



Università degli Studi di Macerata
Facoltà di Giurisprudenza
Dipartimento di Diritto privato e del lavoro italiano e comparato

W.P. Libertà, lavoro e sicurezza sociale
11/12

ISSN – 2239-5083
Università degli Studi di Macerata
Piaggia dell'Università 8-11
62100 MACERATA
W.P. Libertà lavoro e sicurezza sociale

*Alessandra Pioggia**

ORGANIZZAZIONE DEI PUBBLICI UFFICI E POTERI DELLA DIRIGENZA PUBBLICA
NELLA LEGISLAZIONE E NELLA GIURISPRUDENZA

SOMMARIO: 1. L'organizzazione amministrativa e le fonti pubbliche - 2. L'organizzazione "del lavoro" nella prima fase della privatizzazione. - 3. L'organizzazione "degli uffici" nella seconda fase della privatizzazione - 4. L'effettività dei poteri organizzativi della dirigenza - 5. L'occasione perduta dalla riforma Brunetta - 6. Organizzazione e capacità manageriale della dirigenza - 7. La potestà organizzativa della dirigenza nella giurisprudenza - 8. Giudice ordinario e interessi pubblici - 9. Poteri organizzativi e valutazione della dirigenza: un'altra occasione perduta?

1. Come è noto, la nozione di organizzazione è ricca di implicazioni di diverso tipo e per questo motivo estremamente sfuggente nei suoi termini definitivi¹. Molto semplificando, si potrebbe dire che sono fatti di organizzazione quelli che riguardano la distribuzione di compiti tra le varie unità strutturali costituenti le componenti di apparati complessi.

Si organizza, infatti, nel momento in cui si riconosce a ciascuna delle parti in cui è possibile scomporre un apparato il proprio "ruolo" nello svolgimento della complessiva attività dell'amministrazione.

Il collegamento fra l'attività e le singole unità strutturali minime è identificato dall'«ufficio» e cioè dalla relazione organizzata fra risorse materiali ed umane e compiti definiti². Gli uffici sono collegati fra di loro da relazioni anch'esse organizzative che identificano i rapporti di strumentalità, direzione, gerarchia fra gli uni e gli altri. Da un punto di vista statico, gli uffici ci appaiono distinguibili in unità semplici o complesse, le une incluse nelle seconde, e queste a loro volta comprese in altri insiemi ancora maggiori, denominati settori, aree, servizi o ancora in altro modo.

Tradizionalmente e prima delle riforme degli anni Novanta si riteneva che un'amministrazione pubblica potesse essere organizzata soltanto con legge e con atti regolamentari. La riserva prevista dal primo comma dell'articolo 97 della Costituzione, ai sensi della quale "i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge in modo che sia assicurata l'imparzialità e il buon andamento...", veniva infatti intesa anche come riserva di fonte pubblicistica e normativa. Con ciò si intendeva indicare che tutta la materia organizzazione doveva essere riservata innanzi tutto alla

*Relazione al convegno del 21 maggio 2010 su "Il rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione"

¹ Sui diversi possibili significati della locuzione v. G. PALEOLOGO, *Organizzazione amministrativa*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 135.

² M.S. GIANNINI, *Organi* (teoria generale), in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 43 ss.

legge e poi alle fonti secondarie (i regolamenti)³. Questo convincimento derivava anche dalla percezione della rilevanza sulle modalità di azione del modo in cui i diversi compiti sono distribuiti all'interno di un'amministrazione e quindi dall'esigenza di garantirne la predeterminazione e il rispetto per il tramite di una disciplina con fonti normative⁴. Attraverso la individuazione dei diversi ruoli operativi all'interno di un apparato l'organizzazione individua, infatti, i modi con i quali il potere che l'ordinamento attribuisce ad esso viene esercitato, anche sotto il profilo soggettivo e, cioè, anche in relazione all'ufficio che materialmente porrà in essere l'attività. È la qualità potestativa dell'azione pubblica che rende ragione dell'esigenza di prefigurare a priori il percorso lungo il quale si snoda il potere, per garantire un controllo sulla sua dimensione e sulle modalità del suo esercizio.

Non tutte le decisioni concernenti il ruolo degli uffici nel funzionamento di una pubblica amministrazione sono, tuttavia, suscettibili di incidere sul modo in cui quest'ultima impiegherà i poteri ad essa conferiti dalla legge. Una cosa è stabilire che una certa competenza debba essere esercitata da un organo collegiale costituito in maniera da dare rappresentanza ad una pluralità di interessi e da garantire l'imparzialità della decisione, un'altra è, invece, indicare come debbano essere ripartiti i compiti di segreteria e supporto istruttorio a tale organo fra diversi uffici o fra il personale ad essi afferente, operare il coordinamento del tempo lavoro del personale addetto e così via. A questo livello le decisioni di organizzazione non esercitano evidentemente alcuna influenza sul modo in cui la competenza sarà utilizzata, ma incidono per di più sulle modalità di funzionamento degli uffici, sulla razionalità nella distribuzione delle mansioni, sulla capacità operativa e, in buona sostanza, sull'efficienza dell'amministrazione⁵.

La soddisfazione delle esigenze di garanzia in ordine alle modalità di esercizio del potere amministrativo attraverso l'effettuazione di *tutte* le scelte di organizzazione, anche quelle minute, con fonte normativa ha finito

³ Sul rapporto fra organizzazione e principio di legalità v. S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 677 ss. Sul punto anche S. VALENTINI, *Figure, rapporti, modelli organizzatori. I lineamenti dell'organizzazione*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da G. Santaniello, Padova, Cedam, 1996, 13 ss.

⁴ S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1989, 113, secondo il quale la differenza fra l'organizzazione pubblica e quella privata è proprio nel fatto che, mentre nella prima "funzioni, uffici in senso stretto e poteri sono minuziosamente regolati da leggi e da altri atti normativi".

⁵ Per una ricostruzione problematica del rapporto fra la flessibilità garantita dai poteri privati di microorganizzazione e le esigenze di garanzia dei destinatari dell'attività amministrativa, si veda M. CRESTI, *Efficienza e garanzie nell'evoluzione dell'organizzazione statale*, Milano, Giuffrè, 2006, 179 ss.

quindi per produrre l'effetto di una consistente e non del tutto necessaria "rigidità" dell'articolazione e del funzionamento degli apparati amministrativi, questo spesso a scapito anche della loro capacità di operare in maniera efficiente.

2. In questo quadro si innestano la riforma dell'organizzazione amministrativa e la prima privatizzazione del pubblico impiego realizzate all'inizio degli anni Novanta con il decreto legislativo 29 del 1993 e gli interventi integrativi e correttivi degli anni immediatamente successivi.

Alla eccessiva rigidità di una organizzazione tutta regolata con fonti normative si cerca inizialmente di porre rimedio attraverso l'apertura di spazi decisionali ad altri atti di organizzazione. Nella prima versione dell'articolo 2 del decreto citato, da un lato, si ribadisce la riserva di legge in materia di organizzazione e, dall'altro, si chiarisce come, sulla base delle disposizioni da essa poste, e nel rispetto di quelle fissate con regolamento, le amministrazioni possano adottare altri "atti di organizzazione".

Il formale riconoscimento di un panorama di fonti più articolato ed esteso rispetto alla coppia legge più regolamento attuativo, non intacca tuttavia in questa prima fase la qualificazione tutta pubblicistica degli atti organizzativi. L'interpretazione prevalente tende, infatti, a qualificare come atti amministrativi quegli "altri" atti di organizzazione che nella catena delle fonti succedono a quelle normative.

Del resto la piena privatizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni in questa prima fase si fonda concettualmente proprio sulla possibilità di distinguere fra l'organizzazione degli uffici, sul regime pubblicistico della quale riposano le garanzie rese necessarie dal fatto che l'amministrazione esercita pubblici poteri, e la relazione lavorativa, che, invece, riguarda unicamente il rapporto professionale fra il lavoratore e l'amministrazione datore di lavoro⁶.

La qualità tutta pubblica dell'organizzazione rappresenta, quindi, al medesimo tempo, il limite e la giustificazione della privatizzazione dell'impiego⁷.

⁶ G. ROLLA, *Nuovo sistema delle fonti in materia di organizzazione delle amministrazioni pubbliche e di disciplina dei rapporti di lavoro*, in *Nuova rass.*, 1993, 1734 ss., p. 1738.

⁷ In questo senso molto influente è stato il lungo prevalere dell'interpretazione che riteneva la riserva di legge in materia di organizzazione dei pubblici uffici, sancita dall'articolo 97 della Costituzione, anche una riserva di fonte pubblicistica, rintracciando in ciò un limite invalicabile alla privatizzazione anche solo di una parte dell'organizzazione amministrativa. In questo quadro si segnala invece come già dai primi anni Novanta, A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto di impiego con enti pubblici*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1993, 461, distinguesse, in modo peraltro molto convincente, fra riserva costituzionale di fonte e prescrizioni relative al contenuto e al regime giuridico di una disciplina. Dalle premesse poste l'A. considerava come "la prescrizione costituzionale di un minimo di regolamentazione legislativa non implichi in alcun modo che, soddisfatto questo

È significativa in questo senso la formulazione iniziale dell'articolo 4, in cui l'ambito di esercizio dei poteri del privato datore di lavoro, riconosciuti peraltro in questa fase all'amministrazione in generale e non direttamente ai dirigenti, è qualificato come relativo "all'organizzazione e alla gestione dei rapporti di lavoro". Il binomio "organizzazione e gestione" viene qui prevalentemente inteso come riferito unicamente e unitariamente ai rapporti di lavoro: secondo questa interpretazione il potere di organizzare con capacità di diritto privato non riguarda gli uffici, ma soltanto le relazioni lavorative e, quindi, non intacca la qualità pubblica dell'organizzazione amministrativa⁸.

Sarà la pratica della prima applicazione a dimostrare ben presto come nella rigidità della distinzione fra organizzazione pubblica e rapporto di lavoro privato rischi di naufragare proprio la privatizzazione dell'impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni⁹. Il limite pubblicistico fissato dalla materia organizzativa infatti rischia di svuotare i poteri datoriali e il sindacato del giudice del lavoro, vanificando il senso della trasformazione del regime dei rapporti lavorativi.

3. Il d.lgs. 80 del 1998 affronta la questione in maniera diretta. Nel ridisciplinare l'oggetto dei poteri e delle capacità datoriali da esercitarsi con strumenti di diritto privato, include, accanto alla gestione dei rapporti di lavoro, la materia dell'organizzazione "degli uffici".

Il diretto riferimento dell'oggetto della capacità organizzativa agli "uffici", vuole impedire interpretazioni restrittive dell'ambito dei poteri

criterio, la restante area di regolamentazione debba ritenersi riservata a fonti unilaterali secondarie". Anche in materia di organizzazione, quindi, se pure è possibile riconoscere la legittimità dell'esercizio di un potere regolamentare in materia da parte della pubblica amministrazione, è ugualmente sostenibile la possibilità per il legislatore di introdurre strumenti negoziali per regolare il medesimo oggetto. Su questa stessa linea si inserirà poi la Corte Costituzionale, sent. 25 luglio 1996, n. 313, che, giudicando della legittimità della duplicazione di regime giuridico cui è stato assoggettato il rapporto di lavoro dirigenziale, ha affermato che imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione non debbono essere necessariamente garantiti dallo statuto pubblicistico del pubblico dipendente, ben potendo, viceversa, trovare attuazione "in un equilibrato dosaggio di fonti regolatrici". Nel riconoscere l'idoneità degli strumenti privatistici al perseguimento dei principi di cui all'art. 97 Cost., la Corte ammette, quindi, che l'organizzazione amministrativa, fatta salva una iniziale scelta affidata alla legge, possa poi essere disciplinata da fonti diverse, pubblicistiche e privatistiche insieme.

⁸ Sulla distinzione tra organizzazione degli uffici e organizzazione del lavoro si vedano le interessanti considerazioni formulate all'epoca da M. D'ANTONA, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, 44.

⁹ A. ORSI BATTAGLINI e A. CORPACI, in A. CORPACI, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI, a cura di, *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1999, 1066.

privati di organizzazione¹⁰. L'opera è completata dalla riformulazione dell'articolo 2 che elenca le materie organizzative effettivamente riservate alle fonti pubbliche, limitando, se pur nei termini generali di cui fra poco si dirà, l'ambito di esercizio dei poteri pubblicistici di organizzazione e prefigurando, per differenza, quale sia lo spazio nel quale possono esprimersi invece i poteri privati.

Si delinea così una separazione fra pubblico e privato all'interno dell'organizzazione degli uffici, una separazione importante, sulla quale si innesta il confine fra ciò che resta oggetto di fonti pubbliche in ossequio alle esigenze di garanzia collegate all'esercizio di pubblici poteri e ciò che invece può ben essere oggetto di capacità di diritto privato, in quanto non influente sul modo in cui le potestà pubbliche vengono impiegate, ma in grado di incidere unicamente sull'efficienza e il buon funzionamento degli uffici di supporto a quelli effettivamente decisionali¹¹.

4. Il confine fra questi due ambiti dell'organizzazione, tuttavia, non è rigido, né appare sempre definibile in maniera netta. È la legge per prima ad adottare una formulazione estremamente ampia e generale dello spazio di disciplina riservato alle fonti pubbliche. Il testo contenuto nell'articolo 2 della versione vigente della disciplina in esame¹² ribadisce la riserva di legge in materia di organizzazione, chiarendo come a quest'ultima spetti essenzialmente la fissazione dei principi generali. Alle altre fonti pubbliche è rimessa invece la definizione delle linee fondamentali di organizzazione degli uffici, l'individuazione di quelli di maggiore rilevanza, i modi di conferimento della titolarità dei medesimi, nonché la determinazione delle dotazioni organiche complessive.

Nell'elencazione dei campi di disciplina assegnati alle fonti pubbliche evidentemente non si esaurisce la materia organizzativa e in questo appare chiara la volontà di riservare un ambito di scelte ad un potere diverso, quello esercitato ai sensi del successivo articolo 5 dagli organi preposti alla gestione "con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro". Lo stesso articolo 2, del resto, prosegue includendo fra i principi ai quali debbono attenersi le scelte organizzative di diritto pubblico, l'esigenza di garantire adeguati "margini" operativi all'esercizio dei poteri privati di organizzazione e gestione del personale.

¹⁰ Così l'articolo 4 del citato decreto 80 del 1998 che, a sua volta, riformula l'articolo 4 del decreto legislativo 29 del 1993. Il testo è oggi contenuto, con ulteriori ultime modifiche nella versione vigente, nell'articolo 5 del d.lgs. 165 del 2001.

¹¹ Sul punto sia consentito rinviare più ampiamente a A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2001. In materia si vedano comunque da ultimo le interessanti considerazioni di D. SIMEOLI, *L'organizzazione del lavoro nell'amministrazione pubblica: fonti, modelli e riforme in atto*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2009, 733 ss.

¹² Contenuta, come già detto, nel d.lgs. 165 del 2001.

Se il quadro di massima appare abbastanza chiaro, la sua concreta attuazione si presta a soluzioni anche profondamente diverse fra loro. Dal dettato normativo è infatti facilmente ricavabile quale sia il minimo di disciplina riservato alle fonti pubbliche, ma non emerge con altrettanta chiarezza quale sia il massimo di regolazione oltre il quale queste non potrebbero o non dovrebbero spingersi. Basta pensare, ad esempio, a come la decisione in ordine all'individuazione di quali siano gli "uffici di maggiore rilevanza" spetti alla fonte pubblica di organizzazione e a come, di conseguenza, il confine oltre il quale possono esprimersi i poteri privati sia nella sostanza rimesso alla decisione pubblicistica e a chi esercita il relativo potere. Se tutto ciò poi si colloca nella realtà dell'amministrazione statale o di un qualsiasi ente territoriale, non può non tenersi conto di come i poteri pubblici di organizzazione spettino di norma agli organi politici e rappresentino uno strumento importante per incidere a tutti i livelli sul funzionamento di un apparato. In questa prospettiva non è infrequente che, soprattutto negli enti minori, gli organi di governo si rivelino piuttosto restii ad autolimitare l'estensione dell'ambito in cui esercitare i propri poteri organizzativi, e finiscano per privare nella sostanza i dirigenti di adeguati margini di manovra in materia¹³.

D'altro canto, si deve considerare anche come i dirigenti non si siano mostrati finora troppo propensi a rivendicare con forza tali poteri. Le pressioni politiche, da un lato, e quelle sindacali, dall'altro, hanno spesso disincentivato la dirigenza dall'assumere potestà organizzative il cui impiego è suscettibile di incidere sul funzionamento degli uffici e conseguentemente sulle modalità di esercizio della prestazione lavorativa dei dipendenti e sulle loro aspettative di carriera.

Sotto questo profilo si è da subito evidenziata una "debolezza" del dirigente in termini di possibilità e capacità di autonomo esercizio del potere datoriale in materia di organizzazione¹⁴, debolezza che si è riflessa anche sulla difficoltà, se non sulla pratica impossibilità, di utilizzare effettivamente la misurazione delle "competenze organizzative"¹⁵ in sede di valutazione della performance dirigenziale¹⁶.

¹³ Per una analisi che tiene conto di alcune esperienze concrete in materia sia consentito rinviare a A. PIOGGIA, *La managerialità nella gestione amministrativa*, in F. Merloni, A. Pioggia, R. Segatori, *L'amministrazione sta cambiando? Una verifica dell'effettività dell'innovazione nella pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2007, 117.

¹⁴ Su cui, da ultimo, D. SIMEOLI, *L'organizzazione del lavoro nell'amministrazione pubblica: fonti, modelli e riforme in atto*, cit., 793.

¹⁵ Così nel d.lgs. 289 del 1999, all'articolo 5, che, per competenze organizzative intende i comportamenti relativi allo sviluppo delle risorse professionali, umane e organizzative assegnate ai dirigenti. L'articolo è oggi abrogato dall'articolo 30 del d.lgs. 150 del 2009.

¹⁶ Sul rapporto fra potestà organizzative della dirigenza e valutazione si veda F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, Bologna, Il Mulino, 2006, 165 ss.

5. In questo quadro si inserisce la modifica dell'articolo 5 del d.lgs. 165 del 2001 operata con il d.lgs. 150 del 2009, la cosiddetta "riforma Brunetta". Il decreto ha riformulato il secondo comma dell'articolo dedicato all'esercizio dei poteri datoriali di diritto privato specificando che "le determinazioni per l'organizzazione degli uffici" da assumersi nell'ambito di quanto previamente regolato dalle fonti organizzative di diritto pubblico, sono assunte "in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione ... fatta salva la sola informazione ai sindacati, ove prevista nei contratti"¹⁷. Questo nell'intento del legislatore dovrebbe escludere definitivamente la possibilità per il sindacato di incidere attraverso forme di cogestione sull'organizzazione rimessa ai dirigenti¹⁸. La pratica applicazione di questa norma, ancora troppo recente per consentirci qui un bilancio, ci dirà se l'operazione avrà o meno avuto successo.

La limitazione dell'invasione della politica, invece, sarebbe dovuta passare attraverso l'individuazione di una quota minima di potestà organizzativa riservata ai dirigenti. Ed in effetti la riformulazione del secondo comma dell'articolo 5 prosegue aggiungendo 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, l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici"¹⁹.

Come si può immediatamente notare, tuttavia, l'apparente individuazione di uno spazio minimo garantito per il potere organizzativo della dirigenza finisce per non dire niente di nuovo. Il riferimento all'organizzazione "del lavoro" nell'ambito degli uffici richiama infatti la primissima formulazione della regola sui poteri datoriali di diritto privato, che era prevalentemente interpretata nel senso per cui questi ultimi non potessero riguardare direttamente gli uffici, dovendosi ritenere riferiti unicamente all'organizzazione della prestazione lavorativa.

Che a questo livello le scelte organizzative dovessero spettare alla dirigenza non è mai stato in dubbio. In questo senso, come si ribadisce, dall'ultima riforma non viene nulla di nuovo. Piuttosto si corre il rischio di veder fondare proprio sul rinnovato dettato della norma una limitazione alla sola "organizzazione del lavoro" delle potestà dirigenziali. Sarebbe stata, invece, ben più utile una vera e propria indicazione di quale tipologia di uffici dovesse rientrare nella disponibilità dei poteri organizzativi privati,

¹⁷ Corsivo nostro.

¹⁸ Coerentemente, anche la modifica apportata dallo stesso d.lgs. 150 del 2009 all'articolo 9 del d.lgs. 165 del 2001 va nel senso di eliminare la possibilità di partecipazione sindacale per gli atti interni di organizzazione aventi riflessi sul rapporto di lavoro. Lo stesso articolo 40 del d.lgs. 165, come riformulato dopo la modifica, prevede che la contrattazione collettiva determina unicamente i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, nonché le materie relative alle relazioni sindacali, mentre è esclusa dalla contrattazione, fra l'altro, la materia dell'organizzazione degli uffici.

¹⁹ Corsivo nostro.

fissando, ad esempio, un limite minimo nelle articolazioni interne della struttura di minor livello la cui direzione è affidata ad un dirigente.

6. Da quanto appena considerato emerge quindi come il legislatore abbia perduto, o forse non abbia voluto cogliere l'occasione di dare definitivamente corpo ad un potere dirigenziale il cui effettivo e corretto impiego potrebbe contribuire ad un sensibile miglioramento del funzionamento delle pubbliche amministrazioni.

Una volta che le fonti di diritto pubblico abbiano effettivamente realizzato la loro funzione di garanzia, predeterminando a livello organizzativo il modo in cui il potere pubblico sarà esercitato²⁰, le scelte relative alla distribuzione dei meri compiti operativi fra gli uffici di supporto, la loro composizione, la quantità e qualità del personale ad essi addetto, ecc... sono strumenti attraverso i quali la dirigenza potrebbe effettivamente incidere sul funzionamento dell'amministrazione migliorandone le performance operative. Dal punto di vista dei poteri dirigenziali, del resto, non v'è dubbio che una certa capacità di influire sull'organizzazione degli uffici renda possibile utilizzare anche il potere di "gestione del personale" in maniera effettiva. Se al dirigente fosse precluso qualsiasi intervento organizzativo, l'amministrazione delle risorse umane si ridurrebbe ad una mera gestione degli istituti contrattuali, senza alcuna possibilità di impostare politiche di valorizzazione, migliore utilizzo e razionalizzazione del personale stesso.

In questa prospettiva non v'è dubbio che la capacità organizzativa completi quella di gestione del personale. Si tratta infatti dei tipici ambiti della cosiddetta managerialità, e questo spiega anche il senso della qualificazione privatistica della decisione dirigenziale che li riguarda²¹.

Il richiamo che la legge fa non solo al potere, ma anche alla capacità del privato datore di lavoro nell'organizzazione degli uffici e nella gestione del personale è chiaramente indicativo della scelta di rimettere una serie di decisioni ad un meccanismo di formazione della volontà diverso da quello tipico della scelta discrezionale pubblicistica²². Il legislatore rinuncia, cioè, a conformare la decisione dell'amministrazione in base al modello della funzionalizzazione diretta (attraverso l'indicazione delle finalità da

²⁰ Sul punto sia consentito di nuovo di rinviare ad A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa*, cit.

²¹ Sul punto si veda da ultimo, C. SPINELLI, *Organizzazione e poteri «datoriali» del dirigente pubblico*, in U. Carabelli, M.T. Carinci, *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, Caccucci, 2010, 113 ss.

²² Per un più approfondito esame della differenza fra potere pubblico e privato, effettuata attraverso lo studio del punto di vista rispettivamente del giudice amministrativo e di quello ordinario, sia consentito rinviare ad A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004, *passim*, spec. 243 ss.

perseguire e delle procedure da seguire) e si rimette alle capacità manageriali espresse dagli organi di gestione con l'idea che queste possano meglio assicurare il buon funzionamento degli uffici. È infatti proprio l'autonoma determinazione della decisione datoriale secondo logiche non pubbliche, cioè non conformabili a priori dall'ordinamento nemmeno nel loro modello astratto, che dovrebbe consentire al dirigente di "fare la differenza" nel funzionamento degli uffici che dirige, imprimendo ad essi un andamento virtuoso ed improntato ad una maggiore efficienza²³.

7. La giurisprudenza lavoristica ha fornito un significativo contributo nell'avviare e consolidare la sottrazione alle logiche tipiche dell'esercizio del potere pubblico delle decisioni assunte dai dirigenti nell'esercizio dei, seppur spesso limitati, poteri privati di organizzazione degli uffici.

Un primo importante passaggio è stato quello della fissazione del confine fra un livello di organizzazione rimesso alle fonti pubbliche e un livello al quale invece possono esprimersi le capacità e i poteri datoriali privati²⁴. Si tratta della distinzione, oramai consolidata, fra una "macroorganizzazione" di diritto pubblico, alla quale spetta la disciplina delle linee fondamentali di organizzazione degli uffici, l'individuazione degli uffici di maggiore rilevanza e la determinazione delle dotazioni organiche complessive, e una "microorganizzazione" di diritto privato, alla quale spetta di disciplinare tutto il resto²⁵.

Una volta consolidata tale differenza, l'ulteriore importante contributo della giurisprudenza è stato quello di chiarire come alle scelte ascrivibili alla microorganizzazione, e perciò rimesse alla dirigenza, non si applichino le

²³ Un errore nel quale ovviamente non bisogna incorrere è quello di ritenere che la trasformazione in senso privato di una serie di aspetti valga di per sé a formare dei manager pubblici. Se l'eccessiva fiducia nella privatizzazione formale, da un lato, rischia di far perdere di vista i possibili costi indiretti di quest'ultima, dall'altro, attendersi che siffatta trasformazione cambi di per sé il funzionamento dell'amministrazione può tradursi anche in delusione e nella conseguente sfiducia nelle possibilità di incidere positivamente sull'organizzazione attraverso questo strumento. Si tratta di due aspetti strettamente collegati e aventi entrambi a che fare con l'effettività. L'esagerato affidamento sulle conseguenze di un mutamento solo formale, infatti, può far perdere di vista la necessità di intervenire su altri aspetti fondamentali per l'attivazione degli effetti sostanziali della riforma diminuendone, o addirittura annullandone l'efficacia.

²⁴ Cass. sez. un., 11 giugno 2001, n. 7859, in cui si sostiene che "la disciplina della privatizzazione dei rapporti di impiego pubblico si impernia sul principio per cui gli atti che si collocano al di sotto della soglia di configurazione strutturale degli uffici pubblici e che riguardano il funzionamento degli apparati sono espressione della capacità di diritto privato e, correlativamente, i poteri di gestione del personale rispondono nel lavoro pubblico, come in quello privato, ad uno schema normativamente unificato, che non è quello del potere pubblico ma quello dei poteri privati".

²⁵ Cass., 20 marzo 2004, n. 5659.

regole di formazione della decisione pubblicistica e quindi, innanzi tutto, le regole sul procedimento amministrativo.

Rispetto alle prime pronunce, in cui i giudici scontavano un certo disorientamento dovuto alla novità di trovarsi di fronte ad un'amministrazione pubblica che esercita poteri datoriali privati, attualmente il quadro risulta decisamente chiaro. L'affermazione dell'inapplicabilità della disciplina del procedimento amministrativo alle decisioni organizzative assunte dai dirigenti è ampiamente diffusa e sul punto la Cassazione sembra aver detto la parola definitiva²⁶.

Tutto questo evidentemente non vuol dire che la contrattazione collettiva o la stessa amministrazione agente non possano introdurre certi passaggi procedurali, come la comunicazione o l'obbligo di sentire il lavoratore o le rappresentanze sindacali per determinate decisioni. La differenza con il procedimento pubblicistico però è netta: al di là del necessario rispetto delle regole di correttezza e buona fede²⁷, non c'è più uno *status* unitario dell'azione, come avviene per quella pubblica, alla quale le regole sul procedimento fissate dalla legge 241 del 1990 si applicano sempre. Nell'adozione di una decisione organizzativa privata un determinato passaggio è necessario soltanto se sia stato appositamente

²⁶ Cass. 22 febbraio 2006, n. 3880; Cass. 16 maggio 2003, n. 7704; Trib. Roma, ord. 21 maggio 2002, in <http://lavoropubblico.formez.it/contenzioso>, in cui il giudice considera come, a seguito della privatizzazione del rapporto di pubblico impiego, non possano trovare applicazione i principi e gli oneri di motivazione previsti dalla legge 241 del 1990, non potendosi ravvisare nell'attività datoriale espletata *iure privatorum* un procedimento di natura amministrativa. Nello stesso senso, v. anche Trib. Genova, 19 agosto 1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2427, in cui si osserva come "la qualificazione come provvedimento dell'attività di organizzazione del personale e dei mezzi necessari al funzionamento degli apparati non ha più basi nel diritto positivo". Nello stesso senso Trib. Napoli, 20 giugno 2000, in *Foro it.*, 2001, I, 718, in cui chiaramente si sostiene che "nessun atto di gestione del rapporto di pubblico impiego, espressione qual è della capacità di diritto comune dello Stato, può ritenersi espressione di potestà amministrativa: nessun atto di gestione del rapporto di pubblico impiego può essere correttamente e formalmente qualificato come provvedimento amministrativo... la lettura in termini strettamente contrattuali delle vicende inerenti il rapporto di pubblico impiego comporta un'ineludibile conseguenza interpretativa: la generale inapplicabilità dell'intera normativa sul procedimento amministrativo". In dottrina v. F. CARINCI, *Gli atti di gestione del datore di lavoro pubblico privatizzato sono atti privatistici, non amministrativi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, 655; A. CORPACI, *La magistratura amministrativa nel nuovo regime contrattuale*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. I contratti collettivi di comparto*, commentario diretto da F. CARINCI, Milano, 1997, I, 67; ID, *La fase transitoria. Il quadro normativo sul pubblico impiego*, in *Foro it.*, 1995, V, 41.

²⁷ Le sezioni unite della Corte di cassazione hanno a più riprese precisato che, nell'ambito del rapporto di lavoro privatizzato, alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, il Giudice ordinario sottopone a sindacato i poteri esercitati dall'amministrazione nella veste di datrice di lavoro, sotto il profilo dell'osservanza delle regole di correttezza e buona fede, siccome regole applicabili anche all'attività di diritto privato. Così Cass. sez. un., 26 giugno 2002, n. 932, Cass. sez. un., 25 novembre 2003, n. 18017; Cass. sez. un., 23 gennaio 2004, n. 1252 e da ultimo Cass. 30 settembre 2009, n. 20979.

previsto con riferimento alla singola fattispecie. In ipotesi come queste, del resto, ci si trova di fronte a specifici “adempimenti”, veri e propri obblighi, a cospetto dei quali si collocano i cosiddetti interessi legittimi di diritto privato, che, anche sotto il profilo della tutela giuridica, altro non sono che diritti soggettivi²⁸.

Anche sotto questo profilo la differenza con il regime pubblicistico è indubbia. Se in quest’ultimo la regola procedurale si qualifica come norma sull’esercizio del potere, nel caso dei poteri privati gli eventuali adempimenti previsti si configurano come regole sui diritti dell’altra parte. Nella normalità dei casi, infatti, il giudice ordinario non ne sanziona la violazione con l’annullamento dell’atto esercizio di potere, ma con il risarcimento del danno provocato al diritto²⁹.

Se si tiene conto del fatto che si tratta di adempimenti che la dottrina collega direttamente alla natura funzionale della decisione amministrativa, anche qualora sia di natura privata³⁰, si comprende come il rifiuto del giudice ordinario di impiegare le relative regole come parametri non abbia solo una ragione formale, ma tragga origine dalla percezione della differente natura della decisione organizzativa datoriale, non solo privata, ma anche svincolata dal riferimento diretto all’interesse pubblico e, di conseguenza, alla funzione amministrativa. Si tratta infatti di scelte organizzative che, come si è detto, non sono tali da influire sulle modalità di esercizio delle potestà conferite all’amministrazione per il perseguimento dei fini di interesse generale, ma riguardano essenzialmente l’operatività degli uffici, il loro funzionamento e, al più, lo svolgimento delle attività strumentali. E’ questo il limitato senso in cui le relative decisioni possono a buona ragione considerarsi “slegate” dalla funzione pubblica in quanto tale.

²⁸ La tutela di tale posizione giuridica soggettiva, affidata al giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro, non è dissimile da quella già riconosciuta al partecipante ad una procedura di selezione concorsuale adottata dal datore di lavoro privato ed è estesa a tutte le garanzie procedurali di selezione previste dalla legge e dai contratti collettivi. Così Cass., 22 febbraio 2006, n. 3880. Secondo Cass., 18 ottobre 2002, n. 14810 “... va inquadrato nell’ambito del rapporto contrattuale-privatistico non solo il rapporto di lavoro ma anche quello dell’organizzazione inerente allo stesso, sicché quand’anche la lesione lamentata dal prestatore di lavoro derivi dall’esercizio di poteri discrezionali dell’amministrazione datrice di lavoro, la situazione soggettiva lesa dovrà qualificarsi, alla stregua delle più recenti classificazioni civilistiche, come interesse legittimo di diritto privato da riportare, quanto alla tutela giudiziaria, all’ampia categoria di diritti di cui all’art. 2907 cod. civ.”. Nel medesimo senso da ultimo anche Cass., 30 agosto 2010, n. 18857.

²⁹ In questo senso, da ultimo, anche Cass., 30 agosto 2010, n. 18857

³⁰ In questo senso F.G. COCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, VI, agg., Milano, 2002, 93; ma vedi anche B. G. MATTARELLA, *L’imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000, 427 e 428, il quale, dopo aver considerato come “anche gli atti con i quali l’amministrazione conclude contratti, mette in mora i propri debitori ed esercita i «poteri del privato datore di lavoro» sono posti in essere nello svolgimento di funzioni amministrative...”, afferma che “la procedimentalizzazione è una componente della nozione di funzione...: quindi tutti gli atti di svolgimento di funzioni sono emanati a seguito di un procedimento”.

8. Un altro dato estremamente significativo, anche nella prospettiva di quanto finora considerato, riguarda il fatto che il giudice del lavoro, nella gran parte dei casi, rifiuti espressamente di impiegare come parametro del proprio sindacato i principi direttivi dell'azione amministrativa, quelli cioè che identificano espressamente un fine da perseguire³¹. Quando ne ha l'occasione il giudice chiarisce con forza come nelle controversie di fronte a lui radicate non vengano mai in questione interessi pubblici, ma soltanto diritti e obblighi del lavoratore e del relativo datore di lavoro, quantunque si tratti di una amministrazione³². La conseguenza principale è l'inapplicabilità della figura dell'eccesso di potere nel sindacato sull'esercizio dei poteri datoriali della pubblica amministrazione³³.

Anche sotto questo profilo il giudice mostra di intendere il conferimento all'amministrazione di poteri privati come il riconoscimento non certo di una potestà pubblica e perciò funzionalizzata, ma di una sfera di autonomia³⁴, ben diversa dalla discrezionalità³⁵.

Il modello di giudizio che il giudice del lavoro impiega non ricalca quindi in alcun modo quello tipico del giudice amministrativo, ma si muove su coordinate del tutto diverse³⁶. Se quest'ultimo effettua un sindacato costruito tutto dal lato del potere, del quale verifica le modalità di impiego e,

³¹ Sulla inesistenza di un "dovere funzionale" nell'esercizio dei poteri privati, Trib. La Spezia, ord. 26 aprile 1999, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2189, in cui si osserva anche che, con riguardo alla possibilità di assegnare incarichi dirigenziali, "il dato normativo si è limitato a delineare un'opzione organizzativa rimessa alla valutazione del Sindaco-datore di lavoro, rispetto alla quale l'interesse del dipendente ad essere designato è di mero fatto, e come tale giuridicamente non tutelabile".

³² Per l'affermazione per cui di fronte a poteri datoriali "non si deve salvaguardare la tutela degli interessi pubblici che aveva consigliato il legislatore a prevedere un giudice per le manifestazioni autoritative della p.a., ma unicamente si deve valutare il rapporto di lavoro privato e la sua gestione", Trib. Benevento, ord. 28 agosto 2000, in <http://www.giust.it>.

³³ Trib. Napoli, ord. 3 agosto 1999, in <http://lavoropubblico.formez.it/contenzioso>; Trib. Catanzaro, 8 maggio 2001, *ivi*, in cui l'ipotesi della sindacabilità per eccesso di potere viene negata in quanto le operazioni contestate non sono esercizio di potestà pubblica di autorganizzazione, ma di potestà imprenditoriale.

³⁴ Cass. 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". Per l'esplicita qualificazione della scelta datoriale della p.a. come espressione di "autonomia" v., fra le altre, Trib. Potenza, ord. 29 dicembre 1999, in *Foro it.*, 2000, I, 1297.

³⁵ In questo senso v. Cass. 20 marzo 2004, n. 5659, che, con riferimento agli atti di gestione del rapporto di lavoro adottati dalla pubblica amministrazione, considera come "l'atto privato è tale proprio perché non può essere funzionalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico senza contraddirne l'intima essenza di espressione dell'autonomia dell'autore, non avendo il legislatore derogato specificamente a tale principio".

³⁶ Per un'ampia disamina del diverso approccio del giudice ordinario e di quello amministrativo di fronte al potere, si veda A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, cit.

quando è discrezionale, il rapporto con la funzione, il primo si pone dal lato del diritto che fronteggia l'esercizio di un potere in autonomia privata, ricostruendo i confini di quest'ultima come conseguenza della dimensione del primo: se ad esempio il lavoratore ha diritto a non essere trasferito se non per "comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive" l'autonomia del datore di lavoro risulta circoscritta dalla sussistenza di tali ragioni. Oltre quei limiti, cioè, il potere di trasferire non può espandersi senza violare il contrapposto diritto del lavoratore.

In questa prospettiva è più difficile che una norma fissata dal legislatore con riferimento alle finalità da perseguirsi nell'esercizio della potestà datoriale rientri fra i parametri in base ai quali risolvere una controversia. Perché possa farne parte, infatti, è necessario che chi contesta l'impiego del potere dimostri di avere un diritto e non un mero interesse (legittimo) al suo rispetto. Normalmente questo non accade dal momento che il giudice ordinario tende a considerare le norme che pongono finalità da perseguirsi da parte dell'amministrazione come orientative dell'autonomia e non direttamente costitutive di diritti. È l'ipotesi ad esempio delle regole che indirizzano tutto il potere organizzativo dell'amministrazione, e quindi anche quello privato, a certi fini come nel caso dell'articolo 2, comma primo, del testo unico sul pubblico impiego. In questo caso il giudice ordinario esclude di poter verificare il rispetto delle finalità previste dal legislatore ribadendo il principio dell'insindacabilità dei motivi dell'autonomia.

L'esistenza di uno spazio in cui le scelte di organizzazione hanno carattere privato, quindi, ha una valenza che va ben oltre la diversa natura giuridica delle relative decisioni. In questo ambito viene in rilievo la dimensione schiettamente "individuale" del contributo che il singolo soggetto incaricato della gestione può dare al funzionamento della struttura che dirige. I manager, per intendersi, sono individui che singolarmente danno un'impronta propria alla gestione: un manager si cambia per cambiare le cose, per migliorarle, nella consapevolezza che una personalità diversa farà la differenza. Tutto ciò è possibile unicamente se chi è chiamato a decidere può contare su uno spazio decisionale non conformato in ordine ai fini da perseguire e alle modalità della scelta. Il potere pubblico, diversamente da quello privato, è, infatti, per così dire, strutturalmente inadatto ad essere impiegato "managerialmente". Se il potere privato si muove in uno spazio libero delimitato solo esternamente dai diritti altrui, all'interno del quale sono possibili decisioni che applicano logiche differenti e che individuano soluzioni anche innovative, il potere pubblico non è mai descrivibile come spazio di libera scelta, dal momento che l'ordinamento nel conferire una potestà pubblicistica ne conforma l'impiego anche sotto il profilo della logica decisionale, sia attraverso la fissazione di regole di procedura, sia per mezzo della necessaria considerazione della pluralità

degli interessi coinvolti nella scelta, sia, soprattutto, attraverso la fissazione delle finalità che con l'esercizio del potere debbono essere perseguite.

In questo senso la resistenza del giudice ordinario ad applicare metodi di sindacato tipici del potere pubblico allo spazio decisionale riservato ai poteri privati di organizzazione rappresenta un elemento fondamentale, senza il quale questa già molto difficile scommessa sulla managerialità non avrebbe alcuna possibilità di essere vinta³⁷.

9. La “defunzionalizzazione” del potere privato datoriale esercitato all'interno di un'amministrazione pubblica dalla sua dirigenza pone il problema della corrispondenza fra le scelte formulate in questo ambito e le complessive finalità pubbliche alle quali deve essere orientata non solo, naturalmente, l'azione amministrativa, ma anche la sua organizzazione. Del resto la legge, come già considerato, non manca di indicare obiettivi che debbono ispirare le decisioni di organizzazione ad ogni livello: sia pubblico, sia privato.

L'apparente contraddizione fra l'irrilevanza dei motivi del potere privato del dirigente datore di lavoro e il fatto che il legislatore, anche con riferimento al potere organizzativo di diritto privato, continui a fissare finalità da perseguire si risolve distinguendo fra una funzionalizzazione *analitica*, relativa, cioè, a ciascun singolo atto espressione del potere organizzativo, e una funzionalizzazione *sintetica*, concernente non il singolo atto, ma il complessivo risultato della pluralità di decisioni di cui si compone un'attività organizzativa³⁸. La “defunzionalizzazione” del potere

³⁷ Sono significative in questo senso le considerazioni che la cassazione formula in una importante sentenza di qualche anno fa, quando osserva come gli obiettivi complessivi della riforma resterebbero sostanzialmente vanificati, ove il suo esito dovesse consistere nell'occupazione, da parte del giudice ordinario, degli spazi sottratti al giudice amministrativo, mediante il controllo di tutti gli atti organizzativi che l'amministrazione pone in essere con la capacità del datore di lavoro privato secondo i moduli di verifica della legittimità degli atti amministrativi, perpetuando così la separatezza tra l'area del lavoro pubblico e quella del lavoro privato. Così Cass., 20 marzo 2004, n. 5659.

³⁸ Per tale distinzione si veda A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto di impiego con enti pubblici*, cit., 470 ss. Lo stesso autore nella *Recensione* a B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 795, considera come, se è “indubbio che l'ordinamento, a partire da alcune inequivocabili norme costituzionali, considera finalizzata all'interesse pubblico l'attività amministrativa complessivamente intesa, non è affatto scontato che tale carattere si estenda sempre necessariamente ai singoli atti, diventando, appunto, paradigma della loro legittimità: anzi, importanti dati legislativi sembrano indicare il contrario”. Sul punto anche Cass., 20 marzo 2004, n. 5659, che ha chiarito come il controllo sul raggiungimento delle finalità da parte delle scelte organizzative di diritto privato “è disciplinato come esclusivamente interno all'organizzazione del soggetto agente; la funzionalizzazione è rilevante soltanto a questi fini, senza influenzare la disciplina dell'atto”.

privato datoriale di organizzazione è tale soltanto in senso analitico, mentre resta viva la sua funzionalizzazione sintetica.

Il rispetto degli obiettivi fissati dalla legge anche nell'esercizio dei poteri dirigenziali privati, se nella stragrande maggioranza dei casi non forma oggetto della verifica giurisdizionale del singolo atto datoriale, costituisce dunque un ambito di verifica di risultato dell'azione complessiva del dirigente. In tal senso si esprime il comma 3 dello stesso art. 5 del d.lgs. 165 del 2001, laddove prevede che gli organismi di controllo interno verifichino periodicamente la rispondenza delle determinazioni organizzative dirigenziali ai principi fissati dalla legge all'articolo 2 comma 1 del decreto³⁹, anche al fine dell'adozione di misure correttive e di sanzioni nei confronti dei responsabili della gestione.

Il dirigente, quindi, deve essere valutato anche con riferimento al rispetto delle finalità indicate dalla legge nell'esercizio del potere organizzativo di diritto privato.

In questa prospettiva non si può non rilevare come nell'ultima riforma, che pure ha posto molta enfasi sul ruolo della valutazione, non si sia dato alcun autonomo rilievo ad un aspetto che la precedente disciplina sulla valutazione dirigenziale⁴⁰ qualificava esplicitamente come "competenza organizzativa". L'articolo 9 del d.lgs. 150 del 2009, infatti, fra gli ambiti di misurazione e valutazione della performance individuale non contempla espressamente quest'ultimo aspetto. Certo, la implicita considerazione di esso nella verifica della performance dirigenziale potrebbe trarsi da altri riferimenti, come quello che collega la valutazione del dirigente a quella dell'ambito organizzativo di sua diretta responsabilità o quella che include la qualità manageriale fra gli oggetti della valutazione. Ciò nonostante colpisce la mancanza di un riferimento esplicito ai risultati delle scelte organizzative in sede valutativa. Se questo, come si è appena detto, non impedisce di per sé di verificare tale aspetto, non c'è dubbio che indicarlo chiaramente avrebbe rafforzato l'idea della necessità di garantire un adeguato margine operativo alla capacità organizzativa della dirigenza. Un'altra occasione perduta?

³⁹ Che indica, per l'appunto, diversi criteri e finalità da seguire nel disciplinare l'organizzazione degli uffici, come, ad esempio, "la garanzia dell'imparzialità e della trasparenza dell'azione amministrativa".

⁴⁰ L'articolo 5 del d.lgs. 286 del 1999 prima citato.