruoli o un licenziamento per abbandono di posto, senza che l'agente coinvolto benefici delle garanzie prescritte in materia disciplinare: la giurisprudenza considera che il funzionario che si rende colpevole di abbandono di posto abbia scelto di rompere i legami che lo uniscono all'amministrazione.

Anche nell'ordinamento italiano, l'abbandono del posto di lavoro senza valido motivo comporta una responsabilità grave per il lavoratore che potrebbe essere sanzionata con il licenziamento per giusta causa. Secondo la giurisprudenza, anche l'abbandono ingiustificato del posto di lavoro da cui possa derivare pregiudizio all'incolumità delle persone può comportare il giusto licenziamento.

Le sanzioni disciplinari sono previste dai singoli contratti collettivi. Nel caso, per esempio, delle Agenzie fiscali³⁵³ l'arbitrario abbandono del servizio è equiparato all'assenza ingiustificata; la sanzione prevista è sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino ad un massimo di 10 giorni.

³⁵¹ Cfr AUBIN Emmanuel, *Droit de la fonction publique*, Lextenso, Paris, 2009, p. 244 .

³⁵² V. legge n° 83-634 del 13 luglio 1983 relativa ai diritti e alle obbligazioni dei funzionari; Decreto n° 83-145 del 5 febbraio 1988 relativo agli impiegati non titolari della FPT .

³⁵³ Art. 67 CCNL del 28 maggio 2004 relativo alle Agenzie fiscali.

Paragrafo II: il potere di precettazione dell'autorità amministrativa davanti al legittimo esercizio del diritto di sciopero.

Se per disobbedire individualmente occorre un coraggio non indifferente, organizzarsi collettivamente esercitando il diritto di sciopero rappresenta la forma più classica del diritto di resistenza; tuttavia il suo riconoscimento non è stato affatto semplice per gli impiegati pubblici.

Senza entrare nella disciplina specifica del diritto sindacale, che sarà oggetto di trattazione in un successivo capitolo, ciò che interessa in questa sede è capire quali margini ha l'amministrazione-datrice di lavoro per imporre al personale il regolare espletamento della prestazione lavorativa davanti ad un legittimo esercizio del diritto di sciopero.

Nell'ordinamento francese, il diritto di sciopero è stato riconosciuto solamente nel 1946. Il settimo comma della Costituzione dell'ottobre 1946 dispone che "il diritto di sciopero si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolamentano". Il giudice amministrativo ha rifiutato, dopo la Corte di Cassazione³⁵⁴, di fissare una soglia al di là della quale non ci sarebbe sciopero da un punto di vista giuridico, ritenendo che un solo funzionario pubblico potrebbe scioperare quando è il solo a difendere le sue rivendicazioni professionali³⁵⁵.

L'articolo 10 dello SG (titolo I) ha ripreso letteralmente il 7° comma del Preambolo della Costituzione del 1946 disponendo che i funzionari "esercitino il diritto di sciopero nell'ambito delle leggi che lo regolano".

Si constata tuttavia che il legislatore non ha sempre inquadrato il modo globale l'esercizio di questo diritto.

Ci si riferisce, in particolare, la legge del 31 luglio 1963 relativa a certe modalità di sciopero nei servizi pubblici (art. L. 2512-1 a L.2512-5, Codice del lavoro), che si applica ai funzionari civili dello Stato, a quelli delle province e dei comuni con più di 10.000 abitanti come pure al personale delle imprese pubbliche; questa legge ha reso obbligatorio comunicare un preavviso di sciopero e ha proibito la pratica dello

³⁵⁴ Cass.Soc., 13 novembre 1996, Mme Direr c/Bolard.

sciopero a rotazione che consiste, per i funzionari scioperanti, nel provocare lo stesso disagio di uno sciopero ordinario ma minimizzando le trattenute per il personale.

Peraltro, il legislatore è intervenuto per instaurare un servizio minimo in determinati servizi pubblici per impedire l'interruzione del servizio, per i settori della radiotelevisione, della navigazione aerea, nel trasporto viaggiatori e nella pubblica istruzione³⁵⁶. In particolare, in questo settore gli scioperanti sono obbligati a dare un preavviso di almeno 48 ore prima dell'inizio dello sciopero, per consentire ai comuni l'organizzazione del servizio minimo, da finanziare con le trattenute al personale.

In assenza di uno specifico intervento legislativo, il giudice amministrativo è stato indotto a precisare le condizioni di applicazione, nella funzione pubblica, di questo diritto costituzionale nella sentenza Dehaene³⁵⁷. In Consiglio di Stato ha affermato che spetta al Governo, responsabile del buon funzionamento dei servizi pubblici, di fissare per questi servizi, sotto il controllo del giudice, la natura o l'estensione delle limitazioni che devono essere apportate a questo diritto, per evitarne un uso abusivo o contrario alle necessità dell'ordine pubblico. Il giudice amministrativo ha pertanto cercato di conciliare la difesa degli interessi professionali degli scioperanti e la salvaguardia dell'interesse generale al quale lo sciopero può recare pregiudizio riconoscendo ai capi ufficio la possibilità di istituire un servizio minimo³⁵⁸.

Dalla legge dell'11 luglio 1938, l'autorità amministrativa può precettare il personale scioperante per assicurare la continuità del servizio pubblico nel settore della sicurezza civile³⁵⁹. Secondo la giurisprudenza del giudice amministrativo, occorre valutare la proporzionalità tra la misura di precettazione e le esigenze di continuità del servizio pubblico. La giurisprudenza ritiene legale la precettazione solamente

³⁵⁵ CAA Marsiglia, 18 giugno 1998, *Mlle Thomas*.

³⁵⁶ Si ricorda la legge del 29 luglio 1982 e del 30 settembre 1986 inerente il servizio radiotelevisivo; legge del 31 dicembre 1984 e del 18 dicembre 1987 per i lavoratori del settore aereo; legge n° 2007-1224 del 21 agosto 2007 sul dialogo sociale e la continuità del servizio pubblico nel settore del trasporto viaggiatori; la legge n° 2008-790 del 20 agosto 2008 sullo sciopero nel settore della pubblica istruzione.

³⁵⁷ CE Ass., 7 luglio 1950, Dehaene.

³⁵⁸ CE, 13 novembre 1992, Unione dei sindacati dell'aviazione civile; CE, 17 marzo 1997, Hotz.

³⁵⁹ WECLAWIAK R., « Sécurité civile et requisition », *RDP*, 2003, p. 1023

quando lo sciopero reca un pregiudizio sufficientemente grave alla continuità dei servizi pubblici o ai bisogni della popolazione³⁶⁰.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, invece, la precettazione di lavoratori subordinati e autonomi è consentito in presenza di un fondato pericolo di un pregiudizio grave ed imminente ai diritti della persona costituzionalmente garantiti. Non si tratta di un principio giurisprudenziale, ma è stato stabilito dalla legge n° 146/90³⁶¹.

Il potere di precettazione spetta al Prefetto per i conflitti locali ed al Presidente del Consiglio dei Ministri per i conflitti nazionali o interregionali. Le autorità titolari del potere su segnalazione della Commissione di garanzia o, nei casi di necessità ed urgenza, di propria iniziativa, invitano le parti a interrompere i comportamenti che determinano una situazione di pericolo ed esperiscono un tentativo di conciliazione, da esaurirsi nel minor tempo possibile. Se il tentativo di conciliazione ha esito negativo, le autorità competenti adottano con ordinanza le misure necessarie a prevenire il pregiudizio.

L'ordinanza deve essere emanata non meno di 48 ore prima dell'inizio dello sciopero, salvo che sia ancora in corso il tentativo di conciliazione o vi siano ragioni di urgenza, e deve specificare il periodo di tempo durante il quale i provvedimenti dovranno essere osservati dalle parti.

Tra le possibilità ammesse, l'ordinanza può ordinare il differimento dello sciopero ad un'altra data, ridurne la durata, imporre misure e prescrizioni atte a garantire livelli di funzionamento del servizio pubblico che siano compatibili con la salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati.

L'autorità competente ad emettere l'ordinanza deve prendere in considerazione l'eventuale proposta formulata dalla Commissione di garanzia in ordine alle misure da adottare con tale strumento. L'ordine di precettazione può essere portato a conoscenza dei soggetti interessati sia mediante comunicazione diretta sia mediante affissione nei luoghi di lavoro, da compiere a cura dell'amministrazione o dell'impresa erogatrice.

³⁶⁰ CE sez., 24 febbraio 1961, Isnardon.

³⁶¹ Cfr ADDARIO L., "La precettazione tra esigenze di Stato e diritti dei lavoratori, consultato sul sito del Centro studi diritto dei lavori", 8 settembre 2009 [<http://www.csddl.it/csddl/nomero-1/la-precettazione-tra-esigenze-di-stato-e-diritti-dei-lavoratori.html>, consultazione del 19 marzo 2013].

L'ordinanza viene, inoltre, diffusa mediante gli organi di stampa, nazionali o locali, la radio e la televisione. L'ordinanza può essere impugnata, con ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale competente per territorio, dalle organizzazioni sindacali, delle imprese e delle amministrazioni erogatrici e dei singoli lavoratori interessati. Il TAR può sospendere l'attuazione dell'ordinanza in presenza di fondati motivi³⁶².

³⁶² Cfr. S. GLINIANSKI e G. PINO, *Il potere di precettazione in materia di scioperi nei servizi pubblici essenziali tra competenze del Governo e prerogative dell'Autorità di garanzia*, 27 febbraio 2012 [<http://www2.lexitalia.it/archives/1522>, consultazione del 19 marzo 2013].

Conclusioni del terzo capitolo.

Eric Desmons³⁶³ riteneva che in merito alla legalità degli atti possono configurarsi tre correnti dottrinali.

Secondo la prima, l'ordine illegale non può essere considerato ordine gerarchico e non possiede più forza obbligatoria. Pertanto, è consentito disobbedirvi.

Secondo Maurice Hauriou invece, l'obbedienza è dovuta in ogni circostanza, in base al principio gerarchico. Secondo Hauriou, occorre considerare il potere gerarchico in senso assoluto. In quest'idea, il titolare di questo potere "non ha bisogno di avere ragione per giustificare i suoi atti"³⁶⁴

La terza corrente rappresenta un compromesso tra le prime due. Si ammette per il funzionario la possibilità di disobbedire, ma si sollevano al tempo stesso numerose questioni sulla valutazione dell'illegalità.

Alla luce della precedente trattazione si può affermare che sia l'ordinamento italiano che quello francese si collocano in questa terza ultima categoria. Disobbedire è consentito, ma in presenza di talune condizioni restrittive, essendo l'obbedienza un elemento intrinseco dell'organizzazione gerarchica. Un esercizio frequente del diritto di disobbedienza metterebbe a rischio l'esistenza stessa dell'amministrazione.

La questione del dovere di disobbedienza è facile da risolvere quando l'ordine del superiore che dispone un atto di oppressione non è preso in applicazione di una legge, o è contrario ad essa. È pacifico che il rispetto della legge penale deve prevalere sulla gerarchia.

Suscita tuttavia perplessità, nell'ordinamento francese, la circostanza che oltre all'illegalità sia necessaria la lesione di un interesse pubblico. L'interpretazione secondo la quale di per sé la violazione della legge costituisce una lesione

³⁶³ DESMONS E., « Droit et devoir de résistance en droit positif français », *LGDJ*, Bibl. droit public, 1999, p. 151 e seg.

³⁶⁴ HAURIOU M. « Les idées de M. Duguit », *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1911, p. I.

dell'interesse pubblico appare una forzatura, essendo chiaro che se si trattasse di una condizione ridondante il legislatore non l'avrebbe posta. Appare più efficace a tal proposito la formulazione del legislatore italiano, che davanti ad un ordine di sospetta illegalità garantisce il funzionario concedendogli il diritto di effettuare rimostranza, esercitato il quale scatta l'esonero della responsabilità.

La disobbedienza dei funzionari implica due serie di domande, la prima sul piano della responsabilità penale, l'altro su quello della responsabilità disciplinare. In certi casi la disobbedienza dei funzionari è un dovere.

Il punto di debolezza della normativa italiana è invece costituito dall'ultimo comma dell'articolo 51 c.p., che prevede la non punibilità quando non è possibile esercitare alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine. Infatti, da un esame attento della legislazione in vigore emerge che non sussistono (e non sono configurabili) ipotesi in cui il subordinato non può effettuare alcun sindacato sulla legittimità, formale e sostanziale, dell'ordine. Pertanto, l'art. 51 non potrà mai applicarsi per gli impiegati civili dello Stato.

Più controversa è invece la questione per i dipendenti ancora "in regime di diritto pubblico" per i quali si ritiene generalmente applicabile l'ipotesi normativa degli ordini illegittimi insindacabili di cui all'art. 51, ult. comma, c.p..

L'abbandono ingiustificato del posto di lavoro può, sia in Italia che in Francia, dar luogo a licenziamento. In Italia ciò può accadere quando da tale comportamento può derivare un pregiudizio all'incolumità delle persone, in Francia quando il dipendente non riprende a lavorare in seguito alla messa in mora da parte del datore di lavoro.

Infine, il diritto di sciopero rappresenta una forma collettiva di disobbedienza all'ordine gerarchico, riconosciuta in entrambi gli ordinamenti. Davanti allo sciopero il datore di lavoro non può avere alcuna forma di reazione; l'adempimento coattivo della prestazione può essere imposto solo dall'autorità di precettazione quando vi è fondato pericolo che uno sciopero rechi pregiudizio grave ed imminente ai diritti della persona costituzionalmente garantiti. Nell'ordinamento francese manca la figura

di un'istituzione terza, pertanto la precettazione può essere disposta direttamente dall'autorità amministrativa.

Capitolo secondo: L'esercizio eccessivo del potere direttivo. Il mobbing nel pubblico impiego.

Sezione I: la “molestia morale” tra diritto amministrativo e diritto privato.

Paragrafo I: qualificazione della fattispecie.

Come prima cosa, in materia di mobbing occorre fare chiarezza da un punto di vista linguistico. In Francia, per le note sensibilità alla protezione e non contaminazione della propria lingua, quello che in Italia si chiama “mobbing”, viene chiamato “molestia morale” (“harcèlement moral”). La lingua italiana, al contrario, è molto permeabile alle importazioni dall'estero, specialmente dall'inglese, così che il termine mobbing, proveniente dal mondo dell'etologia, è entrato ormai a pieno titolo a far parte delle parole d'uso comune anche nella pratica giudiziaria. Gli scenari di aggressività (“to mob” significa assalire, aggredire in gruppo) da esso evocati sono incompatibili con un normale svolgimento di un rapporto di lavoro subordinato.

Nella presente trattazione, per evitare fraintendimenti di tipo linguistico, d'ora in poi si utilizzerà sempre il termine “mobbing”.

In Francia, la legge di modernizzazione sociale n° 2002-73 del 17 gennaio 2002 contiene una serie di prescrizioni relative al mobbing: ne ha introdotto la definizione nel codice del lavoro e ha istituito un regime giuridico specifico (art. 169 della legge); viene configurato il reato di mobbing introdotto nel Codice penale (art.170)³⁶⁵.

Il mobbing è diventato quindi una nozione giuridica che trasversale tra il diritto del lavoro e il diritto penale. Il campo di applicazione del reato introdotto nel Codice penale dalla legge di modernizzazione sociale non esclude, ovviamente, i lavoratori

³⁶⁵ ROLIN F., « Le harcèlement moral au risque du droit administratif », *AJDA*, 2002, p.733 ss.

pubblici. Inoltre, il diritto amministrativo non è interamente estraneo a questa tipizzazione.

Nello SG viene introdotta una norma (art. 6-*quinquies*) che ricalca parzialmente quella del codice del lavoro (art.178 della legge).

In questo contesto, appare necessario riflettere sull'incidenza di questa nuova nozione nel diritto amministrativo.

L'articolo 122-49, comma 1, del Codice del lavoro, introdotto dall'art. 169 della legge di modernizzazione sociale del 17 gennaio 2002, merita di essere citato nella sua integralità per coglierne la portata: “nessun lavoratore deve subire delle condotte ripetute di mobbing che hanno per oggetto di ledere i suoi diritti e la sua dignità, e di alterare la sua salute fisica o mentale o di compromettere il suo avvenire professionale”. Si tratta pertanto di una definizione estensiva.

La formulazione del testo dimostra che ogni persona può rendersi colpevole di atti di molestia, che si tratti di superiori gerarchici, di colleghi o anche di clienti o utenti del servizio. Poiché questa trattazione si occupa dei poteri del superiore gerarchico, ci si limiterà solamente al mobbing posto in essere da costui (mobbing verticale). Non verranno pertanto prese in considerazione le fattispecie di mobbing orizzontale o quello posto in essere dai cittadini o utenti.

Le questioni inerenti il campo di applicazione della nozione di mobbing nel pubblico impiego seguono le stesse logiche del diritto del lavoro. La sola particolarità è la precisazione secondo la quale questo regime si applica sia ai funzionari (i “titolari”) che ai dipendenti assunti mediante contratto di diritto pubblico, ovvero sia i dipendenti assunti a tempo indeterminato che quelli a tempo determinato. Per i dipendenti di enti pubblici assunti in regime di diritto privato, si applicano le disposizioni del codice del lavoro, con l'effetto paradossale che essi beneficiano di una protezione maggiore rispetto ai colleghi assunti in regime di diritto pubblico.

La proibizione del mobbing nella FP rende nulle tutte le misure in cui esso si manifesta.

Oltre alla proibizione, la legge ne contiene una lista non esaustiva³⁶⁶. Questo divieto deve naturalmente interpretarsi come alla base dell'illegalità delle “condotte” (“agissements”) che si iscrivono in questa casistica³⁶⁷. La scelta del vocabolo “condotte” e non di “decisioni” ha una conseguenza importante, nel senso che si fa riferimento non solo a tutte le ipotesi in cui il mobbing prende la forma di “atti amministrativi” impugnabili, ma anche quando la vittima è oggetto di “comportamenti” che non possono essere oggetto di contenzioso, come fatti concludenti e gli ordini verbali.

Inoltre, i dipendenti estranei alla molestia beneficiano della stessa protezione istituita nel diritto del lavoro per aver riferito o testimoniato fatti legati al mobbing. Tuttavia, sul piano processuale, i funzionari non beneficiano del regime probatorio più favorevole istituito dall'articolo L. 122-52 del Codice del lavoro.

Si tratta di una circostanza singolare, dal momento che non esiste una differenza sostanziale fra i funzionari pubblici e i dipendenti del settore privato tale da giustificare un trattamento differente in giudizio, come sottolinea opportunamente Rolin.

Inoltre, il giudice amministrativo si serve già nell'ambito della sua giurisdizione meccanismi presuntivi³⁶⁸ d'amministrazione della prova. Sarebbe stato di conseguenza logico far beneficiare i funzionari pubblici di questo regime più favorevole. Tuttavia, il giudice amministrativo potrà ovviare a questo problema per via giurisprudenziale, mediante la creazione di un principio generale che scaturisce dalla legge di modernizzazione sociale, oppure estendendo i regimi di “sospetto d'illegalità”, utilizzati da tempo³⁶⁹.

³⁶⁶ “In particolare il reclutamento, la titolarizzazione, la formazione, la valutazione, la disciplina, la promozione, la disciplina, l'assegnazione o il trasferimento” (art. 6 quinquies, comma 2, aggiunto alla legge del 13 luglio 1983). La formulazione riprende in linea generale quella del codice del lavoro.

³⁶⁷TA Versailles 17 maggio 2002, M. Van Weydevelt, ric. n° 94-406: una decisione contenente una valutazione non costituisce mobbing.

³⁶⁸ Il tribunale amm.vo di Versailles, nel giudizio citato nella nota precedente, ha ritenuto che il ricorrente non aveva dimostrato gli elementi necessari per dimostrare il mobbing, ricadendo su di lui l'onere della prova.

Tuttavia, i funzionari possono godere di una garanzia di un'altra natura, inerente al sistema di ricorso di tipo non contenzioso esistente in diritto amministrativo. La legge stabilisce che l'aver esercitato un ricorso non di tipo contenzioso contro atti di mobbing non giustifica decisioni discriminatorie. L'oggetto della disposizione permette in particolare di evitare le sanzioni in caso di mancato riconoscimento del mobbing, per evidente malafede.

Si è detto che, sul piano penale, l'incriminazione posta all'articolo 222-33-2 del Codice penale non esclude i funzionari pubblici dal campo di applicazione. Il giudice penale è quindi legittimato a valutare la legalità delle decisioni amministrative che caratterizzano il mobbing.

Poiché gli è riconosciuta una competenza piena, il giudice penale potrà apprezzare la legalità delle decisioni amministrative che costituiscono mobbing. Tuttavia, per quanto riguarda invece le azioni indennitarie intraprese dalla vittima, la competenza spetta alle giurisdizioni amministrative.

È importante sottolineare il legame tra la colpa personale alla base del mobbing e le conseguenze sul servizio³⁷⁰, dal momento che le molestie morali si traducono nell'emanazione di misure amministrative vessatorie.

Le questioni più interessanti che scaturiscono dall'introduzione della nozione di mobbing in diritto amministrativo, e più specialmente nel diritto della FP, ineriscono le relazioni tra questa nozione e altre tipiche del diritto amministrativo, come lo sviamento di potere o la sanzione "mascherata". Si tratta di determinare se l'introduzione della fattispecie del mobbing rende inutile il ricorso a queste nozioni classiche, in virtù di un principio di specialità, o se, al contrario, esse possono legittimamente sovrapporsi.

La giurisprudenza ha mostrato ripetutamente che si tratta di nozioni autonome che giustificano di un esame specifico. Il giurista Frédéric Rolin le ha confrontate per coglierne le differenze³⁷¹.

³⁷⁰ In merito agli eccessi comportamentali dei dipendenti pubblici v. CHAPUS R., *Droit administratif général*, Montchrestien, tomo 1, XV ed., 2001, n° 1526.

Secondo la definizione classica data da Bruno Genevois nelle sue conclusioni sulla sentenza *Spire*, nella sanzione disciplinare mascherata è possibile ritrovare un elemento oggettivo e di uno soggettivo. Il primo è rappresentato dalle conseguenze della sanzione sulla situazione professionale del funzionario, che può causare riduzioni di vantaggi di carriera o di remunerazione, esattamente come accade per le sanzioni disciplinari. L'elemento soggettivo si riferisce alla volontà del molestatore di sanzionare il dipendente a causa di mancati, reali o supposti, alle sue obbligazioni. Solitamente le sanzioni disciplinari mascherate vengono annullate per mancata osservanza delle procedure disciplinari previste.

È evidente che le due nozioni somigliano: entrambe mostrano la volontà di creare un pregiudizio all'interessato, che si traduce poi in decisioni amministrative. Per certi versi, si può dire che la nozione di sanzione mascherata è anticipatrice di quella di mobbing.

Restano, tuttavia, differenze tali giustificare la distinzione. Il mobbing suppone atti "ripetuti" nel tempo, mentre la sanzione mascherata può anche consistere in uno solo episodio. Il mobbing è rappresentato dall'insieme di note di servizio, soprusi e vessazioni quotidiane.

In altri termini, mediante la sanzione mascherata, il datore di lavoro cerca di ottenere lo stesso scopo, l'allontanamento del funzionario, senza tuttavia sottostare alla procedura disciplinare che ne garantisce i diritti.

Da notare che una sanzione mascherata potrebbe essere nulla per violazione della procedura ma basata comunque su motivazioni reali; invece una sanzione disciplinare potrebbe essere stata comminata a seguito di una procedura svolta correttamente, ma con una ragione di base priva di fondamento³⁷².

³⁷¹ ROLIN F., « Le harcèlement moral au risque du droit administratif », *AJDA*, 2002, p.733 ss.

³⁷¹ V. le conclusioni di B. Genevois nella sentenza *Spire* (CE 9 giugno 1978, *Rev. adm.*, 1978, p. 631), nella quale si dà la definizione di sanzione mascherata.

³⁷¹ BANDET P., *Les obligations des fonctionnaires*, Paris, Berger-Levrault, 1999, p. 83.

Dalle sanzioni mascherate si arriva fino alle dimissioni o all'abbandono di posto che legittima la radiazione dai ruoli della FP. In merito alle prime, alcuni autori si sono chiesti se la decisione mediante la quale l'amministrazione accetta le dimissioni possa essere impugnata in base al vizio della volontà del funzionario oggetto di mobbing³⁷³.

Della radiazione per abbandono di posto ci siamo già occupati nel capitolo precedente. Come si ricorderà, la giurisprudenza la considera valida quando l'abbandono è avvenuto non per forza maggiore e quando esso risulta dalla volontà esplicita e consapevole del funzionario³⁷⁴.

Il funzionario può abbandonare il suo posto di lavoro per preservare la sua salute o se ritiene che la sua dignità professionale abbia subito un pregiudizio.

L'abbandono di posto è consentito per motivi di forza maggiore, ovvero quando il funzionario sente la necessità di proteggersi e preservare la salute³⁷⁵. Ma per salute si intende anche quella mentale, evidentemente messa a dura prova nel caso di mobbing³⁷⁶.

C'è un caso che va considerato: il dipendente potrebbe abbandonare il posto di lavoro, al di fuori di ogni situazione di fragilità psicologica, in seguito a una riorganizzazione, se ritiene che le nuove mansioni attribuitegli non corrispondano al suo profilo o alle competenze possedute, provocando un pregiudizio ai suoi diritti e alla dignità di lavoratore, se il suo avvenire professionale ne risulta compromesso.

³⁷³ CE 22 giugno 1994, Commune De Lançon-Provence, Lebon, p. 806 : annullamento di decisione di accettazione delle dimissioni rassegnate sotto pressione o per malattia.

³⁷⁴ MBILAMPINDO W., La mise en demeure de reprendre son service dans la procédure d'abandon de poste, *AJFP*, 2001-1, pp. 49-55.

³⁷⁴ CE Sez. 11 dicembre 1998, M. Casagrande, req. 147511, pag. 29. Si tratta del caso di un funzionario pubblico che, a causa di una tensione sul posto di lavoro, era entrato nel circolo vizioso di problemi psicologici che a causa dei quali aveva beneficiato di un congedo malattia di lunga durata, al termine del quale era stato licenziato. In un caso simile si configura l'applicazione della norma di legge in materia di mobbing.

³⁷⁴ V. conclusioni di M. Salat Baroux, commissario del governo, CE Sez. 11 dicembre 1998, M. Casagrande, req. 147511, 147512.

Paragrafo II: le specificità nel pubblico impiego.

Il caso Samoy³⁷⁷ evidenzia ancora una volta il problema degli ordini illegali e la difficoltà per un funzionario di difendersi.

Sembra evidente che il mobbing trova terreno favorevole nella FP e ciò si accentua maggiormente quanto più il funzionario è vicino agli organi del potere decisionale. L'obbligazione di obbedienza gerarchica e l'impossibilità di disobbedire ad un ordine solamente illegale mettono il funzionario in una situazione difficile, nella quale la dignità professionale è messa in serio pericolo.

Il problema del mobbing nel pubblico impiego è legato principalmente in Francia alle regole che definiscono i limiti del dovere di disobbedienza dei funzionari pubblici. Infatti, per il 90% parte dei casi, a porre in essere pratiche mobbizzanti sono i superiori gerarchici, in relazione a rifiuti di obbedienza o di vero e proprio dissenso che hanno adottato nei confronti di atti che non condividevano³⁷⁸.

Lo studio del legame tra l'obbedienza e la dignità del dipendente pubblico ci consente di cogliere alcuni aspetti essenziali del mobbing. La teoria dell'obbedienza cieca di M. Hauriou, cui si è accennato nel capitolo precedente, se applicata letteralmente comporta una lesione della dignità del funzionario, poiché deprime la sua intelligenza e capacità di giudizio³⁷⁹.

Per consentire attorno ad essa il più ampio consenso, il legislatore ha formulato una definizione legislativa di mobbing più ampia possibile, talmente generica da richiedere il giudizio del Consiglio Costituzionale³⁸⁰ e della Cassazione³⁸¹, che comunque si sono astenuti.

³⁷⁷ CE Sez. 11 dicembre 1998, *M. Samoy Cah. fonct. publ.* 1999, n° 183, pp. 29-38. Si tratta del caso di un funzionario che rifiuta l'assegnazione di un nuovo ufficio ritenendola viziata da sviamento di potere. Il CE, pur riconoscendo il vizio, ha stabilito che era comunque tenuto a ricoprire la nuova funzione.

³⁷⁸ Consiglio economico e sociale, seduta dell'11 aprile 2001, *Editions des Journaux officiels*, 2001, p. 22.

³⁷⁹ DUGUIT Léon, *L'Etat, le gouvernement et les agents*, Fontemaing, 1903, p. 629.

³⁸⁰ Cons. cost., 12 gennaio 2002, n° 2001-455 DC, *AJDA*, 2002, 1163.

Tuttavia, sono state ignorate differenze di un certo rilievo nell'ambito della stessa fattispecie, e ciò comporta conseguenze notevoli in ambito penale.

Il mobbing è un fenomeno legato in generale al mondo del lavoro, ma nel settore pubblico appaiono sfumature peculiari. In particolare, determinati abusi devono essere sopportati dai funzionari in virtù del loro dovere di obbedienza agli ordini dei superiori, talvolta illegali. La contropartita di questo grave inconveniente è la stabilità del posto, che spesso produce l'effetto perverso di perennizzare e normalizzare il disagio. Secondo il Consiglio economico e sociale “mobbizzato e mobbizzatore sono spesso condannati ad una vita comune più lunga”³⁸².

La definizione di mobbing proposta dal parlamento francese e i dibattiti che l'hanno accompagnata sembrano ignorare le specificità del lavoro pubblico,

Questo perché, la discussione del problema è stata soprattutto ispirata dalla giurisprudenza³⁸³ e la dottrina privatistica³⁸⁴. Questo aspetto spiega come mai nella definizione legislativa siano state dimenticati aspetti essenziali per una comprensione adeguata del fenomeno del mobbing.

A tal proposito, occorre distinguere un mobbing professionale in senso stretto da quello di tipo immorale o perverso, e non necessariamente legato all'ambiente di lavoro. Al di là della diversità delle regole giuridiche che regolano i rapporti di lavoro pubblico e privato, in particolare in ciò che riguarda il licenziamento, l'immaginario del funzionario e, più in generale, la complessità delle relazioni “statutarie”, umane e professionali, dell'ambito pubblico, fanno del mobbing nel pubblico impiego un fenomeno a sé stante.

³⁸¹ Crim., 11 luglio 2012, n° 11-88.114, D. 2012. 1967.

³⁸² Parere adottato nel corso della riunione dell'11 aprile 2001, Avis et rapports du Conseil économique et social. Le harcèlement moral (CES), *Editions des Journaux officiels*, 2001, p. 56.

³⁸³ v. BOUAZIZ P., « Harcèlement moral dans les relations de travail. Essai d'approche juridique », *Droit ouvrier*, maggio 2000, pp. 192-216; C. Charbonneau, « Du harcèlement sexuel au harcèlement moral, la protection nécessaire de la dignité individuelle dans le milieu de l'entreprise », *Cahiers sociaux du barreau de Paris* 2001, n° 128, pp. 105-109.

³⁸⁴ LICARI S., « De la nécessité d'une législation spécifique au harcèlement moral au travail », *Dr. soc.* mai 2000, pp. 492-506 ; SCHEIT M. e MILEN L., « Le harcèlement moral devant les tribunaux », *RPDS* luglio 2000, n° 663, pp. 201-214. GUTTE M., « Le risque santé mentale au travail », *BS Lefebvre* aprile 2001, pp. 179-184.

Innanzitutto, come è noto, nel settore pubblico il licenziamento ha carattere eccezionale.

Inoltre, secondo le statistiche³⁸⁵, si evince che la forma più comune di mobbing è quella esercitata dal superiore gerarchico. Ciò significa che il mobbing è legato all'esercizio del potere gerarchico (nella FP) e nell'abuso di autorità cui il superiore dispone sui suoi collaboratori.

La dottrina giuridica ha cercato, a partire dall'analisi della giurisprudenza, di identificare gli elementi costitutivi del mobbing, dal punto di vista oggettivo e soggettivo. Per quanto concerne l'aspetto materiale, tre sono i comportamenti identificati³⁸⁶: lo sviamento dei poteri del superiore, il fatto di imporre al dipendente condizioni spiacevoli e la presenza di un'attitudine vessatoria. Questi comportamenti diventano mobbing se ripetuti nel tempo. L'elemento soggettivo è la volontà di nuocere.

Altri autori³⁸⁷ si mostrano più reticenti circa la definizione degli elementi materiali ma riconoscono la necessità dell'elemento soggettivo. Ciò che caratterizza principalmente il mobbing verticale è l'elemento materiale, che può consistere in licenziamenti, sanzioni abusive o comportamenti finalizzati a costringere il dipendente a rassegnare le dimissioni.

È legittimo interrogarsi sulla necessaria presenza di entrambe le condizioni oggettive e soggettive. Davanti alla volontà di nuocere, la valutazione dell'elemento materiale potrebbe diventare secondaria e, al contrario, davanti alla presenza indiscutibile di elementi materiali, la ricerca dell'elemento soggettivo potrebbe diventare superflua³⁸⁸.

³⁸⁵ Le harcèlement moral, *Avis et rapports du Conseil économique et social*, Editions des Journaux officiels, 2001, pp. 10 e ss.

³⁸⁶ CHARBONNEAU C., « Du harcèlement sexuel au harcèlement moral, la protection nécessaire de la dignité individuelle dans le milieu de l'entreprise », *Cahiers sociaux du barreau de Paris*, 2001, n° 128, p. 105.

³⁸⁷ LICARI S., « De la nécessité d'une législation spécifique au harcèlement moral au travail », *Dr. soc.*, 2000, pp. 506 et ss.

³⁸⁸ BOUAZIZ P., « Harcèlement moral dans les relations de travail. Essai d'approche juridique », *Droit ouvrier*, maggio 2000, p. 206.

Occorre distinguere nettamente il mobbing professionale da quello immorale, ovvero la volontà di far male all'altro fine a se stessa, che può ritrovarsi in qualsiasi relazione umana.

Nel settore pubblico, l'aspetto istituzionale tende a confondersi con l'aspetto professionale, per due ragioni. Innanzitutto il carattere eccezionale del licenziamento³⁸⁹ rende la forma professionale del mobbing meno esplicita e più insidiosa³⁹⁰.

Secondo D. Loschak, “mentre il datore di lavoro ha il diritto di licenziare il dipendente che non lo soddisfa o di cui non ha più bisogno, a condizione di invocare un motivo reale e serio”, nel lavoro pubblico “il licenziamento è una misura eccezionale e anormale” non assimilabile al diritto discrezionale del datore di lavoro di risolvere quasi discrezionalmente il contratto di lavoro. In secondo luogo, l'interesse pubblico sembra talvolta poter legittimare, ovvero istituzionalizzare situazioni di forti pressioni sui funzionari. Si tratta di una pressione psicologica che sarebbe intollerabile nel settore privato, dove a comandare è la logica del profitto dell'impresa, ovvero di una certa parte di stakeholder, sicuramente influenti ma non paragonabili all'interesse collettivo.

La finalità del mobbing è nella maggior parte dei casi quella di costringere la vittima a lasciare il posto di lavoro, al rischio ovviamente della disoccupazione, che assume portata differente a seconda delle competenze e dell'età del lavoratore; per la vittima la soluzione più semplice può essere la mobilità in altra sede o ufficio. Se si tratta di mobbing professionale, il superiore gerarchico agevolerà questa mobilità, mentre se si è in presenza di mobbing immorale probabilmente il superiore si opporrà alla mobilità pur di continuare ad accanirsi sul sottoposto³⁹¹.

Lo scenario che si apre al momento della perdita del posto mostra in tutta la drammaticità la differenza tra il mobbing nel settore pubblico e quello nel settore

³⁸⁹ LOSCHAK D., « Principe hiérarchique et participation dans la fonction publique », *Bull. Inst. Int. adm. Publique*, 1976, n° 37, p. 30.

³⁹⁰ v. VALETTE J.-C., « Le harcèlement moral au travail », *Droit ouvrier*, maggio 2000, pp. 217-221.

³⁹¹ V. SCHARAMECK, *La fonction publique territoriale*, Paris, Dalloz, 1995, pp. 55-57, p. 83.

privato. Perdere lo status di dipendente pubblico significa rinunciare a tutti i benefici³⁹² connessi al ruolo. Questi sono certamente inferiori in Italia rispetto ad un *fonctionnaire* francese (tra cui, per esempio, il diritto ad un alloggio a canone agevolato), ma restano quelli legati all'anzianità e alla stabilità del posto di lavoro.

Lavorare nel settore pubblico richiede spesso competenze molto specifiche e non rivendibili in altri settori, sicché chi è costretto ad uscire dal pubblico impiego, soprattutto se in età non giovanissima, può trovarsi in una situazione di forte difficoltà.

La stessa procedura di mobilità difficilmente comincia su iniziativa del funzionario; al contrario, egli potrebbe subirla ad iniziativa del superiore gerarchico, motivandola con le difficoltà relazionali dell'interessato.

La forma di mobbing "immorale" non solo è la stessa sia nel pubblico che nel privato, ma può avere luogo nella vita di tutti i giorni, essendo la finalità quella di demolire la persona e non necessariamente quella di indurla a cambiare lavoro. Tuttavia, data l'immobilità della vittima, rafforzata dalle scarse possibilità di reimpiego, è evidente che nel pubblico questa forma di mobbing trova un luogo particolarmente fertile al suo sviluppo.

Una frequente motivazione legata al mobbing nel settore privato è indurre il dipendente a perdere fiducia nelle sue capacità, sminuendo il suo lavoro e le sue competenze, al fine di disincentivare il dipendente dal chiedere aumenti di stipendio o avanzamenti di carriera. Si tratta di fenomeni che non possono avere luogo nel settore pubblico, dove promozioni e aumenti possono essere attribuiti solo a seguito di procedure selettive.

In Italia, si è osservata una netta espansione del fenomeno del mobbing nell'impiego privato soprattutto con il fenomeno della globalizzazione. Secondo la Costituzione repubblicana del 1948, l'attività economica non può svolgersi in contrasto con la dignità umana.

Emerge in tutta evidenza la problematicità dell'applicazione di questa norma all'impiego pubblico, dal momento che gli enti pubblici e le amministrazioni non

³⁹² LOSCHAK D., « Le pouvoir hiérarchique dans l'entreprise privée et dans l'administration », *Dr. soc.* gennaio 1982, p. 32.

sono né imprenditori né imprese e non sono mossi da finalità di mercato, ma da perseguono le missioni per le quali sono stati istituiti dalla legge.

In realtà, il mobbing nel pubblico impiego è un fenomeno relativamente recente, e non è casuale la sua accentuazione in seguito alla prima privatizzazione degli anni '90 e in seguito fino ai giorni nostri.

In mancanza di una definizione legislativa, si fa riferimento alla tipizzazione del fenomeno effettuata dal Consiglio di Stato: “Il mobbing rappresenta la somma di comportamenti direttamente connessi all’organizzazione del lavoro, oscillanti dall’eccessivo carico di lavoro ai soprusi del superiore, e che quindi sembrano gravitare su più aspetti organizzativi che su specifiche singole situazioni”³⁹³.

I giudici amministrativi mettono dunque l’accento sull’organizzazione, nozione estranea alla definizione di imprenditore ex art. 2082 Cod.civ., per riferirsi all’ambito in cui si svolge il lavoro umano ed è necessaria la tutela del lavoratore; da questo punto di vista si può applicare la definizione di mobbing alla PA.

Il concetto di mobbing può riferirsi sia al singolo atto emanato per un interesse diverso da quello pubblico, sia a una pluralità di essi, tutti legali in sé, ma che se considerati nell’insieme possono dimostrare l’elemento soggettivo della volontà persecutoria e realizzandola concretamente (elemento oggettivo)³⁹⁴.

A tal proposito è lecito chiedersi se la diffusione del fenomeno del mobbing nel pubblico impiego sia maggiormente legato alla diffusione dei fenomeni di tipo privatistico o piuttosto se esso è spiegabile con una minore tutela accordata dal giudice ordinario al dipendente pubblico, rispetto a quanto non facesse in precedenza il giudice amministrativo.

Ad avviso di Agrifoglio³⁹⁵, nonché di chi scrive, c’è un elemento di verità in entrambe le ipotesi.

Senza dubbio prima della riforma il rapporto di pubblico impiego, ricondotto nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, era segnato da provvedimenti

³⁹³ CS, Ordinanza n. 6311/2000.

³⁹⁴ Sentenza Tribunale di Forlì, 28 gennaio 2005 n. 28.

³⁹⁵ AGRIFOGLIO S., “Il mobbing nel pubblico impiego”, in AA.VV., *Il mobbing*, a cura di Paolo Tosi, Quaderni CESIFIN, Giappicchelli, Torino, 2004 e nella rivista elettronica *Lexitalia.it*, n. 10/2004.

amministrativi in ogni sua fase. I pubblici dipendenti potevano impugnare davanti al giudice qualunque atto che avesse incidenza sul rapporto di lavoro.

Sotto lo stretto controllo del giudice amministrativo, la PA non poteva uscire fuori dai confini della “puissance publique”, ovvero era strettamente vincolata al rispetto del principio di legalità. Come indica Agrifoglio³⁹⁶, “il giudice amministrativo era diventato, attraverso il sapiente esame dell’eccesso di potere, un garante del dipendente pubblico ben più efficace di quanto il giudice ordinario non lo fosse del dipendente privato”.

Come spiegare allora un’oggettiva perdita di tutela del dipendente pubblico se quel principio di legalità affermato a chiare lettere dall’art.97 della Costituzione è rimasto inalterato?

Il punto chiave della questione è che prima della riforma il giudice amministrativo poteva entrare nel merito dell’atto giudicando della violazione e falsa applicazione della norma nell’ambito dell’eccesso di potere. In più, gli era consentito annullare l’atto, mentre il giudice ordinario può solo disapplicarlo. Cosicché, in presenza di atti privatistici di gestione del rapporto, il giudice ordinario può solo rilevare l’eventuale lesione dei diritti soggettivi del dipendente, mentre in presenza di provvedimenti amministrativi in senso stretto, come quelli di conferimento degli incarichi cui all’art.19 del TUPI, il giudice non può sostituirsi al datore di lavoro e il lavoratore si ritrova privo di efficaci strumenti di tutela.

Inoltre, a seguito della terza privatizzazione, l’organizzazione degli uffici, è demandata alla legge o ad atti normativi il cui merito non può essere sindacato dal giudice ordinario; la contrattazione collettiva ne risulta oramai esclusa.

Le fattispecie finora analizzate in giurisprudenza evidenziano una netta tensione tra il rispetto della legalità dell’amministrazione e l’innesto di principi efficientistici di tipo privatistico. Il problema è che mentre nel settore privato gli organi di vertice rendono conto agli azionisti dei risultati di gestione, valutati in base a criteri di tipo oggettivo, i funzionari pubblici rispondono ai dirigenti che a loro volta rispondono

³⁹⁶ AGRIFOGLIO S., “Il mobbing nel pubblico impiego”, in AA.VV., *Il mobbing*, a cura di Paolo Tosi, Quaderni CESIFIN, Giappicchelli, Torino, 2004 e nella rivista elettronica *Lexitalia.it* n. 10/2004.

alla politica; per quest'ultima il rispetto di parametri di efficienza gestionale è solo uno dei criteri con cui valutare i risultati ottenuti.

Le ultime riforme amministrative, dai risultati oggettivamente poco lusinghieri, hanno sostanzialmente sommato ai vizi patologici del settore pubblico le inefficienze del settore privato. Il blocco della contrattazione e il congelamento dei livelli retributivi introdotti dalla legislazione degli ultimi anni hanno nettamente cronicizzato situazioni di frustrazione e peggiorato il clima interno, creando terreno fertile per episodi di mobbing.

Il vero punto debole del sistema, generatore di tensioni, è la presenza di un vincolo fiduciario tra organi di gestione e organi politici, in virtù del quale teoricamente i primi si vedono assegnati dai secondi gli obiettivi e le risorse per realizzarli e sono, teoricamente, liberi di raggiungerli con i mezzi che ritengono opportuni. Nella pratica amministrativa ciò ha comportato “connivenze, complicità o parzialità”³⁹⁷ la cui mancanza può essere alla base di un comportamento mobbizzante nel pubblico impiego. Il dirigente potrebbe essere mobbizzato in quanto il politico non rispetta le sue prerogative di autonomia ma pretende di intervenire puntualmente nella gestione; oppure, potrebbe essere valutato in base a criteri non oggettivi, con la motivazione che il politico vuole sbarazzarsi di lui, o ancora potrebbe essere valutato secondo criteri rigorosi ma in base a obiettivi sproporzionati alle risorse assegnate.

Per i funzionari invece la questione spesso generatrice di tensioni è la possibilità di utilizzare la flessibilità nell'assegnazione delle mansioni, che non sono più rigide ma modificabili in senso equivalente alle precedenti, laddove il requisito dell'equivalenza è valutato in maniera discrezionale dal dirigente³⁹⁸.

Davanti all'esercizio del *ius variandi* i funzionari possono invocare di aver subito danni biologici ed esistenziali. Così il giudice del lavoro dovrà esaminare gli atti di gestione del rapporto di lavoro cercandone gli elementi di una condotta vessatoria,

³⁹⁷ AGRIFOGLIO S., “Il mobbing nel pubblico impiego”, in AA.VV., *Il mobbing*, a cura di Paolo Tosi, Quaderni CESIFIN, Giappicchelli, Torino, 2004 e nella rivista elettronica Lexitalia.it, n. 10/2004.

³⁹⁸ Cfr ORICCHIO M., “Il mobbing nel pubblico impiego”, in *www.giust.it*, 2001, n.6, 200.

esattamente come faceva prima della riforma il giudice amministrativo rispetto all'eccesso di potere, ma non avendone gli stessi poteri. Si tratta di atti di gestione del rapporto di lavoro assolutamente legittimi, ma che possono essere viziati dal perseguimento di una finalità diversa dall'interesse pubblico.

Va riconosciuto tuttavia che le dimensioni del mobbing nel pubblico impiego stanno assumendo quelle di un fenomeno endemico, davanti alle quali le motivazioni di ordine giuridico e le diversità strutturali della PA rispetto al privato sono insufficienti a spiegare.

In un certo senso, si potrebbe dire che il disagio lavorativo, non riuscendo a trovare altri canali, prende la strada del mobbing.

A ciò si aggiunge “la stessa concezione proprietaria del posto di lavoro che si è radicata col tempo nel pubblico impiego, che fa percepire dolorosamente ai dipendenti ogni interferenza nel loro dominio”³⁹⁹.

Alcuni osservatori, come Agrifoglio, hanno osservato che il ricorso massivo al mobbing e, di conseguenza, al riconoscimento del danno biologico, serve a compensare la mancanza di potere del giudice ordinario rispetto a quello che aveva il giudice amministrativo.

³⁹⁹ AGRIFOGLIO S., “Il mobbing nel pubblico impiego”, in AA.VV., *Il mobbing*, a cura di Paolo Tosi, Quaderni CESIFIN, Giappicchelli, Torino, 2004 e nella rivista elettronica Lexitalia.it, n. 10/2004.

Sezione II: tecniche di tutela del lavoratore

Paragrafo I: la tutela del lavoratore pubblico in caso di mobbing.

Come si è visto, nella PA francese in presenza di un ordine manifestamente illegale ma non in grado di compromettere un interesse pubblico, il rispetto della legalità è rimesso alla coscienza e al coraggio di disobbedire del funzionario. Come fa giustamente notare Alberto Puppo⁴⁰⁰, “perché si dovrebbe chiedere al funzionario pubblico una dose di coraggio superiore a quella che si chiede agli altri esseri umani?”.

Sempre nel capitolo precedente, si era detto che una soluzione possibile potrebbe essere considerare che, di per sé, un atto illegale pregiudichi il perseguimento di un interesse pubblico. Tale tesi, rigettata da chi scrive in quella sede, viene rivalutata dal citato giurista francese perché, a suo avviso, “solo risorse umane motivate e in buona salute possono realizzare l’interesse pubblico”.

Schiacciato tra conflitto di doveri, l’obbedienza gerarchica e rispetto della legge, il funzionario pubblico può vedere compromessa la propria salute mentale.

Come si è accennato nel capitolo precedente, paradossalmente il funzionario può trovare davanti al dovere di commettere infrazioni penali. L'art. 122-4 del Codice penale sottolinea la responsabilità del funzionario in caso l’atto sia manifestamente illegale; eccettuato questo caso, chi agisce per dovere di obbedienza non è penalmente responsabile.

È innegabile la discrasia tra le finalità del diritto penale e quelle del diritto disciplinare. Il diritto penale si riferisce all’atto da compiere, mentre il dovere di disobbedienza ex art.28 si riferisce all’ordine impartito. Entrambi possono essere illegali, ma “l’illegalità può essere semplice o manifesta”⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ PUPPO A., “La lutte contre le harcèlement moral dans la fonction publique : soumission ou dignité ? », *AJFP*, 2002, p. 36 ss. .

Il diritto penale non si preoccupa dell'ordine ricevuto, ma dell'atto da compiere, dal momento che ha come riferimento l'ordine pubblico in generale, a differenza del diritto disciplinare che opera solamente nell'ambito del pubblico impiego.

Così, può accadere che il funzionario riceva un ordine manifestamente illegale che non compromette, tuttavia, un interesse pubblico, ma che gli impone di adempiere ad un atto manifestamente illegale.

In questo caso, da un punto di vista disciplinare il funzionario è tenuto ad obbedire, non ravvisandosi gli estremi per la disobbedienza, ma non sfuggirà alla sanzione penale.

Si tratta di un vero e proprio rompicapo davanti al quale ogni tentativo di coordinamento non potrà che fallire⁴⁰²: si tratta di scegliere il male minore tra l'obbedienza alla gerarchia oppure l'obbedienza alla legge penale.

Probabilmente questo male minore è evitare di commettere un'infrazione penale, ma occorre considerare le conseguenze della rottura del legame fiduciario di tipo politico, soprattutto nel caso in cui il funzionario occupi uno degli "emplois fonctionnels". In questo caso magari, più che sanzioni disciplinari ci possono essere conseguenze negative sulla carriera, ed è qui che si coglie in tutta la sua drammaticità la mancanza di coordinamento tra norme giuridiche di diversa finalità e mobbing. Il tutto, ovviamente, a scapito della salute mentale del funzionario.

Anche lo sviamento di potere si caratterizza per la combinazione di due elementi, soggettivo e oggettivo⁴⁰³. Il primo è contenuto nell'oggetto e nei motivi della decisione. Il secondo si riferisce allo scopo per il quale la decisione viene presa. Si può parlare di sviamento di potere se l'amministrazione ha inteso utilizzare i suoi poteri per esigenze di ordine privatistico oppure per un'errata considerazione dell'interesse pubblico.

Tuttavia, sviamento di potere e mobbing non possono essere assimilati. Innanzitutto poiché, anche lo sviamento di potere consente di sanzionare decisioni che non solo

⁴⁰² v. PETIT S., *La responsabilité pénale des agents des trois fonctions publiques*, Paris, Berger-Levrault, 1997, pp. 45 et ss..

⁴⁰³ CHAPUS R., *Droit administratif général*, Montchrestien, tomo 1, XVesima ed., 2001, n° 1242.,

non hanno funzione repressiva, ma che al contrario costituiscono favori⁴⁰⁴, o ancora perché lo scopo della decisione può poggiare su motivi estranei ad ogni risentimento personale. Il mobbing, al contrario, permette di sanzionare fatti che, essendo solo in minima parte decisioni amministrative impugnabili⁴⁰⁵, non possono essere annullati.

Ciascuna delle nozioni considerate possiede un'autonomia almeno parziale, sicché il mobbing si aggiunge a una gamma di strumenti già esistenti per proteggere i funzionari contro eventuali abusi dell'amministrazione. Su un piano generale, il mobbing permette di stigmatizzare comportamenti contrari alla "moralità amministrativa" e probabilmente di ridurre le tensioni esistenti tra gli uffici.

In Italia, rispetto ai paesi del nord-Europa, vi è una minore cultura della difesa dell'integrità psico-fisica del lavoratore.

Pertanto, nessuna legge è stata ancora approvata in materia di mobbing, ma tale fenomeno viene ricondotto sotto il campo di applicazione dell'art. 2087 del Cod. Civ., secondo il quale "l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro". La tutela contro il mobbing viene quindi collegata alla salute psicofisica dei lavoratori.

Oltre che per violazione del citato art. 2087, l'attività persecutoria posta in essere da chi detiene poteri decisionali capaci di incidere nella sfera giuridica di un funzionario, se dimostrata, costituisce un atto illecito anche perché contrasta i canoni del buon andamento della pubblica Amministrazione.

Per verificare la legittimità di un atto amministrativo che ha conseguenze sulla carriera lo strumento cui far ricorso è quello dell'eccesso di potere quale vizio dell'atto amministrativo nelle sue varie figure sintomatiche⁴⁰⁶.

Una finalità di tipo mobbistico potrebbe essere alla base del provvedimento di conferimento di un incarico ex art.19 TUPI, se fondata su criteri diversi da quelli previsti nello stesso articolo. Nel caso invece di progressioni di carriera, non si deve

⁴⁰⁴ v. CE Ass. 13 luglio 1962, *Bréart de Boisanger*, Lebon, p. 484 .

⁴⁰⁵ Il termine utilizzato è "mesures", distinto da "acte" o "décision".

dimenticare che, in seguito alla privatizzazione, questa tipologia di atti costituisce un atto di gestione di tipo privatistico. Pertanto, la disamina dell'eccesso di potere è limitata ai rapporti di lavoro o agli atti di gestione che restano nell'ambito pubblicistico, mentre per quelli non privatizzati il giudice ordinario deve limitarsi ad accertare se il comportamento dell'amministrazione abbia o meno violato un diritto soggettivo del dipendente. Secondo Agrifoglio, in realtà, si tratterebbe di un'analisi dell'eccesso di potere sotto falso nome. In ogni caso, al giudice ordinario non è consentito di sostituirsi all'amministrazione, ma può solamente disapplicare l'atto.

Inoltre, non va sottovalutato l'obbligo del rispetto della L.241/1990 e successive modificazioni sulla trasparenza amministrativa da parte dell'autorità amministrativa, in particolar modo per ciò che concerne l'obbligo di motivazione dei provvedimenti. Ma allora, in mancanza di una norma ad hoc, quali strumenti di tutela si offrono al lavoratore mobbizzato?

L'invocazione di provvedimenti d'urgenza di tipo inibitorio appare arduo per la mancanza di norme processuali "ad hoc". Sia Agrifoglio che Oricchio hanno riconosciuto che, in seguito alla privatizzazione, il giudice ordinario è restio nel concedere la tutela cautelare ai pubblici dipendenti, ritenendo sufficiente quella risarcitoria; in realtà però, come ammette Agrifoglio, si tratta di un atteggiamento miope, in quanto nel compiere questa valutazione occorre tenere conto del ruolo ricoperto dal lavoratore all'interno dell'organizzazione ovvero delle funzioni esercitate.

Tuttavia, sarà necessario dimostrare davanti al giudice la molteplicità e globalità di comportamenti a carattere persecutorio, leciti o illeciti, abbinato all'intento vessatorio; il danno alla salute psicofisica del dipendente; il nesso eziologico tra la condotta del datore o del superiore gerarchico e la lesione dell'integrità psicofisica del lavoratore; la prova dell'elemento soggettivo, cioè dell'intento persecutorio⁴⁰⁷.

⁴⁰⁶ CS, sez.IV, sent.n° 495 del 24.3.1998.

⁴⁰⁷ CS, Sez. VI, 15 giugno 2011, n. 3648.

³⁵⁴ TAR Puglia - Bari, Sezione I, Sentenza 31 marzo 2011, n. 528.

Col tempo la giurisprudenza ha chiarito che un solo atto di mobbing non è sufficiente, ma si deve far riferimento all'insieme delle condotte datoriali protratte nel tempo e contraddistinte dalla persecuzione finalizzata all'emarginazione.

La giurisprudenza ha anche sottolineato come i comportamenti vessatori debbano avvenire indipendentemente dalla violazione di specifici obblighi contrattuali nei confronti di un dipendente. Infatti, “determinati comportamenti non possono essere qualificati come mobbing se vi è una ragionevole e alternativa spiegazione”.

Il funzionario presunto “mobbizzato”, deve prospettare dettagliatamente al giudice i singoli comportamenti e/o atti che rivelino un intento persecutorio diretto ad emarginarlo; “una semplice conflittualità nell’ambito dello svolgimento del rapporto di lavoro non è sufficiente”⁴⁰⁸.

Si deve tener conto anche che, ai sensi dell’art. 55-*sexies* del TUPI, la condanna della PA al risarcimento del danno derivante da obblighi inerenti la prestazione lavorativa fa scattare, per il funzionario responsabile, la sospensione dal servizio da tre giorni a tre mesi, se non sono applicabili altre sanzioni disciplinari.

Le conseguenze negative per il responsabile non finiscono qui, dal momento che la condanna della PA per mobbing è innanzitutto un danno erariale; pertanto, egli potrebbe essere chiamato a risponderne davanti alla Corte dei Conti⁴⁰⁹.

La motivazione è contenuta nell’art. 28 della Cost.: la responsabilità civile per atti compiuti in violazione di diritti compiuti da funzionari si estende all’amministrazione, e questa a sua volta può rivalersi sui funzionari per danno erariale⁴¹⁰.

Infatti, l’art. 103 della Cost. attribuisce alla Corte dei Conti una generale competenza nelle materie della contabilità pubblica; ad essa vanno dunque comunicate tutte le sentenze emesse da altri giudici recanti condanne patrimoniali della PA. Pertanto la condanna della PA per una condotta di tipo mobbistico viene inoltrata alla Corte dei Conti, con la finalità di recuperare l’importo che la PA ha dovuto erogare a causa della condotta illecita del proprio dirigente.

⁴⁰⁸ TAR Campania - Napoli, Sezione 7, Sentenza 11 marzo 2011, n. 1444.

⁴⁰⁹ CS, Sez. V, Ordinanza 6 dicembre 2000, n. 6311.

⁴¹⁰ Cass. SS.UU., 4.1.1980 n. 2; si parla di “danno biologico” come di “ingiusta lesione di un interesse economicamente valutabile di pertinenza dello Stato”.

Infine, aspetto da non sottovalutare, la prova dei comportamenti che si assumono vessatori - va fornita “dimostrando di aver denunciato o almeno segnalato le condotte in contestazione”⁴¹¹.

Nella maggior parte dei casi, il mobbing nella PA viene ricondotto al danno biologico risarcibile davanti al giudice ordinario, come ha autorevolmente confermato il Consiglio di Stato⁴¹².

Esso è stato definito per la prima volta dall’art. 5, legge 57/2001 come “lesione all’integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale” che è “risarcibile indipendentemente dalla sua incidenza sulla capacità di produzione del reddito del danneggiato”.

Affinché sia accertato il danno biologico occorrono anche nell’ordinamento italiano due requisiti, soggettivo e oggettivo: il primo è legato alla volontà di nuocere, il secondo è relativo alle conseguenze sulla persona del lavoratore, che vanno accertate “mediante consulenza medico-legale secondo parametri di disagio psico-fisico universalmente applicabili”⁴¹³.

Il risarcimento del danno viene stabilito secondo equità e tenendo conto, ai sensi dell’art. 1225 del Cod.civ., che se non è dimostrato il dolo del debitore il suo ammontare deve limitarsi a quanto effettivamente prevedibile.

La condanna al risarcimento può avvenire entro cinque anni dall’accertamento del fatto illecito (e non quindi dalla sua commissione), trattandosi di “danno indiretto”, ovvero a conseguenza di una sentenza⁴¹⁴.

Affinché il responsabile sia condannato è necessario siano presenti sia il dolo che la colpa grave, elementi abbastanza comuni in caso di mobbing.

Quello della condanna dell’amministrazione prima e del dirigente poi tramite la Corte dei Conti è un deterrente molto forte per “curare” fenomeni di mobbing.

⁴¹¹ CS, Sezione 4, Sentenza 21 aprile 2010, n. 2272.

⁴¹² CS, ordinanza n°6311, 6.12.2000

⁴¹³ Tali criteri sono spiegati in una sentenza del tribunale di Torino in data 11.12.1999 e pubblicata sul Foro Italiano, n°1/2000, pag.1555.

⁴¹⁴ Cfr ORICCHIO M., Il mobbing nel pubblico impiego, in *www.giust.it*, 2001, n.6, 200.

Paragrafo II: la tutela del funzionario che subisce molestia sessuale.

Anche per le molestie sessuali, è opportuno cominciare con un chiarimento di tipo terminologico. L'espressione "molestie sessuali", utilizzata al plurale nell'uso comune viene corrisponde in francese alla locuzione "harcèlement sexuel".

Le molestie sessuali sul luogo di lavoro sono state regolamentate dalla Direttiva CEE n. 2002/73, che ne ha dato la definizione, unitamente a quelle di discriminazione diretta e indiretta) e di molestie o "mobbing di genere".

La direttiva definisce le molestie sessuali come "quei comportamenti indesiderati a connotazione sessuale, espressi in forma fisica, verbale o non verbale, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona, in particolare creando, anche in tal caso così come nel mobbing di genere, un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante e offensivo".

La molestia sessuale è un tipo di mobbing specifico per il suo carattere sessuale, che ne determina una specifica qualificazione.

Nessuna distinzione, ovviamente, viene effettuata tra l'impiego pubblico e quello privato.

Ciò che cambia, tra l'Italia e la Francia, è la traduzione della direttiva nell'ordinamento giuridico, dal momento che al di là delle Alpi il lavoro pubblico ha una disciplina a sé.

In Francia, la regolamentazione della repressione delle molestie sessuali ha dato luogo ad una complessa questione giuridica. Il Consiglio Costituzionale è stato chiamato il 29 febbraio 2013 a pronunciarsi su una questione prioritaria di costituzionalità inerente all'articolo 222-33 del codice penale che definisce il reato di molestia sessuale; venerdì 4 maggio l'alto consesso ha deciso di abrogare questo articolo, giudicandolo contrario alla Costituzione.

L'alta Corte era stata investita di questo affare tramite una questione paritaria di costituzionalità sollevata in Cassazione da un ex deputato, condannato per molestia sessuale. Egli considerava che il codice penale, lasciando al giudice un ampio grande

marginale di apprezzamento di elementi costitutivi del reato, consentiva “tutti gli eccessi, tutte le interpretazioni”.

Il Consiglio Costituzionale ha considerato che le disposizioni dell’articolo incriminato violavano “il principio di legalità dei delitti e delle pene”, e le ha dichiarate contrarie alla Costituzione.

Questo principio, che risulta dalla Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789, “implica che il legislatore definisca i crimini e i delitti in termini sufficientemente chiari e precisi”, ricorda il Consiglio, cosa che non è accaduta per il delitto di molestia sessuale⁴¹⁵

Il governo ha presentato il 13 giugno 2012 un disegno di legge relativo alle molestie sessuali, che il Parlamento ha adottato all’unanimità alla fine del mese di luglio. La legge della 6 agosto 2012 relativa alle molestie sessuali fissa una nuova definizione di molestie sessuali nel codice penale e nello SG della FP. La legge ha modificato il codice penale (articolo 222-33) che condanna gli episodi di molestia sessuale.

Da un lato, è sanzionato il fatto di imporre ad una persona, in modo ripetuto, frasi o comportamenti di natura sessuale che ledono la sua dignità in ragione del loro carattere degradante o umiliante, o che creano nei suoi confronti una situazione “intimidante, ostile o offensiva”.

Allo stesso tempo, è sanzionato il fatto, anche se non ripetuto, di usare ogni forma di pressione grave, nello scopo reale o apparente di ottenere un atto di natura sessuale, o per sé o per un terzo.

Questa nuova formulazione del codice penale ha implicato una riscrittura dell’art. 6 *ter* dello SG.

In particolare, viene specificato che “nessuna misura concernente il reclutamento, la titularizzazione, la formazione, la valutazione, la promozione, il trasferimento può essere presa nei confronti di un funzionario perché ha subito o rifiutato di subire fatti di molestia sessuale, o perché ha intrapreso un’azione giudiziaria che mirava a far cessare questi fatti o perché ha testimoniato questi fatti o li ha riferiti”.

⁴¹⁵ « Le Conseil constitutionnel censure la loi sur le harcèlement sexuel », Sito web di Le Monde, [www.lemonde.fr/societe/article/2012/05/04/le-conseil-constitutionnel-censure-la-loi-sur-le-harcèlement-sexuel_1695710_3224.html], consultazione del 9 aprile 2013].

È altresì passibile di sanzione disciplinare ogni funzionario che abbia proceduto o intimato di procedere a fatti di molestia sessuale sopra menzionati.

Oltre alla simmetria adottata con il codice penale e il diritto del lavoro sugli elementi costitutivi dell'incriminazione, la legge ha conservato per l'articolo 6^{ter} dello SG la stessa definizione dell'art. 6 *quinqüies*, in tema di mobbing.

Tra le altre cose, la legge del 6 agosto 2012 introduce all'art.6 la nozione di identità sessuale, come circostanza aggravante delle infrazioni menzionate di cui è vittima una persona transessuale.

Le molestie sessuali previste all'art. 6-*ter* del SG sono passibili di una sanzione disciplinare, senza escludere ovviamente le sanzioni penali che possono essere applicate, conformemente alle disposizioni del codice penale. In effetti, le procedure disciplinari e penali sono indipendenti l'una dall'altra, esattamente come nell'ordinamento italiano⁴¹⁶.

Il datore di lavoro deve prendere tutte le disposizioni necessarie al fine di prevenire le condotte costitutive di molestia sessuale.

Il testo del codice penale che reprime le molestie sessuali deve essere esposto sul luogo di lavoro.

L'abrogazione stabilita dalla Corte è stata applicabile a tutte le liti non risolte definitivamente, ovvero in Cassazione. Si è trattato di un grave vuoto giuridico, dal momento che nell'intervallo tra l'abrogazione e l'approvazione del nuovo testo, le vittime di molestia sessuale con processi in corso non hanno potuto essere tutelate.

Come ha sottolineato Guillaume Beaussonie, mentre il vecchio testo precisava che gli atteggiamenti dovrebbero avere luogo “nello scopo d'ottenere dei favori sessuali”, la nuova formulazione sembra far passare la dimensione sessuale “in secondo piano”⁴¹⁷ poiché è sufficiente che parole e comportamenti o rechino pregiudizio alla dignità della vittima in ragione del loro carattere “degradante o umiliante”, o creino nei suoi confronti una “situazione intimidante, ostile o offensiva”.

⁴¹⁶ BEAUSSONIE G., « Loi relative au harcèlement sexuel », *Revue de science criminelle*, 2013, p. 906 ss.

⁴¹⁷ DREYER E., « Que veut-on protéger au titre du harcèlement sexuel? », *JCP*, 2012, p. 1057.

Accontentandosi di uno scopo apparente, secondo il citato autore⁴¹⁸, il testo contiene una vera e propria inesattezza, della quale suggerisce la correzione.

Il riferimento al carattere “apparente” dello scopo del comportamento dell’autore implica necessariamente che può allora essere sanzionato, sul fondamento dell’art. 222-33 del codice penale, il solo fatto di esercitare una pressione grave su qualcuno, indipendentemente da quello che è stato realmente ricercato.

La questione è che a questo punto non si tratta più di estorsione sessuale, ma di violenza morale, di mobbing. Guillaume Beaussonie spinge a tal punto da chiedere una modifica della legge appena approvata.

Costituiscono circostanze aggravanti alcuni elementi costitutivi di altre infrazioni, come l’abuso di autorità, che non condiziona più l’esistenza stessa della molestia sessuale.

Se la molestia non suppone più una relazione gerarchica fra l’autore e la sua vittima, l’eventuale presenza e utilizzo di questa gerarchia per commettere l’infrazione ne aggrava la repressione.

Il legislatore italiano, senza molta fantasia, ha ripreso alla lettera la formulazione della direttiva comunitaria in tema di discriminazioni e molestie, stabilendo che sono considerate come discriminazioni le molestie sessuali, ossia “quei comportamenti indesiderati a connotazione sessuale, espressi in forma fisica, verbale o non verbale, aventi lo scopo o l’effetto di violare la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo”⁴¹⁹.

Si può trattare da una parte di “comportamenti motivati da ragioni riguardanti il genere” (art. 26, comma 1°, D.lgs n. 198/06) oppure in “comportamenti aventi come contenuto proprio il sesso e la sfera dell’intimità sessuale della persona”.

Prima dell’approvazione della legge, come per il mobbing, la giurisprudenza faceva scaturire la tutela dall’art. 2087 cod. civ., stabilendo che il datore di lavoro non

⁴¹⁸ BEAUSSONIE G., *Loi relative au harcèlement sexuel*, *Revue de science criminelle*, 2013, p. 906 ss..

⁴¹⁹ Italia, *Codice delle Pari opportunità*, D.lgs. 11 aprile 2006, n° 198, art. 26, comma 2°.

sfuggiva alla responsabilità se era a conoscenza di tali comportamenti e non era intervenuto per farli cessare; pertanto il lavoratore aveva diritto al risarcimento del danno non patrimoniale.

La vittima di molestie sessuali si vede riconosciuto il diritto al risarcimento di tutti i tipi di danno, compresi quelli non patrimoniali (danno biologico, morale ed esistenziale).

Non va dimenticato, inoltre, l'art. 15 della legge n. 300/1970 nonché ai sensi dell'art. 26, comma 3° del d.lgs n. 198/06 cit. gli atti, i patti o i provvedimenti concernenti il rapporto di lavoro dei lavoratori o delle lavoratrici vittime delle molestie sessuali, qualora vengano adottati in conseguenza del rifiuto o della sottomissione a tali molestie.

Naturalmente, tali condotte hanno anche specifica natura di illecito penalmente rilevante.

A questa normativa specifica va associata la normativa generale in materia di sicurezza. Il d.lgs. n° 81 del 9 aprile 2008 (Testo unico sulla sicurezza), e successive integrazioni e modificazioni, all'art. 28 contiene l'obbligo di valutare, tra i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, anche quelli legati alle differenze di genere.

In caso di omissione di formazione e di controllo e prevenzione o, nella peggiore delle ipotesi, di commissione da parte di dirigenti o preposti di azioni dolose volte a creare situazioni di vere e proprie molestie sessuali, l'azienda o l'amministrazione nel caso del pubblico impiego, eventualmente anche in solido con il dirigente, rischiano eventuali azioni di responsabilità, secondo quanto previsto dall'art. 2087 c.c. e dell'art. 2013 c.c..

Per quanto concerne l'aspetto probatorio, l'art. 40 D.Lgs. n. 198/2006 permette, esattamente come previsto in Francia nel settore privato, un regime agevolato, basato sulle presunzioni. Di contro, il datore di lavoro ha l'onere della prova per dimostrare

l'insussistenza delle molestie e delle discriminazioni ovvero di non esserne assolutamente a conoscenza e buona fede.

Conclusioni

La specificità del mobbing nel pubblico impiego è legato alla stabilità del posto, che costringe chi subisce atteggiamenti vessatori a sopportarli e incentiva il l'artefice del mobbing a perseverare, accanendosi contro la vittima sapendo che non ha vie d'uscita. La mobilità è difficile da attuare e richiede comunque il nulla osta del superiore. Restano le dimissioni, ma tale eventuale scelta del lavoratore di dimettersi comporta rischi grossissimi, dal momento che il patrimonio formativo di un lavoratore pubblico è difficilmente spendibile altrove.

Nel diritto amministrativo, e nel caso di specie in quello francese, il mobbing è legato a nozioni come lo sviamento di potere e la sanzione mascherata, ma se ne distingue perché permette di cogliere comportamenti che non si concretizzano in atti amministrativi impugnabili. Ciò ha comportato la modifica dello SG al fine di dare al lavoratore una specifica tutela contro le condotte mobbizzanti. Esse si caratterizzano con un elemento oggettivo, la lesione, e uno soggettivo, la volontà di nuocere, nonché la ripetizione del tempo delle vessazioni.

La dissociazione tra il mobbing e l'edizione di atti formali colloca questo fenomeno nell'ambito della riduzione del perimetro della nozione di "mesures d'ordre intérieur" (v. capitolo 1).

Costituiscono terreno fertile per il verificarsi di episodi di mobbing i problemi legati all'applicazione della normativa sui limiti di disobbedienza cui si è accennato nel primo capitolo. Al funzionario pubblico è richiesto il coraggio di opporsi a scelte illegali e non in grado di compromettere un interesse pubblico, a rischio di esporsi a ritorsioni da parte del suo superiore.

Per quel che riguarda il pubblico impiego italiano, invece la privatizzazione ha reso più complicata la tutela del lavoratore che subisce mobbing in quanto il giudice amministrativo poteva entrare nel merito di determinate scelte amministrative, eventualmente annullandole.

Al giudice ordinario ciò non è concesso, anche perché gli atti di gestione del rapporto di lavoro sono di tipo privatistico; egli potrà solamente rilevare la lesione dei diritti soggettivi dei lavoratori. In presenza di atti amministrativi veri e propri, come quelli di conferimento degli incarichi dirigenziali ex art. 19 TUPI, non potrà sostituirsi al

datore di lavoro ; ciò è significativo se si tiene conto che la mancata concessione di una promozione di lavoro, unitamente ad altre vessazioni, può ben sostituire un episodio di mobbing.

Sarebbe proprio questa scarsa tutela del lavoratore rispetto al passato ad aver provocato la fortissima diffusione del fenomeno del mobbing nel pubblico impiego, almeno in termini di ricorso in giustizia.

A ciò deve aggiungersi la mancata approvazione di una norma di legge in materia di mobbing, applicabile sia al pubblico che al privato. Il ruolo di supplenza è affidato alla giurisprudenza, che ha definito nel tempo i confini della fattispecie, peraltro in modo del tutto analogo al legislatore italiano. L'ordinamento contiene diverse norme che vengono applicate in presenza di condotte vessatorie: l'art. 2087 del Cod. Civ. sulla protezione del lavoratore, dell'art. 55-*sexies* del TUPI sulle sanzioni al lavoratore per inosservanza di obblighi inerenti la prestazione lavorativa, il risarcimento del danno erariale davanti alla Corte dei Conti; ma soprattutto la riconduzione delle lesioni da mobbing a danno biologico risarcibile..

C'è evidentemente qualcosa che non funziona in questo quadro giuridico e tuttavia, come spesso accade più la prevenzione è più efficace della cura; si tratta, quindi, di estirpare alla radice le cause del fenomeno.

Tale prevenzione può articolarsi su tre fronti.

In primo luogo c'è la risposta legislativa. Bisognerebbe tipizzare il fenomeno del mobbing e farne una fattispecie a sé rispetto al danno biologico, anche in base alle sentenze finora emesse; ciò agevolerebbe il lavoro interpretativo dei giudici.

In secondo luogo occorrono correttivi al TUPI in materia di indipendenza dei dirigenti, affinché essa sia fattiva e concreta, e affinché la loro valutazione si svolga con criteri il più possibile oggettivi rispetto ai risultati raggiunti. La giurisprudenza testimonia come il legame fiduciario tra dirigenza e politica, se tradito, innesca in moltissimi casi condotte mobbizzanti.

In terzo luogo, occorre rendere veramente operative le commissioni paritetiche sul fenomeno del mobbing, affinché abbiano un ruolo reale e interagiscano con gli organi di controllo interno per un efficace monitoraggio del fenomeno.

Seconda parte: l'esercizio dei poteri del datore di lavoro pubblico.

TITOLO PRIMO: I POTERI DI TIPO ORGANIZZATIVO

Capitolo primo: I poteri del datore di lavoro pubblico rispetto al sindacato.

Sezione I: Le prerogative della parte pubblica nei confronti della controparte sindacale.

Paragrafo I: il ruolo e le materie concesse alla negoziazione.

Secondo autorevoli commentatori⁴²⁰, una delle principali cause in grado di spiegare il fallimento della riforma del pubblico impiego italiano è l'eccessiva fiducia accordata dal legislatore nella capacità della contrattazione collettiva di farsi portatrice delle esigenze di cambiamento in senso manageriale e efficientista. Nei primi anni '90, il legislatore ha mostrato adesione ad un modello di cambiamento "marcatamente consensualista", identificando nel sindacato un fondamentale e necessario interlocutore nell'attuazione delle riforme del lavoro pubblico. Secondo la dottrina maggioritaria, la contrattazione da veicolo di cambiamento si è trasformata in strumento di acquisizione di consenso politico-sindacale, alimentata dalla debolezza congenita del datore di lavoro pubblico, che ha confuso il modello consensualistico di cui sopra con la concessione di spazi sempre maggiori alla parte sindacale, anche ben oltre quelli che il legislatore gli aveva riservato. Il datore di lavoro pubblico si è quindi rivelato un contraente debole, incapace di resistere alle richieste del sindacato

⁴²⁰ PISANI C., "La vera novità sistematica della riforma «Brunetta»: il ridimensionamento dell'autonomia collettiva", *Massimario di Giurisprudenza del lavoro*, n. 3, 2010, 142.

se non addirittura contiguo ad esso, dal momento che spesso, prima dell'intervento riformatore del 2009, requisito preferenziale per una nomina dirigenziale era il "gradimento" di parte sindacale. Da un altro punto di vista, i dirigenti delle amministrazioni si sono dimostrati decisamente accondiscendenti per paura di essere "scavalcati" da una trattativa diretta tra sindacato e la parte politica, e di dover successivamente attuarne il risultato senza disporre di alcun margine di manovra⁴²¹. Questo genere di dinamiche si è verificato in maniera ancor più evidente nella contrattazione decentrata, dove il datore di lavoro pubblico ha concesso al sindacato spazi che anche prima della riforma Brunetta avrebbero dovuto essergli negati.

Così il legislatore del 2009, pur conservando per la contrattazione collettiva i due ruoli fondamentali che la privatizzazione le aveva assegnato, ovvero la determinazione di diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, nonché le materie relative alle relazioni sindacali (art. 40, comma 1) e la definizione del trattamento economico fondamentale e accessorio (art. 45, comma 1), ne ha nello stesso tempo ha circoscritto i limiti.

Nel novellato art.40, comma 1, TUIPI, vengono quindi elencate le materie escluse dalla contrattazione collettiva. Tra queste, le principali sono costituite dalle prerogative gestionali dei dirigenti e da quelle organizzative dell'amministrazione. Vi abbiamo, inoltre, le materie oggetto di partecipazione sindacale, con la chiara finalità di non confondere partecipazione e contrattazione, nonché il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali.

Per quanto concerne le prerogative organizzative, l'art. 5 del TUIPI le riserva esclusivamente all'amministrazione, facendo salva la sola informazione ai sindacati per le determinazioni relative all'organizzazione degli uffici ovvero, limitatamente alle misure riguardanti i rapporti di lavoro, l'esame congiunto, se previsti dalla contrattazione collettiva.

A costo di essere ripetitivo, il legislatore dettaglia (art.5, comma 2) le materie che rientrano nell'esercizio dei poteri dirigenziali, annoverando tra queste la materia organizzativa e quella della gestione delle risorse umane.

⁴²¹ CARINCI F., "La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo governo Berlusconi: dalla l. n. 133/2008 alla L.D. n. 15/2009", *LPA*, 2009, 1.

⁴²¹ Cfr. TALAMO V., "La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico", *Working Papers*, 2010, 96, 3.

L'intento è fin troppo chiaro: impedire il verificarsi di fenomeni di cogestione tra amministrazione e sindacato, e consentire al dirigente di esercitare il potere direttivo senza vincoli aggiuntivi. Come fa notare Pisani, la fattispecie dei contratti gestionali, ovvero quegli accordi che procedimentalizzano i poteri del datore di lavoro, vincolandone l'esercizio, non sono più ammessi nel pubblico, a differenza del privato⁴²².

Da un punto di vista della tecnica giuridica, il testo normativo presenta una certa cacofonia poiché stabilisce (art.2, comma 2) che la contrattazione può derogare la legge solo se questa lo consente espressamente; all'art. 40, comma 1, determina i limiti della contrattazione di cui sopra, cosa che di per sé non sarebbe nemmeno necessaria se vale la premessa iniziale, che assegna alla contrattazione una collocazione inferiore alla legge nella gerarchia delle fonti. Non contento, il legislatore aggiunge che, in caso di difformità operano i meccanismi di nullità parziale e sostituzione automatica ex. art. 1339 e 1419, comma 2, Cod.civ.. Il legislatore si avvale quindi di più istituti giuridici, tra loro sovrapposti, pur di raggiungere lo scopo prefissato e togliere ogni dubbio⁴²³.

Accanto alle materie escluse, ci sono quelle per le quali la contrattazione è consentita, ma solo nei limiti stabiliti dalla legge, come le sanzioni disciplinari, la valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, la mobilità e le progressioni economiche. A ben guardare, si tratta di spazi meramente residuali, al fine di disciplinare aspetti di dettaglio o di colmare piccoli "vuoti" lasciati dal legislatore⁴²⁴.

Senza entrare nel merito delle singole discipline di settore, che saranno analizzate negli specifici capitoli, preme in questa sede ricordare quali sono gli spazi sottratti alla contrattazione nelle singole materie.

Per quel che riguarda le sanzioni disciplinari, la contrattazione collettiva non può istituire procedure di impugnazione delle sanzioni (art. 55, co. 3, TUPI). La contrattazione può introdurre procedure di conciliazione, ma nei tassativi limiti previsti dal legislatore e escludendole in determinati casi. Per determinate infrazioni

⁴²² Cass. 11 gennaio 2008, n. 520, in «Guida al lav.» 2008, 8, 24; Cass. 27 settembre 2004, n. 19271, *ibidem* 2004, 43, 93.

⁴²³ Per ben quattro volte nel d. lgs. n. 150/2009 il legislatore utilizza il concetto di nullità parziale; essa opera per temi specifici ("merito e premi"; responsabilità, infrazioni, sanzioni disciplinari e procedure conciliative: artt. 29 e 68) o per via generale come agli artt. 33 e 54.

⁴²⁴ Cfr. TALAMO V., "La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico", *I working Papers*, 2010, 96, 6.

molto gravi e appositamente elencate, la sanzione non può essere diversa da quella stabilita dal legislatore. Si tratta di una materia che in precedenza era affidata integralmente alla contrattazione e che ora si sovrappone a questa, anche a causa del vigente blocco alla contrattazione.

In materia di equivalenza delle mansioni ai fini della mobilità orizzontale, l'art. 52, co. 1 ne sottrae la definizione alla contrattazione rimettendone, di fatto, la valutazione al giudice.⁴²⁵

Per quanto concerne la valutazione, la legge attribuisce alla contrattazione solamente la possibilità di disciplinare aspetti di dettaglio (art. 23, comma 2), vedendosi predeterminate le finalità e i criteri.

Maggiore privatizzazione o ritorno alla pubblicizzazione? Il modello contrattuale che emerge è molto diverso da quello del settore privato, dove si applicano i principi della derogabilità *in meius* della legge rispetto al contratto collettivo nonché quello del *favor* per il lavoratore nella ricerca della norma applicabile. La *ratio* è chiara: nella PA ci sono obiettivi di pubblico interesse nonché vincoli di bilancio tali da giustificare la compressione dell'autonomia collettiva, che di per sé non gode di esclusività. Inoltre, se nel settore privato il legislatore guarda con favore all'autonomia collettiva, ritenuta la sede dove si esprimono le istanze del contraente debole (il lavoratore), con la riforma del 2009 il legislatore sembra considerare la parte pubblica come quella debole, da tutelare rispetto all'invasione della controparte.

Come si è detto in precedenza, nel settore privato il datore di lavoro può ritenere di negoziare con le OO.SS. gli aspetti organizzativi del lavoro, cosa non più possibile nella PA. Inoltre, se nel privato assistiamo da anni a tentativi di sostegno alla contrattazione decentrata, nel pubblico accade il contrario, poiché alla contrattazione integrativa sono imposti limiti sempre più stringenti.

Così, come sottolineato dalla dottrina, cade uno dei pilastri su cui si poggiava la riforma, ovvero "l'idea che la contrattazione sindacale, anche nel settore pubblico, sia

⁴²⁵ Come osserva Pisani, sarebbe illogico immaginare che il legislatore abbia voluto stabilire l'equivalenza, ex lege, di tutte le mansioni rientranti nella medesima categoria funzionale.

manifestazione della stessa autonomia privata collettiva che i lavoratori ed i datori di lavoro esercitano, tramite le loro associazioni, *ex art. 39, primo comma, Cost*⁴²⁶.

Detto altrimenti, quello che nel privato si chiama autonomia privata collettiva, nel pubblico ha ben poco di simile, dal momento che i fini della contrattazione sono determinati per legge. In più parti del d.lgs. n. 150/2009 sono presenti “clausole finalistiche”, ovvero finalizzate a condurre la contrattazione verso l’incentivazione della produttività e della meritocrazia. Per quanto concerne invece quella integrativa, il TUPI (art. 40, comma 3-*bis*) stabilisce che questa “assicura adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici, incentivando l’impegno e la qualità della performance”, e la vincola affinché gli incrementi retributivi da essa attribuiti abbiano carattere selettivo e applichino criteri di premialità, merito e qualità della prestazione individuale.

L’aspetto saliente della riforma sta nell’aver invertito il rapporto tra legge e contrattazione (art.2, comma 2). In precedenza, la contrattazione poteva derogare norme di legge speciali in quanto il legislatore le concedeva una notevole fiducia nel raccogliere le istanze di tipo efficientistico, al punto da metterla al riparo da “invasioni” legislative di tipo clientelare o corporativo. Con la riforma il legislatore passa da un atteggiamento di fiducia eccessiva verso la contrattazione ad una sfiducia generalizzata, consentendole di derogare alla legge solo se questa glielo consente espressamente⁴²⁷. D’altronde sono stati i contratti collettivi a mostrarsi spesso sensibili ad esigenze di tipo clientelare o corporativo. Piuttosto, con la nuova formulazione della norma appare difficile immaginare una legge che consenta alla contrattazione la sua derogazione. Come ha osservato la dottrina, sarebbe una legge depotenziata⁴²⁸ sin dalla sua approvazione.

La possibilità di bypassare la contrattazione anche dove questa ha competenza.

Davanti al rischio di una contrattazione lenta e inefficiente, il legislatore ha previsto per il datore di lavoro pubblico la possibilità di decidere unilateralmente.

⁴²⁶ ALAIMO A., “La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e “blocchi”: dalla “riforma Brunetta” alla “manovra finanziaria”, *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT* – 107/2010, p. 10.

⁴²⁷ Cfr. VALLEBONA A., “Riforma del lavoro pubblico, il difficile risveglio da un incubo”, *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, n.3/2010, p.139: “il contratto collettivo è considerato come possibile fonte di lassismo rispetto al rigore della legge e di turbative rispetto alla ordinata gestione della cosa pubblica”.

⁴²⁸ Cfr. TALAMO V., “La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico”, *I working Papers*, 2010, 96, 5.

Chiaramente ciò condiziona l'attività sindacale nell'ambito della contrattazione, in quanto il sindacato è consapevole che in caso di mancato accordo, l'amministrazione può decidere da sola, seppur provvisoriamente; il ragionamento potrebbe quindi essere "meglio un accordo al ribasso che una decisione unilaterale", con una conseguente erosione delle prerogative sindacali. Così, viene indebolito ancora una volta il principio dell'esclusiva determinazione del trattamento economico da parte dei contratti collettivi. Ciò si verifica sia a livello nazionale che a livello decentrato. Poiché il legislatore ha anche predeterminato le scansioni temporali relative alla presentazione delle proposte sindacali e all'apertura delle trattative, se decorso il termine fissato non si sigla l'accordo:

- a livello nazionale, decorsi 60 giorni dall'approvazione della legge di stabilità, l'Amministrazione può erogare le somme a titolo di acconto (art. 47 bis)⁴²⁹;
- a livello decentrato, «alla scadenza del termine le parti riassumono le rispettive prerogative e libertà di iniziativa e decisione» (nuovo art. 40, comma 3-bis, ultimi due periodi) e che «qualora non si raggiunga l'accordo per la stipulazione di un contratto collettivo integrativo l'amministrazione interessata può provvedere, in via provvisoria, sulle materie oggetto del mancato accordo, fino alla successiva sottoscrizione⁴³⁰.

Se si considera che, in realtà, una vera negoziazione sugli aspetti retributivi a livello nazionale non c'è, dal momento che è la legge di stabilità a stanziare le risorse, ne consegue che è la concertazione sociale, sostenuta dallo sciopero politico, che risulta decisiva per l'erogazione dei fondi⁴³¹. Secondo Vallebona, l'erogazione unilaterale confermerebbe "l'intrinseca inconciliabilità del lavoro pubblico con la stessa idea di conflitto e di contrattazione collettiva".

⁴²⁹ Si prevede che decorsi sessanta giorni dall'entrata in vigore della legge finanziaria, la parte pubblica possa anticipare, in via provvisoria, le somme stanziati per i rinnovi, previa deliberazione dei rispettivi comitati di settore, sentite le organizzazioni sindacali rappresentative e salvo conguaglio all'atto della stipulazione di contratti.

⁴³⁰ Occorre fare una distinzione: per quanto riguarda la trattativa in ambito normativo il potere di decisione dell'amministrazione è definitivo, mentre per ciò che riguarda l'aspetto retributivo la decisione unilaterale è provvisoria, stante la competenza esclusiva della contrattazione in materia retributiva; Cfr. ALAIMO A., "La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e "blocchi": dalla "riforma Brunetta" alla "manovra finanziaria", *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 107/2010, p. 27.

⁴³⁰ VALLEBONA A., "Riforma del lavoro pubblico, il difficile risveglio da un incubo", *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, n.3/2010, p.140;

⁴³¹ FOURNIER J., « Livre blanc sur « le dialogue social dans la fonction publique », Rapport au Ministre de la fonction publique et de la réforme de l'État », *Doc. fr.*, 2002, 208 p.

Il ruolo della negoziazione nella *fonction publique française*. La legge n° 2010-751 del 5 luglio 2010, relativa al rinnovamento del dialogo sociale, traduce parzialmente su un piano giuridico gli “accordi di Bercy” del 2 giugno 2008 firmati da sei sindacati di funzionari su otto (CGT, CFDT, FSU, UNSA, Solidaires, CGC). Questo testo mette un termine ad una discussione intrapresa da diversi anni e riprende per la gran parte le proposizioni emesse nel rapporto Fournier⁴³². L’Assemblea nazionale ha definitivamente adottato questo testo il 23 giugno 2010, andando per certi aspetti al di qua, per altri al di là del citato accordo.

Il testo estende innanzitutto le materie della negoziazione nazionale. Fino ad allora, la legge Lo Pors del 1983, attraverso l’art.8, riconosceva soltanto la negoziazione salariale. Di fatto il testo dà rilevanza giuridica ad una pratica molto antica.

La legge del 5 luglio 2010 estende giuridicamente il campo della negoziazione sociale. Essa la estende alle questioni relative alle condizioni e all’organizzazione del lavoro, al telelavoro, allo svolgimento delle carriere e alla promozione professionale, alla formazione professionale e continua, all’azione sociale e alla protezione sociale complementare, all’igiene, alla sicurezza e alla salute sul lavoro, all’inserimento professionale delle persone handicappate, all’uguaglianza professionale tra gli uomini e le donne.

Le prime negoziazioni sul piano nazionale hanno riguardato le rivendicazioni salariali e la negoziazione del punto d’indice (il valore di riferimento da cui si calcola la retribuzione di tutti i funzionari pubblici francesi) ne costituisce la massima rappresentazione.

Lo SG (art.8) riconosce dal 1983 il potere di condurre negoziazioni preliminari alla determinazione dell’evoluzione delle remunerazioni e di dibattere con le autorità incaricate della gestione ai diversi livelli di questioni relative alle condizioni e all’organizzazione del lavoro.

Ma gli incontri con le OO.SS sono stati rapidamente allargati a altri settori rispetto a quelli della remunerazione. Più recentemente, a gennaio 2006, l’essenziale degli accordi firmati hanno riguardano la tematica generale del potere d’acquisto che prende essenzialmente due forme: da una parte una revisione delle componenti

fondamentali e accessorie della retribuzione e, dall'altra, l'allargamento dei dispositivi di azione sociale⁴³³ per i funzionari.

Allo stesso modo, hanno fatto oggetto di accordo l'istituzione di un diritto individuale alla formazione, la revisione della banca delle ore, la riconoscenza dell'esperienza professionale, la predisposizione di un sistema di quote per la promozione interna⁴³⁴.

Regioni politiche, di pace sociale hanno spinto le autorità governative ad andare al di là delle prescrizioni legislative. Come diceva Jean Rivero, “con dei funzionari raggruppati in sindacati, lo Stato non può sperare di agire in modo autoritario, perché essi sono, in definitiva, la sua forza; loro da un lato, lui dall'altro, come potrebbe rifiutarsi di negoziare? È tramite questi che è potente e ha potere coercitivo ; davanti a questi, la sua autorità si dissolve : essa è legata a questo corpo di agenti che lo rappresentano”⁴³⁵. È necessario quindi che il legislatore tenga conto e consacri giuridicamente questa realtà.

Inoltre, la sollecitazione ricorrente degli enti locali è estesa. Prima solo il ministro della funzione pubblica poteva prendere impegni per l'insieme dei datori di lavoro pubblici. Ormai, al tavolo dei negoziatori è riconosciuto lo spazio dei rappresentanti delle autonomie territoriali.

Il complemento indispensabile a queste indicazioni relative agli attori e al campo della negoziazione è stato degnamente affrontato dal legislatore. Si tratta della validità e del valore degli accordi. Il legislatore su questo punto è rimasto in mezzo al guado, a causa dei forti vincoli giuridici e politici.

La differenza fondamentale e non trascurabile tra l'ordinamento italiano e quello francese si trova in due aspetti fondamentali:

- nell'ordinamento italiano la forma più intensa di dialogo sociale è la contrattazione, mentre nell'ordinamento francese si può parlare solo di negoziazione;

⁴³³ Relevé de conclusions sur l'évolution de l'action sociale dans la fonction publique 2006-2008.

⁴³⁴ Accordi di Bercy de 2 juin 2008.

⁴³⁵ RIVERO J., *Vers la fin du droit de la fonction publique ?*, D. 1947, p. 150.

- in Italia la contrattazione si colloca nell'ambito della gerarchia delle fonti, spazio che non le è riconosciuto in Francia, dove il valore è puramente politico.

Il Consiglio di Stato ha affermato a più riprese il carattere legale e regolamentare della situazione del funzionario. Di questo principio, l'alta giurisdizione ne ha dedotto l'assenza di valore giuridico degli accordi firmati tra i rappresentanti del governo e le organizzazioni sindacali di cui all'art. 8 dello SG. Il giudice amministrativo si è principalmente pronunciato in occasione dei ricorsi per eccesso di potere presentati contro dei decreti di attuazione dei detti accordi. In questa sentenza il giudice ha ritenuto che non fosse possibile dedurre in giudizio l'illegalità della legge attuativa per mancato rispetto degli accordi presupposti⁴³⁶.

Secondo la maggioranza dei sindacati, come si vedrà in seguito, la mancanza di valore giuridico di questi accordi non è problematica perché nell'insieme il governo rispetta i suoi impegni e l'impegno politico rappresenta un vincolo altrettanto forte.

Se globalmente gli impegni sono mantenuti, la loro trascrizione giuridica avviene con un ritardo sistematico. Tuttavia, si noterà uno strappo a tale posizione di principio del Consiglio di Stato con l'esempio della legge del 28 maggio 1996 che rinvia direttamente all'accordo firmato per precisare talune disposizioni.

La pressione per il riconoscimento del valore giuridico di questi accordi si è accentuata sotto l'effetto del rapporto Fournier, che propendeva per un'omologazione degli stessi. Tuttavia, gli stessi sindacati non ne fanno una condizione necessaria, tant'è vero che l'accordo concluso il 2 giugno 2008⁴³⁷ ne sottolinea maggiormente il vincolo morale e politico.

Nella legge sul rinnovamento del dialogo sociale il governo ha affermato la validità del principio maggioritario per la validità di un accordo, risolvendo la questione in termini di rappresentatività delle organizzazioni sindacali firmatarie. Nello stesso

⁴³⁶ CE 27 giugno 1997, *Union des personnels de surveillance, d'encadrement pénitentiaire et postulants association des premiers surveillants* : “i ricorrenti non possono utilmente fare appello contro il decreto attuativo del protocollo d'accordo firmato il 9 marzo 1990 fra il primo ministro e certe organizzazioni sindacali di funzionari”.

⁴³⁷ Nel citato accordo del 2 giugno 2008, a pag. 5, si dice “la definizione di uno o di più criteri attestanti la validità di un accordo permetterà di rafforzare il valore politico della firma in una logica di responsabilizzazione degli attori negoziali”.

tempo, la relazione di accompagnamento alla legge afferma che la negoziazione rispetterà la portata concessa dal giudice amministrativo al principio della situazione statutaria e regolamentare del funzionario⁴³⁸.

Fissare una condizione di validità a questo tipo di atto deve essere inteso come fissare la condizione che permette all'atto collettivo di esistere. In seguito, si pone la questione del valore dell'atto esistente.

Quali devono essere allora le conseguenze che dobbiamo trarre dalla validità degli accordi? Senza dubbio avere regole certe per l'affermazione della validità è utile per conferire ad essi una portata politica più significativa. Tuttavia, occorre riconoscere che affrontare la questione della validità di un accordo senza riconoscergli portata giuridica, che avrebbe l'utilità dell'obbligo e della rapida attuazione, significa realizzare una riforma incompiuta. Poiché per un buon numero di autori, la questione della validità dell'accordo e quella della sua portata giuridica sono intimamente legate⁴³⁹.

Tuttavia, il legislatore persiste a mantenere "l'ineffettività giuridica" dell'accordo. Secondo Sautereau⁴⁴⁰, risolvere il questo problema non rientrava negli obiettivi del legislatore, tant'è vero che la legge si intitola "rinnovo del dialogo" sociale e non "rifondazione". Una tale riconoscenza giuridica porrebbe delle questioni di ordine costituzionale sulla struttura stessa dello Stato, della funzione amministrativa e di elaborazione del diritto. Proprio per questo il legislatore "non osa gettare le fondamenta solide di ciò che potrebbe essere un nuovo modello"⁴⁴¹.

⁴³⁸ Nella relazione governativa di accompagnamento alla legge, presentata il primo aprile 2009 si afferma: « se la funzione pubblica di statuto e di carriera conserva le sue specificità, in particolare l'assenza di impatto giuridico di un accordo concluso nel suo campo sui dispositivi legali e regolamentari, queste disposizioni permetteranno di dare ogni senso alla firma in una logica di responsabilizzazione dell'insieme degli attori definendo delle regole chiare che si imporranno a tutti nel campo specifico della negoziazione ».

⁴³⁹ Sempre nel rapporto Fournier si affermava che affrontare il problema della validità senza quello del valore giuridico significava depotenziare il dialogo sociale.

⁴⁴⁰ SAUTEREAU N., « Vers un dialogue social rénové dans la fonction publique ? », *AJFP*, 2011, p. 93.

⁴⁴⁰ MARC E., STRUILLOU Y., « La loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique : une mutation inachevée du système de relations professionnelles », *Droit administratif*, n° 11, nov. 2010, étude 20.

⁴⁴¹ Articolo primo della legge che inserisce un articolo 8 *bis* al titolo primo dello statuto. Più precisamente si tratta qui delle disposizioni dell'articolo 8 bis III comma 2.

Il testo impone una gerarchizzazione degli accordi secondo il livello di negoziazione. Egli dispone che “una negoziazione il cui oggetto è di attuare il livello inferiore di un accordo concluso a livello superiore non può che precisarlo o migliorarne l’economia generale nel rispetto delle sue stipulazioni essenziali”⁴⁴².

Si tratta di un apprezzamento molto soggettivo al quale il pubblico impiego è estraneo, contrariamente al settore privato dove questa nozione ricorda quella che permette di articolare l’accordo di ramo d’azienda o quello globale aziendale, secondo che il primo sia più o meno favorevole. Le parti firmatarie dell’accordo dovranno allora utilizzare un dosaggio sottile perché si potrà certamente modificare l’accordo precisandolo, migliorandolo, senza tuttavia derogarvi. L’interesse di una tale gerarchizzazione non può concepirsi solo nell’ambito di una traduzione giuridica.

La deliberazione dell’ente locale che attua un accordo nazionale tradotto in una legge, deve naturalmente rispettare questo accordo, perché dietro di esso si nasconde una legge che bisogna rispettare sul fondamento del principio di legalità.

Il legislatore resta nell’indecisione, ovvero sceglie l’unica opzione possibile nell’immediato, che permette di mantenere dei fondamentali, solidamente ancorati nella cultura giuridica francese e nella storia del pubblico impiego. Al di là del metodo di costruzione di questo nuovo quadro, “lo Stato datore di lavoro e lo Stato-legislatore”, secondo la definizione di Marc E. e Strillou Y., non possono distaccarsi radicalmente dai loro riflessi.

La costruzione della democrazia sociale richiede tempo: quello dell’appropriazione degli strumenti per costruirne di nuovi. Secondo Sauterau, infatti, “la contrattazione collettiva nel pubblico impiego apparirà a poco a poco”.

Tuttavia, la legge di rinnovo del dialogo sociale non si limita a precisare il quadro della negoziazione sociale. Essa ha l’intento di far radicare il dialogo sociale nello spazio democratico.

Le materie della negoziazione. Per quanto concerne le materie della negoziazione decentrata, le competenze dei CT (comitati tecnici), che corrispondono all'italiana RSU (di cui si parlerà più approfonditamente nel paragrafo successivo) vengono riviste. Esse sembrano estese, tuttavia senza chiarificazioni. Infatti, ormai i comitati tecnici della FP territoriale, conformemente al nuovo articolo 33 della legge n° 84-53 del 26 luglio 1984 saranno consultate per un parere sulle questioni relative “all’organizzazione e al funzionamento degli uffici, alle evoluzioni delle amministrazioni aventi un impatto sul personale, ai grandi orientamenti relativi agli effettivi, agli impieghi e alle competenze⁴⁴³ ; ai grandi orientamenti in materia di politica indennitaria e sui criteri di ripartizione afferenti; alla formazione, all’inserimento e alla promozione dell’uguaglianza professionale; agli argomenti generali interessanti l’igiene, la sicurezza e le condizioni di lavoro. I comitati tecnici sono ugualmente consultati sugli aiuti alla protezione sociale complementare quando l’ente locale o l’ente pubblico ne hanno deciso l’attribuzione ai suoi funzionari, come pure sull’azione sociale.

Le incidenze sulla gestione degli impieghi delle decisioni principali a carattere budgetario fanno oggetto di un’informazione dei comitati tecnici.

A dire il vero, un buon numero di queste competenze esisteva già. La loro formulazione non cambia. Per taluni settori del pubblico impiego, qualcuna viene aggiunta. In realtà, non esisteva un’uniformità in merito alle competenze. Se i criteri di ripartizione delle indennità costituivano in precedenza una prerogativa delle commissioni paritarie nell’amministrazione pubblica statale, non lo erano in quella locale. Le competenze veramente nuove per tutte le amministrazioni pubbliche sono legate alle preoccupazioni manageriali del momento, vale a dire il riferimento alla gestione previsionale degli impieghi e delle competenze, e l’inserimento e la promozione delle pari opportunità professionali. Tuttavia, l’unità redazionale non è totale. La definizione delle competenze dei comitati tecnici dello Stato sembra ridotta, mentre per la PA locale essa si allarga.

⁴⁴³ Parlando di “grandi orientamenti” il legislatore ha voluto lasciar intendere che la competenza dei comitati tecnici dovesse comportare dei limiti, ovvero non dovesse sindacare sulle singole scelte organizzative.

Insomma, le norme non brillano per chiarezza. Se si poteva muovere una critica alle disposizioni anteriori, era proprio l'imprecisione con la quali erano redatte. Era difficile trovare un settore di ordine tecnico che sfuggiva ai comitati tecnici. Bisogna ricordare ugualmente che al di fuori delle considerazioni generali evocate dalla legge, molteplici disposizioni sparse nello statuto prevedono l'intervento dei comitati tecnici su determinati punti. Lo stesso discorso vale per ciò che concerne le competenze degli stessi comitati nell'emanare un parere sul piano della formazione, come per la presentazione ai suoi componenti di relazioni su vari argomenti⁴⁴⁴

D'altra parte, il testo di legge distingueva gli argomenti che necessitavano di un parere del comitato tecnico e quelli che facevano oggetto solamente di un'informazione dell'amministrazione ai rappresentanti del personale che siedono in questa istanza. Ormai la proporzione delle materie che necessitano di un parere obbligatorio e di quelli che rientrano nella semplice informazione è modificata a vantaggio delle prime.

Ispirandosi al settore privato, il legislatore aggiunge ai tradizionali comitati di igiene e di sicurezza la dimensione « condizioni di lavoro ». La novità non risiede solamente nel titolo. Nel trasporre gli accordi del 20 novembre 2009 il legislatore sottomette il pubblico impiego, per quel che concerne l'igiene e la sicurezza, all'insieme della quarta parte del codice del lavoro "salute e sicurezza sul lavoro", ma conservando la possibilità di derogarvi per decreto.

⁴⁴⁴ Ne costituiscono esempio la relazione sullo stato dell'ente locale, il rapporto annuale sui funzionari messi a disposizione, i rapporti emessi nel quadro del comitato d'igiene e di sicurezza.

Paragrafo II: La struttura della contrattazione e gli organi nelle quali si esercita il potere negoziale del datore di lavoro pubblico.

Ai fini della presente trattazione non interessa ricostruire tutto il sistema contrattuale, che per la sua complessità richiederebbe probabilmente una tesi *ad hoc*, ma l'obiettivo è più concretamente quello di definire la struttura e le sedi nelle quali si esercita il potere negoziale del datore di lavoro pubblico.

Poiché la contrattazione nel pubblico impiego italiano riveste un ruolo fondamentale rientrando nel sistema delle fonti, la sua struttura è articolata in vari livelli, ciascuno dei quali ha attori differenti e competenze diverse.

La struttura del sistema contrattuale è stata stabilita nell'Intesa per l'applicazione dell'Accordo quadro sulla riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009 ai comparti contrattuali del settore pubblico”, siglata presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri il 30 aprile 2009 dal Ministro *pro tempore* per la funzione pubblica –lo stesso che farà approvare qualche mese più tardi la riforma del pubblico impiego– e tutte le confederazioni sindacali, tranne che la Cgil.

In seguito, con il d.lgs. n. 150/2009, in legislatore ha innestato diverse norme dell'intesa di cui sopra nel TUPI, e ciò nonostante la non unanimità del fronte sindacale⁴⁴⁵.

È significativo come il legislatore, per ciò che concerne la disciplina dei comparti di contrattazione, recepisca direttamente il contenuto dell'accordo, mentre per altre materie (durata della vigenza della parte normativa ed economica, struttura contrattuale e rapporti tra i diversi livelli contrattuali) si rinvii alla fonte negoziale.

Le novità più salienti sono rappresentate dalla riduzione a quattro del numero dei comparti (sono così tanti che è complicato persino contarli) e l'uniformità della durata della parte normativa ed economica a tre anni (in precedenza vi era uno sfasamento, con una vigenza quadriennale per la prima e biennale per la seconda).

⁴⁴⁵ Cfr. ALAIMO A., “La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e “blocchi”: dalla “riforma Brunetta” alla “manovra finanziaria”, *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT* – 107/2010, p. 9.

Il proliferare di diverse discipline contrattuali⁴⁴⁶ ha significato nel tempo l'introduzione di discipline particolaristiche e talvolta clientelari, una tendenza alla quale il legislatore ha voluto porre freno con la loro riduzione *ex lege*.

Come spesso accade, il rischio è quello di passare da un eccesso all'altro, ovvero ad un'"eccessiva uniformità dei trattamenti contrattuali in pubbliche amministrazioni strutturalmente e funzionalmente diverse"⁴⁴⁷. Il problema è che la legge di per sé non basta, dal momento che spetta comunque alla contrattazione determinare gli ambiti di operatività dei quattro nuovi comparti (art.4, comma 3, TUIPI); ma è lo stesso legislatore⁴⁴⁸ che ha bloccato la contrattazione determinando il rallentamento della procedura negoziale per la definizione dell'accordo quadro di riduzione.

In sostanza, come afferma la stessa Aran⁴⁴⁹, il blocco della contrattazione sulla riduzione dei comparti rappresenta la ritorsione dei sindacati nei confronti del datore di lavoro pubblico per il blocco della contrattazione. Tutto ciò fa sì che, al momento attuale, la riduzione del numero dei contratti sia rimasta lettera morta.

Da un punto di vista giuridico, si riscontra un riavvicinamento della situazione italiana rispetto a quella francese, dal momento che lo scenario somiglia moltissimo a quello della legge quadro sul pubblico impiego del 1983, che prevedeva la ricezione degli accordi collettivi in atti regolamentari, come tali sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti.

Con le nuove norme, se da un lato non c'è bisogno di recepire gli accordi in testi normativi, dall'altro la contrattazione nazionale è ora sottoposta al controllo "preventivo ed impeditivo"⁴⁵⁰ della Corte dei Conti, finalizzato a stabilire la compatibilità economico-finanziaria dei contratti rispetto ai vincoli di finanza pubblica. La novità non è di poco conto, perché l'introduzione di un terzo attore con

⁴⁴⁶ Cfr. PISANI C., «La vera novità sistemica della riforma "Brunetta": il ridimensionamento dell'autonomia collettiva», *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, vol. , fasc. 3, 2010, pp. 142-148., secondo il quale valeva il principio per cui "un nuovo comparto non si nega a nessuno".

⁴⁴⁷ Cfr. ALAIMO, «La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e "blocchi": dalla "riforma Brunetta" alla "manovra finanziaria", p.13. L'autrice fa notare come il blocco della contrattazione sia da riferirsi solo alla parte economica, il che rende ancor più evidente le cause della mancata attuazione della riduzione di comparti.

⁴⁴⁸ L'art. 9, D.L. n. 78/2010, ha stabilito il blocco della contrattazione per il triennio normativo ed economico 2010-2012, poi esteso anche al 2013.

⁴⁴⁹ E' l'autorità per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni, l'organo tecnico che rappresenta la parte datoriale durante le trattative, v. art. 46 TUIPI.

⁴⁵⁰ Cfr. ALAIMO, «La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e "blocchi": dalla "riforma Brunetta" alla "manovra finanziaria", p.13.

poteri di blocco rappresenta un palese limite alla libertà negoziale di entrambi i contraenti, cosa che non ha corrispondenza nel settore privato.

Per quel che concerne la contrattazione integrativa, a ciascuna amministrazione è concessa l'attivazione di autonomi livelli, nel rispetto dei vincoli di bilancio risultanti dagli strumenti di programmazione annuale e pluriennale (art.40, comma 3 bis).

Essa può avere ambito territoriale e riguardare più amministrazioni.

È esclusa espressamente, inoltre, la possibilità che la contrattazione decentrata sia derogatoria rispetto a quella nazionale, la sola legittimata a poter assegnare le materie e ad assegnare fondi e ad imporre limiti.

Rispetto a questo vincolo, vigilano gli organi di controllo interno (collegio dei revisori dei conti, collegio sindacale, uffici centrali di bilancio o analoghi organi previsti dai vari ordinamenti), come chiarito anche dalla Circolare del Dipartimento della funzione pubblica del 13.5.2010⁴⁵¹.

Le organi e gli attori della negoziazione. Il sistema di calcolo della rappresentatività del settore pubblico è stato sempre ritenuto un modello efficace da seguire, al punto che è stato preso come esempio per l'introduzione di un'analogia disciplina nel settore privato.

L'architrave di tutto il sistema sono le elezioni della rappresentanza unitaria del personale mediante elezioni alle quali è garantita la partecipazione di tutti i lavoratori (art. 42, comma 3, TUIPI). Le elezioni si svolgono con voto segreto, metodo proporzionale e l'organo viene rinnovato periodicamente (ogni tre anni). Possono parteciparvi le associazioni sindacali ritenute rappresentative secondo i criteri che vedremo più avanti, nonché quelle non ritenute rappresentative ma che abbiano aderito agli accordi che disciplinano l'elezione dell'organo. Gli stessi accordi possono prevedere che la rappresentanza unitaria del personale sia integrata da rappresentanti delle organizzazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo nazionale del comparto, vale a dire da membri non elettivi⁴⁵².

⁴⁵¹ Circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 13 maggio 2010, n. 7, "Contrattazione integrativa. Indirizzi applicativi del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150" (G.U. n. 163 del 15.7.2010).

⁴⁵² La fonte contrattuale è l'accordo collettivo quadro per la costituzione delle rappresentanze sindacali unitarie per il personale dei comparti delle pubbliche amministrazioni e per la definizione del relativo regolamento elettorale del 7 agosto '98. Ciascun comparto ha un accordo specifico che disciplina le elezioni.

Il dato associativo è espresso dalla percentuale delle deleghe per il versamento dei contributi sindacali rispetto al totale delle deleghe rilasciate nell'ambito considerato. Il dato elettorale è espresso dalla percentuale dei voti ottenuti nelle elezioni delle rappresentanze unitarie del personale, rispetto al totale dei voti espressi nell'ambito considerato (art. 43, comma 1).

Per la validità degli accordi nazionali è espresso il principio maggioritario, ovvero l'accordo deve essere sottoscritto da almeno il 51 per cento come media tra dato associativo e dato elettorale nel comparto o nell'area contrattuale, o almeno il 60 per cento del dato elettorale nel medesimo ambito.

Per quanto concerne la Rappresentanza Unitaria, invece, la definizione di organismo "unitario" implica l'esclusione di qualunque riferimento ai singoli componenti della stessa o alle Organizzazioni sindacali nelle cui liste sono stati eletti. Infatti, i singoli componenti dell'organo operano senza vincolo di mandato.

In altri termini, la RSU è un organo collegiale che opera unitariamente come controparte dell'amministrazione. Esso assume le proprie decisioni a maggioranza dei componenti. Le modalità con le quali la maggioranza si esprime devono essere, eventualmente, definite dall'organo stesso con proprio regolamento interno.

È di esclusiva competenza della RSU definire le regole del proprio funzionamento, le modalità con le quali la maggioranza si esprime, la composizione della propria delegazione trattante.

Se la RSU non si dota di un proprio regolamento, essa rimane comunque un soggetto sindacale unitario cui si applicano le regole generali proprie degli organismi unitari elettivi di natura collegiale (maggioranza dei componenti per la validità della riunione, maggioranza dei presenti per le deliberazioni).

In ogni caso qualsiasi valutazione in merito alla corretta manifestazione della volontà della RSU resta un fatto endosindacale⁴⁵³.

Pertanto, non spetta al datore di lavoro pubblico verificare l'esistenza di una maggioranza in seno all'organo, ma spetta a questo verificare che la metà più uno dei componenti sia favorevole alla sottoscrizione di un accordo decentrato, e designare uno o più componenti per la sua sottoscrizione. Pertanto, in teoria, per la RSU può

⁴⁵³ V. contratto d'interpretazione autentica dell'art. 8 della parte I CCNQ 7 agosto 1998, stipulato il 6 aprile 2004, in merito alle deliberazioni a maggioranza.

sottoscrivere un accordo anche un solo componente, assumendosene la responsabilità nei confronti di tutto il collegio. Tuttavia, nella prassi, al fine di fugare qualsiasi dubbio interpretativo sulla validità di un accordo, in mancanza di un regolamento interno all'organo esso viene sottoscritto da tutti i componenti favorevoli.

Come anticipato in precedenza, il legislatore ha vincolato i contratti nazionali a delegare agli accordi integrativi la disciplina dei trattamenti economici accessori collegati alla performance individuale, a quella organizzativa, alle attività particolarmente disagiate, pericolose o dannose per la salute (art. 45, comma 2, TUIPI). Tale delega può essere totale o parziale, come espressamente disposto dall'intesa del 2009 (punto 4.2), secondo una prassi ormai diffusa sia nella contrattazione collettiva, nei settori privato e pubblico, sia nella legge. Pertanto la competenza di secondo livello può essere anche concorrente, purché non configgente, con quella del livello nazionale. Gli accordi integrativi possono essere chiamati a svolgere una funzione di completamento, oltre che di regolamentazione esclusiva, di un istituto.

Nel settore pubblico, la contrattazione integrativa non sembra legittimata a introdurre soluzioni derogatorie rispetto a quanto disposto dai contratti nazionali in mancanza di clausole c.d. "di uscita". Emerge un modello in cui la contrattazione integrativa dipenderà dalle scelte compiute in sede nazionale. Si va quindi in netta controtendenza con quanto previsto nel settore privato, dove l'art. 8, legge n.148/2011 ha disconosciuto il principio gerarchico nella sistema delle fonti contrattuali.

Nel settore pubblico, la tenuta del sistema è affermata dall'art. 45, comma 4, TUIPI, dove si stabilisce che "le pubbliche amministrazioni non possono sottoscrivere in sede decentrata contratti integrativi in contrasto con vincoli risultati da contratti collettivi nazionali. Le clausole difformi sono nulle e non possono essere applicate". Tale meccanismo è stato rafforzato dal d.lgs. n. 150/2009, attraverso l'inserimento nell'art. 40 TUIPI di un comma *3-quinquies* che alla sanzione della nullità aggiunge il richiamo agli artt. 1339 e 1419 Cod. civ. (sulla sovrapposizione di più strumenti giuridici si è parlato nel paragrafo precedente).

Come fa notare Zoli, il meccanismo sanzionatorio opera per qualsiasi difformità, in *meius* o in *peius* rispetto alla contrattazione nazionale. Indubbiamente, ai fini dell'applicazione, non sarà semplice confrontare un contratto nazionale con l'integrativo, dal momento che spesso le espressioni usate sono ampie e generiche e non consentono di chiarire nettamente quali sono le materie riservate alla contrattazione decentrata.

Senza entrare nel merito della valutazione del personale, che sarà oggetto di una trattazione specifica, spetta ricordare in questa sede che la riforma del 2009 ha compreso notevolmente la libertà contrattuale in sede decentrata, dal momento che il legislatore condiziona il merito degli accordi decentrati lasciando ad essi circoscritte possibilità di regolamentazione. Ciò avviene in particolare in tema di determinazione dell'ammontare del premio annuale per l'innovazione, di modalità selettive per il riconoscimento delle progressioni economiche e di criteri generali per l'erogazione del premio di efficienza⁴⁵⁴.

Struttura e sedi della negoziazione nella fp francese. In Francia, il loro diritto a partecipare alla negoziazione da parte delle OO.SS. è riconosciuto quando queste dispongono di “almeno un seggio negli organismi consultivi in seno ai quali si esercita la partecipazione dei funzionari e che sono determinati in funzione dell'oggetto e del livello della negoziazione⁴⁵⁵”. In altri termini, le elezioni delle organismi rappresentativi del personale a livello locale servono a determinare la rappresentatività; poi non è detto che l'organismo elettivo a livello locale sia direttamente coinvolto nella concertazione, poiché a seconda delle questioni dibattute e del livello della negoziazione (se instaurate con uno o più datori di lavoro) si determina chi partecipa alla trattativa. La legge determina le condizioni di validità dell'accordo rispetto alle organizzazioni sindacali firmatarie ma non precisa nulla rispetto ad un'eventuale divergenza di posizioni fra i rappresentanti dei datori di lavoro pubblici.

⁴⁵⁴ Art. 21, comma 2, 23 e 27, d.lgs. n. 150/2009.

⁴⁵⁵ Articolo 1, legge 5 luglio 2010 .

Il legislatore ha fatto ricorso principalmente a due strumenti per raggiungere l'obiettivo: una generalizzazione dell'elezione a suffragio universale e l'abbandono del criterio di rappresentatività.

Ormai, la presunzione di rappresentatività è abbandonata. In precedenza potevano presentarsi al primo turno delle elezioni, in mancanza di questa condizione, le organizzazioni sindacali che dimostravano la loro rappresentatività rispetto ai criteri fissati dal codice del lavoro. L'articolo 1 della legge 2121 pone cinque criteri: l'indipendenza, la consistenza dell'organico, la contribuzione, l'esperienza e l'anzianità, l'atteggiamento patriottico durante l'occupazione. A questi la giurisprudenza ne aveva aggiunti due, il numero di associati e l'attività del sindacato. Adesso il sistema si poggia sull'esistenza di organizzazioni sindacali di funzionari nella funzione pubblica dove avviene l'elezione, ovvero in quella statale, territoriale o ospedaliera e non in una singola sede di lavoro. Si tratta, evidentemente, di una condizione la cui osservanza è poco più di una formalità. L'altro requisito richiesto è che la sezione sindacale sia dichiarata da almeno due anni⁴⁵⁶.

Il giudice amministrativo ha introdotto delle precisazioni nel definire la nozione di organizzazione sindacale. Nella sentenza *Etienne*⁴⁵⁷, il Consiglio di Stato ha indicato che "i sindacati hanno per solo ruolo la difesa egli interessi professionali comuni agli associati e la loro azione non potrebbe presentare un carattere politico".

Infine, i sindacati devono soddisfare l'esigenza di indipendenza rispetto al datore di lavoro e rispettare i valori repubblicani, versione riveduta e corretta dell'"atteggiamento patriottico durante l'occupazione".

Quanto alla durata del mandato sindacale, quella dei membri del comitato tecnico è fissata a quattro anni.

Su questo punto la legge tende all'omogeneizzazione tra le varie articolazioni del pubblico impiego. In realtà, esistono delle disparità tra funzioni pubbliche sulla durata del mandato e sulle modalità di designazione. In precedenza la durata era di sei anni nella funzione pubblica territoriale. Essa era legata alla durata del mandato degli organi politici. Nella funzione pubblica statale, invece, il mandato durava tre anni. La

⁴⁵⁶ Lo stabilisce l'art. 4 della legge sul dialogo sociale che inserisce un articolo 9 *bis* alla legge del 13 luglio 1983.

legge autorizza il governo a prorogare o ridurre la durata dei mandati dei rappresentanti del personale nei comitati tecnici, col limite di tre anni, nella prospettiva di una concordanza dei rinnovi di queste istanze nei tre settori del pubblico impiego⁴⁵⁸.

Per quel che riguarda le modalità di designazione, lo Stato sembrava in ritardo. In realtà, in questa funzione pubblica, l'elezione non era la via privilegiata per rappresentare il personale. I membri delle CTP (commissioni tecniche paritarie) erano designati dalle organizzazioni sindacali in proporzione ai risultati ottenuti alle elezioni delle CAP (commissioni amministrative paritarie). Peraltro, la legge stabilisce il diritto alla contestazione giurisdizionale rispetto alle decisioni amministrative inerenti la rappresentatività sindacale⁴⁵⁹.

Così, la legge unifica la durata del mandato e le condizioni di accesso. È un passo importante che contribuisce ad ancorare maggiormente il dialogo sociale nello spazio democratico. Ma il legislatore tende ugualmente a rimodellare gli spazi del dialogo sociale.

I luoghi istituzionali privilegiati del dialogo sociale possono essere classificati in due categorie. Ci sono innanzitutto i comitati consultivi nazionali che hanno un ruolo consultivo nell'elaborazione normativa. A questi si aggiungono i comitati paritari, organi di prossimità per eccellenza.

I principali comitati consultivi nazionali sono quattro, ovvero uno per ogni tipologia di pubblico impiego e uno per l'insieme. Quest'ultimo ruolo è ricoperto dal Consiglio superiore della funzione pubblica, così come rinominato nel testo di legge. Questo è competente per "ogni questione di ordine generale comune alle tre funzioni pubbliche". Il settore di competenza concerne i progetti di legge e di "*ordonnance*" (corrispondenti ai decreti ministeriali italiani) comuni alle tre funzioni pubbliche. I

⁴⁵⁷ CE 14 marzo 1958, Etienne, req n° 33262.

⁴⁵⁸ Art. 34 della legge del 5 luglio 2010.

⁴⁵⁹ L'art. 4 della menzionata legge dispone che « la contestazione sulla ricevibilità della candidature sono presentate davanti al tribunale amministrativo competente nei tre giorni che seguono la data limite di deposito delle candidature ».

decreti vengono esaminati solamente se sono comuni alle tre funzioni pubbliche e se l'esame è previsto da una disposizione legislativa o regolamentare⁴⁶⁰.

La formazione del consiglio comune comprende l'insieme degli attori del pubblico impiego. I rappresentanti delle organizzazioni sindacali sono designati da queste ultime sulla base di una ripartizione proporzionale legata ai risultati delle elezioni dei comitati tecnici nelle tre funzioni pubbliche, e non sui risultati alle commissioni amministrative paritarie come accadeva per la determinazione dei seggi ai consigli superiori di ciascuna funzione pubblica

A titolo transitorio "ciascuna organizzazione sindacale rappresentata in seno ad uno almeno di questi tre consigli superiori dispone di un seggio almeno in seno al consiglio comune della funzione pubblica⁴⁶¹".

Dal lato dei datori di lavoro, lo Stato, gli enti locali vengono rappresentati. Affinché un parere sia reso, occorre necessariamente raccogliere l'avviso di ogni componente eccetto quello dei rappresentanti dello Stato.

Per ciò che riguarda i consigli superiori di ogni funzione pubblica, la designazione dei rappresentanti sindacali avviene con la stessa logica proporzionale.

La particolarità della funzione pubblica territoriale è la composizione del consiglio superiore in due collegi (uno datoriale e l'altro del personale) al fine di garantire una visibilità alle posizioni di ciascuna delle parti sui progetti avviati dal governo.

Il dialogo sociale istituzionalizzato esiste anche e soprattutto ad un gradino inferiore attraverso i comitati tecnici paritari. La più grande novità del testo risiede nell'abbandono del paritarismo di queste istanze e la modifica delle loro competenze.

Il carattere paritario dei CTP viene dunque soppresso. Questi organi hanno perso di vista il loro obiettivo iniziale, diventando "non più dei luoghi di scambio, ma di validazione, ovvero di semplice informazione⁴⁶²" ed erano caratterizzati da un "formalismo fattore di rigidità"⁴⁶³.

Questi organi saranno sempre composti da membri dell'amministrazione e da rappresentanti del personale, ma solo questi ultimi avranno diritto di voto. In questo

⁴⁶⁰ L'art. 5 della legge sul dialogo sociale ne stabilisce le competenze inserendo un art. 9 *ter* nello Statuto generale.

⁴⁶¹ Art.29 della legge sul dialogo sociale.

⁴⁶² AUBIN E., « La loi du 5 juill. 2010 relative à la rénovation du dialogue social et la fonction publique : discutez, discutez, il en restera bien quelquechose »..., *Rev. Lamy des collectivités territoriales*, oct. 2010, n° 61.

⁴⁶³ JEAN-PIERRE D., « La rénovation du dialogue social dans la fonction publique », *JCP A* n° 38, 20 settembre 2010.

consiste l'abolizione del paritarismo. L'unica eccezione è prevista per la *fonction publique territoriale* dove i voti dei rappresentanti dell'amministrazione possono essere contabilizzati separatamente, quando l'organo esecutivo del comune lo ritiene deliberando in tal senso⁴⁶⁴.

Questa riforma del diritto di voto, nel principio, rivelerà maggiormente le posizioni sindacali, davanti ad un'amministrazione che fa blocco. Essa potrà mettere in evidenza l'esistenza di un consenso tra sindacati ma allo stesso modo potrà contribuire ad animare la concorrenza tra queste e obbligarle a trarre le conseguenze delle proprie scelte⁴⁶⁵. Politicamente, non sarà semplice per l'autorità amministrativa sostenere un progetto che ha ricevuto un parere negativo dal comitato tecnico, a maggior ragione adesso che l'ambito delle competenze si è allargato, come abbiamo visto nel primo paragrafo.

L'abbandono del paritarismo. Il paritarismo delle istanze rappresentative era un'espressione tipica del modello francese e il suo abbandono ha avuto una portata in un certo senso storica.

A tal proposito giova ricordare le parole di Jean Rivero che nel 1947 all'introduzione del paritarismo e più particolarmente in tutte le forme di partecipazione delle organizzazioni sindacali nel processo amministrativo diceva: "L'autorità pubblica non impone, essa negozia. Sul piano collettivo, trionfa il principio contrattuale"⁴⁶⁶.

Queste disposizioni combinate rilevano la preoccupazione di adattare la composizione del comitato tecnico alle questioni da trattare. Sembra che il decreto tenda a coniugare due legittimità: quella della rappresentanza del personale, che è la sola chiamata a votare e pronunciarsi, e quella della rappresentazione dell'amministrazione, che è una rappresentatività manageriale.

⁴⁶⁴ Lo prevede l'art.15 della legge 5 luglio 2010 che modifica l'art. 32 del titolo 3 dello SG.

⁴⁶⁵La soppressione del paritarismo fu proposta dall'ex presidente Sarkozy nel discorso di Nantes del 19 settembre 2007: « Suggestivo che abbandoniamo la composizione strettamente paritaria delle istanze di dialogo sociale, che è invecchiata male. Quante ore perse in tanto formalismo invece che discutere veramente delle preoccupazioni dei funzionari!».

⁴⁶⁶RIVERO J., *Vers la fin du droit de la fonction publique ?*, D. 1947, p. 150.

⁴⁶⁶MARC E., STRUILLON Y., « La réforme des institutions participatives dans la fonction publique de l'Etat », *AJDA*, 2011, p. 1015.

Secondo la dottrina⁴⁶⁷, la fine del paritarismo nei comitati tecnici si riconduce ad una “morte dolce, senza sofferenza, dal momento che i suoi limiti erano stati a lungo messi in evidenza”. Jacques Fournier, nel “Livre blanc sur le dialogue social dans la fonction publique”, aveva infatti sottolineato che «la composizione paritaria tende a rafforzare il paritarismo di questi organi : negli uffici dello Stato in particolare, i funzionari designati al titolo della parità amministrativa sono muti e votano in maniera monolitica per sostenere le proposte dell’amministrazione, il che è normale dal momento che la rappresentano. Un’opposizione di tutti i sindacati si traduce con una “divisione dei voti”, ed è sufficiente all’amministrazione per beneficiare di un parere favorevole del comitato tecnico paritario...la soppressione del paritarismo ha chiarito il funzionamento dei comitati tecnici, ormai chiaramente posizionati come organi di scambio tra organizzazioni sindacali e una direzione responsabile chiamata a giustificare le sue scelte e a fare lo sforzo di convincere i suoi interlocutori”

Per la verità, anche se questo abbandono è in rottura con una delle espressioni del compromesso storico che si era disegnato nel 1946, nemmeno all’epoca si insisté sulla necessaria uguaglianza della rappresentanza. È principalmente l’associazione dei rappresentanti del personale che era stata giudicata necessaria per garantire l’attuazione del principio di partecipazione. Probabilmente, l’uguaglianza era stata desiderata per compensare la portata semplicemente consultiva del parere, e si iscriveva nella visione che De Gaulle aveva della partecipazione. In più, la problematica dei dibattiti era centrata sul riconoscimento del diritto sindacale e delle sue modalità; una delle finalità delle istanze partecipative era dunque semplicemente, quella di prevenire i conflitti.

Tuttavia, se la regola del diritto non determina automaticamente il comportamento delle parti rappresentate nelle istanze di partecipazione, essa può influenzarle. Da questo punto di vista, ci si può chiedere se l’impatto a lungo termine delle nuove regole è stato considerato. Se prima l’astensione dei rappresentanti di una sola organizzazione sindacale conduceva ad un parere favorevole del comitato paritario, adesso lo stesso atteggiamento potrà portare ad un parere sfavorevole del comitato

tecnico, dal momento che si considera solo l'esistenza di una maggioranza nel fronte sindacale. Non è certo che la nuova composizione sia sufficiente a superare il gioco di ruoli classico tra gli attori della concertazione. Il decreto prevede inoltre che in caso di « voto sfavorevole unanime » su un progetto di testo, esso fa oggetto di una nuova deliberazione⁴⁶⁸».

Quindi dietro il decreto, espressione di un potere unilaterale, si nasconde in verità un contratto che altera il potere della parte pubblica, espressione dell'interesse generale.

⁴⁶⁸ Art. 48, Loi sur le dialogue sociale.

Sezione II: Il conflitto tra potere negoziale datore di lavoro pubblico e il sindacato.

Paragrafo I: La posizione del sindacato francese rispetto alle riforme e al nuovo modello di dialogo sociale.

In questo paragrafo si vuole tracciare un quadro delle relazioni sindacali nel pubblico impiego degli ultimi anni, dando conto tanto in Italia quanto in Francia delle azioni di contrasto rispetto alle riforme che hanno interessato il pubblico impiego.

La scelta di prestare attenzione alle posizioni sindacali non è un'uscita dal quadro giuridico, al contrario ne costituisce una parte fondamentale se si considera l'istituzionalizzazione della negoziazione in Francia e la sua collocazione nella gerarchia delle fonti in Italia.

D'altronde, non si può pensare di analizzare i poteri del datore di lavoro rispetto ai sindacati senza considerare concretamente l'attività di negoziazione e le posizioni delle parti.

Pertanto, in ciascun paese si sono scelte le tre principali organizzazioni sindacali confederali, dal momento che le altre in sostanza basano le loro rimostranze a partire da questi esempi, mettendo l'accento su determinati punti in funzione delle preoccupazione dei loro aderenti.

La federation generale des fonctionnaires (FO). La Federazione generale dei funzionari è sicuramente quella che mostra le posizioni più radicali. A suo parere, le riforme non hanno inteso rendere il servizio pubblico più efficace ma solamente perseguire un'orientazione politica di ispirazione liberale, finalizzata a disimpegnare lo Stato delle sue missioni e privatizzare il servizio pubblico. Per ridurre il costo dello Stato, bisognerà dunque diminuire gli effettivi, il livello delle retribuzioni, il costo delle pensioni etc.

In questa logica liberale, la legge relativa alle leggi di finanza (LOLF), indurrà i servizi a definire le priorità delle loro missioni in funzione dei mezzi di cui

dispongono, mentre per Forza Operaia i funzionari non hanno alcuna legittimità a scegliere le priorità. Questo sindacato mostra quindi una visione piuttosto conservatrice del pubblico impiego, fedele alla posizione statutaria in cui è collocato il personale nei confronti dell'autorità dell'amministrazione. Non a caso per quanto concerne le evoluzioni della funzione pubblica e dello statuto la posizione di questo sindacato è ancora più critica⁴⁶⁹. Esso ritiene che gli strumenti manageriali di cui si è dotato il pubblico impiego francese servano, in realtà, ad aggirare le garanzie statutarie. Infine, la trasformazione da una funzione pubblica di carriera in una per mestieri non permetterà al nuovo sistema di migliorarsi dopo la fase di rodaggio. In effetti, Forza operaia non rivendica di cogestire lo Stato e considera che le organizzazioni sindacali, proprio come i funzionari, non abbiano legittimità in tal senso. Per questi motivi, Forza operaia non ha firmato gli accordi sul dialogo sociale del giugno 2008 opponendosi, in particolare, agli accordi maggioritari che ricalcano quelli del settore privato e la generalizzazione dell'elezione ai comitati tecnici, che secondo Forza operaia avrebbero dovuto restare di tipo paritario.

FO ha combattuto molteplici elementi di principale importanza contenuti nel progetto di legge:

- le modalità di apprezzamento della rappresentatività;
- la rimessa in discussione del paritarismo nelle istanze rappresentative;
- l'accordo maggioritario;
- i nuovi meccanismi di negoziazione.

FO ritiene che l'avvicinamento al settore privato sia una tappa ulteriore nella negazione delle specificità del pubblico impiego. Tale sindacato teme inoltre che il nuovo sistema di negoziazione consenta al governo di scegliersi l'interlocutore a disprezzo della rappresentatività e che si voglia rinviare tutte le negoziazioni importanti al CSFPE. Per scongiurare questo rischio, FO ritiene positivo che la composizione dell'organo sia adesso proporzionale e che le materie oggetto di negoziazione siano chiarite. Pur criticando la soppressione del paritarismo, per il quale avrebbe preferito una semplice modifica, pur ritenendo che lo spirito degli

⁴⁶⁹ Cfr. SIWEK-POUYDESSEAU J., « Les syndicats de la fonction publique et les réformes managériales depuis 2002 », *Revue française d'administration publique* no 132, 2010, pp. 745-756.

accordi di Bercy non sia autentico, perché il fine ultimo del governo sarebbe quello di ridurre il numero delle organizzazioni sindacali e di normalizzarne il comportamento, FO riconosce i progressi effettuati, dal momento che la nuova legge potrebbe promuovere nuove dinamiche nella FP, ma a condizione che il governo decida di intraprendere un vero dialogo sociale e non un semplicemente cambiamento di facciata⁴⁷⁰.

L'union générale des fédérations de fonctionnaires (CGT). Per l'unione generale dei funzionari, con la LOLF c'era il rischio grande di assistere ad una gestione manageriale degli uffici con la trasformazione degli utenti in clienti. Per questo, le garanzie statutarie dei funzionari erano, per il governo, un ostacolo da rimuovere. La LOLF rispondeva ad una logica di risultato, dal momento che gli indicatori di gestione introdotti derivavano da una politica neoliberale di riduzione dei costi, filo conduttore comune delle riforme dello Stato. La CGT rivendicava, al contrario, una funzione pubblica della nazione per l'utente-cittadino, dal momento che la soddisfazione dei suoi diritti non poteva essere lasciata al libero gioco del mercato. Tuttavia, l'Unione generale delle federazioni di funzionari non rifiutava a priori ogni discussione sull'evoluzione della gestione pubblica e ha partecipato ai lavori dell'osservatorio del pubblico impiego, contrariamente a forza operaia. In conclusione, essa non era, in principio, ostile al repertorio che assicurava una migliore leggibilità degli impieghi. Ma, se le garanzie collettive dovessero essere ribassate, la CGT si opporrebbe. Per l'Unione generale delle federazione dei funzionari, lo Statuto generale resterebbe una garanzia di qualità e strumento di gestione moderna a condizione che il pubblico impiego sia reso attrattivo migliorando il potere d'acquisto e la griglia unica delle remunerazioni, senza dimenticare le pensioni e l'azione sociale. Per la CGT lo statuto resta il perno fondamentale, la sua discussione non è negoziabile, mentre si assiste ad una serie di iniziative finalizzate a sminuirne la portata, come l'allargamento del ricorso ai non titolari e il raggruppamento dei corpi in mestieri. La gestione delle performance e la remunerazione al merito conduce ugualmente ad una ridiscussione dello statuto.

⁴⁷⁰ Cfr. BALTASAR A., « Le dialogue social dans la fonction publique », *Le cahiers de la fonction publique*, gennaio 2012, pp. 23 ss.

Dovevano restare al cuore delle garanzie, i corpi, i gradi, le categorie, i concorsi, le commissioni amministrative paritarie, la griglia unica. La CGT rifiutava il principio di una funzione pubblica meno numerosa e meglio pagata. Contrariamente a Forza operaia, la CGT praticava sempre meno la politica della sedia vuota, accettando di partecipare alle quattro conferenze organizzate sul pubblico impiego. In merito al dialogo sociale, la CGT si pronunciava per il riconoscimento di nuovi diritti sindacali e l'organizzazione della concertazione, ritenendo la cogestione (come la codecisione) “incompatibile con la concezione che abbiamo della funzione pubblica, del suo legame con la nazione e della responsabilità dei suoi rappresentanti, affinché le loro opinioni possano esprimersi, pesare realmente, essere prese in conto⁴⁷¹”.

Poiché la concertazione esistente era solamente una formalità, si è deciso di ampliare il potere di iniziativa sindacale in materia di negoziazione. Un accordo poteva essere valido solamente se approvato dalla maggioranza del personale, mentre si considerava inopportuno dargli valore giuridico diretto, dal momento che era sufficiente un impegno del governo ad applicare quanto sottoscritto. La CGT ha approvato la rappresentanza dei titolari e non titolari nei comitati tecnici come le nuove modalità elettorali e la creazione di un Consiglio superiore comune alle tre funzioni pubbliche. Allo stesso modo, il campo di negoziazione sarà allargato e sarà prevista la validazione degli accordi da organizzazioni che rappresentano la maggioranza dei suffragi. In compenso, la CGT considerava inaccettabile che i comitati per l'applicazione di un accordo fossero limitati ai soli firmatari e che le negoziazioni salariali diventino triennali.

L'evoluzione del paritarismo, che rimetterebbe in discussione la collegialità delle istanze come le commissioni amministrative paritarie, poneva allo stesso modo un problema. Alla fine, il dialogo sociale è stato giudicato caricaturale nella sua attuazione della revisione generale delle politiche pubbliche e la CGT ha votato contro il progetto di legge presentato ai consigli superiori nel 2009. Non solamente le riforme erano state approvate autoritativamente, senza valutazione preventiva e senza consultazione, ma nessun mutamento sembrava in programma⁴⁷².

⁴⁷¹ *Fonction publique*, UGFF-CGT, août 2003, p. 42.

⁴⁷² Cfr. SIWEK-POUYDESSEAU J., « Les syndicats de la fonction publique et les réformes managériales depuis 2002 », *Revue française d'administration publique* no 132, 2010, pp. 745-756.

L'union des fédérations des fonctions publiques et assimilés (CFDT). Per la CFDT la modernizzazione delle amministrazioni pubbliche era necessaria e indispensabile alla riforma dello Stato. Essa doveva costruirsi giorno dopo giorno da funzionari e quadri che prendono le loro responsabilità, da organizzazioni sindacali e responsabili amministrativi che riconoscono la loro legittimità reciproca, accettando il confronto di logiche diverse, negoziando un'evoluzione del servizio pubblico, mettendo al centro dell'attenzione la qualità del servizio al cittadino. I responsabili amministrativi dovranno avere una reale delega per negoziare, a condizione di distinguere chiaramente i responsabili politici da quelli amministrativi. Ma la modernizzazione non poteva attuarsi contro gli impiegati e i quadri che costituiscono una risorsa. La retribuzione non deve limitarsi ai premi ma anche al miglioramento delle condizioni di lavoro. Secondo la CFDT, bisogna poggiarsi su una “vera cultura della negoziazione che sfocia nel compromesso, senza considerare immutabile ciò che può essere qualificato come acquisito in un periodo anteriore”. In questa filosofia partecipativa fondata sulla fiducia, bisognava definire la posta in gioco e le contropartite: stabilire una diagnosi comune tra responsabili amministrativi e sindacali, accordarsi sugli obiettivi, cercare delle soluzioni, valutare le sperimentazioni e definire un accordo quadro.

In merito al dialogo sociale, la CFDT riprendeva la domanda già formulata nel 2006, ovvero che la rappresentanza dei sindacati fosse misurata a partire dalle elezioni ai comitati tecnici paritari sia per i titolari che per il restante personale, e che gli accordi siano approvati da organizzazioni che rappresentano una maggioranza di impiegati e siano dotati di un valore giuridico imponendosi ai datori di lavoro. Secondo la CFDT, un organo inter-funzione pubblica dovrebbe esaminare i progetti trasversali ai consigli superiori delle tre funzioni pubbliche, il ruolo dei comitati tecnici paritari sarebbe rafforzato nel quadro della LOLF, le commissioni amministrative paritarie continuerebbero a dibattere di carriere individuali locali o comuni a più corpi o famiglie di mestieri. Dopo aver firmato gli accordi di Bercy nel giugno 2008, la CFDT ha approvato il progetto di legge presentato ai consigli superiori. Bisognava anche valorizzare la funzione della gestione delle risorse umane decentralizzandola, passare da una cultura delle diffidenza a quella della fiducia, e individualizzare i

percorsi senza rimettere in discussione il sistema statutario, organizzando dei quadri d'impiego per filiere di mestieri che sarebbero, a termine, comuni ai tre versanti della pubblica amministrazione. Bisognava dunque dialogare per modernizzare, senza fretta né prove di forza. La CFDT accettava di passare dalla cultura dei mezzi a quella di risultati, a condizione che le missioni dell'amministrazione siano definite in anticipo. Lo statuto dei funzionari deve essere preservato, anche se si fonda su una concezione dépassata delle relazioni sociali, e occorre accordare un ruolo alla negoziazione contrattuale con degli accordi maggioritari⁴⁷³. La CFDT ha domandato invano un riconoscimento giuridico e non più solamente politico degli accordi conclusi e considera che il paritarismo non debba essere di tipo meramente numerico, ma deve rinviare all'assunzione di decisioni congiunte dei rappresentanti del personale e dei datori di lavoro. Infine, l'Unione delle federazioni delle amministrazioni pubbliche e assimilate ritiene che subordinare la politica salariale alla mancata sostituzione di un funzionario su due è uno scambio inaccettabile. Come pure si ritiene che la legge relativa alla mobilità e ai percorsi professionali moltiplica i fattori di precarizzazione.

La CFCT contesta gli accordi di Bercy poiché fanno dell'*audience* elettorale il criterio quasi esclusivo della rappresentatività, il che viene ritenuto contestabile nel principio, perché andrebbe associato alla capacità di negoziare e impegnarsi e all'indipendenza da qualunque potere.

Ammettendo l'utilizzo del criterio elettorale, bisognerebbe che ciascun elettore possa scegliere liberamente il suo sindacato, cosa che non accade visto che il voto avviene su lista e non per sigla, il che non consente di trovare dappertutto il sindacato di proprio gradimento.

Per la CFTC, il dialogo sociale è soprattutto un atteggiamento spontaneo che non si può decretare. Tant'è vero che, di fatto, l'estensione delle materie oggetto di negoziazione non ha provocato un ampliamento delle occasioni, semmai il contrario. Infatti, su molte materie, tra cui i salari e la consistenza del personale, la negoziazione non ha avuto luogo⁴⁷⁴.

⁴⁷³ Cfr. SIWEK-POUYDESSEAU J., « Les syndicats de la fonction publique et les réformes managériales depuis 2002, *Revue française d'administration publique*, n. 132, 2010, pp. 745-756.

⁴⁷⁴ MOREAU M., « Le pluralisme, condition de la démocratie sociale, Le dialogue social dans la fonction publique », *Le cahiers de la fonction publique*, gennaio 2012, pp. 24 ss.

Paragrafo II: L'attività di negoziazione nel pubblico impiego italiano e le posizioni delle maggiori confederazioni sindacali.

L'articolo 9 del D.L. n. 78/2010 ha disposto il blocco della contrattazione nel pubblico impiego per il triennio 2010-2012, sia per quanto riguarda la parte normativa che quella economica.

In seguito, l'articolo 16, comma 1, del D.L. n. 98/2011 ha previsto la possibilità che il governo emani un regolamento per prorogare al 31 dicembre 2014 le vigenti disposizioni che limitano la crescita dei trattamenti economici, anche accessori, del personale delle pubbliche amministrazioni. Data la situazione della finanza pubblica, la possibilità di cui sopra era, in realtà, una scelta senza alternative. Tuttavia, nello stesso articolo il legislatore ha previsto la possibilità che il blocco abbia un'applicazione differenziata per i vari settori della PA, stabilendola di concerto con le OO.SS..

Come si vedrà meglio nel capitolo sulla valutazione, il blocco della contrattazione ha privato la riforma del 2009 delle risorse per poter essere attuata e a tale blocco è corrisposta una battuta d'arresto sul fronte delle necessarie norme attuative di fronte negoziale.

Così, la riduzione dei comparti di contrattazione da 11 a 4 è rimasta lettera morta “per la mancanza di un effettivo interesse delle Confederazioni sindacali ad un accordo meramente confermatario del quadro legislativo vigente”⁴⁷⁵.

Non solo, ma tutta la riforma ha conosciuto una battuta d'arresto a causa del blocco della contrattazione.

La riforma fissava al 31.12.2010 il termine legale entro il quale le parti, ai sensi dell'art. 65 del d. lgs. n. 150/2009, avrebbero dovuto adeguare, i contratti integrativi «alle disposizioni riguardanti la definizione degli ambiti riservati, rispettivamente,

⁴⁷⁵ GASPARRINI S., Trattative con le confederazioni: lo stato dell'arte [<http://www.aranagenzia.it/araninforma/index.php/gennaio-2012/72-editoriale/264-trattative-con-le-confederazioni-lo-stato-dellarte>], consultazione del 9 giugno 2013];

alla contrattazione collettiva e alla legge nonché a quanto previsto dalle disposizioni del Titolo III» del decreto, riguardante il sistema di “merito e premi”.

In caso di mancato adeguamento, al 1° gennaio 2011 i contratti avrebbero comunque perso efficacia.

Termini più lunghi venivano fissati per le Regioni e per le autonomie Locali, data la loro autonomia costituzionalmente riconosciuta, posticipati rispettivamente al 31.12.2010 e al 31.12.2012⁴⁷⁶.

In altri termini, se in una norma il legislatore imponeva l’obbligo di adeguamento della contrattazione alle nuove norme, in un’altra ne stabiliva l’impossibilità.

Per risolvere il problema il governo dell’epoca ha stipulato un’“Intesa per la regolazione del regime transitorio conseguente al blocco del rinnovo dei contratti collettivi nazionali di lavoro nel pubblico impiego” sottoscritta, tra i sindacati principali, da CISL e UIL. Nella menzionata intesa la riforma viene notevolmente ridimensionata per quanto riguarda la parte su merito e premi, e il governo aveva manifestato l’intenzione di aprire una nuova fase nelle relazioni sindacali, restituendo al sindacato il ruolo di tutela dei lavoratori e delle professionalità del pubblico impiego e potenziando la partecipazione nelle scelte di gestione del personale.

All’intesa seguirà in c.d. decreto “correttivo” della riforma Brunetta, ovvero il d.lgs. n. 141/2011, il quale sostanzialmente “congela” la piena applicazione della riforma, stabilendo che l’adeguamento dei contratti nazionali e integrativi avrà luogo dalla tornata contrattuale successiva a quella in corso. Pertanto a causa del blocco, anche decorso il termine di legge, i “vecchi” contratti si continuano ad applicare per la parte compatibile con le nuove norme. La piena attuazione della riforma è rinviata a data da destinarsi⁴⁷⁷.

In seguito, il governo Monti ha proseguito con la fase di apertura ai sindacati sottoscrivendo, il 3 maggio 2012, un nuovo (ed ennesimo) protocollo d’intesa sul lavoro pubblico il quale, a differenza del precedente, è stato di ampia portata e sembrava voler rimettere in discussione l’*acquis* della riforma, dal momento che si

⁴⁷⁶ Cfr. ALAIMO A., “La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e “blocchi”: dalla “riforma Brunetta” alla “manovra finanziaria””, *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT* – 107/2010, p. 30

⁴⁷⁷ Cfr. SEVERINO C., “La “nuova” fase delle relazioni sindacali in Italia alla luce dell’intesa del 4 febbraio 2011 tra Governo e sindacati”, *Boll.Adapt*, 8 febbraio 2010 [<http://www.bollettinoadapt.it/site/home/osservatori/lavoro-nelle-pubbliche-amministrazioni/documento10769.html>, consultazione del 9 giugno 2013].

parla di un “nuovo sistema di relazioni sindacali” e di un “maggiore coinvolgimento delle OO.SS. nei processi di riorganizzazione”.

Il documento, sottoscritto stavolta da tutti i tre sindacati confederali era di portata tale da immaginare una nuova controriforma del pubblico impiego. In realtà, la sua applicazione è stata molto limitata ed è avvenuta mediante provvedimenti occasionali. Ad oggi le modifiche normative intervenute sono ben poche. Una di queste è la possibilità di svolgere un esame congiunto o una semplice informazione in occasione dei processi di organizzazione, se previste nel CCNL (art. 5, comma 2, TUIPI).

Ad essa si aggiunge la modifica del comma 1, primo periodo, dell’art. 6, del TUIPI, dettata da esigenze di chiarezza terminologica e coerenza del complessivo impianto relazionale”, che attribuisce alle organizzazioni un diritto di informazione e non più di consultazione in materia di organizzazione e disciplina degli uffici, nonché di consistenza e variazione delle dotazioni organiche, ove previsto dai contratti nazionali”.

Nel menzionato comma 1 dell’art.6 è stato altresì inserito un secondo periodo con il quale si riconosce alle OO.SS. un diritto di informazione obbligatorio, ai sensi dell’art.33 dello stesso TUIPI, nei casi in cui i processi di riorganizzazione degli uffici comportino l’individuazione di esuberi o l’avvio di processi di mobilità. In tali casi, le pubbliche amministrazioni sono tenute anche ad avviare con le OO.SS. un esame sui criteri per l’individuazione degli esuberi o sulle modalità per i processi di mobilità, come si vedrà meglio nell’apposito capitolo.

Il 14 febbraio 2013 il Ministro della funzione pubblica ha sottoscritto un atto di indirizzo all’Aran per la sottoscrizione di un accordo quadro in materia di relazioni sindacali.

Tale accordo, nello schema dell’Atto di Indirizzo, dovrebbe sostituirsi ai CCNL di comparto per la parte sulle relazioni sindacali, ormai disapplicata in quanto superata dalla legislazione vigente.

Nell’atto di indirizzo, come nella citata intesa, si fa cenno alla possibilità di aumentare il numero dei comparti rispetto alla previsione di quattro contenuta nel TUIPI come modificato dal d.lgs. n. 150/2009, ma fermo restando la riduzione rispetto ai dodici attualmente vigenti.

Le posizioni dei tre sindacati confederali rispetto alle recenti riforme.

La Confederazione generale italiana del lavoro. La Cgil è l'unica delle tre confederazioni sindacali maggiormente rappresentative a non aver sottoscritto la riforma del modello contrattuale nel pubblico impiego sottoscritta il 30.04.2009.

La Cgil la ritiene sicuramente un peggioramento rispetto al passato poiché vede in essa una “forte compressione degli spazi della contrattazione decentrata”, da “una subordinazione alle concessioni economiche del Governo in merito alla determinazione delle risorse, oltre ad un collegamento esplicito a quanto previsto nella legge delega n. 15/2009”, che al momento della sottoscrizione non era stato ancora emanato.

I punti negativi per la Cgil sono stati:

- la limitazione della contrattazione decentrata, in particolare per l'individuazione delle risorse e la distribuzione dei premi ed incentivi;
- la possibilità di attribuzione anticipata dei benefici contrattuali, ritenendola un “sottile strumento di ricatto e di condizionamento delle trattative”
- il divieto di sciopero durante la fase pre e post scadenza del contratto.

La Cgil ha ritenuto la riforma del modello contrattuale come una “modifica radicale della contrattazione così come l'abbiamo conosciuta e così come è stata elaborata dalla dottrina giuslavoristica degli ultimi vent'anni”⁴⁷⁸.

Rispetto alla riforma vera e propria, le critiche si fanno ancor più severe. Infatti, la Cgil aveva ritenuto la legge n. 15/2009 una “delega in bianco per attaccare il sindacato e ridurre i diritti dei lavoratori, azzerando quel ampio processo riformatore della PA degli anni '90 che aveva visto protagonista la Cgil”.

La Cgil ha ritenuto stravolto il fondamento democratico del previgente sistema contrattuale che affonda le sue radici nel nostro ordinamento giuridico a partire dal

⁴⁷⁸ P. A.: CGIL, la ‘riforma’ Brunetta rappresenta un grave attacco al diritto alla contrattazione, Portale Cgil [<http://www.cgil.it/dettagliodocumento.aspx?ID=12447>, consultazione del 21 giugno].

1993 e che aveva fatto del CCNL e della contrattazione integrativa il proprio baricentro.

Col tempo la Cgil si è distinta come il sindacato più connotato politicamente, data la sua intransigenza rispetto al governo Berlusconi, salvo riconoscere una lieve apertura di credito al governo Monti. Sulla linea della sostanziale intransigenza della Cgil rispetto alla riforma Brunetta converranno, ciascuno con propri “distinguo”, le altre organizzazioni sindacali.

Cisl. La Cisl, sindacato con posizioni centriste, davanti alla riforma ha cercato di mostrare un atteggiamento privo di condizionamenti ideologici. Partendo dalla necessità di una riforma del sistema pubblico, la Cisl ha cercato di incidere in tutti quegli spazi dove il decreto attuativo lo consentiva.

La convinzione della Cisl è che il successo della riforma fosse legata al grado di coinvolgimento delle organizzazioni sindacali. Idea che si è nel tempo rivelata fondata, dal momento che il mancato coinvolgimento delle organizzazioni rappresentative dei lavoratori ha contribuito al fallimento della riforma stessa.

Davanti alla riduzione dei comparti la Cisl ha espresso perplessità, proponendo un diverso criterio per l’individuazione della rappresentatività.

Analoghe remore sono state espresse sulla possibilità di un ritorno al passato rispetto contrattualizzazione del pubblico impiego, che potrebbe essere ostaggio di “interessi di parte”⁴⁷⁹.

Davanti al rischio di un netto ridimensionamento dello strumento negoziale, la Cisl si è premurata di assicurare che la contrattazione resti la fonte regolatrice prevalente, soprattutto in materia retributiva, anche se il corso degli eventi, con il blocco alla contrattazione, ha sancito un notevole svuotamento del ruolo.

Rispetto al citato atto di indirizzo assegnato dal Ministro della Funzione pubblica all’Aran la Cisl ha mostrato posizioni molto dialoganti, pur senza entrare nel merito delle questioni, per la volontà aprire una fase di “rilancio del cambiamento della PA” e di “maggiore riconoscimento professionale dei lavoratori”⁴⁸⁰.

⁴⁷⁹ “O Brunetta o la Cisl: negli uffici pubblici qualcuno è di troppo”, Portale Linkiesta [<http://www.linkiesta.it/o-brunetta-o-la-cisl-negli-uffici-pubblici-qualcuno-e-di-troppo>, consultazione del 21 giugno].

L'Unione italiana del lavoratori. La Uil ha sottoscritto la riforma del modello contrattuale, ritenendo che avrebbe portato a tempi di rinnovo dei contratti più brevi e certi e con minore conflittualità. Pur sottolineandone le criticità, la Uil era stata, unitamente con la Cisl, una delle organizzazioni sindacali più aperte nei confronti delle novità introdotte dalla riforma Brunetta.

Tuttavia, nel 2012 ha presentato una raccolta di firme per proposta di legge di iniziativa popolare dal titolo “Modificazioni al decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, alla legge 4 marzo 2009, n. 15, al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, nonché ad altre disposizioni, in materia di lavoro pubblico per l’armonizzazione tra impiego pubblico e privato”, pubblicata sulla G.U. n. 32 dell’8 febbraio.

La proposta nasce “dall’esigenza di riqualificare positivamente il rapporto di lavoro e di impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 2, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, la cui immagine si era logorata a seguito dell’entrata in vigore della Riforma Brunetta.

L’intento della proposta di legge è quello di non vanificare il lungo processo di privatizzazione del rapporto di lavoro che ha caratterizzato la riforma del lavoro pubblico degli anni ’90, culminando con l’emanazione del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165.

La Uil sottolinea che la riforma Brunetta, modificando in modo significativo il rapporto di lavoro nel pubblico impiego nella sua natura e nella sua struttura ontologica, ha dato vita ad una sorta di “ibrido”: il rapporto di lavoro pubblico è in parte contrattualizzato ma, con una nuova ripartizione tra materie riservate alla legge statale e alla contrattazione collettiva e con la potestà attribuita al legislatore di modificare unilateralmente aspetti e tratti distintivi del rapporto di lavoro, la c.d. “contrattualizzazione” ha ormai lasciato il posto ad una sostanziale “ripubblicizzazione” del lavoro pubblico in chiave autoritativa, finalizzata a comprimere il più possibile gli interessi dei lavoratori pubblici.

La Uil sottolinea che si tratta non di una riforma abrogativa, ma propositiva e finalizzata dall’intento di correggerne le storture “per il conseguimento di un necessario miglioramento della qualità dei servizi resi dalle amministrazioni pubbliche”.

La proposta contiene il ripristino della legislazione contrattata tra A.R.A.N. e organizzazioni sindacali su tutti gli aspetti del rapporto di lavoro, l'eliminazione dal decreto legislativo n. 150/2009 dei sistemi di valutazione basati su pagelle e fasce di merito, l'abrogazione delle norme che consentono alle amministrazioni, al di fuori di qualsiasi confronto con le OO.SS. ed in modo discrezionale ed unilaterale di adottare provvedimenti di mobilità di ufficio, di collocamento in disponibilità, di licenziamento.

La proposta di legge in questione, oltre a non aver avuto ovviamente alcuno sbocco, è sembrata piuttosto un'iniziativa propagandistica, da cui però emerge chiaramente il "pentimento" della Uil rispetto alle aperture di credito concesse alla discussa riforma nonché alla riforma del modello contrattuale.

Conclusion

La materia della contrattazione collettiva rappresenta una delle divergenze più sostanziali ed evidenti tra il pubblico impiego italiano e quello francese.

Già a livello terminologico è scorretto parlare di contrattazione per il pubblico impiego francese, laddove si usa il termine “negoziazione”. Questa espressione sottintende che la fase decisionale appartiene al datore di lavoro pubblico, che può negoziarla preventivamente con i sindacati, mentre nel pubblico impiego italiano la collaborazione con i sindacati può assumere sfumature diverse a seconda che si tratti di contrattazione, concertazione (detta anche “esame congiunto”), oltre ovviamente alla semplice informazione.

Anche la questione dei poteri del datore di lavoro sembra di semplice soluzione per quanto riguarda la parte francese, dal momento che, in linea teorica, egli può disporre nella sua interezza del potere decisionale e non è tenuto a concordarlo con nessuno.

Per quanto concerne, invece, la pubblica amministrazione italiana ai poteri negoziali del datore di lavoro pubblico corrispondono veri e propri poteri del sindacato, in quanto determinate materie possono essere stabilite solamente dalla fonte negoziale e il dissenso del sindacato può diventare un vero e proprio diritto di veto.

Le due situazioni sembrano apparentemente opposte e inconciliabili, ma vanno opportunamente sfumate a seguito dell’approvazione, rispettivamente, della riforma Brunetta del 2009 per la parte italiana e dalla legge sul rinnovo del dialogo sociale del 2010.

Così, il datore di lavoro francese può negoziare con il sindacato diverse materie tra quali quelle inerenti l’organizzazione del lavoro, lo svolgimento delle carriere e alla promozione professionale, la formazione professionale e continua e l’azione sociale e alla protezione sociale complementare, all’igiene, alla sicurezza e alla salute sul lavoro.

Rispetto a queste materie, il potere d’iniziativa del sindacato è limitato; l’espressione utilizzata corrisponde a “le OO.SS. sono legittimate a partecipare” (“ont la qualité”)⁴⁸¹ non è ravvisabile un potere di veto o di opposizione del sindacato, dal momento che l’avvio della negoziazione resta una possibilità e non un obbligo, e le

possibilità di tutela per via giudiziaria sono limitate agli atti regolamentari che recano pregiudizio a disposizioni statutarie a decisioni individuali arrecati pregiudizi agli interessi collettivi dei funzionari⁴⁸².

E infatti, la CGT ha sottolineato come molte riforme siano state approvate senza essere state preventivamente discusse, nonostante le tante buone intenzioni messe per iscritto nei testi di legge.

Manca, nell'ordinamento francese, una norma di forte tutela del sindacato come l'art. 28 dello Statuto dei lavoratori italiano che -giova ricordarlo- si applica indistintamente tanto per il lavoro pubblico come per quello privato.

La condotta antisindacale si verifica se il datore di lavoro si oppone alla dialettica col sindacato, ovvero se nega il confronto con esso, se non gli riconosce le prerogative che gli spettano per legge. La definizione del legislatore è teleologica: le fattispecie sono indeterminabili a priori, anche se ve ne sono alcune che configurano sicuramente la condotta antisindacale, come la mancata convocazione di un'organizzazione rappresentativa. Non è richiesta prova dell'intenzionalità del comportamento del datore di lavoro.

Così, se il dialogo sociale francese è una carta d'intenti da riempire con pratiche possibilmente virtuose, la dialettica col sindacato italiano è più formalizzata e davanti al mancato rispetto di obblighi formali è possibile far scattare il meccanismo di tutela previsto dal menzionato art. 28. Così, il ridimensionamento delle prerogative sindacali riconosciute per legge operato del d.lgs. n. 150/2009 riduce allo stesso tempo la possibilità di ricorrere all'azione per la repressione della condotta antisindacale.

Secondo aspetto di grande importanza è quello inerente il valore giuridico degli accordi. Qui la differenza è (apparentemente) abissale: nel pubblico impiego francese essi non trovano collocazione nella gerarchia delle fonti, mentre in Italia hanno competenza esclusiva sulla materia retributiva e sul sistema premiale, su i "diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro"⁴⁸³, su altre materie gli viene

⁴⁸¹ L'espressione è utilizzata all'articolo 8 bis dello SG e ripresa in molte altre disposizioni normative.

⁴⁸² Art. 8 SG.

⁴⁸³ Art. 40, comma 1, TUPI.

riconosciuto l'esame congiunto o la mera informazione, se previsti dalla contrattazione, pur con i limiti tassativi introdotti dal d.lgs. n. 150/2009.

La questione della validità giuridica degli accordi non è stata affrontata perché in contrasto con la concezione francese del pubblico impiego, dove i funzionari sono collocati in una posizione legale e regolamentare. Ciò spiega come mai, sorprendentemente, nemmeno i sindacati sembrano preoccuparsene: discutere di ciò significherebbe rimettere in discussione lo statuto dei *fonctionnaires* e accelerare il processo di normalizzazione del pubblico impiego verso l'equiparazione con quello privato, con la conseguente perdita dei diritti e dei privilegi legati allo status, cosa alla quale i sindacati si oppongono fermamente.

Per alcuni sindacati, come Force ouvrière, la conservazione dello statuto arriva fino alla negazione della possibilità di avere un maggior coinvolgimento nella determinazione delle scelte di fondo dell'azione pubblica, in una singolare eterogenesi dei fini. La CFDT è l'unica organizzazione a porre il problema del valore giuridico degli accordi, cosa che non rappresenta invece una priorità per la CGT, per la quale è sufficiente l'impegno del governo. L'antinomia validità dell'accordo/inefficacia giuridica è evidente a tutti; tutti i segnali, al momento, fanno presupporre un ulteriore riavvicinamento verso l'impiego privato, resta da capire quando i tempi saranno maturi per una svolta decisiva in tal senso.

I segnali, infatti, rivelano un movimento più profondo e ormai regolare di avvicinamento con il diritto comune del lavoro, riflesso dell'erosione di un modello di relazioni professionali ancorato nella radicale specificità del rapporto tra lo Stato e i suoi funzionari, a beneficio di un modello che assicura l'espressione degli interessi differenti del datore di lavoro e dei suoi impiegati. Detto altrimenti, nel sistema delle relazioni collettive di lavoro, la figura del funzionario pubblico cede il passo a quella del « lavoratore » che, secondo quanto scritto nell'ottavo alinea del preambolo della Costituzione del 27 ottobre 1946 partecipa “con l'intermediazione dei suoi delegati, alla determinazione collettiva delle condizioni di lavoro e alla gestione delle imprese”.

Il principio di partecipazione si applica in effetti anche ai funzionari, in virtù della giurisprudenza del Consiglio Costituzionale⁴⁸⁴, che rappresenta una tappa supplementare nella messa in discussione dell'esorbitanza del diritto del lavoro pubblico⁴⁸⁵.

Nel contempo, è opportuno aprire un dibattito sullo stato di salute della contrattazione collettiva in Italia. Ricopre ancora il ruolo fondamentale che le la riforma sembra assegnarle? Per quanto riguarda la negoziazione a livello nazionale, quella che avviene con l'organo politico, essa ancor è meno formalizzata di quella italiana. La storia del pubblico impiego italiano ha conosciuto una serie infinita di protocolli d'intesa rimasti lettera morta. L'ultimo in ordine di tempo, quello del 3 maggio 2012, ha ricevuto solo parziale attuazione nell'atto di indirizzo assegnato dal Ministro della Funzione Pubblica all'ARAN e firmato dal Ministro della Funzione pubblica il 14 febbraio 2013, che resta comunque un atto interno all'amministrazione.

Tale atto "si limita sostanzialmente a fotografare e confermare il quadro normativo della Legge Brunetta" (parole di un bollettino sindacale CGIL) e "non è neppure coerente con i contenuti dell'Accordo del 3/5/2012⁴⁸⁶".

Pertanto, il valore di questi protocolli è puramente politico, e i tempi per la loro attuazione sono meramente indicativi, anche perché l'atto di indirizzo è vincolante solo per l'ARAN ma non per i sindacati, che la cui firma è ovviamente necessaria per la validità dell'accordo.

Il contrattazione nazionale è ferma del 2010 e non ci sono al momento spiragli per un inizio delle trattative per il rinnovo, a causa della cronica assenza di fondi e dal momento che i "vecchi" contratti vengono disapplicati e sostituiti dalle norme di legge per le parti incompatibili. La negoziazione per la riduzione dei comparti è da tempo ferma. L'unica contrattazione che si svolge regolarmente è quella decentrata per l'assegnazione dei fondi incentivanti, pur con i limiti e i vincoli di spesa imposti

⁴⁸⁴ Cons. cost. 20 luglio 1977, n° 77-83 DC.

⁴⁸⁵ DUBOS O., « L'exorbitance du droit de la fonction publique », *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, études réunies par F. Melleray, LGDJ, 2004.

⁴⁸⁶ Relazioni sindacali nel settore pubblico, incontro all'ARAN, sito Fcgil.it [<http://www.flcgil.it/attualita/relazioni-sindacali-nel-settore-pubblico-incontro-all-aran.flc>, consultazione del 21 giugno 2013].

dal legislatore e con la possibilità per il datore di lavoro di procedere unilateralmente in caso di trattative senza esito.

Tutti questi aspetti inducono a concludere che il rapporto di lavoro è regolato contrattualmente ormai solo sulla carta.

In conclusione, per ciò che concerne i poteri di negoziazione con i sindacati i due modelli italiano e francese, pur partendo con distanze apparentemente inconciliabili, sembrano tendere ad una convergenza, attraverso la combinazione di maggiori concessioni dal lato francese e sempre maggiori blocchi e restrizioni sul lato italiano. Ciò che li accomuna è il fatto di trovarsi in una fase di transizione dalla quale prima o poi dovranno uscire attraverso una ridiscussione generale del modello, ma di questa transizione è impossibile prevedere la durata.

Capitolo secondo: dallo ius variandi alla licenziabilità del dipendente pubblico.

Sezione I: La mobilità imposta per esigenze di servizio.

Paragrafo I: La mobilità collettiva e il mutamento di mansioni nel pubblico impiego italiano

Quando si parla di mobilità nel pubblico impiego ci si può riferire a quella interna, a quella individuale o volontaria o a quella collettiva. La prima consiste nel cambiamento dell'ufficio d'appartenenza di un dipendente nell'ambito di una stessa amministrazione; la seconda nel passaggio di un dipendente da un ente all'altro, appartenenti non necessariamente allo stesso comparto; la terza è quella che viene attivata a seguito della rilevazione di personale eccedente.

La mobilità collettiva. L'evoluzione della disciplina nel corso degli ultimi vent'anni ha inizio con l'art. 35 del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, secondo il quale un decreto *ad hoc* del Presidente del Consiglio dei Ministri doveva disciplinare, tra le altre materie, anche “criteri, le modalità e le procedure per la messa in disponibilità e per la formazione delle graduatorie che, per la mobilità d'ufficio, sono formate sulla base di criteri analoghi a quelli previsti dall'art. 5 della l. 23 luglio 1991, n. 223”.

Cinque anni più tardi, in piena fase di privatizzazione del pubblico impiego, gli artt. 20 e 21 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 hanno, rispettivamente, novellato completamente l'art. 35 e introdotto *ex novo* un art. 35-bis del d.lgs. n. 29/1993. Questo testo, con l'aggiunta di alcune piccole modifiche, rimarrà in vigore fino a novembre 2011; nel corso della presente trattazione si avrà modo di confrontarlo con quello attuale.

Nel 2001, l'art. 35 e 36 divengono, rispettivamente, gli artt. 33 e 34 dell'attuale TUIP.

La riforma Brunetta ha lasciato pressoché invariata la disciplina sulla mobilità collettiva, salvo l'introduzione (ad opera dell'art.50 del d.lgs. n. 150/2009) del comma 1-bis dell'art.33 del TUPI, che prevede la valutazione della responsabilità per danno erariale del dirigente che omette di rilevare le eccedenze del suo ufficio; come si avrà modo di vedere in seguito, il legislatore non ha conservato tale modifica nella versione attualmente in vigore.

Infine, l'art.16, l. 12 novembre 2011, n. 183 (legge di stabilità per il 2012) ha novellato l'art. 33 del TUPI in materia di mobilità collettiva dei dipendenti pubblici, modificando significativamente, in alcuni punti, la precedente versione.

Le nuove disposizioni, in vigore dal 1 gennaio 2012, costituiscono l'attuazione di un impegno che il governo Berlusconi aveva preso nella lettera inviata al presidente della Commissione europea Barroso e al Presidente del Consiglio europeo Van Rompuy: "Per rendere più efficiente, trasparente, flessibile e meno costosa la pubblica amministrazione, tanto a livello centrale quanto a livello degli enti territoriali (oltre al vigente blocco del turnover del personale), renderemo effettivi con meccanismi cogenti/sanzionatori:

- a. la mobilità obbligatoria del personale;
- b. la messa a disposizione (Cassa Integrazione Guadagni) con conseguente riduzione salariale e del personale;
- c. il superamento delle dotazioni organiche".

Nell'utilizzare l'espressione "rendere effettive", il governo implicitamente ha ammesso che esisteva già una disciplina in materia, di fatto inapplicata.

Per mobilità collettiva, secondo il nuovo art. 33 del TUPI, deve intendersi la particolare procedura che consegue alla rilevazione, da parte della Pubblica Amministrazione, di situazioni di soprannumero o comunque di eccedenze di personale, in relazione alle esigenze funzionali o alla situazione finanziaria.

La fattispecie è più ampia di quella precedente, che si limitava alle eccedenze di personale "in senso stretto". Inoltre, la novella definisce le possibili ragioni

dell'eccedenza, che possono essere o attinenti a questioni organizzative oppure legate alla situazione finanziaria dell'amministrazione. Come suggerisce la dottrina, il significato univoco del termine «eccedenze» induce ad escludere ai fini dell'attivazione della procedura di cui all'art. 33 tutti quei motivi riconducibili alla persona del lavoratore⁴⁸⁷.

Leggendo tra le righe, questa “ampia” formulazione potrebbe consentire alle pubbliche amministrazioni di applicare la mobilità collettiva se la situazione finanziaria dell'ente dovesse imporre una riduzione degli organici per rimettere in equilibrio i bilanci, anche in seguito ai tagli che le manovre finanziarie hanno fatto alle dotazioni di risorse.

La grande novità del nuovo testo consiste nella scomparsa di qualsiasi riferimento alla legge 23 luglio 1991, n. 223 sulla mobilità collettiva del personale alle dipendenze di imprese private.

Il legislatore riconosce quindi la grande diversità tra la mobilità collettiva nel settore privato e quella nel pubblico impiego.

Nel privato, il fondamento costituzionale della disciplina è l'art. 41 sulla tutela dell'iniziativa economica privata, che permette il libero esercizio del potere imprenditoriale di organizzare e “dimensionare” l'azienda. Secondo la l. n. 223/1991, in caso di mancato accordo con il sindacato per la ricollocazione del personale, l'imprenditore può procedere ai licenziamenti concordando col sindacato i criteri di scelta dei lavoratori o, in alternativa, seguendo i criteri previsti dalla l..

Nel pubblico impiego, invece, è in gioco l'interesse al buon andamento e all'imparzialità della pubblica amministrazione tutelato dall'art. 97 della Costituzione.

Pur nella grande eterogeneità esistente, il legislatore considera la PA come un'unica grande azienda, dove è possibile coniugare l'interesse pubblico a una gestione efficiente con il diritto del personale alla stabilità del posto.

⁴⁸⁷ CHIECO P., “La nuova disciplina delle eccedenze di personale nelle pubbliche amministrazioni”, *LPA*, 1999, 2, pag. 329.

L'applicazione combinata delle norme sulla mobilità con quelle in materia di dotazioni organiche riduce notevolmente il rischio di licenziamenti⁴⁸⁸, poiché le carenze in organico di alcune amministrazioni possono compensare le eccedenze di altre.

Conseguenza principale dell'eliminazione del riferimento alla l. 23 luglio 1991, n. 223 è che la fase di confronto con le organizzazioni sindacali, finalizzata ad individuare le possibilità di riassorbimento delle eccedenze o, eventualmente, il passaggio dei lavoratori eccedentari alle dipendenze di altra Amministrazione, non è più prevista.

Come accaduto in occasione della legge delega 4 marzo 2009, n. 15, poi attuata dal d.lgs. n. 150/2009 (riforma Brunetta), traspare la scelta del legislatore di estendere le prerogative del datore di lavoro pubblico e ridimensionare l'autonomia collettiva; prosegue inoltre il processo di ripubblicizzazione normativa del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche.

Inoltre, la scomparsa del riferimento alla l. 23 luglio 1991, n. 223 fa chiarezza nella disciplina delle fonti in materia di eccedenze di personale.

In precedenza, si prevedeva l'applicazione alla fattispecie in questione de "le disposizioni di cui alla l. 23 luglio 1991, n. 223, ed in particolare l'art. 4, comma 11 e l'art. 5, commi 1 e 2", salvo quanto espressamente previsto dal medesimo art. 33, mentre il successivo comma 3, richiamava a sua volta l'art. 4, comma 2, della medesima l. n. 223/1991 a proposito della comunicazione preventiva. Bisogna ricordare che, già in base all'art. 2, comma 2, TUPI, in generale i rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni sono regolati "dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa" (fatte salve le diverse disposizioni contenute nello stesso TUPI), categoria alla quale già appartiene la legge in materia di eccedenze di personale e della mobilità collettiva nel settore privato⁴⁸⁹.

⁴⁸⁸ NATULLO G., "Gestione delle eccedenze di personale, collocamento in disponibilità e mobilità collettiva", in CARINCI F. – ZOPPOLI L. (a cura di), *Diritto del lavoro. Commentario diretto da Franco Carinci. Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 758.

⁴⁸⁹ SORDI P., "La mobilità collettiva", *La Mobilità nel lavoro pubblico, Gestione delle risorse umane Strumenti e orientamenti*, FORMEZ, pagg.143-150, n. 6/2005, pag. 143.

Adesso alla mobilità collettiva si applica solo ed esclusivamente il novellato art.33, anche perché il mancato riferimento al confronto sindacale lo rende incompatibile con la l. n. 223 del 1991.

Veniamo adesso all'esame della normativa. Per quanto concerne il momento della rilevazione delle eccedenze, il "vecchio" 2° comma dell'art. 33 fissava il campo di applicazione della procedura di mobilità agli esuberanti di almeno dieci dipendenti, precisando che quel numero si intendeva raggiunto anche in caso di dichiarazioni di eccedenza distinte nell'arco di un anno.

Dal 1° gennaio 2012 scompare qualsiasi requisito di tipo numerico. Tuttavia, a ben guardare la portata di tale novità è limitata. Secondo il vecchio testo, infatti, nel caso in cui le eccedenze non raggiungevano il limite minimo di dieci unità, si applicavano solamente le disposizioni dei commi 7 ed 8, secondo quanto disposto dall'ultima parte del comma 2 dell'art. 33. La differenza tra eccedenze pari o superiori a dieci unità ed eccedenze inferiori a quel limite numerico stava quindi esclusivamente nell'obbligo dell'Amministrazione di procedere al confronto con il sindacato, obbligo che non sussisteva sotto i 10 dipendenti eccedentari⁴⁹⁰.

La vera novità dell'art. 33 novellato è che tale confronto adesso non è previsto nemmeno in presenza di eccedenze superiori alle 10 unità.

La rilevazione delle eccedenze può avvenire in sede di ricognizione annuale prevista dall'art. 6, comma 1, terzo e quarto periodo dello stesso TUIPI oppure per motivi patologici, anche in seguito ad eventi straordinari, quali riordino, fusione, trasformazione o trasferimento di funzioni.

Strettamente legata alla rilevazione delle eccedenze è la variazione della pianta organica, che l'amministrazione dovrà effettuare (art. 6 TUIPI) con atto organizzativo di tipo pubblicistico. Va da sé che le motivazioni dell'eccedenza sono quindi le stesse che determinano la ridefinizione della pianta organica⁴⁹¹.

⁴⁹⁰ SORDI P., "La mobilità collettiva", *cit.*, pag. 146.

⁴⁹¹ SORDI P., "La mobilità collettiva", *cit.*, pag. 144.

In dottrina è stata discussa la questione se la procedura di mobilità debba avvenire prima o dopo la variazione della pianta organica. Accettando che la procedura avvenisse prima della formalizzazione delle dotazioni organiche, si consentiva al sindacato di discutere nel merito la scelta di rilevare le eccedenze ancor prima che di cogestirne gli effetti⁴⁹². Venuta meno la fase di confronto, il problema adesso non si pone; pertanto, la variazione delle piante organiche in seguito alla rilevazione delle eccedenze può avvenire anche prima dell'informazione al sindacato.

L'art. 6 del TUPI in materia di organizzazione e disciplina degli uffici e dotazioni organiche è stato modificato dal legislatore con la c.d. *spending review*⁴⁹³.

In precedenza l'art. 6 prevedeva al comma 1 la consultazione delle organizzazioni sindacali rappresentative, sostituita adesso dalla semplice informazione preventiva, ove prevista nei contratti collettivi.

La consultazione continua ad essere prevista sui criteri per l'individuazione degli esuberanti o sulle modalità per i processi di mobilità. Tuttavia, decorsi trenta giorni dall'avvio dell'esame, in assenza dell'individuazione di criteri e modalità condivisi, la pubblica amministrazione procede alla dichiarazione di esubero e alla messa in mobilità. Pertanto, il sindacato può esprimere in una sede istituzionale il suo parere sulla procedura di mobilità collettiva, cercare di renderla meno onerosa per il personale, ma non gli è concesso un diritto di veto.

In caso di mancata individuazione del personale in eccesso è prevista una doppia sanzione: una per l'Amministrazione, che consiste nel divieto di "assunzioni o di instaurare rapporti di lavoro con qualunque tipologia di contratto pena la nullità degli atti posti in essere" (art.33, comma 2), l'altra per il dirigente preposto all'ufficio da ridimensionare, che può incorrere nella responsabilità disciplinare (comma 3). Come già sottolineato in precedenza, il vecchio art.1-*bis*, inserito dall'art. 50 del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, parlava genericamente di responsabilità per danno erariale: una fattispecie *ad hoc* che secondo la dottrina necessitava di un'interpretazione alla luce

⁴⁹² CHIECO P., "La nuova disciplina delle eccedenze di personale nelle pubbliche amministrazioni", *LPA*, 1999, 2, 342; CHIECO P., in AA.VV., *Le eccedenze di personale nelle pubbliche amministrazioni in Italia*, p. 244-245.

⁴⁹³ D.L. 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012, n. 135, che ha disposto, con l'art. 2, comma 18 lettere a) e b)), la modifica dell'art. 6, comma 1 del TUPI.

della giurisprudenza della Corte dei Conti⁴⁹⁴. Facendo riferimento alla responsabilità disciplinare, il legislatore evita il rischio di dubbi interpretativi da parte dei giudici contabili; tuttavia, stante l'ampia discrezionalità nel rilevare situazioni di eccedenza di personale, l'ipotesi di far valere la responsabilità dirigenziale appare piuttosto complicata. Il richiamo alla responsabilità disciplinare del dirigente è da collegare al maggior coinvolgimento dei capi ufficio nella predisposizione e attuazione dei programmi e obiettivi dell'amministrazione di appartenenza, secondo il decreto Brunetta⁴⁹⁵.

Resta da verificare se il rischio di incorrere nella responsabilità disciplinare scoraggerà effettivamente il ricorso a nuove assunzioni o se l'obbligo di previo espletamento della mobilità continuerà a essere considerato un adempimento formale. Infatti, come ricorda la dottrina⁴⁹⁶, l'obbligo dell'espletamento della mobilità individuale o volontaria prima dei pubblici concorsi fu introdotto dalla legge finanziaria per l'anno 2005, approvata con l. 30 dicembre 2004, n. 311 (art. 1, comma 95 e 98), ma tale prescrizione è stata spesso aggirata. Per la prima volta, adesso, quest'obbligo viene imposto anche rispetto alla mobilità collettiva e rafforzato dalla previsione di sanzioni per il dirigente, nella speranza di conseguire risultati migliori rispetto al passato.

La procedura inizia con una comunicazione scritta indirizzata alle rappresentanze unitarie del personale e alle organizzazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo di comparto o di area. Stante la scomparsa di qualsiasi riferimento alla l. n. 233/1991, adesso la legge non ne specifica il contenuto. I motivi che determinano l'eccedenza, le ragioni tecniche ed organizzative che non consentono di adottare misure idonee a riassorbire le eccedenze all'interno della medesima amministrazione, il numero, la collocazione e le qualifiche del personale eccedente e di quello abitualmente impiegato, le eventuali proposte per risolvere la situazione di eccedenza e i relativi tempi di attuazione, le eventuali misure programmate per fronteggiare le

⁴⁹⁴ Cfr. CARINCI F., "Il secondo tempo della riforma Brunetta: il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150", *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* - 119/2011, pag. 47.

⁴⁹⁵ Ci si riferisce alla potenziata partecipazione dei dirigenti nell'individuazione degli obiettivi, nel monitoraggio della performance, di cui agli artt. 5, 6 e 7, nonché 12 del decreto delegato di riforma. Cfr. COSMAI P., "La mobilità dopo il decreto Brunetta", *Azienditalia personale*, n. 8-9 2010, pag. 432

⁴⁹⁶ COSMAI P., "La mobilità dopo il decreto Brunetta", *Azienditalia personale*, n. 8-9, 2010, pag. 427.

conseguenze sul piano sociale dell'attuazione delle proposte medesime non devono essere precisati, poiché rientrano nella piena discrezionalità dell'amministrazione. Tuttavia, visto che la variazione della pianta organica può ben avvenire prima dell'avvio della procedura, l'amministrazione è già in grado di comunicare al sindacato le eccedenze su base territoriale per categoria o area, qualifica e profilo professionale, secondo quanto previsto dall'art.6.

Se in precedenza la fase di consultazione col sindacato doveva concludersi entro 60 giorni (45 per un primo esame e in caso di disaccordo altri 15 per l'eventuale prosecuzione della trattativa presso il Dipartimento della funzione pubblica per le Amministrazioni statali e gli enti pubblici nazionali ovvero presso le strutture regionali e provinciali per il governo del mercato del lavoro), adesso già dopo 10 giorni dalla comunicazione l'amministrazione può gestire unilateralmente la situazione di eccedenza. La norma in questione va raccordata con quanto previsto dal novellato comma 1, art. 6: a monte della procedura di mobilità ex art.33, amministrazione e sindacati hanno 30 giorni di tempo per avviare un esame sui criteri per l'individuazione degli esuberanti o per concordare le modalità.

In merito alla rilevazione del personale eccedente, in precedenza si applicavano i criteri di scelta concordati in sede di esame congiunto col sindacato, o in alternativa di quelli legali, secondo quanto previsto dall'art. 5, comma 1, l. n. 223/1991. Tuttavia, una parte della dottrina riteneva che l'applicazione dei criteri di scelta cui all'art. 5, l. 223/1991 fosse possibile anche in precedenza per le eccedenze inferiori alle dieci unità. Adesso il legislatore non impone alcun criterio, prevedendo soltanto che la rilevazione avvenga previa verifica "degli effettivi fabbisogni", il che suggerisce una prevalenza delle esigenze dell'amministrazione.

Secondo il comma 5, in primo luogo il datore di lavoro pubblico deve applicare l'art. 72, comma 11, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, ovvero collocare a riposo il personale che ha raggiunto l'anzianità massima di servizio, con un preavviso di sei mesi; si tratta di una norma

concepita “al fine di agevolare il processo di riduzione degli assetti organizzativi delle pubbliche amministrazioni”.

Il collocamento a riposo dei dipendenti che hanno raggiunto l’anzianità massima di servizio appare come la strada più rapida e semplice per sfoltire gli organici. Anche se il legislatore non ha definito esplicitamente criteri legali per la scelta dei lavoratori, è pacifico che i primi dipendenti oggetto della riduzione di personale saranno quelli che hanno maturato i requisiti per andare in pensione.

Nella scelta del restante personale eccedente, non va dimenticato che per il settore privato, in sede di comparazione tra i diversi criteri, da applicarsi in concorso tra loro, una consolidata giurisprudenza sembra assegnare una prevalenza alle esigenze dell’impresa privata, criterio più adatto alle finalità perseguite attraverso la riduzione di personale⁴⁹⁷. La dottrina invece, tenuto conto che il personale con maggiore anzianità è già in possesso di una professionalità consolidata e ha meno possibilità di essere ricollocato, predilige il criterio dell’anzianità anagrafica⁴⁹⁸.

Di certo non si deve trattare di ragioni discriminatorie. In definitiva, devono esserci criteri oggettivi da cui si possa desumere un legame tra le esigenze dell’amministrazione e le mansioni dei lavoratori. In base alle modalità con le quali l’amministrazione intende svolgere le attività dopo la variazione della pianta organica, può ben tenere conto dei titoli di studio e delle esperienze professionali maturate, ma non di aspetti inerenti il rendimento e le propensioni soggettive dei lavoratori⁴⁹⁹.

Dopo aver collocato a riposo i dipendenti in possesso dei suddetti requisiti, l’amministrazione può valutare le possibilità di diverso impiego del restante personale eccedente al proprio interno o presso altri enti, anche mediante il ricorso a

⁴⁹⁷ Corte Cass., 12.02.2001, n. 2188, in *FI*, 2001, I, 1566.

⁴⁹⁸ NATULLO G., “Gestione delle eccedenze di personale, collocamento in disponibilità e mobilità collettiva”, in CARINCI F. – ZOPPOLI L., “Diritto del lavoro. Commentario diretto da Franco Carinci. Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni”, *cit.*, 772.

⁴⁹⁹ Cfr. CHIECO P., “La nuova disciplina delle eccedenze di personale nelle pubbliche amministrazioni”, *cit.*, 349.

“forme flessibili di gestione del tempo di lavoro” (come il contratto di lavoro a tempo parziale) e, anche, a contratti di solidarietà⁵⁰⁰.

In merito a tale richiamo, la dottrina ha sollevato forti perplessità: è previsto nel settore privato poiché interviene la cassa integrazione a compensare la minore retribuzione del lavoratore, conseguente alla riduzione dell’orario di lavoro; ma poiché la CIG non è prevista per il settore pubblico, invece che dei contratti di solidarietà si potrebbe parlare solamente di una somma di contratti di lavoro a tempo parziale⁵⁰¹.

Rispetto al precedente testo, la scomparsa nella nuova formulazione dell’espresso richiamo all’art. 4, comma 11, l. n. 223/1991 indurrebbe a escludere che l’Amministrazione possa assegnare i lavoratori eccedenti a mansioni inferiori rispetto a quelle svolte in passato.

Dal 1° gennaio 2012, la ricollocazione può avvenire non solo nell’ambito della provincia, ma anche nell’ambito della regione, dando quindi piena applicazione a quanto previsto dall’art. 1, comma 29, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 settembre 2011, n. 148. Si tratta della norma contenuta nella manovra dell’estate scorsa che ha introdotto la mobilità obbligatoria del personale per motivate esigenze, tecniche, organizzative e produttive con riferimento ai piani della performance o ai piani di razionalizzazione, secondo criteri e ambiti regolati dalla contrattazione collettiva di comparto o, nelle more della contrattazione, secondo criteri definiti dal datore di lavoro pubblico.

La contrattazione nazionale può individuare un ambito territoriale di riferimento più ampio di quello regionale per la ricollocazione del personale e stabilire i criteri per il passaggio diretto del personale alle amministrazioni situate in questo nuovo territorio di riferimento. Il ruolo rimasto al sindacato per la gestione della mobilità collettiva non è quindi irrilevante⁵⁰².

⁵⁰⁰ SOLOPERTO R., “Commento agli artt. 35 e 35-bis”, in CORPACI-RUSCIANO-ZOPPOLI (a cura di), *Riforma dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *Nuove leggi civ. Comm.*, 1999., 1261.

⁵⁰¹ MAINARDI S., “Gestione delle eccedenze di personale e collocamento in disponibilità”, in CARINCI F. – D’ANTONA M. (diretto da), *LPA*, *cit.*, 1013; SOLOPERTO R., *sub artt. 35-35 bis*, *cit.*, 1263.

⁵⁰² CHIECO P., “La nuova disciplina delle eccedenze di personale nelle pubbliche amministrazioni”, *cit.*, 349.

Per le pubbliche amministrazioni l'obbligo di ricollocazione del personale in ambito regionale diventa impegnativo, poiché aumentano notevolmente le possibilità di reimpiego dei dipendenti eccedenti. Il collocamento in disponibilità di cui al comma 7 appare dunque come un *extrema ratio* nel caso in cui non sia stato possibile ricollocare il personale all'interno della stessa amministrazione di provenienza, ovvero in qualsiasi altra pubblica amministrazione nell'ambito regionale o più vasto, o ancora nel caso in cui (meno improbabile) il personale non accetti la nuova ricollocazione. Si tenga anche conto che le amministrazioni non possono procedere a nuove assunzioni se prima non ricollocano il personale in disponibilità, ai sensi dell'art. 34, comma 6.

Tuttavia, è pieno diritto del dipendente eccedentario rifiutare la proposta di ricollocazione presso una diversa Amministrazione senza correre il rischio dell'estinzione del rapporto di lavoro; al suo eventuale rifiuto scatta semplicemente il collocamento in disponibilità (che, di per sé, non significa risoluzione del rapporto)⁵⁰³

La disciplina dell'art. 34 sulla gestione del personale in disponibilità non è stata modificata. Il collocamento in questo particolare *status* produce la sospensione di tutte le obbligazioni inerenti al rapporto di lavoro e il pagamento al lavoratore di un'indennità pari all'80% dello stipendio e dell'indennità integrativa speciale (con esclusione di qualsiasi altro emolumento retributivo comunque denominato) per la durata massima di 24 mesi, che può essere aumentato fino a 48 mesi laddove il personale collocato in disponibilità maturi entro il predetto arco temporale i requisiti per il trattamento pensionistico.

Durante questo tempo il personale interessato è iscritto in appositi elenchi formati e gestiti dal Dipartimento della funzione pubblica (per le amministrazioni dello Stato e gli enti pubblici nazionali) o dalle strutture regionali e provinciali di governo del mercato del lavoro di cui al d.lgs. 23 dicembre 1997, n. 469 (per le altre amministrazioni). Tali enti devono promuovere iniziative di riqualificazione

⁵⁰³ Cfr. CHIECO P., "La nuova disciplina delle eccedenze di personale nelle pubbliche amministrazioni", *cit.*, 356.

professionale e tentare la ricollocazione dei lavoratori presso altre amministrazioni. Il pagamento dell'indennità resta a carico dell'Amministrazione di appartenenza. Il collocamento in disponibilità non comporta quindi in sé la perdita del posto di lavoro, ma solo decorsi inutilmente i 24 (o 48 nel caso di cui sopra) mesi "il rapporto si intende definitivamente risolto a tale data". Secondo la dottrina si tratta di una risoluzione automatica *ex lege* del rapporto e non già di un licenziamento, non essendo necessario alcun atto di recesso; non è neppure dovuto il preavviso⁵⁰⁴. Ne consegue che il datore di lavoro pubblico non può procedere con immediatezza a licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo dovendo necessariamente intervenire la fase del collocamento in disponibilità, durante la quale il dipendente pubblico risulta comunque occupato; al contrario un dipendente privato in cassa integrazione ha di fatto già perso il posto di lavoro⁵⁰⁵.

La dottrina ritiene invece che il rifiuto di una nuova ricollocazione da parte del dipendente già in disponibilità possa giustificare da parte dell'Amministrazione la risoluzione del contratto di lavoro⁵⁰⁶.

In conclusione, la nuova disciplina agevola il ricorso alla mobilità collettiva nel pubblico impiego ridimensionando il ruolo del sindacato e riportando la competenza in materia fra le prerogative della pubblica amministrazione; inoltre, in seguito all'estensione dell'ambito territoriale di riferimento, sono notevolmente incrementate le possibilità di ricollocazione del personale.

In realtà, va notato come l'obbligo contenuto nel testo previgente di avviare un confronto, se richiesto da parte sindacale, non impediva all'amministrazione di procedere unilateralmente alla ricollocazione del personale, se la trattativa non si fosse conclusa con un accordo decorso il termine di sessanta giorni dalla comunicazione. Com'è stato fatto notare in dottrina, era comunque garantita "la libertà finale di ogni amministrazione - all'esito della procedura di consultazione - di decidere unilateralmente entità e tipologia degli esuberanti, secondo lo schema tipico

⁵⁰⁴ MAINARDI S., "Passaggio diretto, eccedenze di personale e mobilità collettiva nelle pubbliche amministrazioni", in *Arg. dir. lav.*, 1999., 462; VALENTINI V., *Commento agli artt. 20 e 21*, in DELL'OLIO M.-SASSANI B., *Amministrazione, Lavoro, Processo*, Milano, 2000, 175; SOLOPERTO R., *op. cit.*, 1267.

⁵⁰⁵ CHIECO P., "La nuova disciplina delle eccedenze di personale nelle pubbliche amministrazioni", *cit.*, 328.

della procedimentalizzazione dei «poteri del privato datore di lavoro» in materia di eccedenze di personale»⁵⁰⁷.

In realtà, la causa principale della mancata applicazione di questi istituti è la persistenza del concetto ormai obsoleto delle dotazioni organiche. Con la modifica legislativa effettuata dalla *spending review* sull'articolo 6 esse non sono state abolite, ma al datore di lavoro pubblico è consentito di variarle con estrema flessibilità, previa la semplice informazione ai sindacati. Le amministrazioni più virtuose potranno così avviare delle politiche di gestione del personale più flessibili e basate sugli effettivi bisogni in relazione ai servizi da erogare e alle concrete possibilità di spesa. La modifica non è di poco conto, anzi potrebbe innescare un cambio radicale della mentalità del datore di lavoro pubblico. Come spesso accade, le modifiche legislative da sole servono a poco se non sono seguite da comportamenti virtuosi.

Lo *ius variandi* del datore di lavoro. L'art. 52 TUPI contiene un concetto di equivalenza esclusivamente formale, legato ad una declaratoria di equivalenza sancita dai contratti collettivi. Diversamente, nel lavoro privato vige un principio di effettività, poiché in materia di mansioni (art. 2103 Cod.Civ) il giudice opera una valutazione di effettiva equivalenza tra quelle inizialmente svolte e le successive. Secondo la Cassazione⁵⁰⁸, nel settore pubblico il concetto di professionalità acquisita, necessariamente soggettivo, mal si concilia “con le esigenze di certezza, di corrispondenza tra mansioni e posto in organico, alla stregua dello schematismo che ancora connota e caratterizza il rapporto di lavoro pubblico”.

Lo *ius variandi* ha da sempre costituito uno dei punti di maggior diversificazione tra lavoro privato e pubblico⁵⁰⁹.

La differente regolamentazione deriva dalla permanente diversità dei principi che hanno ispirato l'intervento legislativo nei due settori: mentre nel lavoro nel settore

⁵⁰⁶ CHIECO P., “La nuova disciplina delle eccedenze di personale nelle pubbliche amministrazioni”, *cit.*, 356.

⁵⁰⁷ CHIECO P., “La nuova disciplina delle eccedenze di personale nelle pubbliche amministrazioni”, *cit.*, 327.

⁵⁰⁸ Cass. 21 maggio 2009, n.11835.

privato si è cercato un equilibrio tra pretesa del lavoratore di salvaguardare la propria professionalità e le esigenze di flessibilità dell'impresa nella gestione della forza lavoro, nella PA l'indisponibilità degli interessi pubblici ha prodotto una norma dettata nell'esclusivo interesse della parte datoriale, mettendo in secondo piano la tutela della professionalità del lavoratore. Secondo il Consiglio di Stato il quadro normativo riflette "la legittima diseguaglianza tra le parti"⁵¹⁰

Al dirigente, infatti, spetta adattare i profili secondo le proprie esigenze organizzative, permettendo una più pronta rispondenza del sistema di inquadramento a queste ultime: trattasi dell'attività di progettazione delle mansioni, che si realizza attraverso una revisione ed individuazione dei profili e delle loro attribuzioni tipiche, in grado di incidere direttamente sulle modalità di svolgimento delle attività operative. Il lavoratore, ai sensi del nuovo comma 1 dell' art. 52 (perché modificato dalla riforma Brunetta del 2009), può essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto; alle mansioni corrispondenti alla qualifica superiore successivamente acquisita per effetto delle procedure selettive di cui all'art. 35, comma 1 lett. a); alle mansioni equivalenti nell'ambito dell'area di inquadramento. Al dirigente si riconosce il potere di esercitare liberamente lo *ius variandi* con la facoltà di modificare l'oggetto della prestazione dei propri dipendenti e di cambiare in tal modo eventualmente gli incarichi e le posizioni di ciascuno di essi all'interno della struttura amministrativa, così come avviene nel settore privato dove tale potere viene ricondotto al potere direttivo/conformativo del datore di lavoro. L'esercizio di questo potere da parte del dirigente pubblico è tuttavia limitato da regole specifiche in tema di adibizione a mansioni immediatamente superiori alla qualifica di appartenenza⁵¹¹ e di divieti di avanzamenti automatici nell'inquadramento professionale⁵¹². La logica in cui si è mosso il legislatore è ed è stata quella di realizzare, almeno nelle intenzioni,

⁵⁰⁹ MARINELLI M., "Le mansioni nel pubblico impiego", *RGL*, 1996, I, 491; SGARBI L., "Mansioni e inquadramento dei dipendenti pubblici", Cedam,

⁵¹⁰ C.Stato, ad.plen., 18 novembre 1999, n.22, *LPA*, 2000, 598.

⁵¹¹ Cfr. art. 52, comma 2, TUPI

⁵¹² Cfr. art. 52, comma 5, TUPI. La norma infatti non prevede un'applicazione integrale dell'art. 2103 c.c. in materia di mansioni e *ius variandi*, proprio al fine di escludere meccanismi di promozione automatica.

un arricchimento delle mansioni⁵¹³, attraverso la possibilità di massimizzare la quantità e la flessibilità delle prestazioni esigibili dal lavoratore, accrescendo anche la possibilità di interscambio e collaborazione tra i diversi profili professionali: maggiore flessibilità professionale e conferimento al dirigente del potere di utilizzare le prestazioni lavorative dei propri collaboratori in modo più coerente con le esigenze dell'organizzazione del lavoro e agli obiettivi che gli sono assegnati.

Come si accennava in precedenza, il giudizio di equivalenza tra le mansioni che è possibile assegnare al personale è operato dalla contrattazione collettiva⁵¹⁴.

La Suprema Corte⁵¹⁵ ha sottolineato che l'art.52, TUPI, a differenza dell'art.2103, impone nei confronti del prestatore di lavoro pubblico il mantenimento delle mansioni per le quali è stato assunto o di quelle considerate equivalenti nell'ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi, senza dare rilievo a quelle svolte in concreto.

La Corte afferma che le mansioni di destinazione sono equivalenti a quelle di provenienza e che la valutazione convenzionale demandata dalla legge all'autonomia collettiva non è sindacabile da parte dell'interprete.

Detto altrimenti, la rigidità che caratterizza l'equivalenza delle mansioni nel pubblico impiego induce ad escludere che possa parlarsi di *ius variandi* orizzontale, in quanto tutte le mansioni ascrivibili alla medesima qualificazione professionale concorrerebbero in realtà a determinare l'oggetto stesso del contratto di lavoro; pertanto, il provvedimento con cui l'amministrazione assegna al dipendente una o l'altra mansione sarebbe un atto di esercizio del potere direttivo più che uno *ius variandi*, dal momento che al dipendente viene volta per volta richiesto lo svolgimento concreto di uno dei compiti contrattualmente esigibili.

⁵¹³ Il riferimento è al sistema di classificazione, alle aree di inquadramento e alla determinazione della equivalenza delle mansioni di competenza della contrattazione collettiva.

⁵¹⁴ "In materia di inquadramento professionale e di mutamento delle mansioni, al legislatore non è riuscita fino in fondo l'analoga operazione di chiarificazione (*come per le progressioni economiche e di carriera ex art. 52, comma 1-bis*), mirata a meglio definire competenze e limiti della contrattazione collettiva. Ci si riferisce alla competenza della contrattazione in materia di equivalenza: la formulazione infelice del nuovo art. 52, comma 1, TUPI (come modificato dall'art. 62 d. lgs. n. 150/2009) lascia aperto il dubbio se il lavoratore possa essere adibito a tutte le mansioni dell'area di inquadramento (in quanto da considerare tutte equivalenti), ovvero solo a quelle che nell'area di inquadramento possono essere considerate equivalenti (sulla base, evidentemente, di uno specifico giudizio fondato sui valori professionali). L'eliminazione del richiamo espresso alla competenza della contrattazione (presente nella precedente formulazione della disposizione), non sembra escluderne, d'altro canto, la sua incidenza sul punto, posto che essa è sicuramente competente in materia di inquadramenti professionali." Cfr. U. CARABELLI, "La riforma Brunetta: un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche", in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 101/2010, p. 25.

Se prima le mansioni equivalenti erano quelle “considerate equivalenti nell’ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi”, adesso si fa riferimento alle mansioni “equivalenti nell’ambito dell’area di inquadramento”.

Rispetto al novellato art.52 TUIP sono possibili due interpretazioni.

Secondo la quella più “novatrice”, a fronte di ogni cambio di mansioni, sarebbe ammissibile un sindacato giudiziale sull’equivalenza della nuova mansione con quella di provenienza, nell’ambito della qualifica di appartenenza, a tutela della professionalità del lavoratore.

In altri termini, si ritiene che nell’ambito delle mansioni della stessa area di inquadramento esistano anche mansioni non equivalenti⁵¹⁶, il che legittima l’intervento del giudice.

A questi spetterebbe un compito non meramente ricognitivo, bensì valutativo, al fine di censurare eventualmente uno spostamento che comporti adibizione a mansioni non omogenee o contigue rispetto a quelle precedentemente svolte. Secondo questa interpretazione, la distanza tra lavoro pubblico e privato ne risulterebbe ridotta, in quanto la formulazione del giudizio di equivalenza continua a spettare all’interprete⁵¹⁷.

Invece, secondo l’interpretazione più conservatrice, la nuova formulazione conserva le ambiguità della precedente, dal momento che resta assente ogni riferimento alle mansioni effettivamente e concretamente svolte dal lavoratore prima dell’esercizio dello *ius variandi*. Diversamente, per le progressioni interne, il legislatore fa riferimento a “principi di effettività”, che tengano conto anche “dell’attività svolta”.

Detto altrimenti, con il novellato art.52, considerato che le aree funzionali sono state accorpate in tre o quattro categorie, lo spettro delle mansioni esigibili si accresce notevolmente.

⁵¹⁵ Cass. 22 gennaio 2008, n.1346, *LPA*, 130.

⁵¹⁶ CORTI M., SARTORI A., “Osservatorio legislativo in materia di lavoro”, *RIDL*, 2010, III, n.1; aderisce a questa interpretazione anche ERBOLI T., “Ius variandi della pubblica amministrazione: dissolto il velo dell’equivalenza formale delle mansioni (nota a Cass. 21 maggio 2009, n. 11835)”, *Diritto delle relazioni industriali*, n.20/2010, 168 ss.

⁵¹⁷ DIAMANTI R., “L’equivalenza di mansioni nel settore pubblico e in quello privato: apparente diversità e sostanziale avvicinamento”, *RIDL*, 2008, II, 813 ss..

Rispetto alla contrattazione collettiva, il legislatore ha eliminato il rinvio ai contratti collettivi nel determinare le aree, ma il riferimento alle mansioni equivalenti nell'ambito dell'area di inquadramento altro non è che un riferimento implicito alla contrattazione.

Secondo questa interpretazione, l'intenzione del legislatore sarebbe addirittura quella di togliere ulteriormente potere all'interprete, dal momento che è stata eliminata l'espressione "considerate equivalenti" che aveva riconosciuto una flessibilità nel determinare i confini tra disposizioni contrattuali e accertamento giudiziale⁵¹⁸.

La citata sentenza della Cassazione 21 maggio 2009, n. 11835 ribadisce che, nel settore pubblico come in quello privato, l'ordinamento riconosce e tutela il diritto del lavoratore all'effettivo svolgimento delle prestazioni dedotte in contratto.

Il focus si sposta dal tradizionale problema della delimitazione dei poteri datoriali a quello della tutela della professionalità, intesa come "dimensione della personalità del lavoro"⁵¹⁹.

In questo modo si protegge il prestatore non solo nelle situazioni di sottrazione totale o riduzione quantitativa di mansioni, ma in quelle che possono mettere a rischio la propria sua professionalità.

Tuttavia, la sentenza in questione è stata emessa prima della modifica normativa del 2009, resta da vedere se il giudice manterrà il questo orientamento che avvicina la disciplina delle mansioni a quella del settore privato.

Nell'ambiguità del legislatore, il cui intervento in questi casi è sempre auspicabile, sarebbe opportuno un diverso orientamento della contrattazione collettiva, affinché definisca in maniera più dettagliata le mansioni e stabilisca criteri in virtù dei quali le mansioni incluse in una stessa categoria possono considerarsi equivalenti, al fine di tutelare l'equivalenza professionale⁵²⁰.

⁵¹⁸ Questa interpretazione è fatta propria da PECORARO M., "La mobilità orizzontale nel lavoro pubblico: tra equivalenza formale e sostanziale", LPA, n.2/2011, p. 246 ss.

⁵¹⁹ NAPOLI M., "Le dimensioni della professionalità", *Il Diritto del lavoro tra conferme sviluppi*, Giappichelli, Torino, 2006, 155.

⁵²⁰ E' la proposta di TULLINI P., "Le mansioni nel lavoro pubblico (un'idea incompiuta di privatizzazione)", LD, 1998, i, 195-196.

Paragrafo II: la mobilità imposta e il mutamento di mansioni nella PA francese.

Le modalità di esercizio delle funzioni, ivi comprese le mansioni assegnate agli agenti rientrano nel quadro delle competenze delle organizzazioni amministrative.

Il diritto del lavoro pubblico comporta due serie di regole : le prime si applicano a tutti (*statut général*), le altre sono proprie di un corpo specifico di funzionari (*statut particulier*), che giocano un ruolo importante.

Al riguardo, sono necessarie delle osservazioni, distinguendo la situazione dei funzionari dagli agenti non titolari.

Per ciò che concerne i funzionari, il potere di modificare l'esecuzione delle funzioni si iscrive in un quadro molto flessibile e soprattutto molto favorevole all'amministrazione, dal momento che la situazione del funzionario, collocato in una posizione legale e regolamentare, è definita in base a una regola unilaterale. Egli è tenuto a rispettare le missioni previste dal suo *statut particulier*. La loro definizione, essendo molto vasta, lascia poco spazio ad errori⁵²¹.

La giurisprudenza in materia è piuttosto limitata. Il contenzioso disciplinare in materia di rifiuto d'obbedienza riguarda raramente questa problematica. Al contrario, certe controversie riguardanti i trasferimenti nell'interesse del servizio determinano se esso non costituisca in realtà una sanzione disciplinare mascherata. Fra gli elementi da prendere in considerazione, il giudice verifica se il trasferimento non reca pregiudizio alla situazione amministrativa dell'interessato e se determina, secondo l'espressione usuale della giurisprudenza, il suo declassamento⁵²².

Le modificazioni del contratto, specialmente in caso di declassamento, possono essere contestate sul terreno della responsabilità⁵²³. Il fatto di ridurre le attribuzioni di

⁵²¹ Cfr MONIOLLE C., La subordination dans la fonction publique, *AJDA*, 2010, p. 1629.

⁵²² V. CE 21 luglio 1989, *M^{me} X.*, req. n. 82827; CE 2 ott. 2007, *M. A.*, req. n. 308969 ; CE 28 dic. 2009, *M. A.*, req. n. 312133.

⁵²³ CAA Parigi 24 febbraio. 2000, Gutierrez, n° 98PA01314.

un funzionario, pur conservandone la remunerazione, può recare pregiudizio di diritti che egli trae dal contratto⁵²⁴.

Inoltre, il cambiamento di sede di lavoro di un funzionario⁵²⁵ costituisce un cambiamento sostanziale. Stesso discorso in caso di reintegrazione di un agente in seguito all'annullamento del licenziamento⁵²⁶. Certe riduzioni del servizio sono assimilabili a una modificazione sostanziale. È il caso del passaggio da 20 a 10 ore fino a 6 ore delle obbligazioni di servizio di un professore di canto⁵²⁷.

La debolezza del contenzioso non permette di dire se ciò è dovuto alla debolezza delle situazioni di cambiamento imposte o alla forte subordinazione dei funzionari ai cambiamenti. È evidente l'ampiezza del potere conferito dal datore di lavoro pubblico⁵²⁸.

Per gli agenti non titolari, la maggior parte dei casi, non c'è l'equivalente di uno *statut particulier* che ne precisa le missioni. Qualche categoria dispone di un "quasi statuto" che le determina in maniera piuttosto vaga.

Le missioni possono essere precisate sia nell'atto unilaterale sia in un contratto di lavoro. Gli agenti hanno il diritto di rifiutare le modificazioni sostanziali del contratto⁵²⁹.

Mobilità richiesta e mobilità subita. La mobilità può riferirsi a diversi tipi di cambiamenti: geografico, funzionale, organico. Il contesto di ristrutturazioni dei servizi pubblici, in particolare con la revisione generale delle politiche pubbliche

⁵²⁴ CAA Paris 26 apr. 2005, M^{lle} X., req. n° 02PA01298. Nel caso di specie, una funzionaria dirige un servizio dell'infanzia. In seguito alla nuova organizzazione del servizio, aveva perso un gran numero di attribuzioni. Il contratto in casi come questo può fare ben poco nel limitare il potere di modifica della prestazione di lavoro.

⁵²⁵ Ile-de-France contro la regione Champagne-Ardenne ; CE 14 mars 1994, Wolfrom, req. n° 73603

⁵²⁶ CAA Marseille 21 gen. 2003, M^{me} Dimenza, req. n° 01MA00174.

⁵²⁷ CE 23 nov. 1988, Planchon c/ Commune d'Issy-les-Moulineaux, req. n° 59236, a proposito di un professore di canto che si è visto ridurre l'orario di lavoro.

⁵²⁸ Cfr MONIOLLE C., « La subordination dans la fonction publique », *AJDA*, 2010, p. 1629.

⁵²⁹ *Les contractuels*, Ed. Weka, partie 1, chap. 5.

(RGPP) invita a riconsiderare la questione del potere di subordinazione alla luce di queste mutazioni.

Il potere di direzione si iscrive in un doppio movimento che fa coesistere le mutazioni su richiesta del funzionario e le mutazioni di ufficio.

In seguito alla legge sulla mobilità del 2009, i funzionari possono beneficiare di una mutazione facendone domanda⁵³⁰. La portata innovativa delle nuove norme va senz'altro ridimensionata, perché la vera novità sta nell'organizzazione di un periodo di preavviso⁵³¹. Per il resto, l'amministrazione può rifiutare il trasferimento per motivi legati all'interesse del servizio.

Occorre capire quanto spesso l'interesse del servizio viene evocato nella pratica e la maniera nella quale il giudice esercita il controllo.

Oltre alle mutazioni su domanda, l'amministrazione dispone di un potere di mutazione nell'interesse del servizio⁵³².

Esso non deve essere confuso con la sanzione disciplinare di terzo gruppo che porta ad una mutazione d'ufficio. Esso risponde non solo a esigenze legate all'organizzazione del servizio (bisogni supplementari), ma ugualmente alla risoluzione dei conflitti relazionali tra i funzionari. La frequenza delle mutazioni di ufficio è difficile da indicare in assenza di statistiche⁵³³.

Per l'esercizio di questo potere non ci sono limitazioni particolari. Tuttavia, esso deve essere confuso con la sanzione disciplinare dello spostamento d'ufficio, che può avere luogo in seguito di una procedura disciplinare⁵³⁴.

⁵³⁰ Art. 14 bis SG.

⁵³¹ In materia di mobilità, AUBIN E., « La loi du 3 août 2009 : la fin ou le renouveau du droit de la fonction publique ? », *AJDA*, 2009, p. 168 ; BAZILE S., « La loi relative à la mobilité et aux parcours professionnels : entre modernisation et banalisation de la fonction publique », *AJFP*, 2010, p. 116 ; MATUTANO E., « La mobilité d'emploi dans les fonctions publiques : entre textes incitateurs et pratiques restrictives », *AJFP*, 2009 p. 19.

⁵³² Art. 60 SGFPE.

⁵³³ Per maggiori approfondimenti, MONIOLLE C., « Les garanties du fonctionnaire concerné par une mutation dans l'intérêt du service », *AJFP*, 2004, p. 192.

⁵³⁴ Cfr MONIOLLE C., « La subordination dans la fonction publique », *AJDA*, 2010, p. 1629.

La riorganizzazione dei servizi pubblici conduce a importanti cambiamenti. In certi casi, è lo statuto dell'organismo che cambia (trasformazione di un ente pubblico in società di capitali), tuttavia è anche lo statuto degli agenti che può essere portato ad evolvere. La dottrina si è interessata a questa questione⁵³⁵.

Si noterà come nell'insieme i dispositivi sono stati concepiti per lasciare al personale, almeno in un primo momento, la possibilità di scegliere un nuovo statuto.

Ciò che è interessa in questa trattazione sono le riorganizzazioni degli uffici e le conseguenze in termine di mantenimento del posto. Ci sono state, in passato, diverse formule giuridiche per separarsi dagli agenti. La più conosciuta è la legge di esodo incentivato dei quadri (*dégagement de cadres*). In realtà, esistono diverse forme degli effetti molto simili. Essere sono state studiate nella tesi di Gustave Jourdren⁵³⁶ nella quale si evoca un affievolimento del principio gerarchico.

L'amministrazione preferisce spesso un approccio incentivante ad un approccio coercitivo nel quadro della riorganizzazione dei servizi pubblici.

Così, le misure di delocalizzazione di alcuni servizi pubblici nel 1992 si fondavano sulla mobilità volontaria⁵³⁷.

I meccanismi incentivanti prendono la forma di indennità temporanee di mobilità⁵³⁸ o di dispositivi che prevedono il mantenimento di regimi indennitari in caso di mobilità (titolo 2, articolo 64 bis).

L'esistenza di dispositivi incentivanti rivela i limiti del principio gerarchico. Esso traduce così la volontà di evitare di scatenare i conflitti sociali in occasione di una riorganizzazione.

Molteplici decreti e regolamenti sono stati emanati il 17 aprile 2008 per accompagnare le vaste ristrutturazioni previste dalla revisione generale delle politiche pubbliche (RGPP), dopo essere stati sottoposti al Consiglio superiore della funzione

⁵³⁵ DUPRILOT J.-P., « Les modifications de statut des établissements publics et leurs conséquences sur le régime juridique de leurs personnels », *AJDA* 1972. I. 603 ; MOUDOUDOU P., « Service public et changement d'employeur », *AJDA*, 1996, 339.

⁵³⁶ JOURDREN G., *Le dégage ment des cadres*, thèse, Paris II, 1972, p.106.

⁵³⁷ v. Circ. dell' 11 giugno 1992, JO del 12 giugno.

⁵³⁸ v., par ex., decr. n° 2008-369 del 17 aprile 2008.

pubblica Statale del 18 marzo 2008 contemporaneamente alla legge sulla mobilità dei funzionari.

Tra questi, ci soffermiamo sul decreto n° 2008-370 che disciplina la mobilità subita; esso generalizza la possibilità che un funzionario, appartenente ad un determinato *corps*, possa esercitare le funzioni afferenti al suo grado in un altro dipartimento ministeriale o ente pubblico diverso da quello che gestisce il corpo di appartenenza. Questo dispositivo si applicherà a tutti i funzionari dello Stato o degli enti pubblici, compresi i membri del Consiglio di Stato o della Corte dei conti come pure a quelli delle ispezioni generali. In questa situazione, il funzionario conserverà tutti i diritti all'avanzamento di *échelon* (trattasi degli scatti automatici) o di grado, e continuerà ad essere gestito dalle stesse disposizioni applicate agli altri membri del suo *corps*. Nel contempo, egli sarà remunerato dall'amministrazione dove presta servizio, che modulerà le indennità in funzione della sua maniera di servire secondo i testi applicabili al *corps* al quale appartiene. L'amministrazione di destinazione può dare un parere su tutti gli atti relativi alla carriera del funzionario.

In generale, tutti i cambiamenti che caratterizzano la carriera mostrano che devono essere privilegiati l'interesse dell'amministrazione e la facoltà di esigere una diversa prestazione lavorativa basandosi sulla distinzione classica tra il *grade* e l'*emploi* (art.12 SG).

Rompendo lentamente, ma non meno efficacemente, con questa concezione iniziale del diritto positivo, il legislatore ha definito un quadro giuridico della mobilità.

Il parere reso dall'assemblea del contenzioso del Consiglio di Stato il 28 dicembre 2009⁵³⁹, sulle conclusioni del relatore, Yves Struillou, testimonia le incertezze giuridiche attorno alla mobilità.

In questo contenzioso, due sindacati avevano formato un ricorso per eccesso di potere al fine di annullare il decreto n. 2008-370 del 18 aprile 2008 organizzando le

⁵³⁹ CE, Syndicat national du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle (SYNTEF-CFDT) et autre, 28 décembre 2009, n° 316479 .

condizioni di esercizio delle funzioni, in posizione di attività, nelle amministrazioni statali.

Questo decreto, emanato prima dell'approvazione della legge sulla mobilità, ha la finalità di permettere l'assegnazione di funzionari al di fuori del perimetro di attribuzione del ministro responsabile della gestione del *corps* al quale appartiene, senza l'accordo del funzionario.

Questa nuova modalità di posizione statutaria di attività è stata chiamata "posizione normale di attività".

Di questo testo, i ricorrenti avevano contestato la sua legalità interna e esterna. La sentenza del Consiglio di Stato è importante perché contiene diverse chiavi di lettura delle questioni giuridiche inerenti la mobilità.

In merito alla legalità interna, il decreto necessitava una misura del senso e della portata.

Secondo il ricorrenti, il decreto violava l'articolo 13 del titolo I dello statuto, che prevedeva la competenza degli *statut particulier* nel disciplinare l'ordinamento dei *corps* e *cadres d'emplois*, nonché dell'art.14, relativo all'accesso alle tre funzioni pubbliche e alla mobilità, come pure le disposizioni del titolo II relative alla messa a disposizione e al distacco, rispetto alle garanzie individuali che esse prevedono. In questo senso veniva sollevata eccezione di incompetenza del potere regolamentare nell'introdurre norme di questo tipo.

Erano possibili molteplici letture di questo testo, in vista della possibile valutazione degli effetti.

La soluzione scelta dal Consiglio di Stato è stata la tecnica dell'interpretazione neutralizzante, al fine di determinare le condizioni alle quali il decreto del 18 aprile 2008, allargando il perimetro di assegnazione dei funzionari dello Stato, può essere attuato. La sentenza merita di essere approfondita perché chiarisce la portata delle regole relative al trasferimento, al cambiamento di funzioni e alle garanzie fondamentali accordate ai funzionari dello Stato secondo l'art.34 della Costituzione.

L'articolo 1 del decreto prevede che “i funzionari dello Stato hanno vocazione ad esercitare le funzioni afferenti al loro grado negli uffici di un ministero e, nonostante ogni disposizione statutaria contraria”; in seguito si precisa che la destinazione può essere sia quella di enti pubblici che operano sotto la tutela del citato ministero oppure di uffici e enti pubblici statali che dipendono da altri dipartimenti ministeriali.

Queste disposizioni presentano due aspetti. Uno, classico, è la sottolineatura del principio della corrispondenza tra le funzioni esercitate (*emplois*) e il grado detenuto dal funzionario, principio già affermato, per la posizione di attività, dall'articolo 33 della legge dell'11 gennaio 1984.

L'altro, radicalmente nuovo, è l'allargamento del perimetro dell'assegnazione dei funzionari statali all'insieme delle amministrazioni dello Stato e degli enti pubblici, quale che sia la loro natura. Si tratta di un'evoluzione importante che si impone “nonostante ogni disposizione statutaria contraria”. La circolare n° 2179 del 28 gennaio 2009 conferma in questo senso la volontà degli autori del decreto di incentivare la mobilità e sopprimere gli ostacoli giuridici. Questa moltiplicazione delle possibilità di assegnazione corrisponde a un certo modello di funzione pubblica contemporanea, che sviluppa l'interministerialità dei *corps*, valorizzando l'idea di mestiere al di là delle funzioni indotte dall'appartenenza ad un corpo e la nozione di quadro di funzioni⁵⁴⁰; si rafforza decisamente l'idea di una mobilità orizzontale del personale.

In realtà, gli *statut particulier* oltre ad associare le missioni che è possibile assegnare a ciascun *corps* appartenente ad un determinato *grade*, definiscono spesso un perimetro di assegnazione.

Per esempio, i funzionari del *corps* di ispezione del lavoro possono garantire statutariamente funzioni di direzione o di expertise nel loro perimetro di destinazione⁵⁴¹.

⁵⁴⁰ CE, Rapport public 2003, *Considérations générales - Perspectives pour la fonction publique*, EDCE n° 54, p. 348 et s.),

⁵⁴¹ Cfr. EMMANUELLE M., « Mobilité imposée, mobilité choisie : un équilibre instable entre intérêt du service et droits des agents », *AJDA*, 2010, p. 568 ss.

Il relatore sottolinea che “la principale difficoltà è di sapere se il decreto ha avuto come oggetto, o per effetto, di dissociare gli impieghi dal perimetro di assegnazione definito dagli statuti particolari.

In caso di risposta positiva, le possibilità di assegnazione di un funzionario si moltiplicherebbero fortemente, mentre se la risposta fosse negativa, la portata del decreto deve essere considerata caso per caso in base alla definizione delle missioni operata dagli *statuts particuliers*”.

Utilizzando un’interpretazione “neutralizzante”, il Consiglio di Stato ha ritenuto che “le disposizioni regolamentari allargano la possibilità di assegnare in posizione di attività un funzionario all’insieme degli impieghi e degli uffici e enti pubblici dello Stato”, ma aggiungendo che “il decreto in questione consente solamente di assegnare i funzionari a funzioni afferenti al grado che il funzionario detiene nel suo *corps*, e non può derogare agli *statuts particuliers* perché spetta a questi definire le missioni di ogni *corps*”.

Così, nell’esercizio del proprio *ius variandi*, l’amministrazione deve tenere conto delle precisazioni apportate dallo *statut particulier* del corpo in questione.

Se questo non contiene un legame tra il perimetro di assegnazione e le funzioni esercitate, l’assegnazione dipenderà pertanto dal rispetto della corrispondenza tra il grado e le funzioni. L’assemblea ricorda che queste assegnazioni saranno comunque effettuate sotto il controllo del giudice⁵⁴². Se al contrario, lo *statut particulier* associa le missioni esercitate e il perimetro di assegnazione, va considerato il rispetto non solamente della corrispondenza fra il grado e le missioni, ma anche del perimetro di assegnazione previsto dallo *statut particulier*.

Il Consiglio ha dunque cercato di neutralizzare l’integralità degli effetti possibili del decreto e impedire ogni tentativo di assegnazione che violasse la corrispondenza tra il grado e le funzioni. Data la grande diversità esistente tra gli *statut particulier*, si

⁵⁴² CE 19 luglio 1991, Ministre du budget c/ Paloux, n. 81865.

determina una situazione di forte ambiguità, poiché appaiono sfumati i confini tra la “messa a disposizione” e il distacco.

In altri termini, il Consiglio di Stato ha ritenuto che il decreto è legittimo solo se non deroga alle regole legislative che definiscono le posizioni dei funzionari dello Stato e invita il datore di lavoro pubblico a rispettare le garanzie legali tradizionali.

Innanzitutto, occorre precisare che l’assegnazione su un impiego di un’altra amministrazione che comporta missioni non corrispondenti al grado è giuridicamente possibile⁵⁴³ nell’ambito della messa a disposizione, ma questa può avvenire verso impieghi corrispondenti al grado posseduto.

La differenza tra la « posizione di attività » e la « *mise à disposition* » consiste nel fatto che la prima non necessita del consenso del funzionario trasferito. Può trattarsi, quindi, di una mobilità imposta. Inoltre, nella prima la retribuzione è corrisposta dall’amministrazione di destinazione, come avviene per il distacco.

L’intenzione del legislatore era quella di aggirare lo *statut particulier* rendendo possibile l’assegnazione di un funzionario a un impiego corrispondente al suo grado, ma al di fuori delle missioni definite dallo statuto.

Pertanto, il decreto in discussione ha voluto estendere il campo di assegnazione dei funzionari, al fine di facilitare i progetti personali di mobilità professionale e funzionale del personale da un’amministrazione all’altra senza l’obbligo di passare per il distacco o la messa a disposizione che prevedono il consenso del funzionario, pur trattandosi di funzioni della stessa natura⁵⁴⁴. L’aspetto di fondo è che questo decreto in realtà non prevede il consenso dei funzionari, risultando così in contrasto

⁵⁴³ L’articolo 41 della legge 11 gennaio 1984 la definisce come la « situazione del funzionario che resta nel suo corps d’origine, occupa un impiego, percepisce la remunerazione corrispondente ma esercita delle funzioni fuori dall’ufficio che ha vocazione a servire ». La circolare 2179 del 28 gennaio 2009 ricorda che nel quadro della messa a disposizione, il funzionario può (senza esserne obbligato) esercitare

⁵⁴⁴ DGAFP, *Rapport annuel sur l’état de la fonction publique*, vol. 2, *Politiques et pratiques*, p. 85

con la logica della legge sulla mobilità che fa di essa un diritto a disposizione del personale⁵⁴⁵.

Peraltro, il relatore pubblico della causa in questione aveva proposto all'assemblea di chiarire una volta per tutte, così come avviene nel lavoro privato, la distinzione tra mobilità collettiva e individuale, laddove la prima interessa una pluralità di funzionari mentre la seconda può avvenire solamente con l'accordo dell'agente interessato.

Le garanzie dei funzionari. Tali regole vengono ribadite dal consiglio di Stato al fine di limitare gli effetti del decreto. Esso non può derogare le regole legislative che definiscono le condizioni per il passaggio da un impiego ad un altro, laddove se si tratta di un trasferimento territoriale, è necessario il parere della commissione amministrativa paritaria⁵⁴⁶.

D'altra parte, le disposizioni del decreto non potrebbero arrecare pregiudizio a nessuna garanzia fondamentale dei funzionari, come quella contro ogni intrusione del potere regolamentare di essere assegnato ad un impiego per vedersi assegnate le missioni afferenti al suo grado.

Qualora invece le missioni non siano afferenti al grado, allora -ribadisce il consiglio di Stato con un'interpretazione "creatrice"- è necessario il consenso dell'interessato.

Al termine, si possono riassumere due situazioni. Se la nuova destinazione è operata su un impiego che corrisponde alle missioni afferenti al grado, non è richiesto il consenso del funzionario; si tratta evidentemente di una valutazione difficile da operare. Se invece, se il funzionario è assegnato su un impiego che non corrisponde alle missioni afferenti il grado, l'amministrazione dovrà tenere conto del parere del funzionario⁵⁴⁷.

⁵⁴⁵ Cfr. EMMANUELLE M., « Mobilité imposée, mobilité choisie : un équilibre instable entre intérêt du service et droits des agents », *AJDA*, 2010, p. 568 ss.

⁵⁴⁶ Cfr. EMMANUELLE M., « Mobilité imposée, mobilité choisie : un équilibre instable entre intérêt du service et droits des agents », *AJDA*, 2010, p. 568 ss.

Sezione II: La licenziabilità del dipendente pubblico.

Paragrafo I: l'applicabilità dell'art.18 dello Statuto dei lavoratori ai dipendenti pubblici.

Nel pubblico impiego italiano, non vi è dubbio che i dipendenti pubblici siano licenziabili. Lo sono per le cause previste dal TUPI (e non solo dai contratti, come per il privato), tra cui, come si è visto, c'è la conclusione del periodo di disponibilità previsto dalla mobilità collettiva.

Il sistema disciplinare previsto per il pubblico impiego non può cambiare facilmente poiché è posto a tutela di un interesse pubblico garantito dall'art.97 della Costituzione. Come si avrà modo di approfondire nel capitolo sul potere disciplinare, i doveri disciplinari dei pubblici dipendenti sono più forti di quelli dei privati e il funzionario pubblico che sbaglia deve pagare di più del privato perché ha tradito la fiducia dei cittadini prima che del suo datore.

Rinviando al capitolo specifico in materia di potere disciplinare, in questa sede ci occupiamo di un altro tema, ovvero della tutela contro il licenziamento illegittimo.

La questione è di grande interesse poiché capire se un licenziamento illegittimo è comunque in grado di interrompere un rapporto di lavoro significa misurare l'ampiezza delle prerogative spettanti al datore di lavoro.

Detto altrimenti, ci si chiede se è possibile applicare la tutela obbligatoria (ovvero il pagamento di un indennizzo, la c.d. "monetizzabilità" del licenziamento) in luogo della tutela reale (la reintegrazione sul posto di lavoro) al funzionario pubblico licenziato ingiustamente.

Essendo il tema tecnicamente molto complicato, si ritiene che un'analisi preventiva dell'aspetto sostanziale sarà utile per meglio comprendere i problemi strettamente giuridici di applicabilità e raccordo tra norme.

Nel caso del dipendente, se al dirigente è concesso il potere di licenziare, in caso di licenziamento illegittimo il legislatore potrebbe prevedere la responsabilità dello stesso dirigente, ma in tal caso il rischio evidente è che nessuno di essi procederebbe a licenziamenti; invece, se a pagare fosse l'amministrazione, il dirigente sarebbe irresponsabile e ci potrebbe essere un eccesso di licenziamenti con un conseguente aggravio di costi per il datore di lavoro pubblico.

Nel caso del dirigente, il discorso cambia. Nel settore privato il dirigente è licenziabile *ad nutum*, dal momento che si tratta di un rapporto di lavoro speciale, ma se nel settore pubblico fosse concesso al politico di licenziare il dirigente apicale, prevedere il solo indennizzo in caso di licenziamento illegittimo significherebbe permettere la "fidelizzazione" del dirigente, visto che in tal caso è l'amministrazione a pagare l'indennità risarcitoria e il dirigente perde comunque il posto di lavoro. Il problema è stato affrontato dalla Corte Costituzionale che ha annullato una legge regionale che nel 2008 prevedeva l'alternativa tra licenziamento e indennizzo⁵⁴⁸.

Si tratta quindi di una situazione di oggettiva differenza tra il datore di lavoro pubblico e quello privato. D'altronde, per il dipendente pubblico anche le regole sulle assunzioni sono diverse da quelle del settore privato. Infatti, l'accesso via concorso e l'indipendenza nello svolgimento del lavoro sono stabilite direttamente nella Costituzione; il dirigente pubblico non può assumere direttamente i suoi collaboratori ma è obbligato ad avvalersi dei vincitori di concorso. Ciò rappresenta una garanzia fondamentale di indipendenza della politica dall'amministrazione, dal momento che se fosse il politico *pro tempore* in carica a selezionare il personale, non ci sarebbero garanzie di una valutazione oggettiva. Nonostante tutti i limiti del sistema dei concorsi, non sono stati trovati sistemi migliori per offrire al cittadino le garanzie di efficienza e indipendenza.

Se un dipendente o un dirigente è stato assunto tramite concorso per il quale norme specifiche garantiscono la legalità procedurale al fine di selezionare i migliori candidati per offrire al cittadino un servizio di qualità, sarebbe illogico se una

⁵⁴⁸ Corte cost., 24 ottobre 2008, n. 351, *LPA*, 2009, II, 109.

procedura illegittima per motivi di fatto o di diritto fosse idonea ad estinguere comunque quel rapporto di lavoro. Proprio per offrire maggiori garanzie alla collettività, al dipendente pubblico sono imposti obblighi e divieti che il dipendente privato non ha (trasferimenti per incompatibilità ambientale, ipotesi di sospensione cautelare, la disciplina delle mansioni che -come abbiamo visto- non prevede promozioni di fatto). Il funzionario pubblico è tenuto ad osservare, oltre gli obblighi di legge e di contratto, anche il codice di comportamento dei dipendenti pubblici, emanato mediante DPR e la cui violazione è esposta al rischio di sanzioni disciplinari.

Pertanto, se il dipendente pubblico commette illeciti disciplinari, può e deve essere licenziato.

Un discorso parzialmente diverso vale per il dirigente. Egli è licenziabile se viene meno ai suoi obblighi d'ufficio o se commette illeciti, ma non può essere cacciato per la rottura del rapporto fiduciario personale con il datore di lavoro, ovvero i cittadini, rappresentati dal politico in carica *pro tempore*. Una eventuale previsione in tal senso renderebbe i dirigenti alla mercé della politica, con un forte rischio di "invasioni di campo".

Se i licenziamenti discriminatori si svolgono alla stessa maniera nel pubblico e nel privato, i licenziamenti disciplinari sono dettagliatamente disciplinati nel pubblico impiego per evitare che siano utilizzati per finalità diverse.

In sintesi, ci sono oggettive specificità tra la situazione del funzionario pubblico e il dipendente in materia di assunzioni, tali da giustificare l'applicazione di una normativa diversa sui licenziamenti.

Il problema strettamente giuridico. L'art.51 del TUPI stabilisce che lo Statuto dei lavoratori si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti. La regola generale delle fonti del lavoro pubblico è che si applicano le norme del lavoro privato, fatte salve le norme speciali previste per il pubblico nonché quando la legge lo prevede espressamente, la contrattazione collettiva.

Dello Statuto dei lavoratori, l'articolo 18 è la norma che tutela il lavoratore contro i licenziamenti illegittimi.

Una prima differenza: la Cassazione⁵⁴⁹ ha considerato espressamente applicabile l'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori non solo ai dipendenti, ma anche ai dirigenti pubblici (mentre nel privato la dirigenza è esclusa dalla tutela della reintegrazione). Le ragioni sono quelle enunciate sopra: nel privato il rapporto di lavoro della dirigenza è di tipo fiduciario, non sono richiesti titoli di studio né il superamento di prove particolari, dal momento che la scelta è effettuata direttamente dall'imprenditore. Nel pubblico, invece, la fiduciarità è ammessa nel conferimento degli incarichi ma non nell'estinzione del rapporto di lavoro di un dirigente, se titolare della qualifica come vincitore di concorso.

In compenso l'art.18 non si applicava nel pubblico impiego per il licenziamento economico, individuale e collettivo, sostituito dalla specifica disciplina cui all'art.33 TUIPI; l'art. 18 si applicava parzialmente per il licenziamento disciplinare, dal momento che il settore pubblico dispone di una disciplina specifica⁵⁵⁰.

Se ne ricava già un principio: pur teoricamente applicabile al pubblico, l'art.18 non può applicarsi alla stessa maniera.

Fino all'approvazione della legge n. 92/2012, la norma prevedeva, in caso di licenziamento illegittimo per violazione del procedimento o per l'inidoneità dei fatti contestati a determinare un'estinzione del rapporto di lavoro, la reintegrazione del lavoratore.

Pertanto, non si contestava l'applicazione dell'art.18 al lavoro pubblico, anche perché la Cassazione ne aveva esteso espressamente l'applicazione.

La questione cambia nel 2012, con il mutamento della rubrica (e del contenuto) dell'art. 18, non più "Reintegrazione nel posto di lavoro", bensì "Tutela del lavoratore nel caso di licenziamento illegittimo". La legge menzionata infatti ha rotto l'automatismo tra l'illegittimità del licenziamento e la reintegrazione del lavoratore,

⁵⁴⁹ Sezione Lavoro 1 febbraio 2007, n. 2233.

⁵⁵⁰ Cfr. CARINCI F., "Art.18 per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente", *LPA*, 2, 2012, p. 259.

stabilendo che ci sono fattispecie di licenziamento illegittimo (quelle in cui il fatto contestato è “non insussistente”) che sono comunque idonee ad estinguere il rapporto di lavoro, accordando in compenso al lavoratore una congrua tutela risarcitoria.

Ciò che interessa cogliere in questa sede è che col nuovo art.18 il lavoratore è più esposto che in passato al rischio di perdere il posto in caso di licenziamento illegittimo; è sufficiente che il giudice consideri la condotta del lavoratore “non insussistente” per far scattare la tutela risarcitoria.

Il primo dubbio da chiarire è: nel pubblico impiego si applica l’art.18 nel nuovo testo vigente o quello passato? La domanda potrebbe sembrare retorica, eppure una parte della dottrina ha sostenuto che poiché il TUPI è del 2001, esso si riferiva al testo vigente al momento della sua entrata in vigore. L’ambiguità nasce anche dai commi 7 ed 8 dell’art. 1 della legge n. 92/2012, che rivelano l’intenzione del legislatore di varare in un secondo momento un corpo di norme specifiche per il settore pubblico⁵⁵¹. Tuttavia, la dicitura “e successive modificazioni e integrazioni” presente al comma 2 dell’art.51 non lascia alcun dubbio: si tratta di un c.d. “rinvio mobile”, ovvero di un rinvio che contempla i possibili successivi cambiamenti della norma.

Anche perché, non si rinviene da nessuna parte l’intenzione del legislatore di tenere in vita il vecchio testo, che è stato a tutti gli effetti sostituito dalla nuova formulazione

D’altronde, l’articolo dall’art. 2, comma 2, del TUPI rinvia alle “disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile” e alle “leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell’impresa”⁵⁵².

Pertanto, la soluzione è quella di applicare il nuovo articolo 18 al settore pubblico, ma tenendo conto delle sue specificità nonché delle sentenze della Corte Costituzionale, come d’altronde si è fatto in passato.

D’altronde, i commi 7 e 8 dell’art. 1 della legge n. 92/2012 rappresentano un ostacolo aggiuntivo all’applicazione automatica dell’art.18 al lavoro pubblico laddove,

⁵⁵¹ BOSCATI A., La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico, *WP CSDLE Massimo D’Antona.IT*, p.8 [<http://csdle.lex.unict.it/docs/workingpapers/La-difficile-convivenza-tra-il-nuovo-articolo-18-e-il-lavoro-pubblico/3986.aspx>, consultazione del 28 giugno 2013].

utilizzando espressioni volutamente ambigue, si intende creare un ostacolo dalla diretta applicabilità delle norme al pubblico impiego.

Il problema è che, come sottolinea Cavallaro, l'intenzione del legislatore rileva in quanto "volontà oggettiva della norma", non come volontà dei singoli partecipanti al processo formativo di essa⁵⁵³. Se dal dibattito parlamentare e dalle interviste del Ministro della pubblica amministrazione emerge chiaramente la mancata volontà di estendere le norme al pubblico impiego, dall'altro il testo di legge non lo esclude espressamente, forse per non mettere nero su bianco la divaricazione normativa tra lavoro pubblico e quello privato. In altre situazioni, invece, il legislatore era stato volutamente chiaro in materia, come in occasione dell'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, che esclude espressamente l'applicabilità alle pubbliche amministrazioni⁵⁵⁴.

Lo stesso Cavallaro si spinge ad ipotizzare una discrepanza tra la volontà dichiarata dai responsabili governativi dell'epoca e quella reale, la quale si rifletterebbe nel testo di legge. Più esplicitamente, considerando la modifica della mobilità collettiva del novembre 2011, la *spending review* dell'estate 2012, con l'obbligo di ridurre il personale, fino alla correzione dell'art.6 comma 1 in tema di consistenza delle dotazioni organiche –tutte modifiche in senso peggiorativo per i lavoratori e le OO.SS. –perché ritenere che la modifica dell'art.18 sia in controtendenza con le precedenti?

Va detto però che all'applicazione automatica c'è un evidente ostacolo formale, laddove il nuovo comma 6 dell'art. 18 richiama tra le violazioni procedimentali che danno diritto alla corresponsione di una indennità risarcitoria la violazione della procedura di cui all'art. 7 dello statuto, mentre nel pubblico la violazione dei termini della procedura dettata dall'art. 55-*bis*, comma 2 comporta la decadenza dall'azione disciplinare, e come ben sappiamo tra le due prevale la norma speciale.

⁵⁵² A. TAMPIERI, "La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni", in G. PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro, cit.*, considera possibile la diretta applicabilità del nuovo art. 18 al lavoro pubblico.

⁵⁵³ Cfr., *ex multis*, Cass., 21 maggio 1988, n. 3550, in *MGC*, 1988, n. 5.

⁵⁵⁴ CAVALLARO L., "Pubblico impiego e (nuovo) art. 18 St. lav.: "difficile convivenza" o coesistenza pacifica?", WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 176/2013 [<http://csdle.lex.unict.it/docs/workingpapers/Pubblico-impiego-e-nuovo-art-18-St-lav-difficile-convivenza-o-coesistenza-pacifica-/4307.aspx>, consultazione del 28 giugno 2013].

A ciò si inserisce la citata sentenza delle Corte costituzionale n. 351/2008 che, a proposito del licenziamento del dirigente con tutela risarcitoria previsto da una legge regionale, ne sancì l'inadeguatezza a "rappresentare, nel settore pubblico, strumenti efficaci di tutela degli interessi collettivi lesi da atti illegittimi di rimozione di dirigenti amministrativi"⁵⁵⁵.

Contestualizzando quella sentenza nel mutato quadro normativo odierno, è evidente che la tutela risarcitoria del vigente art.18 non può applicarsi nemmeno ai funzionari, stante il generale rapporto di indipendenza tra politica e amministrazione cui all'art.97 e 98 Cost.. All'epoca di quella sentenza il problema non si poneva poiché l'art.18 offriva la tutela reintegratoria.

Le norme disciplinari del TUPI, come stabilisce l'art. 55, comma 1, hanno carattere imperativo la cui violazione dà luogo a nullità, in quanto tale non sanabile, da cui possono ricavarsi conseguenze giuridiche di nessun tipo. La tutela prevista non può essere quindi che quella reintegratoria, e al dipendente pubblico ingiustamente licenziato non può essere concessa nemmeno la possibilità di rinunciare alla reintegrazione preferendo l'indennizzo, secondo quanto stabilito dalla citata legge della Corte Costituzionale.

Quanto alla categoria dirigenziale, la menzionata sentenza della Cassazione n. 2233 del 1° febbraio 2007 e tuttora ripresa⁵⁵⁶ ha sancito l'applicabilità dell'art. 18 alla dirigenza pubblica.

Secondo la Corte, la diversità di disciplina del recesso nel rapporto dirigenziale privato e pubblico trova conferma nella giurisprudenza costituzionale⁵⁵⁷ e pertanto la disciplina del recesso dal rapporto di lavoro dei dirigenti pubblici, in coerenza con la tradizionale stabilità del rapporto di pubblico impiego, segue i canoni del rapporto di lavoro dei dipendenti privati con qualifica impiegatizia.

E infatti, i contratti collettivi hanno previsto a favore dei dirigenti illegittimamente o ingiustificatamente licenziati una tutela reintegratoria che si distingue sia dalla tutela

⁵⁵⁵ Corte Cost. 24 ottobre 2008, n. 351.

⁵⁵⁶ Cass. 31 luglio 2012, n. 13710; e così, da ultimo, Cass. 18 dicembre 2012, n. 23330

⁵⁵⁷ Corte cost. n. 313 del 1996.

reale legale vigente sia rispetto alla tutela reintegratoria prevista dal novellato art. 18⁵⁵⁸.

Peraltro, da un punto di vista sostanziale i contratti collettivi prevedono a favore del dirigente una tutela del tutto omologabile a quello che sarebbe il rimedio di diritto comune. In virtù del rinvio operato dal legislatore, al dirigente è, infatti, riconosciuta la possibilità di scegliere tra l'indennità risarcitoria e la reintegrazione; l'indennità può essere configurata in virtù di un accordo transattivo tra le parti.

Va detto che in merito all'inapplicabilità dell'art.18 al pubblico impiego la dottrina non è unanime. Autori come Tampieri e Cavallaro, per esempio, ne sostengono l'applicabilità, utilizzando ragioni completamente opposte a quelle appena esposte. Cavallaro, per esempio, ridimensiona la portata della sentenza Corte cost. 24 ottobre 2008 cui si è accennato in precedenza, poiché essa si riferirebbe a forme onerose di *spoils system* più che all'applicazione dell'art.18⁵⁵⁹. Secondo lo stesso autore "Nulla sembra poter seriamente ostacolare la possibilità che, alla stregua del nuovo testo dell'art. 18, la reintegra diventi anche nel pubblico impiego una sanzione di carattere eccezionale". Non solo, egli contesta che nel pubblico impiego la violazione di norme imperative quali quelle che disciplinano il procedimento disciplinare porti alla nullità, in quanto essa è solo una delle conseguenze possibili, o il fatto che anche la violazione del procedimento disciplinare del settore privato abbia le stesse conseguenze. Ancora, la violazione del procedimento disciplinare potrebbe risolversi nell'ingiustificatezza del licenziamento, come nel settore privato, dando luogo ad un indennizzo invece che alla reintegrazione.

Infine, Cavallaro ammette che l'art.18 non si applica alla stessa maniera nel pubblico impiego rispetto al privato, a causa delle diverse modalità di svolgimento del procedimento disciplinare (commi 4° e 5° dell'art. 18 St. lav. e gli artt. 55, comma 2, e 55-*quater* T.U. n. 165/2001); egli, sostenendo in parte la tesi di Carinci, ritiene che ciò non impedisce che al pubblico impiego si applichi comunque la tutela risarcitoria in luogo di quella reintegratoria.

⁵⁵⁸ Cfr. art. 13 CCNL Area I; art. 11 CCNL Area II; art. 14 CCNL Area III; art. 14 CCNL Area IV; art. 20 CCNL Area V; art. 11 CCNL Area VI; art. 13 CCNL Area VII.

La prevalente giurisprudenza di merito⁵⁶⁰ si è però schierata con quei commentatori che, già all'indomani del varo della riforma, avevano ritenuto possibile un'efficacia diretta delle modifiche dell'art. 18 St. lav. nei confronti del pubblico impiego, ovvero la dottrina maggioritaria⁵⁶¹.

Si tratta evidentemente di una situazione di grande confusione rispetto alla quale si attende un intervento del legislatore secondo quanto previsto all'art.1, commi 7 e 8 della l. n. 92/2012, affinché chiarisca se le due discipline dei licenziamenti tendono verso l'equiparazione o una definitiva differenziazione, tenendo ovviamente conto del rischio di illegittimità costituzionale per violazione dell'art.3.

⁵⁵⁹ CAVALLARO L., Pubblico impiego e (nuovo) art. 18 St. lav.: “difficile convivenza” o coesistenza pacifica?, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 176/2013, pag. 13. [<http://csdle.lex.unict.it/docs/workingpapers/Pubblico-impiego-e-nuovo-art-18-St-lav-difficile-convivenza-o-coesistenza-pacifica-/4307.aspx>, consultazione del 28 giugno 2013].

⁵⁶⁰ Le prime sentenze sono state: Trib. Perugia, ord. 9 novembre 2012 (est. Medoro) e 15 gennaio 2013 (pres. ed est. Claudiani), in LPA, 2012, II, 1117 ss.; Trib. Bari, ord. 14 gennaio 2013 (est. Vernia), RIDL, II, 410 ss.; Trib. Ancona, ord. 31 gennaio 2013 (est. Sbano), e Trib. S. Maria Capua Vetere, ord. 2 aprile 2013 (est. Cervelli).

⁵⁶¹ A. TAMPIERI, “La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni”, in G. Pellacani (a cura di), *Riforma del lavoro*, Milano, 2012, 27 ss.; L. GALANTINO, *Diritto del lavoro pubblico*, Torino, 2012, 16.

Paragrafo II: la situazione di “riorientamento professionale” introdotta dalla legge sulla mobilità per i funzionari dello Stato francese.

La possibilità di licenziamento in Francia è prevista da tempo. Per quanto concerne la funzione pubblica territoriale e quella ospedaliera, il licenziamento per abbandono di posto, insufficienza professionale, inattitudine fisica o al termine di un collocamento in disponibilità in caso di rifiuto da parte del funzionario di tre proposte di reimpiego e per soppressione di posto esistono già (rispettivamente agli articoli 97 del titolo III e 92 del titolo IV dello Statuto generale).

Nella funzione pubblica statale, esisteva la procedura di licenziamento per abbandono di posto in concomitanza con una nuova assegnazione, che però nulla ha a che fare con le riorganizzazioni⁵⁶². L'art. 69 del titolo II permette di licenziare dei funzionari per soppressione di posto con la tecnica del *dégagement des cadres*⁵⁶³ (riduzione di personale, simile alla mobilità collettiva italiana), ma la cui adozione nella pratica avviene molto raramente (esattamente come in Italia). Il titolo secondo dello statuto generale, come modificato dall'articolo 7 della legge n.972/2009 sulla mobilità, instaura per i funzionari della funzione pubblica statale una nuova modalità della posizione statutaria di attività: il riorientamento professionale. Essa trae ispirazione dalla procedura di prevista per i funzionari territoriali (art. 97 della legge del 26 gennaio 1984) e per funzionari ospedalieri (art.93 della legge del 9 gennaio 1986) che perdono il posto.

Con questo articolo si disciplinano le ricadute sul personale della ristrutturazione dei servizi dello Stato originata dalla RGPP. Secondo il nuovo articolo 44-*bis* di questo titolo, questa riorientazione disegna la situazione nella quale in funzionario può essere collocato “in caso di ristrutturazione di un'amministrazione dello Stato o uno dei suoi enti pubblici”.

⁵⁶² MELLERAY F., « Un « plan de sauvegarde de l'emploi » qui ne dit pas son nom », *AJFP*, 2010, p. 60.

⁵⁶³ Art. 69, legge n. 84-16 dell'11 gennaio 1984.

Non è chiaro se l'obiettivo perseguito è fornire supporto all'agente perdente posto nella ricerca di un nuovo impiego o piuttosto quello di introdurre una deroga al sistema della carriera, che impone all'amministrazione di conferire una nuova assegnazione al funzionario che ne è privato, rendendo possibile il suo licenziamento. Inoltre, il campo di questo riorientamento è molto largo. Il funzionario coinvolto ha certamente vocazione a ritrovare un impiego nel suo ufficio o in un'altra amministrazione, nel suo *corps* d'origine o in uno equivalente. Ma può anche trovare un impiego nel settore privato, creare o ricominciare un'attività imprenditoriale. Il che spiega come mai, in queste condizioni, la riorientazione professionale ha suscitato accese critiche da parte sindacale o politica.

Il nuovo articolo 44-*ter* dello Statuto generale della funzione pubblica statale definisce le obbligazioni reciproche alle quali sono tenuti il funzionario "riorientato" e la sua amministrazione. Il datore di lavoro pubblico si impegna in principio a definire con il funzionario un progetto personale di evoluzione professionale (PPEP) per permettergli di ritrovare un impiego; inoltre, gli promette massima diligenza al fine di assegnarlo su ogni impiego creato o vacante corrispondente al suo grado e al suo PPEP. Si tratta di conseguenza di un percorso continuo e personalizzato di sostegno nelle azioni di riorientamento. Quanto al funzionario, egli è tenuto a rispettare le obbligazioni di servizio, a seguire le azioni previste dal PPEP (orientamento, formazione...) e a garantire le eventuali missioni temporanee che potrebbero essergli assegnate. Secondo il nuovo articolo 44-*quater*, questo periodo di riorganizzazione termina "quando il funzionario accede a un nuovo impiego".

Esiste tuttavia un'ipotesi meno fortunata. La riorganizzazione può anche concludersi, ad iniziativa dell'amministrazione, con il collocamento d'ufficio dell'interessato in disponibilità⁵⁶⁴ o a riposo.

Il ricorso a questa procedura è comunque rigorosamente disciplinato. Questi strumenti possono essere utilizzati solamente dal funzionario che rifiuta successivamente tre offerte d'impiego pubblico "ferme e precise" che corrispondono

⁵⁶⁴ Questa posizione colloca il funzionario fuori dal suo corpo e dell'amministrazione. Egli cessa quindi di beneficiare dei suoi diritti alla remunerazione, all'avanzamento o alla pensione.

al suo grado e al suo PPEP e tenendo conto della sua situazione familiare e del luogo di residenza abituale. Questo nuovo dispositivo interessa prioritariamente gli agenti che non possono essere immediatamente riassegnati su un altro impiego dopo una ristrutturazione amministrativa. Il suo successo dipenderà dall'effettività dell'impegno dell'amministrazione nel garantire un percorso personalizzato ai funzionari⁵⁶⁵.

Ai nuovi articoli 44-*bis* e 44-*quinquies* ha fatto seguito il decreto attuativo n. 1402 del 12 novembre 2010. Tale decreto non inserisce nessun elemento veramente innovatore rispetto alla legge del 3 agosto 2009. In essa erano già esposte con chiarezza le ragioni che portavano a collocare un funzionario in una situazione di riorientamento professionale, la descrizione di questa condizione giuridica e le conseguenze possibili di questa nuova modalità di posizione d'attività.

Questi due testi si inseriscono, tuttavia, contrariamente alle dichiarazioni rassicuranti tenute dai membri del governo, in una linea di rottura con una certa tradizione del diritto del lavoro pubblico.

Anche se, come si è visto, la possibilità di licenziare un dipendente pubblico non rappresenta un fatto nuovo, la nozione di ristrutturazione che dà origine a soppressioni di posti era fino ad allora più familiare ai responsabili delle risorse umane delle imprese private e agli specialisti di diritto del lavoro, alle prese con il "licenziamento collettivo per motivo economico"⁵⁶⁶ piuttosto che ai capi ufficio o agli studiosi del lavoro pubblico.

La combinazione dell'articolo 12 del titolo I dello statuto generale e del 36 del titolo II vigente prima della riforma definisce la sicurezza dell'impiego di cui beneficerebbero i funzionari dello Stato: in caso di soppressione del posto, al funzionario è assegnato un nuovo impiego rientrante in quelli del suo corpo d'origine nelle condizioni previste dalle disposizioni statutarie e, se nel caso, in provvisorio sovrannumero. La soppressione di posto non poteva dunque né comportare né giustificare un'uscita dal pubblico impiego⁵⁶⁷.

⁵⁶⁵Cfr. DORD O., « La loi mobilité ou l'adaptation du statut par une gestion rénovée des personnels », *AJDA*, 2010, p. 193.

⁵⁶⁶ Art. L. 1233-3 et s. del *Code du travail*.

⁵⁶⁷ Cfr. EMMANUELLE M., « La fin non assumée de la garantie de l'emploi des fonctionnaires et/ou l'émergence d'un droit individuel à la reconversion professionnelle ? », *AJDA*, p. 162.

La legge sulla mobilità del 2009 sconvolge questa architettura modificando l'articolo 36 del titolo II per precisare che l'assegnazione in un impiego del corpo d'origine, se necessario in sovrannumero, si intende ormai "senza pregiudizio del collocamento in situazione di riorientamento professionale". Ormai, possono verificarsi due casi di specie: la ristrutturazione organizzativa causa la soppressione del posto e il datore di lavoro pubblico può utilizzare lo strumento di gestione che costituisce situazione di riorientamento professionale (l'art.44-*bis* indica che in questo caso il funzionario "può essere collocato in questa situazione"), sia la causa della soppressione di posto è un'altra è allora si applicano le disposizioni dell'art.36 del titolo II.

Non è vietato pensare che la possibilità di utilizzare la procedura più flessibile escluderà l'applicazione di quella che offre più garanzie per il funzionario. È delicato infatti distinguere per quali ragioni il datore di lavoro pubblico, nel tentativo di ridurre i deficit pubblici, sceglierebbe l'assegnazione in sovrannumero quando può avvalersi di un percorso meno rigido per reimpiegare i funzionari in funzione dei bisogni. Il nuovo principio dell'articolo 36 rende difficile distinguere tra il principio e l'eccezione. L'alternativa, in realtà, diventerà tra il mantenimento del posto di lavoro pubblico o un'uscita progressiva se gli impieghi proposti non sono di gradimento del funzionario. Si potrà comunque obiettare che, nel contesto attuale di crisi economica, il livello di garanzie spettanti al funzionario resta comunque considerevole, ma bisogna avere il coraggio di accettare che è una forma di "rivoluzione nello schema giuridico e politico tradizionalmente costituito sul sistema della garanzia dell'impiego"⁵⁶⁸.

L'articolo 7 della legge sulla mobilità e il decreto del 12 novembre 2010 organizzano in tre tempi la situazione di riorientamento professionale. Un contesto di ristrutturazione di un'amministrazione permetterà il collocamento del funzionario in una situazione di riorientamento professionale. In questo periodo, restando in

⁵⁶⁸ EMMANUELLE M., « La fin non assumée de la garantie de l'emploi des fonctionnaires et/ou l'émergence d'un droit individuel à la reconversion professionnelle ? », *AJDA*, p. 162.

posizione d'attività, egli è soggetto a una condizione giuridica particolare. Il punto sensibile della riforma attiene, tuttavia, ai termini del riorientamento professionale.

Il primo comma dell'articolo 1 del decreto del 12 novembre 2010 dispone che “il funzionario il cui impiego è suscettibile di essere soppresso, in caso di ristrutturazione di un'amministrazione dello Stato o di uno dei suoi enti pubblici amministrativi previsti all'articolo 44-*bis* della legge dell'11 gennaio 1984, può essere collocato in situazione di riorientamento professionale, in assenza di possibilità di rassegnazione su un impiego che corrisponde al suo grado”.

Questa disposizione precisa il campo di applicazione della situazione di riorientamento professionale, ma non chiarisce molto le zone d'ombra, potenziali generatrici di insicurezza giuridica nell'avvenire. Il ricorso alla situazione di riorientamento professionale è subordinata a molteplici condizioni cumulative. In primo luogo, i funzionari coinvolti sono quelli il cui impiego è “suscettibile di essere soppresso”. Questa disposizione rispecchia quella del codice del lavoro che definisce il motivo economico del licenziamento (art. L. 1233-3).

Il collocamento in questa situazione deve pertanto essere considerato prima che le ristrutturazioni abbiano luogo ed essere la conseguenza diretta di un'operazione di riorganizzazione del servizio o dell'amministrazione in seno alla quale il funzionario esercita le sue funzioni. In secondo luogo, il riorientamento può avere luogo solamente in assenza di possibilità di riassegnazione su un impiego corrispondente al suo grado”.

La situazione giuridica di riorientamento professionale. La situazione di riorientamento professionale è una modalità di posizione di attività (art.1 del decreto). Essa presenta, tuttavia, delle specificità rispetto all'equilibrio inedito dei diritti e delle obbligazioni impartiti al funzionario, che ricordano quelle vigenti in caso di licenziamento per causa economica nel settore privato.

Nell'intervallo di un mese massimo in seguito al collocamento nella situazione di riorientamento professionale, viene stabilito un progetto personalizzato di evoluzione professionale. L'oggetto di questo progetto è precisato nel nuovo articolo 44-*ter* della

legge 11 gennaio 1984. Esso deve avere come finalità sia di agevolare l'assegnazione al funzionario di un impiego corrispondente al suo grado, sia quello di permettere di accedere a un altro corpo equivalente, oppure di accettare un impiego nel settore privato o creare o riprendere un'impresa. Quest'ultima prospettiva di riconversione mostra che non necessariamente la finalità del riorientamento professionale è il reimpiego degli effettivi tra amministrazioni pubbliche, confortando l'idea secondo la quale il principio posto dall'art.36 del titolo II di un'assegnazione in sovrannumero in caso di soppressione di impiego non è più tale.

Inoltre, le difficoltà ricorrenti di valutare la corrispondenza di un impiego al grado non sono in grado di assicurare la condizione giuridica del funzionario che si trovi in questa situazione.

In realtà, la nozione di esercizio di funzioni afferenti al grado fa riferimento al livello gerarchico dell'impiego occupato, ma non è limitata solamente a questo elemento. Per valutare l'equivalenza fra gli impieghi, sono utilizzati altri criteri, come in base alla natura delle funzioni o delle attribuzioni⁵⁶⁹ o la qualifica richiesta e il livello di responsabilità del funzionario⁵⁷⁰. La combinazione di questi diversi elementi è tuttavia delicata nella pratica e il decreto è ambiguo sulla questione.

Il decreto prevede che il progetto personalizzato di evoluzione professionale del funzionario comprenda l'enunciazione degli "impegni reciproci del funzionario e dell'amministrazione in questo periodo". Il funzionario deve seguire le azioni di formazione, orientamento, valutazione e validazione dei risultati delle esperienze obbligatorie come pure del periodo di professionalizzazione istituito dalla legge del 2 febbraio 2007, che comporta delle azioni di formazione in alternanza e tende a permettere agli agenti di esercitare delle nuove funzioni, se del caso, in un altro *corps* o *cadre d'emploi*.

Il funzionario è tenuto a seguire le azioni di accompagnamento previsti dal progetto personalizzato. Resta comunque a disposizione dell'amministrazione per svolgere

⁵⁶⁹ CE sect. 30 nov. 1962, *Sieur Cordeviola*, req. n° 50004.

⁵⁷⁰ CE 10 maggio 1995, *Association syndicale des attachés d'administration centrale du ministère des PTT*, req. n. 131753.

missioni di sostituzione o specifiche, anche per un'altra amministrazione o ente pubblico dello Stato. La durata delle missioni non può eccedere i tre mesi e queste devono essere inserite nel progetto personalizzato. L'accordo del funzionario non è richiesto. Si tratta di un aspetto fondamentale, in continuità col citato decreto del 18 aprile 2008, che permette di impiegare l'agente in una qualsiasi amministrazione dello Stato anche senza il suo accordo, a condizione che il nuovo impiego corrisponda al grado⁵⁷¹, come ha stabilito il Consiglio di Stato.

La situazione di riorientamento professionale si conclude secondo tre modalità, in virtù dell'articolo 9 del decreto del 12 novembre 2010. In primo luogo, al funzionario può essere assegnato un nuovo impiego. Il testo non ne precisa la natura. L'assegnazione può intervenire nell'ambito del suo *corps*, ma ugualmente in un altro di essi appartenente alla funzione pubblica territoriale, a condizione -si suppone- che i criteri che permettono di stabilirne l'equivalenza siano rispettati: livello gerarchico, livello di responsabilità, natura delle funzioni e qualificazione richiesta. In secondo luogo, la situazione di riorientamento può concludersi se il funzionario accede su sua richiesta a una nuova posizione o situazione statutaria.

In terzo luogo, la situazione di riorientamento può terminare, su iniziativa dell'amministrazione e su parere della commissione amministrativa paritaria (CAP), se il funzionario rifiuta successivamente, in virtù dell'articolo 44-*quater* del titolo II, tre offerte d'impiego pubblico "precise e corrispondenti al suo grado e al suo progetto personalizzato di evoluzione professionale, tenendo conto della situazione di famiglia e del luogo di residenza abituale".

La formulazione lascia immaginare che gli impieghi proposti non siano necessariamente nel *corps* d'origine del funzionario. Basta che essi corrispondano al livello di qualificazione e all'anzianità del funzionario, come pure al livello di responsabilità del posto che egli occupava precedentemente. La nozione di offerta di lavoro pubblico "ferma e precisa", se permette di scartare gli impieghi destinati agli agenti contrattuali, lascia tuttavia aperta la facoltà di nominare il funzionario sugli

⁵⁷¹ CE ass. 28 dic. 2009, SYNTEF-CFDT et autres, req. n. 316479, AJDA 2010. 568, note E. Marc ; RFDA 2010, 605, concl.

impieghi previsti dall'articolo 3 della legge dell'11 gennaio 1984, ovvero “gli impieghi o le categorie di impieghi di certi enti pubblici che figurano, in ragione del carattere particolare delle loro missioni, su una lista stabilita per decreto del Consiglio di Stato su parere del Consiglio superiore della funzione pubblica; gli impieghi o categorie di impieghi di certe istituzioni amministrative specializzate dello Stato dotate, dalla legge, di uno statuto particolare che garantisce il libero esercizio della loro missione”, si tratta di impieghi permanenti dello Stato, contrariamente a quelli di altri commi di questo stesso articolo. Questi posti sono proposti senza condizione, salvo quella della corrispondenza con il grado dell'agente. L'articolo 11 del decreto prevede che il funzionario collocato in disponibilità o ammesso alla pensione d'ufficio possa beneficiare dell'indennità contro la disoccupazione involontaria esattamente come un lavoratore del settore privato. Durante il collocamento in disponibilità, la reintegrazione può intervenire, su domanda del funzionario, su uno dei tre primi posti vacanti nel suo corpo d'origine.

Il funzionario che rifiuta queste tre offerte di lavoro è collocato in disponibilità per una durata indeterminata, o collocato a riposo.

La dottrina francese ha evidenziato perplessità in merito alla vaghezza della definizione di “impiego suscettibile di essere soppresso” e sull'eventualità che proposte di reimpiego formulate dall'amministrazione in realtà non siano adeguate al livello di professionalità conseguito, obbligando il personale al rifiuto⁵⁷².

Il legislatore è così riuscito a introdurre una via giuridica che consente di mettere in uscita dei funzionari senza necessariamente doverli né licenziare né remunerare, anzi facendo loro portare la responsabilità di questa scelta.

Il testo in questione ha suscitato notevoli perplessità in merito proprio all'equiparazione del dipendente pubblico perdente posto con un lavoratore privato. Inoltre, le garanzie non sono sufficienti, come il parere dei rappresentanti del personale o garanzia del controllo giudiziario.

Y. Struillou.

⁵⁷² Cfr. TOUZEIL- DIVINA M., « "Travaillisation" ou "privatisation" des fonctions publiques ? », *AJFP*, 2010, p. 228 .

Il giurista Marc E. fa notare come addirittura il lavoratore pubblico abbia meno garanzie di quello privato, dal momento che le norme non permettono di ricavare un « diritto alla transizione professionale » come nel settore privato⁵⁷³.

Secondo Touzeil-Divina⁵⁷⁴, la riorientazione professionale comporta ben tre conseguenze dannose: innanzitutto, non c'è garanzia che le tre offerte presentate siano reali. Le offerte potrebbero essere molto lontane dalle aspirazioni, competenze o vocazioni, o anche troppo lontane geograficamente, visto che non ci sono limiti territoriali.

La novità di base, secondo lo stesso autore, è che il funzionario non è più definito in base al grado al quale è attaccato ma in funzione dell'impiego che svolge, perché è in base a questo che gli saranno proposti altri impieghi. Si tratta della consacrazione del passaggio da una funzione pubblica basata sui *corps* ad una basata sui mestieri, con la porta aperta alla massima soppressione di posti.

Se è vero che il licenziamento nella FP statale esisteva già in precedenza in caso di mancata accettazione del nuovo impiego, e il posto offerto era solo uno e non una gamma di molteplici possibilità, è altrettanto vero che le due situazioni non sono comparabili, perché quella situazione non si riferisce ai casi di riorganizzazione.

Non si può ovviamente dimenticare il quadro nel quale questa riforma è stata elaborata, ovvero la necessità di ridurre gli effettivi e ridurre i costi. Secondo Melleray, lo Stato si trova in una situazione nella quale sognerebbe di trovarsi il datore di lavoro privato, ovvero poter ridurre gli effettivi per motivo economico senza dover indennizzare il personale⁵⁷⁵.

La dimensione apparentemente contrattuale del progetto personalizzato resta affetta del disequilibrio tradizionale che caratterizza il rapporto di lavoro con una persona pubblica e rischia di conferire alla concertazione un carattere fittizio.

⁵⁷³ MARC. E., « La fin non assumée de la garantie de l'emploi des fonctionnaires et/ou l'émergence d'un droit individuel à la reconversion professionnelle ? », *AJDA*, p. 162 ss

⁵⁷⁴ TOUZEIL-DIVINA M., « "Travaillisation" ou "privatisation" des fonctions publiques ? », *AJFP*, 2010, p. 228.

⁵⁷⁴ MELLERAY F., « Un « plan de sauvegarde de l'emploi » qui ne dit pas son nom », *AJFP*, 2010, p. 60.

⁵⁷⁵ FITTE-DUVAL A., « La situation de réorientation professionnelle, ou les deux visages de Janus », *AJFP*, 2011, p. 156.

Se è chiaro che il funzionario dovrà sottomettersi alle obbligazioni previste dal testo, quelle a carico dell'amministrazione restano imprecise⁵⁷⁶.

Le pratiche amministrative in materia di corrispondenza reale dei posti rispetto ai progetti dell'agente saranno un elemento importante. Tuttavia sembra evidente che questo dispositivo rinforzi il potere gerarchico dell'amministrazione.

Verso l'abrogazione? Il ministro della funzione pubblica ha annunciato ad agosto 2012 l'abrogazione del decreto⁵⁷⁷ sul "riorientamento professionale" dei funzionari nel corso della riunione del consiglio superiore della funzione pubblica di Stato. Il Consiglio superiore della FP statale ne ha votato l'abrogazione nella seduta del 12 novembre 2010. All'estate del 2013, tuttavia, il proposito non è stato ancora mantenuto e il decreto è ancora in vigore. Tuttavia, indipendentemente dall'abrogazione, le considerazioni su di esso e, in generale, sulla licenziabilità del dipendente pubblico restano valide e di assoluta attualità.

Anche se questo decreto non è stato ancora approvato, occorre sottolineare che la pesantezza del dispositivo di riorientamento professionale ha fatto sì che esso sia di fatto inapplicato, visto e considerato che esso colloca i funzionari in una situazione di insicurezza.

⁵⁷⁷ Si tratta del decreto n° 2010/1402.

Conclusioni

In Italia il rapporto tra il personale pubblico e la popolazione è in linea con la media europea e persino più basso che in altri paesi. In Francia, al pubblico impiego appartengono 5.200.000 *fonctionnaires*, corrispondenti all'8% della popolazione, mentre da noi il numero dei dipendenti pubblici è pari a 3.200.000, il 5,7% degli abitanti della penisola. L'anomalia riguarda la distribuzione territoriale, spesso sovrabbondante al Sud e in deficit al Nord.

In questo quadro, la mobilità può essere la leva gestionale idonea a rendere più omogenea la ripartizione territoriale dei dipendenti pubblici, anche se finora l'amministrazione pubblica non è mai riuscita a farne un concreto strumento di reclutamento e gestione delle risorse. Nel 98% dei casi, infatti, i trasferimenti di ufficio o di sede sono avvenuti sulla base delle esigenze del personale⁵⁷⁸.

Secondo l'Aran, nel 2010 la "mobilità" tra settori del pubblico impiego ha interessato appena lo 0,1% del personale; quella "intracomparto", cioè tra uffici dello stesso settore, l'1%⁵⁷⁹.

In Francia, la legge sulla mobilità del 2009 ha contribuito a consolidare una cultura della mobilità che già esisteva, e secondo la quale restare più di tre anni sullo stesso impiego non è positivo per la formazione del funzionario, cui sono richieste flessibilità e disponibilità al cambiamento. In Italia, secondo l'esperienza personale di chi scrive, non solo cambiare non è semplice, ma può anche essere considerato come un indice di mancato adattamento dei funzionari all'ambiente di lavoro.

Le norme attualmente vigenti cercano di stimolare la mobilità volontaria rimuovendo gli ostacoli giuridici esistenti in passato; la norma più efficace è l'obbligo dell'espletamento delle procedure di mobilità volontaria prima di indire un concorso pubblico.

Tuttavia, la prassi amministrativa mostra come le PA abbiano la tendenza ad aggirare facilmente questo vincolo emanando bandi di mobilità che prevedono requisiti

⁵⁷⁸ VERBARO F., "Mobilità e gestione delle risorse umane nella pubblica amministrazione, *Aran Newsletter*, settembre/ottobre 2004", n. 4-6, pag. 5.

⁵⁷⁹ Rapporto semestrale Aran, n. 1/2012.

talmente elevati che solo una parte molto piccola dei posti disponibili viene coperta⁵⁸⁰.

Le PA considerano il previo adempimento della mobilità il più delle volte come un adempimento formale, espletato il quale possono regolarmente procedere ai concorsi pubblici; la tendenza è ancora più accentuata nei comuni di piccole dimensioni.

Per quanto concerne la mobilità collettiva, la procedura è stata decisamente rafforzata per lasciare maggiore spazio di iniziativa all'amministrazione e sempre meno ai sindacati. Bisognerà vedere se la PA vorrà realmente avvalersene e con quale frequenza. In ogni caso, sarebbe opportuno favorire la mobilità volontaria prima della rilevazione formale delle eccedenze, anche perché il personale in disponibilità costituisce sempre un costo per la pubblica amministrazione.

Una delle principali cause che ha impedito la creazione di un mercato della mobilità è l'esistenza di asimmetrie informative tra domanda e offerta.

L'amministrazione pubblica francese ha intrapreso iniziative che vanno proprio in questo senso. Al sito della "Borsa interministeriale del pubblico impiego"⁵⁸¹ è possibile trovare l'elenco dei posti vacanti proposti dall'insieme dei ministeri e degli enti pubblici francesi per favorire la mobilità del personale. Lo stesso sito contiene uno spazio informativo a destinazione dei candidati e degli uffici che si occupano del reclutamento. La BIEP è aperta a tutti i funzionari dello Stato, delle regioni, degli enti locali e delle aziende ospedaliere.

⁵⁸⁰ V. l'avviso pubblico per mobilità volontaria indetto dalla Regione Puglia con determinazione del 21 novembre 2012, n.869, e pubblicato nel BURP n. 172 del 29/11/2012.

⁵⁸¹ BIEP, sito internet www.biep.gouv.fr.

In ogni caso, la creazione di un mercato telematico della mobilità sarebbe certamente utile anche da in Italia. Finora, la mobilità volontaria si è svolta nella maggior parte dei casi mediante canali informali. A tal fine, compatibilmente con le esigenze di bilancio, sarebbe auspicabile la creazione di un fondo per favorire e incoraggiare la mobilità volontaria. Inoltre, un piano di formazione mirato dovrebbe supportare i processi di decentramento o trasformazione in corso, al fine di realizzare un migliore reimpiego delle risorse umane.

Quanto al licenziamento del dipendente pubblico, in questa sede si sono analizzati solamente gli aspetti relativi all'applicabilità della disciplina del settore privato, lasciando la trattazione del potere disciplinare al successivo capitolo.

Nel pubblico impiego italiano, non vi è alcun dubbio sull'esistenza della possibilità di licenziare. Le statistiche della relazione al parlamento sullo stato della PA uscito nel marzo del 2011 mostrano che i licenziamenti disciplinari o per giusta causa esistono. Nel 2010 sono stati in tutto 105 i dipendenti pubblici i cui procedimento disciplinare si è concluso con la sanzione più grave della perdita del posto.

Quanto invece alla tutela contro il licenziamento illegittimo, la situazione è di totale confusione, dal momento che chi ha fatto approvare la riforma del mercato del lavoro nel 2012 non ha inteso estenderne l'applicazione al pubblico, mentre di fatto le norme del TUPI rinviano al “nuovo” art.18. Emergono incontestabilmente le differenze sostanziali tra i due settori per quanto concerne l'accesso agli impieghi e il rapporto con il datore di lavoro, che nel pubblico è la politica.

La situazione giuridica è paradossale, con un art.18 che in teoria deve applicarsi al pubblico impiego ma in realtà non si può applicare.

Se prima tale norma si applicava al dirigente pubblico e ma non al funzionario, l'esatto contrario di quanto accade nel settore privato, adesso col testo novellato ad opera della legge n.92/2012 la sua applicazione “automatica” al settore pubblico in generale è da escludersi.

Ad avviso di chi scrive, l'applicazione di due discipline diverse in materia di tutela contro il licenziamento illegittimo nel pubblico e nel privato sarebbe pienamente rispettosa dell'art.3 della Costituzione in quanto si tratta di situazioni oggettivamente diverse alle quali è corretto assegnare trattamenti diversi.

Tuttavia, è necessario un intervento del legislatore, come previsto d'altronde dalla legge n. 92/2012, comma 8.

Per quanto concerne il pubblico impiego francese, nella la funzione pubblica territoriale e ospedaliera, il licenziamento per abbandono di posto, insufficienza professionale, inattitudine fisica o al termine di un collocamento in disponibilità in caso di rifiuto da parte del funzionario di tre proposte di reimpiego e per soppressione di posto esistono già; in quella statale, la più grande, esisteva solo la procedura di abbandono di posto prima dell'introduzione della situazione di riorientamento professionale.

Nella funzione pubblica statale, esisteva la procedura di licenziamento per abbandono di posto in concomitanza con una nuova assegnazione, che però nulla ha a che fare con le riorganizzazioni.

La nuova situazione di riorientamento professionale corrisponde al collocamento in disponibilità del pubblico impiego italiano, laddove in Italia il licenziamento scatta dopo 2 anni (elevabili a 4), in Francia dopo 3 offerte di un nuovo impiego rivolte al funzionario dopo il periodo di riorientamento professionale.

Tuttavia, la procedura sembra destinata ad essere soppressa nei prossimi mesi, secondo l'annuncio del ministro della funzione pubblica; di fatto, non è mai stata applicata.

Il mantenimento della garanzia dell'impiego in un contesto di crisi duratura è in discussione da tempo e viene considerato da qualcuno un privilegio. La Francia su questo tema è relativamente isolata rispetto altri paesi europei come l'Italia che, pur avendo scelto un sistema di carriera, ne hanno limitato la portata riducendo le categorie interessate dallo statuto, e limitando la protezione che questo offre. Occorre interrogarsi se le obbligazioni cui sono oggi soggetti i funzionari giustificano ancora questa garanzia.

Per quanto concerne il diritto francese, le mansioni (*missions*) sono definite in maniera unilaterale in virtù della situazione legale e statutaria in cui sono collocati i

funzionari. Il novero delle mansioni esercitabili sono quelle previste dagli *statut particulier* di ciascun *corps* per le funzioni statali o *cadre* per quella territoriale.

Se è vero che ad ogni *corps* o *cadre* corrisponde una diversa regolamentazione da parte dei tre statuti, lo *ius variandi* del datore di lavoro pubblico è esercitabile tra le mansioni previste nello *statut general*, che prevedono spesso anche la possibilità che *siano* assegnati compiti di coordinamento o la gestione di un ufficio (v. capitolo 1, parte 1), senza necessariamente espletare procedure selettive, ma nell'ambito della discrezionalità datoriale. Oltre alle mansioni, gli *statut particulier* definiscono in qualche caso anche il perimetro di assegnazione dei funzionari, il che limita indubbiamente l'esercizio della mobilità imposta dall'amministrazione ai funzionari anche contro la loro volontà.

Il decreto n. 2008-370 del 18 aprile 2008 ha inteso ovviare a questa problematica, ma ha evidenziato profili di illegittimità, considerato il ruolo spettante agli *statut particulier* nella determinazione delle mansioni; il Consiglio di Stato, pur non rilevando l'illegittimità di tale decreto, ne ha limitato la portata attraverso un'interpretazione "neutralizzante". Resta fondamentale il parere dei funzionari in caso di cambiamenti sostanziali della situazione lavorativa nonché di assegnazione al di fuori del perimetro definito dagli *statut particulier* di appartenenza.

Per ciò che concerne i funzionari, il potere di modificare l'esecuzione delle funzioni si colloca in un quadro molto flessibile e soprattutto molto favorevole all'amministrazione, dal momento che la situazione del funzionario, collocato in una posizione legale e regolamentare, è definita in base ad una regola unilaterale. Egli è tenuto a rispettare le missioni previste dal suo *statut particulier*. La loro definizione, essendo molto vasta, lascia poco spazio ad errori⁵⁸².

Quanto al demansionamento, in Francia non vi sono norme a tutela della professionalità del lavoratore, data la rigidità della situazione statutarie e il potere unilaterale del datore di lavoro. Si potrebbe dire che la situazione è quella che si determina in Italia con un'interpretazione restrittiva dell'art.52 TUPI, in aperto contrasto col principio di effettività applicato nell'impiego privato, laddove le

⁵⁸² Cfr MONIOLLE C., « La subordination dans la fonction publique », *AJDA*, 2010, p. 1629.

mansioni anziché essere definite dai contratti collettivi sono individuate dagli *statut particulier*.

Nel pubblico impiego francese le modificazioni del contratto, in caso di declassamento, possono essere contestate sul terreno della diminuzione delle responsabilità, ma il contenzioso sul tema non assume dimensioni rilevanti, data la situazione giuridica sicuramente favorevole al datore di lavoro.

Quanto al pubblico impiego italiano, vi è una duratura situazione di ambiguità giuridica derivante dall'interpretazione dell'art.52 TUPI, non risolta nemmeno dalla novella operata dalla riforma Brunetta nel 2009. Il rigore letterale del testo normativo e la specificità del lavoro inducono a ritenere le mansioni formalmente equivalenti se definite come tali dalla contrattazione, svuotando il ruolo dell'interprete; l'equiparazione del lavoro pubblico al lavoro privato nonché un'interpretazione in chiave "progressista" del testo indurrebbero a conferire al giudice il compito di valutare nel concreto l'equivalenza delle mansioni. La situazione può essere chiarita solamente dal legislatore o dalla contrattazione collettiva, quando questa riprenderà a svolgersi.

In conclusione, lo studio incrociato di mobilità individuale imposta, mobilità collettiva, disciplina dei licenziamenti e quella del mutamento di mansioni mostrano chiaramente la presenza di elementi di grande specificità del pubblico impiego, italiano e francese, rispetto al lavoro privato. La disciplina del settore privato non può applicarsi direttamente, i tentativi dei due legislatori di adattare al pubblico la disciplina del privato presentano difficoltà applicative e interpretative.

In sostanza, il legislatore italiano sembra richiamare la disciplina del settore privato quando questa garantisce maggiormente il datore di lavoro (disciplina contro i licenziamenti illegittimi, mobilità collettiva), mentre si mantiene una disciplina speciale quando la disciplina privatistica tutela maggiormente il lavoratore (mutamento di mansioni).

I tentativi del legislatore francese di “scardinare” le rigidità della disciplina pubblicistica non resistono al sindacato giurisdizionale (mobilità imposta) o al consenso dei lavoratori e sindacale (riorientamento professionale).

Da questa situazione si esce solamente con leggi più chiare e non volutamente ambigue, che affrontino le questioni irrisolte di fondo . In Francia occorre porsi della domanda sulla natura del lavoro pubblico e sulla conservazione delle sue specificità. In Italia il modello di ibridazione disciplina pubblicistica-norme privatistiche è ormai consolidato; il legislatore dovrebbe chiarire per determinate materie (mansioni, licenziamenti) se la speciale disciplina pubblicistica esclude completamente l’applicazione di quella privatistica, dal momento che le sovrapposizioni producono solo ambiguità e contraddizioni non facilmente risolvibili.



TITOLO SECONDO: I POTERI RISPETTO AL PERSONALE

Capitolo primo: Il potere di valutazione e di remunerazione

Sezione I: Il potere di valutazione

Paragrafo I: il complicato percorso della valutazione nella PA italiana.

Breve storia della valutazione. Uno dei punti salienti della “riforma Brunetta” del pubblico impiego è l’introduzione di un sistema di valutazione per i pubblici dipendenti, sull’esempio di quanto accade per il lavoro privato. In realtà, più correttamente, si dovrebbe correttamente parlare di “reintroduzione”, dal momento che un sistema di valutazione è esistito fino agli inizi degli anni ’80, ma fu in seguito abbandonato.

Infatti, la legge sul nuovo assetto retributivo-funzionale del personale civile e militare dello Stato⁵⁸³ sancì l’abbandono dei sistemi interni di valutazione da parte di quasi tutte le amministrazioni pubbliche.

Essi restarono in vigore limitatamente ad una parte del personale che risultava essere espressione della *puissance publique*, come i militari, i prefetti e i diplomatici e i funzionari della Banca d’Italia.

La scelta dell’abbandono della valutazione, come ricorda Pastorello⁵⁸⁴, fu effettuata essenzialmente per due ragioni. In primo luogo, in essa regnava l’arbitrarietà e il valutatore aveva gioco facile nel favorire il personale di suo gradimento, poiché disponeva in tutta libertà di un “pacchetto “strategico” di punti per la valutazione dell’idoneità professionale.

L’organo valutatore era il Consiglio di Amministrazione del Ministero, secondo una procedura definita “scrutinio per merito comparativo”. Nei limiti dei posti di organico, il personale valutato positivamente era promosso alla qualifica superiore.

⁵⁸³ Si tratta della legge n. 312 del 1980.

⁵⁸⁴ PASTORELLO G., “I modelli di competenze nell’agenzia delle Entrate”, *Amministrare*, XI, 2010, pag. 49-88

Detto altrimenti, affinché la valutazione avesse esito positivo era sufficiente avere uno “sponsor” nel Consiglio di Amministrazione.

A questo problema, si aggiungono le forti pressioni per un allargamento degli organici, cui non di rado si rispondeva con l’approvazione di una “leggina” ad hoc. Ciò comportava, ovviamente, un forte incremento delle spese per il personale.

Questo sistema è stato sostituito con uno nuovo, applicato solo per tre anni; esso prevedeva che le progressioni di carriera avvenissero mediante concorso pubblico; nell’ambito di una stessa qualifica, era prevista solo una progressione economica per anzianità di servizio decorso un determinato periodo di tempo (i c.d. “scatti automatici”). Nel modello teorico l’automatismo avrebbe potuto essere rallentato o accelerato in base alla valutazione ricevuta dal funzionario; per la verità, la legge che doveva prevedere gli “sconti” di anzianità per merito non è mai stata approvata. Non ci sono dati precisi circa le mancate progressioni per demerito, ma dai dati in possesso, riguardanti solamente l’amministrazione finanziaria, si deduce che esse furono più uniche che rare.

Per il passaggio alla qualifica superiore era necessario il superamento di un concorso pubblico con riserva di posti per gli interni. È nato così il sistema delle qualifiche funzionali, in vigore tuttora⁵⁸⁵, con sostanziali modificazioni.

In questo sistema, che corrisponde all’opinione pubblica prevalente, al dipendente pubblico non conviene impegnarsi nel lavoro, poiché comunque ad impegno ineguale corrisponde salario uguale; in altri termini, la *manière de servir* del funzionario non può avere alcuna rilevanza negli avanzamenti di carriera, determinati solamente dell’esito di una procedura selettiva di tipo concorsuale⁵⁸⁶.

Come è facile immaginare, in questo sistema non era affatto raro che a superare le prove selettive fosse non il personale che si era distinto durante il servizio, ma quello restante (che magari si preparava alle prove nelle ore d’ufficio).

⁵⁸⁵ In via transitoria la legge prevede comunque una notevole contingente di promozioni automatiche per gli impiegati che avevano maturato determinati requisiti. Per una ricostruzione dettagliata del passaggio dal sistema delle carriere all’ordinamento delle qualifiche funzionali introdotto dalla legge n. 312/1980, cfr. C. D’ORTA, *Il pubblico impiego*, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1989, pp. 103-124.

⁵⁸⁶ Ne è un esempio la legge speciale (n. 349/1995) per il Ministero delle Finanze, che introdusse una prova preselettiva di ottanta quiz di conoscenze tecniche, i cui vincitori avevano accesso a un corso di formazione di 70 ore con un esame orale finale il cui superamento consentiva il passaggio di livello.

Così, con la riforma del 2009 il legislatore ha reintrodotto la valutazione, soppressa 30 anni prima.

In realtà, al dirigente già spettava il compito di conferire a monte gli obiettivi individuali e di gruppo per poi valutare le prestazioni dei suoi dipendenti. Anche in precedenza si prevedeva un collegamento tra retribuzione accessoria, produttività del lavoro e maggiore qualità dell'azione amministrativa. Già il d.lgs. n. 29/1993 aveva introdotto la retribuzione accessoria come voce variabile del trattamento economico legato alla performance individuale, e da allora era rimasta in vigore.

I CCNL di comparto disciplinavano le linee guida della valutazione e le componenti specifiche erano regolamentate dai Contratti Integrativi. I buoni propositi di valorizzazione del personale, retribuzione incentivante, collegamento tra prestazioni individuali e crescita della qualità dei servizi erogati, collegamento tra valutazione e sviluppi di carriera erano presenti ben prima del 2009⁵⁸⁷.

Come è evidente, è mancata l'attuazione concreta di tali disposizioni. Le responsabilità sono da attribuire a diverse cause, a cominciare dalla cultura dell'egualitarismo di cui è imperniato il pubblico impiego, tanto cara ai sindacati. Inoltre, la dirigenza, soffocata tra la politica e i sindacati, è venuta meno al proprio ruolo, anche perché ha ritenuto poco opportuno differenziare la valutazione del personale per attribuire al funzionario meritevole una manciata di euro in più del collega "fannullone". Infine, la contrattazione collettiva, approfittando di un debole sistema di controlli, ha inteso distribuire la retribuzione accessoria "a pioggia"⁵⁸⁸, senza una reale differenziazione.

Il potere di valutazione. La riforma Brunetta ha attribuito al dirigente il potere di concorrere allo sviluppo professionale ed alla gratificazione dei dipendenti inseriti nella propria struttura, attribuendogli poteri in merito alla loro valutazione, all'incremento della retribuzione⁵⁸⁹, partecipazione a programmi di formazione,

⁵⁸⁷ G. DELLA ROCCA, V. VENEZIANO, *La valutazione del lavoro nelle amministrazioni pubbliche. Casi di studio sulla valutazione delle posizioni, delle prestazioni e del potenziale*, Roma, 2004, p. 15.

⁵⁸⁸ FIATA E., "Le funzioni e i poteri del dirigente nella valutazione della performance individuale: il riconoscimento dei meriti", *Giurisprudenza Italiana - Dicembre 2010*, p.2725-2728.

⁵⁸⁹ Cfr. art. 45 d.lgs. n. 165/2001: "i dirigenti sono responsabili dell'attribuzione dei trattamenti economici accessori".

crescita professionale. Il momento della valutazione, necessario ai fini dell'incentivazione, amplia la possibilità di influenza sul personale e completa il ruolo direttivo del management; esso può rappresentare uno strumento altrettanto efficace per sviluppare e diffondere nell'organizzazione la consapevolezza circa gli obiettivi ed il significato profondo delle attività che si svolgono. Il modello congegnato dal legislatore nel d.lgs. n. 150/2009 si ispira alle regole della tecnica gestionale per obiettivi (c.d. *management by objectives*⁵⁹⁰): la valutazione delle prestazioni, in questa logica, assicura il coinvolgimento del personale negli obiettivi aziendali e consente alla dirigenza di esercitare la propria funzione di gestione delle risorse umane; si tratta proprio di orientare e dirigere i propri collaboratori verso il raggiungimento di obiettivi predefiniti.

Il nuovo sistema⁵⁹¹ viene concepito come strumento obbligatorio e generale di misurazione del funzionamento delle pubbliche amministrazioni e del personale proprio perché non opera solo nei confronti delle performance dei dirigenti, ma anche di tutti i lavoratori, oltre che delle stesse strutture amministrative. La finalità specifica è quella di contribuire al miglioramento della qualità dei servizi, nonché la crescita delle competenze professionali, attraverso la valorizzazione del merito⁵⁹².

Il dirigente è allo stesso tempo valutato in base alla “capacità di valutazione dei propri collaboratori, dimostrata tramite una significativa differenziazione dei giudizi⁵⁹³”. Inoltre, egli dovrà essere valutato dal proprio personale, e di tale giudizio terrà conto l'Organismo indipendente di valutazione (OIV) nella formulazione della proposta di valutazione all'organo politico.

In questa sede si analizzerà la valutazione del personale da parte del dirigente nella veste di datore di lavoro pubblico, rinviando al paragrafo II del presente capitolo per le conseguenze della valutazione sul piano retributivo e di carriera.

⁵⁹⁰ Modello gestionale per cui gli obiettivi non vengono fissati in modo unilaterale dai capi, ma emergono in una serie di riunioni allargate a tutti i dirigenti interessati. In tal modo si fa sì che i dirigenti non di limitino ad obbedire agli ordini ricevuti, ma tirino fuori le proprie idee. Il coinvolgimento dei responsabili non è limitato ai mezzi con cui si agisce ma si estende innovativamente sugli scopi che si è stabilito di raggiungere.

⁵⁹¹Cfr. art. 4 legge n. 15/2009. Definito il più corposo ed innovativo degli articoli contenuti nella delega in virtù della consapevolezza che il legislatore mostra in merito al fatto che “occorra una valutazione percepibile come oggettiva, per l'autorevolezza di chi ne elabora la metodologia e ne controlla l'applicazione”. Cfr. F. CARINCI, “La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla legge 15/2009”, in *LPA*, 2008, p. 978.

⁵⁹² Cfr. art. 3, comma 1 e 2 d.lgs. n. 150/2009.

⁵⁹³ Art. 9, d.lgs. n. 150/2009.

Il dirigente è anche responsabilizzato in ordine alla effettiva “implementazione” della cultura del merito, dal momento che “una colpevole violazione del dovere di vigilanza sul rispetto, da parte dei suoi dipendenti, degli *standard* qualitativi e quantitativi stabiliti dall’amministrazione, avrà effetti sulla sua retribuzione di risultato⁵⁹⁴.

Il processo di valutazione. La legge, al riguardo ha descritto puntualmente il c.d. “ciclo di gestione della performance”, che deve essere sviluppato dalle amministrazioni in “maniera coerente coi contenuti e col il ciclo della programmazione finanziaria e del bilancio” e che si compone di varie fasi: partendo dalla individuazione e assegnazione degli obiettivi e delle risorse, e passando attraverso la misurazione e valutazione della performance organizzativa e individuale, si arriva alla distribuzione di incentivi e premi e alla rendicontazione dei risultati ai vertici delle pubbliche amministrazioni ed ai cittadini/utenti⁵⁹⁵. Il legislatore delinea il nuovo sistema di valutazione nei tratti generali, lasciando ai vari soggetti gestori l’elaborazione della disciplina di dettaglio.

Se da un lato la legge prevede l’istituzione, presso ogni amministrazione, di organismi indipendenti⁵⁹⁶, le cui funzioni di valutazione sono oggetto dell’attività di una Commissione per la valutazione⁵⁹⁷, alla quale è affidato il compito di indirizzarle, coordinarle e sovrintenderle, ogni dirigente in realtà è chiamato a svolgere le funzioni di valutazione nei confronti del personale del suo ufficio. Egli assume la duplice veste di valutato e valutatore. La funzione di valutazione dei dirigenti è svolta da organismi indipendenti (gli Organismi Interni di Valutazione, O.I.V.), che si occupano altresì della misurazione della prestazione di ciascuna struttura amministrativa nel suo complesso. Una commissione indipendente (la Civit⁵⁹⁸), i cui componenti sono stati scelti nel mondo accademico italiano, è assegnato il compito di

⁵⁹⁴ Cfr. l’art. 21, comma 1 *bis*, TUPI, come introdotto dall’art. 41 D.Lgs. n. 150/2009.

⁵⁹⁵ Cfr. art. 4 d. lgs. n. 150/2009. Sempre in questa prospettiva, elementi rilevanti sono la programmazione su base triennale degli obiettivi, con la specificazione prima dell’inizio del relativo esercizio (art. 5 d. lgs. 150/2009); la predisposizione del Piano della Performance (artt. 10, comma 1, lett. a) e 15, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 150/2009); l’attività di monitoraggio in corso di esercizio, nonché quella di misurazione a valutazione delle performance organizzativa e individuale (artt. 6 e 7 d. lgs. 150/2009) ; ed ancora la predisposizione della Relazione sulla performance (artt. 10, comma 1, lett. b) e 15, comma 2, lett. b), d. lgs. 150/2009).

⁵⁹⁶ Cfr. art. 14, d. lgs. n. 150/2009.

⁵⁹⁷ Cfr. art. 13, comma 1, d. lgs. n. 150/2009.

predispone una graduatoria di performance delle amministrazioni statali, in base alla quale la contrattazione collettiva nazionale ripartirà le risorse, premiando le migliori strutture nell'ottica di una sana competizione tra le amministrazioni dello Stato.

Al dirigente viene riconosciuto il potere/dovere di valutare il personale assegnato ai propri uffici e la conseguente erogazione di incentivi e premi; la misurazione e la valutazione che egli svolge sulla performance individuale del personale sono collegate al raggiungimento di specifici obiettivi di gruppo e/o individuali e alla qualità del contributo assicurato alla performance dell'unità organizzativa di appartenenza, alle competenze dimostrate ed ai comportamenti professionali e organizzativi⁵⁹⁹. A questo potere fa riscontro la previsione di una diretta responsabilità nel caso di "colpevole violazione del dovere di vigilanza sul rispetto, da parte del personale assegnato ai propri uffici, degli standard quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione"⁶⁰⁰. Collegata alle disposizioni finalizzate a favorire la premialità, la funzione di valutazione si basa su di una strategia strettamente intrecciata con il principio meritocratico come criterio di gestione essenziale; infatti, si prevedono strumenti di valorizzazione del merito e metodi di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa basati su principi di selettività e concorsualità nelle progressioni di carriera e nel riconoscimento degli incentivi⁶⁰¹. La previsione per cui le progressioni all'interno della stessa area (le progressioni orizzontali) avvengono secondo principi di selettività⁶⁰² non deve necessariamente essere intesa come obbligo di svolgere concorsi, ma come la necessità di una valutazione di tipo comparativo, anche attraverso la presentazione di *curricula*, sorretta da modalità che ne garantiscano adeguatamente l'imparzialità e la trasparenza. Diversamente, se si trattasse delle

⁵⁹⁸ Commissione indipendente per la Valutazione, la Trasparenza e l'integrità delle Amministrazioni pubbliche, che svolge anche le funzioni di autorità nazionale anticorruzione ex. l. n. 190/2012 [www.civit.it].

⁵⁹⁹ Il nuovo comma 3, art. 45 TUIPI (come modificato dall'art. 57 d. lgs. n. 150/2009) prevede tra le voci del trattamento accessorio quelle della performance individuale e organizzativa. Al successivo comma 3-bis vi è l'introduzione di un ulteriore strumento di incentivazione finalizzato a premiare il merito e il miglioramento della performance, e cioè quei risultati eccedenti rispetto a quelli programmati, assegnati e conseguiti dal dipendente.

⁶⁰⁰ Cfr. art. 21, comma 1-bis, TUIPI (comma aggiunto dall'art. 41, comma 1, lett. b) d. lgs. n. 150/2009.

⁶⁰¹ Cfr. Art. 20 d. lgs. n. 150/2009.

⁶⁰² Cfr. art. 52, comma 1-bis TUIPI.

progressioni per concorso⁶⁰³, come accadeva in precedenza, il dirigente potrebbe di fatto essere lasciato ai margini del sistema di valorizzazione, malgrado la formulazione della legge delega⁶⁰⁴. La presenza di un sistema di concorsualità impedisce di premiare coloro che il dirigente considera meritevoli, per impegno o qualità professionali extracurricolari: nel concorso non possono essere premiati elementi che hanno caratterizzato in positivo l'apporto lavorativo del dipendente, nel superamento quotidiano delle problematiche lavorative, elementi che nel settore privato fanno effettivamente la differenza tra il buon impiegato ed il collaboratore eccellente.

L'applicazione della riforma. I buoni propositi che sono alla base del d.lgs. n.150/2009 si sono scontrati con notevoli difficoltà applicative, di vario tipo.

Innanzitutto, il legislatore ha lasciato ampi margini di manovra agli enti territoriali nella determinazione degli aspetti applicativi della riforma, al fine di tutelare la loro autonomia organizzativa tutelata dalla Costituzione. Per esempio, l'art. 14 del d. lgs. n. 150/2009, che disciplina funzioni e procedura di nomina dell'Organismo interno di valutazione (OIV) non si applica alle autonomie territoriali. Pertanto esse hanno la facoltà, e non l'obbligo, di costituire l'OIV, in quanto, nella loro autonomia, possono affidare ad altri organi i compiti previsti dai principi di cui alle disposizioni del d. lgs. n. 150/2009 indicate nell'art. 16⁶⁰⁵. Nel frattempo, però, il legislatore ha soppresso i preesistenti organi di valutazione interna degli Enti locali, quali il Nucleo di valutazione del personale con qualifica dirigenziale⁶⁰⁶. Come ribadito dalla stessa Civit, se detti enti procedano alla nomina dell'OIV per autonoma decisione devono individuare i componenti in conformità all'art. 14 dello stesso decreto e tenendo conto dei requisiti previsti dalla Commissione, e previo parere di questa. Se invece gli enti locali decidono, nella loro autonomia, di mantenere i "vecchi" nuclei di valutazione, essi devono rispettare il requisito dell'autonomia dell'organo, ma hanno

⁶⁰³ Cfr. A. BOSCATI, "Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività amministrativa", LPA, 2009, p. 46.

⁶⁰⁴ Cfr. art. 6, comma 2, lett. a) n. 2, l. 15/2009: "affermare l'autonomia e responsabilità del dirigente nella valutazione del personale e conseguente riconoscimento degli incentivi alla produttività". Questa formula si ricollega a quanto sancito dal n. 5 della lett. e) del comma 2 dell'art. 4 della legge delega, secondo cui, tra i criteri che il legislatore delegato deve considerare nel riordinare gli organismi che svolgono funzioni di controllo e valutazione del personale, vi è quello della "assicurazione della piena autonomia della valutazione, svolta dal dirigente nell'esercizio delle proprie funzioni e responsabilità".

⁶⁰⁵ V. Delibera n.12/2013 della Civit [<http://www.anticorruzione.it/?p=7513>, consultazione del 10 luglio].

massima libertà e flessibilità nel procedimento di scelta. È facile comprendere che solamente gli enti più lungimiranti accettano di sottoporsi ad una serie di vincoli non solo sostanziali ma anche burocratici, come la richiesta del parere alla Civit sulla nomina dell'organo nonché l'osservanza di una fitta rete di delibere della stessa commissione, che esercita i suoi poteri normativi sulla base dei poteri attribuiti dall'art.14, comma 7. E infatti, la maggior parte dei comuni hanno optato per il mantenimento dei “vecchi” nuclei di valutazione, la cui nomina è sostanzialmente di tipo politico, pur osservando i vincoli formali di indipendenza da partiti e sindacati che il d.lgs. n. 150/2009 impone per i componenti. Questi ampi margini di autonomia per gli enti territoriali aprono la strada, da un lato, a deroghe se non vere e proprie disapplicazioni della riforma, dall'altro rendono possibili soluzioni innovative. Nella maggior parte dei casi, la valutazione del personale con qualifica dirigenziale è condotta secondo le modalità che ciascun ente locale si è scelto senza alcuna garanzia contro comportamenti opportunistici e collusivi⁶⁰⁷. La valutazione del personale non dirigenziale, invece, è presente “a macchia di leopardo”.

Per alcune amministrazioni statali, come il Ministero dell'economia, le Agenzie fiscali, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, si è prevista un'applicazione differenziata della riforma, con un adattamento mediante decreti. Alle amministrazioni sotto i 15 dipendenti o i 5 dirigenti non si applicano le norme sulla valutazione⁶⁰⁸. Le Camere di Commercio sono state escluse per via del processo di riforma in corso. Le amministrazioni locali, come si è detto, devono applicare i principi della valutazione ma nel rispetto della propria autonomia organizzativa. Si tratta di una percentuale non trascurabile di dipendenti pubblici. Di fatto, l'articolo 19 del d.lgs. n. 150/2009 (cui si parlerà nella sezione II del presente capitolo) è

⁶⁰⁶ V. l'art. 30, comma 4, d.lgs. n. 150/2009.

⁶⁰⁷ Cfr. MARRA M., “I limiti della valutazione imposta per legge”, *Lavoce.info* [<http://archivio.lavoce.info/articoli/pagina1001512.html>, consultazione del 10 luglio 2013].

⁶⁰⁸ Lo prevede il d.lgs. n. 141/2011, art. 2.

teoricamente applicabile solo per 280.000 dipendenti su 3 milioni⁶⁰⁹ (meno del 10% del totale). E di fatto, come si vedrà, non si applica nemmeno a questi.

Se diverse amministrazioni hanno cercato di sottrarsi alla riforma è perché l'hanno ritenuta negativa per il loro funzionamento.

Inoltre, l'art. 6 del d.lgs. 141/2011 ha previsto l'applicazione del menzionato art.19 a partire dalla tornata di contrattazione collettiva successiva a quella relativa al quadriennio 2006-2009, attuando quanto concordato coi sindacati⁶¹⁰ nell'intesa del 4 febbraio 2010.

Considerato che la contrattazione è ancora bloccata, si capisce chiaramente come l'art.19 non sia mai stato applicato finora.

Infine, va menzionato il decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, che all'art.5, comma 11, ha previsto una disciplina transitoria delle valutazioni, in attesa dello sblocco della contrattazione e della piena applicazione del d.lgs. n.150/2009 (sempre che il legislatore non ci ripensi ancora). Questo comma introduce *ex lege* criteri di valutazione validi per tutte le amministrazioni, comprese quelle già dotate di propri strumenti, creando anche un problema di coordinamento con i sistemi di valutazione già costruiti dagli enti. Tale comma introduce criteri valutativi per la dirigenza, prevedendo che il trattamento accessorio collegato alla performance individuale consideri due elementi. Il primo è il raggiungimento degli obiettivi individuali, connessi alla struttura organizzativa diretta, nonché il contributo assicurato dal dirigente al risultato complessivo conseguito dall'amministrazione nel suo complesso. Il secondo elemento riguarda i comportamenti organizzativi e la capacità di valutare in modo differenziato i propri collaboratori, tenuto conto delle diverse performance. Due gli ambiti valutativi anche per i dipendenti non aventi qualifica dirigenziale: il raggiungimento di specifici obiettivi di gruppo o individuali, nonché il contributo assicurato alla performance dell'unità organizzativa nella quale operano, oltre ai comportamenti organizzativi posti in essere⁶¹¹.

Il sistema introdotto è destinato a rimanere lettera morta poiché si prevede che le somme necessarie alla differenziazione provengano da economie di gestione che, concretamente,

⁶⁰⁹ Cfr. COLOMBO D., "Il principio del merito in tutta la P.A.", intervista al Ministro Patroni Griffi, *Il Sole 24 Ore*, 11 maggio 2012, p. 2.

⁶¹⁰ OLIVERI L., "Addio alla differenziazione nella valutazione della performance?", *Working Paper Adapt*, 7 febbraio 2011, n. 116.

⁶¹¹ OLIVERI L., CERISANO F., "Nella PA ritornano le pagelle", *ItaliaOggi*, 28.7.2012, p.23.

sarà impossibile conseguire; la questione sarà affrontata più dettagliatamente nella seconda sezione di questo capitolo.

La natura giuridica dei poteri valutativi. Per quanto riguarda l’impianto del nuovo sistema di valutazione, fatto di organi, distribuzione di competenze, coordinamento con gli assetti organizzativi esistenti dell’ente, il regime giuridico degli atti ricade nell’area della macro organizzazione, regolata ex art.2, c.1, TUIPI, e dunque attratto nella sfera del diritto pubblico e amministrativo; invece, l’intero procedimento di valutazione del dirigente e del dipendente rientra nel diritto privato, in quanto è in esso che rientra la gestione dei relativi rapporti di lavoro nel quale dovranno anzitutto operare i canoni della correttezza e buona fede contrattuale e il principio di non discriminazione.

Ne è conferma la modifica degli art. 5, 16, 17 e 55 del TUIPI, con riguardo al potenziamento dei poteri della dirigenza in materia di organizzazione e gestione del personale. La legge indica il dirigente come il titolare, in piena autonomia, del potere di direzione e di valutazione del personale dipendente della propria struttura ai fini dell’erogazione dei trattamenti accessori premiali ed incentivanti, nonché della progressione verticale tra le aree e orizzontale di carattere economico.

Tuttavia, non si può fare a meno di rilevare la contraddittorietà dell’atteggiamento del legislatore che, da un lato, “rivendica una maggiore autonomia/responsabilità della Dirigenza, conferendogli poteri nuovi e rafforzandone i vecchi, mentre, dall’altra parte, introduce una iper-regolazione legislativa della gestione, che comprime gli spazi della contrattazione, ma anche quelli del dirigente-manager, oltre ad un controllo puntuale del suo operato”⁶¹².

Il dirigente non sarà affatto libero di caratterizzare la propria valutazione, in quanto vincolato ai parametri, modelli e criteri fissati dal Sistema di Misurazione e Valutazione della Performance di ciascuna amministrazione (a sua volta costruito “a cascata” attorno a criteri e direttive declinati dalla Civit e dall’OIV di ciascun ente).

È evidente come risulti assai ampliata l’area della micro-organizzazione che il dirigente occupa con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, come ora confermato dalla formulazione estensiva dell’art.5, c.2 del decreto (modificata dall’art.33), ove si legge che

“rientrano, in particolare, nell’esercizio dei poteri dirigenziali le misure inerenti la gestione delle risorse umane nel rispetto del principio di pari opportunità nonché la direzione, organizzazione del lavoro nell’ambito degli uffici”.

Se esercitati, i nuovi poteri sono in grado di mutare l’aspetto relazionale dei rapporti tra il dirigente e i suoi collaboratori, poiché i funzionari considereranno il dirigente come l’effettivo titolare del potere direttivo, di controllo e disciplinare, come avviene nel lavoro privato.

La novità sostanziale del d.lgs. n. 150/2009 sulla valutazione è lo spostamento di fonte dalla contrattazione alla legge, rafforzato dalla sua inderogabilità. In realtà, come ha osservato la dottrina, il problema non era tanto il valore cogente delle norme, ma la loro concreta attuazione. Ne è dimostrazione il fatto che, per la dirigenza, il sistema di valutazione era previsto dal d.lgs. n. 286/2000, all’art. 5 (che il legislatore del 2009 ha abrogato con la riforma), eppure la valutazione è rimasta una procedura *pro forma*, senza una reale differenziazione dei giudizi.

Inoltre, è interessante chiedersi se il dirigente è veramente autonomo nella valutazione, se è incentivato a farlo e se siano presenti adeguate forme di incentivo per lo svolgimento di tale ruolo⁶¹³.

Innanzitutto la nuova normativa tace sulla fase di conferimento degli obiettivi da parte della dirigenza al personale (in gruppo o singolarmente), questione necessariamente antecedente a quella della valutazione⁶¹⁴.

Inoltre, fermo restando il rafforzamento dei poteri del dirigente, il suo ruolo è indubbiamente compreso da quello spettante all’Oiv. Tale organo ha il compito di

⁶¹² CARINCI F., “La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla l. n. 133/2008 alla l.d. n. 15/2009”, *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT*, n. 88/2009.

⁶¹³ BOLOGNINO D., “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”, *Astrid on line* [http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2010/10/Daniela-Bolognino_valutazione_AIC.2.pdf, consultazione dell’11 luglio 2013].

⁶¹⁴ R. SANTUCCI e P. MORA, “Valorizzazione del merito e metodi di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa”, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2009, 302. Gli autori hanno sottolineato l’ambiguità dei ruoli tra dirigenza e OIV e, in particolare, il silenzio del legislatore in merito a chi spetti la fissazione degli obiettivi.

garantire la correttezza dei processi di misurazione e valutazione⁶¹⁵ e, al termine di quest'ultimo, si occupa della stesura della graduatoria delle valutazioni individuali⁶¹⁶. Non è chiaro quali poteri abbia l'OIV per intervenire nel procedimento di valutazione operato dal singolo dirigente: può, per fare un esempio concreto, annullare una valutazione?; il compito di stesura della graduatoria è di tipo meramente compilativo? Tuttavia, le conseguenze in caso di utilizzo scorretto del potere di valutazione ricadono interamente sulle spalle della dirigenza, come previsto agli art. 9, comma 1 e 14, comma 5 dello stesso decreto⁶¹⁷.

Sembra di capire che il legislatore abbia assegnato all'OIV il compito di correggere le storture che accompagnavano il vecchio sistema, ma al di là del requisito dell'indipendenza, il potere di proporre la valutazione dei dirigenti può difficilmente tradursi in quello di intervenire nei loro atti.

I casi sono due: o il *dominus* della valutazione del personale non dirigenziale è il dirigente, in accordo con le sanzioni previste in caso di mancato o scorretto utilizzo del potere di valutare, e il ruolo dell'OIV è solo di indirizzo e coordinamento della valutazione, dal momento che se il dirigente valuta tutti alla stessa maniera lo paga in prima persona; oppure l'organo di valutazione è lo stesso OIV (come dice il nome), ma in questo caso non si spiegherebbero le sanzioni previste per il dirigente.

La soluzione più logica è quella che l'OIV costruisca il sistema di valutazione e sovrintenda al suo funzionamento, vigilando sulla differenziazione delle valutazioni operate dai dirigenti e proponendo, in caso di appiattimento delle valutazioni, una proposta di valutazione negativa da formulare all'organo politico. Resta poi da vedere fino a che punto questo organo sia vincolato a tenerne conto, ammesso che l'OIV sia davvero indipendente come dice il nome.

⁶¹⁵ Art. 14, d.lgs. n. 150/2009.

⁶¹⁶ Art. 19, d.lgs. n. 150/2009.

⁶¹⁷ Secondo BOSCATI "il dirigente viene lasciato ai margini del sistema di valorizzazione. Non è chiaro neanche il ruolo assegnato all'Organismo indipendente di valutazione delle performance rispetto alle prerogative dirigenziali", A. BOSCATI, "Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività amministrativa", *LPA*, 2009, p. 46.

Paragrafo II: La valutazione nella PA francese.

La valutazione individuale dei funzionari è uno strumento insostituibile di gestione delle carriere; si tratta di uno strumento di adattamento delle competenze, delle attitudini e dei posti sulla base di una gestione previsionale (v.cap. 2). In quest'ottica, la valutazione è una premessa necessaria alla considerazione della natura delle funzioni e della qualità della performance nell'erogazione delle remunerazioni e nello svolgimento dei percorsi professionali.

La valutazione si colloca pienamente nel quadro dello statuto generale, dal momento che questo non impone l'avanzamento di carriera per anzianità, ma contiene un criterio meritocratico⁶¹⁸.

Infatti, il merito è un valore intrinseco della pubblica amministrazione francese, sin dalla rivoluzione. Non si tratta di una scoperta del XXI secolo, ma è presente nella dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino dal 26 agosto 1789: i cittadini possono accedere agli impieghi pubblici secondo "le capacità e senza altre distinzioni che quelle delle loro virtù e dei loro talenti". Lo svolgimento della carriera si fonda tradizionalmente sullo stesso valore, laddove l'avanzamento di grado è la ricompensa del merito dell'agente. Il merito è già un elemento di apprezzamento per l'attribuzione delle remunerazioni complementari modulabili secondo la *manière de servir* del funzionario (premio di rendimento, indennità proprie a ciascun ministero).

Non ci si deve stupire, pertanto, se la valutazione dei funzionari pubblici è in vigore ormai dal lontano 1959. Il decreto del 14 febbraio 1959 relativo alle condizioni generali della valutazione e dell'avanzamento (promozione) degli impiegati pubblici prevedeva :

- l'istituzione della nota di qualifica e di una valutazione generale ;
- l'istituzione d'una scheda annuale di valutazione (scheda individuale) contenente:
 1. il punteggio ;
 2. la valutazione generale del superiore gerarchico diretto, che esprime il valore professionale del dipendente, secondo determinati criteri (conoscenze

⁶¹⁸ FRATACCI S., « La gestion des ressources humaines dans l'administration », *AJFP*, 2000, p. 56.

professionali, efficienza, senso dell'organizzazione e dei metodi nel lavoro, qualità messe in atto nell'adempimento delle attività, affidabilità, capacità di svolgere attività complesse, in particolare funzioni del grado superiore).

Riduzioni/maggiorazioni rispetto alla valutazione ricevuta erano attribuite alla fine dell'anno dall'ufficio preposto alla valutazione e alla preparazione delle tabelle, che applicava criteri privi di visibilità e trasparenza.

Inoltre, il colloquio con l'impiegato non era obbligatorio e alcuni superiori gerarchici diretti recapitavano la scheda individuale di valutazione senza commento o comunicazione agli impiegati. Nella sostanza, si trattava di un sistema di valutazione basato più sul merito che sull'anzianità di servizio.

Il decreto n° 2002-682 del 29 aprile, relativo alle condizioni generali di valutazione, di attribuzione di un punteggio e dell'avanzamento di carriera degli impiegati pubblici, ha sostituito il testo previgente.

Il nuovo decreto prevedeva che gli impiegati pubblici fossero soggetti a una valutazione basata su un colloquio e che dà luogo a una relazione sulla prestazione di lavoro.

La valutazione era composta dal punteggio (*notation*) e di una valutazione del valore professionale (*évaluation*).

Quanto alla periodicità, il decreto aveva previsto la valutazione su 2 anni ma il testo applicativo del 20 gennaio 2004 ha fissato per il Ministero delle Finanze una periodicità annuale.

Per ogni impiegato doveva essere preparata una scheda di valutazione comprendente :

- l'apprezzamento generale del valore professionale dell'impiegato, tenuto conto della sua valutazione;
- un punteggio coerente con l'apprezzamento generale.

Le schede individuali di valutazione erano comunicate agli interessati del superiore gerarchico diretto.

Per la valutazione, il decreto ha previsto che in ogni categoria (area), fossero attribuite riduzioni o maggiorazioni rispetto all'anzianità media di servizio per passare da un *échelon* (fascia retributiva) all'altro. Il sistema degli "sconti" di anzianità è in vigore ancora oggi.

La valutazione è dunque correlata alla progressione economica.

Gli impiegati pubblici il cui valore professionale si distingueva per aver ottenuto un punteggio di eccellenza beneficiavano di tre mesi di riduzione (ossia, hanno la possibilità di avanzare più velocemente).

Coloro che avevano ottenuto invece un punteggio di più che adeguato beneficiavano della riduzione di un mese.

Gli altri che avevano ottenuto un punteggio di adeguato non hanno alcuna riduzione.

Inoltre, agli impiegati pubblici il cui valore professionale risultava insufficiente veniva attribuita una maggiorazione sull'anzianità di servizio richiesta per passare da un *échelon* a quello superiore, ma solo dopo il parere della commissione amministrativa paritetica competente.

Il decreto del 21 gennaio 2004 (modificato il 24.11.2004, 4.08.2005 e 10.02.2006) ha fissato le modalità di applicazione del decreto.

Le tabelle di avanzamento erano divise per area, profili e mestieri.

All'interno di queste tabelle, erano fissate delle *notes pivots* (punteggi di riferimento) per ciascun profilo.

I funzionari che conseguivano un punteggio superiore alla *note pivot* avevano un'accelerazione nell'avanzamento al grado tanto superiore tanto quanto maggiore era la differenza tra la "note pivot" e il punteggio conseguito.

Gli impiegati con punteggio non superiore alla *note pivot* avevano un normale avanzamento di grado secondo l'anzianità media prevista dal profilo.

In questo sistema, tutto è rimesso in gioco ogni anno, conta soltanto la maggiorazione o la riduzione ottenute nella valutazione annuale.

Ai capi ufficio è chiesto di effettuare una differenza sostanziale tra i loro impiegati, in modo da premiare i migliori dipendenti. A tal fine, è possibile attribuire per due anni di seguito allo stesso dipendente una riduzione di anzianità.

Il colloquio fra il capo servizio e i suoi dipendenti, considerato come un momento d'incontro annuale e di dialogo regolare, diventa obbligatorio.

Tuttavia, anche questo sistema presentava disfunzionamenti. Infatti, l'attribuzione di uno punteggio sembrava, per molti, avere un carattere scolastico.

In più, la mancanza di crescita nel stesso gradino, attribuita agli impiegati che avevano lavorato correttamente, ma senza essere stati particolarmente brillanti, era mal percepito, come se fosse una sanzione o un disconoscimento del lavoro effettuato. Per questa ragione molti impiegati, su indicazione delle organizzazioni sindacali, hanno boicottato i colloqui.

L'articolo 55-*bis* della legge del 2 febbraio 2007, ha stabilito che, per gli anni 2007, 2008 e 2009, le amministrazioni dello Stato potessero essere autorizzate, a titolo sperimentale in deroga all'art. 55 dello SG del pubblico impiego statale, a basarsi esclusivamente su un colloquio per individuare il valore professionale degli impiegati pubblici.

Il decreto del 17 settembre 2007, in applicazione dell'articolo 55 bis dello SG del pubblico impiego statale, ha previsto l'attribuzione agli impiegati, a secondo dello loro valore professionale, di uno o tre mesi di riduzione a seconda all'anzianità media richiesta dal profilo per passare da un *échelon* (fascia retributiva) a quello superiore.

La scelta di una sperimentazione piuttosto che di una riforma completa della valutazione dei funzionari ha permesso di verificare se il sistema del colloquio annuale senza assegnazione del punteggio abbia dato i risultati sperati, con le necessarie garanzie di equità e di trasparenza prima di generalizzarla. A differenza delle disposizioni applicabili alla funzione pubblica statale e a quella ospedaliera, che si limitano a fare riferimento ad un colloquio professionale, il progetto di legge è condotto dal superiore gerarchico diretto del funzionario e dà luogo alla redazione di una scheda di valutazione.

Così, l'art. 35 della legge sulla mobilità del 3 agosto 2009 ha previsto la generalizzazione della procedura di valutazione sulla sola base di un colloquio professionale, sperimentato dal 2007.

Il nuovo decreto n° 2010-888 del 28 luglio 2010, relativo alle condizioni generali di apprezzamento del valore professionale dei funzionari dello Stato, ha abrogato i menzionati decreti n° 2002-682 del 29 aprile 2002 e il n° 2007-1365 del 17 settembre, a partire dal 1 gennaio 2013.

Da questa data, e salvo disposizioni specifiche degli *statut particulier* dei loro *corps*, i funzionari statali non ricevono più un punteggio,

Il riconoscimento del valore professionale dell'impiegato avviene nella scheda di valutazione (criterio espressamente previsto), da considerarsi come il verbale del colloquio, dalla quale scaturiscono riduzioni (o maggiorazioni) dirette per l'avanzamento di grado (riduzione o maggiorazione di tre mesi o un mese), mentre il punteggio, punto controverso del decreto del 2002, viene soppresso. Riduzioni o maggiorazioni di anzianità vengono notificate al funzionario unitamente alla scheda di valutazione.

Le riduzioni sono ripartite annualmente fra i funzionari del *corps* interessato, dopo parere della CAP, sulla base di novanta mesi su cento agenti. Le maggiorazioni sono applicate ai funzionari il cui valore professionale è insufficiente, previo parere della CAP. Questo rendiconto è anche preso in conto per l'avanzamento di grado e, eventualmente, per la modulazione del regime indennitario⁶¹⁹.

⁶¹⁹ DE MONTECLER M-C, « Les futures règles d'évaluation et d'avancement des fonctionnaires de l'Etat », *AJDA*, 2010, p.

Non è possibile attribuire ogni anno allo stesso funzionario più di tre mesi di riduzione o di maggiorazione di anzianità.

Il decreto del 2010 fissa le regole applicabili a questo colloquio e ne precisa le conseguenze sull'avanzamento di carriera dei funzionari.

I colloqui costituiscono momento fondamentale per lo scambio tra il dirigente e l'impiegato.

Il colloquio annuale, condotto dal superiore gerarchico diretto del funzionario, riguarda principalmente sette temi: i risultati del funzionario, gli obiettivi raggiunti, la qualità del suo lavoro, i risultati dell'esperienza professionale, la maniera nella quale egli esercita le sue funzioni di direzione nel caso svolga mansioni direttive, i suoi bisogni di formazione e le prospettive di evoluzione professionale. La scheda verbale del colloquio comporta una valutazione generale del valore professionale del funzionario che può completarlo delle sue osservazioni o demandarne la revisione all'autorità gerarchica, all'inizio direttamente e poi, eventualmente, dopo il parere della commissione amministrativa paritaria (CAP).

Le riduzioni di anzianità sono attribuite su decisione del dirigente che le ripartisce tenuto conto delle proposte formulate dai superiori gerarchici diretti dei funzionari.

I decreti dei ministri competenti o le decisioni delle autorità investite del potere di gestione dei *corps* interessati determinano, su parere del comitato tecnico paritario competente, le modalità di ripartizione delle riduzioni di anzianità.

L'art. 6 del citato decreto prevede che il funzionario chieda all'autorità gerarchica di rivedere la scheda di valutazione. Questo ricorso è esercitato entro 15 giorni dalla notifica del verbale e l'autorità ha a disposizione altrettanti giorni per effettuare la revisione.

In seguito le commissioni amministrative paritarie possono, su richiesta dell'interessato, e a condizione che questi abbia richiesto la revisione all'autorità gerarchica, chiedere una nuova revisione del verbale. In questo caso, l'autorità gerarchica comunica al funzionario il verbale definitivo del colloquio.

Così, mentre le leggi relative agli altri due rami del pubblico impiego lasciavano al decreto la possibilità di determinare le vie di ricorso, nel caso della funzione pubblica statale la competenza è della Commissione Amministrativa Paritaria.

La graduatoria di avanzamento prevista all'art.58 della legge dell'11 gennaio 1984 è preparata, ogni anno, dall'amministrazione tenendo conto in particolare dei :

- schede di valutazione;
- proposte motivate formulate dai capi ufficio, in particolare con riguardo all'esperienza professionale acquisita in corso di carriera;
- per i periodi anteriori all'entrata in vigore del decreto, dei verbali di colloqui di valutazione o di punteggi.

La graduatoria così redatta è sottomessa alle commissioni amministrative paritarie, che operano come commissioni di avanzamento. I funzionari sono iscritti in tale graduatoria per ordine di merito.

La graduatoria di avanzamento deve essere fissata al più tardi il 15 dicembre dell'anno precedente a quella per la quale è stato stabilito. Essa perde validità alla conclusione dello stesso anno.

Con questo decreto, viene semplificato e alleggerito il compito dei diretti superiori gerarchici (soprattutto per i dirigenti che gestiscono numerose risorse che così, invece di avere due documenti da compilare (resoconto e scheda di valutazione), ne hanno soltanto uno.

Secondo Pochard, il colloquio di valutazione non si riduce ad un semplice dialogo, ma potrebbe prendere la forma di un contratto, sfociare su impegni reciproci scritti, formalizzati, regolarmente valutati e aggiornati. La formalizzazione di questi impegni

è portatrice di una dinamica manageriale e, a termine, di un rinnovamento della gestione delle risorse umane nel settore pubblico. Nel complesso, ci si avvicina a ciò che appare il cuore del cambiamento, ovvero una responsabilizzazione di obiettivi chiaramente espressi, condivisi e valutati⁶²⁰.

Secondo lo stesso autore, la concezione della valutazione come un contratto dimostra una tendenza oramai evidente verso la contrattualizzazione del lavoro pubblico⁶²¹.

Il ruolo della valutazione nella riforma dello Stato. La riaffermazione del merito come elemento della remunerazione è in realtà legato alla riforma dello Stato, al confronto con la gestione delle risorse umane nel settore privato e il riferimento alla performance. Esso si basa sull'idea che la pubblica amministrazione non può o non riesce ad utilizzare lo stimolo finanziario. In un primo tempo, per gli impieghi pubblici più elevati, l'obiettivo è di attirare i dirigenti di alto livello del settore privato, in particolare per dirigere le amministrazioni centrali.

Al di là della questione di fondo sulla distinzione tra servizio pubblico e impresa privata, diritto del lavoro pubblico e diritto del lavoro privato, nessuno che abbia esercitato responsabilità di gestione di un servizio o di un organismo pubblico può negare l'utilità della considerazione del merito come elemento della remunerazione. Parallelamente, nessun conoscitore del funzionamento dell'amministrazione può ignorare la tendenza generale all'uniformizzazione delle remunerazioni e alla perdita di significato dei differenti premi o indennità esistenti. A seconda dell'utilizzo concreto, l'utilizzo del merito per determinare una parte della remunerazione può così essere o un semplice slogan o al contrario un efficace strumento di gestione. Per raggiungere questo secondo obiettivo, la remunerazione deve rispettare molteplici condizioni. Innanzitutto, un'uniformizzazione dei vari regimi indennitari tuttora vigenti. In seguito, occorre evitare un'eccessiva soggettivizzazione e utilizzare criteri obiettivi e trasparenti. A questo scopo, il decreto n° 2010-888 del 28 luglio 2010 che

⁶²⁰ POCHARD M., « Politiques et management Public », Numéro Vol 26/2, 2008.

⁶²¹ TOUZEIL- DIVINA Mathieu, « "Travaillisation" ou "privatisation" des fonctions publiques ? », *AJFP*, 2010, p.228.

fissa le condizioni generali di valutazione e di avanzamento dei funzionari può costituire una base indispensabile se applicato in maniera intelligente: ai valutatori va concessa una formazione in merito alle tecniche di definizione degli obiettivi professionali, di valutazione e di conduzione dei colloqui. Gli indicatori di risultato collettivi e individuali devono essere determinati in anticipo, stabiliti in maniera concertata e conosciuti da tutti gli interessati. Su questo fondamento di trasparenza e di rigore, il merito può essere un fattore di rinnovamento della pubblica amministrazione attraverso il premio di funzione e di risultato⁶²².

Il ministro della fonction publique francese Lebranchu, in un articolo pubblicato dopo la sua nomina, ha sottolineato come “l’accento posto eccessivamente sulla nozione di performance individuale ha, in questi ultimi anni, profondamente deteriorato il clima sociale negli uffici dello Stato, creando tensioni, sofferenze individuali che non sono accettabili”. Lo stesso Ministro ha auspicato una revisione delle pratiche di direzione dei gruppi di lavoro per la ripresa di relazioni professionali serene⁶²³.

⁶²² BOURDON J., « La rémunération au mérite ou faire du neuf avec du vieux », *AJFP*, p. 113, 2004.

⁶²³ LEBRANCHU M., « La gestion des ressources humaines au cœur de la modernisation publique », *AJFP*, 2012, p. 301.

Sezione II: Il potere di incentivare il personale.

Paragrafo I: La remunerazione del merito nella PA italiana.

Con la riforma del 2009, il legislatore ha collegato i risultati della valutazione delle performance individuali e delle strutture di appartenenza, la corresponsione ai dipendenti (compresi i dirigenti) di quote di retribuzione incentivante⁶²⁴ e di premi, stabilendo l'incidenza di tali risultati sulle progressioni economiche e di carriera, oltre alla loro rilevanza in materia disciplinare. Col d.lgs. n. 150/2009, il legislatore ha vietato la distribuzione generalizzata dei compensi, facendo proprio l'orientamento della Corte dei Conti, che considera il fenomeno degli incentivi indiscriminati (c.d. a pioggia) una sorta di danno erariale⁶²⁵.

Con l'art. 19, in particolare, si prevede la suddivisione dei dipendenti in tre fasce, imponendo quindi ai valutatori una differenziazione *ex ante*, visto che non era stato mai possibile realizzarla *ex post*. Si tratta di una delle norme più discusse della riforma.

Si impone la collocazione del 25% del personale nella fascia di merito alta, alla quale viene destinato il 50% delle risorse destinate al trattamento accessorio collegato alla performance individuale; al 50% del personale nella fascia di merito intermedia corrisponde invece l'attribuzione della metà delle risorse destinate al trattamento accessorio collegato alla performance individuale; il restante 25% appartiene alla fascia di merito bassa, alla quale non è assegnato alcun trattamento accessorio collegato alla performance individuale. Le menzionate percentuali sono derogabili dalla contrattazione collettiva integrativa, ma solo entro i limiti stabiliti dalla legge. Inoltre, le Regioni, gli enti del Sistema sanitario nazionale ed Enti Locali, possono introdurre un numero di fasce maggiore di tre purché la prima fascia sia finanziata con una percentuale del fondo destinato alla produttività individuale anche inferiore

⁶²⁴ Cfr. art. 19, TUPI.

⁶²⁵ Cfr. Corte dei Conti, sez. Lombardia, sent. n. 457/2008, su www.lavoropa.it.

al 50% del fondo stesso, purché comunque sempre maggiore delle percentuali poste a finanziare le altre fasce valutative⁶²⁶.

Oltre che la più discussa, l'art. 19 costituisce indubbiamente la norma più criticata di tutta la riforma, poiché la differenziazione artificiosa del personale ivi contenuta ha riscontrato una netta opposizione della dottrina⁶²⁷ per la sua «significativa rigidità»⁶²⁸.

Intanto, per il 25% del personale escluso dal sistema premiale gli effetti potrebbero essere demotivanti anziché spingerli ad un maggiore impegno, come pare sia l'intenzione del legislatore.

Come suggerisce Gargiulo, il personale potrebbe avere la tendenza a collocarsi nell'area intermedia, cercando di evitare l'umiliazione dell'esclusione ma dando per scontata allo stesso tempo l'impossibilità di raggiungere la prima fascia, stanti i "limiti oggettivi della percentuale massima di composizione della medesima".

Le autonomie locali hanno uno spazio di azione molto maggiore: ai sensi dell'art. 31, comma 2, del d.lgs. n. 150/2009 possono, infatti, anche introdurre un numero di fasce maggiore di tre e la prima di esse va finanziata con una percentuale del fondo destinato alla performance individuale anche inferiore al 50% del fondo stesso. Inoltre, come suggerisce il Prof. Pietro Micheli nella lettera di dimissioni⁶²⁹ da componente Civit inviata al Ministro Brunetta "la presenza nella legge di riforma di alcuni elementi esageratamente prescrittivi (ad es., la ripartizione dei valutati in fasce definite *ex ante*) hanno focalizzato l'attenzione di tutti sulla performance individuale".

La riforma del 2009, infatti, punta eccessivamente sulla produttività individuale: per effetto dell'art. 40, comma 3-bis, del TUPI, la contrattazione decentrata dovrà

⁶²⁶ Art. 31, comma 2, del d.lgs. n. 150/2009.

⁶²⁷ Cfr. MAINARDI, "Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici", *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2009, 5, 749. Secondo l'autore, la norma prefigura uno "scenario aberrante".

⁶²⁸ GARGIULO U., "La promozione della meritocrazia", *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, 360. Cfr. anche BARILÀ M., "La cultura del merito per la gestione delle risorse umane e gli strumenti premiali condizionati dalla valutazione certificata (artt. 17-31)", *La nuova riforma del lavoro pubblico. Commento alla legge 4 marzo 2009, n. 15 e al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150*, p. 299.

⁶²⁹ Consultabile sul sito del Partito democratico [<http://www.partitodemocratico.it/doc/203725/lettera-di-dimissioni-di-pietro-micheli-dalla-civit-pubblicata-parzialmente-su-la-repubblica.htm>, consultazione del 18 luglio].

destinare “al trattamento economico accessorio collegato alla performance individuale una quota prevalente del trattamento accessorio complessivo comunque denominato”. Tale disposizione sarà operativa ed efficace quando ripartirà la contrattazione collettiva nazionale di lavoro, ma la situazione attuale non rende possibile fare previsioni in merito.

In realtà, dal confronto col settore privato, emerge una grossa differenza, che rende ancor meno comprensibile l’attenzione sulla produttività individuale e la ripartizione in fasce.

Infatti, nelle aziende private la produttività è essenzialmente collettiva e di gruppo, legata dunque principalmente ai risultati prodotti. Gli incentivi individuali hanno un peso marginale e sono destinati a progetti individuali o al fatto di ricoprire ruoli di svantaggio o responsabilità. Con la riforma del 2009, vi è il rischio di innescare, anziché una sana competizione, una competitività fine a se stessa, senza benefici per l’organizzazione e con limitati benefici economici per il personale, data la riduzione dei fondi.

La difficoltà nell’applicazione della riforma si sono riscontrati soprattutto nelle amministrazioni statali, estranee alla valutazione del personale non dirigenziale, mentre il Testo Unico sugli enti locali⁶³⁰ e la contrattazione collettiva (in particolare i CCNL 31 marzo 1999 e 1° aprile 1999) avevano già applicato la valutazione, ma senza la ripartizione in fasce.

Sostanzialmente l’art.19 del d.lgs. n.150/2009 non è mai stato applicato per tre motivi: la mancata ripresa della contrattazione collettiva, l’assenza di fondi per finanziare la produttività individuale, l’esclusione dell’applicazione per la maggioranza delle amministrazioni, al punto che la regola è diventata eccezione. A questi motivi, c’è da aggiungere una terza motivazione: in un periodo di crisi e di blocco delle retribuzioni, una piena applicazione avrebbe determinato una diminuzione delle somme assegnate al personale⁶³¹.

⁶³⁰ Si tratta del d.lgs. n. 267/2000.

⁶³¹ Come conseguenza dell’esistenza di una fascia d’eccellenza di appena il 25% del personale e della destinazione di almeno la metà dei fondi alla produttività individuale.

Tutte queste ragioni spiegano come mai, sia l'accordo del 4 febbraio 2011 che il d.lgs. n. 141/2011 abbiano di fatto sancito la disapplicazione dell'art. 19, prevedendo che la norma abbia efficacia a partire dalla contrattazione collettiva successiva a quella relativa al quadriennio 2006-2009 e che possa applicarsi immediatamente solo rispetto alle eventuali economie di gestione.

Ecco perché, quello effettuato dal legislatore col decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, art. 5⁶³² (cui si è accennato nel capitolo precedente) è sembrato, sin da subito, un tentativo disperato di far rivivere la norma sulla ripartizione in fasce, e come tale destinato ancora una volta a fallire.

Il sistema che cerca di reintrodurre il concetto di ripartizione in fasce è contenuto nel comma 11-quinques del menzionato articolo. I dirigenti e il personale non dirigenziale più meritevoli avranno una sorta di bonus. Almeno il 10% dei dirigenti e dei dipendenti (quelli con punteggi valutativi più elevati) riceveranno un trattamento accessorio maggiorato rispetto a quello che spetterebbe sulla base del punteggio: il bonus sarà un importo compreso "tra il 10% e il 30% rispetto al trattamento accessorio medio attribuito ai dipendenti", suddivisi per categoria, secondo quanto fissato dal sistema di valutazione di cui all'art. 7 del d.lgs. n. 150/2009.

Un tentativo disperato -si diceva- a causa della riduzione delle risorse. Infatti, la maggiorazione al 10% del personale più meritevole potrà essere finanziata, ai sensi dell'art. 6, comma 1, del d.lgs. n. 141/2001, solamente con le risorse aggiuntive alla contrattazione collettiva, reperibili applicando l'art. 16, commi 4 e 5, del d.l. n. 138/2011, convertito nella l. n. 148/2011. Si tratta della possibilità di assegnare alla contrattazione collettiva il 50% dei risparmi scaturenti da azioni virtuose di gestione, che incrementino i risultati di contenimento della spesa, già previsti dalla normativa vigente. Con i molti tagli e limiti alla spesa aggiunti dallo stesso d.l. n. 95/2012 per le amministrazioni, specie quelle che hanno pienamente applicato tutte le regole contabili molto restrittive di questi anni, risulterà estremamente complicato adottare piani di ulteriore riduzione delle spese.

⁶³² Commi 11, 11 bis, 11 ter, 11-quater, 11-quinquies.

Inoltre, nel momento in cui si stabilisce che risparmi di gestione siano distribuiti al personale, è opportuno un suo coinvolgimento al fine di avviare un processo partecipativo sulle riorganizzazioni; in tal modo le ricadute sul personale possono essere discusse a monte e accettate senza notevoli difficoltà.

Più efficace la previsione tendente a dare effettività al nuovo principio di trasparenza. Il nuovo comma 11 *sexies* impone alle amministrazioni di rendere nota l'entità del premio di risultato mediamente conseguibile da ciascun dipendente, pubblicando sul sito istituzionale i dati relativi al trattamento accessorio distribuito in modo aggregato, ma tale da far risultare il tasso di differenziazione nella distribuzione di premi e incentivi⁶³³.

Agli elementi che hanno causato il sostanziale fallimento della valutazione va inoltre aggiunta l'incerta formulazione del testo, che ha causato molteplici difficoltà interpretative, di cui hanno approfittato le organizzazioni sindacali per ottenere pronunce giudiziali di antisindacalità ex art. 28 dello Statuto dei lavoratori.

Il citato accordo del 4 febbraio⁶³⁴, disapplicando di fatto la norma-chiave della riforma, svuota decisamente di significato l'intero complesso sistema di valutazione, dal momento che la redazione di complessi documenti di pianificazione e rendicontazione, il rispetto di scadenze e l'attività di organi di nuova istituzione quali la Civit e gli Oiv (o i nuclei di valutazione) per gli enti locali dovrebbero lavorare su una valutazione che alla fine non presenta grosse novità rispetto al passato, se non la riduzione di risorse ad essa destinate.

Inoltre, se da un lato la riforma della valutazione, introdotta ma quasi per nulla applicata, ha poco a che vedere con la valutazione nel lavoro privato per l'accento eccessivo posto sulla valutazione individuale, dall'altro va detto che nemmeno le somme destinate alla remunerazione della produttività collettiva possono avere nel pubblico impiego un funzionamento simile a quello del lavoro privato.

⁶³³ OLIVERI L., CERISANO F., "Nella PA ritornano le pagelle", *ItaliaOggi*, 28.7.2012, p.23.

⁶³⁴ Consultabile al link http://www.pd.infn.it/RSU/11_02_07_accordo Pubbl Impiego.pdf.

Tali somme non sono, infatti, legate direttamente ad una maggiore efficienza raggiunta dall'ente ma alla situazione finanziaria generale e, comunque, al "peso specifico" dell'ente interessato nell'ambito della PA; è evidente che esse non possono costituire un investimento del datore di lavoro sul personale, dal momento che sono decisi a monte e spesso determinati da fattori contingenti diversi dallo stimolo alla produttività.

Tra l'altro, la riforma del 2009 si dimostra piuttosto schizofrenica: rigida e cogente per le amministrazioni statali, troppo flessibile per le amministrazioni territoriali.

Ma soprattutto, per tornare al tema centrale di questa trattazione, il difetto fondamentale della riforma della valutazione sono tutti i "lacci e laccioli" imposti al potere valutativo del dirigente. Da menzionare, l'attività dell'Organismo interno di valutazione, le cui competenze possono confondersi con quelle dei dirigenti, nonché quella della Civit, ente produttivo di una notevole quantità di burocrazia.

Meritevole di menzione è obbligo, imposto dal legislatore, di comunicare alla Civit gli atti di nomina dell'Oiv con i relativi *curricula* ai fini della loro validità, con il conseguente rallentamento dell'attività degli enti pubblici e un'eccessiva ingerenza nelle loro attività.

Quanto tutto ciò abbia in comune con il lavoro privato sfugge all'interpretazione dell'interprete.

L'impressione che si ha a quattro anni dall'entrata in vigore della riforma, con l'art.19 praticamente mai applicato, è che il destino di questa norma sia ormai segnato.

La risposta è quella di rafforzare il ruolo del dirigente, lasciarlo valutare in autonomia una volta costruito "a monte" il sistema di valutazione, imponendogli soltanto una determinata differenziazione dei punteggi delle valutazioni in luogo della suddivisione artificiosa in fasce. D'altronde, è opportuno che il dirigente assuma le proprie responsabilità dal momento che è già prevista una valutazione negativa in

caso di mancata differenziazione delle valutazioni. Peraltro, la riforma del pubblico impiego ha chiarito che il datore di lavoro dei funzionari è il dirigente, pertanto è giusto che questi assuma pienamente il proprio ruolo.

Sul punto, persino Vallebona, uno tra i (pochi) sostenitori della riforma del pubblico impiego del 2009, ha ritenuto di non condividere il sistema di misurazione e valutazione della performance, in quanto esso “costituisce una mostruosa complicazione, che assorbirà molto tempo, utilmente destinabile ad altro”. Pertanto, egli conviene con la l’impostazione di attribuire il conferimento di premi “alla concertata insindacabile valutazione del diretto superiore e del dirigente di questo”, senza ulteriori complicazioni⁶³⁵.

In realtà, la valutazione nel pubblico impiego non è mai decollata soprattutto a causa dell’inadeguatezza dei dirigenti pubblici nel ruolo di valutatori. Nel settore privato, la valutazione del dirigente è insindacabile in quanto un dirigente che facesse una selezione basata meramente su criteri di simpatia personale o comunque diversi dall’apprezzamento del lavoro svolto e della professionalità maturata produrrebbe conseguenze nefaste per l’organizzazione; il clima interno sarebbe pessimo, il personale migliore sarebbe indotto ad andar via, da ultimo i vertici aziendali inevitabilmente se ne renderebbero conto e il dirigente-cattivo valutatore rischierebbe il posto in prima persona.

Nel pubblico impiego le dinamiche sono diverse, dal momento che il dirigente pubblico vincitore di concorso non rischia il posto, nella peggiore delle ipotesi può incorrere solamente nella destinazione ad altro incarico. La valutazione operata dal dirigente pubblico manca di autorevolezza in quanto non gli è riconosciuta completamente la competenza di valutare le prestazioni lavorative altrui, e poiché i risultati concreti prodotti da un ufficio non sono concretamente misurabili, è facile che i criteri di valutazione siano diversi da quelli del settore privato. Peraltro, se nel settore privato la valutazione individuale non è, come si è visto, quella preponderante, non si capisce per quale ragione essa dovrebbe esserlo nel pubblico.

⁶³⁵ VALLEBONA A., “La riforma del lavoro pubblico: il difficile risveglio da un incubo”, *Mass. Giur. Lav.*, 2010, p. 138.

Si intuisce che il legislatore ha introdotto organi come la Civit e gli OIV per sopperire alle mancanze dei dirigenti in termini di competenze per valutare. Lo scopo, di per sé, non è sbagliato; il problema è che così facendo “sono stati inventati sistemi di valutazione così ridicolmente complessi che a tutto servono meno che a far avanzare i migliori”⁶³⁶, sottraendo tempo e risorse preziose (si pensi che la Civit costa 8 milioni l’anno e che i componenti dell’OIV di ciascun ente pubblico sono remunerati come quelli del collegio dei revisori) che dovrebbero essere destinate ad altre attività.

Il problema della mancanza di competenze dei dirigenti nel valutare è reso ancor più serio adesso che la valutazione, oltre che per distribuire premi, è costituisce titolo prioritario e rilevante, rispettivamente, per le progressioni economiche o gli avanzamenti di carriera. Ciò spiega perché la valutazione è stata da sempre osteggiata dai sindacati: perché rischia di creare disparità tra dipendenti, senza alcuna garanzia, nel ripartire una quota di fondo che si riduce col tempo.

Si pone quindi il problema di creare le condizioni per un sistema di valutazione più equo. Per il lungo periodo, sicuramente con un sistema di reclutamento dei dirigenti che sia realmente più efficace nel selezionare i migliori (“non può esistere una buona valutazione senza buoni dirigenti”, dice Caglini). Nel breve periodo, attraverso iniziative di formazione specifiche in tema di valutazione e bilancio di competenze, e destinando sperimentalmente alla valutazione una parte non preponderante delle somme disponibili per remunerare la produttività. Come si spiegherà nella conclusione, è sempre più evidente che non si può legare la valutazione alla distribuzione di premi per i quali non ci sono risorse, ma è necessario legarla alla produzione di risultati concreti per gli *stakeholder* interni e/o esterni all’azienda.

Certamente, i dirigenti a valutare e differenziare le valutazioni se non hanno competenze e le risorse adeguate per farlo può produrre disfunzioni notevoli.

Le controversie sulla valutazione. La fissazione di procedure di conciliazione sulla valutazione rappresenta una questione di una certa complessità giuridica.

⁶³⁶ CAGLINI P., “Valutazione dei dipendenti pubblici: chi valuterà il valutatore?”, [Disponibile su <http://notizie.tiscali.it/socialnews/Caglini/4030/articoli/Valutazione-dei-dipendenti-pubblici-chi-valuter-il-valutatore.html> consultazione del 18 luglio 2012]

In primo luogo, la riforma prevede espressamente che siano introdotte le procedure di conciliazione, ai sensi dall'art. 7, comma 3, lettera *b*, del d.lgs. n. 150/2009. Tali procedure sono necessariamente da intendersi di tipo endoprocedimentale, stante l'art. 31, comma 1, l. n. 183/2010, che modifica l'art. 410 del c.p.c., che ha reso facoltativo il tentativo di conciliazione, in precedenza era obbligatorio.

Infatti, nella deliberazione n. 124/2010 (peraltro anteriore alla legge n. 183), la Civit afferma condivisibilmente che “per procedure di conciliazione si intendono le iniziative volte a risolvere i conflitti nell'ambito del processo di valutazione della performance individuale e a prevenire l'eventuale contenzioso in sede giurisdizionale”.

Ha suscitato perplessità la teoria, sempre espressa dalla Civit, nelle delibere n. 104 e n. 124 del 2010, secondo la quale ai fini della conciliazione “occorre, quindi, individuare soggetti, terzi rispetto al valutato e valutatore, chiamati a pronunciarsi sulla corretta applicazione del Sistema, nel caso in cui insorgano conflitti”.

Tali perplessità sono legate alla circostanza che la valutazione dei dipendenti non aventi qualifica dirigenziale è un atto rientrante nelle prerogative del datore di lavoro previste dall'art. 5, comma 2, del TUPI, come confermato dall'art. 7 del d.lgs. n. 150/2009.

Tale previsione normativa implica che se si tratta di una prerogativa dirigenziale, è escluso il diritto di intervento di ogni altro soggetto nella gestione e, dunque, anche nella conciliazione.

Pertanto, è inammissibile che le amministrazioni introducano un organo “terzo” rispetto a valutatore e da valutato. Non è nemmeno ammissibile che il ruolo di organo di conciliazione sia attribuito al superiore gerarchico, dal momento che il datore di lavoro è solamente il dirigente dell'ufficio, e che la valutazione è lo strumento per confrontare i risultati del singolo dipendente con le previsioni ed i compiti inizialmente attribuiti. Nessun testo di legge ammette in materia un potere del

dirigente sovraordinato, anche perché ci sono amministrazioni, come gli enti locali e le regioni, in cui è complicato individuare un superiore gerarchico.

Ne consegue la valutazione attiene strettamente al rapporto di lavoro. Il “superiore gerarchico” allora semplicemente nel caso di specie non esiste nemmeno.

Pertanto, a ben vedere, allora, la conciliazione non può essere né quella di un organo “terzo”, in quanto ciò violerebbe l’esclusività delle prerogative dirigenziali, né quella dell’organo sovraordinato gerarchico.

L’eventuale creazione di un organo di conciliazione bloccherebbe tutto il sistema di valutazione dal momento che c’è una graduatoria di merito nella quale lo spostamento di una valutazione cambierebbe la posizione di tutte le altre.

Secondo Olivieri, la conciliazione infatti dovrebbe essere necessariamente una contestazione da presentare direttamente al valutatore, affinché riconsideri la scelta effettuata. In caso di mancato accoglimento della rimostranza, l’alternativa per il funzionario è la presentazione di un ricorso giudiziale al giudice ordinario, stante la natura di potere privatistico attribuita alla valutazione.

In conclusione, l’art. 7, comma 3, lettera *b*, del d.lgs. n. 150/2009 è una norma che non può applicarsi, in quanto trova dei limiti sostanziali in altre norme giuridiche, ragion per cui ne sarebbe auspicabile l’abrogazione, al fine di evitare equivoci come quelli causati dalla delibera Civit n. 124/2010 che, ai fini della conciliazione, proponeva di “individuare soggetti, terzi rispetto al valutato e valutatore, chiamati a pronunciarsi sulla corretta applicazione del Sistema, nel caso in cui insorgano conflitti”⁶³⁷.

Premi di merito e di valorizzazione delle professionalità. Il sistema previsto dal legislatore prevede un sistema di meriti e sanzioni rispetto alla professionalità dimostrata. Innanzitutto, va menzionato l’art. 55 *quater*, che prevede la sanzione del licenziamento nel caso in cui, nel corso di un arco temporale non inferiore al biennio, il funzionario subisca una valutazione di “insufficiente rendimento”, dovuto alla reiterata

⁶³⁷ OLIVERI L., “Valutazioni: la conciliazione è e resta solo facoltativa”, *Adapt.it* [www.bollettinoadapt.it/site/home/documento10627.html, consultazione del 15 luglio 2013].

violazione degli obblighi inerenti alla prestazione dovuta. Si tratta di un licenziamento disciplinare per “demerito professionale”.

Invece, il posizionamento “nella fascia di merito alta, per almeno tre anni consecutivi o per almeno cinque annualità non consecutive, costituisce titolo prioritario ai fini dell’attribuzione delle progressioni economiche e titolo rilevante ai fini della progressione di carriera, che dovrà avvenire tramite concorso pubblico”⁶³⁸. Una norma, questa, mai applicata finora sia per la mancata applicazione dell’art.19, sia per il blocco alle progressioni economiche, che non si sono svolte negli ultimi anni a causa della situazione finanziaria.

Il *bonus* annuale delle eccellenze, introdotto dall’art. 21 d.lgs. n. 150/2009, sottolinea ancora una volta (anche se non ce ne sarebbe bisogno) il ruolo fondamentale della *performance* individuale attribuendo un ulteriore premio al 5% del personale, dirigenziale e non, che si è meglio distinto collocandosi nella rispettiva fascia alta di cui all’art. 19.

L’art. 22 introduce invece il premio annuale per l’innovazione destinato, questa volta, a valorizzare il lavoro di gruppo. Il premio in questione è destinato a premiare tutti i componenti del gruppo che ha partecipato alla realizzazione del miglior progetto selezionato annualmente per il un significativo miglioramento dei servizi offerti e per le conseguenze positive sul complessivo sistema organizzativo dell’amministrazione.

Inoltre, l’art. 25 prevede che la professionalità riconosciuta dal sistema di misurazione e valutazione rappresenti un criterio per il conferimento di incarichi e responsabilità ; l’art. 26, invece, prevede per i più meritevoli l’accesso ai percorsi di alta formazione o ad esperienze lavorative di particolare rilievo in istituzioni anche internazionali. Infine, l’art. 27 destina una quota fino al 30 % dei risparmi sui costi di funzionamento derivanti da processi di ristrutturazione, riorganizzazione e innovazione all’interno delle pubbliche amministrazioni, in misura fino a due terzi (c.d. “dividendo dell’efficienza”) per premiare, secondo criteri generali definiti dalla contrattazione collettiva integrativa, il personale direttamente e

⁶³⁸ LUCIANI, “Il principio di concorsualità tra assunzioni e progressioni di carriera”, *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, 317 e segg..

proficuamente coinvolto e per la parte residua ad incrementare le somme disponibili per la contrattazione stessa⁶³⁹.

⁶³⁹ FIATA E., “Le funzioni e i poteri del dirigente nella valutazione della performance individuale: il riconoscimento dei meriti”, *Giurisprudenza Italiana - Dicembre 2010*, p.2727 ss..

Paragrafo II: La remunerazione del merito nella PA francese.

La retribuzione per anzianità. In Italia gli scatti automatici per anzianità furono abrogati per tutto il personale dal d.lgs. n. 29/1993, ovvero vent'anni fa, in concomitanza con la privatizzazione. L'unico settore in cui furono mantenuti è la scuola, dal momento che per gli insegnanti non sono previsti premi al merito e nemmeno la possibilità di passare ad una fascia di inquadramento più alta.

In precedenza si prevedeva un primo scatto dopo due anni dall'assunzione, uno ogni sei successivamente, il che determinava un possibile aumento di stipendio del 47% in 25 anni. In Francia, invece, un insegnante nell'arco della carriera può aumentare lo stipendio fino al 98%.

Adesso anche il primo scatto biennale è stato abolito, con la conseguenza che un insegnante può, in tutta la carriera (arrivata a 40 anni in media con l'aumento dell'età pensionabile) raggiungere un massimo di sei scatti con un incremento massimo del 50%.

Quanto alla struttura della retribuzione di un dipendente pubblico francese, si è menzionato nei capitoli precedenti che essa è fissata in punti laddove il singolo punto è un indice stabilito dal governo; a causa della crisi economica, il valore dell'indice degli stipendi pubblici non è adeguato dal 2010⁶⁴⁰. A questo trattamento di base, si aggiungono l'indennità di residenza e gli assegni per il nucleo familiare.

Ciò che fa progredire la retribuzione è la carriera, ovvero gli avanzamenti di *échelons* e le promozioni di *grade*. Così, è il sistema basato sull'indice che permette un miglioramento della remunerazione dell'impiegato. Questa constatazione vale solamente per i *corps* di categoria A e in misura più debole per quelli di categoria B. Per la categoria C, l'evoluzione dell'indice è molto debole al punto che le prospettive di carriera sono limitate.

⁶⁴⁰ L'ultimo adeguamento è quello del decreto n°2010-761 del 7 luglio 2010.

Uno studio pubblicato recentemente⁶⁴¹ si è chiesto se le remunerazioni nel pubblico impiego sono in procinto di passare da un sistema basato sull'indice ad uno basato sulle indennità.

Infatti, si riscontra una netta tendenza a rafforzare la parte indennitaria della retribuzione globale, fatta eccezione per gli insegnanti.

Se in precedenza i premi rappresentavano una parte accessoria e aggiuntiva rispetto alla remunerazione principale, adesso essi hanno raggiunto in media più di un terzo della remunerazione totale, superando il 50% per alcuni *grade*⁶⁴².

Il meccanismo di distribuzione dei premi. È importante concentrare l'attenzione sul meccanismo di modulazione delle indennità. In generale, esso è limitato, fatta eccezione per i *corps* di *ingenieurs*.

L'evoluzione dei premi induce a ritenerli non più una remunerazione accessoria e modulabile. Oltre alla rilevanza della quota in questione, i premi rappresentano un secondo salario regolato da una logica differente dal trattamento principale, basato sull'egualitarismo, poiché essi possono essere differenziati in base alle caratteristiche dei percettori. In questo modo, la distribuzione degli stessi può dar luogo a differenze importanti.

Indubbiamente, la parte "collettiva" della retribuzione si applica in maniera identica ad un gruppo di funzionari o all'insieme del personale; si tratta, come si è detto, del valore del punto d'indice, delle scale di indice che si applicano ad una categoria (B o C) o a un corpo di funzionari.

In realtà, premiare non vuol dire necessariamente differenziare. Infatti, una parte dei regimi indennitari segue una logica di egualitarismo; è il caso del premio di interessamento collettivo perché dà luogo al versamento di un premio identico all'insieme del personale. Discorso analogo per le indennità legate prima di tutto all'esercizio normale delle funzioni che comportano disagio.

⁶⁴¹ MONIOLLE C., « Les rémunérations dans la fonction publique d'Etat : vers une nouvelle cohérence ? », *Université Paris X-Nanterre*, [<http://static.acteurspublics.fr/all/uploads/file/2013/04/24/etuderemuneration.pdf>, consultazione del 17 luglio 2013]

⁶⁴² Lo sviluppo della parte indennitaria della retribuzione solleva il problema degli effetti sui regimi pensionistici. Infatti, i premi non concorrono alla formazione del montante contributivo, fondato solamente sulla quota basata sull'indice, e quanto più la loro quota è importante, tanto maggiore sarà la differenza tra retribuzione e pensione (tasso di sostituzione). I premi infatti sono nati come una forma di rivalorizzazione delle retribuzioni, ma la loro quota ha assunto dimensioni sempre più importanti.

Remunerazioni individuali. Le remunerazioni individuali riguardano i premi che dipendono dalla situazione individuale del dipendente. È il caso della GIPA il cui calcolo si fonda sulla comparazione fra l'evoluzione della sua remunerazione e l'evoluzione dell'inflazione in un dato periodo. I regimi indennitari che possono essere oggetto di una modulazione dipendono dal comportamento individuale. Il grado di individualizzazione dipenderà dal *corps* di appartenenza, dall'*échelon* posseduto, dal posto occupato e dalla *performance* del funzionario. Il PFR (premio di funzione e di risultato) si inserisce in questa logica poiché le due parti prendono in conto una situazione individuale. L'individualizzazione delle remunerazioni riguarda anche l'esistenza di più percorsi di carriera nell'ambito dello stesso *corps*. Per alcuni di essi, la progressione di *grade* può avvenire sia per scelta che per esame professionale, determinando una differenziazione dei percorsi professionali. La moltiplicazione dei gradi e lo sviluppo dei contingentamenti per l'accesso a determinati *échelon* rafforzano le disparità di carriera in seno allo stesso *corps*.

Alla stagnazione degli elementi collettivi cui si è assistito negli ultimi anni (congelamento del valore del *point d'indice*), è corrisposto un ampliamento dei regimi indennitari nella remunerazione globale, come pure la diversificazione dei percorsi statutari. Tutto ciò ci induce a pensare che il fenomeno di individualizzazione delle retribuzioni si rafforza e continuerà a rafforzarsi⁶⁴³.

La flessibilità delle remunerazioni implica la variabilità del trattamento economico versato dal datore di lavoro. Il trattamento basato sull'indice, l'indennità di residenza, il supplemento familiare del trattamento economico, costituiscono invece elementi stabili della remunerazione. La flessibilità riguarda dunque i regimi indennitari. Essa implica una un'attribuzione che dipende della realizzazione degli obiettivi. Nel premio di funzione e di risultato, è a questi ultimi che si riferisce la variabilità. Come sottolinea Fratacci, il sistema premiale si inserisce senza difficoltà nelle regole della funzione pubblica, perchè lo statuto non proibisce la modulazione dei premi in

funzione dei meriti, ma esso si fonda proprio sull'idea dell'apprezzamento dei meriti e dei talenti.

La parte funzionale, invece, è solitamente stabile anche se nulla vieta di rivedere la quotazione di un posto. Allo stesso modo, le remunerazioni della partecipazione alla performance collettiva si inseriscono in un approccio flessibile legato alla realizzazione di obiettivi.

Nell'intento di salvaguardare gli equilibri di bilancio, le politiche retributive del datore di lavoro pubblico negli ultimi anni hanno creato meccanismi che limitano le incidenze sulla massa salariale o che permettono di ridurre gli aspetti finanziari (GIPA, contingentamento di determinati gradi o di *échelon* speciali). Ciò spiega lo sviluppo di un'integrazione salariale tramite i regimi indennitari.

Tuttavia, la politica delle risorse umane è chiamata ad offrire garanzie di trattamento e di evoluzione della carriera al fine di mantenere l'attrattività del pubblico impiego. In quest'ottica, la via del concorso interno è più che mai un modo di promozione interna per l'accesso ad un *corps* di categoria A.

Il premio di funzioni e di risultati. Attualmente, il regime indennitario degli *attachés* è fondato su almeno tre distinti premi in amministrazione centrale e almeno un premio nei servizi decentrati. Ciascuna di queste indennità ha limiti propri e modalità di applicazione differenziate (in particolare, per ciò che riguarda i criteri di modulazione). Il premio di funzione e di risultati (PFR), introdotto col decreto n° 2008-1533 del 22 dicembre 2008, si sostituirà progressivamente all'insieme di questi regimi indennitari.

Di questo premio beneficiano 120.000 funzionari, soprattutto di categoria A. Il premio di funzioni e di risultati concerne i funzionari della filiera amministrativa. Si tratta principalmente degli *administrateurs civils, des attachés, des secrétaires administratifs, des adjoints administratifs*, ma anche dei membri di certi *corps*

⁶⁴³ MONIOLLE C., « Les rémunérations dans la fonction publique d'Etat : vers une nouvelle cohérence ? », *Université Paris X-Nanterre*, [<http://static.acteurspublics.fr/all/uploads/file/2013/04/24/etuderemuneration.pdf>, consultazione del 17 luglio 2013)

specifici che svolgono compiti principalmente amministrativi⁶⁴⁴. Si applica anche agli impieghi di sbocco di questi *corps*, come l'impiego di *conseiller d'administration*.

Questo premio si ispira ad una proposta contenuta nel libro bianco di Jean-Ludovic Silicani⁶⁴⁵. Esso comporterà una parte fissa (60%), definita con riguardo al tipo di impiego, e una parte variabile (40%), fissata individualmente ogni anno in funzione dei risultati ottenuti rispetto agli obiettivi fissati preventivamente per ogni funzionario. Tale sistema di PFR è stato progressivamente generalizzato all'insieme dei quadri amministrativi dello Stato.

La PFR comprende due parti cumulabili e indipendenti l'una dall'altra attraverso l'applicazione di coefficienti moltiplicatori ad un tasso di riferimento (in euro).

La prima è di tipo funzionale, modulabile da uno a sei per tenere conto delle responsabilità, del livello di *expertise* e dagli obblighi legati alle funzioni esercitate; si fonda su una tipologia dei posti (sono previste da 4 a 6 categorie per grado); la seconda parte è modulabile da zero a sei per tenere conto della *performance* e della qualità del lavoro del funzionario. La modulazione è effettuata sulla base del raggiungimento degli obiettivi fissati *ex ante*.

Se l'ammontare della parte funzionale resta tendenzialmente stabile nel tempo, l'importo di quella legata alla *performance* attribuita al funzionario può variare da un anno all'altro, in funzione dei risultati riconosciuti nell'ambito della procedura di valutazione. Inoltre, tutta o una quota di questa parte può essere attribuita sotto forma di bonus annuale o semestrale. I tassi di riferimento sono determinati per *grade* da un decreto comune all'insieme dei ministeri.

Tuttavia, quattro decreti fissano in deroga importi superiori per i ministeri specifici (uffici del Primo Ministro, Ministeri economici e finanziari, Ministero della Difesa e Ministeri a carattere sociale).

Questa indennità esclude, in principio, ogni altro regime indennitario della stessa natura, salvo per un numero molto limitato di eccezioni elencate in un decreto.

⁶⁴⁴ Il decreto 2009-1211 del 9 ottobre 2009 ha esteso a partire dal 2010 il PFR ai capi ufficio, direttori aggiunti, sotto direttori, esperti di alto livello e direttori di progetto. Un decreto pubblicato sul giornale ufficiale dell'11 ottobre 2009 lo estende inoltre al *corps* degli amministratori civili e un altro ai segretari amministrativi.

⁶⁴⁵ SILICANI J-L, « Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique », *La documentation française*, settembre 2007 [<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000231/0000.pdf>, 17 luglio 2013]

L'ingresso nel dispositivo si effettua sulla base di un decreto che fissa, per ogni ministero, la lista di *corps* e di impieghi beneficiari della PFR⁶⁴⁶.

Il decreto prevede che ogni ministero scelga liberamente la data alla quale egli integra il dispositivo del premio di funzione e di risultati.

Pertanto il PFR, pur non modificando affatto il sistema di valutazione⁶⁴⁷, lo lega in maniera diretta alla distribuzione dei premi.

L'insieme dei ministeri che sperimentano il dispositivo del colloquio professionale che, come si è visto, ha sostituito il colloquio di valutazione e il punteggio, ha attuato azioni di informazione e sensibilizzazione dei valutatori sui punti salienti e le modalità di applicazione del dispositivo.

Internamente ai ministeri, formazioni specifiche per lo svolgimento del colloquio sono state programmate per gli stessi valutatori nell'ambito del programma di formazione ministeriale.

In generale, quasi tutti i ministeri impegnati nella riforma hanno scelto di associare l'informazione per via di circolare e i tradizionali corsi di formazione.

Nell'ambito della valutazione conviene distinguere la qualità del lavoro svolto (« *manière de servir* ») e i risultati individuali.

La qualità del lavoro svolto corrisponde al saper-essere e al saper-fare del funzionario, alla modalità di svolgimento delle sue funzioni, al livello di competenze e capacità richieste per l'esercizio della professione, alla motivazione nonché alla capacità di lavorare in equipe.

I risultati individuali, invece, corrispondono alla misura della performance, ovvero dell'adempimento da parte del dipendente degli obiettivi assegnati *ex ante*. Così, il colloquio di valutazione deve dare luogo ad un dialogo tra il dipendente e il superiore gerarchico e riguardare da una parte il bilancio del lavoro svolto con riferimento agli obiettivi determinati nel corso del colloquio precedente e, dall'altra, la fissazione degli obiettivi per l'anno a venire.

⁶⁴⁶ Cfr. DE MONTECLER M.-C., « Mise en place de la prime de fonctions et de résultats », *AJDA*, 2009, p. 852.

⁶⁴⁷ Lo stabilisce l'articolo 4 del menzionato decreto.

L'esame dei risultati, ovvero dell'adempimento degli obiettivi fissati *ex ante*, ha luogo nel corso del colloquio di valutazione, o del colloquio professionale, tra il dipendente e il superiore gerarchico.

Il colloquio di valutazione o colloquio professionale non costituisce in alcun caso un momento di discussione sull'ammontare del regime indennitario dei funzionari. La ripartizione dei premi avviene separatamente dalla valutazione. Il ricorso, se necessario, può riguardare solamente:

- l'assegnazione del punteggio, per quella categoria di funzionari che sono ancora valutati in questo modo;
- contro il verbale del colloquio professionale, se il funzionario beneficia del dispositivo sperimentale di soppressione del punteggio.

Possono in ogni caso essere poste in essere le due vie di ricorso classico, ovvero il ricorso gerarchico presso un'autorità superiore o il ricorso contenzioso davanti al giudice.

Il decreto del 17 settembre 2007 prevede la possibilità, per il funzionario, di esercitare un ricorso davanti al superiore gerarchico diretto. Tale ricorso è premessa indispensabile per potersi rivolgere in seguito alla Commissione Amministrativa Paritaria (CAP), che si pronuncia in appello sulla domanda di revisione del verbale. Questo ricorso davanti all'autorità di prossimità risponde al doppio obiettivo del decentramento della gestione e alla responsabilizzazione manageriale.

Al passaggio dal regime indennitario precedentemente vigente alla PFR, gli importi individuali delle indennità saranno mantenuti e ripartiti fra la parte legata alle funzioni e quella legata ai risultati individuali. Ciò significa che l'importo dei premi non diminuirà per il passaggio alla PFR.

Essa permette di semplificare e di chiarire i diversi elementi della remunerazione. In realtà, l'obiettivo di questo dispositivo è di semplificare raggruppando in un premio unico i multipli regimi indennitari esistenti e di semplificare la gestione delle remunerazioni per le amministrazioni. Alcune indennità assorbite dal PFR sono interministeriali, altre ministeriali. Trattandosi di un importo globale delle attribuzioni indennitarie dei funzionari, conviene precisare che il PFR si basa sugli

importi versati a titolo delle indennità attuali, lasciando spazi di evoluzione della remunerazione per l'avvenire.

L'importo attribuito come quota funzionale del PFR è suscettibile di essere modificato in corso degli anni seguenti se il funzionario viene nominato su mansioni caratterizzate da un coefficiente superiore (legato ad un aumento delle responsabilità esercitate, per esempio). Per quanto riguarda la parte legata ai risultati individuali invece, essa potrebbe diminuire solamente nel caso in cui la valutazione porti al mancato raggiungimento degli obiettivi e al peggioramento della qualità del lavoro svolto.

Il decreto precisa che il beneficio della PFR deve essere aperto all'insieme dei membri del *corps* degli *attachés* e dei *corps* analoghi al più tardi al 1 gennaio 2012.

A funzioni invariate, l'ammontare individuale della parte legata alle funzioni esercitate non dovrebbe evolvere significativamente negli anni seguenti l'entrata in vigore nel regime PFR, salvo cambiamento di posto o modificazione del perimetro delle competenze del posto occupato.

In seguito, l'ammontare attribuito a titolo della parte legata alle funzioni evolverà in occasione dei cambiamenti di destinazione per tenere conto del livello di responsabilità e delle obbligazioni che pesano sull'esercizio delle nuove funzioni.

Ogni ministero definisce dei livelli d'impiego per *corps* ou *grade* (da 2 a 6 massimo). Ad ogni livello corrisponde l'esercizio di certe responsabilità, expertise o vincoli speciali. Spetta in un secondo tempo ai capi ufficio classificare l'insieme dei posti collocati sotto la loro responsabilità in uno o l'altro dei livello di categorie.

A ogni livello o categoria corrisponde un coefficiente della parte legata alle funzioni della PFR.

La parte del premio attribuita sulla parte legata ai risultati individuali è destinata ad evolvere ogni anno, in aumento o in diminuzione, in funzione dell'apprezzamento rivolto dal capo ufficio sul lavoro del dipendente nel corso della procedura di valutazione.

La determinazione dell'ammontare individuale attribuito a titolo della parte legata ai risultati consegue dalla procedura di valutazione.

Non vi è un legame matematico tra l'apprezzamento del lavoro del funzionario e l'importo individuale; invece, si intende favorire una coerenza sufficiente fra l'apprezzamento che l'amministrazione compie del lavoro svolto dal funzionario e l'importo attribuito a titolo di PFR.

L'amministrazione deve valutare annualmente i funzionari e tenere conto di questa valutazione nella fissazione dell'ammontare della parte legata ai risultati individuali e poi notificare ai dipendenti l'importo della parte legata ad essi.

Questo importo sarà rivisto, in aumento o in diminuzione, in funzione dei risultati della valutazione. Va annotato che ogni ministero è libero, in funzione della politica di gestione delle risorse umane, di determinare gli importi individuali che egli intende versare e il margine di variazione.

Spetta, inoltre, a ciascun ministero determinare il calendario della procedura di valutazione, nel rispetto delle periodicità fissate per decreto, e le modalità concrete di traduzione indennitaria dei risultati della valutazione.

La valutazione dei funzionari è solitamente annuale ma il decreto sulla valutazione consente una periodicità al massimo biennale.

La PFR è versata mensilmente unitamente allo stipendio; tuttavia, tutta o una parte della quota legata ai risultati individuali può essere attribuita sotto forma di un bonus annuale o semestrale.

Solo un numero limitato di premi e indennità potranno essere cumulati con il PFR; i tratta dei dispositivi indennitari legati allo svolgimento di attività particolari.

Gli importi individuali della parte legata ai risultati sono definiti dal capo ufficio in funzione del raggiungimento degli obiettivi e del modo di lavorare, in coerenza con le conclusioni del colloquio di valutazione. Essi sono determinati a partire dall'importo attribuito al funzionario l'anno precedente e del margine di modulazione definito a livello ministeriale.

Il decreto prevede che l'importo individuale attribuito a titolo della parte legata ai risultati individuali sia oggetto di un riesame annuale in vista dei risultati della procedura di valutazione individuale. L'importo della parte legata ai risultati individuali può essere mantenuta costante, se non viene constatato nessun progresso,

oppure incrementata se il dipendente ha raggiunto gli obiettivi assegnati e ha guadagnato in competenza, o se dà prova di un grande investimento sulle sue funzioni, ma non si può escludere una diminuzione se il funzionario non ha raggiunto gli obiettivi e/o ha dato prova di insufficienza nella maniera di servire. L'attribuzione del coefficiente zero della parte legata ai risultati individuali è possibile ma costituisce un caso di scuola. Una notifica individuale dell'esito della valutazione è effettuata, annualmente, presso ogni agente.

Tuttavia, l'ammontare individuale della parte legata ai risultati individuali non va data per scontata. Per conservare l'importo attribuito l'anno precedente, il dipendente deve realizzare le stesse performance e mantenere inalterato il suo coinvolgimento professionale.

Nelle intenzioni iniziali c'era l'estensione di tale regime all'insieme dei funzionari dei tre comparti di pubblico impiego⁶⁴⁸, anche se l'attuale ministro della *fonction publique* Lebranchu ne sta ipotizzando una revisione.

Il Ministro ha ritenuto che il principio di un premio individuale non vada abbandonato, ma che debba fondarsi su una logica più collettiva, che tenga conto i risultati del gruppo di lavoro⁶⁴⁹.

I sindacati hanno molto criticato questo premio, perché viene distribuito “nella totale discrezionalità e arbitrarietà del valutatore “ secondo Dorine Pasqualini (*Solidaires*).

Il premio di partecipazione alla performance collettiva (*prime d'intéressement à la performance collective*). Istituito dal decreto n° 2011-1038 del 29 agosto 2011, questo premio potrà essere attribuito ai funzionari dal momento in cui il ministro di competenza avrà fissato degli obiettivi all'ufficio al quale appartengono per l'anno a venire e che questi obiettivi siano stati raggiunti e certificati. L'importo del premio sarà forfettario e uniforme per tutti i funzionari; il ministro ne ha annunciato l'importo allettante che sarà attorno ai 300 euro per i funzionari interessati.

⁶⁴⁸ « Une « prime au mérite » pour les fonctionnaires », *AJDA*, 2008, p. 2092.

⁶⁴⁹ Lebranchu veut revenir sur la rémunération au mérite des fonctionnaires, *LesEchos.fr*, [<http://m.lesechos.fr/france/lebranchu-veut-revenir-sur-la-remuneration-au-merite-des-fonctionnaires-0202532733584.htm>, 20 giugno 2013].

In realtà, questo testo suscita notevoli dubbi sul fatto che l'attuazione effettiva sia conforme all'obiettivo. Infatti, non è il primo tentativo in questo senso di attuazione dello *statut* del 1946; l'art. 35 in vigore all'epoca prevedeva infatti “un premio di partecipazione alla performance per i gruppi di funzionari che avessero superato nel corso dell'anno considerato le norme di rendimento fissate per ogni amministrazione o ufficio per il ministro interessato”. Molteplici sono i sospetti di una pianificazione autoritaria, di un'approssimazione della fissazione di obiettivi e nell'apprezzamento dei risultati e, infine, di frazionamento dei premi in un quadro di rafforzato egualitarismo, col rischio che a beneficiare degli stessi siano le amministrazioni pubbliche col maggior “peso politico”, a svantaggio delle altre.

Il campo di applicazione non esclude a priori nessun ufficio né categoria di funzionari: possono beneficiarne quelli di ruolo, i magistrati come pure gli impiegati pubblici assunti a tempo determinato che lavorano in una direzione o un ufficio dello stato o uno dei suoi enti pubblici amministrativi, ovvero anche ai funzionari di diritto privato.

La remunerazione della partecipazione alla performance collettiva si scontra con almeno due principi fondatori della concezione francese del pubblico impiego: il principio di uguaglianza e l'obbligo di disinteresse. Il nome non deve trarre in inganno: si tratta di un premio collettivo, ma a beneficio di un piccolo gruppo di funzionari. Questa constatazione spiega le reticenze del mondo sindacale, molto attaccato alla logica ugualitaria. Come meccanismo distintivo, la partecipazione alla performance collettiva non potrebbe essere a beneficio di tutti ed è concepita a beneficio di qualcuno. A titolo d'esempio, il decreto prevede che “determinati uffici, rispetto alla natura o alle condizioni di esercizio delle loro missioni, possano essere mantenuti fuori dal campo d'applicazione di un dispositivo di partecipazione alla performance collettiva” e riserva la possibilità di escludere un funzionario del beneficio del nuovo premio in caso di “insufficienza evidente nella maniera di servire”.

I sostenitori di questo premio smentiscono di voler applicare al servizio pubblico un'iniziativa concepita per il settore privato (e che adesso non riscuote più il

consenso di una volta). Questo premio si inserisce tuttavia nella tendenza ormai irrefrenabile della remunerazione al merito e della variabilità parziale delle remunerazioni. Il ministro della funzione pubblica dell'epoca lo ha presentato, infatti, come un complemento necessario del premio di funzione e dei risultati.

Al di là degli aspetti di tipo ideologico, l'introduzione dell'interessamento collettivo nella funzione pubblica è significativa perché contiene criteri di miglioramento del servizio reso al pubblico che potrebbero essere valorizzati e che ridonerebbero nuovo senso all'interesse generale. Secondo la circolare attuativa del 29 agosto 2011, la performance di un ufficio, che sarà definita precisamente per i vari ministeri e per le amministrazioni coinvolte, potrebbe essere determinata in funzione di criteri come la qualità del servizio, il controllo dei costi, il benessere organizzativo o ancora lo sviluppo sostenibile. Ma in un contesto generale di sopravvalutazione della redditività e di adozione di parametri meramente quantitativi, non è semplice elaborare criteri per valutare attività prevalentemente non redditizie legate all'interesse pubblico generale.

Inoltre, la situazione delle finanze pubbliche non permette di investire in questo premio, con il rischio che diventi solamente una redistribuzione dell'esistente. Il timore di parte sindacale è che il suo finanziamento avvenga con soppressioni di posti e si sostituisca alla rivalorizzazione del punto d'indice e la ricostruzione delle griglie. In breve, si teme che i funzionari pubblici debbano autofinanziare il premio alla performance collettiva.⁶⁵⁰

Affinché un premio di questo tipo sia efficace è necessario una vigilanza del rispetto del testo e del suo spirito, affinché esso non diventi solamente l'opportunità di distribuire denaro a pioggia per compensare il blocco della parte stabile della retribuzione⁶⁵¹.

⁶⁵⁰ FITTE-DUVAL A., « Travailler mieux ensemble pour gagner plus ? », *AJFP*, 2011, p. 313.

⁶⁵¹ POCHARD M., « La prime d'intéressement dans la fonction publique. Risques et chance », *AJDA*, 2011, p. 1705.

Pochard ha sottolineato come si tratti semplicemente una possibilità di cui approfittare, un'occasione per il lavoro pubblico di dimostrare ancora una volta capacità di adattamento al cambiamento dei tempi.

Conclusione

Per ciò che concerne la valutazione del personale, la pubblica amministrazione francese è sicuramente più in una fase di implementazione molto più avanzata di quella italiana, perché in vigore un sistema di valutazione sin dal 1959, e ha avuto modo di sperimentarlo, verificarlo e migliorarlo.

La pubblica amministrazione italiana, invece, ha reintrodotta nel 2009 un sistema di valutazione del personale, dopo averlo abbandonato anni prima.

Il sistema di valutazione del personale amministrativo statale nonché, con i relativi adattamenti, quello delle autonomie territoriali si basa dal 1° gennaio 2013 sul colloquio di valutazione, condotto dal superiore gerarchico diretto del valutato. Esso non si conclude più con l'assegnazione di un punteggio ma con la redazione di una scheda di valutazione, da considerarsi alla stregua di un verbale del colloquio. Si è ritenuto che l'assegnazione di un punteggio da inserire in una graduatoria potesse creare un'eccessiva competizione tra il personale, un peggioramento del clima interno, ma soprattutto che facesse perdere di vista l'obiettivo dello sviluppo delle competenze del funzionario e l'attenzione al raggiungimento degli obiettivi. Tuttavia, con l'introduzione del PFR (il premio di funzione e di risultato), il punteggio ritorna sotto un'altra forma, attraverso una valutazione dei risultati raggiunti. Per mantenere una quota di premio ai risultati almeno pari a quella dell'anno precedente, il funzionario deve dimostrare un inalterato impegno nel lavoro. L'introduzione di questa tipologia di premio appare in contraddizione con la soppressione del punteggio di valutazione, a meno che non si ritenga, molto semplicemente, che il PFR abbia sostituito il punteggio di valutazione in un contesto diverso. Non a caso l'attuale Ministro della funzione pubblica ha proposto di rivedere questa forma di premialità, poiché la ritiene in contrasto con le logiche che sono alla base del lavoro pubblico e non immagina un gruppo di funzionari competere per un premio. Per motivare realmente il personale il premio deve essere di importo consistente, altrimenti si rischia di creare un'inutile competizione tra il personale a scapito dell'obiettivo collettivo. È il rischio presente nel pubblico impiego italiano laddove il sistema premiale, a causa del blocco della contrattazione nazionale e della riduzione dei fondi

per la contrattazione integrativa, è legato al “dividendo dell’efficienza”, ovvero a risparmi di gestione; la possibilità che tra le pieghe dei bilanci possano affiorare delle somme destinate ad incentivare il personale appare davvero minima, e si tratterebbe in ogni caso di importi poco rilevanti.

Pertanto, la norma-simbolo della riforma del 2009, ovvero l’art.19 della riforma Brunetta, praticamente non è mai stata applicata, svuotando di significato tutto il complesso ciclo della performance che era stato costruito dal legislatore, che tuttavia resta in piedi con i suoi costi e la vastità di adempimenti da svolgere.

Ciò che ha di buono il sistema francese è la semplificazione delle procedure di valutazione, che si svolgono in pochi momenti prefissati nel corso dell’anno utilizzando documenti semplici e una normazione limitata. Le conseguenze della valutazione per il funzionario francese interessano la retribuzione, nell’ambito della parte legata ai risultati del PFR, e la carriera per gli “sconti” di anzianità di servizio per accedere alla fascia economica successiva, con la possibilità di avanzare al *grade* successivo una volta raggiunto l’*échelon* maggiore. Invece, nel pubblico impiego italiano anche questa possibilità è esclusa, dal momento che anche le procedure di riqualificazione economica sono state bloccate, oltre al blocco delle retribuzioni tabellari in vigore ormai dal 2008.

Il problema di base è quello di diffondere la cultura della valutazione, ancora assente. La valutazione non deve essere un mero adempimento burocratico, perché tempo e risorse sono scarse e vanno destinate ad altro.

Nemmeno si deve pensare che introdurre la valutazione assicuri una migliore gestione e un cambiamento immediato delle politiche e delle pratiche di lavoro. Anziché opporre valutatore e valutato occorre promuovere una forma di collaborazione tra superiore gerarchico e collaboratori affinché i giudizi di valutazione siano condivisi e accettati, al fine di favorire l’apprendimento organizzativo e l’assunzione di responsabilità. La valutazione può essere un modo per coinvolgere gli attori nella valutazione delle performance sin dall’inizio, nella formulazione dei criteri e degli indicatori, nell’assegnazione degli obiettivi, nella fase di raccolta e analisi dei dati e non limitato al solo momento della diffusione dei risultati finali. Occorre valorizzare

L'esperienza delle amministrazioni territoriali che, come in Francia, sono più moderne di quelle statali per quanto riguarda i processi di modernizzazione e valorizzazione del personale. Fondere le esperienze delle amm.i decentrate con la visione strategica del centro è un passaggio cruciale per convogliare le informazioni rilevanti ai fini della programmazione delle politiche di investimento di uno Stato federale democratico.

La causa del fallimento delle forme di valutazione e incentivazione introdotte nel con la riforma del 2009 è stata principalmente la mancanza di risorse, ma non solo.

È ormai evidente che la valutazione del personale ai fini della distribuzione dei premi non può, da sola, essere un motore del cambiamento. Occorre invece ripensare le relazioni tra politica e dirigenza, dirigenza-*stakeholder*, politica-*stakeholder* e rivedere gli schemi di *accountability* delle pubbliche amministrazioni.

Le leve di cambiamento su cui investire sono i bilanci sociali, i bilanci di mandato, i bilanci di sostenibilità o di genere, veicoli eccezionali per migliorare la costruzione del sistema delle performance, in grado di migliorare la capacità introspettiva delle pubbliche amministrazioni coinvolte. Tra questi, il bilancio sociale riveste un ruolo fondamentale nel misurare gli effetti sociali dell'operato dell'amministrazione.

Il principio del merito non è un'entità astratta per distribuire premi o sanzioni sulla base di una valutazione discrezionale legata a fattori soggettivi, ma deve diventare un vero e proprio principio di responsabilità aziendale, in grado di legare il lavoro del dipendente pubblico al conseguimento di risultati concreti a beneficio degli *stakeholder*.

Tali benefici possono essere raggiunti solamente con l'incentivazione al lavoro di gruppo, e in tale ottica sarà interessante scoprire, nei mesi a venire, il funzionamento del premio alla partecipazione collettiva che è stato recentemente introdotto nella pubblica amministrazione statale. Anche per questa tematica, le specificità del pubblico rendono incompatibile l'incentivazione della competizione individuale con le dinamiche del pubblico impiego. È quindi opportuno legare le prestazioni collettive ai risultati finali per l'utente esterno o interno dell'amministrazione. Pertanto, il

destino dell'art. 19 del d.lgs.150/2009 non può che essere segnato, perché esso è stato abrogato implicitamente dagli uffici e dalla situazione economica.

Capitolo secondo: Il potere disciplinare.

Sezione I: titolarità e fonti normative.

Paragrafo I: Un potere “ad esercizio forzato” nella PA italiana.

L'art. 7 della legge delega n. 15/2009, propedeutica all'emanazione del d.lgs. n. 150/2009, conteneva diversi principi finalizzati “a modificare la disciplina delle sanzioni disciplinari e della responsabilità dei dipendenti [...] al fine di potenziare il livello di efficienza degli uffici pubblici contrastando i fenomeni di scarsa produttività e assenteismo. Infatti, l'insieme più corposo e significativo di norme contenute nel d.lgs. n. 150/2009 è indubbiamente quello in materia disciplinare⁶⁵²: il legislatore, oltre a riformulare interamente il procedimento disciplinare e a regolarne i rapporti con l'eventuale procedimento penale a carico del dipendente, ha introdotto nuove figure di illecito disciplinare, contemplando l'erogazione della sanzione massima del licenziamento in numerosi casi (in parte identici, in parte aggiuntivi rispetto a quelli codificati dai contratti collettivi), anche connessi all'accertamento di violazioni della normativa in materia di assenze per malattia; ha confermato, per le infrazioni più gravi, l'istituzione in ciascuna amministrazione di un ufficio competente per i procedimenti disciplinari⁶⁵³, la cui intermediazione rappresenta una forma di garanzia di trasparenza e imparzialità del procedimento⁶⁵⁴; ha assegnato formalmente una parte del potere disciplinare al dirigente.

Il complesso ruolo che viene attribuito al dirigente in materia disciplinare è il risultato di un insieme di norme che il legislatore delegante ha ritenuto di poter attivare ed utilizzare rafforzando le prerogative al dirigente. Se fino ad allora la competenza del capo ufficio in materia disciplinare era limitata all'applicazione di

⁶⁵² Norme che vengono esplicitamente definite come “imperative ai sensi e per gli effetti degli art. 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile” (art. 55, comma 1, TUIPI come sostituito dall'art. 68 d. lgs. n. 150/2009).

⁶⁵³ Cfr. art. 55-bis, commi 2-4, TUIPI (articolo aggiunto dall'art. 69 d. lgs. n.150/2009).

⁶⁵⁴ Cfr. Corte Cass. n. 2168, del 5 febbraio 2004, *MGL*, 2004, p. 531.

sanzioni minori (richiamo verbale e censura) ed alla segnalazione all'Ufficio per i procedimenti disciplinari dei comportamenti più gravi, adesso il dirigente si vede ampliare il potere disciplinare fino a ricomprendervi l'erogazione di sanzioni conservative (multa o sospensione del rapporto di lavoro), nel rispetto del principio del contraddittorio⁶⁵⁵.

Come contropartita di questo ampliamento della competenza dirigenziale, si prevede un'estensione delle sanzioni applicabili al dirigente in caso di omesso esercizio delle competenze attribuite. Pertanto, il dirigente ha l'obbligo di esercitare questo potere a rischio di esporsi a sua volta a sanzioni, salvo che l'omissione o il ritardo non dipendano da giustificato motivo o da valutazioni sull'insussistenza dell'illecito non manifestamente infondate o non irragionevoli; il legislatore ha inteso inoltre incentivare utilizzo del potere disciplinare limitando la responsabilità "a profili di illiceità nelle determinazioni concernenti lo svolgimento del procedimento disciplinare", ovvero nei casi di dolo o colpa grave⁶⁵⁶. Le sanzioni sono previste sia sul piano disciplinare⁶⁵⁷ che su quello economico⁶⁵⁸: in particolare l'art. 55-*sexies*, commi 3 e 4 TUIPI prevede la possibilità di comminare al dirigente, quale sanzione conservativa, la sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per un periodo massimo di tre mesi. Due sono le innovazioni rispetto al regime precedente: nella disciplina previgente il dirigente pubblico era assoggettato solo a sanzioni espulsive (licenziamento per giusta causa e del licenziamento motivato con preavviso) ed erano i contratti collettivi a prevederle. Adesso invece è direttamente il legislatore ad individuare le sanzioni conservative. Inoltre, il legislatore ritiene la sospensione dal rapporto di lavoro compatibile con un sistema basato sulla temporaneità dell'incarico e in cui il dirigente viene valutato in ragione dei risultati ottenuti nel corso di esso.

⁶⁵⁵ Cfr. art. 7, comma 2, lett. *m*) l. 15/2009, art. 55-bis TUIPI.

⁶⁵⁶ Cfr. art. 55-*sexies*, commi 3 e 4 d. TUIPI.

⁶⁵⁷ "Prevedere ipotesi di illecito disciplinare nei confronti dei soggetti responsabili per negligenza, del mancato esercizio o della decadenza dell'azione disciplinare" (art. 7, comma 2, lett. *i*) legge n. 15/2009); "prevedere sanzioni adeguate per le condotte dei dirigenti i quali, pur consapevoli di atti posti in essere dai dipendenti rilevanti ai fini della responsabilità disciplinare, omettano di avviare il procedimento disciplinare entro i termini di decadenza previsti, ovvero in ordine a tali atti rendano valutazioni irragionevoli o manifestamente infondate (art. 6, comma 2, lett. *e*) legge n. 15/2009).

Radici storiche del potere disciplinare. Dieci anni prima dell’emanazione della legge Giolitti (legge n. 693/1908), la dottrina aveva costituito la teoria della supremazia speciale della pubblica amministrazione nei confronti degli impiegati. Secondo Santi Romano, infatti, lo Stato esplicava la propria supremazia in speciali rapporti di sudditanza, volta per volta, per mezzo di atti diretti ai singoli. Allo stesso tempo Lodovico Barassi attribuiva matrice convenzionale al potere disciplinare, quale potere riconosciuto all’imprenditore e limitato dalla volontà di chi vi è sottoposto⁶⁵⁹.

Esaltata durante il periodo fascista, la supremazia speciale condusse, dopo l’entrata in vigore della Costituzione, a un ampliamento dei doveri del dipendente pubblico, fino a ricomprendere le condotte al di fuori della prestazione lavorativa. Questa concezione è alla base dello Statuto degli impiegati civili dello Stato (applicato oggi solo per il personale non privatizzato), che definisce i doveri del dipendente secondo nozioni ampie e indeterminate, attribuendo all’amministrazione ampia discrezionalità nell’identificazione delle condotte illecite. Non era quindi applicabile, secondo la giurisprudenza amministrativa, il principio penalistico di “*nullum crimen sine lege*”. Inoltre, sempre in virtù di questo principio, anche la gamma di sanzioni disciplinari applicabili prevista dallo statuto non era ritenuta esaustiva, ben potendosi applicare quei provvedimenti (che in Francia si chiamano “sanzioni disciplinari mascherate”) in realtà concepiti per altri fini⁶⁶⁰.

Questa concezione è mutata nel tempo grazie alla dottrina e alla giurisprudenza, che adeguò il potere disciplinare al modello di amministrazione come delineato dalla Costituzione, al fine di contenere l’ampia discrezionalità riconosciuta alla PA nella valutazione dei fatti e nella qualificazione degli illeciti disciplinari, riconducendola a principi di congruità, proporzionalità, logicità e ragionevolezza⁶⁶¹. Dal canto suo la Corte Costituzionale elaborò un divieto di automatismi punitivi, ritenendoli lesivi

⁶⁵⁸ “Prevedere la decadenza dal diritto al trattamento economico accessorio nei confronti del dirigente il quale, senza giustificato motivo, non abbia avviato il procedimento disciplinare nei confronti dei dipendenti, nei casi in cui sarebbe stato dovuto” (art. 6, comma 2, lett. c) legge n. 15/2009).

⁶⁵⁹ BARASSI L., Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano, Milano, 1901.

⁶⁶⁰ ESPOSITO, “Il potere disciplinare”, in RUSCIANO-ZOPPOLI L. (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1993, 562-564.

⁶⁶¹ PELLIZZER, “Il potere disciplinare dello Stato”, *QDLRI*, 1991, par. 5.

dell'”indispensabile gradualità sanzionatoria” che impone “l’adeguatezza della sanzione al caso concreto”⁶⁶².

Prima della privatizzazione del pubblico impiego, si riteneva che il sistema disciplinare fosse fondato sul principio di obbligatorietà, legato ai principi di legalità, buon andamento e imparzialità che, secondo la Costituzione, sono alla base dell’azione amministrativa⁶⁶³.

Questo sistema fu abbandonato anche perché secondo Zoppoli, non può rilevarsi un’analogia tra azione penale e azione disciplinare, poiché in campo disciplinare è necessario concludere il procedimento in un tempo ragionevole per tutelare le esigenze dell’impiegato, ed era concesso al Ministro di comminare una sanzione meno grave di quella proposta dalla Commissione di disciplina⁶⁶⁴.

Con la privatizzazione si è introdotto un nuovo procedimento disciplinare in sostituzione di quello previsto dagli artt.103-123 del TU n.3/1957; così, è cambiata l’impostazione dottrinale secondo la quale si riteneva obbligatoria l’azione disciplinare, anche perché la Cassazione⁶⁶⁵ ha ritenuto che il potere disciplinare rientrasse nell’ambito dei poteri gestionali del datore di lavoro di tipo privatistico.

Nel settore privato il datore di lavoro è libero di avviare o meno il procedimento disciplinare, in presenza di fattispecie potenzialmente passibili di sanzione, per salvaguardare la bontà del clima interno o per utilizzare altri poteri gestionali.

Così, secondo Mainardi, anche l’amministrazione utilizza ormai strumenti privatistici per il conseguimento dell’efficienza complessiva, che può essere raggiunta anche attraverso il perseguimento di criteri di opportunità negli atti di gestione⁶⁶⁶. In altri termini, proprio perché al dirigente è attribuita una responsabilità di risultato nella gestione degli uffici, gli sarebbe consentita una certa discrezionalità nell’utilizzo delle prerogative, tenuto conto della natura afflittiva e intimidatoria di questo potere. Nel rischio di recare pregiudizio alle performance lavorative future, il dirigente potrebbe decidere in autonomia di soprassedere.

⁶⁶² Corte Cost., 14 ottobre 1988, n. 971, in DL, 1988, II, 494; Corte Cost 27 aprile 1993, n.197 in FI, 1994, I, c. 385.

⁶⁶³ V. TERRANOVA, *Il rapporto di pubblico impiego*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 215.

⁶⁶⁴ ZOPPOLI L., “Potere disciplinare e unificazione normativa del lavoro”, *QDLRI*, 1991, n. 9, p. 51.

⁶⁶⁵ Sentenza n. 3373/1999.

In particolare, vi sarebbe discrezionalità nel potere di comminare la sanzione, poiché una volta avviata la procedura l'ufficio per i procedimenti disciplinari di ciascuna amministrazione ha l'obbligo di dar corso alla procedura.

Tuttavia, vi sono fattispecie in presenza delle quali il legislatore impone un chiaro obbligo a procedere. È il caso, per esempio, della legislazione sullo sciopero nei servizi essenziali di cui all'art.4, commi 1 e 13, lett. I) della legge n. 146/1990 e s.m.i.; l'art.13 lett i) di tale legge stabilisce che la commissione di garanzia, valutato il comportamento delle parti e rilevate le inadempienze, delibera le sanzioni dell'art.4 e, "prescrive al datore di lavoro di applicare le sanzioni disciplinari".

In senso completamente opposto, altri interpreti hanno invece affermato l'obbligatorietà dell'azione disciplinare secondo principi di imparzialità e buona amministrazione e ritenendo possibile una valutazione discrezionale solo in quei casi in cui occorra valutare la rilevanza disciplinare⁶⁶⁷.

Un'altra corrente di pensiero, ancora più restrittiva, ha ritenuto l'azione disciplinare obbligatoria, in base alla responsabilità del dirigente in caso di mancato avvio del procedimento disciplinare nel termine previsto.

Di questo avviso Tenore⁶⁶⁸, secondo il quale l'obbligatorietà dell'azione disciplinare corrisponde ai principi costituzionali di buon andamento della PA e di legittimità dell'azione amministrativa, che renderebbero intollerabili episodi di violazione. Ciò spiega l'attivazione di procedimenti disciplinari per il dirigente "lassista".

Secondo la giurisprudenza, la discrezionalità spettante al datore di lavoro è limitata alla valutazione della rilevanza disciplinare di un determinato comportamento, con la conseguente perdita della possibilità di soprassedere una volta ritenuto che una determinata condotta costituisce una violazione disciplinare⁶⁶⁹.

⁶⁶⁶ S. MAINARDI, "Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico", Art. 2106, in *Il codice civile. Commentario*, P. SCHELESINGER (diretto da), Giuffrè, Milano, 2002.

⁶⁶⁷ M. MISCIONE, "Potere e responsabilità disciplinare", in F. CARINCI, M. D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Milano, Giuffrè, 1995, II, p. 1044.

⁶⁶⁸ V. TENORE, *Gli illeciti disciplinari nel pubblico impiego. Nella giurisprudenza del g.o. e nei riferimenti della Corte dei conti*, EPC libri, Roma, 2007, p.22.

⁶⁶⁹ V. BAVARO, "Il potere disciplinare", *Il lavoro pubblico in Italia*, CARABELLI, M.T. CARINCI, (a cura di), Cacucci, Bari, 2010, p. 217.

Con la riforma Brunetta del 2009 ci si interroga se è cambiata la concezione del potere disciplinare. Adesso il dirigente, quando ha notizia di comportamenti punibili con sanzioni disciplinari superiori al rimprovero verbale e inferiori alla sospensione dal servizio, con privazione della retribuzione per più di dieci giorni, deve attivare “senza indugio” il procedimento disciplinare. Così egli, pur assumendo le funzioni di datore di lavoro pubblico con i “poteri del datore di lavoro”, davanti a determinate fattispecie non può che attivare il procedimento disciplinare. Si tratta di un vero e proprio obbligo legale, la cui violazione determina responsabilità contrattuale. Lo stabilisce l’art.55-*sexies*, comma 3, TUIP: il mancato esercizio o la decadenza dall’azione disciplinare dovuti all’omissione o al ritardo, senza giustificato motivo, degli atti del procedimento disciplinare o a valutazioni sull’insussistenza dell’illecito disciplinare irragionevoli o manifestamente infondate, in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare”, determina la sanzione della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per il dirigente responsabile, in proporzione alla gravità dell’infrazione non perseguita. Se a ciò si associa l’abolizione del c.d. “patteggiamento”, si può configurare un obbligo all’esercizio dell’azione disciplinare per i soggetti competenti.

La dottrina maggioritaria aderisce a questa tesi, ritenendo che il dirigente pubblico sia obbligato ad esercitare in ogni caso il potere disciplinare, potendo solamente dimostrare di non aver dato inizio al procedimento solo perché riteneva insussistente l’infrazione, o di non aver dato inizio all’azione per un “giustificato motivo”⁶⁷⁰. La stessa dottrina ne sottolinea l’anomalia rispetto al settore privato, in contraddizione con lo spirito della privatizzazione.

La soluzione scelta da Carinci è invece di tipo compromissorio: secondo l’autore si tratta di un potere discrezionale del dirigente, che però diventa obbligatorio tutte le volte che l’avvio del procedimento disciplinare è conforme all’interesse dell’amministrazione, in coerenza con gli obblighi contrattuali spettanti al dirigente⁶⁷¹.

⁶⁷⁰ Aderiscono a questa tesi CARABELLI, M.T. CARINCI, “Privatizzazione e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro e nuovi assetti giuridici dell’organizzazione delle pubbliche amministrazioni”, in *Il lavoro pubblico in Italia*, cit., p. 65 e B. BAVARO, “Il potere disciplinare”, in *Il lavoro pubblico in Italia*, CARABELLI, M.T. CARINCI, (a cura di), Cacucci, Bari, 2010, p. 217

⁶⁷¹ CARABELLI, M.T. CARINCI, *op. cit*

Come sottolinea Barbieri, la vera mancanza disciplinare per il dirigente consiste nell'agire senza motivo. La motivazione del mancato avvio del procedimento disciplinare consente al dirigente di sottrarsi dal suo esercizio. Secondo l'autore, prima della riforma del 2009, si trattava di un potere discrezionale, ciò che è cambiato è l'esistenza di un obbligo di motivazione, in mancanza del quale scatterebbe per il dirigente la sanzione disciplinare⁶⁷². Spinelli, invece, ritiene che non vi sarebbe automatismo tra mancato innesco del potere disciplinare e sanzione per il dirigente, poiché sarà necessario determinare le ragioni del suo operare.

Ciò che appare chiaro è che il dirigente ha sicuramente meno discrezionalità che in passato rispetto alla decisione di avviare o meno il procedimento disciplinare. Se tale discrezionalità è ammissibile per le violazioni non gravi, è difficile contemprarla in presenza di fattispecie per le quali il legislatore determina, *ipso facto*, il licenziamento (come la falsa attestazione dell'assenza in servizio).

Il fondamento negoziale del potere disciplinare. Per sottolineare il fondamento negoziale del potere disciplinare nel lavoro pubblico e privato, si evidenzia come l'art. 2106 Cod. Civ. e l'art. 7 dello Statuto dei lavoratori siano applicabili a tutti i rapporti di lavoro subordinati⁶⁷³, dal momento che il d.lgs. n. 29/1993 ha esteso il primo anche ai pubblici dipendenti e che il secondo si applica anche al pubblico impiego in seguito alla privatizzazione.

Fondamento negoziale significa che la mancanza di una specifica disposizione normativa non incide sul riconoscimento e sulla possibilità di esercizio del potere disciplinare del datore di lavoro, che possiede pertanto natura privatistica.

La spiegazione consiste nella circostanza che, in vista dello scopo finale dell'organizzazione, che nel settore pubblico è rappresentato dall'interesse al buon andamento dell'azione amministrativa, il datore di lavoro può richiamare il lavoratore a rispondere nell'ambito del rapporto obbligatorio.

La citata natura negoziale di tale potere resiste anche dopo l'approvazione della riforma del 2009, e nonostante le modifiche che hanno cambiato la disciplina delle fonti decisamente a

⁶⁷² BARBIERI M., relazione al convegno "la riforma Brunetta del lavoro pubblico: una rivoluzione per le pubbliche amministrazioni", Pescara, 16 aprile 2010.

vantaggio di quella legale. Infatti, il potere disciplinare continua ad avere configurazione privatistica, dal momento che il TUPI⁶⁷⁴ richiama ancora l'art. 2106 Cod.Civ. e si ribadisce la competenza del giudice ordinario sulle “controversie relative al procedimento e alle sanzioni disciplinari”⁶⁷⁵.

Inoltre, il fondamento privatistico e negoziale del potere disciplinare non sarebbe scalfito nemmeno dalla presunta obbligatorietà.

Con la riforma del 2009, la previsione di sanzioni per il dirigente che non dà corso dall'azione disciplinare ha fatto supporre un ritorno “alla logica pubblicistica del perseguimento di interessi generali”, rendendolo espressione della pretesa punitiva dell'autorità pubblica più che dell'interesse privato del datore di lavoro⁶⁷⁶. Uno degli argomenti che aveva fatto propendere per la natura privatistica era la possibilità, offerta dal previgente art.55, comma 6, del TUPI, di ridurre la sanzione, col consenso del dipendente, al fine di non renderla più impugnabile (il c.d. patteggiamento). Tale norma confermava la piena disponibilità del potere disciplinare da parte del datore di lavoro.

Se è vero che il d.lgs. n. 150/2009 ha abrogato questa forma di conciliazione, va detto che resta aperta la possibilità che la contrattazione collettiva introduca forme di conciliazione non obbligatoria, fuori dei casi per i quali è prevista la sanzione disciplinare del licenziamento, all'esito delle quali è possibile comminare sanzioni disciplinari diverse da quelle stabilite inizialmente⁶⁷⁷.

Come nel caso della disciplina inerente le mansioni superiori, la previsione di una responsabilità dirigenziale in caso di mancata attivazione del procedimento disciplinare non colloca la materia nell'ambito pubblicistico, ma piuttosto in ambito privatistico speciale.

La posizione giuridica del lavoratore non ne risulta intaccata, dal momento che alla decorrenza dei termini previsti egli non è più punibile.

Anziché parlare di “obbligatorietà dell'azione disciplinare”, sarebbe più corretto parlare della limitazione della discrezionalità (ma pur sempre discrezionalità). Essa si

⁶⁷³ BAVARO V., “Il potere disciplinare”, in CARABELLI-CARINCI M.T. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, Cacucci, 2010, 215.

⁶⁷⁴ Art.55, comma 2, TUPI.

⁶⁷⁵ Art. 67, comma 2, d.lgs. n. 150/2009.

⁶⁷⁶ B.G.MATTARELLA, “La responsabilità disciplinare”, *GDA*, 2010, 38.

manifesta nella scelta se dare inizio al procedimento disciplinare in presenza di violazione potenzialmente passibile di sanzione, oppure motivare il mancato avvio, con il rischio che le motivazioni non siano ritenute congrue, determinando in seguito sanzioni per lo stesso dirigente. Come ha ipotizzato Mainardi⁶⁷⁸, la strutturazione della norma potrebbe produrre, di fatto, un'obbligatorietà dell'azione disciplinare, dal momento che il dirigente, per evitare di sbagliare, procederà comunque (col rischio di "sovraccaricare" l'ufficio per i procedimenti disciplinari di un lavoro notevole e di creare tensione nel clima interno agli uffici).

Il legislatore obbliga quindi il dirigente ad avvalersi di un potere che gli spetta, con il rischio che, anziché valutare di intervenire, egli proceda in automatico. Infatti, a rigor di logica, prima di segnalare la condotta all'ufficio per i procedimenti disciplinari, il dirigente dovrà condurre in autonomia una breve e sommaria istruttoria per apprezzare la gravità dell'infrazione, tenendo conto che quanto più grave è la violazione, tanto più pesante sarà la sanzione per il dirigente "lassista". Vi è quindi un ampio margine di discrezionalità da parte del dirigente per ritenere se un sospetto o una notizia di illecito possa configurare una sanzione; pertanto, solo nel caso in cui la violazione sia certa e tale da configurare una grave violazione che il dirigente, in caso di inerzia o di decadenza dell'azione disciplinare, rischia la sanzione⁶⁷⁹.

Al dirigente sarà anche interdetto di agire in maniera differente, in assenza di una valida giustificazione, in presenza di una pluralità di infrazioni poste in essere da più dipendenti; il dirigente non potrà decidere di agire in qualcuno di questi casi e di lasciar correre in altri.

Ciò che può veramente limitare l'esercizio della discrezionalità nell'utilizzo del potere disciplinare è la previsione del licenziamento *tout court* in presenza di determinate infrazioni⁶⁸⁰ molto gravi, come la "falsa attestazione della presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente".

⁶⁷⁷ Art. 55, comma 3, TUPI.

⁶⁷⁸ MAINARDI S., "Profili della responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici", *RGL*, 2010, I, p. 627-628

⁶⁷⁹ VOZA R., "Fondamento e fonti del potere disciplinare nel lavoro pubblico", *LPA*, vol. XIV, settembre-ottobre 2011, p. 647-673.

⁶⁸⁰ Art. 55 *quater*, comma 1, TUPI.

Sicuramente, l'elencazione delle violazioni a cui è associato il licenziamento sminuisce il ruolo del procedimento disciplinare, dal momento che la valutazione di proporzionalità tra violazione e sanzione è sostituita da un meccanismo sanzionatorio di tipo automatico.

Il cambiamento della disciplina delle fonti dalla contrattazione alla legge. In evidente contrasto con l'obiettivo della “convergenza degli assetti regolativi del lavoro pubblico con quelli del lavoro privato, con particolare riferimento al sistema delle relazioni sindacali” (art.2, comma 1, lett. a), legge n.15/2009), la materia delle sanzioni disciplinari punibili e le relative sanzioni viene sottratta alla contrattazione collettiva a vantaggio della legge. Ciò nonostante, per le motivazioni enunciate in precedenza, non è possibile collocare la materia nell'ambito pubblicistico, ma semplicemente si rafforzano la specialità della disciplina applicabile al settore pubblico, pur restando in ambito privatistico.

Per quello che riguarda l'ambito procedurale, la disciplina prevista dai contratti collettivi continua ad applicarsi solo per ciò che riguarda le fattispecie sanzionate col rimprovero verbale (art. 55-*bis*, comma 1).

Per tutto il resto, la nuova disciplina legale ha completamente sostituito quella contrattuale che, in assenza di rinnovo della contrattazione collettiva, è implicitamente abrogata. Ne consegue che l'art. 7 dello Statuto dei lavoratori, pur teoricamente applicabile al pubblico impiego, lo è solo in modo marginale. Per ciò che riguarda “la tipologia delle infrazioni e le relative sanzioni” (art.55, comma 2, TUIPI), la competenza in teoria resta ancora della contrattazione collettiva, ma la tipologie delle infrazioni resta stabilita: 1) dagli obblighi specifici previsti dal TUIPI per i pubblici dipendenti, inderogabili ai sensi e per gli effetti degli artt.1339 e 1419, secondo comma, del Cod. civ. 2) dal Codice di comportamento dei dipendenti pubblici⁶⁸¹, la cui violazione, ai sensi dell'art.54, comma 3, TUIPI, costituisce fonte di responsabilità disciplinare; 3) dal codice di comportamento di ciascuna amministrazione, la cui violazione determina gli stessi effetti.

⁶⁸¹ DPR 16 aprile 2013, n. 62

A proposito del codice disciplinare, nel TUPI vigente a seguito della riforma del 2009, è venuto meno il richiamo all'art.7, comma 1, dello Statuto dei lavoratori, da cui si desume l'obbligo di conformazione del codice disciplinare alla disciplina contrattuale, se esistente.

Se a ciò si aggiunge la previsione del comma 5 dell'art. 54 della stessa norma, secondo la quale “Ciascuna pubblica amministrazione definisce, con procedura aperta alla partecipazione e previo parere obbligatorio del proprio organismo indipendente di valutazione, un proprio codice di comportamento”, si capisce come quest'ultimo non è più una semplice riproduzione della normativa disciplinare di fonte contrattuale (anche perché, al momento, è completamente svuotata dalla legge), ma può ben imporre unilateralmente ai funzionari nuovi obblighi, seppur seguendo una procedura di partecipazione.

Per quanto concerne le sanzioni, non possono essere diverse dal licenziamento per le violazioni previste all'art. 55-*quater*. Per tutto ciò che non è stabilito dalla legge e non in contrasto con essa, opera la contrattazione. Si capisce come i suoi spazi di operatività siano molto ridotti.

Un'ulteriore prerogativa interdotta alla contrattazione è l'introduzione di “procedure di impugnazione di provvedimenti disciplinari” (art.55, comma 3, TUPI), essendo consentita alla contrattazione solo l'introduzione di procedure di conciliazione non obbligatoria.

In conclusione, la normativa legale in tema di sanzioni disciplinari è inderogabile in senso assoluto, nè in *peius* nè in *meius*, trattandosi di una disciplina posta a salvaguardia degli interessi unilaterali dell'amministrazione⁶⁸². Rispetto alla disciplina contrattuale, inoltre, è stato ribadito come la disciplina della nullità e della sostituzione automatica si applichi senza bisogno di un accertamento giudiziale⁶⁸³

⁶⁸² Cfr. VOZA R., “Fondamento e fonti del potere disciplinare nel lavoro pubblico”, *LPA*, vol. XIV, settembre-ottobre 2011, p. 647-673.

⁶⁸³ Cfr. LISO M., “La privatizzazione dei rapporti di lavoro”, in CARINCI F., D'ANTONA M., *dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, Giuffrè, Milano, p. 22.

Appare difficile spiegare quanto stabilito dall'art.55-*sexies*, comma 1, secondo il quale “La condanna della pubblica amministrazione al risarcimento del danno derivante dalla violazione, da parte del lavoratore dipendente, degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa, stabiliti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza o dai codici di comportamento di cui all'articolo 54, comporta l'applicazione nei suoi confronti, ove già non ricorrano i presupposti per l'applicazione di un'altra sanzione disciplinare, della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da un minimo di tre giorni fino ad un massimo di tre mesi, in proporzione all'entità del risarcimento”.

La norma in esame ha una funzione eminentemente punitiva, in cui assume centralità non la condotta vietata del dipendente, ma il danno cagionato all'amministrazione. Pertanto, la funzione disciplinare non è più tesa a ripristinare il corretto e ordinato funzionamento dell'organizzazione amministrativa, secondo quanto ha ritenuto nel tempo la dottrina.

Ciò determina la necessità di verificare l'elemento soggettivo della colpa e quello oggettivo del legame tra danno e condotta del dipendente.

Inoltre, presenta criticità il rapporto tra azione disciplinare e responsabilità amministrativa del dipendente pubblico perché il danno che determina la condanna dell'amministrazione ha le caratteristiche del danno erariale.

Paragrafo II: il potere di avviare il procedimento disciplinare nella fonction publique francese

Lo studio della responsabilità disciplinare del funzionario occupa nella maggior parte dei manuali contemporanei un posto molto rilevante. Ciò si spiega e si giustifica sicuramente per la ricchezza e l'interesse delle questioni giuridiche poste (e per una deformazione ben naturale che incita il giurista ad interessarsi prioritariamente alle sanzioni e alle tecniche di controllo sviluppate dal giudice), ma ha per effetto di offrire ai lettori una visione potenzialmente trunca della realtà delle pratiche amministrative.

Il potere disciplinare appartiene all'autorità investita del potere di nomina, come precisa l'art.19 dello SG⁶⁸⁴. Per evidenti ragioni materiali, lo statuto generale prevede che possa essere delegato nell'amministrazione pubblica statale. In alcuni casi, al fine di garantire al meglio l'indipendenza dei funzionari coinvolti, il potere disciplinare può essere affidato ad una giurisdizione speciale, come nel caso dei magistrati.

A differenza del diritto penale che si fonda sul principio *nullum crimen sine lege*, i differenti testi statutari non predeterminano in maniera precisa la lista delle violazioni disciplinari possibili. Discorso analogo nel diritto del lavoro privato francese, poiché l'articolo L. 1331-1 del Codice del lavoro definisce la sanzione come "ogni misura, diversa dalle osservazioni verbali, presa dal datore di lavoro in seguito ad un comportamento del lavoratore considerato come colpevole, che sia o meno in grado di colpire la presenza del dipendente nell'impresa, la funzione la carriera o la sua remunerazione".

La colpa disciplinare deve fondarsi su fatti certi (che si tratti di una o più azioni determinati o di una mancanza). Come nell'insieme delle materie sottomesse al controllo dell'eccesso di potere, il giudice amministrativo è competente per valutare la materialità dei fatti rimproverati al funzionario sulla base della celebre

⁶⁸⁴ V. ugualmente l'art. 67 dello SG della pubblica amministrazione statale e l'art. 89 della PA territoriale.

giurisprudenza Camino⁶⁸⁵. In ogni caso, si pone una questione delicata, ovvero l'incidenza eventuale delle costatazioni dei fatti operati dal giudice penale: che succede se quest'ultimo è adito per gli stessi fatti? Accade che l'amministrazione e il giudice amministrativo sono legati dalle costatazioni operate dal giudice penale.

La questione che si pone non è di sapere se i fatti rimproverati al funzionario sono reali ma se sono costitutivi di una mancanza ad un'obbligazione del funzionario. Una tale valutazione non è semplice, tenuto conto in particolare della flessibilità delle obbligazioni alle quali sono tenuti i funzionari. In più, differenti variabili devono essere prese in conto dall'autorità titolare del potere di sanzione, in particolare il modo di servire del funzionario. Non si tratta dunque di qualificare dei fatti astrattamente isolati ma di giudicare la situazione nell'insieme, senza tuttavia confondere le nozioni di colpa disciplinare e di insufficienza professionale.

La qualificazione effettuata dall'amministrazione fa oggetto di un esame approfondito da parte del giudice amministrativo poiché egli opera un controllo "normale" o "intero". Detto altrimenti, egli verifica scrupolosamente se i fatti addebitati al funzionario meritano di essere qualificati come colpa disciplinare.

Né l'amministrazione né il giudice amministrativo sono legati alle qualificazioni effettuate dal giudice penale. Innanzitutto, è necessario pervenire ad una soluzione comune in materia di esattezza materiale dei fatti (i fatti esistono o non esistono e non possono esistere per gli uni e non per gli altri, salvo a privare i ogni credibilità l'amministrazione o i giudici), allo stesso modo ciò non è necessario in materia di qualificazione giuridica dei fatti poiché le nozioni di colpa disciplinare e di infrazione penale sono indipendenti. Detto altrimenti, lo stesso fatto (dimostrato) può essere, senza alcuna contraddizione, costitutivo di una colpa disciplinare e di una infrazione penale, dell'uno o dell'altro o né dell'uno né dell'altro.

Imprescrittibilità dei fatti. A proposito dei termini di perseguibilità dei fatti, il diritto del lavoro pubblico è stato per lungo tempo più severo del diritto del lavoro privato. Se nel codice del lavoro si prevede un intervallo di due mesi dal giorno in cui

⁶⁸⁵ CE, 14 gennaio 1916, Rc., p.15

il datore di lavoro abbia avuto conoscenza dei fatti, a meno che lo stesso episodio non abbia dato luogo a di conseguenze penali, lo *statut général* prevedeva l'imprescrittibilità.

In modo classico, il diritto del lavoro pubblico si fonda sul principio generale secondo il quale la prescrizione è stabilita non a favore dell'individuo, ma dell'interesse collettivo. Tuttavia, nel diritto del lavoro pubblico non vi sono norme che stabiliscono la prescrizione dell'azione disciplinare. Come indicano le conclusioni del commissario di governo Laurent sulla sentenza *Deleuze*, "in assenza di disposizioni legislative che impongono, a pena di nullità, un termine alla procedura disciplinare, non spetta al giudice istituire un intervallo decorso il quale l'azione disciplinare sarebbe colpita di decadenza". L'assenza della regola della prescrizione è stata validata dal Consiglio costituzionale⁶⁸⁶.

È vero che, anche nell'ambito del vigente regime di imprescrittibilità in materia disciplinare, il giudice può esercitare un controllo sulla durata della procedura di repressione della colpa disciplinare nel quadro della valutazione della proporzionalità tra sanzione e colpa disciplinare⁶⁸⁷. Se questi ritiene che sussista una sproporzione manifesta riguardo all'intervallo compreso tra l'inizio del procedimento e il pronunciamento della sanzione, il giudice può annullarla. Tuttavia, alcune sentenze hanno giustificato i casi in cui fra il fatto da condannare e la sanzione disciplinare⁶⁸⁸ sia trascorso un tempo superiore a cinque anni. Davanti a questi esempi, si è ritenuta necessaria una revisione del principio di imprescrittibilità, imponendo una durata certa nella repressione legata a un'infrazione.

Secondo la proposta di legge relativa alla deontologia e ai diritti e obbligazioni dei funzionari attualmente in discussione, il nuovo art. 19 SG, così come modificato dall'art.27 della nuova legge, prevede che i fatti passibili di sanzioni disciplinari commessi da più di tre anni a contare dalla data d'entrata in vigore della nuova normativa siano prescritti.

⁶⁸⁶ CE Ass. 27 maggio 1955, *Deleuze*, Lebon, p. 296. Il regime di imprescrittibilità del procedimento disciplinare è stato riconosciuto molto presto dal giudice (CE 18 gennaio 1901, *Walsin-Estherazy*, Lebon, p. 36; CE 5 nov 1930, *Deshayes*, Lebon, p. 893; CE 27 gennaio 1949, *Sibour*, Lebon, p. 39).

⁶⁸⁷ CE 5 dic. 1930, *Sarrail*, Lebon, p. 1040.

⁶⁸⁸ CE sez. 28 gen. 1938, *Sieur Lapayrade*, Lebon, p. 99 ; CE Ass. 10 feb. 1961, *Sieur Chabran*, Lebon, p. 102.

Nell'ordinamento italiano, invece, all'art.55-*bis* si prevede che un'infrazione disciplinare possa essere contestata entro 20 giorni per quelle di minore gravità, termine che si eleva al doppio per le sanzioni più gravi. La decorrenza dei termini comporta la decadenza dall'azione disciplinare e la responsabilità del dirigente che doveva intervenire.

La nuova proposta di riforma in discussione in Francia, che coniuga la responsabilità dei datori di lavoro con la concessione di maggiori garanzie ai funzionari, pone il principio secondo cui quando l'amministrazione è a conoscenza di un fatto passibile di sanzione disciplinare deve perseguirlo entro un tempo prefissato, che può essere interrotto solo in caso di conseguenze penali.

La legge precisa che, decorso questo intervallo di tre anni, nessuna procedura ulteriore può riferirsi a fatti portati alla conoscenza dell'autorità investita del potere di sanzione, se essi non hanno innescato l'avvio di un'azione disciplinare⁶⁸⁹.

La fissazione di un termine di prescrizione della procedura disciplinare permette di evitare un eccesso di contenzioso a rischio, poiché gli errori di valutazione dell'autorità investita del potere di sanzione sono probabili quando l'amministrazione è a conoscenza dei fatti oggetto del procedimento già da parecchi anni prima di intraprendere un'azione disciplinare.

La procedura disciplinare. Come in materia penale, l'autorità amministrativa può decidere di intraprendere o meno un'azione disciplinare. Essa può allo stesso modo interromperla in ogni momento. Perciò, anche se l'articolo 29 della legge 13 luglio 1983 prevede che "ogni colpa commessa da un funzionario nell'esercizio o in occasione dell'esercizio delle sue funzioni lo espone ad una sanzione disciplinare", sicché l'amministrazione su questo punto dispone di una competenza discrezionale. Questo favorisce e incoraggia il lassismo evocato in precedenza. Una soluzione differente è sicuramente possibile, come lo dimostra l'esempio italiano (e tedesco) dove l'autorità gerarchica è tenuta ad intraprendere procedure disciplinari se i fatti sono suscettibili di

essere qualificati come colpa disciplinare e dove la sua astensione a perseguirli è essa stessa costitutiva di colpa disciplinare.

Il Consiglio di Stato ha avuto occasione di ricordare che il principio di presunzione di innocenza implica “in materia repressiva la colpevolezza di una persona che è oggetto di procedure disciplinari non possa essere presentata pubblicamente come acquisita prima che non sia intervenuta una condanna divenuta irrevocabile”. Questa esigenza vale non solo per le autorità che dispongono del potere di avviare il procedimento o di comminare una sanzione ma anche per tutte le autorità pubbliche. Essa non potrebbe tuttavia impedire che l’autorità competente alle sanzioni o all’istruttoria metta insieme tutti gli elementi di prova suscettibili di sostenere ai suoi occhi un verdetto di colpevolezza” ed è opportuno conciliarla “con l’informazione del pubblico sullo svolgimento delle istanze rappresentative in corso”⁶⁹⁰.

Le misure conservative. All’amministrazione è consentita la possibilità di sospendere un funzionario che abbia commesso una colpa grave. Le sue modalità sono precisate dall’art.30 della legge del 13 luglio 1983. il campo di applicazione di questo potere è ampio perché questa sospensione è possibile sia quando la colpa grave sia una mancanza del funzionario alle sue obbligazioni professionali o che si tratti di una infrazione di diritto comune. L’autorità disciplinare è tuttavia tenuta ad investire senza indugio il consiglio di disciplina. Soprattutto, la situazione del funzionario sospeso è considerata con riguardo alla regole del servizio svolto. Occorre a questo scopo distinguere due ipotesi. La prima è quella dove si rimprovera al funzionario una semplice mancanza professionale. Egli conserva allora integralmente il suo trattamento economico malgrado la sua sospensione (come pure l’indennità di residenza e gli assegni familiari) e nonostante la situazione disciplinare debba essere definita entro quattro mesi. Se la sanzione non viene irrogata al termine di questo intervallo, egli deve in principio essere reintegrato nelle sue funzioni. La seconda ipotesi è quella dove il funzionario è oggetto di un procedimento penale. Egli è innanzitutto trattato nella stessa maniera di un funzionario che si trova nella stessa ipotesi.

⁶⁸⁹ LAURIE F., « Faut-il mettre fin à l’imprescriptibilité des poursuites disciplinaires dans la fonction publique ? », *AJDA*, 2002, p. 1386-1389.

⁶⁹⁰ CE, ord., 14 marzo 2005, Gollnisch, Re., p.103, *AJDA*, 2005, p. 1633, note Laurence Burgorgue-Larsen.

Ma è evidente, rispetto agli intervalli di trattamento di un dossier dalle giurisdizioni penali, che la vicenda non può essere regolata in 4 mesi. Tuttavia il funzionario non ha diritto alla reintegrazione. La sua sospensione è mantenuta e può essergli inflitta una trattenuta sul trattamento economico. Essa non deve essere superiore alla metà dell'importo degli elementi della remunerazione che egli percepiva durante i quattro mesi di sospensione (e continua a percepire la totalità degli assegni familiari)

Le garanzie offerte al funzionario perseguito. Queste garanzie procedurali, enunciate dall'art. 19 della legge 13 luglio 1983, sono importanti e portano ad una sorta di giurisdizionalizzazione della procedura disciplinare. Esse sono principalmente tre. Innanzitutto, il funzionario perseguito ha diritto alla comunicazione dell'integralità del dossier individuale e di tutti gli allegati. E l'amministrazione deve tenerlo informato dell'esistenza di questo diritto alla comunicazione. Tale comunicazione è secondo i termini dell'articolo 65 della legge 22 aprile 1905, personale e riservata e riguarda, su tutti i documenti legati alla carriera del funzionario. Contrariamente a ciò che una lettura letterale della legge comporterebbe, il giudice considera che la comunicazione è integrale poiché essa riguarda tutti gli elementi utili alla difesa del funzionario⁶⁹¹.

In seguito, il funzionario perseguito ha diritto all'assistenza dei difensori di sua scelta (che si tratti per esempio di un avvocato o rappresentante sindacale). Come l'obbligazione precedente, essa permette di garantire il rispetto dei diritti della difesa (poiché il funzionario perseguito è nella situazione di accusato).

Infine, le sanzioni (ad eccezione di quelle del primo gruppo, che sono le più lievi), possono essere pronunciate solo dopo la preventiva consultazione del consiglio di disciplina, questo consiglio è generalmente la commissione amministrativa paritaria del *corps* al quale appartiene il funzionario perseguito. Essa emana un semplice parere che deve essere motivato.

Il consiglio di disciplina è tenuto a mantenere il segreto del verbale che può essere divulgato solo se la decisione è presa all'unanimità⁶⁹².

⁶⁹¹ CE, 20 febbraio 1970, Ministro dell'Interno c/Dumotier, Rec. TaB., p.1083.

⁶⁹² CAA Paris, 15 febbraio 2005, M.R., *AJDA*, 2005, p. 1415.

La modalità di voto del consiglio di disciplina, che consiste a mettere ai voti la sanzione considerata dall'autorità disciplinare e poi in seguito, in assenza di maggioranza, le altre sanzioni cominciando dalla più severa.

Il consiglio di disciplina è sicuramente tenuto al principio del contraddittorio⁶⁹³ e il funzionario deve poter prendere la parola per ultimo in applicazione del diritto alla difesa⁶⁹⁴.

⁶⁹³ CAA Paris, 5 luglio 2005, *AJDA*, 2005, p. 2086

⁶⁹⁴ CAA Paris, 28 ottobre 2005, *QJDQ*, 2006, p. 165.

Sezione II: Il potere di irrogare una sanzione disciplinare.

Paragrafo I: la sanzione disciplinare nel pubblico impiego italiano tra discrezionalità e obblighi di legge.

Dal lato dei dipendenti, questo sistema funziona come un deterrente efficace, poiché il funzionario che trasgredisce gravemente secondo una delle fattispecie di cui all'art. 55-*quater* non potrà più confidare nella clemenza del dirigente.

Il punto che solleva perplessità è la trasformazione del potere disciplinare in strumento ordinario di gestione dei rapporti di lavoro per il conseguimento di una maggiore produttività del personale, cosa che emerge da un'attenta lettura dell'art. 67 del d.lgs. n. 150/2009⁶⁹⁵.

A ciò si aggiunge l'introduzione della fattispecie del licenziamento per scarso rendimento ex art.55-*quater*, nel caso di prestazione lavorativa riferibile ad un arco temporale non inferiore al biennio, per la quale la PA effettui una valutazione di insufficiente rendimento nell'ambito dei vigenti sistemi di valutazione e tale esito sia dovuto alla "reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione stessa, stabiliti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza o dai codici di comportamento di cui all'articolo 54".

Infatti, il collocamento del dipendente nell'ultima fascia di merito significa che la prestazione lavorativa non è stata all'altezza, ma appare arduo distinguere tra insufficiente rendimento "semplice" e quello legato all'inosservanza di obblighi, come si vedrà meglio nel paragrafo I della sezione II.

Inoltre, l'art.55-*sexies*, comma 2, dispone che "il lavoratore, quando cagiona grave danno al normale funzionamento dell'ufficio di appartenenza, per inefficienza o

⁶⁹⁵ SPINELLI C. "I limiti sostanziali all'esercizio del potere disciplinare nel lavoro pubblico. Il licenziamento disciplinare", in MAINARDI, CARINCI, *La Terza Riforma del Lavoro Pubblico*, p. 491

incompetenza professionale accertate dall'amministrazione ai sensi delle disposizioni legislative e contrattuali concernenti la valutazione del personale delle amministrazioni pubbliche, è collocato in disponibilità -all'esito del procedimento disciplinare che accerta tale responsabilità- e si applicano nei suoi confronti le disposizioni di cui all'articolo 33, comma 8, e all'articolo 34, commi 1, 2, 3 e 4. Il provvedimento che definisce il giudizio disciplinare stabilisce le mansioni e la qualifica per le quali può avvenire l'eventuale ricollocamento.

Durante il periodo nel quale è collocato in disponibilità, il lavoratore non ha diritto di percepire aumenti retributivi sopravvenuti”.

Si tratta di ipotesi di infrazioni disciplinari che trovano fondamento nella valutazione del rendimento lavorativo il quale diventa metro dell'inadempimento e della relativa responsabilità. La norma prevista dall'art.55-*quater*, comma 2, colpisce l'inefficienza e l'improduttività di lunga durata in grado di provocare un danno per l'amministrazione di cui al successivo art.55-*sexies*, comma 2, ma che per determinare la sanzione del licenziamento deve verificarsi per almeno due anni. L'evento singolo che provoca un danno al normale funzionamento dell'ufficio ed è imputabile all'inefficienza ovvero all'incompetenza professionale determina la sanzione conservativa del collocamento in disponibilità con potenziale demansionamento⁶⁹⁶.

Per certi aspetti, la possibilità che il datore di lavoro pubblico riconosca l'incompetenza professionale di un dipendente significa ammettere che il concorso pubblico che lo ha assunto non è stato capace di selezionare i migliori.

Inoltre, prevedendo la possibilità del collocamento in disponibilità con possibile demansionamento il legislatore ritiene ammissibili di sanzioni disciplinari che determinano mutamenti definitivi del rapporto di lavoro.

Il procedimento disciplinare. Con riferimento al procedimento di irrogazione delle sanzioni disciplinari, la disposizione dell'originario art.55 che era laconicamente racchiusa nei commi 4 e 5 è stata sostituita da un sistema più dettagliato.

⁶⁹⁶ Cfr. URSI R., *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta, LPA*, 2010, p. 766.

L'art.55-*bis* prevede due procedure: una semplice, per le infrazioni di minore gravità, ovvero quando è prevista l'irrogazione di sanzioni superiori al rimprovero verbale ed inferiori alla sospensione dal servizio per più di 10 gg, ed una aggravata, nei casi in cui il responsabile della struttura non ha qualifica dirigenziale ovvero nelle ipotesi di infrazioni gravi. La prima è di competenza del dirigente dell'ufficio presso cui il dipendente lavora, la seconda spetta all'ufficio dei procedimenti disciplinari (u.p.d.). Il legislatore ha voluto attribuire il potere disciplinare direttamente al dirigente dell'unità organizzativa in caso di infrazioni meno gravi, mentre in precedenza egli poteva provvedere direttamente solo nelle ipotesi di applicazione della sanzione del rimprovero verbale e della censura. Dunque, nei casi previsti dall'art.55-*bis*, comma 2, il potere disciplinare è espressione diretta del potere organizzativo riconosciuto al dirigente.

Invece, quando il capo ufficio non possiede la qualifica dirigenziale e ovvero la gravità dell'infrazione e la potenziale sanzione da irrogare sono di importanza tale da richiedere la necessità di una maggiore terzietà nello svolgimento dell'istruttoria disciplinare, si ricorre all'ufficio dei procedimenti disciplinari⁶⁹⁷.

Rispetto alla normativa previgente, si abolisce il c.d. patteggiamento di cui al comma 6 del vecchio art.55. Tale meccanismo permetteva di ridurre, anche solo indirettamente, lo sviluppo di un contenzioso giudiziale in materia disciplinare attraverso un accordo sulla sanzione applicabile. Il dipendente rinunciava ad impugnare la sanzione davanti al giudice del lavoro a favore di una riduzione della stessa (dalla quale in caso di licenziamento disciplinare potrebbe dipendere la conservazione del posto di lavoro), e l'amministrazione sceglieva di evitare un contenzioso sulla sanzione irrogata⁶⁹⁸, per un'esigenza di economia procedimentale. Aboliti i collegi arbitrali, ai contratti collettivi è concesso di introdurre procedure di conciliazione non obbligatoria, ma solo per le sanzioni di natura conservativa.

Le sanzioni espulsive. Il d.lgs. n. 150/2009 ridefinisce il sistema sanzionatorio disciplinare del pubblico impiego prevedendo espressamente, all'art.55-*quater* del

⁶⁹⁷ URSI R., *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta*, LPA, 2010, p. 759.

⁶⁹⁸ MAINARDI S., "La responsabilità ed il potere disciplinare", in F. CARINCI e L.ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004, II, p.835 ss;

decreto, nuove ipotesi “tipiche” di condotte disciplinarmente rilevanti, da aggiungersi a quelle già previste dai CCNL.

In particolare, la norma sanziona con il licenziamento disciplinare con preavviso le seguenti condotte: assenza priva di valida giustificazione per un numero di giorni, anche non continuativi, superiore a tre nell’arco di un biennio o comunque per più di sette giorni nel corso degli ultimi dieci anni, ovvero la mancata ripresa del servizio, in caso di assenza ingiustificata, entro il termine fissato dall’amministrazione; l’ingiustificato rifiuto del trasferimento disposto dall’amministrazione per motivate esigenze di servizio; la valutazione di insufficiente rendimento riferibile ad un arco temporale non inferiore al biennio, dovuta alla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione. In quest’ultima fattispecie di licenziamento, per la quale si ritiene sussista l’obbligo di preavviso, vi è la compresenza di un elemento quantitativo ed uno causale: la prestazione lavorativa del dipendente deve aver ricevuto una valutazione di insufficiente rendimento, con riferimento ad un arco temporale non inferiore al biennio; inoltre, è necessario dimostrare il collegamento esistente tra il rendimento insufficiente e la «reiterata violazione» degli obblighi concernenti la prestazione di lavoro, come stabiliti da norme legislative o regolamentari, da norme contrattuali, da atti e provvedimenti dell’amministrazione di appartenenza o dai codici di comportamento di cui all’art. 54.

Appare evidente lo stretto legame stabilito dalla legge tra i doveri di valutazione posti in capo al dirigente e i correlativi obblighi di sanzionare le condotte idonee a cagionare un pregiudizio all’attività della pubblica amministrazione.

La disposizione, così formulata, appare tuttavia un po’ ridondante, poiché insufficiente rendimento consiste proprio nella violazione di obblighi contrattuali; in altri termini, non può esserci insufficiente rendimento se si rispettano le prescrizioni spettanti al dipendente pubblico⁶⁹⁹.

⁶⁹⁹ RAVELLI F., “Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici”, *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .IT* - 122/2011, p.22
[http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DAntona/WP%20CSDLE%20M%20DAntona-IT/20110628-095230_ravelli_n122-2011itpdf.pdf, consultazione del 25 luglio 2013].

Il licenziamento è invece senza preavviso per: falsa attestazione della presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente, ovvero la giustificazione dell'assenza dal servizio mediante una certificazione medica falsa, o che attesta falsamente uno stato di malattia; le falsità documentali o dichiarative commesse ai fini o in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro, ovvero di progressioni di carriera; la reiterazione nell'ambiente di lavoro di gravi condotte aggressive, o moleste, o minacciose, o ingiuriose, o comunque lesive dell'onore e della dignità personale altrui; la condanna penale definitiva, in relazione alla quale è prevista l'interdizione perpetua dai pubblici uffici, ovvero l'estinzione, comunque denominata, del rapporto di lavoro.

La predeterminatezza della sanzione rispetto ad una determinata fattispecie pone un problema di costituzionalità dal momento che la Consulta ha dichiarato l'illegittimità dei meccanismi espulsivi automatici⁷⁰⁰. Bisogna quindi ritenere che la sanzione debba essere comminata all'esito di un procedimento disciplinare e che l'autorità detentrica del potere disciplinare debba comunque operare una valutazione i criteri di gradualità e proporzionalità⁷⁰¹. Inoltre il requisito della proporzionalità tra infrazione e sanzione, che prima era soggetto al sindacato del giudice, adesso deve essere presunto⁷⁰².

Tuttavia in realtà non si tratta di fattispecie del tutto nuove nel panorama del pubblico impiego, ma di ipotesi già ampiamente previste dai vigenti contratti collettivi, ma rafforzate dalla fonte legale e da un inasprimento delle sanzioni⁷⁰³.

Le sanzioni conservative. Sono sanzionate con la sospensione dal servizio, con la privazione della retribuzione da un minimo di tre giorni fino ad un massimo di tre mesi, le condotte pregiudizievoli per aver provocato la condanna della pubblica amministrazione al risarcimento del danno derivante dalla violazione degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa.

⁷⁰⁰ Cfr. Corte Cost. nn. 971/1988, 197/1993 e 141/1996.

⁷⁰¹ Lo suggerisce il rinvio che l'art. 55 fa all'art. 2106.

⁷⁰² Cfr. ROMEI R., "I procedimenti disciplinari", *Amministrativamente*, 12, 2009, p. 3. Secondo l'autore il giudice può solo limitarsi ad accertare la ricorrenza delle ipotesi previste dalla legge.

La singolarità di questa norma è dovuta alla circostanza che l'entità della sospensione è basata sull'entità del risarcimento comminato all'amministrazione invece che alla gravità della comportamento del lavoratore; si tratta di un'applicazione singolare del principio di proporzionalità che è alla base della determinazione delle sanzioni, poiché si tratta di una misura disciplinare e non di una misura risarcitoria⁷⁰⁴.

Interpretando la norma alla luce della legge delega, si ritiene che sia necessario accertare la natura colposa della condotta del lavoratore⁷⁰⁵.

L'art.55-*sexies*, comma 2, prevede la sanzione del collocamento in disponibilità in tutti i casi in cui il lavoratore cagiona grave danno al normale funzionamento dell'ufficio di appartenenza, per inefficienza o incompetenza professionale accertate dall'amministrazione ai sensi delle disposizioni legislative e contrattuali concernenti la valutazione del personale delle amministrazioni pubbliche. Il provvedimento con cui si conclude il giudizio disciplinare stabilisce le mansioni e la qualifica per le quali può avvenire l'eventuale ricollocamento. Durante il periodo di collocamento in disponibilità, il lavoratore non ha diritto di percepire aumenti retributivi sopravvenuti.

In base all'art. 55-*sexies*, comma 3, si applica la sospensione dal servizio, con privazione della retribuzione fino ad un massimo di tre mesi e della retribuzione di risultato per un importo pari a quello spettante per il doppio del periodo della durata della sospensione, per le seguenti condotte: il mancato esercizio, o la decadenza dell'azione disciplinare, dovuti all'omissione o al ritardo da parte del dirigente, senza giustificato motivo, degli atti del procedimento disciplinare, causati dall'omissione o al ritardo da parte del dirigente, senza giustificato motivo, degli atti del procedimento disciplinare, o a valutazioni sull'insussistenza dell'illecito disciplinare irragionevoli o

⁷⁰³ DI STASI A., "Prime note sulla responsabilità e le sanzioni disciplinari nel rapporto di lavoro pubblico a seguito del c.d. «Decreto Brunetta»", *Amministrativamente*, 11, 2009, p. 13.

⁷⁰⁴ RAVELLI F., "Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici", *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 122/2011* [http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DAntona/WP%20CSDLE%20M%20DAntona-IT/20110628-095230_ravelli_n122-2011itpdf.pdf, consultazione del 25 luglio 2013].

⁷⁰⁵ L'art. 55 *sexies*, comma 1°, è attuativo dell'art. 7, comma 2°, lett. g), della l. delega n. 15/2009), che prescrive l'introduzione di «ipotesi di illecito disciplinare in relazione alla condotta colposa del pubblico dipendente che abbia determinato la condanna della pubblica amministrazione al risarcimento dei danni». Cfr. BORGOGELLI F., *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro*

manifestamente infondate in relazione alle infrazioni sanzionabili con il licenziamento; ai soggetti non in possesso di qualifica dirigenziale si applica la predetta sanzione della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione, se il contratto collettivo non stabilisce diversamente. La responsabilità civile eventualmente configurabile a carico del dirigente in relazione a profili di illiceità nelle determinazioni concernenti lo svolgimento del procedimento disciplinare è limitata, in conformità ai principi generali, ai casi di dolo o colpa grave⁷⁰⁶.

Una giudizio complessivo. La riforma del 2009 è intervenuta nel tentativo di sanare i difetti del previgente sistema, legati a un complicato sistema delle impugnazioni e all’atteggiamento eccessivamente clemente dei vecchi organi arbitrali di disciplina nei confronti di lavoratori; inoltre, l’eccessiva durata dei processi penali bloccava i procedimenti disciplinari, sicché il d.lgs. n. 150/2009 ha deciso di separare i due binari, con l’obbligo di revisione degli esiti in caso di divergenza. Ma soprattutto, era evidente la scarsa inclinazione della dirigenza ad utilizzare il procedimento disciplinare, pur di evitare l’atteggiamento di difesa ad oltranza degli interessi dei lavoratori da parte sindacale. Il vecchio meccanismo peccava di una frammentarietà congenita tra norme legali, norme sindacali e giurisprudenza, e una debolezza nell’individuazione e imputazione delle responsabilità. Così, anziché intervenire sull’attuazione delle norme, ha preferito come spesso accade modificare i testi di legge, secondo la malattia della “riformite” di cui è affetto cronicamente il nostro sistema giuridico.

Anche per il potere disciplinare, come per la valutazione, il legislatore ha rilegificato la materia, svuotando il livello negoziale a beneficio della fonte legale. Anche in questo caso, però, l’effetto è solo virtuale, dal momento che anche in precedenza le norme dovevano essere applicate, dato il ruolo preminente della contrattazione nelle

pubblico, Napoli, 2009, p. 414. Disciplinare in relazione alla condotta colposa del pubblico dipendente che abbia determinato la condanna della pubblica amministrazione al risarcimento dei danni».

⁷⁰⁶ Cfr. SANDULLI P., “Il procedimento disciplinare nel pubblico impiego dopo l’entrata in vigore del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, di attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15”, *Lavoro e previdenza oggi*, n.4/2010.

fonti del pubblico impiego. La vera innovazione sta nella *moral suasion* nei confronti degli operatori, su tutti i dirigenti, affinché applichino realmente le norme.

Ancora una volta si riscontra un netto divaricamento rispetto alla disciplina in vigore per il settore privato, con la riduzione delle prerogative della contrattazione collettiva e l'introduzione di un obbligo ad agire per i dirigenti.

Fra le righe, si deduce un atteggiamento di diffidenza del legislatore nei confronti degli operatori che, all'interno della PA, devono attuare le norme, introducendo per essi sanzioni in caso di inerzia.

Rispetto al settore privato, nell'esercizio del potere disciplinare il dirigente pubblico potrà solo in minima parte valutare le conseguenze del suo utilizzo sul piano dell'efficienza.

Anche in questo caso, come per la valutazione, il dirigente è soggetto e oggetto allo stesso tempo: valutatore e valutato, titolare del potere disciplinare ma col rischio di subirlo in caso di inazione.

Nello stesso tempo, i dirigenti sono chiamati a far convivere “l'anima privatistica e aziendalistica della riforma con l'anima pubblicistica”⁷⁰⁷.

Non si vede allora come si possa dare il compito di attuare le norme a soggetti nelle cui capacità si dimostra diffidenza⁷⁰⁸.

È opportuno chiedersi se i dirigenti saranno all'altezza del ruolo loro affidato.

Generalmente, nel mondo del lavoro, il potere disciplinare ha funzione repressiva e preventiva e nei confronti del singolo lavoratore, dal momento che serve a punire un'infrazione disciplinare e a diffidare il lavoratore dal compiere ulteriori violazioni. Con la riforma del 2009, la funzione preventiva viene notevolmente rafforzata, ma essa opera nei confronti della generalità dei lavoratori, “acquisendo “finalità pedagogiche, educative, morali (la cd. prevenzione generale positiva), di

⁷⁰⁷ CURRAO C. – PICARELLA G., “Lo sguardo “severo” del legislatore: le nuove regole del potere disciplinare”, *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT* – 109/2010, p.20
[http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DAntona/WP%20CSDLE%20M%20DAntona-IT/20110209-034540_currao-picarella_109-2010itpdf.pdf, consultazione del 25 luglio 2013]

⁷⁰⁸ Cfr. BONURA H. – CARUSO G., “La nuova disciplina della responsabilità disciplinare del dipendente pubblico e la lotta all’assenteismo”, *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT* – 105/2010 [<http://csdle.lex.unict.it/docs/workingpapers/La-nuova-disciplina-della-responsabilit-disciplinare-del-dipendente-pubblico-e-la-lotta-allassenteis/426.aspx>, consultazione del 25 luglio 2013].

orientamento culturale nei confronti della generalità dei lavoratori, dirigenti compresi”⁷⁰⁹.

⁷⁰⁹ CURRAO C. – PICARELLA G., “Lo sguardo “severo” del legislatore: le nuove regole del potere disciplinare”, *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT* – 109/2010, p.20
[http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DAntona/WP%20CSDLE%20M%20DAntona-IT/20110209-034540_currao-picarella_109-2010itpdf.pdf, consultazione del 25 luglio 2013]

⁷⁰⁹ RAVELLI F., “Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici”, *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT* - 122/2011 [http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DAntona/WP%20CSDLE%20M%20DAntona-IT/20110628-095230_ravelli_n122-2011itpdf.pdf, consultazione del 25 luglio 2013].

Paragrafo II: la sanzione disciplinare nel pubblico impiego francese.

Nell'ordinamento francese, esiste una scala di sanzioni disciplinari, stabiliti dalla legge, propria a ciascun versante della PA (Stato, enti territoriali, settore ospedaliero); ognuno di essi ha un suo schema di sanzioni, previsto dal proprio *statut*. Con la proposta di legge in discussione al momento della stampa della presente tesi⁷¹⁰, il legislatore ha ritenuto che questa disparità di trattamento fra funzionari, in un settore legato alle garanzie fondamentali, non fosse più giustificata.

Inoltre, si è ritenuto che la mancata previsione del termine entro il quale l'autorità investita del potere di sanzione dovesse pronunciarsi, una volta ricevuto il parere del consiglio di disciplina⁷¹¹, fosse una situazione potenzialmente pregiudizievole per i funzionari, anche se nella grande maggioranza dei casi quest'autorità vigila a non lasciare il personale in una situazione di insicurezza giuridica.

La riforma proposta dal Governo nel 2013 in occasione dei 30 anni dello statuto ha l'intento di responsabilizzare le autorità amministrative detentrici del potere disciplinare.

Non si è voluto rimettere in discussione il principio dell'opportunità nel valutare l'avvio di un procedimento disciplinare⁷¹², come pure la possibilità di rinunciare in ogni momento ad esercitare l'azione disciplinare⁷¹³. Nel diritto del lavoro pubblico italiano, come si è visto, se il dirigente decide di non avviare il procedimento o di non comminare sanzioni pur in presenza di violazioni, rischia egli stesso una sanzione.

Il progetto di legge sulla deontologia attualmente in discussione, che probabilmente vedrà la luce entro fine 2014, introduce un intervallo di prescrizione di tre anni a partire dalla data in cui l'amministrazione ha avuto conoscenza dei fatti passibili di

⁷¹⁰ Projet De Loi N° 1278 relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires [http://www.fonction-publique.gouv.fr/fonction-publique/statut-et-remunerations-90, consultazione del 29 aprile 2014].

⁷¹¹ Tuttavia, il giudice ha considerato che un intervallo di due anni e mezzo è troppo lungo (CE 12 giugno 1992, CPAM di Parigi, n° 78484).

⁷¹² CE 31 maggio 1989, Tronchet.

⁷¹³ CE 4 agosto 1916, Dlle Gautier, Lebon, p. 365 ; CE 14 giugno 1991, M. Aliquot, Lebon, p. 1023.

sanzione, con la possibilità di interromperlo in caso di conseguenze penali (questo termine ricomincia a decorrere da zero a partire dalla fine del procedimento).

Così i datori di lavori pubblici dovranno soddisfare le garanzie statutarie dei loro funzionari, garantendo prevedibilità del procedimento e sicurezza giuridica. La fine dell'imprescrittibilità si applicherà all'insieme dei funzionari titolari e agli stagisti. Per la sua applicazione al personale non di ruolo, sarà prevista una norma specifica nei decreti relativi alla loro situazione in ciascuno dei tre versanti del pubblico impiego.

Tuttavia, l'autorità amministrativa potrà sempre ritardare la sua decisione di perseguire il funzionario e irrogare eventualmente una sanzione, anche se questa è presa parecchi mesi dopo la scoperta della colpa disciplinare⁷¹⁴. Il legislatore francese non ritiene opportuno che l'amministrazione persegua ogni fatto passibile di sanzione, poiché il margine di apprezzamento dei responsabili è essenziale; invece, si fissa semplicemente un intervallo di tre anni per l'esercizio di questo potere di perseguire le infrazioni in materia disciplinare.

Questa misura completerà le garanzie disciplinari definite dal legislatore e dalla regolamentazione esistente (in merito ai diritti alla convocazione e all'audizione del funzionario al consiglio di disciplina, all'informazione della comunicazione del fascicolo e alla motivazione della decisione). Allo stesso modo, conviene ricordare il principio di imparzialità del procedimento. Esso configura una concezione del pubblico impiego più equilibrata, dove la situazione dell'impiegato, che resta soggetto alla gerarchia, è meglio presa in considerazione.

D'altra parte, la legge di riforma della deontologia e delle obbligazioni dei funzionari che dovrebbe essere approvato entro fine anno propone non solo di armonizzare la scala delle sanzioni nei tre versanti della PA, ma anche di diversificare le sanzioni che possono essere irrogate, lasciando più flessibilità nella fissazione della durata dell'esclusioni temporanee dalle funzioni, creando una nuova sanzione relativa allo sviluppo della carriera dell'interessato, dunque al diritto di esercitare determinate responsabilità. Queste norme non riguardano gli stagisti e il personale non titolare di

⁷¹⁴ CE 11 febbraio 1987, Mme Payan, n° 72013.

diritto pubblico, essendo soggetto alle sanzioni previste nei decreti relativi alle disposizioni che sono loro applicabili in seno a ciascun comparto della PA.

Il progetto di legge sulla deontologia vuole imporre all'autorità investita del potere disciplinare un intervallo massimo di due mesi per pronunciare la sanzione dopo l'emanazione del parere da parte del consiglio di disciplina. Questa regola completa quella della prescrittibilità. Peraltro, la finalità di tale disposizione è di non prolungare oltremisura la situazione di sospensione delle funzioni nella quale si trova un gran numero di impiegati la cui situazione è oggetto di esame da parte di un consiglio disciplinare.

Infine, le garanzie disciplinari così rafforzate sono completate da un "diritto alla dimenticanza" che viene ridefinito. Il progetto di legge propone di ridurre l'intervallo a conclusione del quale il biasimo sarà cancellato sarà ridotto da tre a due anni.

Le misure proposte dal progetto di legge introducono un distacco d'ufficio per il funzionario sotto controllo giudiziario.

L'impatto quantitativo di tale "distacco provvisorio" dai datori di lavoro dei funzionari che sarebbero oggetto di procedimento giudiziario è difficile da misurare. In effetti, l'amministrazione non dispone di statistiche sul numero di procedimenti nei quali si registrano conseguenze penali. A titolo indicativo, su un totale di quasi 500 sanzioni di terzo e quarto gruppo pronunciate nel 2010 per la sola funzione pubblica statale, la metà di queste riguarda questioni sulle quali ci sono conseguenze penali. Queste riguardano un numero minimo di funzionari che è oggetto di un controllo giudiziario. Al di fuori di ogni approccio disciplinare, il Ministero dell'Interno ha indicato alla DGAFP che meno di dieci casi per anno possono essere legati a conseguenze penali, che concernono essenzialmente misure di controllo del divieto di detenzione d'arma.

In compenso, questa misura rientra nella semplificazione delle posizioni statutarie e, di conseguenza, della pratica di razionalizzazione delle norme. In realtà, il distacco d'ufficio costituiva una modalità già possibile ma poco praticata dalle amministrazioni. Essa sarà ormai esclusivamente limitata a questa nuova forma finalizzata a disciplinare la situazione dei funzionari durevolmente impediti di esercitare le loro funzioni abituali da obbligazioni di controllo giudiziario, per evitare

un allontanamento troppo lungo dall'ufficio e preservare la loro possibilità di prestare servizio.

Questa innovazione contribuisce ad un uso razionale delle risorse pubbliche nella *fonction publique* poiché, in mancanza di strumenti statuari che permettano una "riclassificazione" adatta, i funzionari oggetto di controllo giudiziario restano spesso lontani dal servizio e percepiscono regolarmente la retribuzione, almeno in modo parziale, fino al termine di questo controllo.

Nell'ambito della modernizzazione dell'azione disciplinare nel lavoro pubblico, la semplificazione del diritto disciplinare nei tre versanti del lavoro pubblico rientra nello sforzo di semplificazione delle norme.

In linea generale, la chiarificazione della situazione professionale degli impiegati pubblici in generale, e di quelli che sono stati oggetto di una procedura disciplinare in particolare, deve permettere al servizio di funzionare in un clima più sereno.

L'articolo 28 vuole modernizzare la graduazione delle sanzioni e l'armonizza fra i tre versanti della pubblica amministrazione creando un nuovo articolo 19-*bis* nello SG che si sostituisce alle disposizioni previste negli *statut* di ciascun settore della PA francese.

Esso migliora la gradazione delle sanzioni disciplinari armonizzando il regime dell'esclusione temporanea dalle funzioni, creando una nuova sanzione (radiazione dalla lista di attitudini stabilita dopo parere della commissione amministrativa paritaria), e precisando la portata di quelle esistenti.

Esso obbliga l'autorità investita del potere di nomina ad a prendere una decisione in un intervallo massimo di due mesi a partire dall'emissione del parere da parte del consiglio di disciplina. Inoltre, il progetto di legge riduce l'intervallo a conclusione del quale il biasimo cessa di essere menzionato nel dossier da tre a due anni. Vengono introdotte disposizioni transitorie per regolare le procedure disciplinari iniziate precedentemente all'entrata in vigore della legge e nell'ambito delle quali il consiglio di disciplina ha proposto una sanzione prevista dalle disposizioni anteriori.

Il nuovo art.19-*bis* ripartisce le sanzioni disciplinari in quattro gruppi:

Il primo gruppo è costituito da:

- a) L'avvertimento;
- b) Il biasimo.

Il secondo gruppo invece da:

- a) La radiazione dalla griglia di avanzamento;
- b) L'abbassamento alla fascia economica immediatamente inferiore;
- c) L'esclusione temporanea dalle funzioni per una durata massima di quindici giorni;
- d) La radiazione dalla lista d'attitudini stabilita dopo avviso della commissione amministrativa paritaria;
- e) Il trasferimento d'ufficio.

Il terzo gruppo:

- a) La retrocessione al grado immediatamente inferiore;
- b) L'esclusione temporanea dalle funzioni per una durata da un mese a due anni.

Quarto gruppo:

- a) Collocamento a riposo d'ufficio;
- b) Il licenziamento (definito, in questo caso, "révocation")

L'autorità investita del potere di nomina decide in un intervallo di due mesi dopo il parere del consiglio di disciplina.

L'autorità disciplinare gode di una competenza discrezionale per scegliere, fra questa griglia di sanzioni, quella da comminare al funzionario. Essa tuttavia è condizionata da due esigenze. Il rispetto del *ne bis in idem* vieta in principio il cumulo di due sanzioni disciplinari per gli stessi fatti. Il giudice vigila anche affinché non ci sia una sproporzione manifesta fra la colpa commessa dal funzionario e la sanzione decisa dal suo datore di lavoro.

La decisione di infliggere una sanzione disciplinare deve essere obbligatoriamente motivata (titolo I, art.19, comma 3). Essa deve pertanto contenere gli elementi di fatto e di diritto che ne giustificano il contenuto. La motivazione favorisce allo stesso tempo l'informazione del funzionario sanzionato e il controllo del giudice in caso di

ricorso. Essa permette in particolare di evitare le sanzioni fondate su motivi nascosti come quelle “mascherate”. Questa obbligazione vieta in principio all’amministrazione di motivare *per relationem*⁷¹⁵. È dunque illegale ogni sanzione che non comporta in sé nessuna motivazione e che si limita a riferirsi al parere, anche conforme, del consiglio di disciplina. Se l’autorità che pronuncia la sanzione intende tuttavia riferirsi ad un testo, quest’ultimo deve essere incorporato o allegato alla sua decisione⁷¹⁶.

L’autorità disciplinare può decidere, su parere del consiglio di disciplina, di rendere pubblica la sanzione come pure i suoi motivi (v. SGFPE, art. 67, comma 1). Questa decisione deve essere motivata. Come ogni decisione amministrativa individuale, la sanzione disciplinare è notificata al funzionario interessato. Essa deve infine comportare la menzione dei termini delle vie di ricorso.

Tipo di ricorso possibile. Dalla notifica della sanzione, il funzionario può formare un ricorso diretto o gerarchico. In alternativa, egli può interessare direttamente il giudice amministrativo. Prima di ogni contenzioso, gli dispone ancora, in certi casi, di una procedura di ricorso amministrativo di appello. L’esercizio di uno di questi ricorsi amministrativi proroga il termine del ricorso contenzioso. Esso non ha nessun effetto sul carattere esecutivo della sanzione.

Il ricorso diretto è formato davanti all’autorità che ha inflitto la sanzione. Questa può decidere di attenuarla o di ritirarla. Tuttavia, se questa sanzione è creatrice di diritti per un terzo, il ritiro può avvenire solamente nell’intervallo di quattro mesi a decorrere dalla presa di decisione iniziale⁷¹⁷.

Il ricorso gerarchico si esercita presso il superiore gerarchico dell’autorità titolare del potere disciplinare. Questa procedura non esiste dunque nella PA territoriale, dove i consigli di disciplina di ricorso ricoprono un ruolo equivalente. Il superiore controlla la decisione presa dal suo subordinato; egli può anche, sostituendo un nuovo motivo

⁷¹⁵ CE, Sez., 28 maggio 1965, Dlle Riffault, Rec. CE, p. 315; RA, 1965, p. 590, concl. Questiaux.

⁷¹⁶ V. CE, 15 giugno 2005, M. Jacques X., req. N. 260677; AJFP, 2005, p. 326, concl. Casas.

⁷¹⁷ CE, Ass, 26 ott. 2001, Ternon, Rec. CE, p.497, concl. Séners; GAJA, n° 113.

al motivo illegale ritenuto dall'autorità disciplinare, mantenere la sanzione a decorrere dal giorno della propria decisione⁷¹⁸.

Oltre il rigetto del ricorso, egli può ancora annullare la sanzione o sostituirla con una più leggera. La proibizione della *reformatio in pejus* impedisce che una sanzione sia aggravata dal solo ricorso della persona che ne ha fatto oggetto⁷¹⁹. Questo principio generale di diritto si applica ai ricorsi contro le sanzioni disciplinari che siano di natura amministrativa o giurisdizionale.

Portata del ricorso d'appello. L'avvio di un'istanza amministrativa d'appello non costituisce una condizione necessaria all'esercizio del ricorso giurisdizionale⁷²⁰. La regolarità del parere reso da questa istanza non incide sulla legalità della sanzione inflitta ad un funzionario⁷²¹.

In seno al Consiglio superiore della FPE (SGFPE, art.13 e D. n° 82-450, art. 10) e di quello della FPH (titolo IV), la commissione di ricorso può essere investita a titolo consultivo. Questa via di ricorso è possibile per il funzionario sanzionato solo in certe ipotesi, in particolare quando il collocamento a riposo o il licenziamento sono stati decisi senza che la maggioranza dei due terzi del consiglio di disciplina li abbia proposti. La commissione esamina i documenti della questione, ovvero il parere del consiglio di disciplina, osservazioni dell'interessato e un'eventuale inchiesta. Al termine di questo esame, essa emette un parere rigettando la richiesta o "raccomandando" di togliere o riformare la sanzione. Il parere con il quale la commissione di ricorso del CSFPE rigetta la richiesta non è suscettibile di ricorso giudiziale⁷²².

La raccomandazione conduce solamente l'autorità disciplinare statale a riesaminare il caso del dipendente in questione.

Ricorso al consiglio di disciplina di ricorso territoriale. Dal 1987, il consiglio superiore della FPT è privato di ogni competenza in materia disciplinare. Queste

⁷¹⁸ CE, Ass. 23 aprile 1965, *Veuve Ducroux*, Rec. CE, p.231 ; JPC G. 1965, II, N° 14412, note Durand-Prinborgne.

⁷¹⁹ CE, Sect., 16 marzo 1984, *Moreteau*, Rec. CE, p. 108, concl. Genevois ; D., 1984, p. 483, obs. Théron).

⁷²⁰ CE, 12 luglio 1993, *Centre hospitalier de Nemours*, req. N° 110234.

⁷²¹ CE, Sect., 6 maggio 1995, *Rubio*, REC. CE, p. 148: a proposito del parere del consiglio di disciplina di ricorso

⁷²² CE, Ass., 2 aprile 2003, *Gosset*, Rec. CE, p. 169; RFD adm., 2003, p. 767, concl. Chauvaux.

attribuzioni sono affidate a due consigli di disciplina dipartimentali o interdipartimentali di ricorso (SGFPT, art. 90 bis, D° 89-677, artt. da 18 a 29). In pratica, esiste un consiglio per regione, la cui sede è il centro di gestione competenze per capoluogo di regione. Ogni consiglio di disciplina di ricorso è presieduto da un magistrato amministrativo. È composto in numero uguale da rappresentanti del personale designati dalle organizzazioni sindacali che siedono nel Consiglio Superiore della FPT e i rappresentanti degli enti locali e dei loro enti che sono sorteggiati. Questo organo ricopre il ruolo di consiglio di disciplina d'appello e prende decisioni secondo una procedura simile a quella del consiglio di disciplina. Egli può pronunciare un parere che rigetta il ricorso o che raccomanda la revisione o la soppressione della sanzione. Questo parere è obbligatoriamente motivato. La raccomandazione che formula il consiglio di ricorso è vincolante per l'autorità territoriale. Essa non può pronunciare una sanzione più severa di quella del consiglio (SGFPT, art.91, comma 2). L'ente locale deve dunque rivedere la sua decisione e sostituirla con una sanzione che sia almeno equivalente a quella contenuta nel parere. Se l'ente decide di mantenere la sua sanzione iniziale, ne va della sua responsabilità⁷²³. Poiché egli limita la valutazione del datore di lavoro, il parere del consiglio di ricorso è una decisione contro la quale è possibile presentare ricorso. L'autorità territoriale può deferirla al giudice dell'eccesso di potere⁷²⁴.

Quanto alle procedure di ricorso, si è già detto come nel pubblico impiego italiano non sia più possibile "patteggiare" una sanzione, ma procedure di conciliazione non obbligatoria sono possibili per le sanzioni più gravi. In caso di contenzioso giudiziario, competente è il giudice ordinario, come per tutte le controversie inerenti il pubblico impiego privatizzato, fatta eccezione per i concorsi. Nel pubblico impiego francese è possibile un ricorso diretto o un ricorso al superiore gerarchico, il alternativa al ricorso giudiziario.

Il quadro che emerge dalla comparazione è sicuramente quello di un potere disciplinare scarsamente utilizzato, e le statistiche lo testimoniano. Il legislatore

⁷²³ V. CE, 25 maggio 1988, Cne de Quillan, req. ° 73628.

italiano ha scelto la strada della riforma radicale, capovolgendo il rapporto tra le fonti e vincolando notevolmente l'azione dei dirigenti. Il legislatore francese, con la riforma di prossima approvazione, ha invece scelto piccoli interventi al fine di colmare lacune della disciplina. Forse troppo nel primo caso, troppo poco nel secondo. La preterdeterminazione delle sanzioni e la “quasi obbligatorietà” dell'esercizio del potere possono nuocere al clima interno degli uffici, e d'altronde la Costituzione richiede il “buon andamento” della PA, cosa che può essere garantita da un uso intelligente di tale delicato potere, e non automatico. Nel caso francese, invece, il legislatore avrebbe potuto osare di più, separando le funzioni di istruzione e di sanzione, giurisdizionalizzando la procedura, codificando meglio e rendendo uniformi le regole applicabili e non soltanto le sanzioni.

Ma il vero cambiamento non può che essere quello culturale, al fine di indurre il datore di lavoro pubblico ad utilizzare il potere disciplinare in modo intelligente, servendosene quando serve, punendo chi viola le norme senza per questo creare negli uffici un clima “da caserma”.

⁷²⁴ V. CE, 29 apr. 1987, Ville de Grenoble c/Jay, Rec. CE, p. 157 ; AJDA, 1987, p. 628.

Conclusioni

Nel pubblico impiego italiano, nel corso del 2010 sono stati in tutto 105 i dipendenti pubblici i cui procedimento disciplinare si è concluso con la sanzione più grave della perdita del posto. Considerando la PA, escluse le Regioni e molti ministeri (tra cui uno dei più grandi, la scuola), risulta che i procedimenti avviati sono stati 2265, di cui 172 sospesi perché era stato avviato un procedimento giudiziario. Dei 2093 che si sono conclusi (per una durata media di 89 giorni), 491 sono finiti con l'archiviazione o il proscioglimento del dipendente; 950, quasi la metà, si sono chiusi con sanzioni minori; 544 con la sospensione dal servizio; 105 con il licenziamento vero e proprio. Per la precisione, dei 105 licenziati, 35 hanno perso il posto per assenze ingiustificate; 38 perché hanno commesso reati; 2 perché svolgevano un doppio lavoro senza l'autorizzazione dell'amministrazione. 30, infine, per non aver rispettato le disposizioni di servizio, negligenza, comportamento scorretto verso superiori, colleghi o utenti⁷²⁵.

In Francia, nello stesso anno, 4965 sanzioni sono state pronunciate contro i funzionari statali, di cui appena più di 220 rientrano nel quarto gruppo (licenziamento). Questo numero è inferiore dell'11,5% a quello del 2009 (DGAFP, 2011). Anche se le statistiche sono frammentate, si stima che quasi 5000 sanzioni disciplinari sono inflitte ogni anno nel pubblico impiego statale⁷²⁶. Meno di tre funzionari su 1000 sono sanzionati. Sicuramente la grande maggioranza del personale rispetta le proprie obbligazioni, ma che la proporzione sia di 997 per 1000 non è tuttavia normale.

Non si può tuttavia impedire di comparare i dati di cui siamo in possesso con la totalità dei funzionari cui si riferiscono: 1,6 milioni circa (su un totale di 5,5 milioni di cui è costituita tutta la PA) per la Francia, 2 milioni circa in Italia (su un totale di 3,4 milioni).

Dai dati emerge un uso del potere disciplinare molto limitato, ma presente, in Francia, contro un uso veramente poco rilevante in Italia.

⁷²⁵ Per maggiori dettagli, cfr. Relazione al Parlamento sullo stato della PA, anni 2010-2011, Portale del Ministero della Funzione Pubblica [<http://www.funzionepubblica.gov.it/media/864335/relazione%20parlamento%202010%20-%202011%20def.pdf>, consultazione del 30 luglio 2013].

⁷²⁶ LAURIE F., *L'appréciation de la faute disciplinaire dans la fonction publique*, Université d'Aix Marseille 3, 2001, p. 779-784

Resta da capire se solo nel pubblico impiego ci siano servitori irreprensibili che adempiono al meglio ai loro obblighi e non abusano della loro posizione; oppure se le norme in vigore in materia disciplinare non sono in grado di riflettere la situazione delle mancanze professionali di cui i funzionari titolari dello Stato si rendono colpevoli. Una conoscenza anche limitata della natura umana nonché l'esperienza concreta vissuta chi scrive all'interno della PA italiana induce a scegliere la seconda ipotesi.

In entrambi i paesi, il regime disciplinare del pubblico impiego aveva bisogno di una profonda riforma, il che spiega l'intervento del legislatore italiano nel 2009 e di quello francese, con la nuova legge sulla deontologia che dovrebbe essere approvata nell'anno in corso.

In Italia gli organismi di conciliazione creati dai CCNL operavano nella maggior parte dei casi a favore dei lavoratori e, nei casi in cui il procedimento addiveniva all'irrogazione di una sanzione, questa era ridotta notevolmente ridotta in seguito al patteggiamento. In Francia, l'amministrazione è solita seguire il parere del consiglio di disciplina anche perché non esiste nessuna prescrizione né definizione delle colpe disciplinari e le regole procedurali divergono a seconda che ci si trovi nella PA statale, territoriale o ospedaliera. Si tratta, per l'avvenire, di separare le funzioni di istruzione e sanzione, giurisdizionalizzare la procedura, codificare e omogeneizzare le regole applicabili.

Appare evidente che il potere disciplinare è una prerogativa di cui l'autorità amministrativa si serve molto raramente, probabilmente troppo raramente. Se c'è un fenomeno di lassismo questo è dovuto in minima parte a norme scritte male o applicate in senso troppo a favore del personale, ma ciò è soprattutto il risultato di una mancanza di coraggio e determinazione da parte dei datori di lavoro pubblici.

Su questo punto sembra possibile riprendere l'analisi di Marcel Pochard: "la gestione del lavoro pubblico è impregnata di lassismo. Per ciò si intende il mancato esercizio delle responsabilità essenziali da parte dei dirigenti. Ad essi non piace esercitare il potere disciplinare, in particolare per ciò che rappresenta la disciplina quotidiana: rispetto degli orari, assenteismo, scadenze di risposta, negligenze nel trattamento delle pratiche. Questo spiega il numero molto piccolo di sanzioni correnti, come il

biasimo o l'avvertimento (circa 3500 per anno), le più adatte a queste mancanze quotidiane che sono una delle piaghe del lavoro pubblico. Le sanzioni più pesanti sono anch'esse poco praticate. La causa principale è il cattivo utilizzo del denaro pubblico; in tal caso, la pubblica amministrazione è esemplare nell'intransigenza, e il licenziamento è l'unica soluzione possibile. Invece, le insufficienze professionali sono raramente all'ordine di sanzioni (17 provvedimenti per insufficienza professionale di cui 13 licenziamenti). E che dire dei casi di inerzia completa, o di fatti gravi che non danno luogo ad alcuna conseguenza disciplinare⁷²⁷?

Quanto all'obbligatorietà o discrezionalità dell'azione disciplinare, nell'ordinamento italiano, in conformità con quanto accade nel settore privato, l'azione disciplinare è discrezionale ed ha fondamento negoziale.

Per discrezionale si intende che l'amministrazione può decidere se, a partire da un'infrazione, dare corso o meno al procedimento disciplinare.

Per fondamento negoziale si intende che il datore di lavoro pubblico gode di ampia discrezionalità nell'identificazione delle condotte illecite, e può sanzionarle, nel rispetto dei limiti di proporzionalità e ragionevolezza, anche se non sono state tipizzate.

Anche se i due concetti sono legati, essi restano distinti. Con la riforma del 2009 ci si è interrogati nuovamente sulla discrezionalità del potere disciplinare, dal momento che in presenza di determinate infrazioni, il legislatore obbliga il dirigente ad avviare il procedimento, stabilendo ex ante quali sanzioni comminare.

La dottrina maggioritaria ha ritenuto che il potere disciplinare resta comunque discrezionale, dal momento che al dirigente è consentito non dare seguito al procedimento, ma a condizione di darne adeguata motivazione, e sempre col rischio di sanzioni nel caso in cui le motivazioni addotte fossero ritenute inadeguate. Quanto alla predeterminazione delle sanzioni, essa appare di dubbia costituzionalità, dal momento che è negata una valutazione di discrezionalità tra infrazione e sanzione o, per meglio dire, interpretando la norma in senso conforme al dettato costituzionale, essa è presunta, intrinseca al progetto di legge.

⁷²⁷ POCHARD M, « Quel avenir pour la fonction publique ? », *AJDA*, 20 janvier 2000, p. 3., p. 7-8.

Nell'ordinamento francese il procedimento disciplinare è totalmente discrezionale, nel senso che l'amministrazione può decidere se dare inizio all'azione disciplinare e se comminare una sanzione scegliendo la sanzione che ritiene più opportuna. Si potrebbe dire che l'azione è eccessivamente discrezionale, dal momento che, seppur nei limiti stabiliti col tempo dalla giurisprudenza, l'amministrazione poteva decidere di perseguire condotte suscettibili di sanzioni commesse anche diversi anni prima; in altri termini, l'azione disciplinare era imprescrittibile.

A tale imprescrittibilità il legislatore vuole mettere fine col progetto di legge relativo alla deontologia e ai diritti e obbligazioni dei funzionari. Il nuovo art. 19 SG, così come dovrebbe essere modificato dall'art.27 del progetto di legge attualmente in discussione, prevede che i fatti passibili di sanzioni disciplinari commessi da più di tre anni a contare dalla data d'entrata in vigore di detta legge siano prescritti. La nuova disposizione serve a temperare l'assoluta discrezionalità concessa al datore di lavoro pubblico.

Nell'ordinamento italiano, all'art.55-bis si prevede che un'infrazione disciplinare possa essere contestata entro 20 giorni per quelle di minore gravità, termine che si eleva al doppio per le sanzioni più gravi. Il termine decorre non dalla commissione dei fatti, ma dal momento in cui il dirigente ne ha notizia, il che significa che possono essere perseguiti fatti commessi anni addietro, purché il dirigente agisca tempestivamente una volta a conoscenza. La decorrenza dei termini comporta la decadenza dall'azione disciplinare e la responsabilità del dirigente che doveva intervenire.

Indubbiamente il legislatore italiano ha voluto rendere effettivo l'esercizio del potere disciplinare per contrastare l'inerzia della prassi applicativa, ma pagando il prezzo di una riduzione drastica dello spazio di autodeterminazione del dirigente: questi è tenuto ad attivare un procedimento disciplinare in presenza di ogni comportamento illecito dei dipendenti perché la legge configura l'esistenza di una condotta

sanzionabile ogni qualvolta il dirigente ometta di attivarsi, a prescindere dalla gravità concreta del comportamento tenuto dal dipendente. Spesso però, sul piano gestionale, può essere più proficuo esimersi dall'attivare un procedimento disciplinare nei confronti di un dipendente resosi responsabile di un comportamento illecito di non particolare gravità, rappresentando questa la via per acquisire un'autorevolezza spendibile nella successiva gestione quotidiana, piuttosto che procedere in maniera implacabile creando inevitabili tensioni sul piano personale, molte volte difficilmente recuperabili. Non convince appieno la configurazione del dirigente quale censore piuttosto che come gestore delle risorse umane⁷²⁸. Al datore di lavoro pubblico francese, invece, è comunque consentito di soprassedere ad un procedimento disciplinare per motivi di opportunità, al fine di non deteriorare il clima interno all'amministrazione.

Quanto alle fonti del potere disciplinare, nell'ordinamento italiano esse sono di tipo legale, e specificatamente gli artt. 55-55-sexies del TUPI. Per tutto ciò che il TUPI non stabilisce, e nei limiti imposti alla contrattazione, operano i contratti collettivi; ma poiché a seguito del blocco della contrattazione essi non sono stati modificati, diverse norme non possono più applicarsi. Tra queste, è interdetto alla contrattazione di introdurre procedure di conciliazione obbligatoria, fatta salva la possibilità di procedure di conciliazione non obbligatorie fuori dei casi per i quali è prevista la sanzione disciplinare del licenziamento.

Nell'ordinamento francese, le fonti sono costituite dallo SG, dagli *statut* di ciascun versante della PA e dai regolamenti applicativi per il funzionamento del consiglio di disciplina. La riforma di prossima approvazione ha previsto una redistribuzione delle fonti negoziali a favore dello SG, in particolare per quanto riguarda la griglia delle sanzioni applicabili, al fine di garantire un'uniformità di trattamento per tutto il personale.

Quanto alla procedura da seguire, nell'ordinamento italiano varia a seconda che le infrazioni siano più o meno gravi. Per le prime, oltre che nel caso in cui il dirigente

⁷²⁸ Cfr. A. BOSCATI, "Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività amministrativa", LPA, 2009, p. 50.

non abbia qualifica dirigenziale, la competenza è dell'ufficio per i procedimenti disciplinari, fermo restando il potere di iniziativa del dirigente responsabile, mentre per quelle più lievi è direttamente il dirigente che avvia e conclude il procedimento. Nella PA francese il potere di comminare una sanzione spetta all'autorità che ha il potere di firma sul decreto di assunzione, che è obbligata a richiedere un parere, non vincolante, del consiglio di disciplina, un'istanza in cui l'amministrazione e il personale sono rappresentate nella stessa proporzione (le CAP, commissioni amministrative paritarie). La novità che il legislatore intende introdurre con la riforma attualmente in discussione è la fissazione del termine di due mesi a decorrere dal parere del consiglio di disciplina, entro il quale l'autorità amministrativa deve decidere se comminare una sanzione e quale.

Conclusioni

Nell'ordinamento italiano, la ricerca dell'efficienza e della funzionalità dell'organizzazione degli apparati pubblici viene perseguita, non attraverso un'equiparazione completa con il settore privato, ma mediante la costruzione di un sistema di regole che, per alcuni aspetti, ampliano l'ambito discrezionale del dirigente pubblico, per altri invece ne riducono la discrezionalità, obbligandolo ad agire.

A tal proposito, nel corso della trattazione, si è notato più volte come ogni tentativo di applicare ai rapporti di lavoro pubblico norme destinate all'impresa privata, si trova davanti un ostacolo non di poco conto legato alle risorse: poiché esse sono pubbliche e provenienti dalla fiscalità, l'utilizzo delle stesse è legato all'assolvimento di scopi pubblici nel rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento.

La circostanza che non sia il profitto a muovere la pubblica amministrazione caratterizza ogni norma in tema di organizzazione. Si tratta di una considerazione un po' banale che, però, sembra assolutamente da premettere nell'analisi delle norme sul lavoro pubblico. In realtà, costituisce l'elemento fondante di tutta la legislazione in materia e la riforma del 2009 ne è la prova lampante. Tutte le disposizioni destinate alla tutela e alla valorizzazione dell'efficienza delle pubbliche amministrazioni sono direttamente espressione dei principi costituzionali; anche la regolazione del lavoro pubblico non sfugge a questo rilievo.

Già in precedenza, la sussistenza di un regime speciale di responsabilità, prima fra tutte quella amministrativa, il riconoscimento di obblighi di servizio funzionali all'attività amministrativa (si pensi a quanto stabilito dall'art.6 della legge n.241/1990 per il responsabile del procedimento), richiedeva maggiore cautela nell'interpretazione analogica delle regole del lavoro privato. Con la riforma del 2009, si afferma la supremazia della componente pubblicistica del lavoro alle dipendenze della PA in virtù degli interessi eminentemente pubblici connessi all'organizzazione quale strumento di esercizio della funzione amministrativa.

In altri termini, le norme del diritto del lavoro privato mal si conciliano con il pubblico impiego, perché l'applicazione non può prescindere dagli scopi eminentemente pubblicistici dell'organizzazione⁷²⁹.

Tale rilievo non è privo di effetti perché, agli elementi pubblicistici, presenti nella regolazione privatistica del lavoro alle dipendenze della PA, devono corrispondere garanzie di tipo pubblicistico. Si pensi all'obbligo di motivazione delle scelte gestionali.

Probabilmente tutte quelle ricostruzioni della dottrina e della giurisprudenza che considerano la norma contenuta nell'art. 5, comma 2, TUPI, come l'architrave del sistema⁷³⁰, ovvero la norma che conferisce poteri privati al datore di lavoro pubblico, vanno riviste in senso critico.

Lo strumento della responsabilità dirigenziale, al quale la dottrina giuslavoristica lega la soddisfazione dei precetti costituzionali, risulta inadeguato poiché la valutazione in tal senso viene effettuata dall'organo politico o dal dirigente apicale ed essa è legata solamente alla violazione di direttive e al mancato raggiungimento degli obiettivi. Sarebbe opportuno che alcune scelte organizzative siano presidiate da garanzie di tipo pubblicistico all'interno di un sistema regolativo più variegato. Si tratta, in altri termini, di riconoscere che il dirigente esercita i poteri del datore di lavoro pubblico con strumenti privatistici e in coerenza coi principi costituzionali ed il dovere di funzionalizzazione dell'organizzazione amministrativa.

Contestualmente, occorre rafforzare la capacità dei datori di lavoro pubblici di operare in un contesto di autonomia. Inoltre, quando si parla di "datore di lavoro pubblico" non bisogna intendere solo la dirigenza. Il problema è più complesso e non può essere inquadrato basandosi sulla distinzione tra ruoli politici e ruoli dirigenziali, divenuto un'altra finzione giuridica. Esso riguarda, in egual misura, ruoli politici e ruoli dirigenziali. Nelle esperienze degli enti è mancata spesso una visione complessiva sulle questioni di sviluppo organizzativo. Troppo spesso la gestione del personale è stata ridotta a questione di consenso, come un'occasione per fare alleanze utili nell'arena della politica locale o a mancate scelte per non rischiare

⁷²⁹ Cfr. URSI R., Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta, *LPA*, 2010, p. 759.

l'impopolarità o perché vi è stata una percezione di ritorni politici troppo incerti e troppo in là nel tempo. Questo è stato un problema della politica.

Ma in egual misura, è mancato un approccio professionale alle questioni di gestione del personale, sorretto da competenze gestionali (non solo giuridico-amministrative), da capacità di governo di organizzazioni complesse, da adeguati stili di leadership. Questo è stato il problema della dirigenza, probabilmente incapace di affrontarlo da sola. Su queste tematiche c'è ancora un cammino da fare. Qui, forse, sta l'incompiutezza dei disegni di riforma del presente e del passato.

Il vero punto di debolezza attorno ai poteri del datore di lavoro pubblico italiano è che essi sono stati indubbiamente rafforzati ritenendo che in tal modo il dirigente potesse esercitarli più facilmente. Si è pensato, in altri termini, che per governare un'organizzazione così complessa come l'Amm.ne pubblica, il consenso degli operatori fosse un elemento marginale. Nella sostanza, il ruolo del dirigente si è appesantito, perché chiamato comunque, per forza di cose, a realizzare il consenso, utilizzando strumenti informali e meno trasparenti. In sostanza, i poteri del dirigente pubblico non si rafforzano semplicemente cambiandone la fonte normativa, ma si alimentano dalla capacità di essere esercitati davanti agli interlocutori, lavoratori, cittadini e sindacati. Quest'ultimi sono stati considerati come un ostacolo ai poteri del dirigente, ma in realtà sono un elemento essenziale del contesto istituzionale in grado di costruire l'autorevolezza e il rispetto necessari affinché il dirigente pubblico eserciti appieno i suoi poteri.

In altri termini, l'autorevolezza e il rispetto non si creano *ex lege*, ma si conquistano sul campo⁷³¹, affinché nella realtà prenda corpo e sostanza un dirigente rispettato e riconosciuto. Figura che oggi non può essere costruita artificialmente dal legislatore.

⁷³⁰ BELLAVISTA A., La figura del datore di lavoro pubblico, relazione al XVI Congresso nazionale di diritto del lavoro *AIDLASS*, Catania, 21-23 maggio 2009, in www.aidlass.org.

⁷³¹ ZOPPOLI L. Bentornata realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 168/2013, 13.

Nel corso di questa ricerca si è visto come il pubblico impiego italiano e quello francese sono accomunati dalla difficoltà a confondersi con il diritto privato. Difatti, essi conservano un'innequivocabile specificità legata alla nozione di interesse generale e di servizio pubblico.

L'interesse generale e le missioni di servizio pubblico costituiscono il fondamento di un regime derogatorio al diritto del lavoro per l'insieme degli impiegati pubblici francesi.

Il Consiglio di Stato ammette che “il servizio pubblico non è più oggi il criterio indiscutibile del diritto amministrativo poiché esso utilizza sempre più largamente strumenti di diritto privato⁷³². Tuttavia, gli altri criteri concorrenti che potrebbero essere proposti come fondamento del diritto pubblico, non possono non fare riferimento all'interesse generale che fonda la sua specificità nel diritto pubblico⁷³³.

Nel rapporto del 2003, il Consiglio di Stato ha peraltro ricordato che la “particolarità della *fonction publique* sta nel fatto che le regole di fondo applicabili al pubblico impiego nei rapporti di lavoro con il datore di lavoro pubblico, non sono quelle che risultano dal diritto del lavoro applicabile ai lavoratori dipendenti delle imprese private⁷³⁴”.

In questo rapporto, il Consiglio di Stato aggiunge: “il fondamento della particolarità è da ricercare in ciò che è necessario ai pubblici poteri per esercitare pienamente le loro missioni; ad esempio, quando si tratta delle loro responsabilità classiche, in materia di sicurezza, di difesa, di giustizia o ancora di controllo e regolazione, o della gestione dei servizi pubblici, è necessario che queste missioni possano essere svolte nel rispetto di esigenze di servizio pubblico⁷³⁵”.

Peraltro, si può osservare, a dispetto di queste evoluzioni, che i rapporti di lavoro della PA francese hanno assunto più spesso una forma essenzialmente statutaria, nel senso che restano principalmente definiti unilateralmente dalla parte pubblica. In definitiva, anche nelle riforme più radicali, come quella posta in essere in Italia, dove la dimensione contrattuale è prevalente, non si tratta di ricorrere al diritto privato per

⁷³² RIVERO J., *Existe-t-il un critère du droit administratif ?*, RDP, 1953.

⁷³³ CAUDEN J, *Fonction publique de carrière ou d'emploi : un débat dépassé ?*, CFP, avril 2007, p. 18.

⁷³⁴ Rapporto pubblico del Consiglio di Stato, *Perspectives pour la fonction publique*, La documentation française, 2003, p. 306.

tutte le fattispecie. Il contratto di diritto pubblico (associato o meno ad un quadro statutario) continua a costituire un regime derogatorio a quello generale.

Ci si può chiedere se è pertinente conservare un pubblico impiego con un nocciolo duro (lo statuto) attorno al quale gravitano i contratti (a tempo determinato e indeterminato) per i non titolari e una disciplina pubblicistica di stampo unilaterale per i titolari. Un regime strettamente statutario o esclusivamente contrattuale sarebbe senza dubbio più semplice da gestire. Tuttavia, le necessità legate alle missioni di servizio pubblico giustificano l'esistenza di un pilastro statutario che interessa la maggioranza del personale. Esso deve continuare ad essere modernizzato al fine di adattarsi alle condizioni d'esercizio attuali, con dispositivi specifici che permettono di reclutare meglio (riforma dei concorsi), valutare, formare, seguendo procedure contrattuali da svolgersi secondo le regole del settore privato.

Il contributo dei *contractuels*, per quanto minoritario rispetto al regime generale dell'atto unilaterale, è fondamentale poiché permette di colmare le insufficienze della funzione pubblica in termini di "serbatoio" d'impiego, purché restino reclutati su posti non permanenti.

Lo statuto avrebbe senza dubbio potuto rispondere a questa esigenza, ma il contratto è sembrato lo strumento più adatto. L'equilibrio statutario non è tuttavia pregiudicato da questa deroga, che resta comunque marginale. Tenuto conto dei vincoli particolari della funzione pubblica, lo statuto deve continuare a rappresentare la regola generale e applicarsi in conclusione alla maggior parte degli impiegati pubblici. La dimensione contrattuale, se si sviluppa, deve restare minoritaria, facendo oggetto di una regolazione che garantisca trasparenza quanto alle condizioni di accesso agli impieghi, alle remunerazioni, alla carriera.

A questo titolo, vi sono disparità da una parte fra i *contractuels* di "alto livello" e i "precari", con una linea di demarcazione che è anche quella fra tempo indeterminato e determinato; d'altra parte, fra i titolari e i *contractuels* sullo stesso posto; infine in seno ai titolari, fra quelli che sono assunti con un contratto di diritto pubblico e quelli regolamentati dallo statuto (e quindi, su base unilaterale).

⁷³⁵ Rapporto pubblico del Consiglio di Stato, Perspectives pour la fonction publique, *La documentation française*, 2003, p.

La funzione pubblica che si configura è più composita di prima. I fondamenti iniziali basati su percorsi classici caratterizzati da una mobilità limitata e un percorso all'interno dello stesso *corps*, si mescolano. Un agente pubblico potrà iniziare la sua carriera con un contratto a tempo determinato, poi indeterminato, vincere un concorso e diventare *fonctionnaire*, spostarsi verso il settore privato in posizione di disponibilità o restare nella *fonction publique* in regime di distacco con un contratto. Allo stesso modo, in uno stesso ente, per degli impieghi simili, la varietà dei profili e dei percorsi di carriera, sarà probabilmente abbastanza grande. Chi si occupa della gestione delle risorse umane avrà probabilmente grandi difficoltà a cogliere questa diversità di situazioni. Tuttavia, essa può costituire un arricchimento per la *fonction publique*, alla quale si è spesso rimproverato un certo monolitismo se non un immobilismo.

Questa varietà di dispositivi statutari può offrire a titolari e *contractuels* condizioni d'esercizio più variegata e opportunità di carriera e sviluppo professionale più attrattive.

Per il datore di lavoro, si tratta di nuovi strumenti, complessi da utilizzare, ma che permettono una gestione più articolata degli impiegati pubblici, più adatta alla varietà delle missioni, dei luoghi d'esercizio. Accanto ad un nocciolo duro di *titulaires* (ovvero, *fonctionnaires*) la cui stragrande maggioranza resta gestita da uno statuto, si sviluppa alla periferia e talvolta anche nel cuore delle missioni di servizio pubblico, un gruppo di non titolari in contratto di diritto pubblico a durata determinata o indeterminata (una piccola parte dei quali in contratto di diritto privato).

Si configura così una funzione pubblica pluralista, sicuramente a più velocità, ma tuttavia in una prospettiva convergente, poiché gli *statut* delle tre *fonctions publiques* tendono a avvicinarsi. Infatti, alla lettura dei testi, ci si rende conto che sono più l'omogeneità che le differenze a caratterizzare le tre funzioni pubbliche.

Tenuto conto delle obbligazioni che esso impone ai *titulaires* e alle condizioni di esercizio delle missioni pubbliche, è opportuno che il regime di *fonctionnaire* resti lo statuto di diritto comune della funzione pubblica,.

Paradossalmente, sembra che il settore privato tenda ad avvicinarsi alle regole fissate nella *fonction publique*, poiché i due settori sono spesso accomunati dalla stessa logica. Per esempio, il dovere di riservatezza e discrezione imposto ai funzionari è preteso anche in alcune imprese private, i cui lavoratori possono essere sanzionati se denigrano pubblicamente il loro datore di lavoro o se rivelano fatti di cui hanno avuto conoscenza nell'ambito della loro attività professionale.

Le differenze esistenti fra i dipendenti delle imprese private, in particolar modo le più grandi, e i *fonctionnaires* sono tuttavia più sottili di quelli che gli stessi interessati possano immaginare. Lo sforzo di modernizzazione intrapreso nella funzione pubblica da una ventina d'anni a questa parte ha obbligato i funzionari incaricati di funzioni direttive ad utilizzare dei metodi di lavoro e di organizzazione (management) vicini a quelli che sono applicati nelle imprese private.

Per queste ragioni, è auspicabile che i funzionari dispongano degli stessi diritti e obbligazioni degli altri lavoratori del settore privato, fatte salve quelle legate al rispetto della continuità del servizio pubblico.

Essi devono dunque essere considerati cittadini identici agli altri, ciò che sono progressivamente diventati, per la maggior parte degli impieghi.

Con le ultime riforme della *fonction publique* (premio alla performance collettiva, allargamento delle possibilità di cumulo, valutazione, mobilità, rafforzamento del ruolo dei *contractuels*, allargamento delle possibilità di sopprimere posti di lavoro) si assiste alla tendenza all'avvicinamento dello *statut* dei titolari a quello dei lavoratori del settore privato o dei *contractuels* della funzione pubblica. E alla fine dell'impiego a vita dei primi, si collega la precarietà dei secondi.

Con queste evoluzioni, accelerate in questi ultimi anni, si disegna così progressivamente in Francia un diritto comune dei lavoratori, contraddistinto da un

avvicinamento degli statuti in seno al lavoro pubblico, ma anche fra gli impiegati pubblici e i lavoratori del settore privato.

La conoscenza del diritto pubblico non è più sufficiente per cogliere pienamente la situazione del lavoro pubblico. In effetti, “da una parte, un numero sempre più significativo di impiegati è direttamente sottoposto al diritto del lavoro e, d’altra parte, si assiste ad un movimento giurisprudenziale che tende ad una certa omogeneizzazione delle regole di fondo applicabili tanto al diritto della funzione pubblica che al diritto del lavoro⁷³⁶”.

Il lavoro detto “subordinato” si trova al confine dei due diritti, pubblico e privato. Le frontiere diventano più fluide. Perciò, può emergere un diritto comune dei lavoratori del pubblico e del privato⁷³⁷ senza tuttavia pregiudicare il modello francese della funzione pubblica.

La grande divisione fra titolari e coloro che non lo sono, tende a sfumarsi. Inizialmente il funzionario era selezionato su competenze generali e tecniche, con la prospettiva di intraprendere una carriera beneficiando delle proprietà del suo grado (assimilato alla sicurezza dell’impiego). Il non titolare era quell’agente reclutato per esercitare un impiego determinato, non permanente. Ora, questa dicotomia si evolve. Il *contractuel* si è sensibilmente avvicinato al non titolare. Il suo modo d’ingresso nel lavoro pubblico può fondarsi su colloqui di selezione diversificati. In più, egli può svolgere una carriera tenuto conto dell’ampliamento dell’utilizzo deciso dal legislatore del contratto a tempo indeterminato. Infine, le misure di securizzazione (e di titolarizzazione) dell’impiego precario successive, come le condizioni restrittive al mancato rinnovo o al licenziamento, creano nuove garanzie d’impiego (e non del grado). Quanto al funzionario, la situazione sembra più instabile. Se egli beneficia di nuove misure di mobilità (in particolare sotto forma di contratti) o di cumuli, in seguito alle riorganizzazioni delle amministrazioni pubbliche, egli può trovarsi in una situazione di disponibilità, che potrebbe portarlo perfino al licenziamento.

⁷³⁶ SFEZ N., Reste-t-il une spécificité de l’emploi public ?, *Cahiers de la fonction publique*, luglio 2007, 5.

⁷³⁷ Atti del convegno di Nanterre, *Droits du travail & des fonctions publiques : unité (s) du Droit ?*, sotto la direzione di Mathieu Touzeil-Divina e di M. Morgan Sweeney, coll. L’Épitoque, Lextenso, 2010.

La situazione del *contractuel* è dunque consolidata mentre quella del titolare è stata certamente arricchita da uno statuto più flessibile, ma anche da una più grande instabilità⁷³⁸.

Si nota dunque un riavvicinamento delle situazioni tra *titulaires* e *contractuels* e soprattutto fra alcuni di essi, quelli con contratto a tempo determinato.

Così, all'opposizione tra *titulaires* e *contractuels*, al rischio di un certo schematismo, dobbiamo sostituire una situazione a più livelli, che mescola gli uni e gli altri.

In queste condizioni, bisogna prendere atto della fine del lavoro pubblico o del suo rinnovamento? Queste domanda sorge spontanea e la risposta è ancora più importante adesso che la presenza dei *contractuels* assume una dimensione considerevole.

Così, Jean Rivero, commentando lo *statut* del 1946, dichiara : « consacrando nel suo articolo 6 il sindacalismo dei funzionari, lo statuto ammette che questi abbiano dei diritti contro lo Stato, e possono legittimamente difenderli nell'ambito dell'azione collettiva. In questo modo, il principio statutario appena consacrato viene messo in discussione. Significa affermare che il diritto del lavoro pubblico rientra nel diritto comune; gli strumenti sono differenti: il contratto collettivo dà una forma contrattuale all'accordo concluso fra datori di lavoro pubblici e *fonctionnaires*, il diritto del lavoro pubblico si inserisce fra la legge e il regolamento; ma quando i contratti collettivi si limitano a registrare l'accordo intervenuto fra lo Stato datore di lavoro e il personale, la differenza con il contratto collettivo è puramente formale⁷³⁹ » .

Per Rivero, l'avvento del sindacalismo nella funzione pubblica costituisce un primo elemento di riavvicinamento con il diritto comune. Per la verità, se ne vedono altri. Ne è un esempio l'attenuazione del principio gerarchico, che risulta indebolito dalla partecipazione dei funzionari alla gestione (mediante i comitati tecnici e le commissioni amministrative paritarie).

Certo, queste istanze rendono solamente un parere. Come aveva anticipato Rivero, il responsabile non si staccherà sistematicamente dal parere di queste istanze e

⁷³⁸ EMMANUELLE M., La fin non assumée de la garantie de l'emploi des fonctionnaires et/ou l'émergence d'un droit individuel à la reconversion professionnelle ?, *AJDA*, 31 gennaio 2011, 162

d'altronde la pratica mostra bene come spesso si cerchi un accordo con i rappresentanti del personale.

D'altra parte, Rivero osserva un riavvicinamento simile al diritto privato per quanto riguarda la remunerazione. In particolare, lo si vede nell'istituzione dei premi al rendimento che tendono a distanziarsi dal trattamento economico del funzionario e ad riavvicinarsi allo stipendio del lavoratore privato. La sua conclusione è senza ambiguità: "le tendenze che si rilevano non sono sufficienti a dedurre la scomparsa del diritto del lavoro pubblico; esse obbligano tuttavia ad ammettere che fra questo diritto e quello del lavoro privato tende ad instaurarsi un'armonia quanto ai principi essenziali, in maniera che essi non appariranno più, l'uno e l'altro, che come le modalità di applicazione diverse di un corpo di regole identiche"⁷⁴⁰.

Le osservazioni di questo giurista eminente sembrano particolarmente attuali. Numerosi sono quelli che sarebbero sorpresi alla lettura di questo articolo secondo il quale è lo stesso statuto ad operare un riavvicinamento significativo con il diritto del lavoro. Tuttavia, si nota chiaramente che il principio canonico secondo il quale "il funzionario è, nei confronti dell'amministrazione, in una situazione statutaria e regolamentare", che esclude ogni relazione contrattuale fra lo Stato e i suoi agenti, si è fortemente attenuata.

Sicuramente, non è desiderabile che la funzione pubblica conservi una disciplina a parte, se non è strettamente giustificato da queste esigenze di interesse generale.

Il diritto del lavoro pubblico non può che porsi in una tensione costante fra, da un lato, gli imperativi dell'azione pubblica e il servizio dell'interesse generale, e dall'altro, la gestione corrente, il riavvicinamento fra i mestieri e le logiche di rendimento, ovvero di performance. Questi obiettivi non sono necessariamente antinomici.

Possiamo chiederci se questo percorso evolutivo sia positivo e desiderabile. Ora, l'evoluzione attuale del pubblico impiego vede aprirsi una più grande diversità di

⁷³⁹ RIVERO J., Vers la fin du droit de la fonction publique, *Chr. Rec. Dalloz*, 1947, 39ème cahier, 149.

⁷⁴⁰ RIVERO Jean, Vers la fin du droit de la fonction publique, *Chr. Rec. Dalloz*, 1947, 39ème cahier, 152.

situazioni, per i titolari, come per i *contractuels*, allargando il ventaglio di remunerazioni e di percorsi professionali.

Su questa strada, aprendosi ancora alla società, la funzione pubblica evita di rappresentare un settore a sé, pur conservando i punti salienti della sua specificità

Ma in queste condizioni, cosa resta del lavoro pubblico ? Si va verso « *une fonction publique sans fonctionnaires ?* », secondo la definizione del Professor Jean-Pierre Didier . Per questo autore, dopo le recenti riforme del pubblico impiego, la funzione pubblica si trova in un momento chiave. I punti fondamentali sono: la volontà di ridurre gli effettivi; la “rivoluzione silenziosa dell’individualismo e della contrattualizzazione”, l’ideologia del nuovo management pubblico.

Didier ricorda ugualmente i principi cardinali del lavoro pubblico: il “carattere statutario e regolamentare”, la “partecipazione”, “l’unità e il sistema di carriera”, sottolineandone che essi sono in una fase di cambiamento profondo. La funzione pubblica è certamente in cambiamento, poiché il pubblico impiego è spinto dallo sviluppo della contrattualizzazione.

Tuttavia, non ci sono le condizioni affinché la funzione pubblica possa sopravvivere senza funzionari. Al contrario, lo *statut* di funzionario in queste tendenze attuali tende a ricomprendere i *contractuels* di diritto pubblico, che sono progressivamente assorbiti nello *statut*. Dall’altro, lo stesso *statut* tende a flessibilizzarsi, mentre la sua rigidità è spesso criticata dai datori di lavoro pubblici e talvolta dagli stessi impiegati, poiché questo strumento riconosce i loro meriti in maniera insufficiente.

Così, alla domanda che in Francia ci si pone nel distinguere una *fonction publique* di carriera e una d’impiego, si deve senza dubbio aggiungere un altro parametro, più importante, quello di una funzione pubblica statutaria che deve coesistere con quella contrattuale.

La funzione pubblica non sarà più unidimensionale, con i titolari assegnati a titolo principale e i *contractuels* a titolo eventuale. Essa dovrebbe offrire maggiore

flessibilità statutaria a coloro che ne fanno parte, titolari e *contractuels*, con riferimento ai loro talenti e i loro meriti.

Quanto alle amministrazioni pubbliche, ci si può domandare se questo lavoro pubblico a più sfumature non nasconde, al contrario, un riscatto del settore pubblico, tanto in termini di attrattività quanto sul piano delle evoluzioni di carriera, di diversità di situazione statutarie per l'insieme dei suoi impiegati, *titulaires* e *contractuels*, con dei percorsi, definitivi o temporanei (e dunque reversibili) da una funzione pubblica statutaria e una contrattuale. La contrattualizzazione del pubblico impiego è sicuramente agli inizi. Sarà importante, se questo fenomeno si prolunga, il che sembra probabile, continuare a guidarla.

La funzione pubblica è in effetti legata alla nozione di uguaglianza. Appare ragionevole che essa preveda una certa forma di diversità di profili, di statuti, di regimi d'impiego, a condizione di garantire l'accesso agli impieghi pubblici secondo le capacità di ciascuno e senza altre distinzioni se non quelle delle loro virtù e dei loro talenti, come enunciato dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo.

Il modello francese di pubblico impiego si è lentamente costituito nel corso dei secoli ed è diventato un elemento costitutivo dell'identità francese, e che ha senza dubbio permesso, al di là di notevoli cambiamenti di sistemi politici che la Francia ha conosciuto dal 1979, di assicurare la permanenza e la stabilità delle istituzioni nazionali. Indubbiamente, la sua evoluzione è lontana dall'aver trovato il suo punto di arrivo o di equilibrio.

Per concludere questa trattazione è opportuno rispondere alle domande che ci si è posti nel corso dell'introduzione.

Innanzitutto: è corretto valutare il complesso disegno di privatizzazione in base ai risultati? La risposta è sicuramente negativa, perché la privatizzazione è solo uno dei fattori determinanti l'efficienza/efficacia dell'azione amministrativa. Giocano un ruolo importantissimo, ovviamente, le risorse a disposizione, il funzionamento dei sistemi politici centrali e locali, i processi socio/economici generali e particolari. Ad esempio, se è vero che la riforma del pubblico impiego italiano approvata nel 2009

aveva in sé limiti strutturali, è vero pure che il blocco della contrattazione e la riduzione del salario accessorio ha impedito l'applicazione della parte legata agli incentivi.

Per questo motivo, seguendo la distinzione tra mezzi e risultati a cui si è accennato nell'introduzione, i processi di privatizzazione e contrattualizzazione non saranno valutati in base ai risultati, anche perché ciò potrebbe dar luogo a considerazioni di ordine politico.

Secondo l'opinione di Zoppoli, la privatizzazione del pubblico impiego rappresenta "un mutamento di paradigma nel senso più stretto del termine quanto meno nell'ambito delle scienze giuridiche". Per privatizzazione non si intende tanto il passaggio dal diritto pubblico al diritto privato, ma la centralità della dimensione micro-organizzativa (il dirigente come datore e organizzatore del lavoro) e quella contrattuale, e la regolamentazione del rapporto di lavoro effettuata mediante contratto invece che attraverso fonte legale unilaterale.

La privatizzazione va considerata quindi un mutamento di paradigma.

A questo punto le domande a cui si può rispondere sono molteplici.

Dando per scontato che negli anni '92-'98 c'è stato in Italia un mutamento di paradigma, si può dire la stessa cosa di quello che è accaduto in Francia negli ultimi anni?

E in Italia, i passi indietro che il legislatore ha fatto con la riforma del 2009 hanno determinato un'uscita definitiva dalla privatizzazione, o si è rimasti comunque in ambito privatistico, anche se con contorni meno marcati di prima?

E in entrambe le pubbliche amministrazioni, ha ancora un senso parlare della specificità del datore di lavoro pubblico rispetto a quello privato?

Rispetto a quanto accaduto in Italia, appare evidente che, pur essendo ancora formalmente disciplinato da contratti di lavoro di diritto privato, il pubblico impiego ha riacquisito connotazioni fortemente pubblicistiche dal punto di vista delle fonti; la contrattazione individuale risulta di fatto inesistente mentre quella collettiva è decisamente limitata. Il datore di lavoro pubblico si trova vincolato da molteplici

obblighi ad agire e altrettanti divieti (di assegnare avanzamenti di carriera, di erogare premi, etc.). Soprattutto, egli è limitato dal rapporto con la politica, con la quale è formalmente in un rapporto di indipendenza, aspetto che però sostanzialmente si rivela una finzione giuridica, esattamente come l'equiparazione datore di lavoro pubblico-datore di lavoro privato. Di fatto, il dirigente pubblico non è libero fino in fondo di scegliere i mezzi più opportuni per raggiungere gli obiettivi assegnati dalla politica, perché anche la scelta dei mezzi è essa-stessa una scelta politica. Datore di lavoro pubblico sono, inevitabilmente, sia il politico che il dirigente amministrativo.

Si può per questo dire che si sia tornati in regime pubblicistico? La risposta ad avviso di chi scrive è no, perché è mancato il coraggio di fare l'ultimo passo, ovvero ritornare al regime statutario e abolire la contrattazione *tout court*. Il sistema attuale è un ibrido, che probabilmente unisce i difetti del pubblico a quelli del privato.

E in Francia, lo spazio sempre maggiore concesso alla contrattazione collettiva, all'ingresso di *contractuels*, di diritto pubblico e di diritto privato, all'utilizzo di strumenti di gestione flessibili del rapporto di lavoro, tipici del settore privato, ci consente di dire che siamo di fronte ad una effettiva *privatisation e travailisation*?

Anche qui la risposta è negativa, poiché nonostante le diverse proposte discusse nel dibattito pubblico negli ultimi anni, è mancato l'ultimo passo, ovvero la limitazione del pubblico impiego in senso stretto alle funzioni *regaliennes*, vale a dire quelle di effettivo esercizio dei pubblici poteri. In una recente intervista Anicet Le Pors, padre dello statuto della *fonction publique*, ha ammesso che nel corso degli anni nonostante i vari tentativi di snaturare lo *statut*, esso è rimasto comunque la colonna vertebrale del pubblico impiego⁷⁴¹.

Per quanto riguarda i poteri del datore di lavoro pubblico rispetto al sindacato, l'analisi comparativa ha mostrato come non si possa gestire un'organizzazione complessa prescindendo dal consenso dei rappresentanti dei lavoratori. Se in Francia si è disciplinata la negoziazione pur non riconoscendole valore giuridico, in Italia

⁷⁴¹ "Da 30 anni, è stato modificato 210 volte legislativamente e 300 per via regolamentare. Pochi testi sono stati modificati in questo modo. Lo statuto ha dato prova di vitalità". HENRY S., "Le statut des fonctionnaires permet de faire évoluer le secteur public"- Intervista ad Anicet le Pors, *Acteurs publics*, 27 marzo 2014

essa è stata fortemente limitata, ma chiunque conosca la vita delle amministrazioni sa che il sindacato non può non essere coinvolto nei processi decisionali della vita di un'organizzazione, anche perché è proprio la politica ad aver bisogno per prima del consenso sociale. Il fatto che il sindacato si sia dimostrato incapace di farsi promotore fino in fondo di istanze efficientiste, cosa che comunque non poteva cogliere di sorpresa, non può ricondurre all'eccesso opposto. Peraltro, nessun dirigente può pensare di ricevere una valutazione positiva senza il consenso dei suoi collaboratori. È soprattutto a quest'ultimi che è dovuto il suo successo.

Anche perché viene spontaneo chiedersi se l'organizzazione ha tratto giovamento in termini di efficienza dal ridimensionamento del sindacato. Senza dubbio la risposta non è positiva. È stato piuttosto “un eccesso di contrattualizzazione della seconda privatizzazione⁷⁴²” a caricare il sindacato di troppe responsabilità, alcune dei quali strutturalmente estranee alla sua natura di organizzazione portatrice di interessi di una categoria, quella dei dipendenti pubblici, che pur non essendo vasta non coincide con l'interesse generale. Era forse opportuno ridimensionare il sindacato piuttosto che esautorarne completamente il ruolo.

Peraltro, il rafforzamento del datore di lavoro pubblico passa per l'introduzione di una vasta serie di divieti, mentre nel settore privato il datore di lavoro è tanto più forte quanto minori sono i vincoli di natura legale e giurisdizionale. In realtà, questi divieti operano sul campo formale, ma nessuno è in grado di garantire l'efficacia sul piano sostanziale.

È un ulteriore segno dell'inevitabile specificità del settore pubblico, di cui si è avuto prova più volte nel corso di questa trattazione, con riferimento alle modalità di reclutamento (e di licenziamento) del personale, ai vincoli imposti a questo, alla necessità di ottenere il consenso sociale, dai rapporti con la politica, dai vincoli di finanza pubblica, dai limiti intrinseci alla figura del datore di lavoro pubblico.

Assodato che la specificità del settore pubblico resta indubitabilmente affermata, occorre chiedersi se ha senso l'uso del contratto, inteso come atto negoziale

⁷⁴² GARILLI A.. *Dove va il pubblico impiego?*, Vita e Pensiero, Napoli, 1078.

caratterizzato dalla parità formale e sostanziale dei contraenti. Perché se così non fosse, è inutile continuare a snaturarlo.

In questo senso il modello francese offre una risposta valida nel giusto mix tra *contractuels* a tempo indeterminato e i *titulaires*, laddove nel primo caso si riconosce un potere negoziale ai lavoratori più capaci e qualificati, anche per consentire al datore di lavoro pubblico di reclutare i migliori lavoratori, da sottrarre al settore privato, utilizzando forme di reclutamento analoghe a quelle dell'impresa. I problemi nascono quando i *contractuels* vengono reclutati su posti non permanenti, perché così la natura dello statuto viene snaturata, ma forse è un processo ineluttabile nel momento che viviamo⁷⁴³.

Nel pubblico impiego occorre investire sulle persone, e in particolare sulla figura del dirigente pubblico, reclutandolo più in base alle competenze manageriali che a quelle strettamente tecniche e formandolo in maniera tale che possa fronteggiare adeguatamente il sindacato.

I contratti collettivi restano uno strumento utile a guidare l'organizzazione verso il raggiungimento degli obiettivi, a condizione che l'accordo finale sia vantaggioso per l'amministrazione. Si può prevedere la misurazione di questo vantaggio, con sanzioni per chi sottoscrive accordi rivelatisi dannosi⁷⁴⁴. In questo senso, anche la parte politica va responsabilizzata, essendo la prima ad essere bisognosa di consenso.

La volontà di riformare a tutti i costi il modello può rivelarsi controproducente poiché, come ricorda Roger Gregoire, uno dei fondatori della *fonction publique francese*, il pubblico impiego è legato alle tradizioni intellettuali e alle abitudini di

⁷⁴³ SYLVAIN H., Fonctionnaires : un statut à réinventer d'urgence, *Acteurs publics*, 11 aprile 2013.

⁷⁴⁴ ZOPPOLI L., Bentornata realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica, *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 168/2013, p. 21

vita, elementi caratterizzati da una grande stabilità; le riforme che disconoscono questi elementi sono destinate a fallire⁷⁴⁵”.

Si può quindi affermare che il problema unilateralismo/contrattazione, regime pubblicistico e privatistico è mal posto: unilateralismo e contrattazione possono essere entrambi utili a seconda dei casi, regime pubblicistico e privatistico non impediscono di introdurre nella gestione del rapporto di lavoro, elementi di flessibilità ed efficienza. Per esempio, lo statuto contiene la regola fondamentale per la quale il *grade* (la qualifica), diritto non revocabile, è distinta dall’impiego occupato, che può cambiare col tempo. Ciò consente, in caso di riorganizzazione o di ristrutturazione interna all’amministrazione, di destinare il fonctionnaire ad una nuova occupazione, con il rischio addirittura che possa perdere il posto nel caso sia prevista una riduzione di personale. Bernard Pêcheur, autore di una recente relazione sull’avvenire del lavoro pubblico, ha affermato addirittura che lo statuto è lo strumento di cui vorrebbero disporre le aziende private⁷⁴⁶. Infatti, si è ricordato in precedenza come i sindacati fossero contrari allo statuto al momento della sua emanazione, poiché gli preferivano il *droit du travail*, ritenuto più garantista.

“Tutto si può fare nell’ambito dello statut”, ha affermato Anicet Le Pors, padre dello statut della fonction publique francese in una recente intervista, ad ulteriore conferma che non serve snaturare lo strumento giuridico per raggiungere determinati obiettivi.

La volontà di snaturare ad ogni costo un modello consolidato nel tempo può essere controproducente.

Lo si è fatto principalmente con due modalità: in primo luogo consentendo l’assunzione di *agent non titulaires* non per far fronte a necessità imprevedibili, ma per posti permanenti, al fine di eludere il meccanismo di selezione per concorso ritenuto troppo lungo e farraginoso; in secondo luogo, permettendo che gli *statut*

⁷⁴⁵ Cité par Bernard Pêcheur, *Actualité du statut général et modernisation de la gestion des fonctionnaires*, in dossier spécial : les 30 ans du statut général de la fonction publique, CFP, n°329, janvier – février 2013, p. 26.

particuliers potessero derogare allo statuto generale, creando così una serie inarrestabile di spinte centrifughe.

Come ricorda Le Pors: « sono certe pratiche politiche amministrative che bloccano il sistema. Il quadro esistente contiene quegli elementi di flessibilità necessari per rispondere alle aspettative degli utenti »⁷⁴⁷.

⁷⁴⁶ PECHEUR Bernard, *Attualità del statuto generale e modernizzazione della gestione dei funzionari*, in *dossier spécial : les 30 ans du statut général de la fonction publique*, CFP, n°329, gennaio-febbraio 2013, p. 27.

⁷⁴⁷ HENRY S., “Le statut des fonctionnaires permet de faire évoluer le secteur public”, interview à Anicet Le Pors, *Acteurs Public*, mars 2014 [<http://www.acteurspublics.com/2014/03/27/le-statut-des-fonctionnaires-permet-de-faire-evoluer-le-secteur-public>].



Résumé en langue française

Objet de la recherche. L'objet de cette thèse est une comparaison entre les dispositifs de gestion du personnel des administrations publiques françaises et italiennes.

Il s'agit d'analyser les questions suivantes :

- la dynamique des évolutions du droit des fonctions publiques française et italienne;
- les différences entre les deux sources du droit, public pour la France et privé pour l'Italie, suite à la privatisation des rapports de travail de 1993 ;
- la figure de l'employeur public, identifiable au dirigeant dans la fonction publique italienne alors qu'en France, il n'est pas complètement comparable à l'employeur privé ;
- des nouveaux pouvoirs de gestion des ressources humaines, que les législateurs italiens et français ont introduits par des lois récemment approuvées ;
- la contractualisation et la "travaillisation" du droit de la fonction publique et des avancées de la négociation collective, à propos desquelles le législateur italien s'est d'abord montré très novateur avant de faire un pas en arrière avec la dernière réforme de l'emploi public approuvée en 2009, alors que le législateur français avance avec beaucoup de prudence ;
- des perspectives futures de l'emploi public en France et en Italie, en tenant compte des projets de réforme envisagés par des spécialistes mais aussi discutés au niveau politique ;

Objectifs de la thèse. La situation actuelle de l'emploi public en Italie et en France semble plutôt fluide et complexe. D'une part, la culture administrative française a une histoire et une culture profonde. Les dernières années elle a été accusée d'une excessive rigidité et d'un centralisme exaspéré, même si elle demeure parmi les plus efficaces en Europe. L'encadrement juridique et normatif du personnel est encore lié

aux normes de droit public. Par ailleurs, le dialogue avec les syndicats est, d'un point de vu formel, encore réservé à une série de commissions paritaires centrales et périphériques.

Ces dernières décennies, ce cadre n'a cessé d'évoluer, devenu plus moderne et plus rationnel. Durant les années '80, l'administration publique a su se renouveler par d'importantes réformes qui sont le résultat d'une volonté politique précise et d'une capacité à planifier des investissements .

Aujourd'hui, la France et l'Italie sont soumises à une révision profonde de l'organisation administrative et à des politiques visant à une réduction des dépenses, par une réduction progressive des effectifs.

Le but de cette recherche est d'explorer l'efficacité des outils de gestion du personnel dans le rapport de travail entre l'administration et les agents publics et d'identifier les principaux problèmes qui émergent à la suite de leur application.

Analyser les pouvoirs de l'employeur public est l'occasion pour découvrir si la fonction publique est en mesure d'interpréter cette nouvelle phase du service public. Si, malgré les difficultés, les deux Pays sont en mesure de sauvegarder le pacte de citoyenneté qui est à la base des démocraties modernes.

Ce travail s'effectue à un moment clé pour les deux administrations : en Italie, la réforme Brunetta étant entrée en application depuis 4 ans et demi, il est intéressant de vérifier les modalités de cette mise en œuvre et de constater son apport concret pour améliorer la gestion du personnel ; notamment, si les chefs de service utilisent les pouvoirs qui leurs sont octroyés par le législateur . C'est aussi l'occasion de comprendre pourquoi le Gouvernement s'apprête, dans les mois qui viennent, à approuver une réforme corrigeant les dysfonctionnements de la précédente.

En France, les réformes des dernières années tendent à infléchir le Statut de la fonction publique. L'emploi public se transforme et s'éloigne du système de gestion égalitaire basé sur le statut, remplacé par un système par métiers, et par un système statutaire de droit public. L'idée est d'identifier les dysfonctionnements provoqués par la privatisation de l'emploi public en Italie et de comprendre quels résultats le

législateur français envisage d'obtenir par un éventuel emprunt du modèle italien. Dans certains cas, il sera possible de prendre position pour considérer l'une des deux solutions proposées comme la meilleure. Enfin, la méthode comparative permettra de mieux comprendre les forces et les faiblesses de chaque modèle juridique.

Intérêt scientifique des résultats attendus. Traiter des « Pouvoirs de l'employeur public en droit comparé franco-italien » est intéressant pour plusieurs raisons.

D'abord, force est de constater les nombreuses similarités historiques des systèmes juridiques français et italien, issus d'une même tradition de droit romain. L'analyse de l'évolution des systèmes, qui a déjà été traitée en matière de régionalisation par exemple, ne l'a jamais été sous l'angle des pouvoirs des employeurs en matière de droit de la fonction publique. Cela justifie donc, en soi, la réalisation de cette étude.

Aussi, le choix d'une comparaison France – Italie est d'autant plus pertinent que les réformes déjà entrées en vigueur ou envisagées en matière d'emploi public des deux côtés des Alpes, ont été présentées comme s'inspirant du modèle voisin.

L'intérêt scientifique de cette thèse réside en effet dans le fait qu'elle est entreprise à un moment crucial sur la voie du changement pour les deux administrations. Cette recherche a pour but aussi de faire le point sur la situation et d'envisager les perspectives futures de changement.

Les normes de la dernière réforme de la fonction publique italienne approuvées en 2009 répondent tant à la nécessité d'identifier le dirigeant comme le représentant de l'employeur public en renforçant le rôle, de responsable de la gestion des ressources humaines, de responsable de la qualité et de la quantité du service rendu, que d'affaiblir le rôle des syndicats. Pour cela, le législateur indique clairement les matières relevant du domaine des conventions collectives et celles qui entrent exclusivement dans les prérogatives des dirigeants.

La question qui se pose est celle de savoir si l'employeur public utilise effectivement les pouvoirs octroyés par le législateur et selon quelles modalités, ou si ces pouvoirs se révèlent encore insuffisants, notamment en ce qui concerne les profils disciplinaires, la mobilité et l'évaluation. Il sera aussi intéressant de vérifier si le rôle

des syndicats sera effectivement marginalisé suite à la réforme, ou si les pratiques de cogestion entre eux et l'administration resteront répandues. Enfin, il faut comprendre si c'est approprié de considérer effectivement le dirigeant comme l'employeur du personnel affecté à ses bureaux, ou si cela n'est pas, simplement, une fiction juridique irréalisable.

En France, il y a presque 5 ans, la loi sur la mobilité des fonctionnaires du 23 juillet 2009 a été votée. Elle a renforcé les pouvoirs de l'employeur public d'une façon plus latente, mais non moins efficace, en introduisant des outils novateurs dans la gestion du personnel. L'ambition de cette loi a été de permettre aux administrations de disposer des ressources humaines mieux adaptées à leur besoins et aux changements organisationnels dans lesquels elles sont impliquées.

Pendant la législature précédente a été déposée au Sénat français la proposition de loi n. 3088 visant à réserver le statut de la fonction publique aux agents exerçant une fonction régaliennne, donc l'intention d'importer le modèle italien, en prévoyant la soumission au droit privé des agents avec des fonctions « non régaliennes ». Même si le débat parlementaire sur ce projet n'as pas abouti, le travail de recherche tentera de répondre à la question suivante : lequel de ces deux systèmes permet une gestion plus efficace du personnel ? Autrement dit, la souplesse dans la gestion des ressources humaines est-elle nécessairement liée à la forme juridique de la relation de travail des fonctionnaires?

Ce travail de thèse essaiera de répondre aussi aux questions suivantes : jusqu'à quel point il est possible aujourd'hui d'affirmer que les relations de travail des employés publics sont réglementées contractuellement ?

Quelle différence réelle y-a-t-il au niveau du pouvoir de l'employeur entre le travail public privatisé et celui pour lequel s'applique encore le texte unique de l'emploi public ?

Et, à l'inverse, est-ce vrai que les pouvoirs de l'employeur public s'exercent, en France, d'une façon unilatérale ?

Méthodologie. Pendant cette recherche on a voulu séparer l'approfondissement des contenus juridiques de l'analyse systématique.

Les contenus juridiques seront intégrés dans leur contexte selon la méthode comparative, puisqu'ils reflètent la culture juridique par laquelle ils descendent. Ils constituent les outils sur lesquels l'action administrative se pose. Sur eux on va effectuer un contrôle de cohérence interne. La distinction public-privé s'exprime par rapport à la typologie des outils à la disposition du législateur, c'est à dire s'ils opèrent sur le plan de la négociation/paritaire ou autoritaire/unilatérale.

De l'autre côté, on va s'interroger sur sa capacité à rejoindre l'objectif fixé par le législateur, c'est-à-dire sur les buts de l'action administrative.

Pour que cette recherche se déroule correctement d'un point de vue juridique, il faut que les deux plans soient toujours bien distingués.

La méthode suivie a été en premier lieu celle de la recherche bibliographique, de l'observation sur le champ et le déroulement d'interviews d'acteurs de l'administration publique italienne et française ; deuxièmement, on a utilisé les méthodes typiques du droit comparé.

La méthode de la recherche bibliographique est bien connue et elle ne nécessite pas d'autres approfondissements.

En ce qui concerne l'observation, le soussigné a utilisé son expérience professionnelle dans l'administration publique italienne, et notamment : plus que trois ans dans la Direction Centrale du Personnel d'un grand établissement public national, presque un an dans l'administration publique locale et les expériences, en cours, comme responsable du service financier d'une collectivité territoriale ainsi que membre du Comité d'Évaluation d'une autre collectivité. Ce dernier organisme a été créé par la réforme de 2009 afin d'introduire des principes de gestion managériale dans l'emploi public, avec un rôle tiers entre la politique et l'administration, afin d'évaluer avec objectivité les résultats de gestion joints.

Ces expériences seront comparées avec la connaissance acquise de l'administration publique française.

En fait, afin de rédiger cette étude comparée il y a eu un séjour en France de deux ans et demi, pendant lequel des entretiens avec fonctionnaires et chefs de service de la fonction publique française ont été mis en place.

Cette période a permis d'étudier les dynamiques de l'administration publique française, les sources du droit, les rapports avec la politique et l'administration, l'existence d'une pluralité de fonctions publiques.

Au niveau de l'interprétation des normes, chaque mot a été intégré aux aspects juridiques, politiques, économiques et sociales de son système juridique.

Dans l'usage de la méthode du droit comparé, on ne s'est pas limité à analyser la structure théorique actuelle du droit du travail public dans les deux pays, mais on a tenu compte de la physionomie que cette discipline a prise dans le cours du temps. La connaissance matérielle des solutions de la jurisprudence n'est pas suffisante, mais on a approfondi la provenance et la raison d'être de chacune. En suivant une approche fonctionnelle, les instituts juridiques ont été analysés sur la base du rôle et des objectifs qu'ils ont dans leur système juridique.

En suivant le même critère, l'attention a été posée d'une part sur la fonction occupée par la norme et de l'autre sur l'attitude réelle à accomplir la fonction assignée.

L'analyse qualités/défauts de chaque modèle a été accomplie en évaluant, selon une méthode scientifique, la clarté des normes, leur cohérence globale, la possibilité qu'elles donnent lieu à des difficultés d'application.

Comparer, c'est examiner, confronter les objets d'étude pour établir des ressemblances et des différences. La comparaison permet de mieux décrire, de mieux expliquer des phénomènes. Elle entraîne plusieurs difficultés, inhérentes à toute comparaison. Un travail de traduction et d'interprétation est à ce titre un préalable indispensable pour éviter les confusions et être sûr que l'on compare ce qui est effectivement comparable. En terme d'interprétation des phénomènes observés, on a essayé d'éviter l'écueil de l'ethnocentrisme, qui compromet l'appréhension d'un système juridique différent du sien. Il faut également se garder de tomber dans le travers d'une généralisation excessive.

Afin de bien comprendre le sens, les raisons et les objectifs de l'analyse des pouvoirs de l'employeur public en Italie et en France il faut avant tout souligner les éléments

essentiels et, par conséquent, les différences structurels en ce qui concerne l'emploi public dans les deux pays.

Thèmes de la thèse. La recherche s'articule autour de plusieurs axes, correspondant à des questions communes aux deux systèmes d'emploi public.

Elles sont : le pouvoir hiérarchique, la subordination dans la fonction publique ainsi que ses limites ; l'exécution de la décision par les agents subordonnés.

Dans la fonction publique française les agents subordonnés sont censés obéir aux décisions édictées par l'autorité hiérarchique. Peu importe la manière dont la décision a été prise, le fonctionnaire doit l'appliquer.

Le pouvoir hiérarchique est celui d'édicter l'acte, de commander son exécution, d'arbitrer en cas de difficultés. Face à ce pouvoir, les subordonnés sont placés dans une situation de dépendance.

La source du pouvoir hiérarchique est l'article 28 du Statut général du 13 juillet 1983 : *« tout fonctionnaire... doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public... »*.

La décision hiérarchique peut être individuelle, c'est-à-dire à l'égard d'un fonctionnaire particulier, qui est censé y obéir même s'il n'est pas d'accord, comme en témoignent les mutations dans l'intérêt du service.

Il est obligé d'y obéir même s'il croit que la décision est irrégulière, car un éventuel refus d'obéissance est une faute qui peut justifier une sanction disciplinaire.

La décision hiérarchique est tout simplement celle du dirigeant, le bon fonctionnement de l'activité administrative relevant donc de sa responsabilité.

Pour un fonctionnaire respecter la loi revient à obéir à son supérieur hiérarchique. Notons d'ailleurs que respecter les ordres du chef de service est une condition nécessaire à l'évolution de carrière du fonctionnaire, puisqu'il est directement évalué par lui.

Cela étant, n'oublions pas que le juge administratif a institué au profit des fonctionnaires et agents publics le devoir de désobéir à un ordre manifestement illégal et de nature à porter une atteinte grave à un intérêt public. La question de savoir ce qui se passe en présence d'un ordre « seulement » illégal mérite cependant d'être posée.

Le dirigeant du secteur public dans la troisième réforme du service public en Italie. La loi italienne assimile le dirigeant à employeur privé. Le dirigeant est aussi le titulaire formel et substantiel des prérogatives de l'employeur public : « *les déterminations pour l'organisation des services et les décisions inhérentes la gestion des relations d'emploi sont prises par les organes chargés de la gestion, avec la capacité et les pouvoirs de l'employeur privé* » (art. 5, alinéa 2 du décret législatif n° 165/2001).

La dernière réforme (décret législatif n° 150/2009) illustre clairement le rôle accru du dirigeant qui organise le travail plus qu'il n'exerce de tâches administratives.

Les pouvoirs et les fonctions de l'« employeur privé ». Les pouvoirs et les prérogatives attribués aux chefs de service sont réglés par la loi, avec la prédisposition d' « *obligations d'agir* » si les dirigeants n'exercent pas les pouvoirs dont ils disposent, sous peine de poursuites disciplinaires ou de conséquences sur leur carrière.

Le législateur a décrit les outils de gestion du dirigeant en se référant à ceux classiques de l'employeur privé ; leur contenu n'a pas été clairement indiqué, mais le législateur dresse une liste ouverte de possibilités. En vertu d'un principe d'efficacité, ils peuvent varier sur la base des objectifs, conformément à la façon d'agir de l'employeur privé, dont les pouvoirs sont réglementés par l'article 2086 du Code Civil.

Dans cet article sont concentrés un pouvoir juridique, c'est-à-dire donner des instructions, et un pouvoir de fait, par exemple modifier des tâches et des fonctions de certains postes avec des conséquences sur ses employés. Finalement, le législateur a considéré que modifier la discipline du personnel, et notamment des dirigeants, était

indispensable pour obtenir une meilleure efficacité dans l'action de l'administration publique.

Les limites des pouvoirs du dirigeant du secteur public. Alors que le dirigeant du secteur privé exprime une puissance économique qui n'a pas de limites, au moins dans sa structure essentielle, le dirigeant du secteur public exprime une puissance liée à, et par, l'intérêt général.

En ce qui concerne les limites de l'obéissance envers les dirigeants, le dernier paragraphe de l'article 51 du Code pénal exclut la culpabilité de celui qui exécute l'ordre illégitime si la loi lui empêche de juger l'ordre reçu.

L'identification des sources. Il y a une interaction profonde entre le thème des pouvoirs de l'employeur et les sources du droit. L'identification des sources du droit est donc préparatoire à l'analyse des prérogatives de l'employeur public.

Avant les réformes des années 1990, la relation d'emploi était entièrement régie par le droit public. Plus tard, avec le décret législatif n° 29/1993, avec la loi du 15 mars 1997 n° 59 et le décret législatif 31 Mars 1998, n° 80, ont pris forme la "première et deuxième privatisation" du travail public. Avec la première, a été établi pour la première fois le règlement seulement contractuel d'une large partie de relations de travail avec l'administration publique. Avec la seconde, le droit syndical du secteur public a été réécrit entièrement et la juridiction ordinaire pour les relations de travail avec les administrations publiques a été introduite.

Les articles 2-3 et 4 de la loi en vigueur régissant les sources de l'emploi public (connue comme le texte unique de cette matière- TUIPI) établissent que la loi reste le fondement de l'organisation des bureaux. La même loi régit les relations de travail avec les administrations publiques. En fait, excepté les normes spéciales de droit public qui sont à l'intérieur du TUIPI, le législateur renvoie aux mêmes règles qui régissent la relation de travail au sein de l'entreprise (Chapitre I du titre II du livre V du code civil).

De plus, l'article 40, paragraphe 1, du TUIPI prévoit le principe que les relations de travail dans les administrations publiques sont réglées par la négociation collective.

En d'autres mots, la réglementation « généraliste » de la relation de travail dans le secteur privé s'applique alors que il n'y a pas des normes spécifiques établies par le législateur pour le secteur public et aux espèces pour lesquels la loi n'a pas prévu une ressource explicite pour la négociation collective.

Cet équilibre entre TUPI, normes de droit du travail et négociation collective descend de la réforme dit « Brunetta » (du nom du ministre qui l'a inspirée) de 2009, dont il constitue l'aspect le plus significative.

En fait, la "deuxième privatisation" avait chargé les conventions collectives d'abroger et de remplacer toute la législation spécifique du travail public, qui auparavant constituait une réglementation dérogatoire au droit du travail.

Avant la réforme, la négociation, dans le secteur public, était placée sur un niveau hiérarchique supérieur à la source légale.

Le législateur avait ainsi établi une situation concrète d'égalité entre le travail privé et celui dans l'administration publique.

Toutefois, après l'approbation du décret législatif 27 octobre 2009, n° 150, mise en œuvre de la loi n° 15 de 2009, on remarque un partiel retour au passé, avec le retour de beaucoup des compétences sur le travail public à la loi et l'inversion des rapport hiérarchiques entre la loi et la négociation, en raison d'un niveau de confiance inférieur du législateur vis-à-vis de la négociation collective, dont le champ de compétences est fortement diminué. Actuellement, il est plus difficile de soutenir que la relation de travail des employés publics est régie par le contrat.

Les aspects de réglementation du travail public qui n'ont pas connu de changements sont la séparation des rôles entre politique et administration, le rôle clé attribué aux chefs de service, l'attention majeure à la responsabilité de résultat, placée désormais sur le même plan de la légalité, l'attribution de la compétence sur les litiges concernant la relation de travail au même juge de l'emploi privé.

La négociation individuelle reste, formellement, le fondement de la relation de travail avec les administrations publiques. Elle renvoie à la négociation collective, déléguée à régler la relation du travail publique. Contrairement à la relation de travail avec les entreprises, le droit de la fonction publique exige que la négociation collective respecte les critères d'égalité de conditions pour les fonctionnaires. En conclusion, dans le cadre de la relation de travail les espaces pour la négociation individuelle sont devenus très rares, à l'exception des dirigeants, auxquels certains traitements économiques peuvent être alloués sur la base de négociation individuelle.

L'ampleur de l'emploi public dans les deux pays. Aucune analyse comparative peut laisser de côté l'analyse de données. En France les employés de l'Etat sont 2,5 millions (dont plus qu'un million travaillent pour le Ministère de l'éducation nationale). En incluant les trois fonctions publiques (d'Etat, territoriale et hospitalière), les employés publics représentent plus du quart du total des employés de France, c'est-à-dire 5,3 millions de travailleurs (données au 3 décembre 2009). Il faut préciser que dans ce nombre n'ont pas été seulement considérés les fonctionnaires au sens strict. A côté d'eux, il y a en effet les agents non titulaires, partagés entre les trois fonctions publiques. Ils ne s'appellent pas fonctionnaires mais agents publics et ils relèvent d'une réglementation spécifique, environ 891.000 employés (17% du totale).

Même pour le travail flexible on note une réduction progressive, de 8,6 % pendant la période 2010-2011 (la valeur était de 6,9 dans la période précédente). La réduction en cinq ans a été de 26,6 pour cent. La réduction s'est concentrée notamment pendant les années 2007-2008 pour les modifications normatives sur le travail flexible dans les administrations publiques. Ce sont surtout les régions et les collectivités territoriales qui ont beaucoup utilisé ces typologies contractuelles dans le passé. On enregistre aussi en même temps une réduction des dépenses⁷⁴⁸.

En 2011 en Italie les employés publics avec un contrat flexible étaient 113.811, soit 4% du total, dont une moitié appartenait au secteur des Régions et des Collectivités territoriales.

⁷⁴⁸

"I dipendenti pubblici in Italia sono troppi?", *Forum Pa Edizioni*, maggio 2013.

Le nombre d'employés publics au delà des Alpes est de 3,2 millions, soit 5,7% des habitants de la péninsule, correspondant au 14,8% du total des travailleurs (contre 20% en France). L'Italie est le seul pays dans lequel, les dix dernières années, le nombre d'employés publics s'est réduit : moins 4,7 pour cent. En France il y a eu une tendance modérée à l'augmentation (+5,1%).

En France presque la moitié du personnel appartient à la fonction publique de l'Etat (45,2%), un tiers (34,1%) à la territoriale et un cinquième (28,8%) à l'hospitalière.

Il faut rappeler que les enseignants et les employés de l'éducation nationale relève de la fonction publique d'Etat, en charge au Ministère de l'éducation nationale.

En ce qui concerne l'Italie, la subdivision du personnel est par secteur, étant donné qu'il y a une seule fonction publique ; donc, les données ne sont pas immédiatement comparables.

1.011.302 employées, qui représentent 31,13% du secteur public, travaillent pour l'éducation nationale ; le service sanitaire nationale représente 20,93 % du total (680.022 employées), les Régions et les autonomies locales – avec 448.061 – peuvent compter 17% des ressources humaines du secteur public. Cette dernière donnée devrait continuer à chuter avec la réduction du nombre des départements et étant donné les limites du recrutement auxquels les collectivités territoriales sont soumises. Les employés des Ministères représentent 5% du total.

Dans les trois fonctions publiques françaises, 28,4% des employés appartiennent à la catégorie A (cadres), 22,4 % à la B (professions intermédiaires) et 45,5% à la C (employés et ouvriers). L'âge moyen est autour de 43 ans. Les femmes constituent la majorité, mais elles sont bien moins présentes dans les poste à responsabilité : elles représentent 55% des employés publics en Italie, 61% en France, mais les pourcentages tombent drastiquement lorsqu'on passe aux chefs de service.

Les employés publics en Italie sont bien plus âgés qu'en France, où le 28% des travailleurs publics ont moins de 35 ans, alors qu'ils sont seulement 10% en Italie.

Parmi les employés public italiens, seulement 34% ont un diplôme, alors que cette valeur est de 50% dans l'ensemble du pays.

Dans les études analysées il est bien évident que les employés publics en Italie sont distribués d'une façon non homogène au niveau territorial : on passe de 13% d'employés publics sur le totale des occupés dans la région Calabre à 6% en Lombardie.

La mobilité est pratiquement absente : en 2012 seul un employé sur 1000 a changé d'administration et un sur cent a changé de bureaux, et toujours sur initiative volontaire.

En France une recherche récente de 2013 a démontré que le personnel change fréquemment de poste de travail (en moyenne 5% dans l'Etat et jusqu'à 10% dans certains Ministères), alors que moins de 1% change d'administration.

En Italie les dernières 10 ans le nombre d'employés publics s'est réduit de 4,7%. La France montre une tendance croissante mais contenue (du 5,1 %).

Les employés publics italiens ont des salaires équivalents à ceux des collègues français, mais en moyenne plus élevés que dans le privé : les salaires moyens sont similaires dans les deux Pays, mais en France les salaires sont alignés à ceux du secteur privé. A ce propos, il faut préciser que les salaires du secteur privé en France sont plus élevés d'environ 30% par rapport aux salaires italiens. En fait, la moyenne des salaires est poussée vers le haut par le salaire des dirigeants, qui sont plus nombreux qu'en France et ont un traitement plus élevé. Les dirigeants publics italiens de premier rang peuvent gagner jusqu'à 9 fois plus que le salaire moyen des employés.

Les salaires des employés de la fonction publique des deux pays sont équivalents, à parité de niveau, mais en France les carrières ont été bloqué comme en Italie.

Le salaire des employés public en Italie a augmenté plus que dans le privé, mais maintenant ils s'est arrêté: les salaires ont augmenté de plus de 7 % en moyenne par an pendant la période entre 2000 et 2005 (dans le privé l'augmentation était de 2,8%), puis on observe un ralentissement les 5 années suivantes, pour s'arrêter de

2010 à aujourd'hui. Maintenant la croissance des salaires dans le privé les 10 dernières années dépasse celle du public d'environ 2%.

Les employés ont diminué, mais 9% d'entre eux ont connu un développement de carrière avec la dernière progression qui a eu lieu en 2011 (mais la moyenne inclut 25% des Ministères et 75% dans la Présidence du Conseil des Ministres). De plus, si pour chaque chef de service il y avait en moyenne 12,3 employés en 2003, cette valeur est tombée à 11,5 en 2013 (en France les chefs de service sont beaucoup moins : un pour 33 employés).

Catégories de relations de travail qui n'ont pas été privatisées. Il faut rappeler que la privatisation et la contractualisation des relations de travail n'ont pas concerné l'emploi public dans sa globalité. Aux magistrats ordinaires, administratifs et comptables, aux avocats et procureurs d'Etat, le personnel militaire et des forces de police d'Etat (qui représente 15% de l'emploi public) s'applique encore l'ancien Statut des employés civils de l'Etat⁷⁴⁹; les relations de travail de ces catégories sont toujours établies sur la base d'un acte unilatérale de l'employeur public.

Les pouvoirs et les fonctions de l' "employeur privé". Avec la deuxième privatisation (loi n° 80/1998) en particulier, la figure du chef de service utilise l'autonomie décisionnelle et de gestion pour atteindre les objectifs fixés, en supposant une responsabilité managériale. Le législateur distingue le macro-pouvoir organisationnel, sous la réserve du droit public, et l'organisation du travail du gestionnaire, expression d'un pouvoir privée, qui utilise des actes de droit privé. Les pouvoirs d'employeur privé s'ajoutent aux pouvoirs publics que le chef de service exerce au moment d'adopter des actes administratifs.

La loi contre la corruption n. 190/2012, en prévoyant la rotation des charges gestionnaires dans l'administration publique, pose encore une fois l'accent sur le rôle managériale plutôt que technique. A conditions de posséder des diplômes nécessaires, le chef de service devrait être en mesure de changer de charges, même elles sont

⁷⁴⁹ Décret du Président de la République 10 janvier 1957, n. 3, publié dans le Journal Officielle du 25 janvier 1957, n. 22.

différentes l'une de l'autre. Ce qui compte est sa capacité de leadership, d'organiser le travail et gérer les ressources humaines.

La nature et le régime juridique des actes associés aux capacités et aux compétences d'un employeur privé. L'administration publique, par l'intermédiation des chefs de service, agit sur un niveau d'égalité formelle avec les fonctionnaires, à travers des actes juridiques typiques de l'autonomie privée, en exerçant un certain nombre de pouvoirs à partir d'un contrat qui donne aussi aux fonctionnaires des droits individuels. En conséquence, les pouvoirs de l'administration envers les employés perdent les caractéristiques des actes administratifs et deviennent des actes typiques de l'autonomie privée.

Les limites des pouvoirs du dirigeant du secteur public. Alors que le dirigeant du secteur privé exprime une puissance économique qui n'a pas de limites, au moins dans sa structure essentielle, le dirigeant du secteur public exprime une puissance liée à l'intérêt général qui trouve des limites substantielles et procédurales (destinées à protéger les employés et le public) qui réduisent son pouvoir discrétionnaire; la référence aux capacités et aux pouvoirs de l'employeur privé est plutôt une fiction juridique qu'une réalité de la vie administrative. En fait, le pouvoir de direction et de gestion est exerçable « dans le cadre des principes généraux prévues par la loi et par les actes de l'organisation générale des services » (paragraphe 2 de l'article 5 du TUI). Dans ce cas, la référence aux principes généraux doit être interprétée au regard des règles générales d'organisation des administrations publiques.

Le chef de service dans la troisième réforme du service public. La loi italienne assimile le gestionnaire public à l'employeur privé. Le titulaire formel et substantiel des prérogatives de l'employeur public est le gestionnaire public. Avec la dernière réforme (décret législatif n° 150/2009) on illustre clairement l'attention accrue sur le rôle du gestionnaire qui organise le travail et en même temps exerce la tâche administrative. L'autonomie insuffisante accordée au chef de service et l'excessive fidélisation politique avait fait de lui une figure faible. Par le biais de l'exaltation du

rôle de leadership dans le travail public, le législateur a voulu atteindre l'objectif d'assurer l'amélioration progressive des prestations du service public.

Les sources du droit de la fonction publique en France : le statut. Trois statuts généraux. La principale source normative du droit de la fonction publique est le statut. Le statut est une source fondamentale du droit de la fonction publique.

L'actuel système de la fonction publique française comprend trois statuts généraux de droit commun : la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 est relative au statut général de la fonction publique de l'État (titre I), la loi n° 83-53 du 26 janvier 1984 et ses modifications ultérieures portent sur le statut de la fonction publique territoriale (titre II) ; la loi n° 83-33 du 9 janvier 1986 et ses modifications ultérieures ont créé le statut général de la fonction publique hospitalière (titre III). Les principaux objectifs étaient de reconnaître aux fonctionnaires l'accès à la pleine citoyenneté politique, au droit syndical, au droit de grève et au droit à la participation. Afin d'éviter une dilution du droit de la fonction publique résultant de la diversité des statuts, la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 a énoncé un grand nombre de principes régissant tous les fonctionnaires.

Les statuts particuliers précisent les conditions d'application du Statut général (modalités de recrutement, organisation de la carrière, procédure disciplinaire) au corps ou cadre d'emploi dans lequel ils exercent leur fonction. L'exercice du pouvoir réglementaire est contrôlé par le juge administratif qui intervient pour mettre en œuvre les règles législatives déterminant les garanties fondamentales des fonctionnaires.

La principale source normative du droit de la fonction publique est le statut général, dont les normes n'ont aucun lien avec le Code du travail, qui est appliqué seulement au secteur privé.

Les statuts particuliers précisent les conditions d'application du Statut général (modalités de recrutement, organisation de la carrière, procédure disciplinaire) au corps ou cadre d'emploi dans lequel ils exercent leur fonction.

Cette façon d'organiser le travail public reflète l'idée selon laquelle, dans le système français, les fonctionnaires sont censés s'occuper des intérêts généraux de la nation, comme soutenait Léon Duguit, représentant principal de l'école du service public.

Selon Duguit, celui qui est chargé d'un service public doit être régi, en ce qui concerne la relation de travail, par des normes spéciales et donc par un statut, en ayant nature publique. En France cette conception est resté presque inaltérée jusqu'à aujourd'hui, même si il y a bien des exceptions.

A coté du statut général, les statuts particuliers précisent les conditions d'applications de celui-ci (modalité de recrutement, organisation de la carrière, procédure disciplinaire) aux corps ou cadres d'emploi dans lesquels ils exercent leurs fonctions. L'exercice du pouvoir réglementaire est sous le contrôle du juge administratif, qui intervient pour mettre en œuvre les règles législatives qui déterminent les garanties fondamentales des fonctionnaires.

Les relations de travail des magistrats et des militaires sont réglementés par des normes particulières. Même s'ils ont une partie commune, dans le système juridique français il existe une réglementation différente pour chacune des trois fonctions publiques.

L'analyse comparée de la structure des sources montre bien qu'il y a une claire différence entre la situation italienne et française : dans la première, on parle d'emploi public, dans la deuxième de trois fonctions publiques. En Italie, il y a une unique discipline législative générale de la relation de travail d'emploi public (partagée entre discipline spéciale du TUPI et celle généraliste de l'emploi privé), alors que c'est la négociation collective qui réalise la différenciation des normes applicables selon la typologie d'administration. L'existence de plusieurs secteurs de négociations montre que il y a bien plus que trois secteurs de travail public, environ une dizaine.

L'encadrement du personnel. Les fonctionnaires, à l'entrée dans la fonction publique, sont encadrés en corps, dans la fonction publique d'Etat et dans la fonction

publique hospitalière, ou en cadres dans la fonction publique territoriale. Tous sont titulaires d'un grade et, à l'intérieur du grade, d'un échelon.

A chaque corps ou cadre correspond une réglementation différente par les trois statuts. Ils fixent les norme d'accès, de rémunération, de carrière. Les corps et les cadres son généralement classifiés en trois catégories : A, B et C.

Lorsqu'un corps ou cadre prévoit plusieurs grades à l'intérieur, entre eux il y a un rapport hiérarchique. Les conditions d'avancement de grade sont établies par les statuts et l'avancement ne constitue pas un droit pour l'employé public.

Généralement, les fonctionnaires commencent leur carrière avec un concours public, qui permet d'intégrer le première grade de chaque corps.

Dans tous les cas, pour intégrer l'administration comme cadre de catégorie A il est nécessaire d'être titulaire d'un diplôme au moins équivalent à un bac+3. Pour la catégorie B il faut le bac, pour la catégorie C un titre inférieur à celui-ci.

L'embauche d'agents non titulaires peut avoir lieu dans des cas particuliers, prévus par la loi. Pour exemple, il peut s'agir de travail à l'étranger, exigences saisonnières ou occasionnelles, ou dans le cadre d'un parcours d'entrée dans la fonction publique (Pacte).

Les administrations des trois fonctions publiques peuvent avoir recours au travail intérimaire dans des cas expressément prévus par la loi : remplacement d'un fonctionnaire ou d'un agent absent pendant un moment, pour faire face à des exigences non cycliques du service, pour des tâches définies et non durables dans le temps, pour des besoins occasionnels de l'administration liés (par exemple : besoin des compétences non présentes dans l'administration). Les travailleurs intérimaires peuvent occuper un poste au sein de la fonction publique pour une période maximale de 24 mois.

Il est bien évident qu' une thèse d'un millier de pages ne suffirait pas pour comparer d'une façon satisfaisante l'emploi public italien du français, étant donné que chacun

d'entre eux comprend différentes typologies d'administrations publiques. Il faut bien évidemment que la comparaison se déroule entre des catégories homogènes. S'est posée donc la nécessité de limiter l'analyse. Si cette exigence est moins forte dans l'emploi public italien, étant donné que dans cette thèse on analysera notamment la discipline de loi plutôt que la contractuelle, la limitation de l'objet de comparaison est incontournable dans l'emploi public français, puisque il y a d'importantes différences entre le statut de chaque section de la fonction publique.

La nécessité de laisser de côté la fonction publique hospitalière découle du fait que cette dernière diffère énormément des deux autres fonctions publiques : elle présente des caractéristiques spécifiques la rapprochant du secteur privé.

L'année 2012 le Parlement a approuvé un projet de loi voulu par le Ministre de la fonction publique de l'époque François Sauvadet concernant le résorption de l'emploi précaire. Celui-ci prévoit, entre autre, certaines mesures de stabilisation des travailleurs précaires des trois fonction publiques. Il s'agit de passer du CDD au CDI pour environ 100.000 agents.

Un droit jurisprudentiel. Le droit administratif de la fonction publique est fondamentalement un droit jurisprudentiel. En fait, l'exercice du pouvoir réglementaire est contrôlé par le juge administratif qui intervient pour mettre en œuvre les règles législatives déterminant les garanties fondamentales des fonctionnaires. Afin de le rendre plus accessible, un processus de codification a été déclenché il y a vingt ans. Le futur Code général de la fonction publique (CGFP), dont la promulgation a été reporté *sine die*, se limiterait à codifier les règles générales concernant les grands principes statutaires ainsi que les droits et obligations des fonctionnaires des trois fonctions publiques.

La coexistence de multiples phénomènes juridiques. Le droit contemporain de la fonction publique est marqué par la coexistence de multiples phénomènes juridiques qui sont autant d'illustrations d'une transformation plus générale du droit administratif. Il s'agit du rapprochement entre le droit du travail et le droit de la fonction publique, qui transcende la distinction entre le droit public et le droit privé, rendant ainsi plus proches les situations de travail des salariés, et des fonctionnaires et agents publics⁷⁵⁰. La logique de la contractualisation irrigue de plus en plus cette branche du droit qui recherche, également, une meilleure diversité sociale au sein de ses ressources humaines.

L'inapplication de principe du Code du travail aux fonctionnaires. Le droit du travail est logiquement inapplicable dans la fonction publique, comme ne manque pas de rappeler, à l'occasion, le Conseil d'État. Toutefois, on remarque l'influence réciproque du droit du travail et du droit de la fonction publique. Le juge administratif a rendu possible ce rapprochement entre les deux droits en utilisant la technique jurisprudentielle des principes généraux du droit. L'influence et l'application du droit du travail dans le secteur public ont progressé ces dernières années. Il y a de nombreuses lois qui alignent la situation des fonctionnaires sur celle des salariés. La plus grande expression de cette « *travaillisation* » est la loi du 3 août 2009 sur la mobilité et les parcours professionnels. Au regard de cette évolution, une partie de la doctrine plaide en faveur de l'application directe du Code du travail – présenté comme le droit commun – aux agents publics, comme en Italie. Plus que jamais, la frontière se brouille entre les deux mondes du travail en raison de la généralisation de contrats visant à rendre l'emploi plus flexible et l'individu plus mobile.

La contractualisation du droit de la fonction publique. Les considérations générales du rapport d'activités du Conseil d'État pour l'année 2003 consacrées aux perspectives de la fonction publique ont porté au pinacle la contractualisation sur un

⁷⁵⁰ Le fonctionnaire est "placé dans une situation légale et réglementaire, affecté sous un travail permanent et sous contrat de droit public, alors que le contractuel est embauché sur des emplois particuliers, en CDD ou CDI, de droit public ou même de droit privé.

plan à la fois collectif (dans le cadre des conventions collectives) et individuel (contrat de performance de l'agent adossé à son statut). Elles prônent une place plus grande du contrat dans le droit de la fonction publique. Le recours au contrat est souvent perçu comme une «privatisation rampante» du droit de la fonction publique. Il permettrait d'adosser aux garanties statutaires un parcours individuel de l'agent et d'introduire, enfin, une rémunération reposant, en partie, sur le mérite et non plus exclusivement sur l'ancienneté.

Questions linguistiques. Fonctionnaire et employé public. Emploi public et fonction publique.

En France l'expression emploi public n'est pas utilisée par rapport à la seule fonction publique au sens étroit. Dans cette hypothèse les fonctionnaires seules seraient inclus, c'est-à-dire ceux dont la situation statutaire est « caractérisée par la permanence de l'emploi et leur titularisation dans un grade de la hiérarchie ». Pour le professeur René Chapus, « la fonction publique est constituée par l'ensemble du personnel qui, en occupant à titre professionnel un emploi rétribué dans les bureaux de la personne de droit public, sont soumis à un statut de droit public ». Il ajoute que « en doctrine comme en jurisprudence, il est fréquent d'appeler les membres de la fonction publique comme agents publics. La fonction publique pourrait ainsi ne pas se limiter aux fonctionnaires. Afin d'éviter toute ambiguïté, le mot emploi public est utilisé dans la mesure où cette notion va au-delà du périmètre des seuls fonctionnaires et comprend, explicitement, les contractuels, c'est-à-dire les employés qui n'occupent pas un emploi permanent, ou qui en occupant cet emploi, ne sont titulaires d'aucun grade ».

Donc, au cours de cette thèse, on utilisera l'expression « emploi public » au sens général, pour comprendre tout le personnel au service des administrations publiques.

L'expression fonction publique sera utilisée seulement pour les fonctionnaires.

Par ailleurs, dans le système italien, l'expression « fonction publique » est désormais abandonnée. Même le Ministère s'appelle maintenant « Ministère pour l'administration publique et la simplification ». On utilisera alors plus fréquemment l'expression « emploi public » à celle de « fonction publique ».

Dans le langage commun de l'administration publique italienne le mot « fonctionnaire » n'est pas seulement utilisé pour parler du personnel relevant du droit public, mais s'étend au personnel qui exerce des fonctions d'encadrement, et donc titulaires d'un diplôme.

Les deux administrations entre public et privé. Tant en France qu'en Italie, l'action publique utilise de plus en plus la négociation.

En ce qui concerne la réglementation des relations de travail, on a dit auparavant que dans l'emploi public italien la négociation a un rôle important. En fait, la négociation individuelle renvoie à la négociation collective, et il n'y a pas de pourparlers entre employeur et travailleur. La négociation collective nationale, quant à elle, est bloquée jusqu'au 31.12.2014, pour la quatrième année. Les vieux contrats collectifs nationaux ont été progressivement remplacés par la loi, étant donné la prévalence de la source légale. Même les objets de la négociation décentrée se sont réduits considérablement.

Le développement de la contractualisation dans la sphère publique en France peut sembler surprenante, étant donné que le système est fondé sur des règles unilatérales. Pourtant, le partage de compétences ainsi que la présence de relations de travail réglés par un cadre normatif de nature constitutionnel, législatif ou réglementaire aurait pu amener à limiter les possibilités d'utiliser le contrat.

Dans la sphère publique, les relations contractuelles, fondées sur le postulat d'égalité entre les contractants, sont intégrées dans le fonctionnement de l'administration, afin d'assurer une gestion efficace des services publics.

Il est intéressant de se demander ce qui justifie le recours au contrat dans la sphère publique. Pour S. Trosa, l'usage du contrat dans l'administration publique peut être expliqué avec le but de formaliser certaines pratiques afin qu'elles soient mieux acceptées et en mesure d'orienter l'organisation vers l'efficacité (contrats d'objectifs individuels, contrats de service) ; cette idée du contrat est cohérente avec l'évolution profonde de l'action de l'administration, de sa légitimité et de sa façon de fonctionner.

Sur le plan individuel, même dans le recrutement d'un fonctionnaire, l'employé peut demander à son supérieur hiérarchique que soient élaborés en commun (et donc, négociés) la sphère de compétence du poste, les modalités de travail, les horaires, les objectifs et l'évaluation. D'ailleurs, même la façon unilatérale, par truchement d'un décret, concernant par exemple le recrutement d'un fonctionnaire, implique un consensus minimale, ou au moins implicite, du fonctionnaire⁷⁵¹.

La gestion institutionnelle de l'emploi public n'exclut pas la négociation. Par gestion institutionnelle, on entend les relations entre les pouvoirs publics et les organisations syndicales afin d'élaborer les normes concernant l'emploi public. Le dialogue social dans le travail public occupe en France une place importante dans la vie sociale et politique du pays, compte tenu sans doute d'une vitalité majeure du phénomène syndical par rapport au secteur privé⁷⁵². Maintenant, les objectifs du dialogue sociale ont connu une évolution ces 50 dernières années. Si au moment de l'élaboration du statut de 1946 il fallait rééquilibrer la position de subordination statutaire du fonctionnaire avec la participation des syndicats aux décisions des pouvoirs publics, maintenant le dialogue sociale est reconnu comme une condition nécessaire afin d'obtenir des décisions suffisamment consensuelles pour une efficace mise en œuvre.

Toutefois, les caractéristiques de l'administration et des syndicats ne facilitent pas une pratique approfondie du dialogue social, en débouchant sur une « concertation contractuelle ». Du côté de l'administration, sa capacité à négocier est toutefois rendue difficile par la structure organisationnelle existante⁷⁵³. En fait, administration et syndicats son liés à un système centralisé, considéré comme le meilleur garant de la parité des conditions entre fonctionnaires⁷⁵⁴.

Du côté des organisations syndicales, leur intervention est prévue à l'occasion des négociations concernant les revalorisations salariales mais elle souffre d'une faible

⁷⁵¹ Cfr. DION F., *Contractualisation et emploi public*, Paris II, 2013, 40.

⁷⁵² ROUBAN L., *La fonction publique*, La découverte, 2009, III ed. 36.

⁷⁵³ POCHARD M., *Réforme de l'Etat et modernisation de la gestion publique, A propos de l'administration française, La documentation française*, 1998, p. 61 ; la structure gouvernementale et l'organisation des administrations centrales, cap. II, , *Le travail gouvernemental*, T.1, ENA, La documentation française, p. 99.

⁷⁵⁴ LEMOYNE DE FORGES J.-M., *Le système français de fonction publique, A propos de l'administration française*, sous la direction de Françoise Gallouédec-Genuys, La documentation française, 1998, p. 44.

représentativité, sauf certains secteurs de la fonction publique⁷⁵⁵. En outre, les syndicats reflètent l'organisation de la fonction publique par corps⁷⁵⁶. Puisque ces derniers constituent le socle de la gestion des carrières, l'organisation des commissions administratives paritaires (CAP) par corps a joué un rôle essentiel dans la structuration syndicale⁷⁵⁷

Le pouvoir disciplinaire. L'administration française dispose d'un pouvoir discrétionnaire soit dans le déclenchement des poursuites disciplinaires soit dans le choix de la sanction infligée à l'agent auteur d'une faute grave au terme d'une procédure contradictoire. Selon le juge administratif suprême, le recours à la notion européenne de délai raisonnable ne peut tenir en échec l'imprescriptibilité des poursuites disciplinaires. Le juge administratif s'abstient de contrôler le refus d'engager une action disciplinaire à l'encontre d'un agent de l'administration ne pouvant se voir opposer une quelconque prescription dans l'exercice de son pouvoir disciplinaire. Depuis 1978, le contrôle du juge est restreint à l'erreur manifeste d'appréciation entre les faits reprochés à l'agent et les conséquences tirées par l'Administration de la commission de cette faute.

L'autorité administrative dispose d'un panel lui permettant, normalement, de choisir la sanction adéquate pour réprimer une faute disciplinaire commise par un fonctionnaire ou un agent public. L'imagination ne pouvant être admise en la matière, la sanction doit obligatoirement se fonder sur l'existence d'un texte fondant juridiquement son intervention.

La procédure disciplinaire. L'article 29 du titre Ier du statut général pose le principe de l'indépendance de la répression disciplinaire et de la répression pénale. Un fonctionnaire qui adopte un comportement répréhensible constitutif d'une faute disciplinaire peut également être poursuivi devant le juge judiciaire et faire l'objet d'une condamnation pénale. En suite, le Conseil d'État a consacré, en 1955, la règle

⁷⁵⁵ SIWEK-POUYDESSEAU J., « Les syndicats de la fonction publique et les réformes managériales depuis 2002 », *RFAP*, n° 132, p. 745 ; Les syndicats de la fonction publique au XXème siècle, Berger-Levrault, 2001, p. 312.

⁷⁵⁶ DORD O., *Droit de la fonction publique*, PUF, 2012, p. 266 ; MELLERAY F., *Droit de la fonction publique*, Economica, 2010, p. 328

⁷⁵⁷ Cf DION F., *Contractualisation et emploi public*, Paris II, 2013, p. 41.

selon laquelle « aucun texte n'enferme dans un délai déterminé l'exercice de l'action disciplinaire ». L'administration ne peut se voir opposer une quelconque prescription dans l'exercice de son pouvoir disciplinaire. Selon le juge administratif suprême, le recours à la notion européenne de délai raisonnable ne peut tenir en échec l'imprescriptibilité des poursuites disciplinaires.

Un pouvoir à exercice forcé en Italie. D'un côté, le décret législatif n° 150/2009 a imposé des sanctions impératives par rapport à des infractions déterminées ; de cette façon, le pouvoir discrétionnaire de l'administration est considérablement réduit.

Par exemple, dans le cas d'une fausse attestation de présence en service, d'une absence non justifiée, d'un refus non justifié d'une mutation, d'un comportement agressif sur le lieu de travail, d'une condamnation pénale définitive, la sanction prévue est le licenciement sans préavis, sans aucune possibilité de choix pour l'administration.

De l'autre côté, les dirigeants sont en compétence liée, des sanctions étant prévues en cas d'omission.

Cette démarche plutôt « dirigiste » de l'employeur public italien est en contradiction avec le but de renforcer l'autonomie du dirigeant public et son rapprochement à la figure du dirigeant privé, qui au contraire donne des primes et des sanctions avec un pouvoir discrétionnaire total.

Dans certains cas, l'utilisation « forcée » du pouvoir disciplinaire peut nuire à la construction d'un bon climat au sein des services.

Au contraire, l'excessif pouvoir discrétionnaire de l'Administration française en matière disciplinaire, se fait-elle au détriment des droits des fonctionnaires .

En fait, le manque d'efficacité et de productivité dans les établissements publics n'est pas vraiment lié à des problématiques de nature disciplinaire.

Le pouvoir d'évaluation du personnel. Depuis 2007, une expérimentation a permis aux administrations intéressées de remplacer la notation individuelle des agents par un entretien professionnel annuel, celui-ci conduisant à apprécier la valeur

professionnelle des fonctionnaires. Selon l'article 35 de la loi « mobilité » du 3 août 2009, à compter du 1er janvier 2012, la logique a été inversée, le nouvel article 55 du titre II du statut général posant le principe d'une évaluation et le maintien, par exception, des systèmes de notation.

Selon le décret n° 2010-888 du 28 juillet 2010 l'entretien annuel, conduit par le supérieur hiérarchique direct du fonctionnaire, porte principalement sur sept thèmes : les résultats du fonctionnaire, ses objectifs, sa manière de servir, les acquis de son expérience professionnelle, le cas échéant la manière dont il exerce ses fonctions d'encadrement, ses besoins de formation et ses perspectives d'évolution professionnelle.

Le compte rendu de l'entretien, éventuellement complété par l'agent qui peut même en demander la révision à l'autorité hiérarchique, est pris en compte pour l'attribution aux fonctionnaires d'une réduction ou d'une majoration d'ancienneté exigée pour l'accès à l'échelon supérieur.

La gestion du mérite et des primes dans la fonction publique italienne. Le législateur introduit un nouveau système d'évaluation, considéré comme un outil obligatoire de mesure du fonctionnement des administrations publiques ; ce système s'accompagne aussi de la révision du système indemnitaire des fonctionnaires. Leur évaluation est rédigée de façon unilatérale par les chefs de service. Ensuite, un classement des candidats est dressé, en subdivisant le personnel en trois différents niveaux (haut, intermédiaire et bas) selon la façon de servir, l'ampleur de chaque niveau étant prédéterminée par la loi. À chaque niveau correspond un montant différent de prime pour le fonctionnaire. L'appartenance durable d'un fonctionnaire au niveau plus haut constitue un atout prioritaire pour l'avancement économique ainsi que de carrière et même lors des concours internes pour l'accès au grade supérieur.

Il s'agit de deux systèmes nouveaux introduits par la réforme de 2009. En fait le classement n'a jamais été mis en œuvre, à cause du manque de moyens pour financer les primes et puisque une norme ainsi rédigée est difficilement applicable. L'évaluation des fonctionnaires a été introduite dans les collectivités locales et dans

une minorité d'administrations centrales, mais sans une véritable conviction. Le système d'évaluation a des dysfonctionnements évidents et sa bonne marche est liée exclusivement à la bonne volonté des acteurs.

Il se trouve qu'une conception managériale moderne est basée sur le dialogue et la participation du personnel aux objectifs du service ; l'attitude plutôt autoritaire de l'employeur public italien semble en contre-sens avec cela .

Par ailleurs, il n'est pas correcte d'identifier complètement la motivation du personnel dans la stimulation économique au lieu de l'identification avec le service d'appartenance, la création d'une fierté collective pour l'obtention de résultats.

Enfin, un modèle d'évaluation ne peut pas être applicable à toute la fonction publique, sans un minimum de souplesse.

La gestion des ressources humaines. On peut dire qu'en France on assiste aux phénomènes de « travaillisation » et privatisation de la fonction publique, alors qu'en Italie elles sont formellement acquises depuis 1993.

Par « travaillisation », on se réfère à l'interaction réciproque des droits privé et public.

Par « privatisation », en revanche, nous comprendrons tant la réduction de l'emploi public que l'augmentation des situations de droit privé (précarité et réduction de postes).

En France, les réformes des dernières années ont inspiré une nouvelle gestion des ressources humaines (GRH) de la fonction publique. Il a été intéressant d'analyser les tensions entre la gestion des ressources humaines et le statut de la fonction publique, ce dernier étant manifestement perturbé par la GRH.

Étant donné le caractère unilatéral du statut et de la relation de travail, basés sur l'intérêt du service, mêmes les droits reconnus aux fonctionnaires peuvent être considérés avec une certaine flexibilité. En sont un exemple les demandes de temps partiel ou de mise en disponibilité, évaluées sur la base des nécessités du service, ou les décisions prises unilatéralement par l'employeur public indépendamment du souhait de l'agent. Il peut s'agir de décisions soit à titre conservatoire (suspension,

disponibilità d'office), soit en raison de l'intérêt du service (mutation dans l'intérêt du service). En même temps, aux fonctionnaire il est reconnu un droit au départ en mobilité, sauf compatibilité avec l'intérêt du service.

On dirait que la nouvelle GRH n'est pas en opposition avec le droit de la fonction publique originale ; elle ne fait qu'exploiter les outils de gestion du personnel déjà présents dans le statut .

La loi 3 août 2009 . La loi du 3 août 2009 sur la mobilité et le parcours professionnel a individualisé davantage la situation juridique des fonctionnaires et agents non titulaires. Elle donne ainsi de nouvelles marges de manœuvre aux gestionnaires des ressources humaines en assouplissant leurs statuts. En fait, les quatre lois des dernières années (juillet 2005, février 2007 et août 2009) visent à rendre les carrières plus attrayantes et plus diversifiées, mais le législateur dessine clairement une tendance favorable à une poussée des exigences managériales au détriment des garanties juridiques offertes par le statut. L'objectif est de faire en sorte que les fonctionnaires maîtrisent mieux le déroulement de leur carrière, tout comme les salariés. Ainsi, le statut représente la ligne d'horizon indépassable au-delà de laquelle l'agent n'est plus placé dans une situation légale et réglementaire, car le consensualisme entre l'employeur et l'agent remplace l'unilatéralisme de l'administration propre à la gestion de la fonction publique.

Les réformes récentes et en cours contribuent à assouplir le droit de la fonction publique tel que créé depuis 1946, avec une volonté de diminuer les écarts entre droit de la fonction publique et droit privé, dans certains domaines comme la gestion et l'évolution des carrières, la formation continue.

Notamment, la loi du 3 août 2009 réduit davantage l'exorbitance du droit de la fonction publique et en renforce la « travaillisation » avec l'adoption symbolique d'un dispositif rendant possible le remplacement des fonctionnaires par des salariés soumis ès qualités aux dispositions du Code du travail. Du reste, pour rendre possible le recours à cette catégorie de salariés, il a fallu modifier à la fois le statut général

(article 3 bis du titre II, article 3-2 du titre III et article 9-3 du titre IV) et le Code du travail (article L.1251-61 à L.1251-63). L'article L.1224-3 a été également modifié pour préciser que le refus par les salariés des contrats de reprise déclenche l'application par la personne publique reprenneuse de l'activité de la personne morale de droit privé des dispositions du droit du travail relatives au licenciement.

Les restructurations de services débouchent parfois sur des suppressions d'emploi et l'agent concerné ne pourra refuser, successivement, trois offres d'emploi sous peine d'être placé en disponibilité d'office ou admis à la retraite (article 44 quater). Tel un demandeur d'emploi, le fonctionnaire réorienté professionnellement aura le droit de dire « non » seulement deux fois au même titre que l'agent territorial dont l'emploi a été supprimé. Cet agent est, en outre, désormais soumis à l'obligation « de recherche active d'emploi » (article 97-I, alinéa 3 du titre III). En effet, l'agent voit l'Administration établir un projet personnalisé d'évolution professionnelle et se voit imposer l'obligation de suivre, pendant sa période de réorientation, les actions d'orientation, de formation, d'évaluation pour favoriser la réorientation. L'Administration lui garantit un suivi individualisé et régulier et un appui dans ses démarches. Il est bien évident que la réorientation professionnelle est une situation d'insécurité pour les fonctionnaires.

En fait, la Ministère de la fonction publique a annoncé à plusieurs reprises l'abrogation du Décret qui met en œuvre l'article 44 quater⁷⁵⁸. Même si ce décret n'as pas encore été approuvé, il faut souligner que la lourdeur du dispositif de réorientation professionnelle a fait en sorte qu'il soit inappliqué, d'autant plus qu'il place le fonctionnaire dans une situation d'insécurité.

Depuis la loi mobilité, au personnel est reconnu un véritable droit au départ en mobilité, sauf compatibilité avec les exigences du service. le législateur peut également décider d'imposer aux agents une mobilité afin de rendre possible la rotation des personnels et d'avoir une gestion plus dynamique des ressources humaines.

⁷⁵⁸

Il s'agit du décret n° 2010/1402.

L'activité de gestion du personnel. La réforme Brunetta explicite un concept qui était sous-entendu auparavant, c'est à dire que la gestion des ressources humaines relève des pouvoirs des dirigeants, qui doivent désormais planifier les besoins du personnel et le nombre des effectifs dans leur service.

Le dirigeant est tout aussi autonome dans l'organisation du travail et la gestion du personnel que dans la mise en œuvre des programmes et des objectifs définis par les organes politiques.

Dans la fonction publique italienne, la mobilité a été toujours volontaire ou dans le cadre d'un échange de postes entre deux fonctionnaires. La mobilité imposée a vu sa première apparition avec le récent décret sur la stabilisation financière. L'article 1 alinéa 29 du Décret-loi 13 août 2011 n. 38 a établi que les fonctionnaires peuvent subir une mutation dans le même territoire régionale sur la base d'exigences motivées de nature technique, organisationnelle, productive issues des plans de performance ou de rationalisation des services, selon des critères définis par les conventions collectives. Aux fonctionnaires concernés par les mutations sont ainsi appliqués les articles du Code Civil portant sur les employés du secteur privé (articles 2103-2104). En fait, cette norme n'a presque jamais été appliquée (la seule application a eu lieu en 2013 pour la mairie de Novara). En pratique sur ces questions, il se trouve que les syndicats ont souvent un poids plus important encore que celui qui leur est conféré par la loi, allant jusqu'à leur donner un « droit de véto ».

En ce qui concerne la mobilité volontaire, elle n'est pas très répandue car entre les nombreux secteurs de la fonction publique les traitements sont très différents l'un de l'autre. Les lois sont très ambiguës concernant l'encadrement du fonctionnaire parti en mobilité dans un secteur de l'emploi public différent ; notamment, aucun tableau de correspondance entre les différents niveaux a été fixé, par conséquent une marge d'évaluation est laissée aux administrations. C'est fort probable que le fonctionnaire puisse subir une diminution de salaire suite à la mobilité, et cela décourage énormément les fonctionnaires.

Le problème n'est pas donc le manque de normes applicables, mais leur ambiguïté (en ce qui concerne la mobilité volontaire) et la faiblesse de l'employeur public

(notamment, politique) dans la volonté de les appliquer (en ce qui concerne la mobilité imposée).

Le pouvoir de négociation par rapport aux syndicats. En France, durant les dernières années, le cadre légal des relations collectives professionnelles dans les fonctions publiques a été profondément bouleversé.

Ce processus s'est conclu avec les « accords de Bercy » du 2 juin 2008, qui ont été mis en œuvre par la loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique. Il s'agit d'une loi qui a renforcé la place de la négociation et a contribué à promouvoir le développement d'une véritable culture de la négociation au sein de la fonction publique.

Les relations collectives dans la fonction publique ont un rôle-clé pour comprendre le fonctionnement général du système de l'emploi public.

L'équilibre entre l'employeur public et les syndicats est basé sur un compromis, sur la base duquel :

-l'employeur public reconnaissait le paritarisme dans le fonctionnement des commissions administratives paritaires (CAP) et des comités techniques paritaires (CTP), même si le principe de participation énoncé par le Préambule en 1946 ne l'impose pas. En fait, force est de constater que les institutions représentatives prévues par le Code du travail ne sont pas paritaires.

-de leur côté, les syndicats acceptent que le droit de la fonction publique soit dérogatoire au droit commun du travail ; cela signifie que les règles de relation du travail sont déterminées unilatéralement par l'État employeur, l'accord collectif n'ayant aucune place d'un point de vue juridique dans l'emploi public.

La parité même s'explique avec la prise en compte de la spécificité du rapport de travail au sein de la fonction publique : les fonctionnaires étant au service de l'intérêt général, la discussion « à parité » permet de dégager la solution la plus conforme à cet intérêt, notamment en prévenant le déclenchement des conflits sociaux susceptibles de porter atteinte à la continuité du service public.

La négociation dans la fonction publique française constitue une pratique ancienne, mais elle n'était reconnue qu'au niveau salarial. Mais avec le temps, on a assisté

progressivement à une extension des discussions avec les syndicats même des domaines autres que l'aspect économique. Depuis 1983, on discute de questions relatives aux conditions et à l'organisation du travail. À partir de 2006, on signe des accords sur la thématique du pouvoir d'achat et sur un élargissement des dispositifs d'action sociale pour les fonctionnaires.

L'État-employeur se montre de plus en plus à l'écoute des syndicats, conscient du bénéfice qu'il peut tirer de bonnes relations avec eux et, par conséquent, d'un bon climat de travail entre les fonctionnaires.

En fait, la nouveauté la plus grande de la loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 a été la suppression du paritarisme au sein des comités techniques paritaires (CTP). En fait, supprimer le paritarisme dans la composition de cet instance a voulu dire souligner l'existence d'un consensus entre les syndicats ou même animer la concurrence entre eux. Mais face à un syndicat rassemblé qui fait bloc et qui donne un avis défavorable à un projet de l'administration, cette dernière serait en difficulté. Donc, en quelque sorte, supprimer le paritarisme veut dire donner un espace majeur à la recherche du consensus.

Se pose inévitablement la question de la validité et de la valeur juridique de ces accords. Ceux-ci constituent certes une contrainte morale et politique, comme n'a pas manqué de souligner l'accord conclu le 2 juin 2008, mais pas juridique. Le non-respect de ces accords ne peut être contesté devant le juge.

En pratique, il faut dire que le Gouvernement honore ses engagements, bien que souvent avec retard, l'engagement politique constituant en soi une contrainte très forte.

D'ailleurs, même les syndicats ne se montrent pas insistants sur cette question. Ils s'intéressent davantage à la question de l'élargissement des domaines objets de négociation. En fait, la loi du 5 juillet 2010 utilise l'expression « rénovation » du dialogue social dans la fonction publique et pas « refondation », la nuance est importante.

Une éventuelle reconnaissance juridique poserait des questions d'ordre constitutionnel sur la structure même de l'État, de la fonction administrative et de l'élaboration du droit ; elle changerait radicalement le compromis entre syndicats et employeur qui est

à la base du fonctionnement de la fonction publique. Bien évidemment, la question n'est pas encore d'actualité.

De la négociabilité à l'unilatéralisme des prérogatives du dirigeant dans la fonction publique italienne. Contrairement à ce qui se passe en France, en Italie les accords signés entre représentants d'une administration et les organisations syndicales ont bien une valeur juridique. L'article 40, alinéa 1 du Texte Unique de l'emploi public dispose que « *les conventions collectives déterminent le droit et les obligations directement inhérentes la relation de travail, ainsi que ce qui concerne les relations avec les syndicats* ».

Le non-respect des conventions collectives relève du juge, qui peut sanctionner le comportement fautif de l'administration.

Ce grand pouvoir aux conventions collectives a été donné par le législateur avec l'objectif de la privatisation de l'emploi public. Le législateur est ensuite revenu sur ses pas. Il s'est en effet aperçu qu'il avait conféré une confiance excessive en la capacité de négociation collective à relever le défi d'une plus grande efficacité de l'administration publique. En outre, au lieu de cela, la négociation collective est devenue un outil visant à obtenir un consensus politique et syndical. Ce résultat a pour origine la « faiblesse » congénitale de l'administration (nationale et décentralisée) dans la négociation, car elle ne peut pas résister adéquatement à la demande du syndicat. La récente réforme du 2009 a établi une nouvelle distribution entre les questions réservées à la loi et la négociation collective, en décidant que les questions fondamentales, jusqu'à maintenant attribuées à la négociation, devaient être exclusivement réglementées par la loi, sauf dans les cas d'une délégation expresse de négociation. Actuellement la négociation collective est limitée à des zones prédéterminées.

L'exercice excessif du pouvoir par l'employeur : le harcèlement. Dans la législation italienne, il n'existe pas de loi portant sur le harcèlement moral sur le lieu de travail. La responsabilité de l'employeur pour harcèlement est issue de l'art. 2087 du Code Civil qui oblige l'employeur à adopter, dans l'exercice de son pouvoir d'entrepreneur, les mesures nécessaires pour protéger l'intégrité physique et la

personnalité morale du travailleur, de façon que soient sauvegardées sur le lieu de travail la dignité et les droits fondamentaux, auxquels les articles 2 et 3 de la Constitution italienne font référence.

En France, au contraire, le harcèlement moral est précisément condamné. Dans la fonction publique, notamment, la protection contre le harcèlement envers les fonctionnaires a été introduite par plusieurs modifications au Statut. Le législateur a donc fait une distinction entre les salariés et les fonctionnaires. D'abord, il n'était reconnu que le harcèlement sexuel du supérieur hiérarchique ; à partir du 2002 la sphère a été étendue aux collègues et aux subordonnées. Le concept de harcèlement moral a été introduit pour la première fois en janvier 2002 avec l'insertion d'un article 6 *quinquies* dans le titre premier du Statut, avec la définition de « *agissement répétés qui ont pour objet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à la dignité et aux droits du fonctionnaire et d'altérer sa santé physique ou mentale ou compromettre son avenir professionnel* ».

La spécificité du harcèlement dans l'emploi public est liée à la stabilité du poste et aux limites de la mobilité. Cela se vérifie davantage dans le système italien, dans lequel il y a pas de droit au départ en mobilité pour les fonctionnaires. De plus, le consentement du chef de service est nécessaire à un éventuel départ.

Dans le droit administratif français, le harcèlement est lié à des notions comme le détournement de pouvoir et la sanction déguisée, avec la grande différence qu'il peut se manifester par des comportements qui ne sont pas des actes administratifs contre lesquels on peut porter plainte. C'est pourquoi il a été nécessaire de modifier le SG pour donner à l'employeur une tutelle spécifique contre les agissement de harcèlement.

La contractualisation du droit de la fonction publique française. Les considérations générales du rapport d'activités du Conseil d'État pour l'année 2003 consacrées aux perspectives de la fonction publique ont porté au pinacle la contractualisation sur un plan à la fois collectif (dans le cadre des conventions collectives) et individuel (contrat de performance de l'agent adossé à son statut). Elles prônent une place plus grande du contrat dans le droit de la fonction publique.

Le recours au contrat est souvent perçu comme une « privatisation rampante » du droit de la fonction publique. Il permettrait d'adosser aux garanties statutaires un parcours individuel de l'agent et d'introduire, enfin, une rémunération reposant, en partie, sur le mérite et non plus exclusivement sur l'ancienneté.

Le statut général de 1946 place le fonctionnaire « vis-à-vis de l'administration, dans une situation statutaire et réglementaire ».

A l'époque les syndicats de fonctionnaires envisageaient l'application du droit du travail, considéré plus protecteur pour eux. La grève et la liberté syndicale étaient interdits aux fonctionnaires, afin de préserver la continuité du service public. Le droit commun des travailleurs apparaît comme un élément de garantie pour les fonctionnaires et, cette différence syndicale vis-à-vis des règles spéciales pour les fonctionnaires a continué d'exister jusqu'à l'adoption du statut de 1946. Avant l'approbation du statut, seulement certains agents non titulaires étaient liés aux relations contractuelles.

Donc, actuellement, les employés public sont classés dans deux catégories : d'un côté les titulaires, ayant la qualité de fonctionnaires et qui sont en principe les seuls à occuper un emploi permanent à temps plein ; à côté d'eux, il y a les contractuels qui occupent un emploi à titre permanent ou temporaire, à temps plein, ou partiel.

La doctrine administrative a mis l'accent sur la nécessité d'une conciliation nouvelle entre statut et contrat. Deux tendances doctrinales sont apparues ces dix dernières années au sein de la haute fonction publique et précisément des membres du Conseil d'Etat. La première vise à une flexibilité majeure du statut pour les titulaires, alors que la deuxième est liée à l'affirmation d'un espace contractuel à côté du statut.

La flexibilité du statut pour les titulaires constitue une première orientation doctrinale au sein de l'administration. Cette orientation est fondée avant tout sur le rejet d'un ultérieur élargissement du recours aux contractuels. Marcel Pochard, ancien directeur général de l'administration et de la fonction publique et conseiller d'Etat, dans le rapport de 2003 ne se déclare pas favorable à une augmentation des non titulaires

dans l'emploi public, avec trois séries d'arguments⁷⁵⁹. Il indique avant tout que « si l'on estime que le statut est une garantie essentielle pour le bon exercice des fonctions publiques, il est déraisonnable, sinon contradictoire, de permettre que se développe en marge de ce statut l'occupation d'emplois publics par des agents contractuels ».

Il précise que cette ouverture, si elle avait lieu, devrait privilégier l'usage de contrats à temps indéterminé, et à mieux tenir en compte le principe d'égalité d'accès à la fonction publique. Il ajoute que « si le recours aux contractuels peut offrir aux employeurs de la souplesse pour pourvoir à leurs besoins, il ne faut pas s'en cacher les contreparties ou les inconvénients en termes de gestion, pour les agents eux-mêmes, qui n'ont pas de perspective de carrière ni de mobilité, et sont en quelque sorte attachés à leur employeur, et pour les employeurs eux-mêmes qui n'ont pas de véritables grilles de gestion de ces agents, et qui ne savent bien souvent pas comment faire évoluer leur carrière ou y mettre fin. D'ailleurs, dans les établissements publics à régime dérogatoire qui peuvent recruter des contractuels à durée indéterminée, la tendance est, à peine la souplesse du recours aux contractuels acquise, de bâtir un statut largement inspiré du statut de titulaires ». En fait, le régime contractuel ressemble trop à un statut. Par ailleurs, la loi de 2005 a élargi l'accès aux contrats à durée indéterminée. En revanche, en réalité cet élargissement change sensiblement la gestion des contractuels. Enfin, on précise que « s'il est question de libéraliser le recours aux agents contractuels, c'est dans une large mesure dans l'objectif de surmonter la rigidité des règles statutaires, en quelque sorte à titre plutôt d'expédient. On peut se demander si c'est la bonne méthode et s'il ne vaudrait pas mieux assouplir les règles statutaires et supprimer ainsi plus fondamentalement la cause du recours désordonné aux contractuels ». Marcel Pochard proposait la notion de contrat d'affectation sur emploi ou le « contrat de fonction publique ». L'année 2000 il proposait « d'instaurer un minimum d'espace de négociations contractuelles ; cette proposition peut étonner si l'on s'en tient à un régime statutaire ; mais, même dans un tel régime, on peut veiller à préserver des aires de négociation à portée juridique. La

⁷⁵⁹ CE, Rapport public 2003, Etudes et documents n°54, *Perspectives pour la fonction publique*, p. 341 e 342 ; M. Pochard, *Le dur réveil des fonctionnaires, Etat d'urgence*, sous la dir. de Roger Fauroux et Bernard Spitz, Robert Laffont, p. 172.

question la plus difficile est de savoir si l'on peut concevoir des accords susceptibles de déroger à certaines normes réglementaires, comme cela est possible dans le secteur privé. Nous le pensons au moins pour certaines dispositions non statutaires ».

En revanche, Pochard était favorable pour l'insertion d'éléments contractuels au sein de la fonction publique à la faveur des titulaires. Il propose « d'admettre que le régime juridique applicable au fonctionnaire en position d'activité puisse descendre et de son statut que du contrat que lui-même a conclu et négocié avec son autorité hiérarchique ». En partie cette situation existe déjà dans le statut actuel du travail public. En particulier, c'est le cas des entreprises publiques à statut ou la combinaison du caractère statutaire ou réglementaire du régime applicable aux employés et déjà en vigueur avec l'existence d'un contrat individuel dont les complications sont réglées par la jurisprudence.

Elle permettrait de mieux intégrer la logique de la performance dans la fonction publique, sans aucun préjugé pour la sécurité de l'emploi, garantie en tout cas par le statut.

Le renforcement d'un espace contractuel à côté d'un espace statutaire constitue une deuxième orientation. Le 1^{er} octobre 2007, une conférence nationale sur les valeurs, les missions et les métiers de la fonction publique a eu lieu. Ce débat s'est conclu en 2008 et à son issue un Livre blanc est paru, dont le rapporteur général est le Conseiller d'Etat Jean Ludovic Silicani⁷⁶⁰. Ce rapport concerne la fonction publique dans son ensemble, mais une place remarquable est donnée au rôle du contrat. Le rapport prend acte de la place croissante des agents non titulaires qui représentent quasi un cinquième du personnel public et de la nécessité pour l'administration publique de recruter ce personnel. Par contre, Silicani veut professionnaliser le recours aux contractuels et moderniser leur régime juridique ; faciliter, pour eux, le passage réciproque entre statut et contrat.

« Professionnaliser le recours aux contractuels » vise à ce que « chaque administration, compte tenu de la structure initiale de ses emplois et de ses besoins futurs, notamment ceux correspondant aux cinq catégories de recours au contrat décrites ci-dessus,

[évalue] le volume d'agents contractuels dont elle aurait besoin à moyen et long termes, dans le cadre de sa politique générale de recrutement. Elle soumettrait cette évaluation et les actions de recrutement qu'elle envisage à une discussion avec les partenaires sociaux. Cette question pourrait faire l'objet d'une négociation afin d'aboutir à un accord collectif. Sur le plan juridique, la loi, après avoir rappelé que les emplois des collectivités publiques sont, à titre principal, occupés par des agents titulaires, permettrait le recrutement, à titre complémentaire, de contractuels, quel que soit l'emploi à pourvoir, (...) ⁷⁶¹ ». Le livre blanc met en discussion la politique de recrutement de l'Administration publique, qui privilégie le concours. Cette modalité de sélection a été critiquée, car le recrutement des contractuels ressemble à celui du secteur privé, qui est bien plus souple.

La question des concours représente le point de démarcation entre contractuels et titulaires. Le concours étant le moyen d'accès traditionnel à la fonction publique, tendre à le supprimer, ou au moins le professionnaliser revient à reconnaître qu'il n'est plus le seul modèle de recrutement possible des employés publics.

La deuxième proposition du Livre blanc vise à « moderniser le régime des agents contractuels ». Selon le Livre blanc « les emplois correspondant à des missions de souveraineté ou comportant des prérogatives de puissance publique seraient occupés, à titre principal, par des agents titulaires, et à titre complémentaire, par des contractuels de droit public ; les autres emplois des collectivités publiques seraient occupés, à titre principal, par des agents titulaires et, à titre complémentaire, « en régime de croisière », par des contractuels de droit privé ; toutefois, pendant une période transitoire (cinq ans par exemple), ces emplois pourraient continuer à être occupés par des contractuels de droit public ».

Cette proposition crée une subdivision entre les missions régaliennes et les autres. Les premières sont l'exercice de la justice (défense, police), de la diplomatie et des finances publiques. En fait, depuis le XX siècle, l'Etat a acquis progressivement un rôle plus vaste dans la société. Le président de la République de l'époque proposait

⁷⁶⁰ SILICANI J-L, « Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique », 2008, *La documentation française*, Paris ; Le livre blanc en bref, CFP, mai 2008, 5.

⁷⁶¹ DION Fabrice, *Contractualisation et emploi public*, Paris II, 2013, 55.

même que les nouveaux employés puissent choisir entre un statut de fonctionnaire et un « contrat de droit privé négocié de grade en grade⁷⁶² ».

Sur cette question les libéraux ont une position plus radicale, car il ne reconnaissent pas légitime une distinction selon la nature des missions. D'après eux, rien ne justifie que le personnel bénéficie de règles particulières dérogatoires par rapport à la discipline généraliste du droit de travail ». Cette position a été partagée pendant longtemps par les fonctionnaires, en souhaitant une parité de conditions avec les travailleurs du secteur privé.

Cette position favorable à l'application du contrat de droit commun pour les employés publics est devenue aujourd'hui très minoritaire. En fait, déjà en 1980 un rapport distinguait entre les « missions de l'Etat », qui correspondaient aux missions régaliennes précitées, et les missions de service public. Les premières seraient assurées par des fonctionnaires, les deuxièmes par des contractuels. Cette conception des missions régaliennes est accueillie par le droit communautaire, qui prévoit pour celles-ci une exception au principe de la libre circulation des travailleurs⁷⁶³. Il est évident la difficulté de distinguer ces emplois des autres (il s'agit d'un choix politique, comme il en a été en Italie), et en tout cas cette position n'implique pas l'abandon du régime de droit public applicable au personnel qui occupe les emplois ouverts à la libre circulation des travailleurs⁷⁶⁴.

En fait Marcel Pochard, dans un article de 2000 avait illustré cette possibilité : « la première solution qui vient à l'esprit consiste à basculer purement et simplement, du moins pour les agents n'appartenant pas aux secteurs régaliens (police, justice, défense, affaires étrangères, fiscalité, politique générale de l'Etat...), vers un régime de statut d'emploi ou un système contractuel de négociation collective. Le système contractuel permet de donner de la souplesse et de différencier les niveaux de responsabilité, dans le cadre de règles communes définies par le législateur, comme

⁷⁶² Discours du Président de la Repubblica du 19 septembre 2007, prononcé devant les élèves de l'IRA (Istituto regionale di Amministrazione) de Nantes dans lequel il annonçait la volonté de « refonder la *fonction publique* ».

⁷⁶³ DION F., *Contractualisation et emploi public*, Paris II, 2013, 64.

cela existe dans le secteur privé avec le code du travail. Ce système est pratiqué en Allemagne (...). Une telle solution aurait l'avantage de créer une rupture et de conduire à une remise à plat⁷⁶⁵ ».

En même temps, Pochard reconnaissait très clairement les difficultés d'appliquer cette distinction à la culture politique et administrative française. En tout cas, cela impliquerait un véritable changement dans l'organisation de l'Etat. Il ne faut pas sous-estimer, par ailleurs, les conséquences sur le climat social.

Certains auteurs soutiennent que le statut actuel de la fonction publique est moins protecteur que le Code du travail du secteur privé. La question qui se pose est si cette différenciation est justifiée alors qu'un contractuel travaille pour son administration pour une période à temps indéterminé de plusieurs années.

Concernant cette question le Livre blanc propose la possibilité de confier les missions de souveraineté aux contractuels de droit public. Il s'agirait d'un choix, donc, entre fonctionnaire et contractuel, ce qui implique l'abandon et du statut et du droit privé.

La dernière proposition du livre blanc était de « faciliter le passage réciproque entre le statut et le contrat ».

Enfin, le Livre blanc propose de « faciliter le passage réciproque entre le statut et le contrat ». Le Livre Blanc propose que « les agents contractuels, au-delà d'une certaine ancienneté et sous certaines conditions, puissent être détachés dans un cadre statutaire ou un cadre d'emplois et que, à l'issue d'une période de détachement, ils puissent être titularisés dans ce cadre ; ce dispositif devrait permettre notamment de réduire le nombre d'agents relevant d'un contrat de droit public à durée indéterminée ; qu'à l'inverse, les agents titulaires puissent, en cours de carrière, être détachés sur un contrat sans que cela ne les pénalise dans leur avancement statutaire, si cette position est de nature à faciliter leur maintien dans la fonction publique, face soit à une intense concurrence du secteur privé, soit à une forte compétition internationale, existant pour les métiers en cause (cas de l'hôpital ou de la recherche, par exemple) ».

⁷⁶⁴ DORD O, *Droit de la fonction publique*, 2012, PUF, 9.

Certains éléments du Livre blanc ont commencé être mis en oeuvre. Notamment, aujourd'hui les titulaires peuvent être détachés sous contrat. En revanche, les contractuels ne peuvent pas être détachés en tant que titulaires. Cela est plus difficile à mettre en oeuvre car il s'agirait de déroger au principe du concours.

Ils peuvent participer aux concours internes ou aux recrutements réservés afin d'absorber l'emploi précaire.

Il s'agit donc de remettre en discussion et les modalités de gestion des contractuels et celles des titulaires.

Dans l'emploi public italien l'embauche en CDD est considérée par le législateur comme un événement extraordinaire (« Pour répondre aux exigences de caractère exclusivement temporaire ou exceptionnel⁷⁶⁶ »), mais le phénomène a connu une augmentation remarquable à cause de la fixation d'un taux de remplacement maximum pour les fonctionnaires qui partent à la retraite.

Le travail flexible dans la fonction publique relève du droit du travail, avec une différence importante : l'impossibilité qu'un CDD puisse se transformer en CDI, car la Constitution prévoit seul le concours comme modalité d'embauche dans la fonction publique.

Afin d'éviter le phénomène de la précarité, le législateur a établi que les administrations publiques souscrivent le cas échéant contrats à temps déterminé avec ceux qui ont bien réussi les concours pour être embauchés en CDI et sont dans l'attente d'un poste.

Les pouvoirs de l'employeur public français dans la gestion des ressources humaines.

La loi du 2 février 2007 a transposé au secteur public le droit public et le droit individuel à la formation tout au long de la vie professionnelle. La loi du 19 février 2007 relative à la fonction publique territoriale procède d'une réforme désireuse, avant tout, d'améliorer la gestion des ressources humaines dans un contexte marqué par les nouveaux développements de la décentralisation. Les deux lois de février 2007

⁷⁶⁵

POCHARD M., « Quel avenir pour la fonction publique », *AJDA*, 2000, p. 3.

rapprochent davantage la fonction publique du secteur privé et corroborent l'idée d'un droit commun en créant dans les trois fonctions publiques un droit subjectif à la formation professionnelle tout au long de la vie similaire à celui qui existe dans le secteur privé.

La nécessité de réduire les coûts du personnel public, de corriger le manque de souplesse dans le système statutaire ainsi que de homogénéiser la situation des fonctionnaires et celle des employés du secteur privé a amené à l'irruption des règles du droit du travail dans le droit de la fonction publique.

L'analyse de certaines techniques de la privatisation de l'emploi public en Italie amène à regarder ce phénomène dans une optique différente. En fait, la privatisation est devenue un changement de nature formelle, où la spécificité de l'emploi public sous plusieurs aspects (par exemple changements d'affectations, licenciements) sont évidents et indiscutables. En même temps une partie non négligeable de l'emploi public italien n'est pas concerné par la privatisation.

L'égalitarisme, problème commun à toutes les fonctions publiques, est considéré comme la cause de dysfonctionnements et d'inefficacités.

Dans le processus d'individualisation dans la gestion du personnel, la fonction publique française semble avoir avancé davantage par rapport à l'italienne, en ayant introduits et développés des concepts comme la GPEEC (gestion prévisionnelle des emplois et des compétences) et la gestion par métier ; l'évaluation du personnel, même si elle a été remplacée entre temps par l'entretien d'évaluation, existe depuis longtemps. Cette évolution pose des problèmes, qui conduisent à une réflexion sur l'existence même et sur le rôle de la fonction publique.

Il faut donc s'interroger sur les exigences qui justifient l'usage et l'invasion du droit privé pour la mise en œuvre de finalités publiques.

Il est nécessaire de souligner le lien constitutionnel établi par le Conseil d'Etat entre fonction publique et service public. Il se trouve, forcément, que la soumission des fonctionnaires à des obligations particulières et l'octroi de certains avantages, qui en sont la contrepartie, peuvent être justifiés seulement par les exigences liées au service

public. Toutefois, l'amplitude de ce lien est variable. Ainsi, la rigidité du droit de la fonction publique, qui répond à es exigences constitutionnelles d'égalité, a parfois besoin d'être assouplie, même s'il s'agit quand même de répondre à des missions qui ont pour objet la mise en œuvre du service public. Cela explique pourquoi sois des fonctionnaires sois des contractuels de droit privé travaillent pour l'administration publique.

Toutefois, en générale, c'est le lien entre les exigences du service public et le caractère dérogatoire du droit applicable qui devrait rester le critère essentielle.

Ainsi, en Italie on pourrait se demander si la diversité des disciplines du changement d'affectation ou des licenciements entre public et privé, est vraiment justifiée par les spécificités publiques .

En même temps, le système juridique français devrait s'interroger si les dispositions statutaires dérogatoires répondent aux exigences du service public, autrement leurs applications n'a plus raison d'être.

L'évaluation des fonctionnaires. La notation est un domaine traditionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration incarnant la lecture peut-être trop théorique du principe d'égalité. Illustrant le poids de la pratique administrative ainsi que l'exorbitance incompressible du droit de la fonction publique, la notation des fonctionnaires nourrit un abondant contentieux. Celui-ci est dû à la crispation des agents et des syndicats qui contestent souvent les circulaires, instructions, notes de service ou arrêtés ministériels prévoyant les conditions d'application de la notation qui est un acte indivisible. L'important décret n° 2002-682 du 29 avril 2002 relatif à la notation des agents de l'État, qui est entré pleinement en application depuis le 1^{er} janvier 2004, a prévu l'instauration, par l'autorité administrative, d'un entretien d'évaluation qui donne lieu à un compte-rendu et a posé des nouveaux critères d'appréciation de la valeur de l'agent permettant de mieux individualiser la note qui lui sera attribuée. Le décret n° 2002-682 du 29 avril 2002 modernise, en effet, les procédures d'évaluation et de notation afin de mieux individualiser la note et de redonner un sens à la notation. Depuis 2008, une expérimentation permet aux administrations intéressées de remplacer la notation individuelle des agents par un

entretien professionnel, celui-ci conduisant à apprécier la valeur professionnelle des fonctionnaires. Ce nouvel article 55 bis du titre II du statut général (décret n°2007-1365 du 17 sept.2007) a contribué à individualiser davantage la gestion de carrière des agents parallèlement au nouveau droit à la formation professionnelle tout au long de la vie. La loi de modernisation rend ainsi possible la prise en compte du mérite dans le déroulement de carrière. La loi n°2009-972 du 3 août 2009 a modifié l'article 55 bis du titre II et l'article 55 bis du titre II et l'article 651 du titre IV du Statut général pour rendre possible le maintien de cette expérimentation jusqu'en 2011. À compter du 1^{er} janvier 2012, la logique a été inversée, le nouvel article 55 – qui sera, alors, applicable – posant le principe d'une évaluation et le maintien, par exception, de systèmes de notation.

Les ambiguïtés de la privatisation italienne. Dans le système italien, la recherche de l'efficacité et de la fonctionnalité de l'organisation des établissements publics est poursuivie avec une assimilation complète avec le secteur privé, mais avec la construction d'un système de règles qui pour certains aspects enfargent la discrétionnaire du dirigeant public, pour d'autres en revanche la réduisent, en l'obligeant à réagir.

A ce sujet, pendant la recherche on a remarqué à plusieurs reprises comment chaque essai d'appliquer des normes destinés à l'entreprise privé pour la fonction publique trouve un obstacle non négligeable lié aux ressources : puisqu'elles sont publiques et issues de la fiscalité, leur usage est lié au poursuivi des finalités publiques en respectant les principes d'impartialité et de bonne marche. Le fait qu'il n'y ait pas de profit à la base de l'action de la fonction publique caractérise chaque norme concernant l'organisation.

Il s'agit d'une remarque un peu banale qui, toutefois, doit être considérée dans l'analyse des normes sur le travail public.

En réalité, elle constitue l'élément qui est à la base de toute la législation en la matière et la réforme de 2009 en est la preuve. Toutes les normes destinées à la tutelle et à la mise en valeur de l'efficacité des administrations publiques sont directement

expression des principes constitutionnels, y compris la réglementation du travail public.

Même avant, l'existence d'un régime spécial de responsabilités, dont avant tout celle administrative, la reconnaissance d'obligations de services fonctionnels à l'activité administrative (dont l'article 6 de la loi n. 241/1990 pour le responsable d'une procédure bureaucratique), imposait une cautèle majeure dans l'interprétation analogique des normes du droit privé.

Avec la réforme de 2009, on afferme la suprématie de la composante publique du travail avec l'administration publique en vertu des intérêts publics liés à l'organisation comme outil d'exercice de la fonction administrative.

En d'autres termes, les normes du travail public de droit commun ont du mal à se concilier avec un contexte caractérisé par un régime de droit public de relations de travail, puisque leur mise en œuvre est directement liée aux buts de l'organisation

Cette remarque n'est pas sans conséquences car aux éléments de droit public qui sont présents dans la réglementation « travailliste » avec l'administration publique doivent correspondre des garanties de droit public. Par exemple, l'obligation de motivation des choix de gestion.

Il est fort probable qu'il faille relire d'une façon critique la norme contenue dans l'article 5, alinéa 2, du TUPI, considérée comme la pierre angulaire de la fonction publique italienne⁷⁶⁷, c'est-à-dire celle qui donne des pouvoirs de droit privé à l'employeur public.

L'outil de la responsabilité du chef, à laquelle la doctrine du droit du travail lie la satisfaction des precepts constitutionnels, est inadéquate puisque cette évaluation est effectuée par l'organe politique ou par le chef et elle est liée seulement à la violation de directives ou à la réalisation manquée des objectifs.

Il serait opportun que certains choix organisationnels soient accompagnés par des garanties de droit public à l'intérieur d'un système de régulation plus ample.

Il s'agit, en d'autres termes, de reconnaître que le dirigeant exerce les pouvoirs d'employeur public en cohérence avec les principes constitutionnels et le devoir de fonctionnaliser l'organisation administrative.

En même temps, il faut renforcer la capacité des employeurs publics de travailler dans un contexte d'autonomie. Quand on parle d' « employeur public » il ne faut pas penser seulement aux dirigeants. Le problème est plus complexe et il ne peut pas être bien encadré si on continue à se concentrer sur la distinction entre rôles politiques et de chefs, devenue une autre fiction juridique. Il concerne, également, rôles politiques et rôles de chefs. Dans les expériences des établissements il n'y a pas eu souvent une vision globale des questions de développement organisationnel.

Trop souvent la gestion du personnel a été réduite à une question de consensus, comme une occasion pour faire des alliances utiles au niveau politique ou à des choix qui n'ont pas été pris étant impopulaires ou parce qu'il y a eu une perception de conséquences politiques incertaines ou trop éloignées dans le temps.

Celui-ci a été un problème de politique. Mais également, il aurait fallu une approche professionnelle aux problèmes de gestion du personnel, soutenue par des compétences de gestion (pas seulement juridiques-administratives), par des capacités de gouverner des organisations complexes et par des styles de leadership appropriés.

Celui-ci est un problème inhérent aux chefs, probablement incapables de l'affronter seuls.

A ce sujet il y a encore un long chemin à parcourir. C'est ici, peut-être, l'explication de l'inachèvement des projets de réforme du passé et du présent.

Le véritable point de faiblesse autour des pouvoirs de l'employeur public est qu'ils ont été sans doute renforcés en pensant qu'ainsi le dirigeant puisse les exercer plus facilement.

⁷⁶⁷ BELLAVISTA A., "La figura del datore di lavoro pubblico", relazione al XVI Congresso nazionale di diritto del lavoro *AIDLASS*, Catania, 21-23 maggio 2009, in www.aidlass.org.

On a pensé, en d'autres mots, que pour gouverner une organisation si complexe comme l'Administration publique le consensus des opérateurs était un élément marginal.

En fait, le rôle du chef s'est alourdi, car il est censé obtenir le consensus, mais en utilisant des outils informels et moins transparents.

Ainsi, les pouvoirs de l'employeur public ne sortent pas renforcés tout simplement en modifiant leur source normative, mais il se nourrissent de la capacité d'être exercés devant les interlocuteurs, travailleurs, citoyens et syndicats.

Ces derniers ont été considérés comme un obstacle aux pouvoirs du chef, mais en réalité ils sont un élément essentiel du contexte institutionnel en mesure de construire l'autorité et le respect nécessaires afin que le dirigeant public exerce complètement ses pouvoirs.

En d'autres mots, l'autorité et le respect ne sont pas créés par une loi, mais il sont conquis sur le champ⁷⁶⁸, afin que dans la réalité il y ait un dirigeant reconnu et respecté. Rôle qui aujourd'hui ne peut pas être construit artificiellement par le législateur.

Le droit de la fonction publique italienne et celui de la fonction publique française ont en commun la difficulté à se confondre avec le droit privé. Ainsi, ils gardent une spécificité indéniable liée à la notion d'intérêt général et de service public.

Donc, l'intérêt général et les missions de service public constituent le fondement d'un régime dérogatoire au droit du travail pour l'ensemble des employeurs publics, et pour l'Italie, et pour la France.

Le Conseil d'Etat français admet que le « service public n'est plus aujourd'hui le critère indiscutable du droit administratif puisque il utilise toujours plus largement

⁷⁶⁸ ZOPPOLI L., "Bentornata realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica", *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 168/2013*, 13.

des outils de droit privé⁷⁶⁹. Toutefois, les autres critères concourants qui pourraient être proposées comme fondement du droit public ne peuvent que faire référence à l'intérêt générale qui fonde sa spécificité dans le droit public⁷⁷⁰ ».

Dans son rapport de 2003, le Conseil d'Etat a par ailleurs rappelé que la « particularité de la fonction publique est dans le fait que les règles de fond applicables à l'emploi public dans les relations de travail avec l'employeur public ne sont pas celles qui sortent du droit du travail qui s'applique au travailleurs des entreprises privé⁷⁷¹ ».

Dans ce rapport, le Conseil d'Etat ajoute: « le fondement de la particularité est à rechercher en ce qui est nécessaire aux pouvoirs publics pour exercer pleinement leurs mission; qu'il s'agit de leurs responsabilité classiques, en matière de sécurité, de décence, de justice ou encore de contrôle et réglementation, ou de la gestion des services publics, et afin que ces missions puissent être accomplies dans le respect des exigences du service public⁷⁷² ».

Par ailleurs on peut observer, en dépit de ces évolutions, que les relations de travail de l'administration publique française ont assumé plus souvent une forme essentiellement statutaire, dans le sens qu'elles restent principalement définies par la part publique.

Enfin, même dans les reformes les plus radicales, comme celle mise en place en Italie, où la dimension contractuelle est prévalant, il ne s'agit pas d'appliquer le droit privé toujours et pour toutes les espèces. Le contrat de droit public (associé ou pas à un cadre statutaire) continue à déroger le droit du travail du secteur privé avec des dérogations introduites unilatéralement par l'employeur public.

On peut se demander si c'est pertinent de garder dans l'emploi public un noyau dur (le statut) autour duquel gravitent les contrats (CDD e CDI) pour les non titulaires et une réglementation de droit public unilatérale pour les titulaires.

⁷⁶⁹ RIVERO J., « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *RDPA*, 1953.

⁷⁷⁰ CAUDEN J., « Fonction publique de carrière ou d'emploi : un débat dépassé ? », *CFP*, avril 2007, p. 18.

⁷⁷¹ Rapport public du Conseil d'Etat, Perspectives pour la fonction publique, *La documentation française*, 2003, p. 306.

Des situations plus simples seraient en effet plus préférables. Un régime strictement statutaire ou exclusivement contractuel serait sans doute plus simple à gérer.

Toutefois, les nécessités liées aux missions de service public justifient l'existence d'un pilier statutaire qui concerne la majorité du personnel. Ce pilier doit continuer à être modernisé afin de s'adapter aux conditions actuelles d'exercice, avec des dispositifs spécifiques qui permettent de mieux recruter, évaluer, former, selon des procédures contractuelles qui suivent les règles du secteur privé.

Le statut aurait sans doute pu répondre à cette exigence, mais le contrat semble l'outil le plus adapté.

L'équilibre statutaire n'est toutefois préjugé par cette dérogation, qui reste quand même marginale.

Compte tenu de contraintes particulières de la fonction publique, il est opportun que le statut continue à représenter la règle générale et s'appliquer enfin à la majorité des employés publics. La dimension contractuelle doit rester minoritaire, faisant objet d'une régulation qui garantisse transparence en ce qui concerne les conditions d'accès aux emplois, aux rémunération, à la carrière.

À ce sujet, il faut se concentrer sur trois points: d'une part, sur la disparité entre les contractuels de haut niveau et les précaires, avec une ligne de démarcation qui est la même entre CDD et CDI ; de d' autre part, entre les titulaires et les contractuels sur le même poste ; enfin, pour les titulaires, entre ceux qui sont embauchés avec un contrat de droit public et ceux réglementés par le statut (et donc, d'une façon unilatérale).

La fonction publique qui en sort est plus articulée qu'auparavant. Les nouveaux outils de GRH s'intègrent dans les parcours classiques caractérisés par une mobilité limitée et un parcours à l'intérieur du même corps.

Un agent public peut démarrer sa carrière en CDD, puis CDI, réussir un concours et devenir fonctionnaire, se déplacer vers le secteur privé en position de disponibilité ou rester dans la fonction publique en régime de détachement sous contrat.

Il va y avoir , également, dans le même établissement, une grande variété des profils et des parcours de carrière. Celui qui s'occupera de la gestion des ressources humaines aura probablement de grandes difficultés à gérer cette diversité de situations. Toutefois, cette diversité peut constituer un enrichissement pour la fonction publique, à laquelle un certain monolithisme ou même immobilisme ont été souvent reprochés.

Cette variété de dispositifs statutaires peut offrir aux titulaires et aux contractuels des conditions d'exercice plus variées , des opportunités de carrière et des évolutions professionnelles plus attractives.

Pour l'employeur, il s'agit d'avoir de nouveaux outils, complexes à utiliser, mais qui permettent une gestion plus articulée des employés publics, plus adaptée à la variété des missions et des lieux de travail. On observe ainsi qu' à côté d'un noyau dur de titulaires (fonctionnaires) dont la majorité est gérée par un statut, au cœur des missions de service public mais au dehors du statut se développe un nombreux groupe de non titulaires en contrat de droit public en CDD ou CDI (il y a aussi une petite partie en CDD de droit privé).

La fonction publique ainsi configurée est plus pluraliste ; elle avance à plusieurs vitesses dans la perspective d'un rapprochement entre statuts.

En fait, à la lecture des textes juridiques, on se rend compte que ce sont plus les ressemblances que les différences qui caractérisent les trois fonctions publiques.

Malgré la contractualisation, il est toutefois nécessaire que le régime de fonctionnaire reste le statut de droit commun de la fonction publique, compte tenu des obligations qu'il impose aux titulaires et aux conditions d'exercice des missions publiques.

Paradoxalement, il semble que le secteur privé vise à s'approcher aux règles fixées dans la fonction publique, puisque les deux secteurs partagent la même logique. Par exemple, les devoirs de confidentialité et de discrétion imposés au fonctionnaire sont même demandés dans certaines entreprises privées, dont les travailleurs peuvent être sanctionnés s'ils dénigrent publiquement leur employeur ou s'ils révèlent des faits dont ils ont eu connaissance dans leur activité professionnelle.

Les différences existant entre les employeurs du secteur privé, notamment pour les entreprises les plus grandes, et les fonctionnaires sont souvent plus subtiles que celles imaginées par les intéressés .

L'effort de modernisation qui a commencé dans la fonction publique il y a 20 ans environ a obligé les fonctionnaires chargés d'encadrer à utiliser des méthodes de travail et d'organisation (management) proches de celles qui sont appliquées dans les entreprises privées.

Pour cela, il est souhaitable que les fonctionnaires disposent des mêmes droits et obligations que d'autres travailleurs du secteur privé.

Ils doivent donc être considérés comme citoyens identiques aux autres, ce qu' ils sont progressivement devenus en fait, pour la plupart des emplois.

Avec les dernières réformes de la fonction publique (prime à la performance collective, augmentation des possibilités de cumul, évaluation, mobilité, renforcement du rôle des contractuels, augmentation des possibilités de supprimer des postes), on assiste à une tendance au rapprochement entre le statut des titulaires et celui des travailleurs du secteur privé ou des contractuels de la fonction publique. La fin de l'emploi à vie des premiers est directement lié à la précarité des autres.

Avec ces évolutions, accélérées ces dernières années, on dessine ainsi progressivement un droit commun des travailleurs, marqué par un rapprochement des statuts au sein du travail public, mais même entre les travailleurs publics et les travailleurs du secteur privé.

La connaissance du droit public n'est plus suffisante pour apprendre pleinement la situation du droit public. En effet, « d'une partie, un nombre toujours plus vaste d'employés est directement soumis au droit du travail et, de l'autre côté, on assiste à un mouvement jurisprudentiel qui vise à une certaine homogénéisation des règles de fond applicables tant au droit de la fonction publiques qu'au droit du travail⁷⁷³ ».

Le travail dit "subordonné" se trouve au croisement des deux droits, public et privé. Donc, on peut avoir un droit commun des travailleurs du public et du privé⁷⁷⁴ sans toutefois préjuger le modèle français de la fonction publique.

Les frontières deviennent plus fluides. Pour rester au secteur public, la grande division entre titulaires et ceux qui ne le sont pas n'est plus si importante qu'auparavant. Au début, le fonctionnaire était sélectionné sur compétences générales et techniques, avec la perspective de démarrer une carrière en bénéficiant de la propriété de son grade (assimilé à la sécurité de l'emploi). Le non titulaire était l'agent recruté pour exercer un emploi déterminé. Maintenant, cette dichotomie évolue. La situation professionnelle du contractuel s'est sensiblement rapprochée de celle du non titulaire. Sa façon d'intégrer le travail public peut se fonder sur des entretiens de sélections diversifiés.

De plus, il peut y avoir une véritable carrière compte tenu de l'usage toujours plus ample du contrat CDI. Enfin, les mesures de sécurisation (et titularisation) de l'emploi précaire successives, comme les conditions restrictives au renouvellement ou licenciement créent de nouvelles garanties d'emploi (et pas du grade).

En ce qui concerne le titulaire, la situation est plus instable. S'il bénéficie de nouvelles mesures de mobilité (en particulier sous la forme de contrats) ou de cumuls, suite aux réorganisations des administrations publiques il peut se trouver dans une situation de disponibilité, qui peut même être cause de licenciement.

⁷⁷³ SFEZ N., « Reste-t-il une spécificité de l'emploi public ? », *Cahiers de la fonction publique*, juillet 2007, p. 5.

⁷⁷⁴ Actes du colloque de Nanterre, *Droits du travail & des fonctions publiques : unité(s) du Droit ?*, sous la direction de Mathieu Touzeil-Divina et de M. Morgan Sweeney, coll. L'épitoge, Lextenso, 2010.

La situation des contractuels est donc consolidée alors que celle des titulaires a été évidemment enrichie par un statut plus flexible, mais aussi par une plus grande instabilité⁷⁷⁵.

On note donc un rapprochement des situations entre titulaires et contractuels.

Ainsi, à l'opposition titulaires/contractuels, se substitue une situation à plusieurs niveaux, qui mélange les uns et les autres, et qui oppose les travailleurs stables à ceux qui sont précaires.

Dans ces conditions, peut-on prendre acte de la fin du travail public ou à son renouveau? Cette question est d'autant plus spontanée maintenant que la présence des contractuels assume une dimension considérable.

Ainsi, Jean Rivero, dans un commentaire au statut de 1946, écrivait: « en consacrant dans son article 6, le syndicalisme des fonctionnaires, le statut admet que ceux-ci ont des droits contre l'Etat, et qu'ils peuvent légitimement les défendre par l'action collective. Par là, il cantonne étroitement la portée du principe statutaire qu'il vient de consacrer : au plan collectif, le principe contractuel triomphe. C'est dire que le droit de la fonction publique rejoint le droit commun ; les instruments sont différents : la convention collective donne une forme contractuelle à l'accord conclu entre employeurs et employés, le droit de la fonction publique s'inscrit dans la loi et le règlement ; mais lorsqu'ils se bornent à enregistrer l'accord intervenu entre l'Etat employeur et ses agents, on ne voit plus de différence autre que formelle entre eux et la convention collective⁷⁷⁶ »

Pour Rivero, l'arrivée du syndicalisme dans la fonction publique constitue un premier élément de rapprochement avec le droit commun. Pour la vérité, on en voit d'autres. D'une part, l'effacement du principe hiérarchique, qui en sort affaibli par la participation des fonctionnaires à la gestion (avec les comités techniques paritaires et les commission administratives paritaires).

⁷⁷⁵ EMMANUELLE M., « La fin non assumée de la garantie de l'emploi des fonctionnaires et/ou l'émergence d'un droit individuel à la reconversion professionnelle ? », *AJDA*, 31 janvier 2011, p. 162

⁷⁷⁶ RIVERO J., « Vers la fin du droit de la fonction publique », *Chr. Rec. Dalloz*, 1947, 39ème cahier, p. 149.

Le principe hiérarchique en sort progressivement effacé, affaibli par la participation des fonctionnaires à la gestion (par le truchement des comités techniques paritaires et les commissions administratives paritaires).

Même si ces instances donnent seulement un avis, le responsable ne se détachera pas par celui-ci et d'ailleurs la pratique montre bien comment souvent on cherche un accord avec les représentants du personnel.

En même temps, Rivero observe un rapprochement au droit privé en ce qui concerne la rémunération. En particulier, on le perçoit dans l'institution des primes au rendement qui rapproche le traitement du fonctionnaire du salaire du travailleur du secteur privé. Dans sa conclusion Rivero affirme que « les tendances que l'on vient de relever ne suffisent pas sans doute à conclure à la disparition du droit de la fonction publique ; elles obligent cependant à admettre qu'entre ce droit et le droit commun du travail, une harmonie tend à s'instaurer quant aux principes essentiels, de telle manière qu'ils n'apparaîtront plus, l'un et l'autre, que comme les modalités d'application différentes d'un corps de règles identiques⁷⁷⁷ ».

Donc, pour Rivero, c'est le statut même à réaliser un rapprochement entre le statut et le droit du travail. Toutefois, on voit bien que le concept du fonctionnaire qui se trouve « vis-à-vis de l'administration, dans une situation statutaire et réglementaire », est profondément affaibli.

Il n'est certainement pas souhaitable que la fonction publique constitue une matière dérogatoire, si cela n'est pas justifié par des exigences d'intérêt général.

Le droit de la fonction publique doit effectuer une conciliation entre, d'un côté, les impératifs de l'action publique et le service de l'intérêt générale, et de l'autre, la

⁷⁷⁷ RIVERO J., « Vers la fin du droit de la fonction publique », *Chr. Rec. Dalloz*, 1947, 39ème cahier, p. 152.

gestion courante, le rapprochement entre métiers et la logique des résultats, voire de performance. Ces objectifs ne sont pas forcément en contradiction entre eux.

On peut se demander si ce parcours d'évolution est positif et souhaitable. L'évolution actuelle du droit public voit l'ouverture d'une plus grande diversité de situations, soit pour les titulaires, soit pour les contractuels, en augmentant la possibilité de parcours et traitements diversifiés. Ainsi, la fonction publique évite de devenir un secteur isolé des autres, même si elle garde bien sa spécificité.

Mais dans ces conditions, que reste-t-il de l'emploi public? Va-t-on à l'encontre d' « *une fonction publique sans fonctionnaires ?* », selon la définition du Professeur Jean-Pierre Didier ?

Pour cet auteur, on est dans un moment clé pour la fonction publique, caractérisée par la volonté de réduire les effectifs, la « révolution silencieuse de l'individualisme et de la contractualisation, l'idéologie du nouveau management public ».

Didier rappelle également les principes cardinaux du travail public: le "caractère statutaire et réglementaire", la "participation", "l'unité et le système de carrière", en soulignant qu'ils se trouvent dans une phase de changement profond. La fonction publique est sur la route du changement car l'emploi public est bouleversé par le développement de la contractualisation.

Toutefois, il n'y a pas les conditions permettant à la fonction publique de vivre sans fonctionnaires. C'est le statut qui évolue, en devenant plus souple, en comprenant les contractuels de droit public. D'ailleurs, même le statut vise à se flexibiliser, alors que sa rigidité est souvent critiquée par les employeurs et parfois par les mêmes employés, car le statut reconnaît insuffisamment leurs mérites.

Ainsi, à la distinction entre fonction publique de carrière et une d'emploi, on doit sans doute ajouter un autre élément, plus important, celui d'une fonction publique statutaire qui doit coexister avec la contractuelle.

L'idée d'une fonction publique unidimensionnelle, avec les titulaires affectés à titre principal et le contractuel à titre éventuel, est désormais dépassée.

Elle devrait offrir davantage de flexibilité à ceux qui en font partie, titulaires et contractuels, par rapport à leur talents et leurs mérites.

On peut se demander si cet assouplissement du travail public ne le lui donne pas davantage d'attractivité en ce qui concerne les évolutions de carrières, les diversités de situations statutaires pour l'ensemble de ses employés, *titulaires* et *contractuels*, avec des parcours réversibles d'une fonction publique statutaire à une contractuelle.

Peut-être on est qu'au début de la contractualisation, concept nouveau qui devrait impliquer l'exaltation des différences. Mais cette différence est juste le contraire du concept d'égalité qui est à la base de la fonction publique. Il est raisonnable qu'elle implique une certaine forme de diversité de profils, de statuts, de régimes d'emploi, à conditions de garantir l'accès aux emplois publics selon la capacité de chacun et sans distinctions par rapport à leur vertus et leurs talents, comme annoncé par la Déclaration des droits de l'homme.

Le modèle français d'emploi public s'est lentement constitué au cours des siècles, il caractérise l'identité française ; celle-ci a permis, au-delà des changements des systèmes politiques que la France a connu depuis 1979, d'assurer la stabilité des institutions. Sans doute, son évolution a encore du chemin à faire.

En conclusion, il faut essayer de répondre aux questions posées lors de la première partie de ce résumé.

Avant tout : est-il correct d'évaluer le complexe processus de privatisation sur la base des résultats ?

La réponse ne peut qu'être négative, puisque la privatisation est un des facteurs qui déterminent l'efficacité de l'action administrative. Les ressources à disposition, le fonctionnement des systèmes politiques centraux et locaux, les processus socio-économiques jouent également un rôle important. Par exemple, si c'est vrai que la réforme de 2009 avait des limites structurelles, il est vrai aussi que le bloc de la

négociation et de la réduction du salaire accessoire a empêché l'application de la part liée aux primes.

Pour cela, en suivant la distinction entre moyens et résultats, les processus de privatisation et de contractualisation ne peuvent pas être évalués sur la base des résultats, même parce que cela pourrait donner lieu à des considérations d'ordre politique.

Selon l'avis de Zoppoli, la privatisation de l'emploi public représente « un changement de paradigme dans le sens plus étroit du mot, au niveau des sciences juridiques⁷⁷⁸ ».

Par privatisation on n'entend pas le passage du droit public au droit privé, mais la centralité de la dimension micro-organisationnelle (le chef de service comme employeur et gestionnaire du bureau) et celle contractuelle, et la réglementation de la relation de travail effectuée par contrat plutôt que par la source légale unilatérale.

La privatisation est donc à considérer comme un changement de paradigme.

Compte tenu de cela, le moment est venu de se poser des question importantes.

Si on considère que les années '92-'98 il y a eu en Italie un changement de paradigme, on peut dire la même chose de ce qui est arrivé en France les dernières années ?

Et en Italie, les pas en arrière que le législateur a fait avec la réforme de 2009 ont déterminé une sortie définitive de la privatisation, ou on est resté quand même dans le droit privé, mais avec des nuances moins marquées qu'avant ?

Et dans le deux administrations publiques, y-a-t-il encore un sens à parler de spécificité de l'employeur public par rapport au privé ?

Par rapport à ce qui s'est passé en Italie, il est évident que, même s'il est encore réglementé par le droit privé, les sources de l'emploi public sont un hybride

public/privé avec la prévalence du côté public ; la négociation individuelle est en fait inexistante alors que la collective est fortement limitée.

L'action de l'employeur public est marquée par plusieurs contraintes à agir et autant d'interdictions (de donner des primes, un avancement de carrière, etc.)

Mais surtout, il est limité par le rapport avec la politique, avec laquelle il est formellement dans un rapport d'indépendance, qui toutefois constitue une fiction juridique, exactement comme l'assimilation employeur public-privé.

En fait, l'employeur public n'est pas libre jusqu'au point de choisir les moyens les plus opportuns pour rejoindre les objectifs attribués par la politique, puisque le choix des moyens est souvent elle-même un choix politique. Employeurs publics sont, également, soit l'homme politique soit le dirigeant administratif.

Peut-on donc affirmer que la fonction publique italienne est revenue dans un régime de droit public ? La réponse semble négative, car le courage du législateur a fait défaut, c'est-à-dire revenir au régime statutaire et abroger la négociation tout court. Le système actuel est un hybride, qui unit peut-être les défauts du public et ceux du privé.

Et en France, l'espace toujours majeur octroyé à la négociation collective, à l'entrée de contractuels, de droit public et de droit privé, à l'usage d'outils de gestion flexibles de la relation du travail, typique du secteur privé, nous permet de dire qu'on est réellement face à une privatisation ainsi qu'une « travaillisation » ?

Même dans ce cas la réponse est négative, puisque malgré les différentes propositions discutées dans le débat public les dernières années, on n'a pas eu le dernier pas, c'est à dire la limitation de l'emploi public aux fonctions régaliennes, c'est à dire celle d'exercice effectif des pouvoirs publics.

⁷⁷⁸ ZOPPOLI L., "Bentornata realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica", *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 168/2013.

Comme Anicet Le Pors, père du statut de la fonction publique, a admis dans une interview récente⁷⁷⁹, malgré les changements qui l'ont souvent dénaturé, le statut a quand même perduré⁷⁸⁰. Cela est dû à l'attitude enfin favorable de l'opinion publique vis-à-vis de la fonction publique. « On critique facilement les fonctionnaires en général, mais on les apprécie en particulier », affirme Le Pors.

La limitation de l'emploi public aux fonction régaliennes est en fait complètement étranger à la culture juridique française.

En ce qui concerne les pouvoirs de l'employeur public vis à vis du syndicat, l'analyse comparative a bien montré comment l'on ne peut pas gérer une organisation complexe sans le consensus des représentants des employeurs.

Si en France le dialogue social a été réglementé, même si sans la reconnaissance de valeur juridique, en Italie il a été beaucoup limité, mais qui connaît la vie des administrations publiques sait que le syndicat ne peut pas être concerné dans les processus décisionnels de la vie d'une organisation, puisque c'est la politique qui la première a besoin du consensus social.

Le fait que le syndicat se soit montré incapable d'assumer le rôle de promoteur de l'exigence d'efficacité dans l'action publique, ce qui ne pouvait surprendre, ne peut pas nous amener à l'excès opposé.

Par ailleurs, aucun dirigeant peut penser recevoir une évaluation positive sans le consensus de ses collaborateurs. En fait, c'est surtout à eux qu'est dû son succès.

⁷⁷⁹ HENRY S., "Le statut des fonctionnaires permet de faire évoluer le secteur public", interview à Anicet Le Pors, *Acteurs Public*, mars 2014 [<http://www.acteurspublics.com/2014/03/27/le-statut-des-fonctionnaires-permet-de-faire-evoluer-le-secteur-public>].

⁷⁸⁰ "Depuis trente ans, il a été modifié 210 fois législativement et 300 fois réglementairement. Peu de textes ont été autant retravaillés. Il a fait preuve de sa vitalité." HENRY S., *Fonctionnaires : un statut à réinventer d'urgence*, Acteurs publics, 11 avril 2014

Il est spontané de se demander si l'organisation a bénéficié en terme d'efficacité à la réduction de l'influence de la négociation collective.

Sans doute, la réponse n'est pas positive. Il y a eu plutôt un excès de « contractualisation dans la deuxième privatisation⁷⁸¹ » qui a chargé le syndicat de trop de responsabilités, certaines complètement étrangères à sa nature d'organisation qui défend les intérêts d'une catégorie, celle des employés, qui est vaste mais elle ne coïncide pas avec l'intérêt général. Il était opportun de redimensionner le syndicat plutôt que de le mettre complètement à l'écart.

Par ailleurs, le renforcement de l'employeur public est contraint à l'introduction d'une série d'interdiction, alors que dans le secteur privé l'employeur est d'autant plus forte que mineures sont les contraintes de nature légale et juridictionnelle. Par ailleurs, ces interdictions opèrent sur le champ formel, mais personne est en mesure de garantir l'efficacité sur le plan substantiel.

C'est un signe ultérieur de la spécificité indéniable au secteur public, dont on a eu la preuve plusieurs fois au cours de cette recherche, en se référant aux modalités de recrutement (et de licenciement) du personnel, aux contraintes imposées à celui-ci, à la nécessité d'obtenir le consensus social, aux rapports avec la politique, aux contraintes de finance publique, aux limites intérieures à la figure de l'employeur public.

Une fois constaté que la spécificité du secteur public reste indubitablement affirmée, il faut se demander quel est le sens de l'usage du contrat, considéré comme un acte issu de la parité formelle et substantielle des contractants. Parce que, s'il a aucune parité, c'est inutile de continuer à le dénaturer.

En ce sens le modèle français offre une réponse valide dans le juste mélange entre contractuels à temps indéterminé et les titulaires, alors que l'on fait recours aux

⁷⁸¹ GARILLI A.. *Dove va il pubblico impiego?*, Vita e Pensiero, Napoli, p. 1078.

contractuels pour emplois particuliers – qui ne peuvent être pourvus par l’administration. On reconnaît un pouvoir de négocier aux travailleurs les plus capables et qualifiés, pour permettre aussi à l’employeur de recruter les meilleurs travailleurs, pour faire concurrence au secteur privé, en utilisant de formes de recrutements analogues à ceux de l’entreprise. Si les emplois particuliers deviennent des exigences stables, la conception originale de la fonction publique française indique que ces contractuels doivent être titularisés.

Le besoin de plus en plus de compétences spécialistes, et par conséquent de plus en plus de contractuels, indique qu’il faut investir sur les personnes, si l’administration veut accomplir les missions du service public d’aujourd’hui.

Notamment, il faut investir sur la figure du dirigeant public, en le recrutant davantage sur la base des compétences managériales que sur celles strictement techniques, en lui donnant les compétences nécessaires pour pouvoir affronter le syndicat dans les instances de négociation. Les compétences managériales ne sont pas techniques mais elle sont bien sur spécialistes.

La négociation collective reste utile pour guider l’organisation vers la réalisation des objectifs, à condition que l’accord final soit avantageux pour l’administration. On peut prévoir la mensuration de cet avantage, avec des sanctions pour qui souscrit accords désavantageux pour l’administration. En ce sens, même la partie politique doit être responsabilisée, en étant la première qui a besoin de consensus⁷⁸².

On peut donc affirmer que le problème unilatéralisme/négociation, régime de droit public et de droit privé est mal posé: unilatéralisme et négociation peuvent être tous les deux utiles selon les cas, puisque régime de droit public et de droit privé n’empêchent pas d’introduire dans la gestion de la relation du travail des éléments de flexibilité et d’efficacité.

« On peut tout faire avec le statut », a affirmé Anicet Le Pors dans une interview récente.

⁷⁸² ZOPPOLI L., “Bentornata realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica”, *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT* – 168/2013, p. 21

Par exemple, le statut prévoit la règle fondamentale pour laquelle le grade est séparé de l'emploi. Cela a permis d'affecter à nouveau les fonctionnaires concernés par une réorganisation ou une restructuration, avec même le risque qu'ils puissent perdre leur poste⁷⁸³.

Le conseiller d'État Bernard Pêcheur, dans son récent rapport sur l'avenir de la fonction publique, a déclaré que « le statut est un levier dont aimeraient disposer les chefs d'entreprise⁷⁸⁴ ». Par ailleurs, on a déjà rappelé que à l'époque de l'approbation du statut (1946), les syndicats ne voulaient pas de droit dérogatoire au droit du travail pour les fonctionnaires.

La volonté de dénaturer à tout prix le modèle peut même se révéler désavantageux. Cela a été fait notamment avec ces deux modalités: d'abord, en permettant l'embauche d'agent non titulaires pour des postes permanents ; ensuite, en prévoyant que les statuts particuliers puissent déroger le statut général, ce qui a déclenché une série incessante de dérogations.

Comme rappelle le père du statut de la fonction publique « Le statut n'est pas un frein à la réforme de l'action publique, ou au contraire il est un cadre la favorisant. Ce n'est pas le statut qui grippe le système, mais certaines pratiques politiques et administratives. Il est un cadre souple permettant de faire évoluer le secteur public pour répondre aux attentes des usagers⁷⁸⁵ ».

⁷⁸³ Si une loi "de dégagement des cadres" est approuvée.

⁷⁸⁴ PECHEUR Bernard, Actualité du statut général et modernisation de la gestion des fonctionnaires, in *dossier spécial : les 30 ans du statut général de la fonction publique*, CFP, n°329, janvier-fevrier 2013, 27.

⁷⁸⁵ HENRY S., "Le statut des fonctionnaires permet de faire évoluer le secteur public", interview à Anicet Le Pors, *Acteurs Public*, mars 2014 [<http://www.acteurspublics.com/2014/03/27/le-statut-des-fonctionnaires-permet-de-faire-evoluer-le-secteur-public>].



Bibliografia

La presente bibliografia contiene i riferimenti alle opere, articoli di dottrina, alla giurisprudenza e alle relazioni amministrative utilizzate in occasione di questo lavoro di ricerca. Essa non raggruppa l'insieme delle opere consultate o anche citate e si limita ai documenti che si sono rivelati indispensabili per svolgere questa ricerca.

I – TRATTATI E MANUALI

AA.VV., *Il nuovo ordinamento del lavoro pubblico e il ciclo della performance*, PROMO P.A. Fondazione, 2010.

AA.VV., *Il pubblico impiego non privatizzato* vol.5, Giuffrè, Marzo 2010.

AUBIN E., *Droit de la fonction publique*, Gualino, 5ème éd°, Paris, 2013

AUBY J.-B., AUBY J.-M., Jean-Pierre D., TAILLEFAIT A., 2009, *Droit de la fonction publique*, précis Dalloz,

CAPALBO Angelo, CASERTA Francesca, *Il rapporto di lavoro pubblico dopo la riforma Brunetta*, Organizzazione, costituzione, vicende, estinzione, Nuova giuridica, Maggio 2010.

CARABELLI U., CARINCI M. T, *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, 2010

CARINCI Franco , MAINARDI Sandro, *La terza riforma del lavoro pubblico*, IPSOA, 2011.

DE FORGES J.-M., *Droit de la fonction publique*, PUF, Paris, 2ème éd

DORD O., *Droit de la fonction publique*, PUF, coll. Thémis, 2012

FERRARI, Gennaro e FERRARI Giulia, *Codice del nuovo pubblico impiego - Ministeri e enti locali*, tomo I e II, neldiritto.it, aprile 2010.

FOCCILLO Antonio, *Il rapporto di lavoro del pubblico impiego. Evoluzione e commento*, Aracne, 2013.

FONT N., *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2009

MELLERAY F., *Droit de la fonction publique*, Economica, 2ème éd°, 2010

TRUCHET D., *Droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 2011

II – OPERE SPECIALISTICHE, RELAZIONI AMMINISTRATIVE, TESI, ARTICOLI DI RIVISTE SPECIALISTICHE

AA.VV., «Accords de Bercy: le point de vue des syndicats», *Les cahiers de la fonction publique*, gennaio 2012, pp. 20–24.

ABRAHAM, Jocelyne, BRILLET, Franck, «Lolf: de l'esprit de la loi à l'émergence de nouveaux principes de GRH», vol. 26/2, 2008. <http://pmp.revues.org/1362>

ABRAM, Yves, «Le conflit de devoirs: le fonctionnaire territorial entre les obligations d'obéissance et de résistance», *AJFP*, 1996, p. 39.

AGRIFOGLIO, Sergio, «Il mobbing nel pubblico impiego», *Il mobbing*, vol. x, Torino, Giappichelli, 2004.

ALAIMO, Anna, «La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e “blocchi”: dalla “riforma Brunetta” alla “manovra finanziaria” 2010», *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona» .IT*, 2010, 107/2010. http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DAntona/WP%20CSDLE%20M%20DAntona-IT/20110209-035521_alaimo_n107-2010itpdf.pdf.

ALBERTON, Ghislaine, «De la prise en compte des activités professionnelles antérieures lors d'un recrutement dans la fonction publique», *AJDA*, 2011, p. 1091.

AUBIN Emmanuel, «De nouveaux droits pour les fonctionnaires ?», *AJDA*, 2011, p. 2406.

———, «La loi du 3 août 2009: la fin ou le renouveau du droit de la fonction publique ?», 2009, p. 1681 ss.

AUBIN, Emmanuel, *Droit de la fonction publique*, Paris, 2010.

———, «L'application de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme au droit disciplinaire», *AJFP*, fasc. 4, AJFP, 2000.

———, «La loi du 3 août 2009 : la fin ou le renouveau du droit de la fonction publique ?», *AJDA*, 2009, p. 1681.

———, «Le principe d'égalité devant le détachement entre la fonction publique de l'Etat et la territoriale», *AJDA*, 2009, p. 1954.

BARBERA, Marzia, «Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto», *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2010, pp. 203–255.

BARILÀ, Maria, «Al posto di una riforma vera solo “rimedi destrutturati», *Il Sole 24 Ore - Pubblico impiego*, vol. 6, 2010.

———, «Vent'anni di riforme del sistema amministrativo italiano», *Astrid on line*, 2010. http://www.astrid-online.it/Riforma-dei/Studi-e-ri/BASSANINI_Vent-anni-di-riforma-PA_20_02_10.pdf.

———, «Le riforme amministrative degli anni novanta: che cosa si è fatto che cosa resta da fare», *Astrid Rassegna*, 2008. http://www.bassanini.eu/public/Le_riforme_ammin_degli_anni_novanta.pdf.

BATTINI, Stefano, «Un vero datore di lavoro per il settore pubblico: politico o amministrativo?», *Giornale di diritto amministrativo*, vol. 5, 2009.

BAVASSO, Elisabetta, «Inderogabilità e conoscibilità del contratto collettivo del pubblico impiego», *Il lavoro nella giurisprudenza*, fasc. 4, 2010, pp. 387–392.

BAZILE, Sabine, «La loi relative à la mobilité et aux parcours professionnels : entre modernisation et banalisation de la fonction publique», *AJFP*, 2010, p. 116.

BEAUSSONIE, Guillaume, «Loi relative au harcèlement sexuel», *Revue de science criminelle*, 2013, p. 906.

BELLAVISTA, Alessandro, «La figura del datore di lavoro pubblico», *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, fasc. 1, 2010, pp. 87–158.

BELLAVISTA, Alessandro, GARILLI, Alessandro, «Riregolazione legale e decontrattualizzazione: la neoibridazione normativa nel lavoro nelle pubbliche amministrazioni», *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, fasc. 1, 2010, pp. 1–26.

BERGUIN, Francis, «Le détachement des fonctionnaires, une voie de mobilité en passe de contournement ?», *AJFP*, 2008, p. 34.

- BETTINI, Maria Novella, «Il quadro normativo della disciplina delle sanzioni disciplinari nel pubblico impiego», *Lavoro e previdenza oggi*, fasc. 3, 2011, pp. 257–310.
- BISIO, Luca, «Rilanciare il performance management», *Risorse Umane nella Pubblica Amministrazione*, vol. 1, 2012, pp. 100–106.
- BOERI, Tito, Pietro Garibaldi, «Verso un nuovo dualismo: privati contro pubblici», *La Voce.info*, <http://archivio.lavoce.info/articoli/pagina1003074.html>
- BOLOGNINO, Daniela, «Una lettura giuridica della valutazione della performance individuale nel c.d. “decreto Brunetta”», *Astrid*, 2010. <http://www.piscino.it/file/leggi/brunetta15-33.pdf>.
- BONURA, Harald, Caruso, Giuseppe, «La nuova disciplina della responsabilità disciplinare del dipendente pubblico e la lotta all’assenteismo», *WP C.S.D.L.E. «Massimo D’Antona» .IT*, s.d. 105/2010. http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DAntona/WP%20CSDLE%20M%20DAntona-IT/20110209-040506_bonura-caruso_105-2010itpdf.pdf.
- BORDOGNA, Lorenzo, «Per una maggiore autonomia dell’alta dirigenza pubblica: una proposta», *WP C.S.D.L.E. «Massimo D’Antona» .IT*, s.d. 92/2009. <http://www.pietroichino.it/wp-content/uploads/2009/07/bordogna.pdf>
- BORGOGELLI, Franca, «Responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale. Una proposta di ricomposizione», *WP CSDLE «Massimo D’Antona».IT*, 2010, p. 14.
- BOSCATI, Alessandro, «La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico», *WP CSDLE «Massimo D’Antona».IT*, fasc. 170, 2013. http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-IT/20130404-101717_boscati_n170-2013itpdf.pdf.
- BOUHIER, Vincent, «Transfert d’activité : incertitudes sur le contenu des contrats à durée indéterminée de droit public», *AJFP*, 2006, p. 1213.
- BOUISSON, Stéphane, «L’agent public entre l’allégeance et la tentation d’Antigone : la soumission à l’Etat», *AJFP*, 2003, p. 44.
- BOURDON, Jacques, «Entre unité et unification du droit de la fonction publique», *AJFP*, 2010, p. 225.

BOURGAULT, Jacques, «Stratégies et pratiques de développement des compétences des cadres dans les organisations publiques», *Revue française d'administration publique*, vol. 4, 2005, pp. 609–622.

BOUTELET, Pierre, «Critère de la notion d'employeur: Les apports de jurisprudences récentes du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits», *AJDA*, 2000, p. 8.

———, «La nouvelle disponibilité d'office, instrument du licenciement pour suppression d'emploi», *AJFP*, 2010, p. 60.

BREVETTO, Gianfranco, «Francia, i funzionari cuore del servizio pubblico», *Risorse Umane nella Pubblica Amministrazione*, fasc. 2, 2012, pp. 37–45.

BRUNETTA, Renato, «Reforming the public administration to make Italy grow», *Riviste scientifiche Unicredit*, 2009.
<http://www.unicreditreviews.eu/riviste.php?vis=1&TestataID=1&AnnoID=5&RivistaID=38>.

———, «Relazione al parlamento sullo stato della pubblica amministrazione anno 2009», Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione, s.d.
<http://www.innovazionepa.gov.it/comunicazione/notizie/2010/ottobre/21102010---relazione-al-parlamento-su-stato-pa-2009.aspx>.

BRUNO, Roberta, «L'attuazione della Riforma Brunetta: esperienze, criticità e prospettive», Comune di Bari, 2011.

———, «Modifiche ed integrazioni alla riforma Brunetta il decreto correttivo del 1° agosto 2011 n. 141», settembre 2011, pp. 1–2.

CAGLINI, Pepe, «Valutazione dei dipendenti pubblici: chi valuterà il valutatore?», luglio 23, 2012. <http://notizie.tiscali.it/socialnews/Caglini/4030/articoli/Valutazione-dei-dipendenti-pubblici-chi-valuter-il-valutatore.html>.

CAILLOSSE, Jacques, *La constitution imaginaire de l'administration*, Paris, 2008.

CALVES, Gwénaële, «Le contrôle juridictionnel des questions posées lors de l'épreuve d'entretien», *AJDA*, 2009, p. 1386.

CANNAC Yves, «Pour un nouveau management public», *Acteurs publics*, maggio 2012. <http://www.acteurspublics.com/2012/05/02/pour-un-nouveau-management-public>.

CARABELLI, Umberto, «La “riforma Brunetta”: un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche», *WP C.S.D.L.E. «Massimo D’Antona»* .IT, s.d. 101/2010.
http://www.lex.unict.it/eurolabor/en/research/wp/wp_it_en.htm.

CARBOGNIN, Maurizio, «Politiche del personale, contrattazione collettiva e innovazione amministrativa», Astrid on line, 2008. http://www.astrid-online.it/Lavoro-pub/Documenti/10_Maurizio-Carbognin-Cap-5.3.-Politiche-contrattuali-last.pdf.

CARBONI, Nadia, «Dirigente pubblico in cerca di ruolo», *LaVoce.info*, maggio 2009.
<http://archivio.lavoce.info/articoli/pagina1001128.html>

CARINCI, Franco, «Art. 18 St. Lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente», *LPA*, fasc. 2, 2012, pp. 247–259.

———, «Privatizzazione del pubblico impiego e ripartizione della giurisdizione per materia (breve storia di una scommessa perduta)», *LPA*, fasc. 6, 2006, p. 1049.

———, Franco, «Il secondo tempo della riforma Brunetta: il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150», *WP C.S.D.L.E. «Massimo D’Antona»* .IT, 2011. 119/2011.
http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DAntona/WP%20CSDLE%20M%20DAntona-IT/20110628-101337_carinci_n119-2011itpdf.pdf

———, «La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla l. n. 133/2008 alla l.d. n. 15/2009», *WP C.S.D.L.E. «Massimo D’Antona»* .IT, 2009. 88/2009.
http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DAntona/WP%20CSDLE%20M%20DAntona-IT/20110628-012121_carinci_n88-2009itpdf.pdf

———, «Massimo D’Antona e la “contrattualizzazione” del pubblico impiego: un tecnico al servizio di un’utopia», *WP C.S.D.L.E. «Massimo D’Antona»* .IT, 2008. 80/2008.

http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DAntona/WP%20CSDLE%20M%20DAntona-IT/20111021-125156_carinci_n80-2008itpdf.pdf

———, «Una riforma “conclusa”. Fra norma scritta e prassi applicativa», *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, vol. 2, 2004, p. 329.

CARUSO, Bruno, «Gli esiti regolativi della riforma Brunetta (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni)», *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, fasc. 2, 2010, pp. 235–285.

———, «Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (Il ridisegno della governance nella p.a. italiane)», *WP C.S.D.L.E. «Massimo D’Antona» .IT*, 2010. 104/2010.

http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DAntona/WP%20CSDLE%20M%20DAntona-IT/20110209-041214_caruso_104-2010itpdf.pdf

CAVALLARO, Luigi, «Pubblico impiego e (nuovo) art. 18 St. lav.: “difficile convivenza” o coesistenza pacifica?», *WP CSDLE «Massimo D’Antona».IT*, fasc. 176, 2013.

http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-IT/20130614-113053_cavallaro_n176-2013itpdf.pdf

CAVALLO, Angela, «Le peculiarità della disciplina delle eccedenze di personale nelle pubbliche amministrazioni e le apparenti affinità con i licenziamenti collettivi nel settore privato», *Rivista critica di diritto del lavoro*, http://www.datalexis.it/Archivio/impiegopubblico/cavallo_peculiarita.html

DESMARAIS Céline e ABORD DE CHATILLON Emmanuel, «Existe-t-il encore des différences entre le travail des managers du public et ceux du privé?», *Revue française d’administration publique*, vol. 4, fasc. 128, 2008, pp. 767–783.

CHANUT, Véronique, «Manager versus expert? Les avatars de la gestion personnalisée des cadres dans une administration technique», *Revue française d’administration publique*, vol. 4, fasc. 128, 2008.

CHAUVET, Clément, «Le pouvoir hiérarchique», Paris, Panthéon Assas, 2011.

CHAVAS, Hervé, Véronique Chanut, «Éduquer à la GRH dans les organisations publiques : un processus tiré par la demande ou par les connaissances?», *Politiques et management public*, vol. 2, fasc. 26, 2008. <http://pmp.revues.org/1351>

CHEMLA-LAFAY, Annie, «Professionaliser la GRH dans la fonction publique de l’État en France, une incantation sans effets réels», *Politiques et management public*, vol. 2, fasc. 26, 2008. <http://pmp.revues.org/1432>

- CHEVALLIER, Jacques, «Management public et Droit», *Politiques et management public*, vol. 3, fasc. 26, 2008. <http://pmp.revues.org/1520>
- CHEVILLEY-HIVER, Carole, «Mutation dans l'intérêt du service et sanction disciplinaire déguisée : critères de distinction», *AJFP*, 2000, p. 35.
- COLIN Frédéric, «De l'obligation pour tout agent public de respecter sa hiérarchie», *AJFP*, 2012, p. 92 ss.
- COLOMBO, Davide, «Il principio del merito in tutta la Pa», *Il Sole 24 Ore*, maggio 11, 2012. <http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2012-05-11/principio-merito-tutta-063823.shtml?uud=Ab0ILsaF>
- CORTI, Matteo, SARTORI, Alessandra, «Il decreto attuativo della c.d. “legge Brunetta” sul pubblico impiego», *Rivista italiana diritto del lavoro*, vol. 3, 2010, pp. 27–44.
- COSMAI, Paola, «La mobilità dopo il decreto Brunetta», *Azienditalia personale*, vol. 8-9, 2010.
- CURRAO, Concetta, PICARELLA, Giulia, «Lo sguardo “severo” del legislatore: le nuove regole del potere disciplinare», *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona» .IT*, 2010. 109/2010.
http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DAntona/WP%20CSDLE%20M%20DAntona-IT/20110209-034540_currao-picarella_109-2010itpdf.pdf
- D'ALESSIO, Gianfranco, «La disciplina del lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra pubblico e privato», *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, vol. 1, 2012, pp. 1–29.
- D'APONTE, Marcello, «La riforma Brunetta e l'attualità dello studio del lavoro pubblico», *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 11 2011, pp. 675–689.
- D'ORTA, Carlo, «L'organizzazione delle PA dal diritto pubblico al diritto privato: il fallimento di una riforma», *Lavoro e previdenza oggi*, fasc. 1, s.d., p. 391 e ss.
- DE MARINIS, Nicola, «Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche: dalla riforma alla controriforma. Il sistema delle fonti.», *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, fasc. 3, marzo 2011, pp. 127–133.
- DE MONTECLER, Marie Christine, «Adoption définitive du projet de loi mobilité», *AJDA*, 2009, p. 1461.

———, «Application de la loi mobilité : toilettage du décret sur les positions des fonctionnaires de l'Etat», *AJDA*, 2010, p. 986.

———, «Evolutions annoncées de la fonction publique en 2009», *AJDA*, 2009, p. 461.

———, «Le décret sur la réorientation professionnelle publié», *AJDA*, 2010, p. 2185.

———, «Le projet de loi mobilité au conseil des ministres», *AJDA*, 2008, p. 726.

———, «Les futures règles d'évaluation et d'avancement des fonctionnaires de l'Etat», *AJDA*, 2010, p. 1558.

———, «Les projets du gouvernement pour la mobilité des fonctionnaires», *AJDA*, 2008, p. 224.

———, «Mutation et vie privée : le statut du fonctionnaire doit être pris en compte», *AJDA*, 2011, p. 249.

DE VISSCHER Christian, «Autorités politiques et haute administration : une dichotomie repensée par la NGP?», *Revue internationale de politique comparée*, vol. 11, fasc. 2, 2004, pp. 205–224.

DEBAR, Anne, «La gestion des hommes dans l'administration territoriale de l'état : entre bricolage gestionnaire et travail sur le sens», *Revue française d'administration publique*, vol. 4, fasc. 132, 2009, pp. 757–770.

DELBLOND, Antoine, «Vers une charte de la gestion des ressources humaines dans les services publics», *AJFP*, 2000, p. 59.

DESMARAIS, Céline, «Encadrer sous contrainte dans les fonctions publiques?», fasc. 128, 2008. http://www.cairn.info/load_pdf.php?ID_ARTICLE=RFAP_128_0659

DI GIORGIO, Giorgio, MARTONE, Michel, «Se l'impiegato pubblico è immobile», *LaVoce.info*, gennaio 2011. http://archivio.lavoce.info/articoli/-relazioni_industriali/pagina1002122.html.

DI PAOLA, Luigi, «La nuova disciplina dell'esercizio del potere disciplinare nel pubblico impiego privatizzato», *Rivista italiana diritto del lavoro*, vol. 3, 2010, pp. 3–25.

DIDIER Jean-Pierre, «Une fonction publique sans fonctionnaires?», *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, fasc. 17, aprile 2011, p. 2170.

DORD, Olivier, «La loi Mobilité ou l'adaptation du statut par une gestion renouvelée des personnels», *AJDA*, 2010, p. 193.

ERBOLI, Tommaso, «Ius variandi della pubblica amministrazione: dissolto il velo dell'equivalenza formale delle mansioni», *Diritto delle relazioni industriali*, fasc. 1, 2010, pp. 168–175.

FIATA, Emanuela, «Le funzioni e i poteri del dirigente nella valutazione della performance individuale: il riconoscimento dei meriti», *Giur. It.*, dicembre 2010.
<http://www.studiolegalemartone.com/wp-content/uploads/2007/05/Le-funzioni-e-i-poteri-del-dirigente-nella-valutazione-della-performance-individuale-il-riconoscimento-dei-meriti.pdf>

FIORILLO, Luigi, «Il sistema delle fonti: il primato della legge e il ruolo subalterno della contrattazione collettiva», *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, vol. 1, 2012, pp. 31–56.

FITTE-DUVAL, Annie, «Le droit des fonctionnaires au procès équitable gagne du terrain», *AJFP*, 2007, p. 246.

———, «Travailler mieux ensemble pour gagner plus ?», 2011, p. 313.

———, «La situation de réorientation professionnelle, ou les deux visages de Janus», *AJFP*, 2011, p. 156

FOMBEUR, Pascale, «Les agents non titulaires de l'état voués aux contrats à durée déterminée», *AJFP*, 2001, p. 4.

FONDERICO, Giuliano, «Politici e burocrati nell'attuazione delle riforme amministrative», *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, fasc. 1, 2010, pp. 59–90.

FONTIER, Rêmi, «Harcèlement horizontal : la protection fonctionnelle ne se réduit pas à la protection juridique», *AJFP*, 2011, p. 41.

FORGES, Jean-Michel Lemoyne De, «Quelle influence communautaire sur l'avenir du modèle français de fonction publique ?», *Revue française d'administration publique*, fasc. 4, 2009, pp. 701–710.

FORTIER, Jean-Claude, «Avis de tempête sur le service public : la République en question(s)», *AJFP*, 2011, p. 1.

———, «Service public 2012 : le dégraissage culturel», *AJFP*, 2008, p. 1.

———, «Sortir du bois», *AJFP*, 2009, p. 1.

FOURNIER, Jacques, «Livre blanc du dialogue sociale dans la fonction publique», gennaio 22, 2002. <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/024000051/0000.pdf>

FRATACCI, Stéphane, «La gestion des ressources humaines dans l'administration», 2000, p. 56 ss.

———, «La gestion des ressources humaines dans l'administration», *AJFP*, 2000, p. 56.

KLETZ Frédéric et LENAY Olivier, «Du statut au métier : l'encadrement y gagne-t-il en reconnaissance ?», *Revue française d'administration publique*, vol. 4, 2008, pp. 689–701.

FUSO, Paola, «Il dirigente pubblico: storia ed evoluzione di una categoria di confine», *Adapt*, giugno 2009. http://www.adapttech.it/old/files/document/834FUSO_DIRIGENTE_P.pdf

GARDINI, Gianluca, «L'autonomia della dirigenza nella (contro) riforma Brunetta», *Lavoro e previdenza oggi*, fasc. 3–4, 2010, pp. 579–602.

GARILLI, Alessandro, «Il dirigente pubblico e il sistema di misurazione e valutazione della performance organizzativa della P.A.», *Giur. It.*, fasc. 10, 2012.

GEFFRAY, Édouard, «Le harcèlement moral ouvre bien droit à la protection fonctionnelle», *AJFP*, 2010, p. 255.

GENNAI, Stefano, «Potere organizzativo del datore di lavoro pubblico e azione sindacale», *Altalex*, gennaio 2009. <http://www.diritto.it/docs/27154-potere-organizzativo-del-datore-di-lavoro-pubblico-e-azione-sindacale-nei-luoghi-di-lavoro>

———, «Uso e abuso del potere organizzativo del datore di lavoro pubblico», *Diritto amministrativo*, aprile 2006. <http://www.diritto.it/docs/21832-uso-e-abuso-del-potere-organizzativo-del-datore-di-lavoro-pubblico>

GIBERT, Patrick, «Un ou quatre managements publics ?», *Politiques et management public*, 2008. <http://pmp.revues.org/1442>.

GRAGNOLI, Enrico, «I limiti dell'annunciata riforma del rapporto di lavoro pubblico», *Risorse Umane nella Pubblica Amministrazione*, ottobre 2009.

GRAND, Remi, «Application de la loi Mobilité pour le détachement et l'intégration directe des fonctionnaires territoriaux», *AJDA*, 2011, p. 1058.

- GRILLO, Anna, «Pubblico impiego: equivalenza formale di mansioni e divieto di sottrazione di compiti», *Lavoro e previdenza oggi*, vol. 3, 2010, pp. 302–320.
- GUILLAUMONT, Olivier, «La clémence de l'autorité disciplinaire n'engage pas la responsabilité de l'administration», 2010, p. 317.
- GUILLEMOT, Danièle, «Travail du public, travail du privé: similitudes et différences», *Revue française d'administration publique*, vol. 4, fasc. 132, 2009, pp. 789–803.
- GUILLOUX, Annick, PASSET Olivier, «Les chiffres de l'emploi public: une analyse des tendances internationales», *Revue française d'administration publique*, fasc. 132, 2010, pp. 873–885.
- HINNA, Luciano, «La riforma della p.a. e la nuova agenda della funzione risorse umane», *Risorse Umane nella Pubblica Amministrazione*, dicembre 2010, pp. 19–56.
- HONDEGHEM, Annie, «Modèles de gestion des compétences en Europe», *Revue française d'administration publique*, vol. 4, fasc. 116, 2005, pp. 561–576.
- HUC, Vincent, «L'employeur public ne dispose pas d'un droit à ne pas renouveler le CDD arrivé à son terme», *AJDA*, 2011, p. 168.
- IEVA, Lorenzo, «Profili problematici della mobilità nel pubblico impiego», *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, s.d., p. 2003.
- BOURDON Jacques, «La rémunération au mérite ou faire du neuf avec du vieux», 2004, p. 113.
- JEANNARD, Sébastien, «La révocation en droit de la fonction publique», *AJFP*, 2012, p. 284.
- JEANNOT, Gilles, «De la gestion prévisionnelle des effectifs, des emplois et des compétences (GPEEC) aux cadres statutaires: la progressive émergence de la notion de "métier" dans la fonction publique d'Etat en France», vol. 4, fasc. 116, 2005, pp. 595–608.
- , «Gérer les carrières des cadres de la fonction publique?», *Revue française d'administration publique*, fasc. 4, 2005, pp. 553–559.
- , Gilles, Luc Rouban, «Changer la fonction publique», *Revue française d'administration publique*, fasc. 132, 2010, pp. 665–672.

- , Gilles, Guillemot, Danièle, «Réformer par les outils ou par les hommes: un bilan quantitatif de la “modernisation de la gestion” de l’Etat», *Politique et management public*, vol. 27, fasc. 4, 2010.
- LAGRECA Nicola, «Il modello delle competenze- il caso dell’agenzia delle entrate», Università degli studi «g. d’annunzio» Chieti-Pescara, 2007.
- LANORD, Magali, «Le recrutement par concours dans la “territoriale” : chronique d’une mort annoncée ?», *AJFP*, 2002, p. 4.
- LAUFER, Romain, «Où est passé le management public ? Incertitude, institutions et risques majeurs», *Politiques et management public*, 2008.
- LAVIGNE, Stephane, «La porte entrouverte au recrutement des contractuels par les collectivités locales», *AJFP*, 1998, p. 49.
- LOMBART, Laurent, «Typologie de la radiation des cadres de la fonction publique : les cas de constatation à connotation disciplinaire», *AJFP*, 2008, p. 319.
- DE LUCA, Michele, «Riforma della tutela reale contro il licenziamento illegittimo e rapporto di lavoro privatizzato alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: problemi e prospettive di coordinamento», *WP CSDLE «Massimo D’Antona».IT*, fasc. 178, 2013.
http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-IT/20130628-112145_deluca_n178-2013pdf.pdf
- MACLOUF, Etienne, Wierzbicki, Bruno, «La mobilité géographique pour optimiser la gestion des ressources humaines publiques ?», *Politiques et management public*, vol. 2, fasc. 26, 2008. <http://pmp.revues.org/1373>
- MAINARDI, Sandro, «Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici», *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, vol. 5, 2009, pp. 729–757.
- , «Il “dovere” del dirigente di sanzionare il demerito: il procedimento disciplinare», *Giur. It*, fasc. 12, 2010.
- MALLOL, Francis, «La sanction disciplinaire déguisée en droit de la fonction publique», *AJDA*, 2011.
- MAMELI, Sandro, «Riforma Brunetta, a che punto siamo?», *Il Sole 24ORE - Pubblico impiego*, fasc. 5, maggio 2010.

- MARAZIA, Carmelo, «Manager pubblico sfiduciato», *LaVoce.info*, agosto 2009. http://archivio.lavoce.info/articoli/-relazioni_industriali/pagina1001238.html
- MARAZZA, Marco, «Contrattazione collettiva e riforma del lavoro pubblico», *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, vol. 2, 2010.
- MARC, Emmanuelle, Yves Struillou, «La loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique : une mutation inachevée du système de relations professionnelles», *Droit Administratif*, fasc. 11, novembre 2010.
- MARC, Emmanuelle, «La fin non assumée de la garantie de l'emploi des fonctionnaires et/ou l'émergence d'un droit individuel à la reconversion professionnelle ?», *AJDA*, 2011, p. 162.
- , «La réforme des institutions participatives dans la fonction publique de l'Etat», *AJDA*, 2011, p. 1015.
- , «La fin non assumée de la garantie de l'emploi des fonctionnaires et/ou l'émergence d'un droit individuel à la reconversion professionnelle ?», *AJDA*, 2011, p. 162.
- , «Mobilité imposée, mobilité choisie : un équilibre instable entre intérêt du service et droits des agents», *AJDA*, 2010, p. 568.
- MARC, Emmanuelle, STRUILLLOU, Yves, «Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un "droit de l'activité professionnelle" ?», *RFDA*, 2010, p. 1169.
- MATUTANO Edwin, «Contrat de droit public ? Situation non statutaire !», *AJFP*, 2010, p. 241.
- , «La mobilité d'emploi dans les fonctions publiques entre textes incitateurs et pratiques restrictives», *AJFP*, 2009, p. 19.
- MARCOVICI, Emilie, «Les insuffisances de la répression du harcèlement sexuel dans la fonction publique», *AJFP*, 2011, p. 212.
- , «Les spécificités de la répression du harcèlement sexuel dans la fonction publique», *AJFP*, 2011, p. 212.
- MARRA Mita, «I limiti della valutazione imposta per legge», *La Voce.info*, gennaio 22, 2010. <http://archivio.lavoce.info/articoli/pagina1001512.html>

- MARTONE, Michel, «La c.d. riforma Brunetta e il ruolo strategico del dirigente nella realizzazione dei suoi obiettivi», *Giur.It.*, fasc. 12, 2010.
- MASCIA, Katia, Rosanna Cribari, Giacinto Fiore, «La valutazione del dipendente pubblico», *Uil*, 2011.
<http://www.uil.it/contrattazione/Per%20saperne%20di%20Pi%C3%B9%2029.pdf>
- MASSI, Eufrazio, «Collegato lavoro: misure per la P.A.», *Diritto e pratica del lavoro*, fasc. 3, 2011, pp. 121–135.
- MASSIMIANI, Clemente, «La mobilità volontaria e la malattia dei dipendenti pubblici dopo il D.Lgs. n. 150/09», *Il lavoro nella giurisprudenza*, fasc. 9, 2010, pp. 885–894.
- MATHIEU, Bertrand, «L’employeur public entre droit administratif et droit du travail», *AJFP*, 2000, p. 16.
- , «Des mobilités des personnels à l’unité du droit social ?», *AJFP*, 2009, p. 225.
- , «Le devoir de résistance du fonctionnaire depuis 1946», *AJFP*, 2001, p. 1681.
- , «Les principes généraux du droit du travail dans les fonctions publiques», *AJFP*, 2000, p. 21.
- , «Le devoir de résistance du fonctionnaire depuis 1946», *AJDA*, 2004, p. 1681.
- MBILAMPINDO Wilfrid, «La mise en demeure de reprendre son service dans la procédure d’abandon de poste», *AJFP*, 2001, p. 49.
- MELE, Eugenio, «Interesse pubblico e rapporti di lavoro», *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, fasc. 8–9, 2009, pp. 607–608.
- MELLERAY, Fabrice, «La loi relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique Première étape d’une réforme profonde», *AJDA*, 2010, p. 2045.
- , «La loi relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique Première étape d’une réforme profonde.», *AJDA*, 2010, p. 2045.
- , Fabrice, *Droit de la fonction publique*, Paris, Economica, 2010.
- , «La “sécurisation des parcours professionnels” des agents publics contractuels : un travail de Sisyphe ?», *AJFP*, 2011, p. 133.

- , «Un “ plan de sauvegarde de l’emploi ” qui ne dit pas son nom», *AJFP*, 2010, p. 60.
- , «Une profonde rupture intellectuelle avec la conception française de la fonction publique», *AJDA*, 2008, p. 900.
- MENY Yves, SUREL Yves, «Politique comparée», *Politique comparée*, ?, Montchrestien, 2009.
- , «La fonction publique en Europe», *Politique comparée*, Montchrestien, 2009.
- MICHELI, Pietro, «Pubblica amministrazione: la riforma perde i pezzi», *LaVoce.info*, febbraio 2011. <http://archivio.lavoce.info/articoli/pagina1002132.html>
- MILANO, Laure, «La reconstitution de carrière des fonctionnaires, entre principe et effectivité», *AJFP*, 2010, p. 18.
- MONIOLLE, Carole, «Les rémunérations dans la fonction publique d’Etat : vers une nouvelle cohérence ?», Université de Paris X-Nanterre, aprile 24, 2013. <http://static.acteurspublics.fr/all/uploads/file/2013/04/24/etuderemunerations.pdf>
- , Carole, «Droit de la fonction publique et gestion des ressources humaines : entre complémentarité et opposition», *AJFP*, 2010, p. 234.
- , «Indépendance et liberté d’expression des enseignants-chercheurs», *AJDA*, 2001, p. 226.
- , «La subordination dans la fonction publique», *AJFP*, 2010, p. 1629.
- , «Les garanties du fonctionnaire concerné par une mutation dans l’intérêt du service», *AJFP*, 2004, p. 192.
- DE MONTECLER, Marie-Christine de, «Présentation en conseil des ministres du projet de loi sur les non-titulaires», *AJDA*, 2011, p. 1654.
- , «Quarante propositions pour transformer la fonction publique», *AJDA*, 2008, p. 836.
- , Marie-Christine de, «Non-titulaires : vers une nouvelle ère ?», *AJDA*, 2011, p. 708.
- MORVAN, Guy, «Reforme du dialogue social dans la fonction publique», *Les cahiers de la fonction publique*, luglio 2010, pp. 24–26.

MUNAGORRI, Rafael Encinas de, «La désobéissance civile : une source du droit ?», *RTD Civ.*, 2005, p. 73.

NASCIET, Philippe, «La gestion des ressources humaines dans le collectivités territoriales», *Pouvoirs locaux*, fasc. 89, juin 2011, pp. 85–88.

NICOSIA, Gabriella, «I dirigenti pubblici nella riforma Brunetta: più controllori o più controllati», *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, fasc. 2, 2010, p. 323–.

———, «La gestione della performance dei dirigenti pubblici: an, quando, quis e quomodo della “misurazione” e “valutazione” individuale», *WP CSDLE «Massimo D’Antona».IT*, fasc. 103, 2010.

http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DAntona/WP%20CSDLE%20M%20DAntona-IT/20110209-042155_nicosia_n103-2010itpdf.pdf

OECD, «Modernising the public administration: A study on italy», 2010.

http://www.innovazionepa.gov.it/media/602077/modernising_public_administration.pdf

———, «Modernising the Public Administration-A Study on Italy», 2010.

OGRISEG Paola, «La valutazione e la valorizzazione del merito i dei dipendenti pubblici», *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni.*, vol. 2, 2012, pp. 345–388.

OLIVERI, Luigi, CERISANO Francesco, «Nella PA ritornano le pagelle», *Italia Oggi*, 28 luglio 2012.

OLIVERI, Luigi, «Addio alla differenziazione nella valutazione della performance?», *Working Paper Adapt*, fasc. 116, febbraio 2011.

———, «Articolo 18 nella pa: Una domanda a due ministri», *LaVoce.info*, marzo 2012. <http://archivio.lavoce.info/articoli/pagina1002955.html>

———, «Gli intenti della riforma: correzioni ai fallimenti delle riforme Cassese e Bassanini», *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, fasc. 16, agosto 2009.

———, «La difficile strada delle relazioni sindacali nel pubblico impiego», *Working Paper Adapt*, fasc. 114, maggio 2010, pp. 1–10.

———, «Una controriforma per il pubblico impiego», maggio 2012. <http://archivio.lavoce.info/articoli/pagina1003054.html>.

- , «La parola fine sulla riforma brunetta», *LaVoce.info*, febbraio 2011.
http://archivio.lavoce.info/articoli/-relazioni_industriali/pagina1002150.html
- ONGARO, Edoardo, BELLE' Nicolas, «Reforme de la fonction publique et introduction de la rémunération liée aux performances en Italie», vol. 132, fasc. 4, 2009, pp. 817–839.
- , «The role of politics and institutions in the italian administrative reform trajectory», *Public administration*, vol. 89, fasc. 3, 2011, pp. 738–754.
- PAPA, Veronica, «Dirigenze pubbliche e responsabilità “al plurale” tra oscillazioni normative e giurisprudenziali», *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, fasc. 6, 2011, pp. 935–963.
- PASQUA, Simonetta, «Le norme sulla mobilità», *Amministrativamente*, vol. 11, novembre 2009.
- PATRONI GRIFFI, Filippo, Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, «La riforma del settore pubblico testo delle proclusioni all’inaugurazione del master in scienza dell’amministrazione organizzato dalle università La Sapienza e Luiss-Roma, 23 novembre 2012- e all’inaugurazione dell’anno accademico della SPISA- Bologna, 24 novembre 2012», 23 novembre, 2012.
- PATUMI, R., «Mobbing: analisi del fenomeno e configurabilità nel settore pubblico», *La Gazzetta degli enti locali*, agosto 2010.
- PECORARO Monica, «La mobilità orizzontale nel lavoro pubblico: tra equivalenza formale e sostanziale», *Lavoro e previdenza oggi*, vol. 2, 2011, pp. 219–252.
- PENDOLINO, Gaetana, «Demansionamento del dirigente pubblico: profili di giurisdizione e di risarcimento del danno», *Il lavoro nella giurisprudenza*, fasc. 3, 2010, pp. 271–276.
- PERRIN, Bernard, «Les emplois de direction dans les collectivités territoriales : la capacité d’adaptation, vertu premier», *Revue française d’administration publique*, fasc. 4, 2005, pp. 583–594.
- PESSI, Roberto, «Ripensando alla riforma della pubblica amministrazione: manutenzione o restaurazione?», *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, fasc. 5, 2009, pp. 294–301.

PIEDNOIR, Julien, «L'obligation de réserve d'un officier chercheur entre les énervements de la hiérarchie et les évitements du juge : l'affaire Matelly», *AJFP*, 2011, p. 108.

PILEGGI, Antonio, *Efficienza della Pubblica Amministrazione e diritto del lavoro*, Roma, Aracne, 2004.

PIRAINO, Nadia, «I progetti di riforma dello stato in Francia», Fondazione Irso CAPP Politecnico di Milano, 2008. http://www.astrid-online.it/Riforma-del/Esperienze/FRANCIA/Studi--ric/5_Piraino-Caso-Francese-Cap-3.3.pdf

PISANI, Carlo, «La vera novità sistematica della riforma "Brunetta": il ridimensionamento dell'autonomia collettiva», *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, fasc. 3, 2010, pp. 142–148.

———, «Il controllo sui poteri del datore di lavoro privato e pubblico», *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, fasc. 8–9, 2009, pp. 622–624.

PISAURO, Giuseppe, VISALLI Stefano, «Ma il problema non sono solo i fannulloni», *LaVoce.info*, giugno 2009. http://www.astrid-online.it/Riforma-del/Valutazion/Rassegna-s/Pisauro_Visalli_Voce_4_6_09.pdf

PISCOPO, Maria, «Le nuove frontiere della dirigenza pubblica», *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, fasc. 7, 2010.

POCHARD, Marcel, «La prime d'intéressement dans la fonction publique Risques et chance», *AJDA*, 2011, p. 1705.

———, «Nouvelles perspectives sur la fonction publique», *Politiques et management public*, vol. 2, fasc. 26, 2008. <http://pmp.revues.org/1358>.

———, «La prime d'intéressement dans la fonction publique Risques et chance», *AJDA*, 2011, p. 1705.

POLICE Aristide, «Ingiustificatezza degli atti della p.a. imprenditore ed eccesso di potere come vizio della funzione», *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, fasc. 8–9, 2009, pp. 588–592.

PONTE, Flavio, «Esercizio di fatto di mansioni superiori ed inquadramento formale: ancora una volta prevale la sostanza», *Lavoro e previdenza oggi*, vol. 3, 2010, pp. 321–333.

POULET-GIBOT Leclerc, Nadine, «Le pouvoir hiérarchique», *AJFP*, 2007, p. 508.

- PROVOLO, Debora, *Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilità penale*, Padova, 2012.
- RAFFAELLI, Pier Franco, ARGENZIANO Massimo, «Decreto Brunetta: la riforma che non c'è», *Il Sole 24ORE*, fasc. 1, gennaio 2011.
- RAVELLI, Fabio, «Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici», *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona» .IT*, 2011. 122/2011.
http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DAntona/WP%20CSDLE%20M%20DAntona-IT/20110628-095230_ravelli_n122-2011itpdf.pdf
- REBORA, Gianfranco, «Chi gestirà il cambiamento?», *Risorse Umane nella Pubblica Amministrazione*, ottobre 2009.
- RICCARDI, Angelica, «Legislazione prevenzionale e polimorfismo della figura datoriale nelle pubbliche amministrazioni», *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, fasc. 2, 2010.
- RICCI, Giancarlo, «L'applicazione della riforma Brunetta negli enti territoriali e nelle autonomie funzionali», *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, fasc. 3–4, marzo 2010, pp. 507–555.
- ROLIN, Frédéric, «Le harcèlement moral au risque du droit administratif», *AJDA*, 2002, p. 733.
- ROMEO, Carmelo, «La “legge Fornero” e il rapporto di impiego pubblico», *LPA*, vol. 5, 2012, pp. 713–725.
- ROMEO, Carmelo, «Privatizzazione del pubblico impiego tra discontinuità e modernizzazione», *Il lavoro nella giurisprudenza*, fasc. 7, 2010, pp. 653–659.
- ROUBAN, Luc, «L'univers axiologique des fonctionnaires», *Revue française d'administration publique*, fasc. 132, 2010. 771-788.
- , «Le nombre des fonctionnaires : le débat autour du fonctionnarisme», *Revue française d'administration publique*, fasc. 135, 2010, pp. 583–599.
- , «Le statut des fonctionnaires comme enjeu socio-historique», *Revue française d'administration publique*, vol. 4, fasc. 132, 2009, pp. 673–687.
- ROYER, Erwan, «Des mesures réglementaires pour faciliter la mobilité... ou les restructurations», *AJDA*, 2008, p. 840.

RUFFINI, Renato, «Alla ricerca del manager pubblico», *Risorse Umane nella Pubblica Amministrazione*, fasc. 3, 2012, pp. 5–12.

———, «Alla ricerca di nuove idee per una nuova pubblica amministrazione», *Risorse Umane nella Pubblica Amministrazione*, fasc. 6, 2012, pp. 5–8.

———, «Hanno ammazzato il management pubblico», *Risorse Umane nella Pubblica Amministrazione*, fasc. 2, 2012, pp. 5–8.

RUSSO, Carmine, «Le relazioni sindacali nel settore pubblico in tempi di moratoria contrattuale: tra tensioni, proposte e ostacoli», *Risorse Umane nella Pubblica Amministrazione*, aprile 2011, pp. 79–96.

SAGLIO, Jean, «Définir l’employeur public», presentato al Colloque AISLF, Tours, 2004.
http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/19/32/08/PDF/Saglio_employeur_Public.pdf

SANDULLI, Piero, Piero, «Il procedimento disciplinare nel pubblico impiego dopo l’entrata in vigore del d.lgs. 27 ottobre 2009, n.150 di attuazione della legge 4 marzo 2009 n. 15», *Lavoro e previdenza oggi*, vol. 4, 2010, pp. 368–377.

SAUSSOIS Jean-Michel, «Théories des organisations et management public : quel rapport?», *Politiques et management public*, vol. 26/3, 2008.

SAUTEREAU, Nicolas, «Vers un dialogue social rénové dans la fonction publique ?», *AJFP*, 2011.

SAVIGNAC, Jean-Charles, «Le prochain renouvellement général des instances représentatives du personnel dans la fonction publique d’Etat», *Les cahiers de la fonction publique*, luglio 2011, pp. 22–30.

———, «Le renouveau du dialogue social», *Les cahiers de la fonction publique*, settembre 2010, pp. 33–36.

———, «Modernisation des droits et moyens syndicaux», *Les cahiers de la fonction publique*, gennaio 2012, pp. 26–31.

———, «L’accord sur la securisation des parcours professionnels des contractuels», *Les cahiers de la fonction publique*, aprile 2011, pp. 28–33.

SCAGLIONE, Marianna, «Prime osservazioni sulla riforma c.d. Brunetta del lavoro pubblico privatizzato», *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, fasc. 12, 2009, pp. 884–894.

- SCHUFFENECKE, Dominique, «L'accompagnement ressources humaines de la réforme de l'administration territoriale de l'Etat», *AJFP*, 2010, p. 837.
- SERRA, Dionisio, «L'azione disciplinare nel pubblico impiego è obbligatoria?», *Risorse Umane nella Pubblica Amministrazione*, dicembre 2010, pp. 89–100.
- SEVERINO, Chiara, «La “nuova” fase delle relazioni sindacali in Italia alla luce dell'intesa del 4 febbraio 2011 tra Governo e sindacati», *Adapt*, febbraio 2010.
http://www.adapttech.it/old/files/document/10769severino_08_02_1.pdf
- SILICANI, Jean-Ludovic, «Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique», aprile 2008.
- SIWEK-POUYDESSEAU, Jeanne, «Les Syndicats De La Fonction Publique Et Les Réformes Managériales Depuis 2002», *Revue française d'administration publique*, fasc. 132, 2010, pp. 745–756.
- SORDI, Paolo, «Il sistema delle fonti nella disciplina del lavoro pubblico (dopo il d.lgs. n. 150 del 2009)», *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, maggio 2010, pp. 805–831.
- , «La mobilità nel pubblico impiego privatizzato», *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, v. 3, Milano, Giuffrè, 2004, p. 2917- 2928.
- SPAETH, Barbara, «La loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social : dispositions applicables à la fonction publique territoriale», *AJ Collectivités territoriales*, 2010, p. 72.
- SPINELLI, Carla, «Buona amministrazione, efficienza organizzativa e produttività del lavoro», *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, fasc. 6, 2009, pp. 985–996.
- STRUILLOU, Yves, «Le droit du travail, horizon indépassable du droit de la fonction publique ?», *AJDA*, 2011, p. 2399.
- STUDIO LEGALE NATALI-ANGELINI, «Contrattazione collettiva e pubblico impiego», *Diritto e pratica del lavoro*, fasc. 21, 2011, pp. 1225–1228.
- SUZZI, Roberto, «C'è bisogno di chiarezza nelle regole per la gestione del personale nella Pubblica Amministrazione», *Risorse Umane nella Pubblica Amministrazione*, vol. 1, 2012, pp. 132–134.
- TALAMO, Valerio, «Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico», *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona» .IT*, 2009. 90/2009.

http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DAntona/WP%20CSDLE%20M%20DAntona-IT/20110628-011609_talamo_n90-2009itpdf.pdf

TAMPIERI, Alberto, «Contrattazione integrativa e comportamento antisindacale dell'amministrazione dopo il decreto n. 150/2009», *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, fasc. 1, 2011, pp. 1–19.

———, «Il lavoro pubblico dopo la legge n. 183/2010», *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, fasc. 4, aprile 2011, pp. 224–226.

TORCHIA, Luisa, «L'amministrazione che non c'è, ovvero le riforme amministrative e il governo», 2011. <http://www.astrid-online.it/Riforma-dei/Contributi/torchia-riforma-P.A..pdf>

TOURRET, Alain, «la discrimination dans la fonction publique», 25 ottobre 2012. <http://ddata.over-blog.com/xxxxyy/2/32/98/37/disney/rapport-discrimination-fonction-publique.pdf>

TOUZEIL- DIVINA, Mathieu, «L'article L. 122-12 du code du travail confronté au droit public», *AJDA*, 2006, p. 172.

———, «L'article L. 122-12 du code du travail confronté au droit public», 2006, p. 172.

———, «“Travallisation” ou “privatisation” des fonctions publiques ?», *AJFP*, 2010, p. 228.

URSI, Riccardo, «Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta», *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, fasc. 5, ottobre 2009, pp. 759–771.

URSINO, Rosanna, «Le mansioni superiori nel pubblico impiego: il contributo della contrattazione collettiva e l'evoluzione giurisprudenziale», 2011. <http://www2.unimarconi.it/DPPSA/wp-content/uploads/2010/02/URSINO.pdf>

VALENTINO, Melissa, «P.A.: valutazione delle performance e promozione del merito», *Diritto e pratica del lavoro*, fasc. 33, 2010, pp. 1938–1941.

VALLEBONA, Antonio, «Il controllo dei poteri pubblici e privati: un utile confronto interdisciplinare», *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, fasc. 8–9, 2009, pp. 634–639.

———, «La riforma del lavoro pubblico: il difficile risveglio da un incubo», *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, vol. 3, marzo 2010, pp. 132–141.

VALLEMONT Serge, Du Marais Bertrand, *La Gestion dynamique de la fonction publique : une méthode : rapport du groupe thématique «Gestion prévisionnelle des emplois : outils et structures»*, Commissariat général du Plan, 2000.

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/014000089/0000.pdf>

VENDRAMIN, Marta, «L'equivalenza delle mansioni del lavoro pubblico privatizzato all'indomani della riforma Brunetta tra modelli negoziali e interpretazioni giudiziali», *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, fasc. 6, 2009, pp. 997–1038.

VERRIER, Pierre-Eric, «La fabrique du management public», vol. 26/3, 2008.

VILLA, Ester, «Il sistema di misurazione/valutazione della performance dei dipendenti pubblici nel d.lgs. n.150/2009», *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, vol. 5, 2009, pp. 773–793.

VOZA, Roberto, «Fondamento e fonti del potere disciplinare nel lavoro pubblico», *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2011, pp. 647–673.

WAQUET, Philippe, «L'employeur public entre droit administratif et droit du travail. Les solutions des conflits de compétences», *AJFP*, 2000, p. 17.

WOLIKOW, Julien, «Fonctionnaires et salariés : différences, convergences», *AJFP*, 2010, p. 172.

ZOLI, Carlo, «La struttura della contrattazione collettiva nel settore pubblico», *LPA*, 2011, pp. 859–883.

ZOPPOLI, Lorenzo, «La valutazione delle prestazioni della dirigenza pubblica: nuovi scenari, vecchi problemi, percorsi di “apprendimento istituzionale”», *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona» .IT*, 2007.

http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DAntona/WP%20CSDLE%20M%20DAntona-IT/20111025-032417_zoppoli_n63-2007itpdf.pdf

ZOPPOLI, Lorenzo, «A dieci anni dalla riforma Bassanini: dirigenza e personale», *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, vol. 1, 2008, pp. 1–36.

- , «Bentornata realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica», *WP CSDLE «Massimo D'Antona».IT*, 2013, p. 27, http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-IT/20130307-041216_zoppoli_n168-2013itpdf.pdf
- , «La valutazione delle prestazioni della dirigenza pubblica: nuovi scenari, vecchi problemi, percorsi di “apprendimento istituzionale”», *WP CSDLE «Massimo D'Antona».IT*, vol. 63, 2007. http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DAntona/WP%20CSDLE%20M%20DAntona-IT/20111025-032417_zoppoli_n63-2007itpdf.pdf

III - RELAZIONI AMMINISTRATIVE

- DGAFP, «Guide de gestion prévisionnelle des Effectifs, des Emplois et des Compétences», giugno 2001. http://www.fonction-publique.gouv.fr/files/files/publications/archives_emploi_public/GPEECmethodo-2.pdf
- DGAFP , «Bonnes pratiques de la gestion des ressources humaines», giugno 14, 2010.
- , «Bonnes pratiques de la Gestion des ressources humaines - Bilan 2010», marzo 4, 2011.
- , «Bonnes pratiques de la gestion des ressources humaines Guide méthodologique», dicembre 19, 2008.
- , «Bourse interministérielle de l'emploi public (BIEP)», marzo 9, 2011.
- , «Charte de la mobilité dans la fonction publique de l'Etat», dicembre 10, 2010.
- , «Démarches et processus de mobilité», dicembre 2, 2010.
- , «Dispositifs statutaires, indemnitaires et sociaux de la mobilité», dicembre 2, 2010.
- , «Etre recruté dans la fonction publique», giugno 8, 2011.

- , «L'entretien professionnel», novembre 4, 2009.
- , «La fonction publique en France: des métiers au service des citoyens», marzo 23, 2011.
- , «La loi sur la mobilité des fonctionnaires De nouveaux outils au service d'une vraie carrière», ottobre 22, 2009.
- , «La mobilité des fonctionnaires», marzo 9, 2010.
- , «La mobilité et les parcours professionnels dans la fonction publique questions/reponses», 2009.
- , «La négociation dans la fonction publique», marzo 30, 2011.
- , «Les entretiens individuels», dicembre 2, 2010.
- , «Les outils de formation», dicembre 2, 2011.
- , «Les outils de la mobilité», dicembre 2, 2010.
- , «Mise en place du conseiller mobilité-carrière dans les services de l'Etat», dicembre 2, 2011.
- , «Petit lexique de l'emploi public», marzo 9, 2010.
- , «Reconnaissance de l'acquis de l'expérience professionnelle (RAEP)», marzo 9, 2010.
- , «Gestion Prévisionnelle des Emplois et Compétences», *Les bases de la Gestion des Ressources Humaines*, 2008.
<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/014000089/0000.pdf>
- FORMEZ, «Costruzione e uso di un modello di competenze il caso agenzia delle entrate», Formez, 2007.
- , «La gestione per competenze nelle amministrazioni pubbliche», Rubbettino, 2006.
- , «La mobilità nel lavoro pubblico», *Formez - Centro formazione e studi*, s.d.
<http://biblioteca.formez.it/webif/>
- , «Valutazione e trasparenza nelle pubbliche amministrazioni-Primo monitoraggio sull'attuazione del d.lgs. n.150/2009 nelle amministrazioni centrali e regionali», Formez, s.d.

http://www.formez.it/sites/default/files/Valutazione_e_trasparenza_nelle_P.A_-_150.pdf

Ministère de la décentralisation, de la réforme de l'état et de la fonction publique, «Rapport annuel sur l'état de la fonction publique - édition 2013», La documentation Française, novembre 5, 2013. <http://www.fonction-publique.gouv.fr/statistiques-37>.

Ministère de la décentralisation, de la réforme de l'Etat et de la fonction publique ministère du budget des comptes publics et de la fonction publique, «La prime de fonctions et de résultats (pfr)», luglio 11, 2008.

Ministère du budget, des comptes publics,, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat, «Répertoire interministériel des métiers de l'État-Deuxième édition», http://rime.fonction-publique.gouv.fr/bibliotheque/docs/Rime_2010.pdf?PHPSESSID=792210ec50c32c22cfddc5c8cce94553

Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, «Relazione al Parlamento sullo stato della Pubblica Amministrazione anni 2010-2011», 2012.

IV - GIURISPRUDENZA

Corte Costituzionale italiana

Corte cost. n. 351/2008

Corte cost. n. 313/1996.

Corte Cost., n. 971/1988, in DL, 1988, II, 494.

Corte Cost n.197/1993 in FI, 1994, I, c. 385.

Corte Cost. n. 971/1988,

Corte Cost n. 197/1993

Corte Cost n. 141/1996.

Corte Cost. n. 233/2006.

Corte Cost. n. 103 e n. 104/2007.

Corte Cost. n. 161/2008.

Corte Cost. n. 340/2008.

Corte Cost. n. 351/2008.
Corte Cost. n. 81/2010.
Corte Cost. n. 124/2011.
Corte Cost. n. 275/01.
Corte Cost. n. 309/1997.
Corte Cost. n. 68/1980, in F. I. 1980, I, p 1553.
Corte Cost. n. 313/1996.
Corte Cost. n. 309/1997.
Corte cost., n. n. 351/2008, LPA, 2009, II, 109.

Conseil constitutionnel

Conseil Constitutionnel, n° 1984-179 DC, 12 settembre 1984.
Conseil Constitutionnel, n° 2009-584, 16 luglio 2009.

Conseil d'Etat

CE, 5 maggio 2011, Giraud, *Rec. CE*, p. 525.
CE, Sect., 30 giugno 1950, Sieur Quèralt, *Rec. CE*, p. 413.
CE, 29 giugno 1961, Dlle Gander, *Rec. CE*, p.529.
CE 23 oct. 1962, Camara, *Lebon*, p. 627
CE 5 apr. 1991, Mme Imbert Quaretta, *AJDA*, 1991. 575 .
CE 25 sett. 1995, Rispal, *Lebon*, p. 955 ; *Dr. adm.* 1995. n° 783.
CE, Sect., 18 dic. 2002, *Lebon*, p. 463
CE 11 ottobre 1968, Massoni.
CE 30 giugno 1950, Quèralt.
CE, Sect., 4 giugno 1982, Association des administrateurs civils du ministère des affaires culturelles, *Lebon*, 210, *AJDA* 1982, 602, concl. M. Roux
CE, Sect., 9 giugno 1978, *Lebon*, p. 245, concl. B. Genevois, nota S. S.
CE, Ass., 28 giugno 1991, Syndicat national des lycées et collèges force ouvrière, Syndicat national des enseignements techniques et professionnels, p. 264.

CE, 23 gennaio 2000, Fédération justice CFDT, n. 199759.
CE, 2 ottobre 2002, n° 227868, concl. Piveteau, *AJDA*, 2002, p. 1294
CE sez., 10 novembre 1944, Langneur, *Rec. Lebon*, p. 288.
CE 27 maggio 1949, Dame Arasse, *Lebon*, p. 249.
CE, 2 novembre 1966, Dessendier, *Rec. Lebon*, p. 580.
CE sez., 24 febbraio 1961, *Isnardon*.
CE, IV, 4 maggio 1971, n. 542
CE, 27/04/2011, Indivisibilité du tableau d' avancement, *AJDA*, p. 878.
CE, 23/02/2000, La publicité des audiences disciplinaires fait son entrée en fonction publique, *AJFP*, p. 51.

Cour de cassation

Cass.Soc., 13 novembre 1996
Cass. Crim., 11 luglio 2012, n° 11-88.114, D. 2012. 1967.

Cassazione italiana

Cass. 31 luglio 2012, n. 13710
Cass. 18 dicembre 2012, n. 23330
Cass. n. 2168, 5 febbraio 2004, *MGL*, 2004, p. 531
Cass. Sez. Lav. 18 ottobre 2002, n. 14810-it
Cass. n. 33737 aprile 1999, *Giust. Civ.*, 1999, I, p. 2190
Cfr. Cass. 24 febbraio 2000, n. 41
Cass. 16 maggio 2003, n. 7704,
Cass. 15 marzo 2004, n. 5565
Cass. 20 marzo 2004, n. 5659, *DLM*, 2004, p. 337
Cass. S.U. 7 marzo 2003, n. 3508
Cass. S.U. 12 agosto 2005, n. 16876
Cass. 12 giugno 2006, n. 13538
Cass. S.U. 5 aprile 2007, n. 8526

- Cass. S.U. 14 febbraio 2007, n. 3188
Cass. 12 dicembre 2007, n. 26084
Cass. 15 marzo 2004, n. 5565, *FI*, 2004, I, p. 2431
Cass S.U, 22 luglio 1999, n. 500
Cass. 7 marzo 2003, n. 3508
Cass. 11 gennaio 2008, n. 520
Cass. 27 settembre 2004, n. 19271
Cass., 12 febbraio 2001, n. 2188, in *FI*, 2001, I, 1566.
Cass. 21 maggio 2009, n.11835.
Cass. 22 gennaio 2008, n.1346, *LPA*, 130.
Cass. 21 maggio 2009, n. 11835
Cass., 21 maggio 1988, n. 3550, *MGC*, 1988, n. 5.
Cass. 31 luglio 2012, n. 13710
Cass. 18 dicembre 2012, n. 23330
Cass. Sez. Lav. 18 ottobre 2002, n. 14810
Cass. 7 aprile 1999, n. 3373, *Giust. Civ.* 1999, I, p. 2190
Cass. 24 febbraio 2000, n. 41
Cass. 16 maggio 2003, n. 7704
Cass. 15 marzo 2004, n. 5565
Cass. 20 marzo 2004, n. 5659, *DLM*, 2004, p. 337
Cass. S.U. 7 marzo 2003, n. 3508
Cass. S.U. 12 agosto 2005, n. 16876
Cass. 12 giugno 2006, n. 13538
Cass. S.U. 5 aprile 2007, n. 8526
Cass. S.U. 14 febbraio 2007, n. 3188
Cass. 12 dicembre 2007, n. 26084
Cass. 15 marzo 2004, n. 5565, *FI*, 2004, I, p. 2431.
Cass. SS.UU., 4.1.1980 n. 2
Cass. 21/05/2009, *Ius variandi: dissolto il velo dell'equivalenza formale*, *Argomenti di diritto del lavoro*, 2010, n. 1, CEDAM, parte II, p. 232.

Court administrative d'appel

CAA Marsiglia 18 maggio 1999, *M^{me} Marquet*

CAA Lyon 9 giugno 2000.

CAA Marsiglia, 18 giugno 1998, *Mlle Thomas*.

CAA Parigi 24 febbraio 2000, *Gutierrez*, n° 98PA01314

CAA Parigi 26 aprile 2005, *M^{lle} X.*, req. n° 02PA01298

CAA Versailles 2e ch. 08-03-2006, « Le simple risque d'attenter à l'image du service public justifie une lourde sanction disciplinaire », *AJFP*, p. 318

CAA Versailles 3e ch. ,13-11-2007, « Motif non disciplinaire de licenciement, l'insuffisance professionnelle n'est pas exclusive de fautes », , *AJFP*, 2008, p. 105.

CAA Lyon 3e ch, 07/03/2013, « De l'insuffisance professionnelle à la faute », *AJFP*, p. 232.

Tribunal administratif

TA Nancy 2e ch., 02-11-2004, « Mutation « forcée » constituant une sanction disciplinaire déguisée », 2004, *AJFP*, 2005, p. 15

TA Lille 3e ch. 2001, « Une baisse de notation ne peut se fonder exclusivement sur une sanction disciplinaire », *AJFP*, 2002 p. 32

TA Lille 3e ch. , 02-06-2010, « Une négligence professionnelle fautive qui ne justifie pas une sanction disciplinaire », *AJFP*, 2010, p. 265

TA Melun 2e ch. , 03-11-2011, « Le licenciement disciplinaire manifestement disproportionné d'un agent non titulaire de l'État », *AJFP*, 2012, p. 100.

TA Dijon 2e ch. 1996, 02/04/1996, « L'abaissement de note sans caractère disciplinaire », *AJFP*, p.22.

TA Paris 5e sect, « L'annulation d'un compte rendu d'entretien professionnel, 1111707-5/1 », 1re ch. 2012.

TA Paris, 27/01/2011, « L'employeur public ne dispose pas d'un droit à ne pas renouveler le CDD arrivé à son terme », *AJFP*, p. 168.

TA de Besançon, 10-10-1996 , « L'insuffisance de résultats n'est pas une faute disciplinaire », *AJFP*, p. 43.

TA Lille, 05/05/2010, « Annulation d'une notation qui n'avait pas été précédée de l'entretien d'évaluation », *AJFP*, p. 303.

TA Dijon, « Garanties statutaires et délais de la procédure disciplinaire », 1re ch. 1997, *AJFP*, p. 35



Indice

- agents contractuels;** 469; 471
- agents non titulaires;** 58; 78; 444; 451; 461; 468; 470; 506
- agents publics;** 435; 441; 444; 453; 454; 511
- concertazione;** 94; 230; 243; 249; 253; 263; 312
- contractuels;** 58; 67; 97; 101; 111; 286; 454; 468; 469; 470; 471; 472; 473; 474; 476;
482; 483; 484; 486; 488; 489; 491; 493; 494; 509; 511; 517
- contrattazione;** 51; 53; 54; 56; 57; 91; 98; 125; 136; 141; 142; 143; 144; 152; 163;
182; 208; 209; 225; 226; 227; 228; 229; 230; 232; 233; 235; 238; 239; 240; 242;
243; 256; 257; 259; 260; 261; 263; 265; 266; 277; 282; 284; 297; 319; 324; 327;
330; 331; 332; 343; 344; 345; 346; 353; 368; 379; 381; 382; 397; 398; 413; 498;
502; 506; 511; 519; 520
- contratto;** 58; 78; 83; 97; 105; 125; 130; 139; 140; 141; 142; 143; 144; 145; 146;
155; 163; 197; 205; 228; 229; 230; 240; 241; 243; 249; 259; 273; 274; 277; 279;
282; 284; 285; 286; 297; 319; 340; 341; 374; 383; 391; 397; 499
- contrattualizzazione;** 98; 108; 145; 260; 261; 341; 377; 502
- datore di lavoro pubblico;** 1; 50; 51; 54; 69; 70; 71; 73; 75; 86; 90; 92; 96; 97; 104;
140; 160; 225; 229; 238; 239; 241; 250; 263; 271; 275; 277; 279; 280; 286; 293;
296; 305; 307; 318; 325; 358; 377; 392; 408; 411; 412; 413; 479; 499; 507
- dialogo sociale;** 92; 151; 190; 231; 232; 233; 234; 235; 244; 245; 246; 247; 250; 251;
252; 253; 254; 255; 263; 264
- dirigente;** 51; 57; 58; 60; 61; 65; 66; 67; 68; 69; 70; 71; 73; 74; 75; 76; 86; 90; 98;
99; 105; 107; 116; 117; 118; 124; 126; 151; 152; 209; 215; 216; 221; 227; 269;
273; 274; 281; 296; 297; 298; 301; 302; 316; 324; 325; 326; 327; 328; 330; 331;
332; 333; 339; 348; 349; 351; 354; 372; 373; 374; 375; 376; 377; 378; 379; 380;
387; 391; 393; 394; 396; 398; 400; 411; 412; 413; 506; 507; 509; 511; 514
- diritto privato;** 50; 61; 73; 74; 83; 87; 97; 98; 108; 126; 136; 137; 139; 143; 145;
146; 158; 159; 196; 197; 331; 365; 504

diritto pubblico; 50; 54; 61; 73; 97; 100; 104; 136; 142; 162; 163; 194; 197; 331; 402; 504

fonction publique; 5; 103; 161; 167; 170; 171; 188; 205; 211; 230; 231; 232; 234; 246; 247; 248; 251; 252; 253; 255; 266; 285; 286; 287; 291; 293; 318; 342; 356; 358; 359; 364; 366; 384; 388; 403; 409; 411; 434; 435; 436; 437; 438; 440; 444; 445; 446; 449; 450; 451; 452; 453; 454; 456; 457; 459; 460; 461; 462; 463; 464; 465; 466; 467; 468; 469; 470; 471; 472; 473; 474; 475; 476; 477; 478; 480; 481; 482; 483; 484; 485; 486; 487; 488; 489; 491; 492; 494; 495; 497; 498; 499; 500; 503; 505; 506; 507; 508; 509; 510; 511; 512; 514; 515; 517; 518; 519; 520; 521; 522; 523; 525; 534

fonctionnaire; 5; 33; 35; 36; 38; 39; 41; 44; 58; 66; 69; 78; 97; 145; 146; 148; 149; 153; 167; 168; 170; 174; 177; 206; 287; 420; 421; 440; 451; 453; 455; 456; 457; 459; 461; 462; 463; 467; 468; 470; 472; 473; 482; 483; 484; 485; 487; 498; 505; 511; 512; 534

fonctionnaires; 5; 57; 58; 62; 67; 69; 96; 132; 141; 145; 146; 147; 149; 151; 156; 158; 159; 200; 250; 252; 265; 306; 307; 312; 314; 338; 364; 437; 438; 441; 444; 448; 449; 450; 451; 452; 453; 454; 456; 458; 459; 460; 461; 462; 463; 464; 465; 467; 468; 469; 472; 474; 475; 476; 483; 484; 486; 487; 488; 492; 495; 498; 499; 501; 505; 506; 507; 510; 512; 516; 522; 534

licenziamento; 102; 103; 153; 155; 187; 188; 194; 203; 204; 205; 262; 279; 286; 295; 296; 298; 299; 301; 302; 304; 305; 306; 308; 312; 316; 317; 352; 372; 373; 378; 379; 380; 381; 382; 391; 392; 393; 394; 395; 397; 404; 406; 409; 411; 413; 509

mansioni; 65; 66; 70; 75; 83; 91; 96; 97; 101; 131; 140; 144; 158; 159; 162; 163; 164; 181; 201; 209; 228; 268; 276; 277; 280; 281; 282; 283; 284; 285; 297; 317; 318; 319; 320; 339; 362; 379; 392; 396; 506; 508; 515; 519; 520

merito; 51; 90; 92; 93; 117; 148; 151; 155; 164; 165; 180; 193; 199; 201; 208; 223; 227; 229; 236; 241; 243; 252; 254; 257; 259; 260; 262; 273; 275; 277; 290; 302; 303; 311; 322; 323; 324; 325; 326; 327; 330; 332; 334; 335; 340; 341; 343; 344; 345; 352; 353; 355; 366; 370; 391; 401; 504; 509; 513; 519

mobilità; 51; 67; 90; 99; 102; 106; 107; 111; 112; 113; 115; 119; 120; 124; 133; 144; 146; 150; 153; 154; 155; 205; 206; 223; 227; 228; 255; 258; 262; 268; 269; 270; 271; 272; 273; 274; 275; 276; 277; 279; 284; 285; 286; 287; 288; 289; 290; 291; 293; 294; 295; 300; 304; 307; 314; 315; 316; 318; 319; 320; 338; 504; 508; 511; 514; 518; 522

potere direttivo; 70; 89; 90; 92; 96; 143; 196; 227; 281; 282; 332

potere gerarchico; 76; 77; 78; 82; 83; 84; 85; 88; 89; 94; 95; 171; 193; 204; 313

privatizzazione; 51; 53; 54; 60; 70; 71; 73; 75; 83; 86; 87; 90; 98; 99; 100; 107; 115; 126; 136; 137; 138; 139; 140; 141; 144; 145; 158; 162; 165; 166; 182; 184; 207; 208; 214; 223; 226; 228; 261; 268; 284; 325; 332; 355; 375; 377; 378; 382; 502

risorse umane; 50; 51; 69; 75; 80; 81; 90; 92; 98; 103; 104; 105; 107; 108; 109; 110; 111; 112; 113; 114; 115; 120; 121; 123; 125; 126; 127; 128; 129; 131; 135; 153; 211; 226; 254; 271; 306; 314; 316; 325; 332; 341; 344; 358; 363; 413; 508

sanzioni disciplinari; 82; 94; 144; 164; 169; 182; 186; 188; 200; 212; 215; 227; 297; 372; 374; 376; 377; 379; 381; 382; 386; 392; 393; 396; 400; 403; 404; 406; 409; 412; 500; 519

sindacati; 55; 59; 75; 98; 127; 130; 137; 154; 190; 226; 231; 232; 233; 239; 244; 247; 248; 250; 254; 257; 258; 259; 263; 265; 266; 267; 275; 280; 289; 315; 324; 329; 330; 350; 364; 518

statut; 57; 59; 96; 97; 121; 122; 130; 133; 143; 145; 155; 156; 285; 286; 288; 290; 291; 292; 293; 306; 318; 319; 338; 365; 386; 400; 403; 413; 435; 437; 449; 450; 452; 454; 456; 457; 459; 460; 461; 467; 468; 469; 470; 472; 473; 477; 481; 482; 483; 484; 486; 487; 488; 492; 494; 495; 505; 506; 507; 516

statuto; 53; 54; 92; 97; 111; 131; 135; 136; 142; 153; 167; 234; 237; 251; 252; 255; 265; 286; 288; 290; 293; 300; 304; 306; 311; 317; 334; 357; 374; 384; 400

TUPI; 10; 53; 54; 55; 60; 61; 65; 66; 69; 70; 73; 74; 75; 86; 90; 91; 98; 99; 105; 111; 124; 125; 137; 138; 139; 141; 144; 154; 162; 163; 182; 208; 213; 215; 223; 224; 226; 227; 229; 238; 239; 240; 242; 258; 264; 268; 269; 271; 272; 273; 280; 281; 282; 283; 295; 297; 298; 299; 301; 316; 318; 319; 326; 327; 331; 343; 344; 351; 372; 373; 377; 379; 380; 381; 382; 413; 442; 443; 448; 450; 475; 478

valutazione; 51; 61; 67; 70; 85; 86; 88; 90; 93; 94; 95; 98; 99; 102; 107; 114; 115;
117; 118; 119; 120; 132; 134; 142; 148; 150; 151; 152; 153; 155; 156; 158; 164;
171; 178; 193; 198; 204; 214; 218; 224; 227; 228; 241; 243; 253; 256; 262; 269;
280; 282; 290; 294; 296; 309; 322; 323; 324; 325; 326; 327; 328; 329; 330; 331;
332; 333; 334; 335; 336; 337; 338; 339; 340; 341; 342; 343; 344; 345; 346; 347;
348; 349; 350; 351; 352; 353; 354; 359; 360; 361; 362; 363; 368; 369; 370; 374;
376; 381; 382; 385; 386; 387; 391; 392; 394; 395; 396; 397; 398; 407; 411; 500;
506; 507; 509; 510; 511; 513; 519; 520; 521



Resumé : *Les pouvoirs de l'employeur public en droit comparé franco-italien*

L'objet de cette thèse est une comparaison entre les dispositifs de gestion du personnel des administrations publiques françaises et italiennes, afin d'explorer leur efficacité et d'identifier les principaux problèmes qui émergent à la suite de leur application.

La loi italienne assimile le dirigeant à l'employeur privé. Il est donc le titulaire formel et substantiel des prérogatives de l'employeur public. En ce qui concerne les relations de travail, à l'exception de normes spéciales de droit public qui sont à l'intérieur du Texte unique de l'emploi public, le législateur renvoie à la négociation collective et aux mêmes règles qui régissent la relation de travail au sein de l'entreprise privée.

Dans la fonction publique française le droit du travail est inapplicable. Toutefois, on remarque l'influence réciproque de celui-ci et du droit de la fonction publique. Il n'y a pas de place pour la négociation : le fonctionnaire doit accepter le régime juridique imposé par l'employeur public.

En dépit des apparences et malgré deux différents régimes juridiques, les deux systèmes en évoluant montrent toujours davantage de ressemblances, notamment en ce qui concerne les outils de gestion du personnel, le recours aux contractuels et le rôle de la négociation collective.

Il se trouve que la souplesse dans la gestion des ressources humaines n'est pas nécessairement liée à la forme juridique de la relation de travail des fonctionnaires. Le choix unilatéralisme/négociation, régime de droit public ou de droit privé est mal posé. Même le statut constitue un cadre souple, ce sont plutôt certaines pratiques politiques et administratives qui causent des dysfonctionnements.

Pour gagner en efficacité, il ne s'agit pas, pour l'Italie, de supprimer la privatisation de l'emploi public, et non plus pour la France de supprimer le régime statutaire.

Il se trouve que les deux administrations publiques n'utilisent pas toutes les possibilités offertes par les normes. Il faut investir sur les ressources humaines afin que les hauts fonctionnaires deviennent de vrais managers, plutôt que de continuer à envisager sans cesse des réformes radicales.

Descripteurs : *Droit de la fonction publique ; emploi public ; contrat ; titulaire ; contractuel ; non titulaire ; agent public ; fonctionnaire ; ressources humaines. mobilité ; évaluation ; notation ; sanction disciplinaire ; syndicats ; dialogue social ; privatisation ; encadrement ; pouvoir hiérarchique ; chef de service ; dirigeant.*

Title and Abstract : *The Powers of the Public Employer in Comparative Law : France/Italy.*

This research consists in a comparison between the legal instruments of human resource management in the French and Italian public service sector. The objective is to evaluate their efficacy and uncover the main problems linked to their implementation.

In the Italian public service sector, the manager is assimilated to the employer found in private firms. The link between the public servant and the administration is first regulated by a specific law, then by collective bargaining and labour law.

In the French system, labour law isn't applied to the public service sector. However, labour law has an influence on it, and vice versa. Collective bargaining doesn't have any formal rule because the civil servant must accept conditions imposed by the administration.

Despite appearances, throughout their evolution the two systems seem to increasingly resemble each other, particularly in the realm of human resource management legal instruments, the use of temporary jobs and the rule of collective bargaining.

It seems that flexibility in human resource management isn't necessarily associated to the nature – public, private or mixed - of the link between the public servant and the administration. The choice between unilateralism and negotiation, administrative law and labour law doesn't matter so much.

Though French statute law is flexible, there are some political and administrative customs which are damaging.

In both Italy and France, public administrations do not need to ignore - respectively - privatisation and statute law in order to become more effective.

It seems that public administrations do not use all the possibilities offered by existing laws. They have to invest in human resources in order to transform office directors into real managers, rather than to continuously work on useless or damaging radical reforms.

Keywords : *contract ; civil service ; public agent ; status ; public employment ; civil servant ; public administration ; temporary jobs ; public servant ; public manager ; privatisation ; evaluation ; mobility ; collective bargaining ; unions.*