

Valutazioni: la conciliazione è e resta solo facoltativa

di Luigi Oliveri

Meno condivisibile e più intempestiva la deliberazione della Civit n. 124/2010 poteva essere. E si rafforzano e rabbuiano i dubbi sull'effettiva utilità e capacità dell'organismo creato dalla c.d. riforma Brunetta di presidiare con efficacia i sistemi di valutazione. Dubbi, del resto, con non poche ragioni evidenziate dalle clamorose recenti dimissioni dalla Civit del Professor Pietro Micheli. Per comprendere meglio la grave erroneità dei contenuti della deliberazione n. 124/2010 dell'ineffabile Civit, è opportuno porre attenzione alla data della sua adozione: il 22 dicembre 2010. È passato quasi un mese dall'entrata in vigore della legge n. 183/2010, il collegato lavoro. È stato sottolineato da tutti gli interpreti che una delle riforme di maggiore portata ed evidenza del collegato lavoro ha riguardato le procedure conciliative: infatti, l'art. 31, comma 1, l. n. 183/2010 modifica l'art. 410 del c.p.c., rendendo il tentativo di conciliazione da obbligatorio che era a semplicemente facoltativo.

Ebbene, a quasi un mese dalla conclamata modifica della disciplina relativa alla conciliazione, clamorosamente la Civit con la delibera n. 124/2010, nel criticare la scelta delle amministrazioni di regolamentare le conciliazioni concernenti le valutazioni dei dipendenti come fossero ricorsi gerarchici, opta per una soluzione assolutamente viziata da incompatibilità con l'ordinamento. Indica la delibera n. 124/2010: «salva la possibilità di un intervento del soggetto gerarchicamente sovraordinato, l'esigenza dell'adozione di procedure di conciliazione, ai sensi dell'art. 7, co. 3, del dlgs. n. 150/2009, deve essere soddisfatta o con l'istituzione di un apposito collegio di conciliazione nelle forme anzidette o con l'applicazione dell'istituto di cui all'art. 410 cpc».

Tale conclusione non può che sottoporsi ad una critica esplicita e netta. Non è ammissibile neanche poter pensare che una deliberazione di un organo, per quanto autorevole ma amministrativo possa modificare l'assetto della disciplina stabilita dalla legge. Dunque, poiché ai sensi dell'art. 410 del c.p.c. la conciliazione è facoltativa, in nessun modo, nessun provvedimento amministrativo può trasformarla in obbligatoria.

È, di conseguenza, assolutamente da scartare l'ipotesi che le procedure di conciliazione previste dall'art. 7, comma 3, lettera *b*, del d.lgs. n. 150/2009 possano essere regolate mediante una norma regolamentare o una semplice direttiva o il recepimento dell'erronea deliberazione n. 124/2010 della Civit, sì da rendere obbligatoria la conciliazione.

Per altro, la deliberazione n. 124/2010 della Civit oltre a risultare erronea ed illegittima per palmare violazione di legge, risulta anche non condivisibile nel merito.

Richiamando la propria precedente deliberazione n. 104/2010, 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».

Le cose stanno realmente così. Risulta palese l'intento del legislatore: la conciliazione di cui all'art. 7, comma 3, lettera *b*, è ancora da considerare all'interno del processo valutativo, finalizzata appunto a prevenire eventuali contenziosi.

La conciliazione prevista dall'art. 410 del c.p.c., invece, scatta nel momento in cui l'atto datoriale, qualunque esso sia, ma nel caso di specie la valutazione, sia non più contestabile mediante

procedure bonarie “endoprocedimentali”. Insomma, quando si utilizza l’art. 410, la vertenza è già conclamata ed instaurata. La conciliazione di cui all’art. 410 non ha semplicemente lo scopo di prevenire il contenzioso in sede giurisdizionale, ma soprattutto di invitare le parti a conciliare il contenzioso – già in atto e non solo potenziale – in via stragiudiziale.

Ma, poiché la conciliazione di cui all’art. 7, comma 3, lettera *b*, della c.d. riforma Brunetta è interna al processo valutativo, essa non è frutto di un contenzioso in atto, ma una fase eventuale del processo di valutazione, nella quale il lavoratore muove deduzioni avverso la valutazione ricevuta, allo scopo di ottenerne un’eventuale revisione.

La circostanza che il legislatore abbia utilizzato il medesimo sostantivo “conciliazione” sia nell’art. 7, comma 3, lettera *b*, del d.lgs. n. 150/2009, sia nell’art. 410 del c.p.c., non autorizza a cadere nell’equivoco di ritenere gli istituti identici.

In generale, comunque, non si può condividere 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».

La valutazione dei dipendenti non aventi qualifica dirigenziale è atto tipicamente ed esclusivamente datoriale, pienamente rientrante nelle prerogative del datore di lavoro previste dall’art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, ai sensi del quale «[...] 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 [...]». La valutazione non può che essere considerata uno degli elementi della gestione del rapporto di lavoro, tanto che è lo stesso art. 7 del d.lgs. n. 150/2009 (confermando quanto da anni prevedono i contratti nazionali collettivi) a disporre espressamente in capo ai dirigenti la competenza a valutare i dipendenti (confermata dagli articoli 16 e 17 novellati del d.lgs. n. 165/2001).

Si nota che il già richiamato art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 attribuisce ai dirigenti la competenza ad adottare le misure gestionali del rapporto di lavoro «in via esclusiva».

Ora, la previsione normativa non può essere ignorata. Se i dirigenti dispongono di questo potere ed esso è esclusivo, ciò vuol dire che ogni altro soggetto è escluso dal potere di ingerirsi o intromettersi nella gestione e, dunque, anche nella conciliazione.

Non vi è, dunque, ragione giuridica alcuna per sostenere la necessità di un organo di conciliazione endoprocedimentale al processo valutativo da considerare “terzo” rispetto a valutatore e valutato. Ciò, tuttavia, non legittima in alcun modo l’idea proposta da molte amministrazioni di attribuire la funzione conciliativa all’organo gerarchicamente superiore a quello che effettua la valutazione. La critica a tale tipo di scelta è l’unico punto condivisibile delle citate deliberazioni della Civit, ferma rimanendo l’erroneità delle soluzioni immaginate.

Prima di concentrare ulteriormente l’attenzione sulle modalità per regolamentare la conciliazione di cui all’art. 7 della c.d. riforma Brunetta, è bene analizzarne meglio i contenuti, senza nascondere le valutazioni profondamente negative sul merito della scelta del legislatore di prevedere questo istituto, che andrebbe celermente eliminato. Ma che, probabilmente, proprio per effetto del collegato lavoro deve in ogni caso considerarsi disapplicato.

Ebbene. La lettera *b*, comma 3, art.7 del d.lgs. n. 150/2009 prevede la fissazione di procedure di conciliazione relative all’applicazione del sistema di misurazione e valutazione della performance. Il riferimento a procedure di conciliazione sembra manifestare la volontà di regolare, attraverso gravami interni, eventuali contenziosi relativi alle valutazioni.

La conciliazione sembra proprio un sistema di gestione di “ricorsi” contro gli esiti delle valutazioni. Sebbene la c.d. riforma Brunetta comporti la nuova riconduzione della disciplina del rapporto di lavoro alla fonte pubblicistica, invece che negoziale, la previsione di procedure conciliative per le valutazioni richiama direttamente, al contrario, una gestione di carattere negoziale di diritto comune.

Il tentativo di conciliazione è, infatti, procedimento tipico della gestione negoziale dei rapporti di lavoro, tendente ad evitare l’insorgere del contenzioso giudiziario, a fini deflativi di quest’ultimo.

La previsione di un sistema di conciliazione è, in astratto, utile e corretta: gli scopi delineati prima sono espressamente voluti anche dalle organizzazioni sindacali. Si pongono, però, alcuni problemi. Il primo, riguarda la possibile indiretta incentivazione all'utilizzo del sistema di conciliazione per i dipendenti che non condividano i risultati da loro ottenuti, secondo il sistema vigente nell'ente. È evidente che le procedure di conciliazione, in quanto interne e non onerose, sono più facilmente attivabili: il rischio è la creazione di un contenzioso interno infinito. Ma, ovviamente, il problema non concerne l'esercizio del diritto alla tutela delle posizioni giuridiche dei dipendenti interessati alla valutazione, quanto piuttosto la creazione di una situazione di incertezza generale, rispetto agli esiti complessivi della valutazione.

La sussistenza di procedimenti contenziosi di conciliazione, anche di un solo dipendente, mette in discussione l'intero risultato della valutazione. Infatti, rende incerta la quantificazione finale dei compensi da attribuire. Il contenzioso, infatti, potrebbe riguardare la collocazione dei dipendenti in una piuttosto che nell'altra fascia di valutazione, con problemi sul rispetto delle percentuali di finanziamento e di quanto personale ivi collocare; oppure, la quantificazione dell'ammontare del premio, connessa alla pretesa di un punteggio maggiore, che potrebbe determinare l'erogazione di un premio di diverso ammontare (qualora siano previste relazioni proporzionali tra i premi ed i fondi che li finanziano), modificando per conseguenza l'ammontare dei premi di tutti gli altri dipendenti.

Insomma, le procedure conciliative mettono i risultati del processo di valutazione sotto una vera e propria condizione sospensiva, che certo non agevola la sollecita distribuzione degli incentivi secondo le tempistiche fisse e rigorose richieste dallo stesso schema di decreto attuativo e, comunque, dettate dalle regole di correttezza e buona fede.

In secondo luogo, la previsione di un sistema di conciliazione determina l'insorgere del problema della natura giuridica della valutazione: essa non può, comunque, che rimanere in ogni caso un atto di gestione del rapporto di lavoro di natura privatistica. La presenza di una procedura conciliativa sembra confermarlo; non si verte in tema di interessi legittimi, ma di diritti soggettivi derivanti dallo svolgimento di attività lavorative. Pertanto, la giurisdizione, nel caso di contenzioso vero e proprio, continuerebbe a spettare al giudice ordinario.

La disciplina pubblicistica del sistema di valutazione, dunque, pur mutando la natura della fonte della regolamentazione del sistema, che da negoziale diviene atto unilaterale di diritto pubblico, non modifica la natura del singolo atto di valutazione, che resta di gestione del rapporto di lavoro, adottato dai dirigenti con i poteri del datore privato.

Queste ultime considerazioni sono alla base della radicale critica all'idea secondo la quale la conciliazione possa ascrivere alla competenza dell'organo "gerarchicamente superiore".

È un errore di prospettiva clamoroso. Il dirigente o è "datore di lavoro" o non lo è. Se è "datore di lavoro" non può che essere il dirigente in via esclusiva, operando nell'ambito della propria posizione di supremazia gerarchica di diritto comune nei confronti dei dipendenti, a valutare i dipendenti a lui assegnati, essendo la valutazione lo strumento per confrontare i risultati prodotti dal singolo dipendente con le previsioni ed i compiti inizialmente attribuiti. Per questo la valutazione attiene strettamente al rapporto di lavoro.

Il "superiore gerarchico" allora semplicemente nel caso di specie non esiste nemmeno. Non si possono estendere ad una modalità gestionale di diritto privato categorie proprie dell'esercizio dei poteri pubblicistici.

Tra l'altro, si dimentica che in moltissime amministrazioni i dirigenti non hanno alcun organo loro sovraordinato gerarchicamente, come ad esempio regioni ed enti locali (anche se ancora questo la Civit non pare averlo compreso). Comunque, laddove vi sia una sovraordinazione di alcuni dirigenti su altri (avviene nell'ordinamento statale), in ogni caso la gran parte dei provvedimenti di diritto pubblico dei dirigenti sono definitivi e per loro natura non soggetti a ricorsi gerarchici. Sono ormai pochissimi i casi, nell'organizzazione pubblica e nell'esercizio delle funzioni autoritative della pubblica amministrazione, di conformazione dei rapporti tra dirigenti alla luce del rapporto gerarchico puro, il quale solo consente all'organo sovraordinato di rivedere le decisioni di quello

subordinato. E tale potere di revisione discende dalla circostanza che organo sovraordinato ed organo subordinato condividono la medesima sfera di competenza, che l'organo superiore esercita anche attraverso l'operato di quello inferiore, potendo in ogni momento riappropriarsi dell'esercizio diretto mediante l'avocazione, oppure rivedere, in autotutela o in sede di ricorso gerarchico, la decisione del subordinato.

Ma, se tra dirigenti di una certa amministrazione esistesse un simile rapporto di gerarchia pura, non avrebbe alcun senso che la valutazione venisse effettuata dall'organo subordinato. Infatti, anch'esso dipenderebbe dal sovraordinato, il quale, in applicazione delle regole sulla valutazione e delle competenze, dovrebbe procedere da sé e direttamente alla valutazione di tutto il personale assegnato, in quanto tutto il personale è ad esso riconducibile e non al dirigente subordinato.

In ogni caso, ragionando diversamente, si introdurrebbero nei rapporti di diritto comune modalità organizzative di diritto pubblico antitetiche ed inconciliabili tra loro.

A ben vedere, allora, la conciliazione esclude sia la competenza di un organo "terzo", in quanto ciò violerebbe l'esclusività della competenza del dirigente-datore, sia l'intervento dell'organo sovraordinato gerarchico.

In effetti, allora, essa non potrebbe che ridursi alla presentazione, entro un certo termine, di una contestazione motivata dalla valutazione ricevuta, da parte del valutato al valutatore, il quale, prima di chiudere il processo, deve pronunciarsi definitivamente.

Ragionando diversamente, si violano molteplici principi e prerogative e si rischia di creare un mostro sia giuridico, sia organizzativo, tale da rendere operazione lunghissima e quasi impossibile la chiusura del processo di valutazione.

Tuttavia, poiché si verte in tema di diritti soggettivi, ovviamente nulla impedisce al lavoratore di ricorrere avverso la valutazione al giudice del lavoro. Allora, la novellazione all'art. 410 del c.p.c., che rende la conciliazione facoltativa, dovrebbe potersi leggere anche come volontà del legislatore di non considerare più la conciliazione "lo" strumento principale per il contenimento del contenzioso. Tanto è vero che il collegato lavoro a questo scopo privilegia decisamente l'arbitrato. Quindi si potrebbe e, forse, dovrebbe (per rendere spedito e certo il processo di valutazione) considerare l'art. 7, comma 3, lettera *b*, del d.lgs. n. 150/2009 come superato, anche se meglio sarebbe una sua espressa abrogazione.

Luigi Oliveri
Dirigente coordinatore
Area Servizi alla persona e alla comunità
della Provincia di Verona