

Dipartimento di Scienze Giuridiche
dell'Università degli Studi di Ferrara

2

LA RIFORMA DELL'IMPIEGO
NELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI
(L. 15/2009 E D.LGS. 150/2009)

A CURA DI

SILVIA BORELLI e MARCO MAGRI



Jovene editore
2011



Dipartimento di Scienze Giuridiche
dell'Università degli Studi di Ferrara



Prefettura di Ferrara
Ufficio Territoriale del Governo

Il volume raccoglie le riflessioni sviluppate a partire dal Convegno “La Riforma del pubblico impiego”, organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Ferrara e dalla Prefettura di Ferrara, il 3 e 4 maggio 2010.

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2011

ISBN 978-88-243-2042-9

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI NA - ITALIA

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

web site: www.jovene.it e-mail: info@jovene.it

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

INDICE

RAIMONDO PROVVIDENZA <i>Prefazione</i>	p. VII
SILVIA BORELLI, MARCO MAGRI <i>Introduzione</i>	» XI
MARCO MAGRI La legificazione del sistema delle fonti: tra istanze «neocorporative» e realtà delle relazioni sindacali	» 1
SILVIA BORELLI La contrattazione collettiva «sopravvissuta» alla riforma Brunetta	» 33
GAETANO ZILIO GRANDI Brevi spunti sul d.lgs. n. 150/2009 e sulla sua applicabilità agli enti locali	» 61
GIANLUCA GARDINI L'autonomia della dirigenza nella (contro) riforma Brunetta	» 71
FRANCA BORGOGELLI I poteri della dirigenza pubblica nella disciplina del rapporto di lavoro: le novità e i problemi	» 95
STEFANO BIANCHINI I doveri del dipendente pubblico ed i codici di comportamento.	» 129
ELISABETTA BURANELLO Il potere disciplinare	» 177
FRANCO PELLIZZER La tutela giurisdizionale del dipendente pubblico	» 199
<i>Elenco degli Autori</i>	» 219

RAIMONDO PROVVIDENZA

(Prefetto di Ferrara)

PREFAZIONE

Desidero anzitutto ringraziare l'Università degli Studi di Ferrara ed in particolare il Preside della facoltà di Giurisprudenza per aver accolto la proposta di organizzare un convegno sulla riforma del pubblico impiego introdotta con la legge 15/2009 ed il d.lgs. 150/2009.

Un lavoro di approfondimento e di analisi su una materia di grande complessità e oggi più che mai al centro di un articolato e controverso dibattito, che si propone l'obiettivo di ricercare e trovare risposte alle tante perplessità che l'attuazione della riforma suscita nei giuristi e, soprattutto, nella dirigenza chiamata ad assumere la responsabilità delle decisioni che attengono all'applicazione della norma, salvaguardando la legittima tutela delle posizioni lavorative ed in particolare prevenendo quell'aspra conflittualità che può ingenerarsi in sede di confronto sindacale.

Certo, l'attuale particolare momento di fermento politico-sociale sui processi di innovazione rende la sfida, a cui oggi è chiamata la pubblica amministrazione, assolutamente determinante, una sfida che si misura principalmente sulla capacità dell'apparato pubblico di essere garante della massima produttività ed efficienza in una fase in cui peraltro il Paese ha una straordinaria necessità di supportare, ai vari livelli, i servizi e le prestazioni pubbliche. Una performance, quindi, che dia visibilità e soprattutto credibilità alla qualità del lavoro pubblico al passo con le aspettative dei cittadini, delle imprese e dell'intero mondo economico.

Non si nascondono le incognite che sono sottese a tale ambizioso obiettivo, quale in primo luogo, l'arretratezza delle strutture tecniche di supporto e la carenza endemica di risorse che affligge il settore pubblico che, come viene da più parti rilevato, rende illusorio parlare di modernizzazione e di efficienza dell'amministrazione. Credo, tuttavia, che le competenze pubbliche, per tradizione, per esperienza, nonché per la stessa cultura professionale consolidata nel tempo, abbiano in sé tutte le potenzialità per rispondere a questo rilevante banco di prova e meritino soprattutto di essere pienamente valorizzate quale autorevole risorsa su cui poter contare per superare le attuali complesse problematiche. In tale

contesto la dirigenza pubblica deve far fronte ad una grande responsabilità che è quella di garantire le condizioni ed i processi organizzativi unitamente al controllo sull'attività svolta, accrescendo il rispetto delle regole da parte del lavoratore, rilevandone nel contempo le significative professionalità e mettendo al centro l'etica e la qualità del lavoro.

Si parla di standard qualitativi ed economici, di obblighi contenuti nella carta dei servizi che diventa così credenziale di efficacia delle competenze stesse e nel contempo di responsabilità nelle prestazioni da parte delle rispettive amministrazioni, sancendo un quadro di azioni che realizza il passaggio dalla cultura dei mezzi a quella dei risultati. Sono dunque molteplici gli aspetti innovativi che introduce la norma, finalizzata, come recita lo stesso titolo della legge, «all'ottimizzazione del lavoro pubblico ed all'efficienza e trasparenza della pubblica amministrazione».

Dalla delegificazione, che consentiva la possibilità alla contrattazione di modificare le norme contenute in fonti legislative, si è ritornati alla rilegificazione, reintroducendo l'imperatività delle disposizioni di legge che non possono essere derogate dalla contrattazione collettiva né in *peius* né in *meius* con una unilateralizzazione del rapporto di pubblico impiego.

La vera discontinuità sembra tuttavia poggiare sul metodo della riforma che introduce una nuova strategia, ossia quella di promuovere il controllo sociale e diffuso del cittadino utente sul funzionamento dei pubblici servizi rilegittimando il dirigente nella sua autonomia manageriale, ma vincolandolo a rispondere, in riferimento alle scelte operate, per il mancato risultato, ovvero per la scarsa produttività.

In definitiva può dirsi che la riforma abbia inteso realizzare una manovra legislativa che, insieme ad altre norme quali la *class-action*, vada a sostanziare il principio del buon andamento che oggi assume la veste di principio di legittimità dell'azione amministrativa, in luogo della mera natura di norma programmatica cui per anni è stato relegato. Su questo punto occorre svolgere un'attenta riflessione, interrogandosi ancora una volta sulla concretezza giuridica del precetto costituzionale, posto a base del governo della cosa pubblica, facendo comprendere al cittadino che il «principio del buon andamento» non è solamente un criterio etico, ma è soprattutto un diritto realmente esigibile.

In questo impegno fattivo sta la capacità di cogliere quei valori di modernizzazione culturale che segnano la vera svolta della riforma e che ci avvicinano ai cittadini ed alla loro aspettativa di fiducia nell'amministrazione pubblica. Il che vuole dire impegnarsi a dare nuova linfa alla nostra carta costituzionale, provando a ripercorrere il pensiero del grande Calamandrei sui cui credo sia importante soffermarsi con un'at-

tenta meditazione: «la Costituzione – disse il richiamato costituzionalista con un’analisi tuttora attualissima – non è una macchina che una volta messa in moto va avanti da sé, la Costituzione è un pezzo di carta, lo lascio cadere e non si muove. Perché si muova bisogna ogni giorno in questa macchina metterci dentro l’impegno, lo spirito, la volontà di mantenere quelle promesse, la propria responsabilità». Questo è il sentire ed insieme la missione che deve connotare l’azione del pubblico impiego nella consapevolezza, come dianzi evidenziato, della grande professionalità e della passione con cui operano le risorse umane che attendono di essere valorizzate con l’orgoglio della loro appartenenza pubblica.

Voglio infine rivolgere un augurio di proficuo lavoro ai docenti universitari che relazioneranno sulle tematiche del convegno ai quali va il mio grato pensiero per l’impegno e la disponibilità offerta alla trattazione dei non facili argomenti della riforma. Ai dirigenti che hanno aderito a questa giornata di studio l’augurio di poter ricavare da questa esperienza gli spunti necessari ad un’oculata applicazione della normativa.

SILVIA BORELLI - MARCO MAGRI

INTRODUZIONE

L'esperienza italiana di diritto del lavoro, non soltanto pubblico, dimostra quanto sia difficile la tecnica del commento a prima lettura dei nuovi testi legislativi. Ciò accade soprattutto quando, come per la legge n. 15 del 2009 e il decreto legislativo n. 150 del 2009, la parola chiave è la «riforma» del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni.

L'intervento normativo persegue finalità di «ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni»; ma il distacco dalle precedenti riforme è segnato dall'adozione del *new public management* come tecnica di controllo sul rendimento dei lavoratori. Una "tecnica" capace di puntualizzare la misura dei diritti e delle responsabilità, tanto del datore di lavoro quanto del lavoratore pubblico, oltre le tendenze auto-interessate della contrattazione collettiva. L'efficienza dei pubblici uffici si vede così garantita dalla valutazione "in continuo" della prestazione del lavoratore, allo scopo di rendere automatica la distribuzione di premi e sanzioni all'interno dell'apparato amministrativo.

La "riforma Brunetta" è stata presentata al grande pubblico come promessa di risanamento di tutti gli elementi di crisi della burocrazia: lo scarso rendimento, la resistenza ad ogni cambiamento, l'inefficienza a danno delle imprese, degli utenti e dei consumatori. Il tutto mediante un apparato riorganizzato per reprimere la cattiva amministrazione, minacciosamente rivolto all'impiegato e scisso al suo interno tra apparati giudicanti e lavoratori giudicati.

Ci pare francamente che questa semplificazione sia talmente eccessiva da entrare in contrasto con altri aspetti meritevoli di apprezzamento, come l'attuazione di un nuovo principio di trasparenza (art. 11 del decreto) e la predisposizione di misure idonee a favorire la cultura dell'integrità (in conformità alla Convenzione delle Nazioni Unite sulla lotta alla corruzione).

È evidente infatti che tra la cultura dell'integrità e quella della valutazione del rendimento, non tutto è coerente e consequenziale: un lavo-

ratore integro e responsabile è prima di tutto un individuo sicuro dei propri diritti e delle proprie responsabilità.

La Costituzione repubblicana identifica la figura del dipendente pubblico con quella del cittadino a cui siano conferite funzioni pubbliche (art. 54 Cost.), agganciando la burocrazia al pluralismo sociale. La libertà e volontarietà dell'accesso ai pubblici uffici (art. 51 Cost.) indica un canale di collegamento diretto tra società ed amministrazione. Nessuno deciderebbe di assumere funzioni pubbliche, se il suo futuro dipendesse, oltre una certa misura, da regole che egli non conosce ed alle quali non ha potuto prestare il proprio consenso.

È pertanto artificiosa ed irrealizzabile, oltre un certo limite, ogni pretesa di far leva sui valori dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) per declassare le manifestazioni della libertà dei lavoratori (art. 39 Cost.) a semplici procedimenti di esecuzione della legge. I principi costituzionali non implicano l'antagonismo, ma il coordinamento tra il sistema amministrativo e l'ordinamento del lavoro.

Lo stesso decreto n. 150 del 2009 – come la dottrina tende a riconoscere – non ha alterato i lineamenti della privatizzazione. Siamo pur sempre in presenza di una modifica del d.lgs. n. 165 del 2001, finalizzata alla «convergenza» (art. 2, comma 1 lettera *a* della legge n. 15 del 2009) degli assetti regolativi del lavoro pubblico e del lavoro privato.

Ecco il punto su cui, riteniamo, tocca alla scienza giuridica fare chiarezza. Se una integrale “pubblicizzazione” del diritto del lavoro pubblico non può diventare mai effettiva, semplicemente perché non è possibile, non rispecchiando nemmeno la volontà del decreto n. 150 del 2009, occorre comprendere il senso di taluni istituti che, facendo leva sull'autorità di specifici apparati, quali i “dirigenti-datori di lavoro” o gli “organismi di valutazione”, sembrano ispirarsi vagamente ad un principio di supremazia speciale e mettere in ombra il senso della privatizzazione. La consapevolezza di questa ambiguità è il presupposto di una corretta indagine sulla riforma. Non si tratta di accettare o respingere la ragione complessiva del «decreto Brunetta», ma capire realisticamente fino a che punto le sue norme possano tradursi in regola delle relazioni sindacali.

Pertanto, anche le critiche più serrate ed i netti dissensi da alcune disposizioni del decreto, che il lettore troverà nel corpo del volume, non sono altro che modi di esporre il punto di vista della scienza giuridica, che è tradizionalmente quello di rivendicare alcuni punti fermi del sistema, contro gli eccessi della legislazione e dell'interpretazione. Anche tali critiche o dissensi possono dunque avere, a loro modo, una funzione precipuamente «costruttiva».

Gli Autori che hanno accettato di partecipare alla stesura del volume hanno operato con questa convinzione, che ci auguriamo possa tratteggiare un collegamento unitario tra i diversi contributi. Una riflessione condivisa è stata possibile anche per via del confronto diretto nel corso di un incontro svoltosi nelle mattine del 3 e 4 maggio 2010 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara, incontro organizzato con la collaborazione della Prefettura di Ferrara, che ringraziamo vivamente per l'attenzione e per l'impegno profuso in questa iniziativa.

Un caloroso ringraziamento va anche ai singoli Autori, alla Ecc.ma Prefetto Provvidenza Raimondo, al Preside di Facoltà Prof. Gian Guido Balandi, al Direttore Prof. Giovanni De Cristofaro ed a tutti i docenti del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Ferrara per averci dato la possibilità di pubblicare questa iniziativa sulla Collana del Dipartimento.

I curatori

MARCO MAGRI

LA LEGIFICAZIONE DEL SISTEMA DELLE FONTI:
TRA ISTANZE «NEOCORPORATIVE»
E REALTÀ DELLE RELAZIONI SINDACALI

SOMMARIO: 1. Il pluralismo dei fatti di produzione giuridica come elemento costitutivo di un sistema di fonti. – 2. Ruolo della contrattazione ed istanza neocorporativa nel d.lgs. n. 150 del 2009. – 3. Il paradigma manageriale ed il problema della certezza del diritto. – 4. La prospettiva della inconoscibilità del lavoro pubblico; ovvero di una verosimile (ed inattesa) “de-legificazione”. – 5. Diritto, realtà sociale ed opportunità di soffermarsi sul disegno complessivo del d.lgs. n. 150 del 2009. – 6. L’incertezza attuale sull’esistenza di un sistema di fonti. – 7. La “rilegificazione” (Titolo IV d.lgs. n. 150 del 2009): profili generali. – 8. Le riserve di provvedimento dirigenziale. – 9. L’abolizione della partecipazione sindacale all’organizzazione ed alla gestione delle risorse umane nell’amministrazione. – 10. Norme imperative e sostituzione automatica di clausole invalide: rimedi o fonti indirette di potere amministrativo? – 11. L’erosione sommersa degli ambiti di contrattazione collettiva: la leva della negoziazione decentrata ed il potere unilaterale provvisorio. – 12. La *performance* come fonte esclusiva del trattamento economico accessorio. Verso una nuova «giungla retributiva»? – 13. Il capovolgimento dell’ordine delle fonti nel regime transitorio. – 14. Il ritorno del pubblico impiego ed i suoi antagonisti.

1. *Il pluralismo dei fatti di produzione giuridica come elemento costitutivo di un (qualunque) “sistema” di fonti*

Dietro lo schermo della legificazione del sistema delle fonti, il decreto legislativo n. 150 del 2009 pone un serio problema di conoscibilità¹ del diritto del lavoro pubblico e delle regole in base alle quali si distribuisce il potere tra datore di lavoro e lavoratori all’interno dell’organizzazione amministrativa. L’interrogativo concerne appunto il comportamento delle fonti, ossia l’operare della legge e del contratto collettivo come espressioni di ordinamenti giuridici separati e tendenti ad armonizzarsi secondo schemi relativamente certi e determinati.

¹ Lo spunto terminologico è suggerito dalla pubblicazione del dibattito di AA.VV., *È conoscibile il lavoro pubblico?*, in *Law. e dir.*, 2001, p. 541.

La scienza del diritto e del diritto amministrativo, in particolare, torna ad essere sollecitata dalla strategia giuslavoristica di chiarificazione del rapporto tra libertà contrattuale e disciplina legale, come era accaduto nei primi anni ottanta con riferimento alla figura degli accordi sindacali nel pubblico impiego²; questa volta di fronte al tentativo del legislatore di disconoscere la rilevanza dei meccanismi convenzionali di produzione delle regole dei rapporti di lavoro.

L'intento del decreto di rovesciare una certa esperienza storica e procedere ad un nuovo disegno di "funzionalizzazione" o "pubblicizzazione" dell'attività dell'amministrazione, è piuttosto chiaro³ ed emerge a più riprese da alcune norme particolarmente significative. Basti porre mente a quella (art. 40, comma 3-ter) che conferisce alla pubblica amministrazione il potere di provvedere unilateralmente ed in via provvisoria sulle materie oggetto di mancato accordo per la stipula di un contratto collettivo integrativo; oppure alla qualificazione di alcune norme attributive di poteri amministrativi come inderogabili e surrogatorie delle clausole difformi dei contratti collettivi (art. 29), che finisce per rimettere alla discrezionalità dell'amministrazione il giudizio sull'invalidità della clausola e sulle misure atte al suo avvicendamento.

² A. ORSI BATTAGLINI, *Gli accordi sindacali nel pubblico impiego*, Milano, 1982.

³ Opinione non unanime, ma che trova un certo consenso in dottrina. È stato osservato che «questa riforma punta molto sull'autorità della legge e poco sull'autonomia collettiva. Punta molto anche sull'autorità dell'amministrazione, i cui poteri vengono rafforzati e proceduralizzati: questo rafforzamento e questa proceduralizzazione li allontanano oggettivamente dai poteri del privato datore di lavoro e pongono il problema della collocazione di questa disciplina, che appare ormai un po' meno privatizzata e un po' più pubblicistica», B. G. MATTARELLA, *La responsabilità disciplinare*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, p. 38. Sostanzialmente conforme l'opinione di G. GARDINI, *L'autonomia della dirigenza nella (contro) riforma Brunetta*, in questo volume. Per una diversa posizione, F. BORGOGELLI, *I poteri della dirigenza pubblica nella disciplina dei rapporti di lavoro: le novità e i problemi*, in questo Volume. Si ha tuttavia l'impressione che non sia possibile individuare un vero e proprio contrasto tra le opinioni di chi coglie una "pubblicizzazione" del sistema delle fonti e chi osserva la permanenza di un sistema autenticamente privatizzato. Anche chi ha ritenuto che il decreto legislativo n. 150 del 2009 non comporti, di per sé, alcuna ripubblicizzazione dei rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni (G. D'AURIA, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 6), ha poi notato, tra l'altro, che «la politica sia destinata ad assumere, rispetto al passato un ruolo assai più rilevante come "fonte" di regolazione (in senso ampio) del lavoro pubblico» (*ibidem*, p. 12). Ciò dimostra come anche questo ultimo orientamento non mostri un punto di vista necessariamente adesivo alla "riforma" del 2009: forse allora si tratta solo di una differenza di impostazione tra il paradigma giuslavoristico, che tende a percepire il sistema delle fonti come un dato di partenza, ricavabile dal modo in cui le disposizioni sulle fonti (contenute nella legge; in questo caso nel decreto n. 150 del 2009) organizzano il rapporto tra legge e contratto collettivo, rispetto al paradigma giuspubblicistico, per cui «il sistema delle fonti non è (...) il punto di partenza, ma il risultato del lavoro dell'interprete» (R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, 2009, p. 4).

A fronte di ciò, anche in considerazione dell'odierna fase di attuazione del decreto, l'indagine giuridica deve prudentemente guardarsi dal compimento di astrazioni troppo vincolanti e limitarsi alla scoperta delle linee portanti del disegno riformatore. Nondimeno, pare che si possa condividere almeno un punto di non ritorno e, cioè, l'evidenza del superamento del principio gerarchico come criterio informatore della posizione del lavoratore nell'organizzazione.

Nel settore pubblico, la soggettività del lavoratore verso l'amministrazione e la rilevanza della contrattazione sindacale come fonte del rapporto di lavoro sono presidi della libertà individuale e collettiva (art. 39 Cost.), ma espongono anche un modo di attuare il buon andamento dell'amministrazione.

Nonostante la mancanza di parametri costituzionali precisi, è difficilmente pensabile che sia perseguibile una sorta di ritorno allo statuto degli impiegati civili dello Stato, da parte di un legislatore che ha accantonato – se mai è esistita tempo addietro – una disciplina *meramente* unilaterale del rapporto di lavoro.

Eletta la via della privatizzazione, si deve ritenere che ne derivi, quale logica conseguenza, la necessità di un modello organizzativo⁴ ed un equilibrato dosaggio di fonti regolatrici, anche in un sistema che privilegia la *performance* come criterio di distribuzione delle pubbliche risorse. Giuridicamente non ritrattabile, diviene quindi il pluralismo delle fonti *in sé*, l'effettività della contrattazione collettiva nella misura in cui funge da strumento di garanzia dei principi di cui all'art. 97 Cost.⁵

Nelle presenti note vorremmo cercare di verificare la solidità di questo schema, oltre le formule compendiose che pure rimangono espresse nel testo modificato del d.lgs. n. 165 del 2001. Si tratta di comprendere quanto sia sostanzialmente rimasto o, meglio, quanto il decreto del 2009 abbia deciso di conservare della scelta di fondo compiuta dal legislatore nei primi anni novanta, di istituire un vero e proprio «sistema» di fonti. Anche in questo modo si può intendere la privatizzazione: creazione di un «sistema» di fonti in luogo di una concatenazione sequenziale di fatti ed atti giuridici secondo la dinamica del procedimento (era questa la struttura della legge quadro sul pubblico impiego del 1983).

⁴ È importante tenere presente che l'idea di privatizzazione non dimostra una sorta di «posizione» più o meno arretrata del pubblico rispetto al privato, bensì «uno degli aspetti della complessa mutazione dei poteri pubblici diretta alla riorganizzazione del diritto pubblico», S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1996, p. 590.

⁵ G. BERTI, *Azione sindacale e funzione amministrativa*, in *Diritto e Stato*, Padova, 1986, p. 271 ss.

2. *Privatizzazione ed istanza «neocorporativa» del d.lgs. n. 150 del 2009*

Ricordiamo che la scelta del legislatore del 1992, anche agli occhi della Corte costituzionale, non fu soltanto quella di qualificare l'accordo sindacale o contratto collettivo come atto immediatamente produttivo di norme giuridiche (il che già in qualche misura si poteva desumere dalla normativa precedente⁶), ma quella di utilizzare per l'impiego pubblico lo schema del «rapporto di lavoro subordinato privato»; di riconoscere nella figura del contratto individuale un elemento capace di parificare la soggettività del lavoratore a quella dell'amministrazione, mutando per questa via anche il significato della contrattazione collettiva e della legge, a cui restava riservata la disciplina di *particolari aspetti dei rapporti privatizzati*, «più strettamente legati a profili organizzativi dell'attività dell'amministrazione»⁷.

L'idea fondante del modello del 1992 constava quindi di una duplice dorsale: la libertà del legislatore in ordine al dosaggio di fonti regolatrici, ma anche la presupposizione del rapporto di lavoro come materia informata da una «leale concorrenza» tra ordinamenti⁸. Nel decreto legislativo n. 150 del 2009, la disciplina del rapporto di lavoro risponde invece ad un pluralismo meramente tecnico, realizzato sotto una clausola generale di compatibilità agli interessi dello Stato⁹.

Lo scopo è, come sappiamo, la continuità ed inderogabilità degli obiettivi generali dell'economia, per cui si istituisce un meccanismo di produzione giuridica parallelo alla contrattazione, in cui è giocoforza, per il lavoratore, aggiustarsi di continuo con i poteri discrezionali della pubblica amministrazione.

Prova ne è la prassi delle parti sociali, seguita prima e dopo l'entrata in vigore del decreto, di concludere intese od accordi-quadro che sottomettono alle esigenze della «programmazione economica e finanziaria» (non solo alle disponibilità di bilancio) le regole della contrattazione collettiva, sotto l'egida di elementi superiori quali l'interesse generale o gli obiettivi generali dell'economia¹⁰. Si delinea così la tendenza ad intro-

⁶ Lo si ricava, nel suo complesso, dalla tesi di A. ORSI BATTAGLINI, *Gli accordi sindacali*, cit.

⁷ Corte costituzionale, sentenza 25 luglio 1996, n. 313.

⁸ V. TALAMO, *La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 13 ss. Per un'ampia disamina del problema si rimanda al saggio di B. G. MATTARELLA, *Sindacati e pubblici poteri*, Milano, 2003.

⁹ A. BELLAVISTA, A. GARILLI, *Regolazione legale e decontrattualizzazione: la neoibridazione normativa del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Il lav. nelle pubbl. amm.*, 2010, p. 1 ss.

¹⁰ Si veda per esempio la recente *Intesa per la regolazione del regime transitorio conseguente al blocco del rinnovo dei contratti collettivi nazionali nel pubblico impiego*, del 4 feb-

durre nuove forme e nuove fonti, quando nuove esigenze di finanza pubblica si presumono non adeguatamente perseguibili tramite l'azione sindacale: una sorta di chiamata in sussidiarietà della contrattazione collettiva, al fine di temperare la dinamica del conflitto sociale e preservare gli interessi unitari dell'economia.

Definiamo questa istanza "neocorporativa", non per rievocare modelli storicamente noti¹¹, ma solo per sottolineare la comunanza d'intenti di qualsiasi riforma improntata dall'ambizione di dirimere la tensione tra i diversi interessi che permeano la pubblica amministrazione, ponendo il personale pubblico alle dipendenze esclusive del governo o della legge¹². È esattamente questo che succede, allorché la regola degli «ambiti» riservati alla legge diviene non tanto un vincolo di competenza per la contrattazione collettiva, ma un principio di statualità di tutti gli interessi sottesi alla legge, a cui tutti i livelli di contrattazione sono costretti ad adeguarsi entro termini prefissati, pena la perdita di efficacia dei singoli atti negoziali. Il tenore delle norme transitorie e le loro possibili conseguenze (di cui si dirà), sembrano confermare la preferenza per relazioni sindacali attivabili in forme e luoghi diversi da quelli tradizionali.

3. *Il paradigma manageriale ed il problema della certezza del diritto*

Connessa al modello sopra tratteggiato è l'impostazione del *management* come fonte, tramite l'apertura di uno spazio istituzionale (organismi di valutazione) equidistante dalla legge e dalle relazioni sindacali. Ne è prova, ad esempio, l'art. 11, comma 3 del decreto, che vieta di nomi-

braio 2011, dove si preannuncia un ulteriore accordo quadro per regolare il «sistema delle relazioni sindacali».

¹¹ L'allusione al vero e proprio diritto corporativo, come dottrina dello stato e della giuridicità in genere, non è ovviamente nostra intenzione. Semmai, possiamo parlare di un neocorporativismo "interno" al settore pubblico, tendente a far sì che la pubblica amministrazione contribuisca, con una maggiore qualità dei servizi, agli obiettivi di ripresa della crescita economica (intesa del 4 febbraio 2011, sopra citata). Il decreto pretende di indirizzare a questo scopo le relazioni sindacali; tanto che il nucleo della contrattazione collettiva diviene l'esecuzione della legge e cioè un'attività sostanzialmente amministrativa, connessa alla riorganizzazione del personale, in chiave di tutela dell'economia nazionale. Di qui una certa ibridazione tra schemi di diritto pubblico e schemi di diritto privato. Si consideri, peraltro, che anche la teoria corporativa, nel suo progetto di costruire una "terza dimensione del giuridico", rimase perlopiù al rango di una idealità, priva di soverchi riscontri (G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto delle lavoro in Italia tra otto e novecento*, Milano, 2007, p. 238 a 253; v. anche L. ORNAGHI, *Stato e corporazione*, Milano, 1984), per cui non sarebbe azzardato concludere che le vicende attuali del decreto n. 150 del 2009 mostrano una assonanza "involontaria" a quella ideologia.

¹² L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, 2000, p. 36.

nare a componenti della *Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche* soggetti che rivestano od abbiano rivestito cariche in organizzazioni sindacali (senza contestualmente vietare la nomina di soggetti che abbiano rivestito cariche in pubbliche amministrazioni o presso organizzazioni di imprese)¹³. Ma più in generale, l'elezione del *management* a tecnica di gestione dei diritti del lavoratore è lo strumento di cui si serve il decreto per depotenziare l'efficacia normativa degli atti-fonte tradizionali. Per fare un esempio, ci si può chiedere se atti come il «piano della performance» (art. 10 d.lgs. n. 150 del 2009) manifestino una capacità di produrre regole all'interno della pubblica amministrazione¹⁴, in una zona in cui si attutisce il peso delle fonti tradizionali (legge e contratto collettivo).

Torneremo tra breve sul modo d'intendere il concetto di fonte. Basti per ora notare che, ponendo l'accento congiuntamente sugli atti bilaterali a cui si è sopra accennato (accordi-quadro, intese, ecc.) e sugli atti interni della pubblica amministrazione, si può osservare un complessivo allargamento ed una minore tipicità dell'area delle fonti, poiché la stessa idea di una autoregolazione della disciplina del lavoro pubblico tende ad assumere contorni meno nitidi.

Nella logica del *management*, lo stesso conflitto sociale può assumere contenuti e risvolti del tutto differenti. Al limite, «fonte» diviene anche il fatto più elementare nella vita del lavoratore e cioè il suo impegno nel miglioramento della *performance*, al fine di ottenere una positiva misurazione del proprio rendimento. Arretra la tecnica della regolazione del lavoro attraverso la preposizione di fattispecie, in favore di un monitoraggio praticato dall'amministrazione per distinguere, con l'ausilio di organismi specializzati, la buona e la cattiva amministrazione.

Dovrebbe già potersi notare, peraltro, come questa flessibilità delle sorti del lavoratore oltrepassi un'importantissima soglia. Alludiamo alla pur parziale *incertezza* delle regole a cui si assoggetta il lavoratore pubblico nel corso del suo servizio. La *certezza del diritto* è valore di qualsiasi ordinamento giuridico, corollario di uno dei cardini dello Stato di diritto che è il principio di eguaglianza; il quale è messo a repentaglio ogniqualvolta – e poco importa con quanto gravi conseguenze – i precetti normativi «contengano regole prescrittive di comportamenti o costitutive di stati normativi non direttamente determinati, ma indicati solo quali risul-

¹³ Sulla illegittimità costituzionale di questa disposizione, V. ANGIOLINI, *I profili di costituzionalità*, in AA.VV., *Lavoro pubblico: il passato ritorna*, a cura di M. Gentile, Roma, 2010, p. 74.

¹⁴ F.G. GRANDIS, *Luci ed ombre nella misurazione, valutazione e trasparenza della performance*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 27.

tati di comportamenti od operazioni per il cui compimento (cioè per il conseguimento dei quali risultati) non si diano regole metodiche precise»¹⁵.

Il compito che gli interpreti sono chiamati ad assolvere è quindi un'opera di riallineamento del significato del decreto a quella fondamentale garanzia del lavoratore che è la sicurezza dei propri diritti, oltre che dei propri doveri: in una parola, la certezza di un sistema di fonti. Senza la quale, persino l'idea che quello pubblico sia un "rapporto" di lavoro naviga in acque poco tranquille.

Chi, per esempio, ha stimato come un elemento di sopravvivenza dell'assetto normativo anteriore al decreto, la non abrogazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 165/2001, a norma del quale i rapporti di lavoro continuano ad essere regolati «contrattualmente»¹⁶, ha sottovalutato che nel settore del lavoro pubblico la "legificazione" può produrre esattamente questo tipo di illusione ottica: far apparire la legge come fonte che non si sostituisce o addirittura positivamente riconosce il principio contrattuale, quando in realtà la contrattazione rimane poco più di una dichiarazione, se la si considera dal punto di vista delle situazioni soggettive che frongono l'esercizio dei poteri della pubblica amministrazione¹⁷.

Dobbiamo invece muovere dalla constatazione che, nel settore dell'impiego pubblico, mediante la legge si possa tanto costruire un tessuto di regole equidistanti dalle parti, quanto riportare in auge il "pubblico impiego" inteso a modo di ordinamento interno, nel quale legge e contrattazione divengono espressioni informate da un unico principio, immanente, di "supremazia speciale"¹⁸.

¹⁵ L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, ad vocem, in *D. disc. priv. (sezione civile)*, vol. II, Torino, 1978, p. 278.

¹⁶ Per questa impostazione (come si è detto, prevalente), G. D'AURIA, *Il nuovo sistema delle fonti*, cit., p. 6 ss.; U. CARABELLI, M.T. CARINCI, *Privatizzazione e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro e nuovi assetti giuridici dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni*, in AA.VV., *Il lavoro pubblico in Italia*, a cura degli stessi Autori, Bari, 2010, p. 62.

¹⁷ Non essendovi necessariamente corrispondenza tra la struttura della fonte e la natura sostanziale del rapporto. Per un approfondita disamina sul punto, A. ORSI BATTAGLINI, *Gli accordi sindacali*, cit., p. 42.

¹⁸ È importante considerare la diversa ricostruzione di F. BORGOGELLI, *I poteri della dirigenza pubblica*, cit., la quale osserva, a proposito del problema della «pubblicizzazione» delle fonti, che «nella disciplina del lavoro privato il legislatore interviene, con norme inderogabili, per vincolare il datore di lavoro, che persegue il proprio scopo/interesse economico secondo la logica propria dell'agire imprenditoriale, soprattutto al fine di tutelare i lavoratori; nel lavoro pubblico il legislatore interviene, con norme inderogabili, anche per garantire che il dirigente-datore di lavoro eserciti effettivamente le proprie prerogative così da perseguire in modo adeguato proprio scopo, che coincide con gli obiettivi dell'amministrazione, secondo gli indirizzi e i programmi indicati dal vertice politico. In entrambe le situazioni la fi-

4. *La prospettiva della inconoscibilità del lavoro pubblico; ovvero di una verosimile (ed inattesa) “de-legificazione”*

A tutta prima, il decreto legislativo n. 150 del 2009 ha una sua concezione di “pubblicità” del rapporto di lavoro e delle responsabilità del lavoratore informata dai principi del diritto disciplinare e dalla metodica della valutazione (*performance*) come fonte delle norme regolatrici del rapporto; tanto che non sarebbe peregrino tornare a chiedersi se il consenso prestato dai lavoratori e dalle loro organizzazioni alle decisioni della pubblica amministrazione, sia genuinamente negoziale o sia solo la fase di un procedimento pubblicistico.

E' chiaro, infatti, che nel settore dell'impiego pubblico il contratto collettivo svolge la sua funzione di fonte, fino a quando il legislatore riconosca il proprio vincolo a disciplinare direttamente aspetti organizzativi del rapporto di lavoro. Il contratto collettivo è fonte, in altre parole, fino a quando la “legificazione” implica il leale riconoscimento dell'origine negoziale delle norme non “legificate”. Sennonché la trama del decreto n. 150 del 2009 è qualcosa di completamente diverso, per non dire opposto: è la provocazione di una «crisi» permanente del sistema delle fonti attraverso la de-legificazione (i.e. attribuzione alla pubblica amministrazione) del potere di rendere inoperante la contrattazione collettiva.

Si badi che la possibilità di argomentare di una de-legificazione non è polemica, né opera di fantasia. È proprio il ruolo della legge che non deve essere sopravvalutato, bensì considerato per ciò che è, ossia per l'intensità della regolazione che la legge dimostra effettivamente di voler sopportare.

Metaforicamente parlando, il decreto n. 150 del 2009 dispone della propria forza di legge come il bozzolo di una crisalide: libera il potere e si ritrae dall'imporre doveri, obblighi o divieti, se non laddove ciò sia funzionale a trasformare i diritti soggettivi in semplici interessi dei lavoratori; tante sono le norme che si direbbero “attributive di potere” nel senso più tradizionale del termine.

nalità dell'intervento legislativo è ‘esterna’ rispetto ai singoli atti negoziali, e non sembra esservi ragione perché nella seconda fattispecie il solo fatto che l'intervento legislativo sia divenuto pervasivo e rafforzato trasformi in pubblicistico il rapporto tra le parti e in supremazia la relazione contrattuale».

Nella nostra opinione, ciò che vale a «pubblicizzare» il rapporto di lavoro non è tanto la posizione della fonte rispetto ai singoli atti negoziali, bensì – come ci si accinge a sostenere – il problema della «certezza» giuridica, che viene meno proprio per una sorta di de-legificazione del sistema delle fonti. Da questa angolazione si può dubitare, appunto, del fatto che la legge rimanga «genuinamente» *esterna* rispetto ai contratti di lavoro ed all'esercizio dei poteri dirigenziali, ossia del profilo correttamente rilevato dall'Autrice appena citata.

Al di là del filo sottile che mantiene la devoluzione al giudice ordinario delle controversie nascenti dal rapporto di lavoro, il decreto pullula di norme di relazione, se così si possono chiamare le regole che intestano all'amministrazione poteri di disciplina; onde vi sarebbe da discutere se il potere "datoriale" sia ancora un potere privato della pubblica amministrazione e se l'azione sindacale, a cui pure si chiede di non ledere la valutazione del lavoratore, non sia essa stessa ciò che non è mai stata e cioè attività "esecutiva" della legge.

In conclusione, dopo questo primo giro di orizzonte, possiamo allora affermare che le barriere della separazione organizzativa e della valutazione (*performance*) del lavoratore permettono di supporre che tutto, in tema di "fonti" del diritto del lavoro pubblico, sia ora diverso: l'analisi della provenienza delle regole, la definizione di fonte, la possibilità di prevedere un ordine delle fonti; semplicemente perché questo decreto pone le basi affinché venga attenuato il principio affidamento del lavoratore sulla controprestazione della pubblica amministrazione.

5. *Diritto, realtà sociale ed opportunità di soffermarsi sul disegno complessivo del Decreto n. 150 del 2009*

Dobbiamo tuttavia un'avvertenza. Anche oggi, come fu nei primi anni ottanta innanzi alla novità degli accordi sindacali nel pubblico impiego, corre un momento di forte transizione legislativa e normativa. Appare quindi più saggio discorrere di una volontà riformatrice, di portata equivalente (uguale e contraria) a quella del 1983, salvo assumere, nell'approccio al testo del decreto n. 150 del 2009, una linea intermedia «tra la puntuale esegesi dei testi e la compiuta costruzione dogmatica»¹⁹. Tratteremo quindi di singole disposizioni, le quali a nostro avviso sono, nelle intenzioni del legislatore, maggiormente modificative del sistema delle fonti, con l'obiettivo di prendere «sul serio» il disegno abolitivo del 2009; ma consapevoli, al tempo stesso, che una disamina di questo tipo non vuole azzardare alcuna previsione circa il futuro delle relazioni sindacali nel lavoro pubblico e, tanto meno, pretendere di anticipare la soluzione di problemi di specie, quali solo i futuri sviluppi della legislazione e delle prassi potranno chiarificare.

A dire il vero, non sono nemmeno maturi i tempi per posizioni definitive in favore della "pubblicità" o "privatezza" del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni. Ciò anche perché, volendo azzardare pronostici, dovremmo anzitutto considerare che una tradizione sindacale

¹⁹ A. ORSI BATTAGLINI, *op. ult. cit.*, p. 13.

come quella italiana, dimostratasi capace di rendere inoperante l'art. 39 Cost., può trovare la forza per sbarazzarsi senza soverchie difficoltà delle interpretazioni più radicali del decreto Brunetta; il quale dà corpo ad una convergenza politica sulla "analisi economica" del diritto del lavoro pubblico (verso la ottimizzazione della produttività), per varie ragioni, piuttosto ideologica.

Tutto quello che la scienza giuridica può fare, oggi, senza entrare nell'ottica appena descritta, è allora mettere allo scoperto il disegno perseguito dal legislatore del 2009. È importante che in un breve commento, come quello che ci si accinge a svolgere, si ragioni «come se» questo decreto fosse applicabile per ciò che prescrive, al fine di osservare se non altro le basi dei suoi futuri sviluppi; e per non sottovalutare i rischi che una troppo rapida assimilazione delle fonti secondo dogmi precostituiti potrebbe trascinare nella fase che oggi si prospetta, ovvero sia l'attuazione del decreto nelle diverse amministrazioni.

6. *L'incertezza attuale sull'esistenza di un «sistema» di fonti*

Preliminare ad ogni discorso sulle fonti, riguardo al d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, è la consapevolezza di una duplice possibilità di approccio a questo tema. La netta ripresa dell'autorità della legge rispetto al gioco delle relazioni sindacali era già stata segnalata nei commenti alla legge delega n. 15 del 2009²⁰ e non può essere, ora, ripercorsa come autentica novità. Il Decreto delegato, semmai, offre l'occasione di riflettere sulla trasformazione di quel disegno in un modello "rilegificato" della disciplina giuridica dell'impiego pubblico. Ma è proprio a questo proposito che si avverte l'esigenza di un chiarimento preliminare.

La "rilegificazione" può continuare ad essere valutata in termini, per così dire, istituzionali, postulando che il legislatore abbia modificato il "dosaggio" tra norme imperative e norme di fonte negoziale: abbia cioè irrobustito l'area delle prime, ma lasciato comunque invariato il ruolo delle seconde, in modo tale da non intaccare i lineamenti complessivi del sistema. In questa prospettiva, ciò che sembra prendere corpo è soltanto la realizzazione di quel meccanismo di rilegificazione espressa già previsto dall'art. 2, comma 2 del d.lgs. n. 165 del 2001, prima della sua modifica ad opera della legge n. 15 del 2009²¹. Legge e contrattazione collet-

²⁰ S. BATTINI, *Un vero datore di lavoro per il settore pubblico, politico o amministrativo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 475.

²¹ La norma, nel porre una clausola di derogabilità generale della legge ad opera del contratto collettivo, faceva salva la possibilità che legge medesima disponesse "espressamente

tiva ci appariranno allora, anche in questo Decreto legislativo, come sotto-sistemi che si muovono secondo le regole del gioco, l'uno verso l'altro, in guisa complementare o scambievole (la *legificazione* come alternativa alla *contrattualizzazione* del lavoro pubblico); due «ordini normativi distinti, interagenti nell'ambito della delimitazione dei confini effettuata dall'ordinamento giuridico-statuale»²².

D'altro lato, non dobbiamo sottovalutare la complessità e diciamo pure un certo “disordine” delle fonti del diritto del lavoro; settore che rivela un struttura straordinariamente complessa di elementi costitutivi²³. «Le disposizioni del presente decreto» – si legge all'art. 1, comma 2 – «assicurano (...) il rispetto degli ambiti riservati rispettivamente alla legge e alla contrattazione collettiva». Ma una siffatta schematizzazione dell'ordinamento del lavoro è solo un punto di partenza, poiché legge e contrattazione collettiva non sono soltanto figure statiche, *organizzate* in “sistemi”, sono anche figure *organizzanti*, strumenti di regolazione sostanziale di un determinato rapporto. Il loro comportamento effettivo non deriva dal come l'una si dispone verso l'altra, ma dal modo in cui ciascuna di esse provvede sui singoli istituti disciplinanti condizione del lavoratore. Il d.lgs. n. 150 del 2009 potrà allora essere osservato in modo «meno scolastico»²⁴, in funzione delle norme che effettivamente dominano la prestazione del dipendente pubblico.

C'è molta differenza tra il riflettere sul contenuto del Decreto Brunetta nell'orizzonte dei rapporti formali tra legge e contratto collettivo, tra legge e fonti secondarie, tra legge statale e legge regionale, ed il procedere dalla contemplazione delle dinamiche reali che esso pretende di disciplinare.

Dal primo punto di vista, la precedenza compete al profilo più disputato, anche nel dibattito parlamentare precedente all'approvazione

in senso contrario”. Sulla dubbio portata della clausola, L. GALANTINO, *Diritto sindacale*, Torino, 2008, p. 178. Si è peraltro osservato che, proprio per questa “riserva” alla legge della facoltà di disporre in contrario, la clausola in esame non derogasse “né al principio della prevalenza della norma di legge successiva nel tempo su quella anteriore, né a quella della subordinazione del contratto collettivo alla legge” (G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Bari, 2006, p. 190 e con altro impianto F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro - 1. Il diritto sindacale*, Torino, 2006, p. 222; sotto il vigore del d.lgs. n. 29/93, G. GHEZZI, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e la ridefinizione delle fonti*, in *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, Milano, 1998, p. 119 ss. A questo testo di rimanda per una sintesi di numerose opinioni sul tema in esame e, più in generale, sul regime del contratto collettivo nel sistema delle fonti del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

²² L. MARIUCCI, *Le fonti del diritto del lavoro*, Torino, 1988, p. 89.

²³ G. NICOLINI, *Fonti extralegislative del diritto del lavoro*, Milano, 1982, p. 5.

²⁴ L. MARIUCCI, *Le fonti*, cit., p. 10.

della legge delega n. 15 del 2009. Si allude all'accennata questione della "rilegificazione" nel suo significato di "dosaggio" tra l'area della legge e quella del contratto. Dal secondo punto di vista, è legittimo interrogarsi liberamente sulla struttura attuale dell'ordinamento del lavoro pubblico; ma tale domanda implica un secondo quesito: *esiste ancora un vero e proprio "sistema delle fonti", nel diritto del lavoro pubblico?*

7. *La "rilegificazione" (Titolo IV d.lgs. n. 150 del 2009): profili generali*

Molto si è già scritto, riguardo a questa operazione. L'art. 1 della legge n. 15 del 2000 ha capovolto il senso dell'art. 2 comma 2 secondo periodo del d.lgs. 30 marzo 20021, n. 165, sostituendo, alla possibilità per la contrattazione di derogare alla legge salvo espressa disposizione contraria, la norma diametralmente opposta: ora il contratto collettivo può disciplinare il rapporto di lavoro, rendendo inapplicabili le contrarie disposizioni di legge, solo quando ciò sia espressamente previsto.

Il Decreto delegato attua il suddetto principio fondamentale, segnatamente con le norme di cui al Titolo IV (art. 32 e ss.). Soprattutto all'interno del Capo I (principi generali) ed al Capo IV (contrattazione collettiva nazionale e integrativa), la "rilegificazione" prende le forme dell'armonizzazione di tutto l'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche.

8. *Le "riserve di provvedimento dirigenziale"*

L'articolo 32 del d.lgs. n. 150/2009 enuncia il criterio fondamentale di riparto della disciplina giuridica del lavoro tra le diverse fonti regolatrici, distinguendo tra: 1) materie sottoposte alla legge e, sulla base di questa, ad atti organizzativi ed *all'autonoma responsabilità del dirigente nella gestione delle risorse umane*; 2) materie oggetto di contrattazione collettiva.

I poteri dei dirigenti nella gestione delle risorse umane (che rimangono «poteri del privato datore di lavoro») si rappresentano così quali *fonti unilaterali* del rapporto; capaci anch'essi di concorrere con la contrattazione collettiva.

Una delle manifestazioni più evidenti di questo nuovo assetto è il potere sostitutivo provvisorio istituito dall'art. 54 del d.lgs. n. 150/2009 (nuovo art. 40, comma 3-ter del d.lgs. n. 165/2001) che attribuisce alle pubbliche amministrazioni la potestà di intervenire con atti unilaterali sulle materie oggetto di contrattazione integrativa, qualora non si rag-

giunga l'accordo con le associazioni sindacali, fino alla successiva sottoscrizione (sul punto si tornerà in seguito).

Ma prima ancora, lo stesso art. 54 sottrae alla contrattazione collettiva una serie di materie afferenti alle «*prerogative dirigenziali ai sensi degli articoli 5, comma 2, 16 e 17*» (nuovo art. 40, comma 1 d.lgs. n. 165/2001).

Si tratta delle materie che l'art. 34 comma 1 identifica come «*misure inerenti alla gestione delle risorse umane*», rientranti «*nell'esercizio dei poteri dirigenziali*» (nuovo art. 5, comma 2 d.lgs. n. 165/2001); ad esse si aggiungono quelle di cui al nuovo testo degli articoli 16 e 17 del d.lgs. n. 165/2001, come modificati dagli articoli 39 e 39 del d.lgs. n. 150/2009.

Da una lettura combinata delle suddette disposizioni, si deduce che restano estranee alla contrattazione collettiva le attività che permettono ai dirigenti di svolgere poteri di *proposta*, ai fini dell'elaborazione del documento di programmazione triennale del fabbisogno del personale, poteri di *individuazione* di risorse e profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti dell'ufficio cui sono preposti (art. 38 e 39), poteri di *definizione* di «*misure idonee*» a combattere la corruzione ed il controllo del rispetto di tali misure da parte dei dipendenti, poteri di *valutazione* del personale assegnato al proprio ufficio (art. 39).

L'esclusione del contratto collettivo da tali ambiti è confermata (non è un'eccezione alla regola) dalla clausola secondo cui, in talune delle suddette materie (sanzioni disciplinari; valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio; mobilità e delle progressioni economiche) la contrattazione collettiva «*è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge*» (art. 54 d.lgs. n. 150/2009, nuovo art. 40, comma 1 d.lgs. n. 165/2001, ultimo periodo). È chiaro infatti che tale norma sottende relazioni sindacali di tipo gerarchico, relegando la contrattazione ad ruolo puramente esecutivo.

Ne ricaviamo così uno schema trilaterale: la organizzazione degli uffici, la gestione del personale, la contrattazione collettiva. Un modello in cui la gestione diventa "potere" amministrativo e trascorre per intero nell'orizzonte pubblicistico, lasciando alla contrattazione uno spazio negoziale svuotato di un senso propriamente organizzativo. Si vede perciò indebolita la consolidata dicotomia tra organizzazione (pubblica) degli uffici e disciplina (privata) del rapporto di lavoro²⁵.

Solo da questa angolazione, assumendo cioè il paradigma della cancellazione di una linea di confine tra pubblico e privato, si può tributare una certa coerenza al nuovo 40, comma 1 d.lgs. n. 165/2001 (art. 54

²⁵ S. BATTINI, *Un vero datore di lavoro*, cit., p. 478.

D.lgs. n. 150/2009), dove è stabilito che la contrattazione collettiva non più “si svolge su tutte le materie relative al rapporto di lavoro” (vecchio testo), ma «*determina i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro*». Disposizione di significato incerto²⁶, ma paradossalmente chiara nel suo senso de-materializzante: gli obblighi pertinenti al rapporto di lavoro non sono più la materia relativa al rapporto di lavoro, ma ciò che resta di essa, dopo l’esercizio dei poteri datoriali dell’amministrazione²⁷.

9. *L’abolizione della partecipazione sindacale all’organizzazione ed alla gestione delle risorse umane nell’amministrazione*

Speculare alla previsione del potere datoriale come autonoma fonte di produzione, è l’abolizione della partecipazione sindacale e dei lavoratori all’organizzazione amministrativa ed alla gestione dei rapporti di lavoro.

L’art. 5, comma 2 del d.lgs. n. 165/2001, come modificato dall’art. 34 del Decreto n. 150/2009, stabilisce che le determinazioni per l’organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro siano 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’articolo 9. La norma si combina con il successivo art. 9 del d.lgs. n. 165/2001 (modificato dall’art. 36 d.lgs. n. 150/2009), che fa salvo «*quanto previsto all’art. 5, comma 2*», nel devolvere ugualmente ai contratti collettivi nazionali la disciplina delle modalità e degli istituti della *partecipazione*.

La partecipazione avviene quindi fatto salvo l’art. 5, comma 2. Fermo restando cioè che le determinazioni per l’organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro siano assunte *in via esclusiva* dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del datore di lavoro.

Dal canto loro, le suddette determinazioni organizzative sono assunte in via esclusiva fatta salva *la sola informazione* ai sindacati di cui all’articolo 9, ove prevista nei contratti collettivi. Quello che la legge

²⁶ S. BATTINI, *loc. ult. cit.*, p. 479.

²⁷ Un quadro diametralmente opposto a quello sviluppatosi con le privatizzazioni degli anni novanta, in cui proprio il potere datoriale poteva essere qualificato come esercizio di capacità di diritto privato dell’amministrazione (M. D’ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassanini»*, in *Il lav. nelle pubbl. amm.*, 1998, I, p. 62.

chiama *partecipazione*, deve quindi intendersi come «informazione ai sindacati»: le due espressioni sono usate nel medesimo significato e non v'è spazio per una diversa interpretazione.

Nel vecchio testo del d.lgs. n. 165/2001, il regime delle determinazioni datoriali in materia di organizzazione e gestione del personale non prevedeva che tali determinazioni fossero assunte *in via esclusiva*. A parte ciò, ben più importante era il vecchio art. 9, il quale prevedeva che i contratti collettivi disciplinassero i rapporti sindacali e gli *istituti* della partecipazione, «*anche con riferimento agli atti interni di organizzazione aventi riflessi sul rapporto di lavoro*».

La nuova norma è quindi l'esatto opposto della precedente. Il decreto n. 150 del 2009 ha abolito entrambe le prerogative: non solo la competenza dei contratti collettivi nazionali alla disciplina degli istituti della partecipazione sindacale, ma, nella sostanza, la partecipazione stessa, che rimane appannaggio dell'azione sindacale in guisa di mero diritto d'informazione²⁸.

Non si disconosce che il termine “partecipazione” fosse già approssimativo ed inquadrabile in diversi modelli di relazioni industriali, ma è fuori dubbio che la norma in esame sottragga spazio, indistintamente, a tutti tali schemi, avendo ad oggetto le relazioni sindacali *partecipative* in quanto tali²⁹ ed in questo senso impedendo alla contrattazione di incidere sugli atti organizzativi “interni”³⁰.

²⁸ La circolare n. 7 del 2010 del Ministro per la pubblica amministrazione e per l'innovazione ha infatti preteso l'applicazione immediata del nuovo art. 5 comma 2 del d.lgs. n. 165 del 2001, quale effetto della sostituzione automatica delle clausole difformi dei vigenti contratti CCNL (articoli 1339 e 1414 c.c.), significativamente precisando che, nelle materie per cui è esclusa la contrattazione collettiva, «le forme di partecipazione sindacale, se già previste dai contratti nazionali, “regrediscono” all'informazione».

²⁹ Sul tema della partecipazione, L. ZOPPOLI, *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, in *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, Milano, 2005, p. 187; R. SANTUCCI, *I diritti di partecipazione dei lavoratori nelle amministrazioni pubbliche*, *ivi*, p. 391 ss.

³⁰ Ne deriva un modello “dirigistico” di relazioni sindacali, che sembra potersi ricavare agevolmente anche dalla «bozza» – ma è corretto, per ora, considerarla solo come tale – di «*Atto di indirizzo quadro all'ARAN in attuazione del punto 5 dell'intesa per la regolazione del regime transitorio conseguente al blocco del rinnovo dei contratti collettivi nazionali di lavoro del pubblico impiego, sottoscritta il 4 febbraio 2011*». Tale documento, al “punto 3”, precisa che la “partecipazione” sindacale è identificata, nel d.lgs. n. 150 del 2009, dai soli istituti: a) della “informazione, preventiva e/o successiva”; b) della “consultazione”; c) dell’“esame congiunto” e che le modalità della consultazione «devono avere caratteristiche tali da non compromettere la funzionalità operativa, la tempestività e l'efficacia dell'azione amministrativa; inoltre, la decisione finale dell'Amministrazione non può essere in alcun modo condizionata da preventive forme di assenso da parte delle organizzazioni sindacali».

10. *Norme imperative e sostituzione automatica di clausole invalide: rimedi o fonti indirette di potere amministrativo?*

La tendenza del legislatore al rafforzamento dei poteri datoriali dell'amministrazione emerge anche da un terzo profilo: l'auto-qualificazione di talune disposizioni quali norme *imperative* ed *inserite di diritto nei contratti collettivi*, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1339 e 1419, secondo comma del codice civile.

La tecnica delle disposizioni inderogabili compare a più riprese all'art. 33 del d.lgs. n. 150/2009, in particolare alle lettere *a*) e *c*). Tuttavia, non è affatto chiara la ragione del ricorso a tale strumento da parte del legislatore.

Nell'ordinamento del lavoro privato, il primato della legge sulla contrattazione collettiva si fonda sulla funzione di assicurare trattamenti minimi³¹; in quello del lavoro pubblico, anche sull'esigenza di assicurare il principio di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.)³²; interessi di natura generale e sociale che possono giustificare un certo tasso di inderogabilità unilaterale della legge da parte della contrattazione collettiva.

In entrambi i casi, tuttavia, le disposizioni che costituiscono norme imperative sono chiaramente identificate o almeno identificabili. Quando poi tali norme sono destinate a essere inserite automaticamente nel contratto, in luogo delle clausole difformi, si pone logicamente un problema di effettività dell'automatismo e di coerenza tra la fattispecie integrativa legale e quella negoziale.

Nel decreto n. 150 del 2009, la denominazione di norme imperative sembra competere indistintamente a tutte o, comunque, a blocchi omogenei di disposizioni, molte delle quali si limitano ad istituire poteri amministrativi, senza in realtà prestarsi ad alcuna immediata applicazione, che non sia quella di assegnare il rapporto di lavoro ad una disciplina integralmente unilaterale.

Anzitutto, il nuovo testo dell'art. 2 del d.lgs. n. 165/2001 sottopone ancora il rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche alle leggi sul rapporto di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve, nel testo modificato dall'art. 33 lettera *a*) del d.lgs. n. 150/2009, le disposizioni del presente decreto, (*virgola*) «*che costituiscono disposizioni a carattere imperativo*». Ad una sommaria analisi, imperative sarebbero tutte le disposizioni del decreto, *da intendersi come* norme imperative. Con una riflessione appena approfondita, si potrebbe tuttavia ritenere che

³¹ L. MARIUCCI, *Le fonti*, cit., p. 100.

³² Per una esaustiva riflessione sul punto, F. BORGOGELLI, *op. cit.*

quella *virgola* serve alla precisazione di un limite, ad indicare cioè come *imperative* le sole disposizioni a cui il decreto n. 150/2009 attribuisce tale qualifica.

Questa seconda soluzione sembra, a ben vedere, preferibile. A parte che la prima ipotesi stravolgerebbe il senso del rinvio al lavoro subordinato nell'impresa (qualificare tutte le disposizioni, in linea di principio, come imperative, significherebbe sostanzialmente stabilire che i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dal Decreto n. 150/2009, salve le materie regolate dalle norme sul rapporto di lavoro privato), la prospettiva qui accolta pare avvalorata dal nuovo articolo 3, comma 3-*bis* del d.lgs. n. 165/2001: «*Nel caso di nullità delle disposizioni contrattuali per violazione di norme imperative (...) si applicano gli articoli 13349 e 1419, secondo comma del codice civile*».

Ad ogni modo, anche volendo restare alle norme «qualificate come» inderogabili e provviste della clausola di sostituzione automatica – soprattutto quelle di cui al Titolo III (*merito e premi*, art. 29) – resta il fatto che si tratti, in gran parte, di norme che istituiscono poteri determinativi in capo ai soggetti delle relazioni industriali: norme quindi, aventi contenuto *programmatico*.

Il che cambia, non di poco, lo scenario giuridico che si prospetta, come conseguenza dell'accertamento dell'invalidità che tali norme sanzionano.

Il problema non è, si badi, l'accertamento del vizio di nullità delle clausole contrattuali difformi da quelle imperative (ad esempio, nullità del contratto collettivo sottoscritto senza rispettare la suddivisione del personale nei «livelli di *performance*» stabiliti dall'art. 19), ma il fatto che, mentre la semplice nullità si risolverebbe nella necessità di rinnovare eventualmente i procedimenti di contrattazione, la sostituzione automatica implica – se le parole hanno un senso – l'obbligo (questa volta) dell'amministrazione datore di lavoro di riorganizzare la propria prestazione, applicando direttamente le norme imperative violate.

Si ha allora l'impressione che anche l'apparato sanzionatorio fondato sul principio di nullità tenda a trasferire competenze regolative, non già dalla contrattazione alla legge, ma dalla contrattazione all'amministrazione. Viene da chiedersi se un contratto individuale, in cui il trattamento accessorio, conforme ad un contratto collettivo (nullo), si discosta dal vincolo alle percentuali di *performance* stabilite dalla legge, debba comportare la sostituzione automatica con un contratto individuale in cui il trattamento economico è determinato dall'amministrazione mediante applicazione diretta di quei livelli. Se così fosse, visto che la sostituzione opera *ipso iure*, sarebbe questo un modo di attribuire all'ammi-

nistrazione un potere di apprezzare discrezionalmente l'invalidità dei contratti collettivi, onde procedere per mezzo di atti amministrativi unilaterali alla nuova disciplina negoziale³³.

Il che resta, a tacer d'altro, di difficile compatibilità con la permanenza dell'art. 64, commi 1 e 2 del d.lgs. n. 165/1001, che continua a disciplinare il giudizio di «accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti collettivi» (compreso dunque il caso di nullità³⁴). Tale diversa disposizione impone al giudice ordinario di sospendere il giudizio, ai fini di consentire all'ARAN di convocare le organizzazioni sindacali firmatarie per «*verificare la possibilità di un accordo sull'interpretazione autentica del contratto o accordo collettivo, ovvero sulla modifica della clausola controversa*». La nullità del contratto collettivo ha dunque differenti conseguenze: non può essere dichiarata, prima dell'esaurimento della fase di devoluzione all'ARAN della potestà di rinnovazione delle trattative. Come si coordini tutto ciò con il principio di ragionevolezza, dato che nello steso Decreto è previsto, senza alcuna norma di coordinamento, un duplice regime delle nullità, sembra questione di non poco conto. Fermo restando che la tecnica delle norme inderogabili non naviga in acque tranquille nemmeno rispetto all'art. 24 Cost., proprio perché la sostituzione automatica di clausole priva il soggetto interessato del diritto di far accertare la nullità nei modi di cui all'art. 64 cit.

11. *L'erosione sommersa degli ambiti di contrattazione collettiva: la leva della negoziazione decentrata ed il potere unilaterale «provvisorio»*

L'art. 2, comma 3 del d.lgs. n. 165/2001, come modificato dall'art. 33 D.lgs. n. 150/2009, continua a prevedere che l'attribuzione di trattamenti economici al lavoratore pubblico possa avvenire esclusivamente

³³ È questa in pratica la situazione che si è verificata nelle controversie immediatamente successive all'entrata in vigore del decreto n. 150 del 2009, in cui parte della giurisprudenza (Tribunale di Torino, sez. lavoro, decreto 2 aprile 2010; Tribunale di Pesaro, sez. lavoro, ordinanza 19 luglio 2010) ha giudicato «antisindacale» la condotta di pubbliche amministrazioni che pretendevano, anche in conformità agli orientamenti espressi dal Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione (circolare n. 7 del 2010), di applicare immediatamente le disposizioni del decreto n. 150 del 2009 a preferenza della legislazione anteriore, per «sanare» l'invalidità di contratti collettivi già nulli per violazione dei diritti di informazione e partecipazione (conformi al decreto sopravvenuto). Sulla vicenda G. D'AURIA, *Contratti collettivi e «istituti della partecipazione» nel settore pubblico dopo la «riforma Brunetta»*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, p. 528 ss. (con indicazioni anche per la consultazione delle due pronunce sopra citate).

³⁴ Lo si riscontra, ad esempio, da C. cost., sentenza n. 199 del 2003.

mediante contratti collettivi o, alle condizioni previste, mediante contratti individuali.

Tuttavia, l'art. 33, comma 2, lettera *b*) inserisce nel medesimo art. 2, comma 3 del d.lgs. n. 165/2001 un'eccezione espressa, riguardante casi in cui la retribuzione è determinata *unilateralmente dall'amministrazione*.

Si tratta dei «casi previsti dal comma 3-ter e 3-quater dell'art. 40 e l'ipotesi di tutela delle retribuzioni di cui all'art. 47-bis»³⁵.

Lasciamo qui da parte la fattispecie dell'art. 47-bis, che riguarda l'erogazione degli incrementi retributivi (a quanto pare, sul trattamento economico fondamentale) in difetto di rinnovo della contrattazione collettiva.

Più ricca di implicazioni appare la norma di cui all'art. 40, comma 3-ter, dove si prevede che «al fine di assicurare la continuità e il migliore svolgimento della funzione pubblica, *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*». Viene così introdotto un vero e proprio potere provvisorio, *sostitutivo* e non solo *anticipatorio* (come è quello del nuovo art. 47-bis d.lgs. n. 165/2001) in capo alle singole amministrazioni pubbliche (leggi: ai dirigenti).

Questo potere sostitutivo si lega, non casualmente, alla contrattazione decentrata (integrativa) e non a quella nazionale. Non si tratta infatti (come nell'art. 47-bis) di una misura di tutela della retribuzione, che presuppone quest'ultima determinata o determinabile, ma di una fonte atipica decentrata del rapporto di lavoro, competente a disciplinare, in via surrogatoria, tutte le materie che potrebbero formare oggetto di contrattazione collettiva integrativa.

Il nuovo art. 40, comma 3-bis del d.lgs. n. 165/2001 prevede ancora che la contrattazione integrativa «si svolge sulle materie, con i vincoli e nei limiti stabiliti dai contratti collettivi nazionali, tra i soggetti e con le procedure negoziali che questi ultimi prevedono». Coerentemente, nell'art. 40, comma 3-quinquies del d.lgs. citato viene ribadito che le pubbliche amministrazioni *non possono in ogni caso sottoscrivere in sede decentrata contratti collettivi in contrasto con i vincoli e con i limiti risultanti dai contratti collettivi nazionali o che disciplinano materie non espressamente delegate a tale livello negoziale ovvero che comportano oneri non previsti negli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione, sotto pena di nullità delle relative clausole*.

³⁵ Si confronti la modifica, in termini identici, del testo dell'art. 45 d.lgs. n. 164/2001 sul «trattamento economico», da parte dell'art. 57 del d.lgs. n. 150/2009.

Se non che, nessuna norma prevede analoghi vincoli all'esercizio del potere datoriale di cui all'art. 40, comma 3-ter. La mancata sottoscrizione del contratto nazionale, cioè la mancata individuazione di materie delegate alla contrattazione decentrata e delle procedure, nonché dei soggetti della contrattazione integrativa, non è una circostanza impediente delle determinazioni unilaterali adottabili dalle pubbliche amministrazioni sulle materie oggetto del mancato accordo³⁶.

Il solo limite comune è quello di compatibilità economico-finanziaria, non a caso, espressamente ripreso dallo stesso art. 40, comma 3-ter.

Altre circostanze, del resto, sembrano deporre per la conclusione appena raggiunta: il fatto che il comma 3-ter dell'art. 40 finalizzi il potere datoriale all'assicurazione della «continuità» e del «migliore svolgimento della funzione pubblica», espressioni che richiamano una volontà di tutela del buon andamento dell'amministrazione pubblica intesa appunto come *funzione* (il che non avrebbe grande significato se il potere datoriale in esame fosse subordinato alla contrattazione nazionale); il fatto che sia l'art. 2, comma 3, sia l'art. 45 del d.lgs. n. 165/2001, siano stati modificati introducendo il potere unilaterale di cui all'art. 3-ter accanto alle fonti di disciplina negoziale del rapporto di lavoro, superando la precedente riserva assoluta di contrattazione in ordine ai trattamenti economici (il che non sarebbe stato a rigore necessario, se il potere datoriale di stiamo parlando si potesse esplicitare solo una volta stipulato il contratto collettivo nazionale di lavoro).

Se ne ricava, conclusivamente, l'impressione che il mancato coordinamento tra il comma 3-ter e i commi 3-bis e 3-quinquies sia tutt'altro che involontario. Gli atti adottati unilateralmente dalle pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 40, comma 3-ter d.lgs. n. 165/2001, hanno la dignità di fonti del rapporto di lavoro, originarie, ma anche *concorrenti con la contrattazione collettiva nazionale*, salvo il limite della copertura finanziaria dei costi di tale attività³⁷.

Per questo motivo, qualche perplessità si potrebbe anche avanzare a proposito della «provvisorietà» della misura: non perché l'efficacia nel

³⁶ Lo si ricava anche dal fatto che il contratto collettivo integrativo non deve attendere il rinnovo del contratto nazionale; in questo senso G. NATULLO, *La nuova contrattazione collettiva nel lavoro pubblico: ambito e limiti*, in *Le ist. del fed.*, 2009, p. 703 ed in altro impianto V. TALAMO, *La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, cit., p. 18.

³⁷ In tal senso anche la circolare del Ministro per la pubblica amministrazione e per l'innovazione n. 7 del 13 maggio 2010, nella parte in cui afferma (punto 4) che, per le amministrazioni dello Stato «entro il 31 dicembre 2010 quindi, i contratti integrativi, per evitare la sanzione dell'inapplicabilità (articolo 65, comma 2, d.lgs. n. 150 del 2009), dovranno adattare i contenuti sulla base di quanto previsto dalle disposizioni riguardanti la definizione degli «ambiti riservati», rispettivamente, alla contrattazione collettiva ed alla legge, e dalle *disposizioni del Titolo III (Merito e premi)* del d.lgs. n. 150 del 2009».

tempo di quest'ultima possa di fatto prorogarsi senza limiti, ma perché l'adozione dell'atto unilaterale, appunto, può impegnare risorse prima della contrattazione collettiva, che a sua volta sconta un procedimento di formazione più lungo e macchinoso; onde non è escluso che l'ARAN si presenti ai sindacati con un potere negoziale già largamente eroso da un massiccio impiego di misure unilaterali decentrate.

Si avrebbe così una sorta di capovolgimento di fatto del sistema delle fonti. O, forse, l'emersione di qualche dubbio d'incostituzionalità del comma 3-ter. In un sistema delle fonti ancora basato testualmente sul principio della riserva alla contrattazione dei trattamenti economici; in cui la contrattazione integrativa è rigorosamente subordinata a quella nazionale e dove la norma in questione, art. 40 comma 3-ter, è diffusamente – ma semplicemente – «fatta salva», la contrattazione deve avere gli strumenti di affermazione della sua prevalenza, che è poi l'affermazione del principio di libertà sindacale (art. 39 Cost.) ad essa sotteso. Eletta la via della contrattazione collettiva come fonte dei trattamenti economici, il contemperamento con un sistema di atti unilaterali sembra potersi reggere su di una funzione conservativa della contrattazione collettiva, da parte di questi ultimi (come nell'art. 47-bis del d.lgs. n. 165/2001); molto meno sull'idea di tutela del buon andamento realizzata da misure sostitutive della contrattazione stessa.

12. *La performance come fonte esclusiva del trattamento economico accessorio. Verso una nuova "giungla retributiva"?*

Nucleo essenziale, il vero paradigma, non solo per l'argomento delle fonti, ma riguardo a tutta l'impostazione del decreto Brunetta, è, com'è noto, il sistema della valutazione della *performance* dei dipendenti pubblici, disciplinato nel Titolo II, ma richiamato in tutto il testo del Decreto stesso.

Il legislatore delegato ha recepito l'influsso di un modello ben conosciuto nel campo della scienza dell'amministrazione, basato sul *new public management*, sul ruolo dello Stato quale valutatore del rendimento del personale pubblico. Nel che è implicita una frattura netta con alcuni sistemi precedenti di misurazione della prestazione lavorativa del dipendente pubblico, osservabile sia muovendo dallo statuto epistemologico della scienza dell'amministrazione³⁸, sia muovendo dal dato più stretta-

³⁸ V. per ampie ed interessanti notazioni, anche di carattere storico, sull'ideale dello Stato valutatore e, più in generale, dell'istituto in esame dal punto di vista non giuridico, M. MORISI, A. LIPPI, *Manuale di scienza dell'amministrazione. La valutazione*, Torino, 2001, spec. p. 24 ss. a cui si rinvia integralmente anche per altre citazioni di dottrina.

mente giuridico, dell'abrogazione pressoché integrale del sistema di controllo strategico di cui al D.lgs. 30 luglio 1999, n. 286.

Non compete, beninteso, al tema delle fonti indagare l'intima struttura di questa impostazione. C'è solo un aspetto che si vorrebbe notare. Stando alle acquisizioni della scienza dell'amministrazione, il giudizio sulla produttività del dipendente non dovrebbe mai potersi tramutare – poiché tecnicamente non si presta ad esserlo – in “fonte” della disciplina del rapporto di lavoro.

Proviamo a riflettere sul sintagma più diffuso, foriero di molte citazioni nel testo del d.lgs. n. 150/2009: la valutazione della *performance*. È stato osservato, al riguardo, che «il carattere di questo giudizio (...) non ha alcun valore sanzionatorio, non è orientato all'ispezione, né è l'espressione di un potere. L'esercizio della valutazione è finalizzato al miglioramento ed all'incremento di conoscenza in vista di una correzione, revisione, riprogettazione dell'intervento adottato, delle sue caratteristiche e dei suoi margini di realizzazione. Questa conoscenza si configura come un servizio, e non come una sorveglianza. Si tratta di un'operazione di produzione di informazioni sistematiche, corredate di apposita argomentazione che ne specifica il merito ed esprime un giudizio sui risultati e sui metodi seguiti, ma che viene svolta nel nome di un interesse collettivo per comprendere e misurare se e quanto degli obiettivi e dei programmi fissati sia stato conseguito o meno, in quali termini e attraverso quali scansioni e passaggi operativi»³⁹.

Manca, quindi, il presupposto extragiuridico per trasformare la *performance* e la sua valutazione nell'attribuzione di poteri giuridicamente esercitabili sul piano del rapporto di lavoro. Invece, nel d.lgs. n. 150 del 2009, oltre ad un controllo diffuso sul buon andamento della p.a. mediante norme sulla trasparenza e rendicontazione della *performance* (art. 11), si prevede un controllo di tipo accentrato, finalizzato a differenziare i trattamenti economici accessori.

Il decreto prescrive infatti, con norme inderogabili e di immediata applicazione, ai sensi degli articoli 1339 e 1419 c.c., una classificazione dei dipendenti secondo una graduatoria delle valutazioni individuali (di

³⁹ Insomma, “lo scopo della valutazione è orientato a dotare istituzioni e organizzazioni di una propria capacità di *apprendimento* (...) In questa chiave, la valutazione ha anche una specifica rilevanza ai fini della legittimazione delle istituzioni politiche”, M. MORISI, A. LIPPI, *op. ult. cit.*, pp. 42, 43. Allargando l'orizzonte, si può azzardare l'affermazione che il modello di burocrazia presupposto dal “Decreto Brunetta” corrisponde ad un ideale legale e razionale, valutabile come si giudica il personale dell'impresa, ovvero sia secondo un criterio di separazione dalla società che non corrisponde più alla realtà della pubblica amministrazione odierna (per questa dimostrazione, F. DUPUY, J. C. THOENIG, *Sociologia dell'azione burocratica*, Bologna, 1986, con introduzione di S. CASSESE).

cui il venticinque per cento obbligatoriamente destinato a non percepire alcun trattamento accessorio, art. 19) e li costringe a competere per l'attribuzione di premi (art. 20 ss.) nonché per le progressioni economiche e di carriera (art. 23 e art. 24).

Il che ha ricadute difficilmente calcolabili sulla condizione, giuridica ed economica, dei lavoratori. Non si dimentichi che soggetti alla valutazione non sono solo i dirigenti, ma tutto il personale pubblico. Inoltre, riagganciando il discorso a quanto sopra osservato (n. 4), resta incomprendibile l'elemento capace di differenziare il trattamento accessorio. O, forse, tale elemento è l'*obbedienza* del dipendente al potere di direzione altrui, dato che si è visto eliminato il diritto di partecipazione agli atti di organizzazione e di gestione delle risorse umane.

Siamo dunque innanzi a qualcosa di molto diverso dall'istituto della retribuzione correlata ai risultati⁴⁰ disciplinata dalla contrattazione collettiva, negoziata tra le parti entro un modello flessibile di regolazione. Istituto che, peraltro, denunciava già dopo la seconda privatizzazione il complessivo fallimento dell'incentivazione alla produttività nella pubblica amministrazione⁴¹.

Semmai, è possibile osservare che il decreto Brunetta, risolvendo nella tecnica di misurazione del rendimento l'istituto dei trattamenti accessori, predispone il sistema delle fonti ad una nuova "giungla retributiva": un panorama in cui i livelli di *performance*, la contrattazione integrativa, i poteri unilaterali del datore di lavoro, concorreranno su risorse date. È chiaro quindi che in gioco c'è anche il trattamento economico fondamentale, stanti le ricadute del trattamento accessorio sul potere d'acquisto della retribuzione nel suo complesso.

13. *Il capovolgimento dell'ordine delle fonti nel regime transitorio*

L'art. 65 del d.lgs. n. 150 del 2009 prescrive che le parti, entro il 31 dicembre 2010, adeguino i contratti collettivi integrativi, vigenti alla data di entrata in vigore del Decreto, alle disposizioni riguardanti la definizione degli ambiti riservati rispettivamente alla contrattazione collettiva e

⁴⁰ Non è in discussione il principio contabile che vieta di erogare trattamenti accessori in modo indifferenziato e sulla base di automatismi (Corte dei Conti, sez. regionale di controllo Lombardia, 4 marzo 2010, n. 287 e sez. giurisdizionale Lombardia, 8 luglio 2008, n. 457), ma il criterio di differenziazione, che in quanto rimesso alla purezza della tecnica di valutazione della *performance* è fatalmente destinato a rafforzare il carattere di "unilateralità" della fonte.

⁴¹ G. CANANZI, L. PROSPERETTI, *I compensi correlati alla produttività e alla qualità*, in *I contratti collettivi di comparto*, Commentario, diretto da F. Carinci, Milano, 1997, p. 92.

alla legge, nonché a quanto previsto dalle disposizioni del Titolo III (Merito e premi). In caso contrario, i contratti collettivi integrativi vigenti cessano di produrre i loro effetti alla data del 1 gennaio 2011.

Nel frattempo, con riferimento alla contrattazione collettiva nazionale ed al periodo contrattuale immediatamente successivo a quello in corso, è previsto l'avvio delle trattative contrattuali da parte dell'ARAN con le organizzazioni sindacali e le confederazioni rappresentative nei nuovi comparti (*quattro*, per la precisione) di cui all'art. 40, comma 2 del d.lgs. n. 165/2001 (come modificato dall'art. 54 del d.lgs. n. 150/2009). Trattative che avvengono sulla base dei dati associativi ed elettorali rilevati per il biennio contrattuale 2008-2009, con proroga degli organismi di rappresentanza del personale «anche se le elezioni siano state già indette»; mentre le nuove elezioni dovevano svolgersi entro il 30 novembre 2010 (art. 65, comma 3 del d.lgs. n. 150 del 2009).

In sede di prima applicazione del decreto, mentre vi è stata e continua ad esservi forte pressione per l'adeguamento dei contratti integrativi, esiste un "disegno di congelamento" per quanto concerne l'identificazione dei nuovi comparti di contrattazione e l'indizione delle elezioni delle RSU sulla base dei dati del biennio 2008-2009. Prova ne è il fatto che la Presidenza del Consiglio dei Ministri, profittando della mancata conclusione del Contratto Collettivo Nazionale Quadro per la definizione dei nuovi comparti e del prolungarsi delle trattative in sede di ARAN, abbia chiesto al Consiglio di Stato un parere in merito all'applicazione del citato art. 65, comma 3, ritenendo che «*la previa definizione dei nuovi comparti sia propedeutica alla elezione delle RSU e che il termine del 30 novembre 2010 abbia natura ordinatoria*»⁴². In breve, il quesito della Presidenza del Consiglio era teso a far avallare un'interpretazione secondo cui l'art. 65, comma 3 del d.lgs. n. 150 del 2009 comporterebbe una sospensione a tempo indeterminato delle elezioni delle rappresentanze sindacali unitarie, in attesa della identificazione dei nuovi comparti (per la quale il decreto non fissa alcun termine)⁴³.

⁴² Brano ricavato dal parere del Consiglio di Stato, di cui subito, nel testo.

⁴³ Il Consiglio di Stato, pur riconoscendo la natura ordinatoria del termine del 30 novembre 2010, ha disatteso la suddetta interpretazione, con il parere dell'Adunanza generale n. 551 del 3 febbraio 2011 (adunanza del 12 gennaio 2011), in cui si legge che dalla disposizione in esame «non può inferirsi (...) la sospensione a tempo indeterminato e comunque non oltre il 30 novembre 2010, del diritto dei lavoratori del pubblico impiego ad esprimere periodicamente, alle scadenze previste, la volontà – costituzionalmente garantita (art. 38) – di rinnovare i propri organi di rappresentanza sindacale». «Ne consegue che dopo il termine del 30 novembre 2010 si riespande il diritto al rinnovo degli organi di rappresentanza sindacale di cui all'art. 42, comma 3 del decreto legislativo n. 165 del 2001». Si rinvia alla lettura del parere per i significativi riferimenti al «naturale dinamismo della rappresentatività sindacale»,

Si consideri anche che le disposizioni relative alla contrattazione collettiva «nazionale» si applicano dalla tornata successiva a quella in corso. Non è previsto quindi alcun adeguamento dei contratti collettivi *nazionali* vigenti alla data di entrata in vigore del Decreto (art. 65, comma 5 d.lgs. n. 150/2009). Infine, la situazione deve essere considerata alla luce dell'art. 9 del d.lgs. 31 maggio 2010, n. 178, che ha previsto il “blocco” del rinnovo dei contratti del pubblico impiego.

Torniamo alla contrattazione integrativa.

Il comma 4 dell'art. 65 dispone che relativamente al comparto regioni e autonomie locali, l'adeguamento della contrattazione integrativa possa avvenire entro termini più lunghi (31 dicembre 2011 per l'adeguamento, 31 dicembre 2012 per la cessazione dell'efficacia dei contratti vigenti), ferma restando la scadenza al 30 aprile 2010 degli organismi di controllo di cui al d.lgs. n. 286/1999.

È il caso di ricordare che, a norma dell'art. 30, comma 3 d.lgs. n. 150 /2009, entro il 30 aprile 2010 sono stati istituiti, nelle amministrazioni dello Stato, gli organismi di valutazione della *performance*, i quali assicurano la piena operatività del nuovo sistema dal 1 gennaio 2011. La stessa data da cui hanno perso efficacia i contratti collettivi integrativi, non rivisti secondo le nuove disposizioni⁴⁴.

È opportuno rammentare inoltre che la piena operatività del sistema di valutazione si attua secondo gli indirizzi della Commissione statale di cui all'art. 13, impartiti agli organismi locali di cui all'art. 14, cioè secondo un modello pseudo gerarchico, interno alla stesso sistema di valutazione

A ciò si aggiunga l'art. 40, comma 3-*ter* del Decreto, che, come già visto, autorizza ciascuna amministrazione all'emanazione di misure unilaterali provvisorie, in caso di mancata sottoscrizione dei contratti collettivi integrativi, fino alla sottoscrizione, con il solo vincolo di compatibilità economico-finanziaria.

Ricostruendo il quadro delle disposizioni transitorie, il sistema si dovrebbe muovere quindi nel seguente modo: 1) prima l'istituzione degli organismi di valutazione, entro il 30 aprile 2010, in tutte le amministrazioni 2) poi la fissazione dei criteri di valutazione della *performance* da

alla incostituzionalità di norme atte a cristallizzare irragionevolmente (od una volta per tutte) la misura della rappresentatività; nonché alla concezione del sistema delle relazioni sindacali come modello di «democrazia diffusa e competitiva», ispirato ad una «logica ascendente e non discendente del potere».

⁴⁴ L'inefficacia sopravvenuta della contrattazione integrativa è stata ribadita dal Ministro per la pubblica amministrazione e per l'innovazione a più riprese (v. nota seguente); da ultimo con la circolare n. 7 del 5 aprile 2011, prima con le circolari n. 7 del 13 maggio 2010 e del 17 febbraio 2011.

parte della Commissione statale di cui all'art. 13, entro il 1 gennaio 2011, contestualmente all'adeguamento dei contratti integrativi; 3) dal 1 gennaio 2011 (o 1 dal gennaio 2013 per le amministrazioni del comparto regioni ed enti locali), in difetto di adeguamento dei contratti integrativi, la possibilità di atti unilaterali di disciplina del rapporto di lavoro⁴⁵ (si noti che i criteri per la valutazione della *performance* potrebbero rendersi disponibili scaduto il termine di adeguamento del 31 dicembre 2010). Infine – o comunque, indipendentemente da tutto questo – la contrattazione collettiva nazionale, che non ha regime transitorio, né una prima applicazione. Tutto ciò dimostra come il legislatore abbia messo in moto forze sociali che attingono al di fuori della contrattazione nazionale. Si direbbe quasi che tutto sia stato progettato al fine di far trovare, alla contrattazione collettiva, una realtà giuridica ed economica già ampiamente modificata.

14. *Il ritorno del pubblico impiego ed i suoi antagonisti*

In uno scritto del 1926, Umberto Borsi si chiedeva come mai i giuristi si stessero ancora impegnando contro le teorie privatistiche del rapporto di pubblico impiego, anziché prodigarsi per contrastare l'idea, molto più insidiosa, della unilateralità del contratto di lavoro pubblico⁴⁶. Dopo di lui, altri giuristi hanno avvertito sostanzialmente la medesima esigenza⁴⁷: non si tratta di avversare l'immagine del contratto di diritto privato, bensì di sviluppare l'idea della contrattazione come espressione di un carattere normale, in quanto sociale e dunque spontaneo, dell'ordinamento del lavoro⁴⁸. Nel 1997, Sabino Cassese osservava come la seconda privatizzazione del pubblico impiego fosse rimasta a metà del

⁴⁵ Infatti, secondo la circolare del Ministro per la pubblica amministrazione e per l'innovazione del 17 febbraio 2011, «ai sensi dell'art. 65 del decreto legislativo n. 150 del 2009, dal 1° gennaio 2011 tutti i contratti collettivi integrativi vigenti alla data del 15 novembre 2009 e non adeguati alla nuova ripartizione di competenza fra fonte unilaterale e fonte collettiva nonché a quanto previsto nelle disposizioni del Titolo III dello stesso decreto legislativo n. 150 del 2009 in materia di merito e premi, hanno cessato la loro efficacia e non sono più applicabili. Risultano, peraltro, pienamente operativi ed attuabili tutti gli strumenti finalizzati a premiare il merito e la professionalità [compreso dunque il potere di cui all'art. 40, comma 3-ter] nonché le altre disposizioni dello stesso d.lgs. 150 del 2009, nei termini nello stesso previsti, secondo le indicazioni operative fornite con la circolare del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione del 13 maggio 2010, n. 7».

⁴⁶ U. BORSI, *La contrattualità del rapporto di impiego pubblico nella più recente legislazione*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1926, p. 1 ss.

⁴⁷ In parte maturata anche nella "teoria giuridica" del rapporto di pubblico impiego, su cui M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, 1978, p. 119 ss.

⁴⁸ G. BERTI, *Azione sindacale e funzione amministrativa*, cit., p. 286.

guardo; essa, per l'Autore, aveva in fondo già "legificato" troppo il sistema delle fonti⁴⁹, riempiendo, con norme sulla contrattazione collettiva, uno spazio giuridico che era naturalmente già del contratto e che quest'ultimo avrebbe pertanto potuto occupare anche senza la copertura della legge.

Riteniamo che oggi più che mai queste opinioni – benché non paragonabili tra loro, per tempi ed oggetti delle rispettive indagini – siano da seguire, nella misura in cui suggeriscono alla scienza giuridica di non abbandonare un discorso sostanziale sulle fonti; di non scindere mai, cioè, il profilo normativo da quello istituzionale del rapporto di impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

Ragionando in quest'ottica, si potrà condividere o non condividere, ma è difficile negare che, dietro la legificazione portata a termine dal decreto n. 150 del 2009, venga alla luce un progetto complessivo di "messa in quiescenza" del pluralismo delle fonti e di un suo scioglimento nei poteri tecnico-discrezionali dell'amministrazione. Col senno di poi, nasce il sospetto che il meccanismo dell'art. 1 della legge n. 15 del 2009, dove i più hanno individuato l'origine della "legificazione", sia cosa diversa dagli obiettivi di cui all'art. 2 (efficacia, risultato, produttività, ecc.). Là si vuole che la legge delimiti tassativamente le condizioni della sua deroga ad opera della contrattazione collettiva, onde si prefigura una amministrazione pubblica ciononostante soggetta alla contrattazione. Qui si vuole che la legge, supposta inderogabile, sorvegli l'andamento della contrattazione collettiva e ne corregga le eventuali inefficienze; per il che s'impone di lasciare alla pubblica amministrazione mano libera di agire parallelamente alle risultanze delle relazioni sindacali. Oltre alla legificazione delle fonti nel suo significato più comune, che è quello di una espansione dell'area della legge rispetto alla contrattazione collettiva, troviamo quindi, nella legge n. 15 del 2009, anche una tendenza opposta, alla "delegificazione" delle norme sulle relazioni sindacali; il che ci restituisce l'immagine del "vecchio" pubblico impiego non privatizzato⁵⁰.

Eppure, l'art. 1 della legge n. 15 del 2009 sembra conservare i lineamenti del rapporto di lavoro privatizzato, senza soverchianti modifiche di struttura; tanto che è stato visto, dai più, come espressione di un nuovo punto di "dosaggio" tra ambito della legge ed ambito della contrattazione collettiva. Orbene l'idea di un legislatore intento a "dosare" le

⁴⁹ S. CASSESE, *Le ambiguità della privatizzazione del pubblico impiego*, in AA.VV., *Dal l'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, a cura di S. Battini e S. Cassese, Milano, 1997, p. 77 ss.

⁵⁰ L. ZOPPOLI, *Legge e contrattazione collettiva all'epoca della meritocrazia*, in AA.VV., *Lavoro pubblico: il passato ritorna*, cit., p. 70.

fonti regolatrici dell'impiego pubblico è per sua natura ambigua, poiché confida eccessivamente nella stabilità della privatizzazione e presume la capacità del sistema di assorbire qualsiasi ripresa del ruolo della legge.

Nel concreto dell'esperienza giuridica, gli auto-limiti del legislatore si sono dimostrati (la stessa idea di privatizzazione si è dimostrata) molto più precari(a) e tendenti(e) ad oscillare ampiamente lungo la linea di demarcazione tra pubblico e privato. Il decreto n. 150 del 2009 prova come, per le ragioni del "pubblico", il pluralismo delle fonti possa dismettere i suoi connotati di basamento sociale o storico-fattuale, per divenire un mero "strumento" o "tecnica" di legislazione.

Ci fermiamo qui. L'obiettivo delle presenti note era appunto quello di dimostrare che il decreto esige una verifica per ciò che è, non per la "legificazione" che in esso formalmente si osserva. In apparenza – ma solo in apparenza – questa "legificazione" è una scelta "sulle fonti" (ma "nel" sistema (delle fonti)).

In sostanza, non si può escludere che questa riforma riporti in auge l'aspetto più antico dell'impiego pubblico: la supremazia speciale dell'amministrazione sul proprio dipendente, visto come cittadino speciale⁵¹ ed avente diritti diversi da quelli del lavoratore *tout court*. La scienza potrà allora tornare a parlare del decreto n. 150 del 2009 come di un nuovo statuto degli impiegati civili dello Stato⁵².

Tutto ciò non si può escludere. Va detto però, in conclusione, che anche il decreto n. 150 del 2009 ha i suoi naturali antagonisti.

Le regioni e gli enti territoriali, anzitutto⁵³. La suddivisione operata dal decreto tra norme immediatamente applicabili, rientranti nella potestà legislativa esclusiva dello Stato (art. 74, comma 1)⁵⁴; norme programmatiche, costituenti diretta attuazione dell'art. 97 e formanti principi generali dell'ordinamento (art. 74, comma 2); norme che dovevano essere attuate entro il 31 dicembre 2010, sotto pena dell'entrata in vigore della legge statale "cedevole" (art. 16, comma 2 e 3, 31, comma 4); ma non ultime, le norme che impongono alle regioni ed agli enti locali di rivedere i propri contratti collettivi integrativi entro il 31 dicembre 2011 (art. 65,

⁵¹ Sul punto. S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, 2000, p. 734 ss.

⁵² A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1983.

⁵³ A. TROJSI, *L'impiego regionale: fonti e spazi di competenza legislativa per le regioni*, in *Le ist. del fed.*, 2009, p. 819 ss.; D. SIMEOLI, *L'organizzazione del lavoro nell'amministrazione pubblica: fonti, modelli e riforme in atto*, *ivi*, p. 774 ss.; G. RICCI, *L'applicazione della riforma Brunetta negli enti territoriali e nella autonomie funzionali*, in *Il lav. nelle pubbl. amm.*, 2010, 507 ss. (anche con riferimenti collegati al tema del cd. federalismo fiscale).

⁵⁴ Il titolo sarebbe precisamente, ai sensi del Decreto, la competenza dello Stato alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni (art. 117 Cost. comma 2 lett. m).

comma 4). Tutto ciò costituisce un quadro di incerta e difficile esecuzione, in cui, comunque, le disposizioni immediatamente applicabili danno l'idea di un disegno abbozzato dallo Stato per sé stesso, più che di una riforma dell'intera amministrazione pubblica.

Un secondo contrappeso sono le medesime relazioni sindacali, che il decreto tende ad irreggimentare. Riesce invero difficile pensare che la "legificazione" del sistema delle fonti possa rivelarsi capace di soffocare la spontaneità e la dinamica del conflitto collettivo, al quale rimane sempre affidata, in ultima analisi, la scelta sul come ed in che termini aderire alla nuova legislazione sull'impiego pubblico. Come si è ricordato, una struttura sindacale capace di rendere inoperante l'art. 39 Cost. può trovare la forza per correggere il decreto legislativo n. 150 del 2009. Proprio per questo, ciò a cui assisteremo non sarà forse (o non necessariamente) un movimento collettivo di adesione o di ribellione al decreto, bensì una progressiva ricucitura delle relazioni sindacali in un quadro non più governato dalle fonti tradizionali.

Vero è infatti che l'amministrazione, quali che siano gli strumenti di cui si può giovare in linea di diritto, non può ambire, di fatto, a tenere le redini del conflitto collettivo. Così come la logica del servizio alla nazione (art. 98) – e la presenza dei "cittadini" quali destinatari delle utilità prodotte dal dipendente pubblico – rende impossibile fare venir meno tutti gli aspetti autoritativi che necessariamente ineriscono alla posizione di servizio del personale⁵⁵, è impossibile far venire meno il dato, storicamente dimostrato, del formarsi spontaneo di relazioni sindacali anche al di là degli aspetti autoritativi del rapporto con il personale pubblico.

La responsabilità ed il buon senso delle parti sociali, in parte emerso anche dalle recenti condotte collettive, che non sembrano drammatizzare i contenuti della riforma, indica il tentativo della burocrazia di non attrarre su di sé il sospetto di amplificare uno degli elementi di crisi del pubblico impiego, cioè quell'atteggiamento di ostracismo alle riforme, che è storicamente causa di una certa perdita di stima dei pubblici funzionari presso la collettività⁵⁶. D'altra parte, alcuni eccessi antisindacali che possono derivare dalla pedissequa applicazione del decreto n. 150 del 2009 sono evitabili proprio in quanto destinati a sfociare nella repressione della condotta dell'amministrazione, come pure alcune vicende giurisprudenziali hanno dimostrato⁵⁷.

⁵⁵ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 264. Sul tema si veda R. CAVALLO PERIN, *Le ragioni di un diritto ineguale e le peculiarità del rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 119 ss.

⁵⁶ G. MELIS, *La burocrazia*, Bologna, 1996, p. 93.

⁵⁷ V. *supra*, nota 32.

In terzo luogo, la giurisdizione del giudice ordinario. Il decreto-Brunetta non ha osato reintrodurre – né c'era da attendersi che lo facesse – un ritorno al «terzo polo del sistema amministrativo dell'impiego pubblico»⁵⁸: la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Il percorso, sopra descritto come “pubblicizzazione” dei poteri datoriali delle pubbliche amministrazioni, può tendere a far nascere nuovi interessi, laddove prima c'erano diritti. Così può succedere anche per la ipotetica contestazione delle risultanze della valutazione della *performance* e degli atti datoriali od organizzativi che ad essa si riferiscono⁵⁹ (piano triennale della performance e programma triennale per la trasparenza e l'integrità). Ma nonostante questo e tutto quello che ne consegue, il dipendente pubblico non vede la sua posizione verso il sistema delle fonti puntualizzata in termini di interesse legittimo. C'è quindi da augurarsi che i giudici ordinari mantengano inalterati i loro schemi di giudizio ed il loro apporto alla tutela del dipendente anche nel mutato contesto organizzativo e sindacale⁶⁰.

Un esempio chiarirà tale auspicio. Riteniamo che sia questo il modo più opportuno per terminare la presente trattazione.

Con la sentenza n. 21744 del 14 ottobre 2009 – in base alla normativa precedente al decreto n. 150 del 2009⁶¹ – la Corte di Cassazione ha chiarito che «deve escludersi *in radice il potere del datore di lavoro pubblico di introdurre deroghe, anche a favore dei dipendenti, all'assetto definito in sede di contrattazione collettiva. Si tratta di uno dei principi cardine della riforma consistita nella contrattualizzazione del rapporto di lavoro pubblico, espresso in numerose disposizioni del suo “statuto”* (d.lgs. n. 165/2001): i rapporti di lavoro sono regolati esclusivamente dai contratti collettivi e dalle leggi sul rapporto di lavoro privato; i contratti individuali possono incidere sui trattamenti economici definiti in sede collettiva solo se specificamente abilitati dalla legge; persino il potere legislativo – salvo che non introduca esplicitamente una clausola di salvaguar-

⁵⁸ M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, cit., p. 331.

⁵⁹ B. CIMINO, *Selettività e merito nella disciplina delle progressioni professionali e della retribuzione incentivante*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 32.

⁶⁰ L. ZOPPOLI, *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, in AA.VV., *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2010, p. 39.

⁶¹ Si trattava della pretesa di un dipendente all'inquadramento in una categoria superiore a quella di appartenenza, promossa avverso un decreto del Presidente della regione che, nel dare esecuzione ad un nuovo sistema di classificazione del personale, aveva individuato un profilo peculiare (sotto-categoria) della classe di appartenenza (D/2), anziché riconoscere una professionalità idonea all'inquadramento nella categoria superiore (D/3). Il dipendente sosteneva altresì che una delibera della Giunta regionale avesse riconosciuto il suo diritto al suddetto, più vantaggioso, inquadramento.

dia – deve cedere di fronte alle disposizioni dei contratti collettivi in ambito normativo ed economico (art. 2 e 3); sul trattamento economico, interamente definito dai contratti collettivi, non può incidere il datore di lavoro in violazione del principio di parità di trattamento contrattuale (art. 45, commi 1 e 2) (...). *Riconoscere al datore di lavoro pubblico il potere di attribuire inquadramenti in violazione delle disposizioni della fonte collettiva significa con tuta evidenza contraddire le linee fondamentali dell'accennato sistema legislativo (...). L'atto di deroga, anche in melius, alle disposizioni del contratto collettivo sarebbe quindi affetto in ogni caso da nullità, sia quale atto negoziale, per violazione di norma imperativa, sia quale atto amministrativo, perché viziato da difetto assoluto di attribuzione ai sensi dell'art. 21-septies della legge n. 241 del 1990 (l'ordinamento esclude che l'amministrazione possa intervenire con atti autoritativi nelle materie demandate alla contrattazione collettiva) [corsivi nostri]*».

Speriamo di ritrovare lo stesso rigore interpretativo nei confronti delle disposizioni, di fonte unilaterale e collettiva, prodotte dalla tornata di relazioni sindacali che ora si appresta, faticosamente, ad iniziare.

SILVIA BORELLI

LA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA «SOPRAVVISSUTA» ALLA RIFORMA BRUNETTA

SOMMARIO: 1. The day after: ciò che resta della contrattazione collettiva dopo la l. 15/2009 e il d.lgs. 150/2009. – 2. Il processo di ri-legificazione del pubblico impiego. – 3. I controlli sulla contrattazione collettiva. – 4. Il periodo transitorio e il blocco della contrattazione collettiva. – 5. Il difficile equilibrio tra etica e risorse.

1. *The day after: ciò che resta della contrattazione collettiva dopo la l. 15/2009 e il d.lgs. 150/2009*

La riforma Brunetta (l. 15/2009 e d.lgs. 150/2009) ha prodotto sulla contrattazione collettiva due effetti, in parte già anticipati dal d.l. 112/2008 e dalla l. 203/2008: la ri-legificazione o de-contrattualizzazione della disciplina dell'impiego pubblico da un lato, e l'incremento dei controlli operati da organi pubblici sugli accordi conclusi dall'altro. Nel primo caso, il legislatore ha perseguito l'obiettivo di «conseguire una migliore organizzazione del lavoro» e «di assicurare il rispetto della ripartizione tra le materia sottoposte alla legge, nonché, sulla base di questa, ad atti organizzativi e all'autonoma determinazione dei dirigenti, e quelle sottoposte alla contrattazione collettiva» (art. 3, co. 1, l. 15/2009). Ciò dovrebbe realizzare un «miglioramento dell'efficienza e dell'efficacia delle procedure della contrattazione collettiva» e, in generale, della pubblica amministrazione (art. 2, co. 1, lett. a), l. 15/2009).

Come noto, le riforme degli anni '90 avevano attivato i processi di contrattualizzazione e privatizzazione dell'impiego pubblico proprio per superare le inefficienze che la gestione pubblicistica aveva determinato¹.

¹ U. CARABELLI, M.T. CARINCI, *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, 2010, p. 39; 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 - 88/2009; S. MAINARDI, *Legge n. 15/2009 e decreti di attuazione: il rapporto fra fonte legislativa e contrattazione collettiva nazionale e integrativa*, in *Il lavoro negli enti locali: verso la riforma Brunetta*, a cura di G. Zilio Grandi, Torino, 2009; A. VISCOMI, *La contrattazione collettiva nazionale*, in *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, a cura di L. Zoppoli, Napoli, 2009, p. 41; G. ZILIO

In particolare, l'utilizzo del contratto collettivo nazionale avrebbe dovuto superare i localismi e i clientelismi generati dalla gestione dei rapporti di lavoro mediante provvedimenti amministrativi o leggi speciali, modernizzando e snellendo le regole di funzionamento dell'apparato amministrativo. La contrattazione integrativa avrebbe dovuto invece incrementare la qualità del lavoro e migliorare l'organizzazione e la produttività nelle singole amministrazioni. Le diverse analisi operate² hanno dimostrato come il secondo livello di contrattazione, seppur ampiamente diffuso nel pubblico impiego, abbia funzionato male a causa soprattutto dei ritardi nei rinnovi della parte economica dei contratti collettivi nazionali e della incapacità dirigenziale di negoziare nell'interesse pubblico³. Nel contempo, si è però evidenziato il ruolo positivo svolto dalla contrattazione collettiva nazionale nel superare la «giungla retributiva» che per decenni aveva afflitto il lavoro pubblico, e il buon funzionamento delle soglie di rappresentatività (art. 43, d.lgs. 165/2001) per risolvere il carattere frammentato e ultracorporativo dei sindacati del settore⁴.

A fronte di questa situazione, il legislatore ha scelto la strada della ri-legificazione che tuttavia presenta sia il rischio della burocratizzazione e dell'irrigidimento dell'organizzazione della pubblica amministrazione sia quello dell'omologazione di strutture differenti che stride contro il processo di diversificazione localistica e territoriale perseguito da più di un decennio⁵. Rischi che potrebbero tradursi, e anzi si sono già tradotti,

GRANDI, *Introduzione*, in *Il lavoro negli enti locali: verso la riforma Brunetta*, a cura di G. Zilio Grandi, Torino, 2009; L. ZOPPOLI, *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, in *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, a cura di L. Zoppoli, Napoli, 2009, p. 19.

² L. BELLARDI, U. CARABELLI, A. VISCOMI, *Contratti integrativi e flessibilità nel lavoro pubblico riformato*, Bari, 2007; M. CARRIERI, V. NASTASI (a cura di), *Spazio e ruolo delle autonomie nella riforma della contrattazione collettiva*, Bologna, 2010; M. CARRIERI, M. RICCIARDI (a cura di), *L'innovazione imperfetta. Casi di contrattazione collettiva integrativa negli enti locali*, Bologna, 2006; M. GRANDI, *La posizione del contratto collettivo nell'impiego pubblico privatizzato*, in *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, tomo I, Torino, 2008.

³ La diffusa tendenza della dirigenza a non assumersi la responsabilità delle scelte organizzative necessarie per migliorare l'efficienza dell'amministrazione ha determinato una «pericolosa mutazione degli istituti della partecipazione: quella per cui gli obblighi di informazione si erano trasformati, di fatto, in obblighi di concertazione e questi, a loro volta, in obblighi di contrattazione, talché la consacrazione degli uni e degli altri in clausole negoziali aveva finito, in molti casi, per paralizzare – grazie ai meccanismi di ultrattività contrattuale – l'esercizio degli ordinari poteri organizzativi della dirigenza, decisivi per assicurare la funzionalità *day to day* degli uffici e dei servizi» (G. D'AURIA, *Contratti collettivi e «istituti della partecipazione» nel settore pubblico dopo la «Riforma Brunetta»*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, II, p. 533).

⁴ M. RICCIARDI, *Parabola. Ascesa e declino della contrattazione collettiva in Italia*, Bologna, 2010, p. 113.

⁵ A. TROJSI, *Introduzione. Una nuova riforma del lavoro pubblico: le ripercussioni su Regioni ed Enti locali*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2009, n. 5/6, p. 647. L'esigenza di diversificazione della disciplina dell'impiego pubblico emerge dal testo legislativo laddove sono

in interventi della magistratura, sollevati soprattutto da Regioni e Enti locali che rivendicano propri spazi di autonomia organizzativa, e dunque in quello che è stato definito «l'effetto di giudiziizzazione delle valutazioni organizzative»⁶.

Del tutto pleonastico è il richiamo all'obiettivo della «convergenza degli assetti regolativi del lavoro pubblico con quelli del lavoro privato» (art. 2, co. 1, lett. *a*), l. 15/2009). È evidente infatti che la «riforma Brunetta» allontana irrimediabilmente la disciplina del lavoro pubblico da quella del lavoro privato, peraltro già distanziate dalla l. 30/2003 e d.lgs. 276/2003 che, come noto, non si applicano all'impiego pubblico.

Quanto ai controlli, si tratta, come vedremo, di interventi diretti ad «assicurare il rispetto dei vincoli di bilancio» da parte della contrattazione collettiva, ad accertare i costi della contrattazione integrativa, nonché a introdurre «adeguate forme di pubblicizzazione, ai fini della valutazione, da parte dell'utenza, dell'impatto della contrattazione integrativa sul funzionamento evidenziando le richieste e le previsioni di interesse per la collettività» (art. 3, co. 1, lett. *e*) e lett. *f*), l. 15/2009). Il legislatore intende così correggere la prassi diffusa nella contrattazione integrativa di concedere incrementi retributivi «a pioggia». L'assenza di criteri selettivi è legata, da un lato, alla difficoltà di introdurre e utilizzare meccanismi di valutazione dell'attività svolta, dall'altro, ai ritardi nei rinnovi dei contratti nazionali e agli scostamenti tra il tasso di inflazione programmata e l'inflazione reale (registrati soprattutto negli ultimi anni), fattori che hanno costretto le parti contraenti a recuperare il potere di acquisto dei salari in sede decentrata, secondo parametri svincolati da quelli fissati nel protocollo del luglio del 1993. Peraltro, nel lavoro pubblico, «il volume complessivo di risorse che andranno a premiare una produttività ancora da realizzare» viene determinato *ex ante*, prima della contrattazione, in sede politica, e, in assenza di sistemi di valutazione, viene poi

dettate specifiche regole per l'entrata in vigore (art. 29 e 65, d.lgs. 150/2009) e l'applicazione della riforma nei confronti di Regioni ed Enti locali (art. 31, d.lgs. 150/2009). Si precisa inoltre che le disposizioni del d.lgs. 150/2009 «si applicano nei confronti delle regioni a statuto speciale e delle province autonome di Trento e di Bolzano compatibilmente con le attribuzioni previste dagli statuti e dalle relative norme di attuazione» (art. 74, co. 5). Meno comprensibile è la disposizione che sospende l'applicazione del d.lgs. 150/2009 alla Presidenza del Consiglio dei Ministri fino a quando non saranno entrati in vigore i d.P.C.M. con cui sono determinati limiti e modalità di applicazione delle disposizioni, anche inderogabili, del d.lgs. 150 alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, in considerazione della peculiarità del relativo ordinamento (art. 74, co. 3).

⁶ L. ZOPPOLI, *Legge, contratto collettivo e circuiti della rappresentanza nella riforma "meritocratica" del lavoro pubblico*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2009, n. 5/6, p. 670. Si v. ad esempio la sentenza n. 57 del 2010 della Corte costituzionale sul ricorso presentato dalla Regione Toscana in merito alla legittimità dell'art. 67, co. 9 e 10, d.l. 112/2008.

distribuito senza alcuna effettiva verifica della produttività collettiva o della *performance* individuale⁷. Il consolidamento in voci fisse e generalizzate dei trattamenti accessori ha prodotto uno slittamento retributivo che ha fatto schizzare gli incrementi salariali al di sopra dell'inflazione reale e ha sottratto risorse alla finalità incentivante⁸.

La riforma Brunetta, oltre a vigilare sul rispetto dei vincoli di bilancio delle singole amministrazioni, introduce diversi strumenti per la misurazione e valutazione delle performance, così da erogare i trattamenti accessori secondo criteri di premialità, riconoscimento del merito e valorizzazione dell'impegno e della qualità della performance individuale. Quest'ultima parte della riforma è tuttavia congelata dai blocchi stipendiali previsti dal d.l. 78/2010 per il triennio 2011-2013.

Anche la materia dei controlli presenta delle controindicazioni. I controlli *ex post* sugli accordi conclusi, diretti a verificarne il rispetto dei vincoli di bilancio, potrebbero alterare gli equilibri realizzati in sede di contrattazione e tradursi in un intervento sul merito delle soluzioni negoziali. La Corte dei conti (sez. riun. contr. delibera n. 41 del 17 dicembre 2009) ha altresì denunciato i limiti dell'intervento delle relative Sezioni regionali a fronte dell'elevato numero dei contratti integrativi (ben più di 10.000 l'anno!).

Non pare poi che le forme di controllo diffuso abbiano una qualche efficacia: anche il cittadino più esperto rischia di perdersi nel *mare magnum* dei dati pubblicati in rete⁹. Gli strumenti di monitoraggio sono stati moltiplicati senza una precisa distinzione di competenze e un coordinamento tra i diversi enti coinvolti. L'effetto immediato è la moltiplicazione degli obblighi a carico delle singole amministrazioni.

2. Il processo di ri-legificazione del pubblico impiego

La volontà di riformare il lavoro pubblico mediante la sua ri-legificazione è ben evidente fin dall'art. 1 della l. 15/2009 che, nel riscrivere l'art. 2, co. 2, d.lgs. 165/2001, ripristina la regola dell'inderogabilità della legge da parte della contrattazione collettiva. Questa regola era stata invertita (nel senso che contratti collettivi successivi potevano derogare disposi-

⁷ V. TALAMO, *Gli assetti della contrattazione integrativa dopo il d.lgs. 150 del 2009 e la finanziaria d'estate: ratio di una riforma*, WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona - 110/2010, p. 9.

⁸ V. TALAMO, *Gli interventi sul costo del lavoro nelle dinamiche della contrattazione collettiva nazionale ed integrativa*, in *Lav. pubbl. amm.* 2009, p. 497.

⁹ Si v. da ultimo l'Operazione trasparenza che ha portato alla pubblicazione sul sito del Ministero della Pubblica amministrazione di tutti gli incarichi di consulenza e collaborazione esterna, comunicati dalle singole amministrazioni, per l'anno 2009.

zioni di legge, regolamento o statuto che introducevano norme applicabili ai soli dipendenti pubblici) per superare il fenomeno della microlegislazione che spesso creava particolarismi e favoritismi nella gestione del personale. Attualmente invece «disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili, solo qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge» (art. 2, co. 2, d.lgs. 165/2001).

L'esito della riforma è ancora da verificare, ma è certo che ne uscirà un *vulnus* per conoscibilità delle fonti del pubblico impiego e dunque per la trasparenza della pubblica amministrazione¹⁰. Qualsiasi clausola del contratto collettivo potrebbe infatti essere o divenire nulla per contrasto con una qualunque legge o provvedimento amministrativo. La generalità della disciplina dettata dal contratto collettivo di comparto cade dunque a fronte di qualunque trattamento speciale dispensato da una qualunque fonte pubblicistica.

Altro indice del processo di ri-legificazione si rinviene nell'art. 2, co. 3-*bis*, d.lgs. 165/2001 secondo cui, in caso di nullità delle disposizioni contrattuali per violazione di norme imperative o dei limiti fissati alla contrattazione collettiva, si applica la regola generale della sostituzione automatica delle clausole nulle mediante norme imperative (artt. 1339 e 1419, co. 2 c.c.). Il meccanismo si applicava anche prima della riforma operata con il d.lgs. 150/2009 e consegue all'inderogabilità delle norme (di legge o del contratto collettivo). Nel sistema pre-vigente però l'inderogabilità della legge da parte del contratto collettivo costituiva un'eccezione (nel senso che era prevista solo ove espressamente disposto); di conseguenza, il meccanismo di cui agli artt. 1339 e 1419, co. 2 c.c. si applicava con minore frequenza. Il pericolo è che si creino vuoti normativi: spesso infatti non vi è alcuna disposizione di legge che possa sostituire la clausola nulla del contratto collettivo. In tal caso, la competenza regolativa dovrebbe essere trasferita dalla contrattazione collettiva all'amministrazione, salvo che, in caso di controversia sulla validità del contratto collettivo nazionale, spetta in primo luogo all'ARAN e alle parti sociali verificare la possibilità di un accordo sull'interpretazione autentica del contratto collettivo o sulla modifica della clausola controversa (art. 49 e 64 d.lgs. 165/2001)¹¹.

¹⁰ Sul problema della conoscibilità del diritto del lavoro pubblico v. M. MAGRI, *La legificazione del sistema delle fonti: un progetto «neocorporativo» per l'impiego pubblico?*, in questo volume.

¹¹ MAGRI, *op. cit.*, in questo volume.

Nella medesima prospettiva di ri-legificazione devono leggersi le disposizioni dirette a tracciare confini tra le diverse fonti normative, formulate in termini generali (non potrebbe essere altrimenti, trattandosi di regole valide per l'intero impiego pubblico), la cui applicazione sarà dunque fortemente condizionata dall'interpretazione datane dalle parti contraenti e, in sede contenziosa, dagli organi giudicanti. Come osservato da Zoppoli¹², le molteplici «formule vaghe» generano «tranelli interpretativi» da cui potrebbe scaturire un governo giudiziario dei meccanismi di ri-legificazione.

Il legislatore ha individuato una serie di materie escluse dalla contrattazione collettiva (art. 40, co. 1, d.lgs. 165/2001), tra cui figurano: l'organizzazione degli uffici, le materie oggetto di partecipazione sindacale, quelle afferenti alle prerogative dirigenziali¹³, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali, nonché le materie indicate nell'art. 2, co. 1, lett. c), l. 421/1992 (le responsabilità giuridiche attinenti ai singoli operatori nell'espletamento di procedure amministrative; gli organi, gli uffici, i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; i principi fondamentali di organizzazione degli uffici; i procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro e di avviamento al lavoro; i ruoli e le dotazioni organiche nonché la loro consistenza complessiva; la garanzia della libertà di insegnamento e l'autonomia professionale nello svolgimento dell'attività didattica, scientifica e di ricerca; la disciplina della responsabilità e delle incompatibilità tra l'impiego pubblico ed altre attività e i casi di divieto di cumulo di impieghi e incarichi pubblici). L'idea di tracciare un confine netto tra legge e contrattazione collettiva è illusoria: dalla lettura dei tanti commenti post-riforma emergono già le differenti opzioni interpretative delle formule utilizzate dal legislatore¹⁴. Esiste peraltro un'evidente contraddizione tra i vincoli dettati dagli artt. 5, co. 2, 9 e 40, co. 1, che riser-

¹² ZOPPOLI, *Legge, contratto collettivo e circuiti della rappresentanza nella riforma "meritocratica" del lavoro pubblico*, cit., p. 674.

¹³ «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 collettivi che disciplinano modalità e istituti della partecipazione. «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» (art. 5, co. 2). Sono riconducibili a tale ambito: la previsione di posizioni organizzative e l'attribuzione dei relativi incarichi; l'utilizzo di tipologie contrattuali flessibili; la concreta articolazione dell'orario di servizi e dell'orario di apertura al pubblico.

¹⁴ CARABELLI, CARINCI, *Il lavoro pubblico in Italia*, cit., p. 71; L. ZOPPOLI, *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, in *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, a cura di L. Zoppoli, Napoli, 2009, p. 31.

vano ai poteri dirigenziali «le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro» (cd. micro-organizzazione), salva la sola informazione ai sindacati, ove prevista nei contratti collettivi, e l'art. 6, co. 1, d.lgs. 165/2001, che prevede la previa consultazione delle organizzazioni sindacali rappresentative per le decisioni relative all'organizzazione e la disciplina degli uffici, la consistenza e la variazione delle dotazioni organiche (materie riconducibili alla cd. macro-organizzazione)¹⁵. È verosimile che le parti sociali, in sede di contrattazione collettiva, tenteranno di riappropriarsi di spazi contrattuali e non è affatto escluso che tali rivendicazioni vengano accolte. Una gestione concordata (non conflittuale) delle risorse umane potrebbe infatti rivelarsi più utile al fine dell'efficienza e del buon andamento della pubblica amministrazione.

Si fa poi osservare, nell'ottica della convergenza tra discipline del lavoro pubblico e privato, che, in quest'ultimo settore, le decisioni relative all'organizzazione del lavoro «risultano nella totale disponibilità del datore di lavoro, il quale può ovviamente scegliere anche di sottoporle a contrattazione collettiva», possibilità che invece ora la legge impedisce nel settore pubblico¹⁶. È plausibile che, per il buon andamento della pubblica amministrazione, gli spazi della contrattazione collettiva si restringano¹⁷, ma almeno si abbia la sincerità di riconoscere che quel processo di convergenza faticosamente attivato dal legislatore della l. 421/92 e d.lgs. 29/93 risulta definitivamente compromesso.

Vi sono poi una serie di materie (tra cui: sanzioni disciplinari, valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, mobilità, progressioni economiche) su cui la contrattazione collettiva mantiene una competenza residuale, potendo intervenire «negli esclu-

¹⁵ Nel (vano) tentativo di risolvere la contraddizione, l'atto di indirizzo quadro del Dipartimento della funzione pubblica all'Aran specifica che le modalità per l'esercizio della consultazione, al pari di quelle per l'esercizio dell'esame congiunto, «devono avere caratteristiche tali da non compromettere la funzionalità operativa, la tempestività o l'efficacia dell'azione amministrativa; inoltre la decisione finale dell'Amministrazione non può essere in alcun modo condizionata da forme preventive di assenso da parte delle organizzazioni sindacali».

¹⁶ CARABELLI, CARINCI, *op. cit.*, p. 56.

¹⁷ La Corte costituzionale (sent. 309/1997) ha affermato che, in virtù dell'art. 97, co. 1 Cost., solo gli atti fondamentali di organizzazione amministrativa (la cd. macro-organizzazione) devono essere disciplinati per legge o mediante provvedimenti amministrativi; l'equilibrato dosaggio tra fonti regolatrici pubbliche e private nella disciplina del rapporto di lavoro pubblico spetta invece alla discrezionalità del legislatore. In dottrina (CARABELLI, CARINCI, *op. cit.*, p. 43; v. anche ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 17) si è osservato come non vi sia «alcun motivo per ritenere che una strumentazione privatistica debba essere pregiudizialmente meno idonea di una strumentazione pubblicistica per garantire la finalizzazione dell'attività amministrativa al perseguimento dell'interesse pubblico parametrato sui due principi previsti dalla norma costituzionale».

sivi limiti previsti dalle norme di legge» (art. 40 co. 1). Si è parlato, in questo caso, di «colonizzazione» della contrattazione da parte del legislatore «che si serve della prima a stregua di strumento tecnico per il conseguimento di fini da esso legislatore già predeterminati e dunque estranei al procedimento di definizione autonoma del regolamento negoziale»¹⁸.

Come osservato dalla Corte dei conti (sez. riun. III collegio, delibera n. 42 del 23 dicembre 2009), è essenziale che, in occasione dei rinnovi contrattuali, si effettui un coordinamento dei testi negoziali con la l. 15/2009 e il d.lgs. 150/2009, «al fine di evitare l'insorgere di dubbi interpretativi e, comunque, di consentire a tutti i destinatari delle norme una più agevole lettura del testo senza la necessità di ricorrere alla altrimenti necessaria sostituzione ed alla etero integrazione delle disposizioni contrattuali».

Infine, sono indicate alcune questioni (diritti e obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, materie relative alle relazioni sindacali) di competenza della contrattazione collettiva che tuttavia non sono riservate a questa fonte (salvo quanto si dirà a breve sui trattamenti economici). L'inderogabilità della legge da parte del contratto collettivo consente infatti al legislatore di disciplinare anche le materie riservate alla contrattazione collettiva.

L'unica materia che rimane di competenza esclusiva della contrattazione collettiva è quella dell'attribuzione di trattamenti economici, fondamentali e accessori (artt. 2 co. 3 e art. 45, co. 1, d.lgs. 165/2001)¹⁹. Anche in questo campo però è possibile l'incursione (provvisoria) di altre fonti. Qualora infatti 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, co. 3-ter)²⁰. Per l'erogazione dei tratta-

¹⁸ VISCOMI, *La contrattazione collettiva nazionale*, op. cit., p. 53.

¹⁹ L'art. 2, co. 3 precisa che «le disposizioni di legge, regolamenti o atti amministrativi che attribuiscono incrementi retributivi non previsti da contratti cessano di avere efficacia a far data dall'entrata in vigore del relativo rinnovo contrattuale» e che «i trattamenti economici più favorevoli in godimento sono riassorbiti con le modalità e nelle misure previste dai contratti collettivi e i risparmi di spesa che ne conseguono incrementano le risorse disponibili per la contrattazione collettiva».

²⁰ Gli atti adottati unilateralmente sono soggetti alle medesime procedure di controllo di compatibilità economico-finanziaria previste per la contrattazione integrativa dall'articolo 40-bis (art. 40, co. 3-ter). Nella presente ricostruzione si aderisce alla tesi di chi (U. CARABELLI, *La 'riforma Brunetta': un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche*, WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona - 101/2010, p. 14; R. SOLOPERTO, *La contrattazione collettiva nazionale e integrativa*, in *La nuova riforma del lavoro pubblico*, a cura di M. Tiraboschi e F. Verbaro, Milano, 2010, p. 398) sostiene che la disposizione sia riferita alla sola parte economica del contratto collettivo, mentre il mancato o tardivo rinnovo della

menti accessori collegati alla performance è però necessario un accordo (fissato nel contratto collettivo nazionale) sulle modalità di ripartizione delle risorse tra i diversi livelli di merito individuati nella graduatoria fornita all'Aran dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità della pubblica amministrazione (art. 40, co. 3-*quater*; sull'esigenza di fissare a priori obiettivi, indicatori e risorse destinati ai trattamenti accessori v. il parere n. 287/2010 della Corte dei conti). Nel nuovo sistema configurato dalla riforma Brunetta, le risorse per la contrattazione decentrata non dipendono solo (come nel sistema previgente) da una decisione politica sulla quantificazione dei fondi di amministrazione, ma anche da una decisione della Commissione per la valutazione (CIVIT) che ha il titanico compito di elaborare un'unica «graduatoria di performance» per tutte le diversissime amministrazioni statali e gli enti pubblici nazionali, in cui le singole amministrazioni sono raggruppate, per settori, «su almeno tre livelli di merito, in funzione dei risultati di performance ottenuti». Peraltro, la Commissione è un organo di nomina governativa (pur se la delibera di nomina deve ricevere il parere favorevole delle Commissioni parlamentari competenti espresso a maggioranza dei due terzi dei componenti; art. 13 d.lgs. 150/2009), ciò che presenta i rischi di politicizzazione della pubblica amministrazione su cui si avrà modo di ritornare.

Per i trattamenti economici disciplinati dai contratti collettivi nazionali sono invece previsti due diversi meccanismi. Durante le trattative per il rinnovo contrattuale (e decorsi 60 giorni dall'entrata in vigore della legge finanziaria che dispone in materia di rinnovi dei contratti collettivi per il periodo di riferimento), il Comitato di settore competente, sentite le organizzazioni sindacali rappresentative, può deliberare affinché siano erogati, in via provvisoria, gli incrementi previsti per il trattamento stipendiale che verranno conguagliati all'atto della stipulazione dei contratti collettivi nazionali di lavoro (art. 47-*bis*, co. 1). In caso di mancato o tardivo rinnovo del contratto collettivo, qualora non sia stata disposta l'erogazione provvisoria degli incrementi stipendiali, è riconosciuta ai dipendenti dei rispettivi comparti di contrattazione, nella misura e con le modalità stabilite dai contratti nazionali, e comunque entro i limiti previ-

parte normativa è disciplinato dall'art. 40, co. 3-*bis*. Diversamente, TALAMO (*Gli assetti della contrattazione integrativa dopo il d.lgs. 150 del 2009 e la finanziaria d'estate: ratio di una riforma*, WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona - 110/2010, p. 25) ritiene che il potere di provvedere unilateralmente, in via provvisoria, di cui all'art. 40, co. 3-*ter*, riguardi sia la materia economica che quella normativa, e sia legata «all'esistenza di un particolare interesse pubblico, che determina la necessità di pervenire in ogni caso ad una decisione su istituti sui quali, mancando l'accordo fra le parti, le scelte non potranno che essere unilaterali». Se si sposa questa seconda interpretazione, viene ulteriormente confermato il carattere pleonastico del contratto integrativo (v. *infra*).

sti dalla legge finanziaria in sede di definizione delle risorse contrattuali, una copertura economica che costituisce un'anticipazione dei benefici complessivi che saranno attribuiti all'atto del rinnovo contrattuale (art. 47-*bis*, co. 2; v. punto 3, lett. *c*), Intesa per l'applicazione dell'Accordo quadro sulla riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009 ai comparti contrattuali del settore pubblico).

La possibilità di anticipare, seppur in via provvisoria, trattamenti retributivi depotenzia la capacità conflittuale dei sindacati e rischia di svuotare di contenuto la contrattazione collettiva integrativa, peraltro già fortemente limitato dalla dettagliata disciplina in materia di inquadramento e progressioni orizzontali e verticali, nonché sugli strumenti di valorizzazione del merito e sui metodi di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa (artt. 17 e ss. l. 15/2009)²¹.

L'amministrazione pubblica può poi riassumere, alla scadenza del termine delle sezioni negoziali definito dal contratto collettivo nazionale, le proprie «prerogative e libertà di iniziativa e decisione» (art. 40, co. 3-*bis*). La contrattazione collettiva integrativa diviene così pleonastica, ben potendo la parte pubblica tener ferma la propria piattaforma contrattuale e anticipare i relativi effetti mediante il potere di regolazione unilaterale (anche per la parte economica), fino a quando (e se) la controparte sindacale non sia disposta ad accettarla²². Peraltro, il mancato accordo nei termini fissati dal contratto nazionale potrebbe essere causato dal mancato rispetto delle regole sulla composizione dei tavoli negoziali: l'amministrazione potrebbe così sfruttare a proprio vantaggio (mediante la possibilità di regolazione unilaterale) gli errori o le sviste nella gestione dei negoziati²³. In tal modo, il singolo lavoratore «si vedrebbe trasformare d'imperio le condizioni del proprio contratto di lavoro fino a quando amministrazione e sindacato non trovano un punto d'accordo»²⁴. Una decisione unilaterale dell'amministrazione potrebbe cioè modificare

²¹ La contrattazione collettiva integrativa può prevedere deroghe alla percentuale del 25% del personale collocato nella fascia di merito alta (cui è corrisposto il 50% delle risorse destinate al trattamento accessorio collegato alla performance individuale), in misura non superiore a 5 punti percentuali in aumento o in diminuzione, con corrispondente variazione compensativa delle percentuali di personale collocato nelle fasce di merito intermedia e bassa. La contrattazione integrativa può altresì prevedere deroghe alla composizione percentuale di queste ultime fasce e alla distribuzione tra le medesime fasce delle risorse destinate ai trattamenti accessori collegati alla performance individuale (art. 19, co. 4, d.lgs. 150/2009; per le Regioni e gli enti locali si v. l'art. 31 d.lgs. 150/2009).

²² ZOPPOLI, *Legge, contratto collettivo e circuiti della rappresentanza nella riforma "meritocratica" del lavoro pubblico*, cit., p. 673.

²³ Nel caso di specie potrebbe configurarsi una condotta antisindacale, oggetto del ricorso di cui all'art. 28 St. lav. (ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 676).

²⁴ ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 677.

le condizioni previste nel contratto individuale fino a quando (e se) verrà sottoscritto l'accordo collettivo.

Il legislatore delegato interviene anche sulla definizione dei comparti di contrattazione collettiva nazionale, fissandone il numero massimo (4, cui corrispondono non più di 4 aree separate per la dirigenza) (art. 40, co. 2, d.lgs. 165/2001). Gli spazi consentiti agli accordi intercompartimentali siglati dall'Aran e dalle confederazioni rappresentative sono estremamente ristretti: l'art. 41 prevede infatti la costituzione di 3 Comitati di settori (uno nell'ambito della Conferenza delle Regioni, uno nell'ambito dell'Associazione nazionale dei Comuni italiani, dell'Unione delle province italiane e dell'Unioncamere, e il Presidente del Consiglio dei Ministri tramite il Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze) ai quali corrispondono 3 aree di contrattazione (regioni e amministrazioni del Servizio sanitario nazionale; enti locali, Camere di commercio e segretari comunali e provinciali; tutte le altre amministrazioni). Le trattative per la definizione dei comparti di contrattazione per il triennio 2010-2012, dovendo ricondurre gli attuali 10 comparti (e 8 aree dirigenziali) ai 4 previsti dal legislatore (e al massimo 4 aree dirigenziali), possono pertanto disporre solo sui 2 comparti per le amministrazioni dello Stato.

La scelta di riduzione dei comparti di contrattazione, pur perseguendo finalità apprezzabili, quali quelle di «rendere più omogenea la normativa contrattuale applicabile alle diverse amministrazioni» e di «accelerare i tempi di rinnovo dei contratti», è esposta al «rischio di un'eccessiva uniformità dei trattamenti contrattuali in pubbliche amministrazioni strutturalmente e funzionalmente diverse»²⁵. L'intervento incide poi in modo significativo sul sistema di relazioni sindacali, essendo la rappresentatività delle parti sociali misurata sulla base delle deleghe rilasciate per il versamento dei contributi sindacali (dato associativo) e dei voti ottenuti nell'elezione delle r.s.u. (dato elettorale) in ogni singolo comparto (art. 43 d.lgs. 165/2001). Per questa ragione si è prevista una regola transitoria secondo cui, per il periodo contrattuale immediatamente successivo a quello in corso, definiti i nuovi comparti e le aree di contrattazione, l'Aran avvia le trattative sulla base dei dati associativi ed elettorali rilevati per il biennio contrattuale 2008-2009 (art. 65, co. 2, d.lgs. 150/2009; art. 1, co. 20-*bis*, d.l. 194/2009 conv. l. 25/2010)²⁶.

²⁵ A. ALAIMO, *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 - 107/2010, p. 10.

²⁶ Conseguentemente, «sono prorogati gli organismi di rappresentanza del personale» e le elezioni relative al loro rinnovo si sarebbero dovuti svolgere, «con riferimento ai nuovi comparti di contrattazione, entro il 30 novembre 2010» (art. 65 d.lgs. 150/2009).

Da ultimo, devono ricordarsi gli interventi diretti alla funzionalizzazione della contrattazione collettiva integrativa²⁷. Secondo quanto già affermato nel testo previgente, la contrattazione integrativa «si svolge sulle materie, con i vincoli e nei limiti stabiliti dai contratti collettivi nazionali, tra i soggetti e con le procedure negoziali che questi ultimi prevedono» (art. 40, co. 3-*bis*)²⁸. Il d.lgs. 150/2009 ha precisato che «la contrattazione collettiva integrativa assicura adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici, incentivando l'impegno e la qualità della performance» e deve perciò destinare «al trattamento economico accessorio collegato alla performance individuale una quota prevalente del trattamento accessorio complessivo comunque denominato» (art. 40, co. 3-*bis*). La contrattazione collettiva nazionale dispone le modalità di utilizzo delle risorse appositamente destinate a premiare il merito e il miglioramento delle performance dei dipendenti²⁹, individuando i criteri e i limiti finanziari entro i quali si deve svolgere la contrattazione integrativa (art. 40, co. 3-*quinquies* e art. 45, co. 3-*bis*, d.lgs. 165/2001)³⁰.

²⁷ G. NATULLO, *La nuova contrattazione collettiva nel lavoro pubblico: ambito e limiti*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2009, n. 5/6, p. 699. D. COMANDÈ (*I vincoli «a cascata» della contrattazione collettiva integrativa*, in *Riv. giur. lav.* 2010, p. 611) ha parlato di «finalizzazione» della contrattazione collettiva integrativa a obiettivi etero-determinati che trasforma il contratto collettivo «in uno strumento di mera attuazione legislativa».

²⁸ I contratti collettivi nazionali disciplinano anche i soggetti e le procedure della contrattazione collettiva integrativa (art. 43, co. 5, d.lgs. 165/2001).

²⁹ Gli oneri derivanti dalla contrattazione collettiva nazionale a carico del bilancio dello Stato, nonché gli oneri aggiuntivi per la contrattazione collettiva integrativa delle amministrazioni dello Stato sono quantificati dal Ministero dell'economia e delle finanze con apposita norma da inserire nella legge finanziaria (art. 48, co. 1, d.lgs. 165/2001; per le altre amministrazioni si v. l'art. 48, co. 2). L'ammontare delle risorse da destinare agli incrementi salariali previsti a livello di comparto deve essere determinato dai Ministeri competenti, previa concertazione con le confederazioni sindacali rappresentative, nei limiti della programmazione prevista in finanziaria, assumendo l'IPCA al netto dei prodotti energetici importati quale parametro di riferimento. In tale sede sono verificate anche le risorse da destinare alla contrattazione integrativa. L'IPCA è elaborato da un soggetto terzo di riconosciuta autorevolezza e affidabilità (impedendo così la discrezionalità governativa che ha riguardato, negli ultimi anni, la fissazione del tasso di inflazione programmata) che dovrà altresì procedere alla verifica degli eventuali scostamenti tra l'inflazione prevista e quella realmente osservata. La verifica circa la significatività degli scostamenti sarà effettuata, previo confronto con le parti sociali, alla scadenza del triennio contrattuale, tenendo conto dei reali andamenti delle retribuzioni di fatto dell'intero settore. Il recupero dell'eventuale scostamento avverrà entro il primo anno del triennio contrattuale successivo (punto 2.1 Intesa per l'applicazione dell'Accordo quadro sulla riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009 ai comparti contrattuali del settore pubblico).

³⁰ Le regioni e gli enti locali «possono destinare risorse aggiuntive alla contrattazione integrativa nei limiti stabiliti dalla contrattazione nazionale e nei limiti dei parametri di virtuosità fissati per la spesa di personale dalle vigenti disposizioni, in ogni caso nel rispetto dei vincoli di bilancio e del patto di stabilità e di analoghi strumenti del contenimento della

Gli strumenti per premiare il merito e la professionalità sono già individuati e regolati nel capo II del titolo III del d.lgs. 150/2009; la gran parte degli incentivi previsti (bonus annuale delle eccedenze, premio annuale per l'innovazione, progressioni economiche, attribuzione di incarichi e responsabilità) «sono riconosciuti a valere sulle risorse disponibili per la contrattazione collettiva integrativa» (art. 20, co. 2, d.lgs. 150/2009)³¹. Il legislatore vincola poi parte dei fondi destinati alla contrattazione integrativa a premiare il personale direttamente e proficuamente coinvolto nei processi di ristrutturazione, riorganizzazione e innovazione all'interno delle pubbliche amministrazioni (art. 27, co. 1, d.lgs. 150/2009). Viene infine specificato che i trattamenti accessori definiti dai contratti collettivi devono essere collegati alla performance individuale, alla performance organizzativa con riferimento all'amministrazione nel suo complesso e alle unità organizzative o aree di responsabilità in cui si articola l'amministrazione e all'effettivo svolgimento di attività particolarmente disagiate ovvero pericolose o dannose per la salute (art. 45, co. 3, d.lgs. 165/2001).

I contratti collettivi integrativi in contrasto con i vincoli e con i limiti risultanti dai contratti collettivi nazionali o che disciplinano materie non espressamente delegate a tale livello negoziale ovvero che comportano oneri non previsti negli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione non possono essere sottoscritti. Nei casi di violazione dei vincoli e dei limiti di competenza imposti dalla contrattazione nazionale o dalle norme di legge, le clausole sono nulle, non possono essere applicate e sono sostituite ai sensi degli artt. 1339 e 1419, co. 2 c.c. In caso di accertato superamento di vincoli finanziari da parte delle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, del Dipartimento della funzione pubblica o del Ministero dell'economia e delle finanze è fatto altresì obbligo di recupero nell'ambito della sessione negoziale successiva (art. 40, co. 3-*quinquies*).

spesa». Lo stanziamento delle risorse aggiuntive per la contrattazione integrativa deve comunque essere «correlato all'effettivo rispetto dei principi in materia di misurazione, valutazione e trasparenza della performance e in materia di merito e premi applicabili alle regioni e agli enti locali» (art. 40, co. 3-*quinquies*).

³¹ I contratti collettivi nazionali e integrativi stabiliscono i criteri in base a cui vengono riconosciute le progressioni economiche all'interno dell'area funzionale in cui è inquadrato il dipendente (art. 23, co. 1, d.lgs. 150/2009), progressioni che comunque devono rispettare «principi di selettività, in funzione delle qualità culturali e professionali, dell'attività svolta e dei risultati conseguiti, attraverso l'attribuzione di fasce di merito» (è quindi vietata la previsione di passaggi di fascia retributiva sulla base di elementi automatici, come l'anzianità di servizio; art. 52, co. 1-*bis*, d.lgs. 165/2001). La contrattazione collettiva nazionale determina, nei limiti delle risorse disponibili, l'ammontare del bonus annuale delle eccellenze (art. 21, co. 2).

La funzione e la dimensione della contrattazione collettiva nell'impiego pubblico sono altresì condizionate e compromesse dalla volontà governativa di concludere l'accordo solo «con chi ci sta». Così, ad esempio, l'Intesa per l'applicazione dell'Accordo quadro sulla riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009 ai comparti contrattuali del settore pubblico (al pari dell'Accordo del 22 gennaio 2009) non è stata sottoscritta dalla Cgil. Il Consiglio di Stato (decisione n. 4108/2008) ha poi ritenuto legittimo il calcolo della soglia di rappresentatività del 51% (come media tra dato associativo ed elettorale) o del 60% (del solo dato elettorale), necessaria per la valida conclusione di un contratto collettivo, rapportando la rappresentatività dei sindacati firmatari al totale delle deleghe e dei voti raccolti dai soli sindacati ammessi alle trattative contrattuali (in quanto hanno raggiunto la soglia di rappresentatività del 5% come media tra dato associativo ed elettorale) (art. 43, co. 1 e 3, d.lgs. 165/2001). Il risultato di una tale opzione interpretativa è che i contratti collettivi nazionali (efficaci *erga omnes*) potranno essere stipulati da sindacati che hanno, nel comparto considerato, una rappresentanza del tutto minoritaria³².

Parte della dottrina³³ ritiene che il processo di ri-legificazione realizzato con la l. 15/2009 e il d.lgs. 150/2009 abbia realizzato una ri-pubblicizzazione del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici. Personalmente, si condivide l'opinione di coloro che ritengono che, al contrario, non sia stata alterata la regola dell'assoggettamento alla regola contrattualistica del rapporto di lavoro pubblico (Circ. Dip. Fun. Pub. 13 maggio 2010, premessa)³⁴. Fonte del rapporto di lavoro rimane infatti un contratto individuale di lavoro (art. 2, co. 3, d.lgs. 165/2001). È ben vero che, nel caso di specie, gli spazi riservati all'autonomia privata individuale si restringono (art. 45, co. 2, d.lgs. 165/2001), ma ciò non altera la natura privatistica del rapporto di lavoro («per cui la natura giuridica delle situazioni soggettive deducibili resta espressione della sfera dei diritti soggettivi, senza comportare situazioni d'interesse legittimo altrimenti di competenza del giudice amministrativo»: *Relazione al Parlamento sulla stato della pubblica amministrazione. Anno 2009*). Il legislatore interviene sul ruolo delle fonti del rapporto di lavoro, incrementando gli spazi della legge e riducendo, contestualmente, quelli riservati

³² L. ZOPPOLI, *Lavoro pubblico: per un contratto di generale applicazione basta una rappresentatività piccola piccola?*, in RGL, 2009, p. 125. Gli effetti di questa modalità di calcolo sul numero di organizzazioni sindacali necessarie per la valida approvazione di un accordo sono illustrate in V. MAIO, *Sul cinquantuno per cento come media tra dato elettorale e dato associativo in un contesto di concorrenza intersindacale*, in ADL, 2009, p. 1306.

³³ G. GARDINI, *L'autonomia della dirigenza nella (contro) riforma Brunetta*, in questo volume.

³⁴ CARABELLI, CARINCI, *op. cit.*, p. 62.

al contratto collettivo che rimane espressione di autonomia privata collettiva³⁵. D'altro canto, 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 co. 1 d.lgs. 165/2001).

Altra opinione corrente in dottrina è quella relativa al potenziamento dei poteri manageriali del dirigente che, a seguito della riforma, potrebbe finalmente operare come un 'vero' datore di lavoro. Anche tale opinione, che non si condivide, merita di essere esaminata nel dettaglio e per questo si rinvia agli specifici contributi contenuti nel volume³⁶. Basti qui osservare che lo spazio per «l'autonoma determinazione dei dirigenti» (art. 53 d.lgs. 150/2009) si riduce alquanto a fronte della detagliata disciplina dettata dal legislatore in materia, ad esempio, di misurazione e valutazione delle performance, progressioni di carriera, mobilità del personale, sanzioni disciplinari (si è parlato in proposito di concezione neo-autoritaria della gestione del personale che mortifica la funzione manageriale del dirigente pubblico e ne delinea un ruolo prevalentemente esecutivo)³⁷. A differenza del privato datore di lavoro, il dirigente pubblico ha poi l'obbligo di esercitare l'azione disciplinare, pena l'applicazione della sanzione della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione in proporzione alla gravità dell'infrazione non perseguita (art. 55-*sexies*, co. 3, d.lgs. 165/2001). Egli non può inoltre contrattare con le organizzazioni sindacali su determinate materie, né può attivare procedure di partecipazione (consultazione, concertazione) diverse dall'informazione (artt. 5, co. 2 e 40, co. 1, d.lgs. 165/2001).

Nell'impiego pubblico deve poi escludersi il potere del datore di lavoro di introdurre deroghe, anche a favore dei dipendenti, all'assetto de-

³⁵ M. MARAZZA, *Contrattazione collettiva e riforma del lavoro pubblico*, in *Giorn. rel. lav. it.* 2010, p. 384; v. però le osservazioni di M. RUSCIANO, *Lo Statuto dei lavoratori e il pubblico impiego*, in *Lav. dir.* 2010, p. 101. L'attività dell'amministrazione, nell'applicazione di una disposizione contrattuale, costituisce adempimento di un obbligo «che, trovando fondamento nella disciplina pattizia, non può che avere natura paritetica. In tal senso depone il rilievo che, in ossequio al principio di legalità, occorre una disposizione normativa ai fini dell'attribuzione alla P.A. del potere/dovere di adottare atti amministrativi di natura autoritativa». Per converso, gli obblighi relativi all'attribuzione di posizioni organizzative che trovano fondamento nella contrattazione collettiva «si traducono in atti di diritto privato di micro-organizzazione, non sussumibili nel *numerus clausus* degli atti di macro-organizzazione di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 165/2001» (C. Stato 815/2010).

³⁶ G. GARDINI, *L'autonomia della dirigenza nella (contro) riforma Brunetta*, e F. BORGOGELLI, *I poteri della dirigenza pubblica nella disciplina dei rapporti di lavoro: le novità e i problemi*, in questo volume. Da ultimo v. anche B. CARUSO, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (il ridisegno della governance nelle p.a. italiane)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 104/2010.

³⁷ CARABELLI, CARINCI, *op. cit.*, p. 125.

finito dal legislatore e in sede di contrattazione collettiva: «i rapporti di lavoro sono regolati esclusivamente dai contratti collettivi e dalle leggi sul rapporto di lavoro privato; i contratti individuali possono incidere sui trattamenti economici definiti in sede collettiva solo se specificamente abilitati dalla legge» e nel rispetto del principio di parità di trattamento. L'atto di deroga, anche *in melius*, alle disposizioni del contratto collettivo è quindi «affetto in ogni caso da nullità, sia quale atto negoziale, per violazione di norma imperativa, sia quale atto amministrativo, perché viziato da difetto assoluto di attribuzione ai sensi della l. 241/1990, art. 21-*septies* (l'ordinamento esclude che l'amministrazione possa intervenire con atti autoritativi nelle materie demandate alla contrattazione collettiva)» (Cass. S.U. 21744/2009).

Ma è, a ben vedere, la possibilità di non confermare l'incarico dirigenziale una volta giunto a scadenza, senza alcuna motivazione e con la possibilità di conferire al dirigente un altro incarico anche di valore economico inferiore, a mettere «sotto scacco» il dirigente (art. 9, co. 32 d.l. 78/2010). Il risultato è la ri-politicizzazione della pubblica amministrazione, proprio quel 'vizio' individuato come causa del cattivo andamento della contrattazione decentrata: l'autonomia e l'indipendenza del dirigente, anche nel corso delle trattative contrattuali, sarà verosimilmente annullata dal rischio di non vedersi confermato l'incarico (con possibili perdite economiche). È probabile che ciò si rifletta anche sulla tenuta dei confini in cui il legislatore intende limitare la contrattazione collettiva. I rischi di inefficienza di una gestione manageriale in radicale contrapposizione con il sindacato potrebbero infatti indurre il dirigente a organizzare gli uffici e il lavoro, coinvolgendo e motivando i propri dipendenti nel perseguimento degli obiettivi prefissati, facendone oggetto di contrattazione collettiva o sfruttando i vantaggi gestionali della partecipazione e consultazione³⁸. Sicuramente, la riforma ha generato il panico tra i dirigenti costretti tra l'incudine del mancato rinnovo dell'incarico e il martello delle responsabilità dirigenziali (art. 21 d.lgs. 165/2001). E sicuramente si è accentuata la dipendenza dei dirigenti dal potere politico, ciò che si tradurrà in una maggiore interferenza della politica nella gestione amministrativa³⁹.

L'effetto di ri-politicizzazione trova conferma nel potenziamento del ruolo del Governo nelle procedure di contrattazione nazionale⁴⁰. A que-

³⁸ CARABELLI, CARINCI, *op. cit.*, p. 65.

³⁹ D'AURIA, *Contratti collettivi e «istituti della partecipazione» nel settore pubblico dopo la «Riforma Brunetta»*, cit., p. 539.

⁴⁰ M. DELFINO, *La nuova contrattazione collettiva nel lavoro pubblico: soggetti e procedimenti*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2009, n. 5/6, p. 721.

sto livello, tutte le amministrazioni pubbliche sono legalmente rappresentate dall'Aran (art. 46, co. 1). Il d.lgs. 150/2009 è intervenuto sulla composizione dell'Agenzia, mantenendone il controllo dell'Esecutivo. Attualmente, il Presidente dell'Aran viene nominato con d.P.C.M. su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, previo parere della Conferenza unificata. Il collegio di indirizzo e controllo (che sostituisce il comitato direttivo) è formato da 4 membri, due designati con d.P.C.M. su proposta, rispettivamente, del Ministro per la pubblica amministrazione e del Ministro dell'economia e delle finanze, due designati, rispettivamente, dall'ANCI e dall'UPI e dalla Conferenza unificata delle Regioni e province autonome (art. 46, co. 7)⁴¹.

Il potere di indirizzo nei confronti dell'Aran è esercitato dai Comitati di settore (art. 41, co. 1). Nel ridurre il numero dei Comitati di settore, il d.lgs. 150/2009 ha rafforzato il ruolo del Governo. Salvo che per le regioni, le amministrazioni del Servizio sanitario nazionale (per le quali opera un comitato di settore nell'ambito della Conferenza delle Regioni), i dipendenti degli enti locali, delle Camere di commercio e dei segretari comunali e provinciali (per i quali opera un comitato di settore nell'ambito dell'ANCI e dell'UPI), per tutte le altre amministrazioni opera come comitato di settore il Presidente del Consiglio dei Ministri, tramite il Ministro per la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro dell'economia (art. 41, co. 3). Per le stesse amministrazioni, il Presidente del Consiglio dei Ministri, tramite il Ministro della pubblica amministrazione, previa delibera del Consiglio dei Ministri, è altresì chiamato a esprimere un parere favorevole sull'ipotesi di accordo siglato dall'Aran (art. 47, co. 4). Pertanto, per le amministrazioni diverse da quelle sub-nazionali, il Governo emana gli atti di indirizzo (in qualità di comitato di settore), verifica che essi siano tenuti in considerazione nelle trattative negoziali (attraverso il sostanziale controllo dell'Aran)⁴², ed esprime poi un parere vincolante sull'ipotesi di accordo siglato dall'Aran.

Per le Regioni e gli enti locali, gli atti di indirizzo sono emanati dai rispettivi comitati di settore, ma il Governo può esprimere le proprie valutazioni circa la compatibilità con le linee di politica economica e finanziaria nazionale. Inoltre, il controllo del rispetto degli atti di indirizzo nel

⁴¹ Per rafforzare l'autonomia dell'agenzia, si esclude dal novero degli eleggibili coloro che nei 5 anni precedenti hanno ricoperto cariche in organizzazioni sindacali (art. 46, co. 7 *bis*; v. anche art. 53, co. 1-*bis*, d.lgs. 165/2001 e Circ. Dip. Fun. Pub. 11/2010). La disposizione non pare conforme ai criteri di adeguatezza e proporzionalità mediante cui sono vagliati i trattamenti differenziati per ragioni sindacali (art. 15 St. lav. e art. 3 Cost.).

⁴² I comitati di settore possono anche designare rappresentanti che assistano l'Aran nello svolgimento delle trattative negoziali (art. 41, co. 4, d.lgs. 165/2001).

corso dei negoziati è sempre nelle mani del Governo (che nomina la maggioranza dei membri dell'Aran) che può poi (fino all'approvazione dei decreti attuativi della l. 42/2009 sul federalismo fiscale) esprimere osservazioni sull'ipotesi di accordo.

Il ruolo da protagonista del Governo nella gestione delle trattative contrattuali è altresì confermato dal fatto che è il Ministero dell'economia e delle finanze a quantificare, con apposita norma da inserire nella legge di stabilità, gli oneri derivanti dalla contrattazione collettiva nazionale a carico del bilancio dello Stato, nonché gli oneri aggiuntivi per la contrattazione collettiva integrativa delle amministrazioni dello Stato (art. 48, co. 1).

Altri segnali di ri-politicizzazione della materia si rinvencono nelle norme in materia di valutazione. Si è già detto della nomina governativa della Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità della pubblica amministrazione (CIVIT; art. 13 d.lgs. 150/2009). Occorre aggiungere che il programma triennale degli obiettivi che ciascuna amministrazione intende raggiungere, il cui conseguimento costituisce condizione per l'erogazione degli incentivi previsti dalla contrattazione integrativa, è definito «dagli organi di indirizzo politico-amministrativo, sentiti i vertici dell'amministrazione che a loro volta consultano i dirigenti o i responsabili delle unità organizzative» (art. 5, co. 1, d.lgs. 150/2009). Gli stessi organi «verificano l'andamento delle performance rispetto agli obiettivi» prefissati e propongono, ove necessario, interventi correttivi in corso di esercizio. In ciascuna amministrazione esiste poi un organismo «indipendente» di valutazione delle *performance* che deve essere nominato dall'organo di indirizzo politico-amministrativo (art. 14, co. 3, d.lgs. 150/2009).

3. *I controlli sulla contrattazione collettiva*

Ogni riforma del pubblico impiego realizzata dall'inizio degli anni '90 in poi ha perseguito l'obiettivo della riduzione e del controllo della spesa pubblica⁴³. A tal fine si è previsto che ogni contratto collettivo sia corredato da un prospetto contenente la quantificazione degli oneri nonché l'indicazione della copertura complessiva per l'intero periodo di validità contrattuale, e preveda la possibilità di prorogare l'efficacia temporale del contratto ovvero di sospenderne l'esecuzione parziale o totale in caso di accertata esorbitanza dai limiti di spesa (art. 48, co. 3).

L'esigenza di controllo sulla compatibilità dei costi della contrattazione collettiva è ribadita dalla Riforma Brunetta che introduce o inter-

⁴³ CARABELLI, CARINCI, *op. cit.*, p. 37.

viene sulle diverse tipologie di controllo interno, esterno e diffuso (in parte già anticipate dal d.l. 112/2008).

Con il d.l. 112/2008 è stato re-introdotta il controllo preventivo e impeditivo della Corte dei conti sulla contrattazione di comparto (v. ora l'art. 47, co. 5, d.lgs. 165/2001). Acquisito il parere favorevole sull'ipotesi di accordo da parte dei Comitati di settore, per gli enti locali e le Regioni, o da parte del Presidente del Consiglio, per le amministrazioni statali, l'ARAN trasmette la quantificazione dei costi contrattuali alla Corte dei conti ai fini della certificazione dell'attendibilità dei costi quantificati e della loro compatibilità con gli strumenti di programmazione e di bilancio. Se la certificazione è positiva, il presidente dell'ARAN sottoscrive definitivamente il contratto collettivo. Se la certificazione è negativa, le parti contraenti non possono procedere alla sottoscrizione definitiva dell'ipotesi di accordo; il Presidente dell'ARAN, d'intesa con il competente comitato di settore, che può dettare indirizzi aggiuntivi, provvede alla riapertura delle trattative e alla sottoscrizione di una nuova ipotesi di accordo che dovrà essere oggetto di una nuova procedura di certificazione. Nel caso in cui la certificazione non positiva sia limitata a singole clausole contrattuali l'ipotesi può essere sottoscritta definitivamente ferma restando l'inefficacia delle clausole contrattuali non positivamente certificate (art. 47, co. 7, d.lgs. 165/2001).

Molto più articolati sono i controlli sulla contrattazione collettiva integrativa, non a caso indicata come la causa della continua lievitazione della spesa pubblica per il personale⁴⁴. In primo luogo, ogni contratto integrativo deve essere corredato da una relazione tecnico-finanziaria e da una relazione illustrativa (sulla base di schemi appositamente predisposti e resi disponibili tramite i rispettivi siti istituzionali dal Ministero dell'economia e delle finanze di intesa con il Dipartimento della funzione pubblica), entrambe certificate dagli organi di controllo interno (art. 40, co. 3-*sexies*, d.lgs. 165/2001).

Il controllo (interno) sulla compatibilità dei costi della contrattazione collettiva integrativa con i vincoli di bilancio e quelli derivanti dall'applicazione delle norme di legge è effettuato dal collegio dei revisori dei conti, dal collegio sindacale, dagli uffici centrali di bilancio o dagli analoghi organi previsti dai rispettivi ordinamenti⁴⁵ (art. 40-*bis*, co. 1, d.lgs. 165/2001).

⁴⁴ C. LA MACCHIA, *Contrattazione integrativa e buon andamento delle amministrazioni*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, p. 583.

⁴⁵ Il controllo interno ha a oggetto: i vincoli derivanti dal contratto nazionale e dalla legge, le disposizioni sul trattamento accessorio, la compatibilità economico-finanziaria e i vincoli di bilancio risultanti dagli strumenti di programmazione di ciascuna amministrazione.

Per le amministrazioni statali, gli enti pubblici non economici e gli enti e le istituzioni di ricerca con organico superiore a duecento unità, i contratti integrativi sottoscritti, corredati dalle relazioni certificate dagli organi di controllo interno, sono trasmessi alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica e al Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, che ne accertano, congiuntamente, la compatibilità economico-finanziaria ed effettuano le altre verifiche analoghe a quelle di competenza degli organi di controllo interno, che investono anche la legittimità del contratto integrativo (controllo esterno). Decorso 30 giorni dalla data del ricevimento o in caso di esito positivo della verifica, la delegazione di parte pubblica può procedere alla stipula del contratto integrativo. In caso di esito negativo del riscontro, le parti riprendono le trattative. La nuova ipotesi di accordo dovrà essere assoggettata a una nuova procedura di controllo (art. 40-*bis*, co. 2, d.lgs. 165/2001).

La validità del contratto integrativo è subordinata all'esito positivo dei controlli, interno ed esterno. Il mancato assoggettamento a tali controlli produce perciò la nullità dell'intero contratto (Circ. Dipartimento della funzione pubblica, 13 maggio 2010).

Ciascuna amministrazione deve poi inviare, annualmente, specifiche informazioni sui costi della contrattazione integrativa, certificate dagli organi di controllo interno, al Ministero dell'economia e delle finanze, che predispone, allo scopo, uno specifico modello di rilevazione, d'intesa con la Corte dei conti e con la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica. «Tali informazioni sono volte ad accertare, oltre il rispetto dei vincoli finanziari in ordine sia alla consistenza delle risorse assegnate ai fondi per la contrattazione integrativa sia all'evoluzione della consistenza dei fondi e della spesa derivante dai contratti integrativi applicati, anche la concreta definizione ed applicazione di criteri improntati alla premialità, al riconoscimento del merito ed alla valorizzazione dell'impegno e della qualità della performance individuale, con riguardo ai diversi istituti finanziati dalla contrattazione integrativa, nonché a parametri di selettività, con particolare riferimento alle progressioni economiche». Le informazioni sono trasmesse alla Corte dei

Agli organi preposti al controllo spetta cioè il compito di effettuare la verifica di compatibilità economica-finanziaria dei costi della contrattazione collettiva integrativa con i vincoli di bilancio, nonché la funzione di verificare la legittimità relativamente al rispetto delle competenze del contratto integrativo, estendendosi alla finalizzazione della contrattazione integrativa con riferimento al rispetto dei criteri di meritocrazia ed al perseguimento dell'obiettivo di una maggiore produttività (Circ. Dipartimento della funzione pubblica, 13 maggio 2010).

conti che le utilizza anche ai fini del referto sul costo del lavoro (art. 40-*bis*, co. 3 e 60 d.lgs. 165/2001)⁴⁶.

Accanto a tale attività istruttoria e di monitoraggio sulla spesa per il personale delle pubbliche amministrazioni svolta dalle sezioni riunite della Corte dei conti (art. 48, co. 7), esiste un'attività di controllo sui singoli contratti integrativi svolta dalle sezioni regionali della Corte dei conti. Le sezioni regionali devono valutare il rispetto delle disposizioni sull'ammontare delle risorse che possono essere utilizzate, le indicazioni che al riguardo sono contenute nei contratti nazionali e le previsioni che nei contratti e nella legge contemplano i criteri di premialità, efficienza, trasparenza e selettività nelle progressioni economiche. Sulla base di tali valutazioni, le sezioni regionali possono formulare proposte correttive dirette a «determinare il mancato avverarsi o una pronta riparazione degli effetti pregiudizievoli per l'Amministrazione» (delibera della Corte dei conti n. 41/CONTR/Q.COMP/09)⁴⁷.

Esiste poi una forma di controllo diffuso da parte degli utenti. I contratti integrativi stipulati con la relazione tecnico-finanziaria e quella illustrativa⁴⁸ certificate dagli organi di controllo interno, nonché le informazioni trasmesse annualmente al Ministero dell'economia devono essere pubblicati sul sito istituzionale di ciascuna amministrazione. Il Dipartimento per la funzione pubblica, d'intesa con il Ministero dell'economia e delle finanze e in sede di Conferenza unificata, predispone un modello per la valutazione, da parte dell'utenza, dell'impatto della contrattazione integrativa sul funzionamento dei servizi pubblici, evidenziando le richieste e le previsioni di interesse per la collettività. Tale modello e gli esiti della valutazione vengono pubblicati sul sito istituzionale delle amministrazioni pubbliche interessate dalla contrattazione integrativa (art. 40-*bis*, co. 4).

⁴⁶ La Corte dei conti, pronunciandosi sull'art. 67 d.l. 112/2008, ha escluso che l'intervento delle Sezioni riunite possa configurare un controllo esterno sul costo della contrattazione integrativa e generare deliberazioni aventi specificamente ad oggetto singoli contratti (delibera n. 43/CONTR/08). Analogamente, la Corte costituzionale (sent. 57/2010) ha affermato che l'art. 67, co. 9 non introduce un nuovo controllo di merito, ma prevede una procedura che ha finalità meramente conoscitiva, ai fini del «referto» sul costo del lavoro.

⁴⁷ Dato l'elevato numero di contratti integrativi che sono stipulati dalle amministrazioni, le Sezioni regionali di controllo procedono a programmazioni selettive che tengano conto di specifici indici di criticità emersi nello svolgimento dei controlli finanziari e sulla gestione, come quelli segnalati dagli organi di revisione economico-finanziaria nelle relazioni annualmente inviate sui bilanci di competenza e sui dati di rendiconto (delibera della Corte dei conti n. 41/CONTR/Q.COMP/09).

⁴⁸ La relazione illustrativa deve evidenziare gli effetti attesi in esito alla sottoscrizione del contratto integrativo in materia di produttività ed efficienza dei servizi erogati, anche in relazione alle richieste dei cittadini (art. 40-*bis*, co. 4).

L'ARAN effettua poi il monitoraggio sull'applicazione dei contratti collettivi nazionali e sulla contrattazione collettiva integrativa e presenta annualmente al Dipartimento della funzione pubblica, al Ministero dell'economia e delle finanze nonché ai comitati di settore, un rapporto in cui verifica l'effettività e la congruenza della ripartizione fra le materie regolate dalla legge, quelle di competenza della contrattazione nazionale e quelle di competenza dei contratti integrativi nonché le principali criticità emerse in sede di contrattazione collettiva nazionale ed integrativa. A tal fine, le pubbliche amministrazioni sono tenute a trasmettere all'ARAN, per via telematica, entro cinque giorni dalla sottoscrizione, il testo del contratto integrativo con l'allegata relazione tecnico-finanziaria ed illustrativa e con l'indicazione delle modalità di copertura dei relativi oneri con riferimento agli strumenti annuali e pluriennali di bilancio (art. 40-*bis*, co. 5). I predetti testi contrattuali sono poi trasmessi al CNEL che mantiene e aggiorna l'archivio nazionale dei contratti collettivi, predisponendo una relazione annuale sullo stato della contrattazione collettiva nelle pubbliche amministrazioni (art. 10-*bis*, co. 1, lett. *b*), l. 936/1986).

Un ulteriore sede di monitoraggio e analisi degli effetti della contrattazione è il Comitato paritetico, di cui fanno parte rappresentanti del Comitato di settore e membri delle confederazioni sindacali rappresentative, previsto dall'Intesa per l'applicazione dell'Accordo quadro sulla riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009 ai comparti contrattuali del settore pubblico. Il medesimo accordo prevede altresì la possibilità di costituire in sede nazionale apposite commissioni paritetiche con il compito di monitorare e analizzare la contrattazione di secondo livello (punto 4.4).

In caso di mancato adempimento degli obblighi relativi ai controlli interno, esterno e diffuso dei contratti integrativi, nonché degli obblighi di trasmissione all'Aran e al Ministero dell'economia, non può essere fatto alcun versamento a carico del bilancio dello Stato agli enti locali e alle regioni ed è fatto divieto alle amministrazioni di procedere a qualsiasi adeguamento delle risorse destinate alla contrattazione integrativa (art. 40-*bis*, co. 7)⁴⁹. Come già ricordato, qualunque difformità del contratto integrativo rispetto alla legge o al contratto nazionale (sia in *melius* che in *pejus*) determina la nullità delle clausole difformi e la loro sostituzione automatica (ai sensi degli artt. 1339 e 1419, co. 2 c.c.)⁵⁰; in caso di

⁴⁹ La sanzione prevista dal co. 7 dell'art. 40-*bis* non pare rispettare il criterio di proporzionalità: basti pensare che l'omissione di un controllo (interno o esterno) è punita nello stesso modo della mancata trasmissione del contratto certificato all'Aran.

⁵⁰ In caso di mancato rispetto delle regole sulla selettività e sulla finalizzazione a risultati nell'erogazione dei trattamenti accessori può configurarsi una responsabilità per danno

superamento di vincoli finanziari, accertato da parte delle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, dal Dipartimento della funzione pubblica, dal Ministero dell'economia o dagli organi del controllo interno, è fatto altresì obbligo di recupero nell'ambito della sessione negoziale successiva (art. 40, co. 3-*quinquies*).

4. *Il periodo transitorio e il blocco della contrattazione collettiva*

L'art. 65 del d.lgs. 150/2009 prescrive che, entro il 31 dicembre 2010 (31 dicembre 2011 per regioni e per le autonomie locali), i contratti collettivi integrativi vigenti alla data di entrata in vigore del decreto siano adeguati alle disposizioni riguardanti la definizione degli ambiti riservati alla contrattazione collettiva e alla legge, nonché a quanto previsto dalle disposizioni in materia di valorizzazione del merito e incentivazione delle performance. In caso di mancato adeguamento, i contratti collettivi integrativi cessano la loro efficacia dal 1° gennaio 2011 (31 dicembre 2012 per regioni e per le autonomie locali)⁵¹ e non sono ulteriormente applicabili.

Le disposizioni relative alla contrattazione collettiva nazionale si applicano invece dalla tornata successiva a quella in corso all'entrata in vigore del d.lgs. 150/2009⁵².

L'art. 40, co. 3-*quinquies*, d.lgs. 165/2001 precisa poi che le disposizioni relative alle modalità di utilizzo delle risorse destinate a premiare il merito e il miglioramento delle performance, nonché le sanzioni in caso di violazione dei vincoli imposti dalla legge o dalla contrattazione collettiva nazionale trovano applicazione a decorrere dai contratti sottoscritti successivamente alla data di entrata in vigore del d.lgs. 150/2009.

L'obiettivo del legislatore è quello di vincolare immediatamente la disciplina negoziale decentrata nei più stretti confini ora definiti, indiriz-

eriale a carico del dirigente che ha sottoscritto il contratto integrativo (Circ. Dip. Fun. Pub. 13 maggio 2010). Da tempo, peraltro, la Corte dei conti «ha tipizzato la figura di illecito amministrativo per il “danno da contrattazione integrativa”, a carattere plurisoggettivo, che si concreta nei casi di mancata adesione o aperta violazione del contratto integrativo alle regole di rango sovrastante» (V. TALAMO, *Gli assetti della contrattazione integrativa dopo il d.lgs. 150 del 2009 e la finanziaria d'estate: ratio di una riforma*, WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona - 110/2010, p. 20).

⁵¹ Per l'entrata in vigore delle disposizioni su premi e valutazioni per regioni e autonomie locali v. gli artt. 16 e 31 d.lgs. 150/2009.

⁵² Nel periodo contrattuale immediatamente successivo a quello in corso all'entrata in vigore del decreto, definiti i nuovi comparti e le aree di contrattazione, l'ARAN avvia le trattative contrattuali con le organizzazioni sindacali e le confederazioni rappresentative (art. 65, co. 3, d.lgs. 150/2009).

zandola da subito, senza attendere la nuova tornata di contrattazione nazionale, al perseguimento degli obiettivi di incremento di produttività ed efficienza⁵³.

La finalità di attivare repentinamente gli istituti intesi a valorizzare merito e produttività è tuttavia compromessa dall'esigenza di contenimento della spesa pubblica, perseguita dal d.l. 78/2010. Per gli anni 2011-2013, il trattamento economico complessivo dei singoli dipendenti, anche di qualifica dirigenziale, ivi compreso il trattamento accessorio, «non può superare, in ogni caso, il trattamento ordinariamente spettante per l'anno 2010» (art. 9, co. 1). Nel medesimo triennio, «l'ammontare complessivo delle risorse destinate annualmente al trattamento accessorio del personale» di ciascuna amministrazione «non può superare il corrispondente importo dell'anno 2010 ed è, comunque, automaticamente ridotto in misura proporzionale alla riduzione del personale in servizio» (art. 9, co. 2-*bis*).

Il legislatore impone poi l'aumento retributivo massimo (3,2%) che i contratti collettivi per il pubblico impiego per il biennio 2008-2009 possono determinare (art. 9, co. 4). Le procedure contrattuali e negoziali relative al triennio 2010-2012 del personale pubblico non avranno invece luogo, senza possibilità di recupero e salva l'erogazione dell'indennità di vacanza contrattuale nelle misure previste a decorrere dall'anno 2010 in applicazione dell'art. 2, co. 35 l. 203/2008 (art. 9, co. 17).

L'entrata in vigore del d.l. 78 ha indotto le amministrazioni a incrementare, per il 2010, i trattamenti stipendiali nella misura massima consentita dal legislatore (v. contratto collettivo dei segretari comunali e provinciali).

I blocchi stipendiali previsti dal d.l. 78 non solo impediscono l'erogazione dei trattamenti accessori legati alla performance, ma vincolano l'organizzazione delle singole amministrazioni, dato che non potranno essere richieste prestazioni diverse o aggiuntive⁵⁴.

⁵³ NATULLO G., SARACINI P., *Vincoli e ruoli della contrattazione integrativa*, in *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, a cura di L. Zoppoli, Napoli, 2009, p. 69.

⁵⁴ Secondo TALAMO (*op. cit.*, p. 43), il congelamento all'anno 2010 del trattamento retributivo «ordinariamente spettante» «importa l'esclusione dal computo di tutte quelle componenti "accidentali", ovvero che incidono come eventi "straordinari" della dinamica retributiva individuale». Il trattamento retributivo congelato a titolo individuale sarebbe, quindi, «quello al netto degli eventi comunque incidenti sulla dinamica retributiva e collegati al concreto svolgimento della prestazione lavorativa», con la conseguenza che il trattamento accessorio non fisso né continuativo (inclusa la retribuzione di risultato per la produttività) potrebbe essere erogato, nei limiti dell'ammontare del fondo di amministrazione di cui al co. 2-*bis* dell'art. 9 d.l. 78/2010. Sull'interpretazione del cd. tetto retributivo soggettivo v. anche ALAIMO, *Relazioni sindacali e contrattazione collettiva nel d.lgs. 150/2009: la riforma alla «prova del tempo»*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, p. 562.

Per risolvere il ‘rompicapo’ della disciplina applicabile nel periodo transitorio occorre, in primo luogo, individuare la parte di normativa vigente già dall’entrata in vigore del d.lgs. 150. Quanto ai contratti collettivi integrativi, l’art. 65 si riferisce alle sole disposizioni relative agli ambiti riservati alla contrattazione collettiva e alla legge, nonché a quelle in materia di valorizzazione del merito e incentivazione delle performance. Tutte le altre disposizioni sono immediatamente applicabili, salvo siano vincolate alla stipulazione di appositi contratti collettivi nazionali⁵⁵.

Ogni contratto integrativo stipulato successivamente alla data di entrata in vigore del d.lgs. 150/2009, anche se relativo ad anni precedenti al 2010, è soggetto all’applicazione di tutte le nuove regole dettate dal d.lgs. 150. I contratti integrativi stipulati antecedentemente al 15 novembre 2009 (data di entrata in vigore del d.lgs. 150/2009) rimangono invece in vigore, per quanto attiene alle materie di cui all’art. 65, fino al 31 dicembre 2010 o fino alla stipulazione di un nuovo contratto integrativo (Tribunale Lamezia Terme, decreto 7 settembre 2010; Tribunale Salerno, decreto 18 luglio 2010).

Tuttavia, le clausole relative alle modalità di partecipazione sindacale contenute nei contratti integrativi riflettono le clausole previste nei contratti nazionali i quali rimangono in vigore fino alla tornata successiva a quella dell’entrata in vigore del d.lgs. 150/2009. L’adeguamento dei contratti integrativi dovrebbe pertanto ritenersi differito «al momento successivo alla stipulazione dei nuovi contratti nazionali e dovrà avvenire nei termini che, per le sessioni negoziali in sede decentrata, saranno stabiliti dai nuovi contratti di comparto»⁵⁶. Il termine di adeguamento dei contratti integrativi di cui all’art. 65 dovrebbe perciò ritenersi implicitamente abrogato dal d.l. 78/2010 che blocca per il triennio 2010-2012 la contrattazione collettiva. D’altro canto, le disposizioni la cui applicazione è subordinata alla stipulazione di contratti collettivi nazionali non possono trovare applicazione prima della stipulazione degli stessi⁵⁷.

⁵⁵ Secondo la Circolare del Dipartimento della Funzione pubblica del 13 maggio 2010 sono disposizioni di diretta e immediata applicazione l’art. 40, co. 3-*sexies* (relativo alle relazioni tecnico-finanziaria ed illustrativa) e l’art. 40-*bis* (relativo al sistema dei controlli, agli obblighi di comunicazione e pubblicazione dei contratti e alle relative sanzioni). TALAMO (*op. cit.*, p. 37) considera altresì di immediata applicazione l’art. 40, co. 3-*ter*, con la conseguenza che, qualora non fosse possibile raggiungere l’accordo integrativo entro i termini indicati dal d.lgs. 150/2010, giacché la pubblica amministrazione è vincolata, dopo tali termini, al rispetto della riforma, «potrebbero sussistere i presupposti per la decisione unilaterale al fine di assicurare la continuità della funzione pubblica».

⁵⁶ A. ALAIMO, *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 - 107/2010, p. 31.

⁵⁷ A titolo esemplificativo si possono ricordare: la norma che impone di destinare alla

Per consentire alle parti contraenti di adeguare i testi negoziali alle nuove regole, si è sostenuto che il blocco della contrattazione di cui all'art. 9, co. 17, d.l. 78/2010 riguarda i soli profili economici-retributivi della contrattazione, «onde non sembra che possano trarsene impedimenti alla stipula di accordi su oggetti diversi e non interferenti con quelli che attengono alle problematiche di contenimento della spesa» pubblica⁵⁸.

La Circolare del Dipartimento della Funzione pubblica n. 7 del 13 maggio 2010 ritiene invece che, non essendo previsto un termine di adeguamento per la contrattazione nazionale, le disposizioni relative alla ripartizione di competenze tra legge e contrattazione collettiva operino dal 15 novembre 2009, con la conseguenza che, nelle materie di cui all'art. 5, co. 2, d.lgs. 165/2001, le forme di partecipazione sindacale, se già previste dai contratti nazionali, «regrediscono» all'informazione. Le clausole contrattuali che disciplinano materie ora riservate alle legge sarebbero invece nulle. Nel contempo, i contratti collettivi integrativi che non rispettino le disposizioni riguardanti la definizione degli ambiti riservati alla contrattazione collettiva e alla legge, cesserebbero la loro efficacia dal 1° gennaio 2011.

La circolare del Dipartimento della Funzione pubblica interpreta restrittivamente l'art. 65, co. 2, d.lgs. 150/2009, ritenendo che le disposizioni relative alla contrattazione collettiva nazionale applicabili dalla tornata successiva a quella in corso all'entrata in vigore del decreto siano solo le norme a carattere procedurale (relative, ad esempio, ai comitati di settore, alla durata dei contratti, ai tempi e al procedimento di contrattazione collettiva). Tale interpretazione è stata sconsigliata in più occasioni dalla giurisprudenza⁵⁹ ove predomina l'orientamento che riconosce la perdurante vigenza dei contratti collettivi nazionali, anche dopo l'entrata in vigore della riforma Brunetta, e fino al «sopravvenire della disciplina di fonte collettiva successiva, realizzata nel contesto della nuova disciplina legislativa» (Tribunale Trieste, decreto 5 ottobre 2010; Tribunale di

produttività individuale la quota prevalente della retribuzione accessoria (art. 40, co. 3-*bis*, d.lgs. 165/2001); le disposizioni relative al trattamento accessorio dei dirigenti collegato ai risultati di cui all'art. 24 d.lgs. 165/2001, il bonus annuale delle eccellenze e il premio annuale per l'innovazione (artt. 21 e 22 d.lgs. 150/2009); le disposizioni che prevedono la possibilità di distribuire le risorse della contrattazione decentrata sulla base della «graduatoria di performance» di cui all'art. 40, co. 3-*quater*.

⁵⁸ D'AURIA, *op. cit.*, p. 536; ALAIMO, *op. cit.*, p. 11.

⁵⁹ Come ricordato nel decreto del 5 ottobre 2010 del Tribunale di Trieste, le circolari hanno «la funzione di esprimere un parere finalizzato a disciplinare l'attività degli organi amministrativi inferiori, ma, non costituendo fonti del diritto, non sono in alcun modo vincolanti per il giudice».

Torino, decreto 2 aprile 2010; Tribunale Pesaro, ordinanza 19 luglio 2010). La violazione degli obblighi di concertazione e contrattazione previsti dai contratti di comparto su materie che, in base alla nuova formulazione dell'art. 5 d.lgs. 165/2001, possono essere oggetto solo di informazione, configura dunque una condotta antisindacale (art. 28 St. lav.), pur se la condotta dell'amministrazione pubblica è motivata dall'esigenza di conformarsi alla circolare n. 7/2010.

Come pronosticato, l'intreccio tra la riforma Brunetta e gli interventi diretti a contenere la spesa pubblica ha determinato e continuerà a determinare l'esplosione del contenzioso sull'applicazione delle nuove norme, e ciò non giova certo all'efficienza e al buon andamento della pubblica amministrazione.

5. *Il difficile equilibrio tra etica e risorse*

Agli incerti sviluppi della riforma Brunetta si contrappone l'esigenza manifestata da tutti gli operatori del settore e reclamata dai cittadini-utenti di ri-qualificare l'attività della pubblica amministrazione, differenziando i trattamenti sulla base di un'effettiva valutazione del lavoro svolto, contro un utilizzo «a pioggia» delle risorse disponibili, per migliorarne l'efficienza. A tal fine occorrerebbero: un atteggiamento responsabile delle parti contraenti, diretto a perseguire il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.), al di là di ogni interesse politico/elettorale; una tempestività nel rinnovo degli accordi contrattuali; la disponibilità di risorse economiche soprattutto per l'attivazione della retribuzione premiante oggetto dei contratti integrativi; lo sviluppo di una cultura di tutela del bene pubblico⁶⁰.

L'ingente apparato della riforma non pare realizzare questi presupposti. Le organizzazioni sindacali non vengono responsabilizzate ma castigate, incrementando la tensione con la controparte governativa. La dirigenza pubblica non viene dotata di effettivi poteri gestionali ma obbligata (per legge o di fatto, con la minaccia del mancato rinnovo dell'incarico) a eseguire le direttive degli organi di governo e di vertice. Nel contempo, il Governo assume un ruolo centrale nella conduzione delle trattative a livello nazionale, a discapito dell'autonomia e della capacità tecnica dell'Aran. Le risorse poi vengono costantemente tagliate

⁶⁰ F. TIRABOSCHI, F. VERBARO, *Dalla polemica sui nullafacenti alla legge delega n. 15/2009: ragioni e impianto di una riforma*, in *La nuova riforma del lavoro pubblico*, a cura di M. Tiraboschi, F. Verbaro, Milano, 2009, p. 23

(art. 67, co. 3, d.l. 112/2008 conv. l. 133/2008)⁶¹ e ora viene pure bloccata per un triennio la contrattazione collettiva. Il blocco dei trattamenti stipendiali impedisce l'erogazione di qualunque trattamento premiante (art. 9, co. 1, d.l. 78/2010). La volontà di introdurre un qualunque criterio meritocratico è stata definitivamente abbandonata nell'intesa tra governo e parti sociali (con esclusione della Cgil) del 4 febbraio 2011, in cui si precisa che «le retribuzioni complessive, comprensive della parte accessoria, conseguite dai lavoratori nel corso del 2010, non devono diminuire, per effetto dell'applicazione dell'art. 19 del d.lgs. 150/09». Nel frattempo, la CIVIT costa al contribuente 8 milioni di euro per anno.

I tetti al turn-over (art. 14, co. 9, d.l. 78/2010) riducono progressivamente il personale amministrativo, costringendo coloro ancora in servizio a svolgere maggiori attività, senza alcun incremento economico e anzi con perdite retributive e previdenziali ingenti. Il meccanismo dei controlli pare poi eccessivo e sovraccarica di adempimenti le singole amministrazioni.

Con la l. 183/2010⁶², il processo di ri-legificazione della disciplina del lavoro pubblico potrebbe poi trasformarsi nel «governo secondo equità degli arbitri». Le procedure di arbitrato e conciliazione (inclusa la clausola compromissoria) previste per l'impiego privato sono state estese anche alle controversie di cui all'art. 63 d.lgs. 165/2001 (art. 31, co. 9, l. 183/2010). È evidente che la maggior parte delle disposizioni in materia di impiego pubblico, essendo riconducibile all'esigenza di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.), rientra tra i «principi generali dell'ordinamento» e i «principi regolatori della materia», e non potrà essere disapplicata nell'ambito dell'arbitrato secondo equità (art. 412 e 412-*quater* c.p.c.). Ma è altrettanto evidente che la necessità di discriminare tra norme riconducibili o meno ai principi fondamentali incrementa l'incertezza giuridica e il rischio di contenzioso.

L'arbitrato secondo equità introdotto dal collegato lavoro rischia poi di contrarre i pochi spazi di intervento rimasti alla contrattazione collettiva. Le norme inderogabili dei contratti di comparto e integrativi possono infatti essere disapplicate, perché non riconducibili ai principi regolatori della materia, generando così una gestione ultra-frammetanta e ultra-diversificata del personale pubblico.

Pensare di sviluppare l'etica del rispetto del bene pubblico in queste condizioni è una meritevole utopia.

⁶¹ RUSSO C., *L'organizzazione e l'azione sindacale*, in *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, a cura di L. Zoppoli, Napoli, 2009.

⁶² L. CALAFÀ, *A futura memoria: cronistoria del collegato lavoro rinviato alle Camere*, in *Lav. dir.*, 2010, p. 339.

GAETANO ZILIO GRANDI

BREVI SPUNTI SUL D.LGS. N. 150/2009
E SULLA SUA APPLICABILITÀ AGLI ENTI LOCALI

SOMMARIO: 1. Il sistema contrattuale nelle pubbliche amministrazioni quindici anni dopo. – 2. Dal decentramento controllato al mancato controllo delle dinamiche economiche. – 3. Crisi e proposte di soluzione tra pubblico e privato: se il contratto nazionale è ancora una variabile indipendente. – 4. Le parti più controverse della riforma e l'applicazione agli Enti locali. – 5. Le disposizioni espressamente applicabili sulla base del disposto del d.lgs. – 6. I principi ai quali vengono adeguati gli ordinamenti di Regioni ed Enti locali. – 7. La fase transitoria. – 8. Il d.l. n. 78/2010 e la sua conversione in l. n. 122/2010.

1. *Il sistema contrattuale nelle pubbliche amministrazioni quindici anni dopo*

La ampia riforma del lavoro pubblico che ha preso le mosse dalla “storica” l. delega n. 421/1992 ed è stata seguita da almeno tre stagioni di decretazione delegata e altri passaggi fondamentali (ad es. la stagione delle riforma cd. Bassanini), ha portato con sé, tra le altre cose, una tendenziale omogeneizzazione delle regole negoziali tra lavoro pubblico e lavoro privato. A ben vedere, anzi, è stato il settore pubblico a sopravanzare l'altro, anche solo per il fatto di essersi dato delle norme legali relativamente al cruciale problema della rappresentatività in sede, appunto negoziale.

Questo non ha impedito, tuttavia, al sistema delineato dagli artt. 40 e ss. del d.lgs. n. 165/2001 di raggiungere da un lato un discreto livello di effettività, dall'altro di fallire soprattutto sul piano della corretta gestione delle compatibilità economiche, vera e propria “spada” sul piano della efficacia reale della riforma medesima.

Se è vero, infatti, che nel settore del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche la tenuta delle regole si è dimostrata particolarmente affidabile, sia sul piano dei soggetti contrattuali che su quello della ripartizione delle competenze tra livelli (confederale, di comparto e integrativi), diversa rimane la considerazione laddove si volga lo sguardo alle ricadute sul piano dei poteri stessi (*rectius* ambito di competenze)

della negoziazione collettiva complessivamente considerata, anche nelle sue diverse fattispecie morfologiche (concertazione, informazione, esame congiunto, contrattazione), e soprattutto agli esiti micro e macro economici. Sul piano delle singole amministrazioni si è assistito ad un evidente aumento delle dinamiche retributive, in totale disgiunzione dalle pur previste compatibilità di bilancio, considerate spesso quale mero parametro minimo di obiettivo sindacale.

Le più recenti analisi, svolte finalmente anche dal Giudice dei conti, dimostrano infatti come il pre-requisito della copertura finanziaria si sia atteggiato in realtà a poco meno che un simulacro, altisonante ma privo di aggancio con la realtà.

Non a caso, nella presentazione dei recenti disegni di legge governativi, da un lato è stato enfatizzato il ruolo della contrattazione collettiva, e in particolare integrativa, per il raggiungimento di nuovi obiettivi di produttività del lavoro pubblico, dall'altro essa è stata posta in un certo senso sul "banco degli imputati", sempre e soprattutto con riguardo al livello inferiore.

Come traspare dai dati pubblicati dal Ministro della pubblica amministrazione e dell'innovazione (3 luglio 2008, su dati Istat), invero, la progressa e in buona misura ancora attuale struttura della contrattazione collettiva nelle pubbliche amministrazioni ha avuto buon gioco nel favorire un aumento delle retribuzioni, ben più consistente di quello avutosi nello stesso periodo nel settore privato. Ciò ha riguardato sia gli importi tabellari sia quelli aggiuntivi, sui quali si deve fare un discorso a parte. È qui infatti che situa l'anomalia, perché gli emolumenti aggiuntivi, pur redistribuiti, come detto, prevalentemente nel settore pubblico, non sembrano trovare piena risposta in oggettivi ragioni legate alla produttività, qualità o redditività, come prescritto per il settore privato, ma in verità anche per quello de quo, dal Protocollo del 23 luglio 1993 e ancora più di recente nel Protocollo con stessa data ma del 2007 e già nel *Memorandum* sul lavoro pubblico dello stesso anno.

È evidente che tale differenziale, negato dalle organizzazioni sindacali, non trova la propria fonte nel solo sistema retributivo, ma altresì, come si cercherà di evidenziare nel problematico e contraddittorio meccanismo di organizzazione del lavoro e nelle sue modifiche normative e applicative. Basti pensare all'utilizzo scriteriato dei passaggi di qualifica e soprattutto delle progressioni verticali ed orizzontali, spesso prive di qualunque elemento di concorsualità sostanziale e piuttosto frutto di scelte unilaterali della singola amministrazione o peggio del singolo dirigente. Il tutto, è chiaro, condiviso e anzi favorito da buona parte delle organizzazioni sindacali, ancora legate al duplice schema per il quale il lavoro alle

dipendenze delle pubbliche amministrazioni risulta ancora mal pagato in virtù dello scambio con una sua stabilità quasi assoluta e, per altro verso, gli aumenti debbono essere uguali per tutti sulla falsariga di un principio di (questo sì assoluto) egualitarismo.

2. *Dal decentramento controllato al mancato controllo delle dinamiche economiche*

Quanto riferito è conseguito, tra l'altro, ed è ciò che ha reso e rende necessario un radicale intervento normativo, al totale squilibrio che è venuto a crearsi tra risorse destinate alla contrattazione integrativa, uso fattone e comportamento non virtuosi tanto a livello *macro*, in sede di contrattazione nazionale di comparto, quanto a livello decentrato.

L'esito è stato un aumento delle retribuzioni di fatto nel settore pubblico, svincolato non solo dai fattori tipici ai quali le retribuzioni accessorie dovrebbero essere collegate, ma anche da quella che dobbiamo richiamare come *ability to pay* delle amministrazioni, ovvero la capacità di rispondere senza ulteriori aggravii di bilancio alle richieste sindacali in proposito.

Di chi la colpa di questo oramai accertato stato delle cose? Della politica che non controlla la dirigenza, o li controlla troppo? Dei dirigenti che non controllano e a volte neppure conoscono ciò che avviene nella propria amministrazione o settore? Delle organizzazioni sindacali che, corporativamente, difendono situazioni di privilegio o comunque "co-prono" settori privi di alcun fenomeno di concorrenza?

Va da sé che la risposta non può essere univoca ed esaustiva, mentre si tratta di vedere quali spunti i diversi, citati, protagonisti provano a dare. Autorevole dottrina ravvisa, per altro verso, un indirizzo politico alternato di *deregulation* e *devolution*, ma in realtà attento fondamentalmente al controllo centralistico delle risorse e della stessa struttura contrattuale. Ciò nonostante, l'esito definitivo dei precedenti interventi regolativi è stato quello dell'accennata mancata responsabilizzazione politica e burocratica nella gestione del personale e nel funzionamento delle amministrazioni.

3. *Crisi e proposte di soluzione tra pubblico e privato: se il contratto nazionale è ancora una variabile indipendente*

In un contesto generale teso al decentramento, sia amministrativo sia normativo, nel quale si inserisce anche la riforma costituzionale del 2001, il sistema di contrattazione collettiva nel settore pubblico subisce,

come evidente, almeno due spinte diverse e contrarie. Da un lato si insiste su un forte controllo centralizzato sul fronte delle risorse disponibili e redistribuite prevalentemente a livello di comparto; dall'altro la contrattazione nazionale si dimostra del tutto incapace di rispondere alla gestione flessibile di taluni istituti contrattuali e dunque alle nuove richieste di organizzazione delle amministrazioni.

Solo che ciò facendo ci si espone, come puntualmente avvenuto, agli strali (si è detto finalmente!) della Corte dei conti, che tuttavia contrasta nella sua richiesta di maggior controllo centralistico e rigorosamente sanzionato (di cui vi è un esempio proprio nel d.l. n. 112/2008) con le citate tendenze in atto, puntualmente colte da quella dottrina che auspica una revisione della struttura della contrattazione collettiva nel settore pubblico (e in verità, da parte di altri, anche in quello privato) nel senso dell'individuazione di un luogo istituzionale presso il quale esercitare correttamente il potere di indirizzo politico nei confronti degli agenti contrattuali.

Tale luogo, individuato sistematicamente nei "nuovi" Comitati di settore, ha tuttavia sostanzialmente fallito, non potendo essi nel contempo vigilare sulla spesa pubblica e uniformare gli indirizzi alle contrattazioni integrative, per definizione diverse e territorialmente non omogenee.

Di qui la proposta di lasciare al livello centralizzato, e in specie al Governo, solo taluni poteri di indirizzo unitario, mentre buona parte delle competenze dovrebbero traslare in capo all'istanza regionale, dotata a sua volta di un sistema di indirizzo unitario. D'altro canto, lo si è anticipato, è proprio quel livello che si pone oggi e sempre più come sede di governo della spesa pubblica da un lato e di funzionalizzazione in specie della contrattazione integrativa a obiettivi di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, rispondendo così tanto ai principi di cui all'art. 97 Cost. in tema di buon "andamento" quanto a quelli di decentramento di recente (ri)affermati ed in via di affinazione legislativa.

Proprio alla luce di quest'ultima considerazione, a seguito della approvazione del d.lgs. n. 150, di attuazione della l.d. n. 15 del 2009, si pone oggi il problema della sua applicabilità, se diretta ed immediata, ovvero sfalsata nel tempo e condizionata nelle modalità, agli Enti locali, ed ai Comuni e alle Province in particolare.

4. *Le parti più controverse della riforma e l'applicazione agli Enti locali*

La questione, non di poco conto, è quella di valutare quale parte del combinato disposto della l.d. n. 15 e del d.lgs. n. 150 siano immediata-

mente applicabili ai Comuni e alle Province, e quanto invece necessari o consenta un successivo intervento degli stessi per adeguare le norme nazionali al contesto locale; e va altresì premesso che la legge delega n. 15/2009 già demandava ai decreti delegati la competenza a stabilire quali delle proprie norme fossero espressione della competenza esclusiva dello Stato e quali invece contenenti principi generali dell'ordinamento giuridico ai quali si adeguano le regioni e gli enti locali. Ciò che è avvenuto nel d.lgs. n. 150/2009, seppure non con un del tutto apprezzabile grado di puntualità e precisione.

5. *Le disposizioni espressamente applicabili sulla base del disposto del d.lgs*

Un primo assetto è dato direttamente da alcune norme di rinvio o transitorie dello stesso d.lgs. n. 150, con riguardo alle diverse materie da esso disciplinate. Se è vero infatti che buona parte delle norme risulta influenzato dal paradigma ministeriale, è altrettanto vero che, anche sotto la spinta delle organizzazioni rappresentative degli Enti locali, è stato introdotto una sorta di *tempus deliberandi* (di regola entro il 31 dicembre 2010) da parte degli stessi, almeno per alcuni specifici settori.

Provando a seguire il testo del d.lgs. si nota che mentre il titolo I, sui *Principi generali* non pone problemi di sorta, già il titolo II, dedicato alla *Misurazione, valutazione e trasparenza della performance* – già di per sé innovativo – trova una sua specifica attuazione negli Enti locali.

È l'art. 16 del d.lgs. a chiarire, infatti, quali norme del decreto saranno applicabili *ex nunc* (a dire il vero il decreto entra in vigore il 15 novembre) e direttamente (art. 11, cc. 1 e 3) e quali invece dovranno trovare adeguamento mediante gli ordinamenti degli Enti medesimi (artt. 3, 4, 5, c. 2, 7, 9 e 15, c. 1).

Al di là dei numeri ciò significa che:

a) negli Enti locali va affermata la trasparenza, da intendersi come accessibilità totale, mediante, in sostanza, la pubblicazione nei siti istituzionali delle informazioni riguardanti ogni aspetto della organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolta dagli organi competenti (leggasi ancora Nuclei di valutazione), allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità *ex art. 97 Cost.*

Peraltro la stessa trasparenza, così intesa, si atteggia a livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche *ex art.*

117, c. 2, lett. *m*, Cost. *b*) gli Enti locali garantiranno (*rectius* devono garantire) la massima trasparenza in ogni fase del ciclo di gestione della *performance*, cioè a dire laddove tale ciclo, su cui si soffermano altre norme non direttamente applicabili agli Enti locali (art. 9 ss.), entri effettivamente in funzione, ovvero quando anche quelle norme saranno implementate dagli Ordinamenti dei singoli Enti.

In altre parole, sin da subito massima trasparenza sui sistemi di valutazione in essere, e poi, altrettanta trasparenza, una volta attuata nei singoli Enti la riforma.

c) Direttamente applicabile – ma contenuta in una norma piuttosto programmatica che precettiva – risulta infine l'art. 15, c. 1 del decreto, per il quale l'organo di indirizzo politico-amministrativo (il Consiglio comunale o provinciale, riteniamo) promuove la cultura della responsabilità per il miglioramento della *performance*, del merito, della trasparenza e dell'integrità.

Riecheggia anche qui una sorta di intento moralizzatore, attribuito nello specifico all'organo elettivo dell'Ente.

6. *I principi ai quali vengono adeguati gli ordinamenti di Regioni ed Enti locali*

Come accennato gli Enti locali dovranno invece adeguarsi (art. 3), mediante la propria funzione legislativa ed amministrativa, ad alcuni principi, ovvero quelli richiamati come principi generali: obiettivi della misurazione e valutazione della *performance*; obbligo di misurazione e valutazione della stessa con riguardo all'amministrazione nel suo complesso, ma anche alle unità organizzative o aree di responsabilità e ai singoli dipendenti, cioè tutto e tutti coloro che si muovono nel perimetro della amministrazione di riferimento; obbligo di utilizzare modalità di comunicazione che garantiscano la massima trasparenza delle informazioni concernenti la materie della misurazione e valutazione della *performance*; obbligo di adottare metodi e strumenti idonei a misurare la *performance* individuale e organizzativa, con riguardo al soddisfacimento dell'interesse del destinatario di servizi e interventi, ovvero il cittadino; necessità quale conditio *sine qua non* di muoversi nel senso descritto a pena di impossibilità fattuale e giuridica di erogare alcun premio legato a merito e *performance*; e infine, obbligo di non far derivare dall'adeguamento a tali principi alcun maggior onere per la finanza pubblica, utilizzando le già presenti risorse umane e finanziarie. Insomma, per questa parte, ma anche per altre, la riforma Brunetta appare muoversi a costo

zero! Nel senso che solo riduzioni delle spese (economicità) consentiranno ulteriori e nuove spese.

Discorso analogo va fatto con riguardo a quanto imposto dall'art. 4, relativo al ciclo di gestione della *performance* e dall'art. 5, circa gli obiettivi utilizzabili nella suddetta gestione.

Ciascun Ente potrà/dovrà cioè adeguare a tali obiettivi – elencati nel comma 2 dell'art. – il funzionamento del proprio sistema di misurazione e valutazione, il proprio ciclo di gestione della *performance*. Così pure il sistema di misurazione e valutazione della performance sarà adeguato ai principi di cui all'art. 7 adottando un Sistema di misurazione e valutazione della *performance*; tale funzione, tuttavia, dovrà essere svolta:

a) dagli organismi indipendenti di cui all'art. 14 del decreto, creato senza alcun onere per l'Ente e nominato dall'organo di indirizzo politico-amministrativo per un periodo di tre anni;

b) dalla commissione di cui all'art. 13 del decreto, intitolata alla valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (spicca qui il richiamo all'integrità), la quale possiede tali e tante competenze da far dubitare, onestamente, che possa concretamente inserirsi nel processo di valutazione di un singolo Ente, ma al più svolgere una attività nomofilattica con riguardo agli orientamenti generali nell'adozione e funzionamento dei sistemi di gestione;

c) infine la funzione di misurazione e valutazione deve essere svolta, e riteniamo primariamente, dai dirigenti di ciascuna amministrazione, come stabilito negli artt. 16 e 17 del d.lgs. n. 165/2001, modificati a loro volta.

7. *La fase transitoria*

Il decreto si preoccupa di specificare, sempre all'art. 16, non solo il termine entro il quale gli Enti locali oltre che le Regioni dovranno adeguare i propri ordinamenti alle nuove regole sulla misurazione e valutazione della performance (31 dicembre 2010, lontano ma non troppo); ma anche di regolare il caso in cui ciò non avvenga, laddove le disposizioni sopra richiamate risulteranno direttamente applicabili; mentre, ed è cosa di rilievo, sino alla data del 31 dicembre 2010 gli Enti potranno applicare le disposizioni, legali e contrattuali, vigenti; e dunque anche quelle, ci pare, di carattere non nazionale.

Sulla falsariga dell'art. 16, l'art. 31 del d.lgs. precisa i termini di applicazione agli Enti locali del titolo III, dedicato alla cd. premialità, e strettamente collegato, come visto, al precedente, anche nel senso della

sua considerazione quale condizione necessaria al funzionamento di questo.

Regioni ed Enti locali si adegueranno, sempre entro il 31 dicembre 2010, ai principi di cui agli artt. 17, c. 2, 18, 23, cc. 1 e 2, 24, cc. 1 e 2, 25, 26 e 27 c. 1. In sostanza, dall'applicazione del sistema premiale non deve derivare alcun nuovo onere, le amministrazioni promuovono il merito e il miglioramento della *performance* organizzativa e individuale secondo sistemi premianti selettivi e valorizzano i dipendenti che conseguono le migliori *performance* attraverso l'attribuzione selettiva di incentivi sia economici che di carriera. Ciò che maggiormente conta, ed era ora, è il rigoroso ed espresso divieto di distribuire in maniera indifferenziata o sulla base di automatismi incentivi e premi collegati alla *performance* in assenza delle verifiche e attestazioni sui sistemi di misurazione e valutazione adottati.

In altre parole, mutuando una nota pubblicità, "no valutazione, no premio"!

Va subito rilevato, in proposito, che ai sensi del citato art. 31, c. 2, gli Enti locali non sono obbligati a distribuire i dipendenti in tre rigorose fasce di merito (25%, 50%, 25%), alle quali sono attribuite altrettanto rigorosamente le risorse disponibili (50%, 25%, 0%), come indicato nell'art. 19 d.lgs., invero non applicabile agli Enti locali. Viceversa gli Enti locali, fissato in almeno tre il numero delle fasce di merito, dovranno attribuire una quota prevalente delle risorse destinate al trattamento economico accessorio collegato alla *performance* individuale al personale, dirigente e dipendente, che si colloca nella fascia alta.

Inoltre gli Enti locali, nei limiti delle risorse disponibili per la contrattazione integrativa e adattando i propri ordinamenti ai principi affermati, potranno utilizzare da subito rispettivamente gli strumenti delle progressioni economiche, progressioni di carriera, attribuzione di incarichi e responsabilità e accesso a percorsi di alta formazione, tutti disciplinati o ridisciplinati dal decreto; e per altro verso il *bonus* annuale delle eccellenze e il premio annuale per l'innovazione.

Anche in questo caso il termine di adeguamento da parte degli Enti locali è posto al 31 dicembre 2010, fermo restando che sino a quel momento si applicherà la normativa vigente. E tuttavia pare che la disciplina di cui al c. 3 dell'art. 31 (progressioni e premi) sia immediatamente applicabile agli Enti locali, posto che solo il comma 1 è richiamato dal comma 4 ai fini della completa entrata a regime il 31 dicembre 2010.

Quanto alle progressioni, sia economiche (art. 23) sia di carriera (art. 24), va evidenziato come ancor prima del 31 dicembre 2010 risultino applicabili le regole del decreto (pare inequivocabile l'espressione

“utilizzano gli strumenti di cui all’art. 20, c. 1, lett. *c*, *d*, e ed *f*), mentre forse occorrerà un previo adattamento da parte degli Enti per gli strumenti di cui alla lettere *a*) e *b*) (*bonus* e premio annuali); ma va da sé che gli strumenti più stringenti sono i primi, per i quali dunque le regole del decreto risultano già norma vigente (dal 15 novembre 2009).

Infine, un altro termine incombe in capo agli Enti locali, e precisamente quello del 31 dicembre 2011, entro il quale essi dovranno trasmettere alla Conferenza unificata i dati relativi al trattamento economico accessorio collegato alla *performance* individuale per dipendenti e dirigenti e le risorse ad essi destinate, al fine della valutazione della efficacia delle norme adottate ed al fine di adottare misure di modifica e miglioramento delle stesse. In altre parole il sistema, sino al 31 dicembre 2011, appare ancora in fase di sperimentazione.

Il titolo IV del decreto interviene infine a disciplinare, e talora a riscrivere, altri e fondamentali aspetti del rapporto di lavoro; ed anche per questi si pone il problema della applicabilità agli Enti locali.

Le norme modificate sono l’art. 2, commi 2, 3, mentre viene contestualmente introdotto un comma 3-ter. Si tratta di norme tutte tese a rovesciare il sistema di rapporti tra legge e contratto collettivo nell’ambito dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, nel senso che, come risulta chiaro nel “nuovo” art. 40 d.lgs. n. 165/2001, vengono escluse dalla competenza della contrattazione collettiva alcune specifiche materie (organizzazione degli uffici, conferimento degli incarichi, etc.), mentre per altre (sanzioni disciplinari valutazione delle prestazioni) alla contrattazione collettiva è lasciato il solo spazio che, nel caso, la legge le attribuirà. Tutto ciò con l’ulteriore guarentigia della applicazione alla nullità delle disposizioni collettive degli artt. 1339 e 1419, c. 2, del codice civile (nuovo art. 2, comma 3-*bis* d.lgs. 165/2001).

Discorso analogo va fatto con riguardo all’art. 34 del decreto n. 150/2009, che nel modificare l’art. 5, c. 2 del d.lgs. 165/2001, esplicita l’esclusiva competenza degli organi di gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro (ovvero i dirigenti) circa le determinazioni per l’organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro. Il potere unilaterale della amministrazione riprende cioè il sopravvento sul potere, oramai dilatato della contrattazione collettiva e degli altri istituti sindacali.

Come le norme dedicate alla dirigenza e quelle relative alle sanzioni disciplinari, anche quelle di cui si è appena detto vanno ritenute immediatamente applicabili agli Enti locali in quanto buona parte delle norme del decreto sono definite dall’art. 74 rientranti nella potestà legislativa esclusiva esercitata dallo Stato, *ex* art. 117 lettere *l*) e *m*), Cost. (ad es. le

norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui agli artt. 33-36, alcune altre riferite alla contrattazione collettiva anche integrativa di cui agli artt. 57, 64, 65 e 66 o all'interpretazione dei contratti collettivi di cui all'art. 61 e ancora quella in tema di mansioni di cui all'art. 62 e infine una norma dedicata al procedimento disciplinare, *ex* artt. 68 e 69.

Un dubbio permane per quanto attiene le modifiche apportate alle norme relative alla dirigenza pubblica, contenute negli artt. 37 ss. In effetti non vi è alcuna norma che possa ritenersi espressamente risolutiva circa la applicabilità mediata da interventi degli ordinamenti degli Enti locali di simili norme. Di tal che le non indifferenti modifiche apportate, ad es., all'art. 19 del d.lgs. n. 165/2009, ma anche all'art. 21, 22, 23, 24 e 28, ci appaiono direttamente applicabili agli Enti locali. Ciò vale a maggior ragione se si pensa che per quanto attiene alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e Bolzano l'art. 74 del decreto prevede la propria applicazione "compatibilmente con le attribuzioni previste dagli statuti e dalle relative norme di attuazione. Insomma, per Regioni ordinarie, Province e Comuni il legislatore sembra ritenere pienamente applicabile la riforma, con alcuni limiti espressi che si è cercato sopra di mettere in evidenza.

8. *Il d.l. n. 78/2010 e la sua conversione in l. n. 122/2010*

Il recente decreto legge n. 78/2010, convertito in legge n. 122/2010 attraverso un discusso maxiemendamento, non incide sulla materia qui in oggetto, se non indirettamente mediante il sostanziale blocco dei livelli stipendiali a quanto previsto per il 2010 (art. 9, c. 1; ma v. anche i cc. 2-4, su riduzioni di indennità e tetto massimo ai rinnovi contrattuali precedenti), con una previsione dedicata al comparto ricerca e università¹, ovvero, con specifico riguardo alle autonomie locali, attraverso la previsione di un obiettivo di "contenimento delle dinamiche di crescita della contrattazione integrativa" (art. 7, c. 1, lett. c). Il che, come appare evidente e come spesso accade, vuol dire tutto e nulla.

¹Cfr. art. 4-*octies*, per il quale «con decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, all'inizio di ogni anno viene stabilita per ciascuna istituzione scolastica una dotazione finanziaria a valere sugli stanziamenti concernenti le competenze accessorie dovute al personale di cui al comma 4-*septies* ed iscritti nello stato di previsione del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, entro i cui limiti le medesime istituzioni programmano le conseguenti attività. La predetta dotazione viene successivamente definita, nel rispetto dei predetti limiti, in relazione ai criteri stabiliti dagli accordi sindacali intervenuti in sede di contrattazione collettiva integrativa».

GIANLUCA GARDINI

L'AUTONOMIA DELLA DIRIGENZA
NELLA (CONTRO)RIFORMA BRUNETTA*

SOMMARIO: 1. L'anomalia della "privatizzazione". – 2. L'affermarsi del principio fiduciario come antidoto alla distinzione funzionale. – 3. La coerenza del modello introdotto negli anni Novanta. – 4. Il "restauro conservativo" e la controriforma. – 5. L'autonomia della dirigenza nella riforma Brunetta: criticità. – 6. La disciplina del lavoro pubblico tra Stato e Regioni.

1. *L'anomalia della "privatizzazione"*

L'Italia è il paese che, da anni, ha intrapreso con più determinazione e forza la strada della contrattualizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, abbinando a questa scelta radicale sulle fonti un'opzione altrettanto netta per la distinzione funzionale tra attività di indirizzo e controllo, da un lato, e gestione amministrativa, dall'altro¹.

La cd. "privatizzazione" del pubblico impiego rompe l'impianto gerarchico ed accentrato che ha caratterizzato le pubbliche amministrazioni fino alla metà degli anni Novanta del secolo scorso, in cui le scelte – incluse le più minute – erano assunte dal vertice politico, in base a regole tratte prevalentemente dal diritto pubblico, costruite intorno alla ontologica e ideologica specialità del pubblico impiego. Si è così avviato un percorso di progressiva assimilazione tra impiego pubblico e privato, realizzato mediante il «trasloco dei dipendenti pubblici nella casa del diritto civile»²: una rivoluzione copernicana, che non ha mai smesso di sollevare obiezioni negli ambienti pubblicistici, dove la radicata tradizione di specialità che caratterizza il pubblico impiego induce a ritenere che la trasformazione del rapporto da pubblico a privato «non possa essere del

* Il presente articolo è pubblicato nella rivista *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, n. 3/4, 2010.

¹ Sul punto si veda l'attento studio di F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale. Il modello italiano in Europa*, Bologna, 2006.

² U. ROMAGNOLI, *Così uguali e così diversi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 539.

tutto liberamente disposta dal legislatore, trattandosi di qualificazioni che discendono dalla natura oggettiva dei rapporti e degli interessi che in questi sono implicati, e che hanno riscontro nelle stesse strutture pubblicistiche nelle quali strumentalmente si inseriscono»³.

La privatizzazione del 1993 – e soprattutto la “seconda privatizzazione” del 1998, che alla prima ha dato compiutezza, estendendo la contrattualizzazione all’intera dirigenza e trasferendo alla giurisdizione ordinaria il contenzioso lavorativo – cambia dunque volto all’impiego alle dipendenze della pubblica amministrazione, ispirandosi alla logica “comune” che caratterizza il lavoro subordinato. Se sul piano comparato è probabilmente l’ordinamento inglese ad aver recepito per primo l’ideale di razionalizzazione weberiano, mediante una disciplina speciale che qualifica il pubblico impiego come un corpo separato e dotato di particolari guarentigie, è indubitabile che l’ordinamento italiano, a seguito della marcata contrattualizzazione del rapporto di impiego, sia divenuto «una vera e propria anomalia nello scenario comparatistico»⁴. Per comprendere appieno il motivo di questa radicale opzione a favore della contrattualizzazione non può sottovalutarsi il fatto che «in nessun paese europeo come in Italia lo statuto pubblicistico e le relative guarentigie dei funzionari pubblici avevano creato una bardatura altrettanto soffocante ed onerosa, nonché estesa ad un ambito altrettanto vasto di posizioni e di enti»⁵: è comprensibile che il legislatore della riforma, al momento di liberarsi di questo fardello opprimente, abbia agito sotto la spinta di una reazione altrettanto forte e contraria.

Il secondo elemento qualificante della riforma degli anni Novanta, come si è accennato, è rappresentato dalla distinzione tra funzioni a carattere politico, concernenti le scelte di fondo sugli indirizzi e sull’organizzazione di un ente, e compiti più strettamente gestionali, riguardanti l’amministrazione e il funzionamento dell’ente stesso. Questo principio, oggi, non rappresenta solamente un elemento qualificante della riforma del lavoro pubblico, ma identifica un vero e proprio valore guida del nostro ordinamento, cui si sono ispirate gran parte delle riforme introdotte nell’ultimo ventennio. Nella speranza di garantire imparzialità all’agire amministrativo, infatti, si è cercato di imporre una separazione funzionale tra il corpo politico, ritenuto portatore di un’ideologia di parte che

³ Così TAR Lazio, sez. III, ordinanza 5 giugno 1996, n. 1171, cit.

⁴ Così G.F. FERRARI, *Pubblico impiego in diritto comparato* (voce), *Digesto disc. pubbl.*, Torino, 1997, p. 300 e ss.

⁵ Cfr. M. D’ANTONA, *La disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni dalla legge al contratto*, in S. BATTINI e S. CASSESE (a cura di), *Dall’impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Milano, 1997, p. 4.

risulta inconciliabile con il concetto stesso di interesse pubblico, e il corpo burocratico, espressione dell'istanza tecnica di gestione, come tale asservito agli interessi della nazione e del pubblico.

Al principio di differenziazione funzionale possono ricondursi molte delle scelte legislative e delle soluzioni organizzative adottate in riferimento alle pubbliche amministrazioni italiane, centrali e decentrate. L'affermazione di una regola per legge, tuttavia, non significa che essa sia effettivamente rispettata nella realtà e nella prassi amministrativa. Politica e amministrazione rappresentano due momenti di uno stesso fenomeno, legati tra loro da una stretta correlazione, e sarebbe artificioso – oltre che sbagliato – volerli separare in modo rigido: l'uno senza l'altro non potrebbe esistere, in ragione della complementarità che contraddistingue le rispettive funzioni. Per questo è preferibile esprimersi in termini di differenziazione funzionale, piuttosto che di netta separazione di competenze tra i livelli decisionali. Per questo è necessario valorizzare, e non impedire, lo scambio di idee e la collaborazione tra il livello politico e quello gestionale.

Al tempo stesso, tuttavia, va garantito che i decisori politici non tentino di riappropriarsi surrettiziamente degli spazi che la legge ha voluto attribuire in via esclusiva alla dirigenza, invocando il tradizionale primato della politica sull'amministrazione tecnica. Se così fosse, molte delle costruzioni giuridiche che trovano in questa differenziazione funzionale le proprie fondamenta – compresa la stessa privatizzazione del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione – verrebbero miseramente a crollare.

2. *L'affermarsi del principio fiduciario come antidoto alla distinzione funzionale*

L'assimilazione del regime dei dipendenti pubblici e privati porta con sé una parallela assimilazione tra datore di lavoro privato e dirigenza pubblica, che pur tuttavia non è mai stata del tutto esplicitata e chiarita dalla legge. Il dirigente pubblico dispone dei poteri del datore di lavoro privato per gestire mezzi, risorse umane ed economiche necessarie al perseguimento dell'interesse pubblico, ma la legge non chiarisce *quali* dirigenti pubblici siano dotati di questi poteri gestionali, né quali rischi "d'impresa" si accompagnino all'assunzione dei poteri direttivi.

L'affermazione del principio di distinzione tra la funzione di indirizzo e controllo, da un lato, e la gestione amministrativa, dall'altro, ha prodotto – di riflesso – una rapida crescita dell'area fiduciaria della diri-

genza e un'espansione progressiva del meccanismo di *spoils system*. Attraverso la creazione di una dirigenza a carattere "fiduciario", infatti, gli organi politici intendono riappropriarsi delle leve direzionali che ad essi sono state sottratte con l'introduzione del principio di separazione funzionale. La strategia è chiara: la politica, avendo perso il potere di intervento sulle scelte operative e gestionali, mira a mantenere il controllo di queste attività esercitando la propria influenza all'atto delle nomine e revocche delle figure dirigenziali.

Ne consegue che il principio di separazione funzionale è affermato con nettezza nella forma, ma aggirato nella sostanza mediante la fidelizzazione politica della dirigenza. La durata eccessivamente breve dei contratti, la decadenza automatica degli incarichi dirigenziali che cessano al mutare della compagine politica, sono spie chiare della volontà della politica di tornare ad occupare gli spazi che la legge, in via di principio, riserva in via esclusiva alla dirigenza. Questo fenomeno si registra facilmente osservando l'andamento della giurisprudenza costituzionale: nella stagione dal 1993 al 2002 la Corte si preoccupa solo di affermare la piena compatibilità dell'impianto privatistico contrattuale della riforma con i principi costituzionali concernenti l'organizzazione dei pubblici uffici⁶, mentre, a partire dal 2002, si concentra prevalentemente sul difficile compito di circoscrivere i contorni della fiduciarità e individuare le figure dirigenziali nominate e revocate *intuitu personae*⁷.

Circola da qualche anno una tentazione diffusa di rimettere in discussione l'impianto stesso della riforma, per tornare ad un regime pubblicistico e alla supremazia della politica. Si auspica, in questo senso, una ri-pubblicizzazione della dirigenza: alcuni studiosi di diritto del lavoro affacciano l'ipotesi di un ritorno ad regime giuridico speciale per la dirigenza, o almeno per una parte di essa⁸. In quest'ottica può essere letto

⁶ Interpellata sul profilo della compatibilità tra regole privatistiche e principio di imparzialità la Corte afferma in modo risoluto che, attraverso il nuovo assetto delle fonti che regolano il rapporto, «il legislatore ha inteso garantire, senza pregiudizio per l'imparzialità, anche il valore dell'efficienza contenuto nel precetto costituzionale, grazie a strumenti gestionali che consentono, meglio che in passato, di assicurare il contenuto della prestazione in termini di produttività, ovvero una sua ben più flessibile utilizzazione». Cfr. Corte cost., sent. 309/97. In altre parole, la Consulta relega nel regno del "costituzionalmente irrilevante" la questione concernente il regime della disciplina del pubblico impiego, che viene pertanto affidata alla discrezionalità del legislatore e all'«equilibrato dosaggio» di fonti unilaterali (macro organizzazione) e fonti contrattuali (rapporto lavorativo vero e proprio).

⁷ Si pensi alle fondamentali sentenze nn. 233/06; 103 e 104 del 2007; 161 e 351 del 2008; 34/2010; 81/2010 con le quali la Consulta ha cercato di precisare i contorni del cd. *spoils system* all'italiana.

⁸ Cfr., per tutti, M. RUSCIANO, *Contro la privatizzazione dell'alta dirigenza pubblica*, in *Diritti, lavori, mercati*, 2005, p. 621.

anche il tentativo compiuto dalla legge n. 145/2002, che sembra voler rivestire di un manto pubblicistico l'atto di conferimento dell'incarico dirigenziale, modellato come un «provvedimento» al quale «accede un contratto individuale con cui è definito il corrispondente trattamento economico»⁹, secondo lo schema classico della concessione-contratto.

L'idea di fondo che ispira queste proposte di ri-pubblicizzazione è basata sulla tradizionale simmetria tra *diritto pubblico e imparzialità*, e mediante l'uso del diritto speciale punta a ristabilire un corredo idoneo di garanzie contro le ingerenze della politica, tutelando l'imparzialità della funzione pubblica. In realtà, nel sostenere una ri-pubblicizzazione (di una parte) dell'impiego pubblico si trascura che anche nel regime precedente alla contrattualizzazione, il potere politico poteva nominare i dirigenti generali senza particolari oneri procedurali, sia tra interni che esterni all'amministrazione, nell'ambito di un sistema complessivamente connotato da autoritarismo, paternalismo e uso clientelare degli incarichi¹⁰. Senza dimenticare che la restaurazione del regime pubblicistico, tra l'altro, costringerebbe a riaprire la mai sopita questione della giurisdizione sulle controversie riguardanti il lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, e in particolare la dirigenza pubblica.

3. *La coerenza del modello introdotto negli anni Novanta.*

Il modello organizzativo introdotto dalle riforme del 1993 e del 1998, seppure perfettibile e lacunoso, era dotato di una sua coerenza interna. L'idea di fondo era appunto quella di traghettare il pubblico impiego verso la sponda del diritto civile, favorendo la produttività e l'efficienza dell'amministrazione pubblica, senza per questo comprometterne il carattere di imparzialità e neutralità politica. La cd. privatizzazione dell'impiego pubblico «si è, da subito, e dichiaratamente, articolata come un processo, graduale e faticoso, fatto di tappe intermedie»¹¹, che vengono realizzate progressivamente nella prospettiva di dare vita ad un impianto unitario.

Il disegno complessivo della “privatizzazione” aveva una sua coerenza intrinseca, giusta o sbagliata che fosse, incentrata su un impianto che Massimo D'Antona lucidamente aveva definito come «una combina-

⁹ Art. 3, comma 1, legge 15 luglio 2002, n. 145.

¹⁰ G. D'ALESSIO, *La disciplina della dirigenza pubblica: profili critici ed ipotesi di revisione del quadro normativo*, in *Il lav. nelle p. a.*, 2006, p. 558 e ss.

¹¹ M. RUSCIANO, *Dirigenze pubbliche e spoils system (Nota a Corte costituzionale 23 marzo 2007 n. 103 e 104)*, in *www.astrid-online.it*.

zione di innovazioni e compromessi»¹². Al contrario le modifiche successive, intervenute a partire dal 2002, vengono a rompere questa armonia interna, introducendo emendamenti che, da un lato, puntano a “fidelizzare” la dirigenza agli organi politici, e, dall’altro, mirano ad innestare elementi di diritto speciale su un *corpus* normativo di stampo prettamente privatistico.

La Corte costituzionale, nel corso degli ultimi dieci anni, è intervenuta più volte per contenere le spinte all’espansione incontrollata della dirigenza cd. fiduciaria, ossia legata al vertice politico da un rapporto di fidelizzazione e come tale revocabile *ad nutum*, e per ristabilire i giusti confini tra la sfera politica e quella amministrativa, soggetti ad una continua erosione da parte del legislatore¹³. Per una bizzarra eterogenesi dei fini, infatti, il principio di separazione funzionale tra politica e amministrazione ha finito per produrre un esito opposto a quello desiderato: la politica sèguita, come e più di prima, a influenzare le scelte gestionali intervenendo direttamente sui decisori, senza però mostrare apertamente il proprio volto e senza assumere alcuna responsabilità all’esterno. Si è assistito, in questi anni, ad una riedizione del tradizionale scambio potestabilità tra classe politica e ceto burocratico, che nel nuovo quadro normativo si chiude però con un saldo decisamente favorevole ai politici, i quali rimangono al comando della macchina amministrativa pur essendo sostanzialmente esonerati da qualsiasi responsabilità diretta¹⁴.

¹² Così M. D’ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle “leggi Bassanini”*, in *Il lav. nelle p. a.*, 1998, p. 45.

¹³ V., oltre alle sentenze sopra richiamate, la recente sentenza n. 224 del 2010, con la quale la Corte costituzionale giunge a ritenere contraria al principio di buon andamento sancito dall’art. 97 Cost. la decadenza automatica del direttore amministrativo di una Azienda ospedaliera, avvenuta entro tre mesi dalla data della nomina di un nuovo direttore generale, e a dichiarare costituzionalmente illegittima la norma regionale che autorizza tale automatismo. Secondo la Corte, «la disposizione impugnata non ancora l’interruzione del rapporto di ufficio in corso a ragioni “interne” a tale rapporto, che – legate alle modalità di svolgimento delle funzioni del direttore amministrativo – siano idonee ad arrecare un *vulnus* ai principi di efficienza, efficacia e continuità dell’azione amministrativa». In questo senso, spiega la Consulta, «la norma censurata, prevedendo l’interruzione ante tempus del rapporto, non consente alcuna valutazione qualitativa dell’operato del direttore amministrativo, che sia effettuata con le garanzie del giusto procedimento».

¹⁴ Un noto studio di Sabino Cassese, nel commentare la prima riforma della dirigenza pubblica, varata con il d.P.R. 748 del 1972, pone in evidenza il «rapporto di scambio» tra dirigenza amministrativa e dirigenza politica, in base al quale la prima ottenne garanzia del posto e della carriera in cambio di una perdita di prestigio e di potere. In quell’occasione, osserva Cassese, l’alta burocrazia accettò di vedersi riconosciuto «un ruolo minore, pur di avere mano libera per ciò che riguarda la propria sorte», sicché oggi «il dirigente amministrativo italiano, rispetto ai suoi colleghi stranieri, è più sicuro del suo posto, ma meno influente». Cfr. S. CASSESE, *Grandezza e miserie dell’alta burocrazia in Italia*, in *Pol. e dir.*, 1981, p. 220 e ss.

Non vi è dubbio, quindi, che i confini tra l'area della fiduciarità e quella della professionalità andassero meglio precisati e che, da questo punto di vista, le lacune del modello originario di riforma richiedessero un robusto intervento riparatore da parte del legislatore. Anche sul versante delle fonti, del resto, si avvertiva l'esigenza di fare chiarezza rispetto a problematiche mai del tutto risolte. Per tutte, si ricorda la questione concernente la natura del provvedimento per l'attribuzione dell'incarico dirigenziale: secondo una parte dei giuslavoristi, suffragati dall'opinione della Cassazione, l'atto di conferimento dell'incarico dirigenziale avrebbe sicura natura privatistica, essendo adottato con i poteri del datore di lavoro privato¹⁵; mentre secondo una parte della dottrina giuspubblicistica il conferimento dell'incarico scaturirebbe da un provvedimento amministrativo vero e proprio, dotato di natura autoritativa oltre che unilaterale, che, per la dirigenza apicale (capi dipartimento, segretari generali, dirigenti generali) assumerebbe addirittura la configurazione dell'atto di alta amministrazione (Decreto del Presidente della Repubblica o Decreto del presidente mediante del Consiglio).

Su questi e molti altri punti irrisolti si attendeva e auspicava un intervento del legislatore, diretto a porre fine alle ambiguità interpretative e a restituire coerenza ad una riforma che, nella fase di attuazione, aveva smarrito la propria strada. Così, purtroppo, non è stato.

4. *Il “restauro conservativo” e la controriforma*

Come si è detto, il modello tratteggiato dalla riforma del pubblico impiego è sostanzialmente equilibrato nel momento in cui si perfeziona, ossia verso la fine degli anni Novanta, ed inizia a incrinarsi e a perdere la propria coerenza a causa degli innesti e delle modifiche intervenute successivamente.

Rispetto ad esso si avvertiva l'esigenza di un “restauro conservativo”, come è stato correttamente osservato¹⁶, piuttosto che di un'ennesima riforma o – men che meno – di una restaurazione del vecchio regime speciale. In particolare si avvertiva la necessità di dare corpo alla figura del datore di lavoro pubblico, di decidere una volta per tutte se tale ruolo debba essere riconosciuto alla dirigenza, come prevede l'originario

¹⁵ La Suprema Corte ha continuato ad affermare la natura privatistica del provvedimento di conferimento anche a seguito della riscrittura dell'art. 19, operata dalla l. n. 145/2002 (cfr. *ex plurimis*, Cass., S.U. nn. 7859, 9650, 9771 del 2001; n. 2954/2002; nn. 1128, 7623, 10288 del 2003; n. 22990/2004; n. 2005/14252).

¹⁶ G. D'ALESSIO, *La disciplina della dirigenza pubblica*, cit.

modello della distinzione tra politica e gestione, oppure se le continue pressioni della politica per assumere un controllo diretto e fiduciario della dirigenza pubblica abbiano condotto, nella sostanza, ad esautorare quest'ultima da qualsiasi ruolo gestionale e organizzativo¹⁷. Naturalmente era auspicabile che il legislatore optasse per la prima soluzione, più in linea con l'originario modello, e si adoprasse per rafforzare l'autonomia e i poteri della dirigenza, così da emanciparla definitivamente dai rischi di fidelizzazione politica.

Per costruire intorno alla dirigenza la figura del datore di lavoro pubblico è necessario operare su due snodi fondamentali, concettualmente presupposti ad una vera autonomia della gestione. In particolare occorre: 1) individuare (e limitare) con chiarezza l'area della dirigenza fiduciaria rispetto a quella professionale; 2) ancorare saldamente gli incarichi dirigenziali ai risultati raggiunti. Qualsiasi altro intervento riformatore, per quanto opportuno – volto ad esempio a riaffermare il principio dell'accesso per concorso a tutti i livelli dirigenziali, a valorizzare percorsi di formazione unitari per tutta la dirigenza, a potenziare canali d'accesso rapidi per i più meritevoli – appare secondario e ancillare rispetto all'obiettivo di rafforzare la dirigenza, per fare di essa un datore di lavoro adeguato e credibile.

Purtroppo la cd. riforma Brunetta, operata mediante il complesso della legge delega 4 marzo 2009, n. 15 e del decreto delegato 27 ottobre 2009, n. 150, non solo non fornisce risposte a questi problemi, ma sembra all'opposto scommettere sul ruolo centrale della politica per risolvere i difetti di funzionamento della macchina amministrativa. Cerchiamo di analizzare gli aspetti salienti di questa riforma.

La novità forse più marcata ed evidente della riforma Brunetta è legata ad un'inversione di rotta rispetto al passato: la legge sottrae spazio alla contrattazione collettiva per affidare un ruolo crescente alle fonti unilaterali e alla legge nella disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione. Viene spezzato uno dei capisaldi della riforma degli anni Novanta, il potere "anomalo" della contrattazione collettiva di derogare alle disposizioni di legge che dettano una disciplina speciale dei rapporti di pubblico impiego, e soppiantato dal suo contrario: la contrattazione collettiva è dotata di tale potere derogatorio «solo qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge»¹⁸, che si presume perciò inderogabile.

¹⁷ Sul punto v. S. BATTINI, *Un vero datore di lavoro per il settore pubblico: politico o amministrativo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 475.

¹⁸ Cfr. art. 1, comma 1, legge 4 marzo 2009, n. 15.

Si coglie, dietro questa disposizione, una malcelata diffidenza nei confronti dell'intero sistema della contrattazione collettiva e dei sindacati, considerati i principali responsabili del fallimento complessivo della privatizzazione. La ricentralizzazione normativa e la ri-legificazione del rapporto di lavoro esprimono una «sostanziale sfiducia nei confronti di una contrattazione collettiva sfuggita al controllo»¹⁹, che nel corso degli anni ha finito per estendersi anche all'organizzazione degli uffici, interferendo con le politiche di assunzione e di progressione verticale, inficiando la valutazione dei risultati raggiunti dai dipendenti e dai dirigenti, determinando la crescita anomala delle retribuzioni di fatto nel settore pubblico.

Senza dubbio la contrattazione collettiva, calata nell'ambito del pubblico impiego, non ha dato buona prova di sé. Tuttavia, non può trascurarsi che il ruolo centrale assegnato alla contrattazione collettiva dalla riforma degli anni Novanta aveva due obiettivi ben precisi, in astratto condivisibili: da un lato, mirava ad assimilare quanto più possibile il rapporto di lavoro pubblico a quello privato; dall'altro voleva evitare il proliferare di "leggine" a scopo puramente elettorale, norme speciali adottate a vantaggio di questo o quell'altro gruppo di dipendenti. Nel tornare al regime precedente alla riforma degli anni Novanta, caratterizzato dall'inderogabilità della normativa speciale rispetto alla contrattazione collettiva, si assiste alla rinuncia definitiva ad entrambi questi obiettivi²⁰. Di conseguenza, non può che suonare ipocrita la dichiarazione di intenti, contenuta all'esordio della legge delega, che dichiara la volontà legislativa di ottenere una «convergenza degli assetti regolativi del lavoro pubblico con quelli del lavoro privato, con particolare riferimento al sistema delle relazioni sindacali»²¹.

¹⁹ V. TALAMO, *Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 469.

²⁰ Viene fatto opportunamente rilevare che la l. 4 marzo 2009, n. 15 e il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 producono un «impatto molto incisivo sul rapporto tra legge e contratto, con riguardo almeno a tre aspetti di fondo: a) il sostanziale abbandono di un sistema di regolazione del lavoro pubblico stabilmente delegificato; b) il ripristino di un chiaro carattere imperativo della normativa legale; c) l'ampliamento delle materie sottratte alla contrattazione collettiva, da regolare preferenzialmente in via unilaterale. Queste tre modifiche sono tali da alterare sensibilmente il modello normativo introdotto dalle riforme degli anni '90, mutando il processo di unificazione regolativa tra pubblico e privato, nonostante tale processo venga richiamato nell'oggetto e nei criteri di delega contenuti nella l. n. 15/2009, che si presenta perciò per più versi contraddittoria». Cfr. L. ZOPPOLI, *Legge, contratto collettivo e circuiti della rappresentanza nella riforma "meritocratica" del lavoro pubblico*, in *Le ist. del fed.*, 2009, p. 663.

²¹ Cfr. art. 2, comma 1, lett. a), legge 4 marzo 2009, n. 15.

È facile obiettare, in favore della riforma Brunetta, che la contrattazione collettiva in questi anni non ha funzionato a dovere, essendosi estesa oltre misura e avendo scavalcato regolarmente l'Aran a vantaggio di intese dirette con il Governo. Tuttavia, il cattivo funzionamento della contrattazione collettiva nel settore pubblico non giustifica il ripensamento integrale della contrattualizzazione stessa. Il legislatore della riforma, in altri termini, incorre in una sorta di “eccesso terapeutico” e, mettendo a regime un meccanismo di automatica prevalenza del diritto obiettivo, eteronomo e speciale, rispetto al diritto contrattuale, autonomo e generale, rischia di ricreare nel medio-lungo periodo una situazione normativa frammentata, diversificata per categorie e specificità professionali, del tutto analoga a quella cui la “privatizzazione” voleva porre rimedio²².

Come giustamente è stato notato, si potrebbe pensare che «la componente amministrativa del datore di lavoro pubblico sia strutturalmente più debole di quella politica»²³, e dunque ritenere che l'errore risieda a monte, nell'aver puntato inizialmente tutte le carte sulla dirigenza, anziché sulla politica, per la contrattualizzazione del pubblico impiego. Di qui la necessità di un ridimensionamento del ruolo burocratico a favore di quello politico. In realtà anche questa affermazione non appare convincente, e la responsabilità principale del ruolo straripante giocato dalla contrattazione collettiva nella disciplina del lavoro pubblico sembra piuttosto da attribuire all'insufficiente autonomia – e non alla intrinseca debolezza – della dirigenza rispetto alla classe politica²⁴. Su questa debolezza bisognava intervenire, rafforzando gli strumenti negoziali e gestionali a disposizione della dirigenza, recidendo i troppi legami fiduciari che la vincolano alla politica.

La scelta del legislatore va invece in direzione opposta e, riportando al centro del sistema la disciplina unilaterale e la legislazione speciale, viene a rafforzare la classe politica, che di tale disciplina è, in ultima analisi, la principale artefice. Quanto più si ri-legifica la disciplina del rapporto di lavoro pubblico, tanto più si favorisce la ri-politicizzazione delle scelte di fondo concernenti tale rapporto. In sostanza rilegificare significa restituire «alla componente datoriale politica (Parlamento e Governo) il

²² In questo senso la dottrina ha da subito rilevato che la riforma del 2009 ha ripristinato «le condizioni per una nuova giungla normativa rispetto alla quale la contrattazione collettiva si ritroverà giuridicamente impotente e, per di più, costretta a subire la concorrenza “sindacale” di un legislatore reso più potente che mai». Cfr. L. ZOPPOLI, *Legge, contratto collettivo e circuiti della rappresentanza nella riforma “meritocratica” del lavoro pubblico*, cit., p. 666

²³ S. BATTINI, *Un vero datore di lavoro per il settore pubblico*, cit., p. 476.

²⁴ *Ibidem*.

ruolo di regolare il rapporto di lavoro pubblico a salvaguardia delle sue specificità e dell'interesse pubblico, alla cui tutela deve essere rivolta anche la disciplina dell'organizzazione»²⁵. Si è scelta quindi la soluzione sbagliata, quella di rafforzare il versante politico, quando invece era necessario sanare la debolezza della dirigenza, dotandola di effettivi poteri gestionali, necessari per assumere il ruolo di datore di lavoro.

Senza peraltro trascurare che quanto più ci si allontana dall'orizzonte del diritto comune, tendenzialmente paritario e negoziale, tanto più ci si avvicina all'area del diritto speciale, tendenzialmente diseguale e unilaterale. Si ritorna cioè verso quella "ontologica specialità" che la contrattualizzazione degli anni Novanta aveva inteso smentire, sul piano teorico e sul piano pratico, proprio per garantire maggiore efficienza all'organizzazione pubblica. Il diritto del lavoro pubblico può essere comune o speciale: *tertium non datur*. Ebbene, se le regole sono speciali, e se la specialità riguarda esclusivamente i dipendenti delle pubbliche amministrazioni, cosicché spazi prima riservati a fonti negoziali risultano ora occupati da fonti unilaterali, a mio avviso si è in presenza di una vera e propria ri-pubblicizzazione del rapporto, non di una semplice ri-legificazione. Non bisogna confondere la "specialità" imposta dalle peculiarità del settore o della materia, che porta all'adozione di regole parzialmente diverse da quelle generali ma pur sempre collocabili all'interno di un ambiente normativo che non riconosce situazioni di sovra-sottordinazione formale tra soggetti, con la "specialità" che è invece tipica del diritto pubblico, in cui le deviazioni dalle regole comuni si devono essenzialmente alla presenza di un "potere" riconosciuto ad un soggetto che, in vista della realizzazione di finalità pubbliche, esercita un'autorità formale sugli altri soggetti che con esso entrano in rapporto o interagiscono. Alla luce di questa distinzione, la specialità va intesa come pubblicizzazione delle regole del rapporto tutte le volte in cui i diritti e le pretese dei lavoratori si trovano a dipendere da scelte unilaterali ed eteronome, riconducibili alla volontà dell'amministrazione datrice di lavoro o direttamente alla legge, e vengono viceversa sottratti ad una regolamentazione consensuale e autonoma, ispirata ai principi di fondo del diritto comune e realizzata mediante l'incontro delle volontà delle rappresentanze dei lavoratori e delle amministrazioni pubbliche. Si ha pubblicità delle regole in presenza di "sottordinazione speciale" dei lavoratori, in altre parole.

Ora, si può essere d'accordo o meno sulle definizioni formali. Al di là delle formule e delle categorie giuridiche, non vi è però dubbio che la

²⁵ D. SIMEOLI, *L'organizzazione del lavoro nell'amministrazione pubblica: fonti, modelli e riforme in atto*, in *Le ist. del fed.*, 2009, p. 794.

riforma Brunetta abbia proceduto ad una nuova definizione dei confini tra materie riservate alla legge e alla contrattazione collettiva, che, in definitiva, ripropone un sistema molto simile a quello utilizzato dalla legge quadro del n. 93/1983, in cui era riportata un'elencazione minuziosa delle materie disciplinabili per legge e di quelle disciplinabili "in base ad accordi"²⁶. Un sistema, quello del 1983, imperniato intorno alla distinzione tra organizzazione degli uffici e gestione del rapporto, che certamente non poteva considerarsi sottoposto al diritto comune, essendo governato in larga parte da regole pubblicistiche, speciali, in ossequio all'"ontologica specialità" del pubblico impiego e alla subordinazione speciale dei lavoratori pubblici.

Da questo punto di vista, l'indicazione contenuta nella legge delega n. 15/2009 affinché il Governo, nell'emanare il decreto di attuazione, si attenga a principi e direttive volti ad «affermare la piena autonomia e responsabilità del dirigente, in qualità di soggetto che esercita *i poteri del datore di lavoro pubblico*»²⁷, rappresenta qualcosa di più di un semplice *lapsus calami* e diviene vero e proprio *lapsus freudiano*, in cui si palesano le reali intenzioni della riforma. Non si era sempre sostenuto che, dopo la contrattualizzazione del rapporto, il dirigente pubblico esercita i poteri del datore di lavoro *privato*? Evidentemente, ciò che si vuole ottenere con la contro-riforma Brunetta è una ri-pubblicizzazione dell'ambiente in cui opera il datore di lavoro pubblico, fino ad oggi dominato dal diritto civile e dalla contrattualizzazione collettiva. Non può quindi stupire che il Governo, interpretando il proprio ruolo di legislatore delegato, riporti indietro l'orologio ad un'epoca precedente la contrattualizzazione del pubblico impiego: dal momento che la legge delega fornisce precise indicazioni in questo senso, non si vede come il Governo, nell'attuare la delega, avrebbe potuto esimersi dal ri-pubblicizzare l'ambiente normativo che circonda il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

Al contrario, i primi commenti alla riforma Brunetta si impegnano a dimostrare che la nuova legge opera sì una ri-legificazione, ma non una ri-pubblicizzazione del regime giuridico del pubblico impiego, sottolineando come anche il diritto del lavoro conosca varie fattispecie derogatorie, in cui regole speciali prevalgono su quelle comuni, pensate per la generalità dei lavoratori²⁸. Un "diritto privato differenziato" per il lavoro

²⁶ Così anche D. SIMEOLI, *L'organizzazione del lavoro nell'amministrazione pubblica*, cit., p. 792-793

²⁷ Cfr. art. 6, comma 2, lett. a), legge 4 marzo 2009, n. 15.

²⁸ Cfr., per tutti, G. D'AURIA, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 6.

alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, da questo punto di vista, non rappresenterebbe di per sé un'anomalia nel panorama dei rapporti di lavoro²⁹. In proposito viene ricordato come anche Massimo D'Antona, all'atto dei decreti della seconda privatizzazione, avesse chiarito che «è la stessa riduzione della pubblica amministrazione alla posizione formalmente paritaria di parte datoriale a sollecitare la produzione di regole ad hoc per garantire che gli istituti fondamentali del diritto pubblico operino senza distorsioni nelle condizioni specifiche delle pubbliche amministrazioni»³⁰.

In realtà, richiamando quanto già detto, la riforma dà vita ad una regolazione di diritto speciale pubblico della materia, e non ad una specializzazione delle regole di diritto privato. La vera specialità del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, come si è rilevato, risiede nell'individuazione del datore di lavoro, pertanto le deroghe e gli scostamenti più rilevanti rispetto alla disciplina dei rapporti di impiego privato – per rimanere nell'ambito della regolazione privatistica – dovrebbero concentrarsi su questo aspetto, e non investire la prestazione lavorativa in sé considerata. A meno che, naturalmente, non si voglia rispolverare l'argomentazione della “ontologica specialità” del pubblico impiego, da tempo superata nella riflessione dottrinale³¹.

Se così stanno le cose, al di là delle affermazioni astratte e delle definizioni, una riforma che trasferisca gran parte della regolamentazione del rapporto di lavoro da fonti autonome e contrattuali a fonti eteronome e legislative non può che rappresentare un'involuzione, un regresso verso quel rapporto di subordinazione speciale che per decenni ha caratterizzato l'impiego pubblico, nell'ambito del quale il lavoratore vantava per lo più interessi legittimi di fronte alle scelte gestionali assunte dal datore di lavoro; e nel quale il giudice competente per le eventuali controversie di lavoro era ritenuto, in via esclusiva, il giudice amministrativo.

²⁹ Così G. D'ALESSIO, *Le fonti del rapporto di lavoro pubblico*, in corso di pubblicazione in F. PIZZETTI, A. RUGHETTI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico*, Studi Cis Anci, EDK Editore, 2010, p. 29 e ss.

³⁰ M. D'ANTONA, *Contratto collettivo, sindacati e processo del lavoro dopo la »seconda privatizzazione» del pubblico impiego*, in *Foro it.*, 1999, I, 621.

³¹ Su questo tema si rinvia alle insuperate riflessioni di Andrea Orsi Battaglini, che ci ha limpidamente dimostrato come la “riserva di legge relativa” concernente l'organizzazione dei pubblici uffici non implichi, in realtà, una riserva di atto normativo unilaterale pubblicistico, ma sia perfettamente compatibile con un regime integralmente privatistico del pubblico impiego, fatte salve le deroghe tassativamente previste per legge. Cfr. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto di impiego con enti pubblici*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1993, p. 461.

5. *L'autonomia della dirigenza nella riforma Brunetta: criticità*

Al centro delle osservazioni critiche che si svilupperanno di seguito si trova l'art. 40 del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150. Questa norma fallisce completamente l'obiettivo 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»³², annunciato all'avvio del capo dedicato alla dirigenza pubblica (titolo IV, capo II); e, rivelando scarsissima capacità innovativa e di sistematizzazione, si limita a recepire i moniti che, nel corso di questi anni, la Corte costituzionale ha rivolto al legislatore per contenere l'espansione dello *spoils system* all'intera dirigenza pubblica.

La norma qui in commento, nell'inserire la “complessità della struttura interessata” tra i parametri di valutazione per l'attribuzione degli incarichi dirigenziali – unica innovazione positiva degna di nota rispetto alla disciplina previgente – omette qualsiasi riferimento ad una valutazione comparativa, che, pur senza sottostare alle rigidità delle procedure concorsuali, avrebbe sicuramente favorito una migliore scelta tra i candidati in lizza e una adeguata giustificazione di tale scelta, allontanando le ombre dell'interferenza politica da questo snodo fondamentale della gestione. Ciò è tanto più vero se si tiene conto che una bozza iniziale del decreto effettuava espressamente un richiamo alla valutazione comparativa, in linea con la giurisprudenza della Corte di Cassazione, oltre che con «alcuni degli ordinamenti europei più attenti a garantire, nella individuazione dei responsabili degli uffici amministrativi di maggior rilevanza, l'oggettività della scelta e la selezione dei migliori»³³.

Ma il difetto più evidente della norma in oggetto risiede nell'aver autorizzato esplicitamente – nonostante i proclami a favore del principio di distinzione tra le funzioni di indirizzo e quelle di gestione, contenuti nella legge delega e nel decreto delegato – la possibilità di “non confermare” l'incarico attribuito ad un dirigente al momento della scadenza in «assenza di una valutazione negativa», con l'unico obbligo di «darne idonea e motivata comunicazione al dirigente stesso»³⁴. Questa previsione va direttamente a integrare il testo dell'art. 19 del TUPI³⁵, e pertanto si applica a tutte le pubbliche amministrazioni, comprese quelle dotate di au-

³² Cfr. art. 37, d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150.

³³ G. D'ALESSIO, *Le norme sulla dirigenza nel decreto legislativo di attuazione della legge delega n. 15/2009*, in *Astrid Rassegna*, n. 103, 2009.

³⁴ Cfr. art. 40, comma 1, lett. b).

³⁵ Viene così inserito il nuovo comma 1-ter dell'art. 19, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (TUPI).

tonomia costituzionalmente riconosciuta. In questo modo, il legislatore viene a riconoscere formalmente, e quindi ad autorizzare in via generale, ciò che fino ad oggi rappresentava solo il frutto di una prassi deprecabile e contraria all'autonomia della dirigenza, in base alla quale gli organi politici si riservano di non confermare i contratti di incarico dei dirigenti ritenuti "infedeli" al momento della naturale scadenza, aggirando l'obbligo di motivazione che imporrebbe una revoca anticipata del rapporto. Come da tempo ha segnalato un'attenta dottrina³⁶, fin tanto che l'incarico dirigenziale era attribuito a tempo indeterminato, come avveniva prima della riforma del 1998, il mutamento (non volontario) di esso non poteva avvenire che a titolo sanzionatorio, vuoi per infedeltà che per incapacità. Oggi, la temporaneità degli incarichi consente all'organo politico di non procedere al rinnovo degli stessi al momento della scadenza, senza dar luogo ad un provvedimento sanzionatorio in senso stretto. L'effetto involontario che discende da questo sistema è quello di permettere all'organo politico un controllo costante sulla "fedeltà" dei dirigenti, oltre che sulla loro capacità professionale, attraverso un meccanismo periodico di assegnazione degli incarichi, peraltro dotato di margini di libertà molto più ampi di quelli che caratterizzano il procedimento sanzionatorio collegato alla responsabilità dirigenziale.

La norma qui in commento formalizza la possibilità di una mancata conferma dell'incarico pur «in assenza di una valutazione negativa» del dirigente, a dispetto del fatto che l'intera riforma Brunetta ponga al centro del proprio funzionamento la valutazione dell'operato dei dipendenti pubblici e, in particolare, dei dirigenti.

Né valgono, a stemperare questa contraddizione interna, le cautele che, in apparenza, circondano la revoca implicita, non sanzionatoria del dirigente: è pur vero che la norma consente di non confermare l'incarico «in dipendenza dei processi di riorganizzazione», scelta che potrebbe giustificarsi per esigenze superiori di natura economica-organizzativa, non prevedibili al momento dell'attribuzione dell'incarico; ma è altrettanto vero che la stessa prassi è ammessa una volta giunti «alla scadenza» dell'incarico, senza che siano richieste ulteriori condizioni per risolvere il rapporto contrattuale di incarico. Come si ricava dal testo della disposizione, l'amministrazione può infatti procedere ad un mancato rinnovo dell'incarico dirigenziale, in assenza di una valutazione negativa, «in dipendenza dei processi di riorganizzazione *ovvero* alla scadenza» del contratto³⁷.

³⁶ Così G. FALCON, *Riforma della pubblica amministrazione e responsabilità della dirigenza*, in *Le Regioni*, 1998, p. 1211.

³⁷ L'art. 40, comma 1, lett. b) del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 (corsivo mio).

A queste considerazioni si potrebbe obiettare che l'amministrazione, nel momento in cui pervenga alla decisione di non confermare l'incarico dirigenziale in assenza di una valutazione negativa, «è tenuta a darne idonea e motivata comunicazione al dirigente stesso con un preavviso congruo, prospettando i posti disponibili per un nuovo incarico». Tuttavia, è difficile immaginare una motivazione plausibile, diversa dalle esigenze organizzative o dalla valutazione negativa dell'operato del dirigente, in grado di assistere validamente un provvedimento di questo genere.

La verità è che il legislatore, nonostante ripetute dichiarazioni di intenti, ha voluto mantenere aperta una valvola di sicurezza per risolvere il rapporto in atto con quei dirigenti che, seppur capaci e positivamente valutati, non risultino però "addomesticabili" dagli organi politici.

Se possibile, a peggiorare ulteriormente la situazione è di recente intervenuto il Governo, approfittando dell'approvazione di alcune misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e competitività economica. Scavando tra le pieghe del d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (cd. Tremonti), si scopre infatti che il legislatore ha nuovamente messo mano all'art. 19, comma 1-ter, e, nel cancellare dal testo di questa disposizione la parte concernente la mancata conferma del dirigente anche in caso di valutazione positiva, ha provveduto a trasformare questa (finta) misura sanzionatoria in una (finta) misura di contenimento della spesa. Si legge infatti nel decreto Tremonti che le amministrazioni che «alla scadenza di un incarico di livello dirigenziale, anche in dipendenza dei processi di riorganizzazione, non intendono, anche in assenza di una valutazione negativa, confermare l'incarico conferito al dirigente, *conferiscono al medesimo dirigente un altro incarico, anche di valore economico inferiore*. Non si applicano le eventuali disposizioni normative e contrattuali più favorevoli»³⁸. Ora, lasciando da parte le perplessità sulla qualità del *drafting* normativo e sulla asistematicità di una tecnica legislativa di questo tipo (si cancella la norma generale del TUPI, rivolta a disciplinare il modello dirigenziale pubblico, e la si trasferisce all'interno di una normativa di urgenza in materia di stabilizzazione finanziaria, non senza aver prima notevolmente peggiorato lo stile e la sintassi), colpisce l'attenzione dell'interprete il fatto che il Governo, in un sol colpo, riesca a svuotare di significato tanto il principio di autonomia funzionale, quanto il momento valutativo.

³⁸ Art. 9, comma 32, d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (corsivo mio). La norma prosegue precisando che «Resta fermo che, nelle ipotesi di cui al presente comma, al dirigente viene conferito un incarico di livello non generale, a seconda, rispettivamente, che il dirigente appartenga alla prima o alla seconda fascia».

Da un lato, infatti, restano in piedi tutte le critiche precedentemente sollevate in merito alla facoltà del politico di non confermare un incarico dirigenziale pur in assenza di una valutazione negativa (aggravate dalla circostanza che, d'ora in poi, il dirigente si vedrà attribuire un altro incarico senza alcun preavviso che gli consenta di interloquire con l'amministrazione prima della sua decisione), da cui si evince chiaramente l'intento di sanzionare i dirigenti politicamente infedeli, più che quelli incapaci o indisciplinati; d'altro lato nascono nuove e gravi perplessità sull'obbligo dell'amministrazione di offrire *un altro incarico*, anche di valore economico inferiore, ai dirigenti non confermati senza demerito. Il messaggio che si ricava da questa disposizione è, evidentemente, che merito professionale e premialità retributiva non hanno nessun collegamento nell'organizzazione pubblica, mentre ciò che veramente conta, per assicurarsi la conferma nell'incarico, è la fedeltà politica. D'ora in poi, non avrà più importanza per il dirigente pubblico raggiungere gli obiettivi indicati al momento del conferimento dell'incarico, né conterà gestire al meglio le risorse assegnate al suo ufficio, dal momento che una *performance* positiva non gli garantisce in alcun modo la conferma nell'incarico. L'unica certezza per il dirigente pubblico è rappresentata oggi dal diritto di ricevere un altro incarico, ancorché di valore economico inferiore rispetto precedente, laddove abbia svolto bene la sua attività. Si tratta di una soluzione che, come è stato segnalato, «oltre ad incidere sulla posizione, sulle prospettive professionali e sulla motivazione del dirigente interessato, sembra ben poco coerente con il principio di buon andamento dell'amministrazione»³⁹; e, soprattutto, risulta in aperta contraddizione con quanto indicato nella legge delega 4 marzo 2009, n. 15, che impone la «valorizzazione del merito e conseguente riconoscimento di meccanismi premiali per i singoli dipendenti sulla base dei risultati conseguiti dalle relative strutture amministrative»⁴⁰. A tutto ciò si aggiunga che, nella parte conclusiva di questo comma dedicato alla diri-

³⁹ Cfr. G. D'ALESSIO, *Incarichi dirigenziali: Tremonti "corregge" Brunetta*, in *www.astrid-online.it*.

⁴⁰ Art. 2, comma 1, lett. e), legge 4 marzo 2009, n. 15. In attuazione di questo principio, il decreto delegato 27 ottobre 2009, n. 150, dispone che «le amministrazioni pubbliche promuovono il merito e il miglioramento della performance organizzativa e individuale, anche attraverso l'utilizzo di sistemi premianti selettivi, secondo logiche meritocratiche, nonché valorizzano i dipendenti che conseguono le migliori performance attraverso l'attribuzione selettiva di incentivi sia economici che di carriera» (art. 18). A ciò si accompagna l'obbligo dell'Organismo indipendente di compilare una graduatoria delle valutazioni individuali del personale dirigenziale, distribuito in livelli di performance predefiniti (art. 19). Tutte disposizioni che perdono sostanzialmente di significato alla luce del fatto che una performance positiva non garantisce in alcun modo al dirigente la conferma nell'incarico.

genza pubblica, viene introdotto un ulteriore vincolo, applicabile solamente ai dirigenti non confermati nell'incarico, in base al quale «al dirigente viene conferito un incarico di livello generale o di livello non generale, a seconda, rispettivamente, che il dirigente appartenga alla prima o alla seconda fascia». Si tratta di una innovazione decisamente peggiorativa per la condizione del dirigente non riconfermato, a cui viene imposto di occupare solamente incarichi corrispondenti alla propria fascia di appartenenza, nonostante fino a quel momento avesse svolto (magari positivamente) compiti di livello dirigenziale generale. Il fatto di svolgere compiti di livello superiore, come è noto, è una situazione tutt'altro che anomala tra i dirigenti pubblici: fino alla riforma del 2009, addirittura, l'aver esercitato per almeno tre anni (oggi il limite è stato riportato a cinque anni) funzioni di livello dirigenziale generale all'interno delle pubbliche amministrazioni era l'unica via di accesso alla dirigenza generale, mancando un canale diretto di reclutamento per la prima fascia. In altre parole, la manovra del 2010 ammette non solo che un dirigente di II fascia possa non essere confermato in assenza di una valutazione negativa e nonostante la buona performance svolta, ma stabilisce addirittura che egli debba per forza ricevere un incarico corrispondente alla propria fascia a seguito della mancata riconferma. Si realizza così, nel segno del contenimento della spesa per il pubblico impiego, un grave *vulnus* all'indipendenza della dirigenza e al principio del riconoscimento di meriti e demeriti per l'alta burocrazia.

In chiave altrettanto critica va vista anche la scelta di non ridurre gli incarichi dirigenziali conferiti agli esterni, come invece preannunciato e richiesto dalla legge delega (v. art. 6, comma 2, lett. *b*). Va infatti segnalato che la riforma non solo non pone limiti nuovi ed effettivi alle percentuali di dirigenti da reclutare all'esterno dei ruoli dell'amministrazione, con contratti a tempo determinato, ma non prevede nemmeno un vincolo generale alla reiterazione di questi incarichi, che sono quindi rinnovabili *ad libitum* e assoggettati all'unica condizione della motivazione esplicita⁴¹. Inutile sottolineare che queste figure dirigenziali, pur non potendo formalmente considerarsi a *spoils system*, come ha avuto modo di sottolineare anche la Corte costituzionale⁴², vengono spesso individuate secondo criteri "fiduciari" e, in corso d'opera, facilmente fidelizzate alle richieste della politica attraverso la minaccia del mancato rinnovo contrattuale.

⁴¹ Cfr. art. 40, comma 1, lett. *d*), *e*), *f*). Al punto che qualche autore, in riferimento agli incarichi esterni, parla di «rischio di una violazione della delega». Cfr. S. BATTINI, *L'autonomia della dirigenza pubblica e la "riforma Brunetta": verso un equilibrio fra distinzione e fiducia?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 43.

⁴² Corte cost., sent. 161 del 2008.

Anche altre disposizioni, contenute nell'art. 40 del d.lgs. 150/09, risultano distoniche rispetto all'intento di valorizzare l'autonomia della dirigenza pubblica, ma nessuna di esse è così apertamente in contrasto con quanto annunciato formalmente dalla riforma Brunetta come la possibilità di procedere a un mancato rinnovo dell'incarico «in assenza di valutazione negativa del dirigente». La possibilità di non confermare l'incarico pur in assenza di una valutazione negativa, più di ogni altra, smentisce la volontà del legislatore di rafforzare la dirigenza, emanciparla dalla politica e fare di essa un datore di lavoro pubblico adeguato.

Non si vuole qui affermare, si badi, che la dirigenza debba essere libera *tout court* da legami fiduciari con i vertici politici, dal momento che, come si è sostenuto in altra sede, una quota di dirigenza fiduciaria – nel nostro come in altri ordinamenti – è non solo utile, ma necessaria al buon funzionamento della macchina amministrativa⁴³. Il punto delicato, come si è osservato più volte, risiede nella percentuale e nel tipo di figure dirigenziali sottoposte a questo vincolo di fiduciarità, che in ogni caso va sempre inteso come espressione di fiducia tecnica e professionale, e mai di fiducia politica o peggio ancora partitica. Il compito del legislatore, delicatissimo e per questo altrettanto urgente, consiste nel conciliare le esigenze della separazione funzionale con quella della fiduciarità, valorizzando le indicazioni della Corte costituzionale e ricavando da esse un criterio generale per delimitare il confine tra dirigenza fiduciaria e dirigenza professionale⁴⁴. In questo senso risulta prioritario distinguere «una fascia di nomina strettamente politica – soggetta al sistema dello *spoils system* – da una fascia le cui prerogative e la cui posizione vanno garantite al di là delle mutevoli coalizioni di governo»⁴⁵. La riforma avrebbe dovuto delimitare l'area della fiduciarità, in progressiva e continua espansione, eliminando la fiducia dagli incarichi affidati a funzionari con compiti di gestione e riservandola alla scelta dei soggetti che operano a supporto all'indirizzo politico⁴⁶. Questo era prioritario fare. Così, invece, non è stato.

⁴³ Si consenta un rinvio a G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano, Giuffrè, 2003.

⁴⁴ Sul punto, v. S. BATTINI, *L'autonomia della dirigenza pubblica e la "riforma Brunetta": verso un equilibrio fra distinzione e fiducia?*, cit., p. 39 e ss.

⁴⁵ R. ROMEI, *La riforma del lavoro pubblico ovvero la doppia faccia della medaglia*, in *Nel merito.com*, 17 luglio 2009.

⁴⁶ In questo senso, F. MERLONI, *Lo spoils system è inapplicabile alla dirigenza professionale: dalla Corte nuovi passi nella giusta direzione (commento alle sentenze n. 103 e 14 del 2007)*, in *Le Regioni*, 2007, p. 836 e ss.; G. D'ALESSIO, *La disciplina della dirigenza pubblica: profili critici ed ipotesi di revisione del quadro normativo*, in *Il lav. nelle p. a.*, 2006, p. 558 e ss.; S. BATTINI, *L'autonomia della dirigenza pubblica e la "riforma Brunetta": verso un equilibrio fra distinzione e fiducia?*, cit., p. 44; M. RUSCIANO, *Dirigenze pubbliche e spoils system. Nota a Corte costituzionale 23 marzo 2007, n. 103 e 104*, cit.

6. *La disciplina del lavoro pubblico tra Stato e Regioni*

Un ultimo rilievo, non per questo meno rilevante, deve essere mosso alla tecnica legislativa utilizzata dalla riforma Brunetta che, a causa della sua pervasività, finisce per comprimere le competenze legislative riservate alle Regioni (e, *mutatis mutandis*, agli enti locali) in materia di organizzazione e personale.

Sul tema la Corte costituzionale ha da tempo riconosciuto, in modo netto, che la disciplina del personale regionale, e in particolare il meccanismo di nomine e revoche della dirigenza regionale, deve essere ascritta alla materia “organizzazione amministrativa”, che ai sensi dell’art. 117, comma 4, Cost. è attribuita alla competenza residuale delle Regioni⁴⁷. Questa competenza va esercitata nel rispetto dei principi fondamentali di organizzazione e funzionamento fissati negli statuti, oltretutto – naturalmente – nel rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali; ma parimenti va garantita da improprie interferenze e condizionamenti del legislatore statale, trattandosi di competenza riservata alle Regioni. Qualche anno prima la stessa Corte aveva preannunciato una simile tesi, affermando limpidamente che la materia dello «stato giuridico ed economico» del personale rientra nelle aree di potestà residuale delle Regioni ordinarie: laddove lo stato giuridico ed economico del personale si risolve, a ben vedere, nell’ordinamento del lavoro regionale⁴⁸.

Inoltre, a favore della esclusiva competenza regionale nella disciplina dell’impiego pubblico viene spesso ricordato che al legislatore statale spetta solo l’«ordinamento e l’organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti nazionali», ed in base al principio di autonomia, ciascun livello di governo ha competenza normativa in merito alla propria organizzazione. Del resto è lo stesso art. 2 TUIPI a stabilire che «le amministrazioni pubbliche (...), mediante atti organizzativi secondo i rispettivi ordinamenti (...) individuano gli uffici di maggior rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi». Dunque, lo Stato non ha nessuna competenza legislativa sulla macro-organizzazione di enti dotati di autonomia riconosciuta dalla Costituzione; e, nello specifico, non avrebbe titolo per porre regole generali in tema di individuazione e conferimento di incarichi dirigenziali.

Si tratta di un’impostazione del tutto in linea con i rilievi svolti dalla Corte costituzionale all’indomani della riforma del Titolo V Cost., per cui, nel nuovo assetto costituzionale, non risulta più necessario trovare

⁴⁷ Così Corte cost., sent. 233 del 2006.

⁴⁸ Corte cost., sent. 274 del 2003.

un titolo di legittimazione in base al quale le Regioni possono legiferare in determinate materie, ma occorre semmai trovare un titolo specifico per cui lo Stato può continuare a legiferare in quelle stesse materie, dal momento che attualmente la tecnica dell'elencazione gioca a sfavore dello Stato, mentre la competenza generale residuale è attribuita alle Regioni⁴⁹.

Sul versante opposto, il riferimento più prossimo alla competenza statale in tema di disciplina del lavoro pubblico è rinvenibile nell'“ordinamento civile”, che rientra nella lista di materie affidate in via esclusiva allo Stato (art. 117 comma 2, lett. l, Cost.): in questo titolo competenziale, secondo una tesi dotata di largo seguito, potrebbe essere fatta rientrare buona parte della disciplina del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, inteso come prestazione dell'attività professionale.

L'estensione alla dirigenza generale delle regole civilistiche, avvenuta a partire dal 1998, porta infatti a ritenere che la disciplina della dirigenza pubblica, nel suo insieme, sia oggi in gran parte assorbita dalla materia “ordinamento civile”, come tale attribuita alla competenza esclusiva dello Stato. Per quanto discutibile e riduttivo risulti un approccio di questo tipo, che evidentemente non tiene conto delle ricadute organizzative che l'assetto del personale e della dirigenza producono sull'organizzazione regionale e locale, non può negarsi che la scelta di “privatizzare” il pubblico impiego, operata con le riforme degli anni Novanta, rechi con sé una serie di effetti sul piano costituzionale, con specifico riferimento al riparto di competenze tra Stato e Regioni.

Ma l'attrazione verticale verso la competenza statale, a rigore, deve arrestarsi alla disciplina della prestazione professionale e alla micro-organizzazione, mentre restano consegnate alla competenza esclusiva delle Regioni e degli enti locali le scelte organizzative più rilevanti (la cd. macro-organizzazione), tra cui rientra senz'altro – come stabilisce anche l'art. 2 TUIPI – «l'individuazione e i modi di conferimento» degli uffici dirigenziali.

Se tutto ciò è vero, la riforma Brunetta si presta a due considerazioni critiche sul riparto di competenze Stato-Regioni, la cui fondatezza andrà tuttavia verificata nell'attuazione concreta della legge.

In primo luogo, risulta improprio e foriero di potenziali conflitti di attribuzione (peraltro già sollevati da diverse Regioni)⁵⁰ l'aver affidato ad una legge dello Stato la disciplina puntuale e dettagliata di molti aspetti concernenti la macro-organizzazione, che travalicano la regolamenta-

⁴⁹ Corte cost. sent. 282 del 2002.

⁵⁰ Si veda, ad es., il ricorso presentato dalla Regione Emilia Romagna con Deliberazione della Giunta regionale 20 settembre 2010, n. 1406.

zione della mera prestazione professionale: si pensi, esempio, alle regole fissate dal d.lgs. 150 del 2009 in tema di mancato rinnovo degli incarichi dirigenziali, di cui si è detto in precedenza; o ancora, alle disposizioni riguardanti l'affidamento di incarichi dirigenziali a soggetti esterni all'amministrazione, espressamente estese a tutte le amministrazioni pubbliche elencate all'art. 1, comma 2, TUIPI (comprese quindi le amministrazioni territoriali); ancora, passando ad aspetti non toccati dalla presente analisi, si ponga mente alla disciplina dettagliata sulla riserva di risorse da destinare al trattamento economico accessorio collegato alla performance individuale, prevista per regioni ed enti territoriali (art. 31); alle disposizioni sull'accesso alla qualifica di dirigente (art. 47), ovvero ai requisiti stabiliti per il passaggio dalla seconda alla prima fascia dirigenziale (art. 43). Si potrebbe continuare a lungo, ma credo che il senso di queste osservazioni critiche sia sufficientemente chiaro.

In secondo luogo, è necessario trarre una conseguenza logica da quella che, in queste pagine, si è provocatoriamente descritta come una ri-pubblicizzazione del pubblico impiego mascherata da mera ri-legificazione. Se questa lettura risultasse condivisa, allora non si potrebbe che ricavarne, logicamente, una contrazione della competenza legislativa statale, che come si è visto è legata a doppio filo all'estensione delle regole civilistiche al rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione. In sostanza, esiste un rapporto di proporzionalità inversa tra la specialità delle regole concernenti il lavoro pubblico e la competenza statale: quanto più ci si allontana dall'orizzonte dell'ordinamento civile e del diritto comune, tanto più si assottiglia il titolo competenziale in base al quale lo Stato può legiferare su questa materia. Fatti salvi, naturalmente, i principi generali di uguaglianza, non discriminazione e imparzialità, che devono essere sempre essere assicurati nel disciplinare lo *status* dei dipendenti di tutte le pubbliche amministrazioni, indipendentemente dalla loro ubicazione sul territorio nazionale e a prescindere dalla natura locale o centrale dell'amministrazione di appartenenza. Uno "statuto unitario" del lavoratore pubblico va senz'altro garantito dall'ordinamento giuridico, ma tale statuto non arriva certamente a coprire le regole di dettaglio, per più aspetti estese anche all'organizzazione amministrativa, che sono dettate dalla cd. riforma Brunetta. Si pensi, in questo senso, alla rilegificazione operata mediante fonte statale di tutta la materia disciplinare fin qui affidata alla contrattazione collettiva⁵¹; oppure alla disciplina iper-dettagliata concernente il trattamento economico accessorio collegato alla performance individuale⁵².

⁵¹ V. artt. 40, 41, d.lgs. 150 del 2009.

⁵² V. art. 31, d.lgs. 150 del 2009.

In conclusione, a seguito della riforma del 2001 spetta al legislatore statale definire il *quantum* di regole civilistiche, la misura dell'estensione delle fonti privatistiche al lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, dal momento che solo allo Stato spetta definire i confini della materia "ordinamento civile". Come si è opportunamente osservato, l'assetto di competenze che emerge dall'art. 117 Cost. evidenzia la peculiarità e l'importanza del ruolo riservato al legislatore statale, cui spetta «il compito, cioè, di fissare l'ambito dell'area privatizzata del rapporto di lavoro pubblico – essendo questo parte del potere di definizione dell'«ordinamento civile» – e di conseguenza, per sottrazione, quello dell'area non privatizzata e mantenuta in regime pubblicistico»⁵³.

Ne discende che la soluzione di ripubblicizzare – o di rilegificare, per chi volesse leggere la riforma in questo modo – intere aree del rapporto di lavoro in precedenza affidate alla contrattazione collettiva non può che trarre con sé, inevitabilmente, una proporzionale contrazione della competenza statale, a tutto vantaggio dell'autonomia regionale e locale.

⁵³ A. TROJSI, *L'impiego regionale: fonti e spazi di competenza legislativa delle regioni*, in *Le ist. del fed.*, 2009, p. 829.

FRANCA BORGOGELLI

I POTERI DELLA DIRIGENZA PUBBLICA
NELLA DISCIPLINA DEI RAPPORTI DI LAVORO:
LE NOVITÀ E I PROBLEMI*

SOMMARIO: 1. Le innovazioni legislative e le loro implicazioni. – 2. La rilegificazione: un ritorno al regime pubblicistico? – 3. La nuova regolazione del potere disciplinare. – 4. L'efficacia della nuova tecnica regolativa e le conseguenze sul rapporto di lavoro dirigenziale.

1. *Le innovazioni legislative e le loro implicazioni*

L'attribuzione alla dirigenza pubblica dei «poteri del privato datore lavoro» è stata una delle 'novità' che ha rappresentato in modo emblematico, anche a livello simbolico e nel sentire comune, la valenza innovativa della riforma del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni compiuta negli anni '90, evocando l'immagine di una gestione flessibile ed efficiente degli uffici e del personale e quindi una migliore qualità dell'azione amministrativa e dei servizi resi ai cittadini. La locuzione codificata nell'art. 5, 2° comma, del d.lgs. 165/2001 prefigura, in una sintesi efficace, una dirigenza dotata di vera autonomia decisionale rispetto sia al potere politico, che definisce gli indirizzi e gli obiettivi, sia al potere sindacale, con cui si confronta nella sede negoziale. Soprattutto richiama una specifica finalità del mutamento delle fonti, ovvero dell'applicazione delle norme che regolano il lavoro subordinato nell'impresa: la disciplina eteronoma dei rapporti di lavoro, che nel settore privato ha assolto principalmente la funzione di tutela del contraente debole, in questo caso oltre ad attribuire diritti ai lavoratori doveva servire a dare al datore di lavoro pubblico opportunità di gestione autonoma ed efficiente.

In altri termini, attribuendo i poteri del privato datore di lavoro al dirigente-datore di lavoro pubblico si mira a rafforzare la sua posizione e a consentirgli di perseguire e raggiungere gli obiettivi dell'azione delle

* Una versione ridotta di questo contributo è destinata agli *Studi in onore di Tiziano Treu*.

pubbliche amministrazioni con strumenti più efficienti, efficaci, flessibili rispetto a quelli che offriva l'ordinamento pubblicistico e l'apparato amministrativistico¹.

È a tutti noto come l'innovazione legislativa non abbia prodotto i risultati auspicati; il bilancio insoddisfacente riguarda sia l'attuazione del principio base della separazione tra politica e amministrazione, sia il superamento delle prassi cogestive nelle relazioni sindacali, sia la capacità di gestione del personale². I dirigenti, per i difetti e le lacune della regolazione legislativa che hanno favorito indebite ingerenze dei soggetti politici, nonché per carenza di cultura organizzativa e inadeguatezza professionale³, nella gran parte dei casi: non hanno usato i poteri loro attribuiti, sono stati condizionati dal vertice politico, che ha inteso il legame fiduciario come fidelizzazione e ha approfittato dell'incertezza dei confini per frequenti invasioni di campo, hanno manifestato debolezza nei confronti del sindacato, lasciando che la contrattazione collettiva occupasse spazi che non le competevano⁴ e/o violasse i principi-base della riforma⁵. Una parte molto importante di responsabilità per i deludenti esiti della riforma è da attribuire anche alle insufficienze nella regolamentazione dei controlli e nella loro attuazione, ovvero all'incapacità di realizzare un efficace sistema di verifica e valutazione dei risultati del-

¹ V. in particolare: F. LISO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, 2^a ed., Milano, Giuffrè, 2000, I, p. 177 ss.; E. ALES, *Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni*, Torino, Utet, 2007.

² Si riscontra una «cogestione strisciante che ha contribuito a oscurare la distinzione dei ruoli propria del metodo contrattuale e a deresponsabilizzare il management, già indebolito dalla scarsa autonomia rispetto alla politica e non difeso da questa» (T. TREU, *Le relazioni di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. dir.*, 2007, p. 293). Tra la copiosa letteratura sul bilancio della riforma degli anni '90, con particolare riferimento alla dirigenza v. tra i più recenti: B. CARUSO, L. ZAPPALÀ, *La riforma «continua» delle Pubbliche amministrazioni: licenziare i nullafacenti o riorganizzare la governance?*, in *Il lav. nelle p.a.*, 2007, p. 1; i contributi di F. CARINCI, G. NICOSIA, M. PALLINI, L. ZOPPOLI, D. MEZZACAPO, G. ZILIO GRANDI, M. ESPOSITO, A. ZOPPOLI, P. MONDA nel volume monografico *La Dirigenza*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 31, 2009; A. BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2010, n. 125, p. 88.

³ Per questo rilievo critico, ricorrente in dottrina, v. le efficaci parole di A. Corpaci, *Il decreto legislativo n. 150 del 2009, di revisione della disciplina del lavoro nelle pubbliche amministrazioni, tra continuità e discontinuità*, in <http://www.osservatoriosullefonti.it>, fasc. n. 1, pp. 2 e 13.

⁴ Anche aiutata da forzature interpretative; per una ricostruzione al riguardo v. 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, 2010, n. 101, www.lex.unict.it.

⁵ Soprattutto con riguardo ad aspetti fondamentali quali i criteri di attribuzione del salario accessorio, le progressioni economiche, i percorsi di carriera.

l'azione amministrativa e dell'attività della dirigenza (peraltro a fronte di direttive del potere politico sovente generiche e imprecise).

Con il più recente intervento di riforma il legislatore tenta nuovamente di raggiungere il traguardo di garantire efficienza, produttività, economicità dell'organizzazione e dell'azione delle pubbliche amministrazioni, utilizzando tuttavia strumenti nuovi⁶. Se si presta attenzione solo agli obiettivi indicati⁷, questi non sembrano differenziarsi molto, nella sostanza, da quelli che si poneva la riforma degli anni '90. Piuttosto il nuovo legislatore dichiara di voler raccogliere il testimone per portarli a pieno compimento, seppur con modalità diverse per quanto riguarda le tecniche, gli attori, le parole d'ordine: è significativo che il primo obiettivo indicato dalla legge n. 15/2009 (art. 2, c. 1, lett. *a*) sia la «convergenza degli assetti regolativi del lavoro pubblico con quelli del lavoro privato, con particolare riferimento al sistema delle relazioni sindacali» (e questo prescindendo dalla verifica della (in)coerenza tra tale obiettivo e

⁶ Per le riflessioni sulle innovazioni introdotte dalla riforma Brunetta *ex multis* v.: L. ZOPPOLI, *La riforma del lavoro pubblico dalla 'deregulation' alla 'meritocrazia': quale continuità? e il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale scientifica, 2009, pp. 1 e 15; E. ALES, *Le prerogative datoriali delle pubbliche amministrazioni e il loro doveroso esercizio*, *ivi*, p. 109; A. ZOPPOLI, *L'indipendenza dei dirigenti pubblici*, *ivi*, p. 127, A. BOSCATI, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività organizzativa*, in *Il lav. nelle p.a.*, 2009, p. 13; U. CARABELLI, M.T. CARINCI, *Privatizzazione e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro e nuovi assetti giuridici dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni*, in U. CARABELLI, M.T. CARINCI, *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, Cacucci, 2010, p. 31; A. GARILLI, A. BELLAVISTA, *Riregolazione legale e decontrattualizzazione: la neo-ibridazione normativa del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Il lav. nelle p.a.*, 2010, p. 1; B. CARUSO *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (il ridisegno della governance nelle p.a. italiane)*, in WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona».it, 2010, n. 104, www.lex.unict.it; ID., *Gli esiti regolativi della «riforma Brunetta» (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni)*, in *Il lav. nelle p.a.*, 2010, p. 235; F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo governo Berlusconi: dalla l. n. 133/2008 alla l.d. n. 15/2009*, in *Il lav. nelle p.a.*, 2008, p. 949; ID., *Filosofia e tecnica di una riforma*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, p. 451; A. CORPACI, *Regime giuridico e fonti di disciplina dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, p. 467.

⁷ Ci si riferisce «soltanto» agli obiettivi indicati nell'art. 2, c. 1, della legge n. 15/2009 (e già nel suo titolo: «Delega al Governo finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e alla efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni»), nonché alle finalità elencate nel novellato art. 1, c. 1, del d.lgs. 165; e non ai precetti contenuti nelle disposizioni e alle «ideologie» ad essi sottese. Sui «mutamenti di baricentro e di ottica funzionale» con riguardo alle fonti, nonché sui nuovi «miti» della meritocrazia e della trasparenza e più in generale sulle nuove ideologie sottese alla riforma v. in particolare: L. ZOPPOLI, *La riforma del lavoro pubblico dalla 'deregulation' alla 'meritocrazia'*, cit. e ID., *Legge, contratto collettivo e circuiti della rappresentanza nella riforma «meritocratica» del lavoro pubblico*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2009, n. 4/6, p. 663; per una diversa valutazione v. B. CARUSO, *Gli esiti regolativi della «riforma Brunetta»*, cit., spec. p. 243 ss.

la effettiva regolazione⁸). Tra le novità, occupa il centro dell'attenzione l'elaborazione, in una inedita mescolanza di criteri aziendalistici e dirigismo legislativo, di una articolata regolamentazione, che presuppone anche l'utilizzo di competenze disciplinari nuove⁹, per l'individuazione, la misurazione, la valutazione, la conoscibilità dei risultati – attesi e raggiunti – dell'azione amministrativa, con l'introduzione della complessa nozione di *performance* della prestazione individuale e della struttura organizzativa, correlata alla valorizzazione del merito e al riconoscimento dei demeriti. Ma molto significative sono anche le innovazioni in materia di poteri dei dirigenti, relativamente all'ambito e alla garanzia del loro esercizio effettivo, sulle cui implicazioni si intende concentrare l'attenzione.

Il legislatore conferma, e rafforza con una diversa formulazione, l'attribuzione delle «capacità e dei poteri del privato datore di lavoro» agli «organi preposti alla gestione»¹⁰ e amplia la sfera dei compiti e dei poteri dirigenziali che riguardano, in modo diretto o indiretto, la disciplina del personale¹¹. I dirigenti vengono coinvolti nelle scelte organizzative dell'amministrazione: esprimono pareri nella fase di programmazione degli obiettivi, e del loro monitoraggio, da parte degli organi di indirizzo politico amministrativo¹²; fanno proposte in merito all'individuazione delle risorse e dei profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti

⁸ Come emergerà nel seguito della trattazione, e come è stato rilevato dalla prevalente dottrina, l'effettiva regolazione sembra disattendere tale obiettivo. Ma vi è anche una interessante, diversa lettura della novella, «in termini di convergenza degli assetti regolativi del lavoro pubblico con quelli del lavoro privato», perché rilegifica al fine di assicurare gli scopi e l'effettività della privatizzazione: v. A. CORPACI, *Regime giuridico e fonti di disciplina*, cit., p. 477 ss.

⁹ Si tratterebbe non solo di un «approccio di stampo più accentuatamente economico aziendalistico» (A. CORPACI, *Il decreto legislativo*, cit., p. 1) ma del «passaggio dalle credenziali culturali, nella gestione della riforma, dei giuristi – i particolare i giuslavoristi *chierici* soprattutto nella seconda contrattualizzazione – a quelle degli economisti (aziendali) e degli organizzativisti» (B. CARUSO, *Gli esiti regolativi*, cit., p. 264).

¹⁰ V. l'art. 4, c. 2, d.lgs. 165/2001, come sostituito dall'art. 34, c. 1, lett. a), d.lgs. 150/2009.

¹¹ In questa sede ci si limita ad accennare alle modifiche più significative in questo ambito; per un quadro più ampio e approfondito si rinvia, tra i molti, a: E. ALES, *Le prerogative datoriali*, cit., p. 122 ss.; U. CARABELLI, M.T. CARINCI, *op. cit.*, p. 90 ss.; C. SPINELLI, *Organizzazione e poteri «datoriali» del dirigente pubblico*, in U. CARABELLI, M.T. CARINCI (a cura di), *Il Lavoro pubblico in Italia*, cit., p. 113; EAD., *Ruolo «datoriale» e autonomia del dirigente: da burocrate a manager e ritorno?*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, p. 641. Per l'analisi con riferimento specifico alla «linea di confine tra spazio negoziale condiviso e area di autonomo potere unilaterale» v. A. VISCOMI, *La contrattazione collettiva nazionale*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica*, cit., spec. p. 48 ss.; con riferimento alla contrattazione integrativa v. NATULLO e SARACINI, *Vincoli e ruoli della contrattazione integrativa*, *ivi*, p. 61.

¹² V. gli artt. 4, c. 1, e 6, c. 1, d.lgs. 150.

dell'ufficio a cui sono preposti, anche al fine dell'elaborazione del documento di programmazione triennale del fabbisogno di personale¹³; condizionano con il loro assenso le procedure di mobilità¹⁴; partecipano alla elaborazione e all'adozione del piano di misurazione e valutazione della *performance*¹⁵. Per quanto concerne la gestione del personale, si rileva in particolare che divengono più incisivi i poteri/doveri dei dirigenti in materia di valutazione del personale¹⁶, e che si affida loro, per gli illeciti di minore gravità, l'esercizio diretto del potere disciplinare, ovvero la conduzione dell'istruttoria e la decisione in merito alla sanzione¹⁷.

Tuttavia, complessivamente considerata, la linea di intervento scelta per il rafforzamento della «piena autonomia e responsabilità del dirigente, in qualità di soggetto che esercita i poteri del datore di lavoro pubblico» – indicato dalla legge n. 15/2009 (art. 6, c. 2 a) come principio e criterio direttivo per l'esercizio della delega – suscita perplessità: si possono sollevare numerosi dubbi, sul piano della coerenza e dell'efficacia, circa le modalità con cui si persegue l'obiettivo di rendere effettivamente dinamica, flessibile, autonoma, e dunque efficiente, l'azione della dirigenza pubblica.

Si osserva, con riferimento alla (indubbia) necessità di ovviare alle debolezze manifestate nella gestione organizzativa, come, rispetto al ruolo negoziale e ai rapporti con la controparte sindacale, con la nuova

¹³ V., rispettivamente per i dirigenti generali e per i dirigenti incaricati della direzione di uffici dirigenziali, gli artt. 38 e 39 d.lgs. 150, che modificano gli artt. art. 16, c. 1, e 17, c. 1, d.lgs. 165; v. altresì l'art. 35, d.lgs. 150, che integra l'art. 6, d.lgs. 165.

¹⁴ V. l'art. 49, c. 1, d.lgs. 150, che modifica l'art. 30, d.lgs. 165.

¹⁵ V. gli artt. 7, c. 2, lett. c), 10, c. 4, 11, c. 9, d.lgs. 150.

¹⁶ Per quanto concerne la valutazione del personale, ai compiti assegnati ai dirigenti nella programmazione e monitoraggio del sistema di valutazione della performance (v. gli artt. citt. alla nota precedente), si aggiunge quanto prescritto dall'art. 39, c. 1, lett. c), d.lgs. 150 che integra l'art. 17, c. 1, d.lgs. 165 con la lettera *e-bis*): i dirigenti «effettuano la valutazione del personale assegnato ai propri uffici, nel rispetto del principio del merito, ai fini della progressione economica e tra le aree, nonché della corresponsione di indennità e premi incentivanti» (ma v. già il disposto dell'art. 45, c. 4, d.lgs. 165); ci si può chiedere se si tratti di una novità o di una puntualizzazione e sollecitazione di quelli che dovrebbero essere sempre stati compiti propri dei dirigenti. Sarebbe altresì da considerare ovvio, se la prassi non dimostrasse il contrario, che per la misurazione e la valutazione dei dirigenti si tiene conto anche della «capacità di valutazione dei propri collaboratori, dimostrata tramite una significativa differenziazione dei giudizi» (art. 9, c. 1, lett. d), d.lgs. 150).

¹⁷ L'art. 69, c. 1, d.lgs. 150, inserendo l'art. 55-*bis* nel d.lgs. 165 assegna al dirigente responsabile della struttura in cui il dipendente lavora il ruolo di «giudice domestico», seppur limitatamente alle infrazioni punibili con sanzione inferiore alla sospensione per più di 10 giorni (aggiungendo dunque la competenza per le infrazioni punibili con la multa e la sospensione sino a 10 giorni a quella che già aveva per le infrazioni punibili con il rimprovero verbale e scritto).

formulazione dell'art. 5, d.lgs. n. 165, letto in correlazione con le modifiche introdotte agli artt. 9 e 40, il legislatore non si limiti a frenare, rispetto ad alcuni passaggi controversi della disciplina previgente, improvvide interpretazioni estensive della possibilità di intervento dell'autonomia collettiva, o non si preoccupi di rafforzare altrimenti le difese della dirigenza, ma di fatto le tolga *tout court* ogni autonomo spazio di manovra¹⁸. Infatti, si irrigidiscono i confini della negoziabilità dei poteri dirigenziali e si riduce l'area di intervento della fonte contrattuale collettiva, così negando ogni possibilità di contrattare in materia di gestione del personale¹⁹, e si ampliano i profili eteroregolamentati di alcuni istituti²⁰. Una scelta di politica del diritto rafforzata (*rectius* blindata) dalla nuova regolazione del rapporto tra le fonti²¹ e dalla qualificazione in termini di

¹⁸ Il che rappresenta una significativa differenza rispetto alle prerogative del datore di lavoro privato, il quale è libero di negoziare (o di non negoziare), ovvero può disporre senza vincoli dei propri poteri. Ma è una differenza significativa anche rispetto al sistema precedente la novella, con riguardo sia al previgente disposto dell'art. 40, sia soprattutto alla prassi: infatti se nel pubblico «gioca un elemento culturale rilevante sintetizzabile con l'assunto "ciò che è permesso dalla legge non solo si può fare ma si fa e il sindacato può pretenderlo" questo è in realtà un marchio travisamento del ruolo della legge (...) per cui la controparte pubblica ben potrebbe rifiutarsi di negoziare su qualsiasi materia (salvo quella retributiva) se dovesse trovarlo poco conveniente o anche soltanto inopportuno» (L. ZOPPOLI, *Il ruolo della legge*, cit., p. 28). Da notare peraltro ora, innovativo soprattutto per la materia retributiva, la possibilità per l'amministrazione di procedere unilateralmente in caso di mancato accordo (art. 40, c. 3-ter, d.lgs. 165, introdotto dall'art. 44, c. 1, d.lgs. 150). In tema v. A. VISCOMI, *op. cit.*, A. ALAIMO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e «blocchi»: dalla riforma Brunetta alla manovra finanziaria 2010*, in *Il lav. nelle p.a.*, 2010, p. 287, V. TALAMO, *La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 13 ss. V. altresì il contributo di S. BORELLI in questo Volume. Per quanto concerne la «libertà di contrattare» nella prima fase della privatizzazione v. T. TREU, *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego: ambiti e struttura*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, n. 61, 1994, pp. 8-9.

¹⁹ È quanto emerge dalla lettura coordinata degli art. 5, c. 2, 40, c. 1, e 9. In particolare si afferma in modo netto ed esplicito che le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti la gestione dei rapporti di lavoro sono «assunte in via esclusiva» dalla dirigenza (art. 5, c. 2) e che sono «escluse dalla contrattazione collettiva» le materie attinenti l'organizzazione degli uffici, quelle oggetto di partecipazione sindacale *ex* art. 9 e quelle afferenti alle prerogative dirigenziali *ex* art. 5, c. 2, 16 e 17, oltre che la materia del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali e quelle elencate nell'art. 2, c. 1, lett. c) della l. n. 421/1992 (art. 40, c. 1, 2° periodo).

²⁰ Art. 40, c. 1, 3° periodo, d.lgs. 165: «Nelle materie relative alle sanzioni disciplinari, alla valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, della mobilità e delle progressioni economiche, la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge» (si noti che la progressione economica era in precedenza disciplinata unicamente dalla fonte contrattuale).

²¹ Art. 1, c. 1, l. 15/2009 che sostituisce l'art. 2, c. 2, secondo periodo, d.lgs. 165/2001. Il capovolgimento del principio secondo cui la contrattazione avrebbe potuto derogare a disposizioni di legge, regolamento, statuto, salvo che la legge non disponesse espressamente in senso contrario, assume anche un valore simbolico. Infatti la disposizione previgente inten-

«disposizioni a carattere imperativo» di tutti i precetti contenuti nel d.lgs. n. 165 novellato, con l'applicazione del meccanismo della etero-integrazione previsto dagli artt. 1339 e 1419 cod. civ. per le ipotesi di nullità per violazione delle norme inderogabili²².

Per contro il legislatore sembra assai meno incisivo nella difesa della dirigenza dalle invasioni di campo della politica²³, trascurando di intervenire in modo adeguato sulle criticità nel rapporto con i vertici politici, in particolare nella regolazione dei profili che nella disciplina della dirigenza consentono di ritenere effettiva quella distinzione tra politica e amministrazione che pure resta il cardine del sistema²⁴. È indubbia l'intrinseca difficoltà di conciliare il concetto di «imparzialità amministrativa», conformemente ai canoni costituzionali, con quello di «rapporto di fiducia» tra il dirigente e il suo «datore di lavoro»; difficoltà che deve confrontarsi con il differenziato configurarsi, nelle varie pubbliche amministrazioni, dei modelli di relazione tra l'interlocutore istituzionale e il dirigente amministrativo, e le diversità di funzioni e di servizi erogati, in relazione anche al nuovo assetto costituzionale, oltre che con la differenziazione tra dirigenza apicale e dirigenza professionale²⁵. Ma le (poche)

deva soprattutto frenare il proliferare di leggi corporative, ma aveva assunto un valore di principio quale affermazione di una preferenza per la contrattazione collettiva nella regolazione del lavoro pubblico, che ora la novella vuole con forza negare.

²² Al riguardo v. B. CARUSO, *Gli esiti regolativi*, p. 272 ss. per un approfondito chiarimento in relazione alle differenti ipotesi di nullità, utile anche in riferimento alle possibili applicazioni giurisprudenziali.

²³ Per l'analisi critica della novella con riguardo alla possibilità di una espansione eccessiva del ruolo dell'attore politico, v. in particolare: A. ZOPPOLI, *op. cit.*; S. BATTINI, *Un vero datore di lavoro per il settore pubblico: politico o amministrativo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 475; ID., *L'autonomia della dirigenza pubblica e la «riforma Brunetta»: verso un equilibrio fra distinzione e fiducia?*, *ivi*, 2010, p. 39; G. D'AURIA, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, *ivi*, 2010, p. 5; G. GARDINI, *L'autonomia della dirigenza nella (contro)riforma Brunetta*, in *Il lav. nelle p.a.*, 2010, p. 579 (e in questo Volume); B. CARUSO, *Le dirigenze pubbliche*, *cit.*; A. GARILLI. A. BELLAVISTA, *op. cit.*

²⁴ L'autonomia della gestione amministrativa dalla politica «è garanzia non solo di efficienza e imparzialità degli apparati pubblici ma del buon funzionamento degli apparati democratici» (T. TREU, *Le relazioni di lavoro*, *cit.*, p. 288) ed è «un principio ormai penetrato nell'ordinamento giuridico vivente» (L. ZOPPOLI, *Il ruolo della legge*, *cit.*, p. 25). Per la dottrina amministrativistica v. G. GARDINI, *op. cit.*, pp. 580-581, il quale sottolinea come questo «principio, oggi, non rappresenta solamente un elemento qualificante della riforma del lavoro pubblico, ma identifica un vero e proprio valore guida del nostro ordinamento, cui si sono ispirate gran parte delle riforme introdotte nell'ultimo ventennio» (ritiene peraltro che sia «preferibile esprimersi in termini di differenziazione funzionale»).

²⁵ Già nel 1999 Romagnoli rilevava come l'intreccio tra ordinamenti non fosse riuscito a valorizzare adeguatamente, pur nel rispetto dei principi fondanti della riforma, il carattere multiorganizzativo, il policentrismo, la diversificazione funzionale del sistema amministrativo (U. ROMAGNOLI, *Ripensare l'Aran*, in *Il lav. nelle p.a.*, 1999, p. 46). In merito alle differenzia-

barriere poste dal nuovo legislatore non sembrano adeguate: le regole sui criteri per l'attribuzione dell'incarico sono ritenute insufficienti a garantire i dirigenti e soprattutto è criticata la disciplina del rinnovo in assenza di valutazione negativa; così come egualmente insufficiente è stata ritenuta la sanzione prevista per le inadempienze dei vertici politici nei passaggi della complessa regolamentazione della valutazione delle performance²⁶.

Per quanto concerne l'esigenza di rafforzare la funzione direttiva, ponendo rimedio alle carenze nella cultura professionale, la misura 'pedagogica' individuata, e motivata dalla scarsa fiducia nelle capacità dei dirigenti²⁷, è quella di imbrigliarli in una puntuale rete di «lacci e laccioli»²⁸: si ritiene che il dirigente, 'costretto' e 'guidato' dalle norme legislative, 'imparerà' ad usare i propri poteri e, liberatosi dalla tutela delle sfere politica e sindacale, finalmente attuerà l'auspicata gestione manageriale autonoma ed efficiente. Così ai poteri dirigenziali si fa indossare la veste dell'obbligo, con la sanzione per il caso di omissioni o inerzia²⁹.

Ciò vale in particolare per quanto concerne le numerose articolazioni del potere/dovere di effettuare la valutazione del personale³⁰; ma soprattutto per il controverso «obbligo» di esercitare il potere disciplinare, corredato da sanzione conservativa in caso di inadempimento, che toglie (o limita: v. *infra* §3) la discrezionalità nell'esercizio di una impor-

zioni interne alla figura dirigenziale, anche con riferimento alla duplice qualità di lavoratore subordinato e datore di lavoro, v. G. NICOSIA, *Il polimorfismo delle dirigenze pubbliche e la «buona» amministrazione*, in *La Dirigenza*, cit., p. 67 ss.

²⁶ Per l'analisi critica di questi profili si rinvia agli Autori citati *retro*, nota n. 23.

²⁷ Per le dichiarazioni in tal senso del Ministro Brunetta, durante il dibattito svoltosi con Pietro Ichino nella trasmissione televisiva «Porta a Porta» il 13 ottobre 2009, v. nel sito www.pietroichino.it.

²⁸ F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego*, cit., p. 972.

²⁹ È dubbio che da ciò consegua il rafforzamento dell'autorevolezza e dell'autonomia della dirigenza responsabile della gestione del personale pubblico, che invece «è il risultato di azioni complesse ampiamente documentate dalle ricerche e confermate dall'esperienza in contesti diversi. Si tratta anzitutto di azioni interne al corpo dirigenziale, in particolare incentrate sulla sua professionalità, che richiede non pochi adeguamenti rispetto alle pratiche sperimentate nei settori privati»: T. TREU, *Le relazioni di lavoro*, cit., p. 293.

³⁰ Sulla specificazione del potere/dovere di valutare dei dirigenti in relazione all'articolata disciplina del sistema di valutazione delle strutture e dei dipendenti, e sulle contraddizioni della regolazione, v. in particolare le analisi critiche di: S. BATTINI e B. CIMINO, *La valutazione della performance nella riforma Brunetta*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica*, cit., p. 255; R. SANTUCCI, *Retribuzione accessoria, valorizzazione delle performance e responsabilità del dipendente pubblico nel d.lgs. n. 150/2009*, in *Le ragioni del Federalismo*, 2009, n. 4-6, p. 959; S. MAINARDI, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dirigenti pubblici*, in *Il lav. nelle p.a.*, 2009, p. 729; G. NICOSIA, *I dirigenti pubblici nella riforma Brunetta: più controllori o più controllati?*, *ivi*, 2010, p. 323.

tante corollario del potere direttivo e si ‘aggiunge’ alle incursioni eteronome nel codice disciplinare, ovvero alla definizione legislativa di numerose fattispecie di illecito e sanzione. Ne consegue che alcuni dei poteri del datore di lavoro pubblico – peraltro scarsamente praticati – assumono una veste diversa da quella che connota i poteri del privato datore di lavoro, essendo il loro esercizio divenuto eterodiretto e «obbligatorio», a pena di sanzione: i metodi e gli strumenti di stampo aziendalistico che non sono stati spontaneamente adottati dalla dirigenza pubblica, vengono ora imposti per legge, tramite puntuali regole giuridiche.

Questo modo di intendere il «rafforzamento» dei poteri dirigenziali pone numerosi problemi; in particolare, ci si può interrogare sulle conseguenze relativamente al regime delle fonti, ovvero su un ipotizzato ritorno allo statuto pubblicistico, sull’efficacia, in concreto, della nuova tecnica regolativa e sull’incidenza sul rapporto di lavoro dirigenziale, in relazione all’oggetto del contratto e alla responsabilità.

Di questi profili problematici si tratterà nelle pagine che seguono.

2. *La ri-legificazione: un ritorno al regime pubblicistico?*

La «ripubblicizzazione» del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni – evocata/temuta durante il percorso che ha portato all’approvazione della riforma³¹ – è stata negata dalla maggior parte degli interpreti della l. n. 15/2009 e del decreto delegato, soprattutto, ma non solo³², giuslavoristi. Sebbene la riforma Brunetta faccia perno sulla fonte eteronoma, resa pervasiva e bilateralmente inderogabile, e abbia decretato la fine della centralità che era stata attribuita all’autonomia collettiva³³, sono numerosi gli argomenti addotti per soste-

³¹ V. L. ZOPPOLI, *Il ruolo della legge*, cit., pp. 23-24, anche con riferimento ai contenuti dell’originario ddl AS 847/08 presentato dal Ministro Brunetta.

³² Tra gli amministrativisti che negano che la riforma Brunetta comporti una ripubblicizzazione v.: G. D’AURIA, *op. cit.*, pp. 5-6; A. CORPACI, *Regime giuridico*, cit., p. 477 ss., G. D’ALESSIO, *Le norme sulla dirigenza nel decreto legislativo di attuazione della legge delega n. 15/2009*, in *Lavoro pubblico: il passato ritorna*, a cura di M. GENTILE, Roma, Ediesse, 2010, p. 19.

³³ Osserva T. TREU, *Le relazioni di lavoro*, cit., p. 286-287, come «il valore della contrattazione come strumento non solo di distribuzione delle risorse fra le parti del rapporto di lavoro ma di riforma delle Pubbliche amministrazioni è stato il centro della normativa e della politica del settore avviata nello scorso decennio. (...) L’impegno della contrattazione nel settore pubblico si è dato fin dall’inizio obiettivi ambiziosi, tradotti in testi normativi complessi, spesso raffinati e innovativi. Senonché anche qui si registra il *decalage* segnalato tra obiettivi, norme e pratiche concrete». Sul ruolo centrale assunto dalla contrattazione collettiva nella rielaborazione degli anni 97/98, L. ZOPPOLI, *Il ruolo della legge*, cit., p. 26, rileva che è come se la contrattazione collettiva fosse configurata quale percorso normativo più idoneo a garantire generalità e astrattezza delle normative di fondo e, al contempo, eventuali articolazioni in

nera la sopravvivenza dell'impianto privatistico che connota il modello regolativo elaborato negli anni '90³⁴. In particolare si sottolinea come, nonostante la «rilegificazione» e la «decontrattualizzazione»³⁵, restino inalterati: la regolazione contrattuale dei rapporti di lavoro³⁶; il rinvio alle disposizioni del codice civile e alle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, «fatte salve le diverse disposizioni contenute» nel testo unico (ora modificate)³⁷; la corrispondenza dei poteri della dirigenza pubblica in materia di organizzazione degli uffici e di gestione dei rapporti di lavoro con i poteri del privato datore di lavoro³⁸; la competenza del giudice ordinario nelle controversie di lavoro³⁹. E se ora alla contrattazione collettiva è impedito di modificare le norme di fonte legislativa che siano intervenute a disciplinare i rapporti di lavoro pubblico⁴⁰, resta il – seppur debole e parziale – limite agli interventi della legge che attri-

ragione non del regime giuridico ma di altre variabili (essenzialmente organizzativo-funzionali). Per l'analisi critica degli elementi di «discontinuità» della novella rispetto al ruolo che era stato attribuito nell'originario disegno riformatore alla contrattualizzazione «pensata come consapevole reazione agli effetti negativi della regolazione “secondo disposizioni di legge” e come strumento funzionale all'efficienza del sistema», come «una delle leve, tra le più significative, dell'innovazione normativa, organizzativa e gestionale» v. A. VISCOMI, *op. cit.*, p. 42 ss. (le citt. pp. 43 e 46).

³⁴ Senza dimenticare che il ritorno al regime pubblicistico non darebbe certo risultati migliori, considerato che, come è da tutti riconosciuto, questo non aveva garantito affatto l'efficienza del sistema.

³⁵ L'uso di questi termini, diffuso nei commenti alla riforma Brunetta, rappresenta efficacemente il capovolgimento di prospettiva rispetto al modello alla base della «seconda privatizzazione» del 1998, rappresentato dalle parole «de-legificazione» e «contrattualizzazione».

³⁶ Art. 2, c. 3, primo periodo, d.lgs. 165: «I rapporti individuali di lavoro (...) sono regolati contrattualmente».

³⁷ Art. 2, c. 2, primo periodo, d.lgs. 165, a cui si è aggiunta ora la precisazione che le diverse disposizioni contenute nel decreto «costituiscono disposizioni a carattere imperativo» (ma lo erano già).

³⁸ Art. 5, c. 2, d.lgs. 165: «Nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'art. 2, c. 1, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti la gestione sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro».

³⁹ Non è stato modificato l'art. 63 d.lgs. 165, «la regola-cardine in materia di giurisdizione ordinaria nelle controversie di lavoro pubblico» (G. D'AURIA, *op. cit.*, p. 6).

⁴⁰ L'art. 1, c. 1, l. n. 15/2009, come si è già ricordato, «ribalta il rapporto tra microlegislazione riguardante solo il lavoro pubblico e contrattazione collettiva; ed è vero che tale modifica (...) vanifica la delegificazione sistematica perseguita con la riforma degli anni 90, che aveva un importante significato proprio per ridurre l'incidenza dei circuiti politici sulle negoziazioni del lavoro pubblico. Per questo verso quindi può dirsi che si sono ripristinate le condizioni per una nuova giungla normativa (...). Il legislatore non solo infatti può intervenire nelle materie oggetto di contrattazione, come ha sempre potuto fare, ma produrrà, di norma, un effetto di rilegificazione dei trattamenti normativi dei dipendenti pubblici» (L. ZOPPOLI, *Legge, contratto collettivo*, cit., p. 666).

buiscono incrementi retributivi non previsti dai contratti collettivi, posto dalla permanente vigenza dell'art. 2, c. 3, secondo periodo, del d.lgs. n. 165⁴¹.

Sebbene dunque si accentui la differenziazione tra lavoro pubblico e lavoro privato e si espanda, anziché ridursi come pure indicava la legge delega, l'area del «diritto privato differenziato»⁴², tuttavia non sembra potersi riscontrare un passaggio (*rectius* un ritorno) da una «mera specializzazione delle regole del diritto del lavoro privato» a «una regolazione di diritto speciale pubblico della materia»⁴³. È questa invece la lettura che della riforma Brunetta fa una parte della dottrina amministrativistica, riscontrando il ritorno a una «specialità pubblicistica» con riferimento sia alla generale disciplina delle fonti, sia alla nuova regolamentazione del sistema disciplinare⁴⁴.

Per quanto concerne le 'ricadute' delle modifiche al profilo delle fonti – in ordine al regime giuridico del rapporto di lavoro e dei poteri organizzativi degli organi gestionali – si intende qui riflettere sull'opinione per la quale l'occupazione da parte di fonti unilaterali di spazi

⁴¹ Sulle difficoltà (e il contenzioso) che potrà creare l'applicazione di questa disposizione nel nuovo contesto normativo, ma anche sul 'significato' che assume la sua conferma con riguardo al riconoscimento da parte del legislatore delle potenzialità perequatrici, con riguardo ai trattamenti economico-retributivi, della contrattazione collettiva nazionale e allo spazio ancora ampio che le viene lasciato «nonostante gli annunci e le norme-principio» v. L. ZOPPOLI, *op. ult. cit.*, pp. 667-668. In tema v. altresì A. VISCOMI, *op. cit.*

⁴² G. D'AURIA, *op. cit.*, p. 6.

⁴³ Come invece ritiene, in una serrata e per altri aspetti pienamente condivisibile critica della novella, G. GARDINI, *op. cit.*, p. 586 ss., per il quale «la riforma dà vita ad una regolazione di diritto speciale pubblico della materia, e non ad una specializzazione delle regole di diritto privato» (p. 591).

⁴⁴ V. ancora G. GARDINI, *op. cit.*, p. 589, il quale precisa che non «bisogna confondere la "specialità" che è "imposta" dalle peculiarità del settore o della materia, che porta all'adozione di regole parzialmente diverse da quelle generali ma pur sempre collocabili all'interno di un ambiente normativo che non riconosce situazioni di sovra-sottordinazione formale tra soggetti, con la "specialità" che è invece tipica del diritto pubblico, in cui le deviazioni dalle regole comuni si devono essenzialmente alla presenza di un "potere" riconosciuto ad un soggetto che, in vista della realizzazione di finalità pubbliche, esercita un'autorità formale sugli altri soggetti che con esso entrano in rapporto o interagiscono». Con riferimento in particolare alle nuove regole del sistema disciplinare v. B.G. MATTARELLA, *La responsabilità disciplinare*, in *Gior. dir. amm.*, 2010, p. 34 ss. Commentando la legge delega, e in particolare la modifica del rapporto tra le fonti imposto dall'art. 1, S. BATTINI, *Un vero datore di lavoro*, cit., p. 479, osserva che la disposizione «capovolge ora il senso della norma antirilegificazione» e che le conseguenze saranno una crescita della giungla di regole speciali sul pubblico impiego, che si sovrapporranno alla contrattazione con un «effetto di ri-pubblicizzazione e ri-politicizzazione della disciplina del lavoro pubblico». Per la riflessione sull'ipotesi di pubblicizzazione del sistema delle fonti si rinvia al contributo di M. MAGRI, in questo Volume.

prima riservati a fonti negoziali significa che «ci si allontana dall'orizzonte del diritto comune, tendenzialmente paritario e negoziale», avvicinandosi «all'area del diritto speciale, tendenzialmente diseguale e unilaterale», e che dunque «si è in presenza di una vera e propria ri-pubblicizzazione del rapporto, non di una semplice ri-legificazione»; e, ancora, che «una riforma che trasferisca gran parte della regolamentazione del rapporto di lavoro da fonti autonome e contrattuali a fonti eteronome e legislative non può che rappresentare un'involuzione, un regresso verso quel rapporto di subordinazione speciale che per decenni ha caratterizzato l'impiego pubblico»⁴⁵.

Si tratta di un'obiezione importante, da valutare alla luce della particolare finalità attribuita al «diritto del lavoro» nel momento in cui è stato esteso ai lavoratori pubblici, nonché del particolare ruolo assegnato all'autonomia collettiva (e di alcune prassi in dissonanza con il modello originario). Ad essa si può rispondere mettendo in rilievo le caratteristiche intrinseche alla disciplina giuslavoristica; in particolare il fatto che tradizionalmente il diritto del lavoro si è distinto proprio per la presenza di «norme di ordine pubblico» che si impongono agli imprenditori in forza di prevalenti ragioni di interesse pubblico, una «matrice» che ha portato con il tempo a consolidare nelle norme regolative del lavoro quell'attributo di inderogabilità che ne è tutt'ora «la caratteristica elettiva e saliente»⁴⁶.

In altri termini, quando si dubita che la disciplina del lavoro pubblico resti privatistica avendo la riforma Brunetta ampliato la sfera della regolamentazione eteronoma inderogabile e ridotto drasticamente l'ambito di intervento dell'autonomia collettiva, non si tiene adeguatamente conto del fatto che il diritto del lavoro si è distinto dal diritto privato, fondato sul 'dogma' della libertà contrattuale e sulla parità delle parti negoziali, proprio per l'intervento pervasivo della legge, con carattere di inderogabilità. Un intervento volto a comprimere l'autonomia negoziale soprattutto per proteggere il soggetto debole della relazione contrattuale, riequilibrando la disparità sostanziale tra le parti, e per 'imporre' il temperamento tra l'interesse dell'impresa perseguito dal datore di lavoro e i diritti dei lavoratori, nonché per svolgere «una funzione razionalizzante delle determinazioni imprenditoriali»⁴⁷.

Se dunque l'inderogabilità è un connotato originario delle norme la-

⁴⁵ G. GARDINI, *op. cit.*, pp. 589 e 592.

⁴⁶ «...e secondo molte opinioni il bastione ultimo dell'identità del diritto del lavoro» (R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 26).

⁴⁷ V. E. ALES, *Le prerogative datoriali*, cit., pp. 111-112, e *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici.

voristiche soprattutto con la finalità di garantire i diritti dei lavoratori, non è peraltro estranea all'esperienza del diritto del lavoro – nei tempi più recenti, in conseguenza dei mutamenti intervenuti nel contesto economico e produttivo – «la ricerca di nuovi modi e livelli di contemperamento tra l'istanza di tutela dei diritti orientata al progresso delle condizioni dei lavoratori, tipica del discorso giuslavoristico, e quella dell'efficienza economica», di nuovi assetti di equilibrio «tra la difesa dei caratteri di fondo del modello di protezione e il rilancio produttivo del sistema paese»⁴⁸.

È accaduto nella seconda metà degli anni '70, quando la disciplina ha saputo rispondere alle richieste di flessibilità senza tuttavia abdicare alla propria tradizionale «funzione di ordinamento protettivo attraverso il dominio della eteronomia sull'autonomia e attraverso la subordinazione dell'individuale al collettivo»⁴⁹: «dal decennio della flessibilità è uscito un diritto del lavoro riregolato, piuttosto che deregolato; nella cui cornice l'espansione dell'autonomia individuale è per lo più complementare a una regolazione che esalta il ruolo delle fonti e procedure che per quanto decentrate e flessibilizzate, restano eteronome»⁵⁰. Accade oggi, in una situazione più complessa e difficile: nel nuovo contesto globalizzato sembra, infatti, che si chieda al diritto del lavoro non tanto di attribuire maggiore attenzione o rilievo all'impatto delle proprie regole sull'efficienza del mercato del lavoro e del sistema economico-produttivo, quanto di 'introiettare' le esigenze del mercato e della produzione: inserendo nel proprio codice genetico obiettivi quali la promozione e la creazione dell'occupazione, subordinando la regolazione delle tutele dei lavoratori alle necessità delle imprese alla ricerca di modalità organizzative della produzione, dimensioni e localizzazioni più convenienti, attribuendo considerazione e peso alla dimensione collettiva solo in quanto strumentale al funzionamento del mercato e alle esigenze di trasformazione delle imprese.

Anche la riforma del lavoro pubblico posta in essere negli anni '90 ha affidato all'applicazione delle leggi che governano il lavoro nel settore privato, e ai principi propri dell'autonomia contrattuale individuale e collettiva, una finalità in parte diversa da quella che storicamente ha principalmente connotato il loro tradizionale utilizzo: per introdurre elementi di flessibilità nella cura degli interessi generali, per incrementare l'efficienza

⁴⁸ R. DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 27.

⁴⁹ M. D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1991, n. 41, p. 455 (ora in M. D'ANTONA, *Opere*, a cura di B. Caruso, S. Sciarra, Milano, Giuffrè, 2000, I, p. 117).

⁵⁰ Così M. D'ANTONA, *op. cit.*, p. 484.

dell'azione amministrativa⁵¹. L'ambizioso progetto di costruire un ordinamento comune del lavoro pubblico e privato, pur senza trascurare le specificità dei diversi contesti e delle finalità perseguite, nonché dei diversi riferimenti costituzionali, era infatti quello di creare un sistema unitario di principi che consentissero di coniugare tutela ed efficienza. Se si ritiene che la disciplina giuslavoristica possa servire non solo a proteggere, ma anche a garantire efficienza, e nel contempo si delinea un diritto del lavoro comune ai settori pubblico e privato, è evidente che si prospetta la possibilità/capacità per il diritto del lavoro di perseguire, senza contraddizioni, entrambi gli obiettivi in entrambi gli ambiti del suo intervento; ovvero di dare un contributo anche al perseguimento di una finalità tradizionalmente estranea al proprio codice genetico⁵².

Per tracciare un nuovo percorso che consentisse alla disciplina giuslavorista di farsi carico anche del problema dell'efficienza dell'organizzazione per cui sono rese le prestazioni di lavoro, e del raggiungimento dei suoi risultati, assumeva rilievo centrale un altro aspetto che caratterizza e differenzia il diritto del lavoro dal diritto privato: la struttura del «potere» dell'imprenditore-datore di lavoro. Ovvero il fatto che la struttura obbligatoria fondamentale dello specifico contratto con cui l'imprenditore acquisisce le energie dei lavoratori «presenta caratteri peculiari rispetto a quella prevista per la generalità dei contratti tipici a prestazioni corrispettive, le cui posizioni soggettive si esauriscono nella coppia diritto-obbligo»; in quanto si infiltra, in essa, «l'elemento del *potere* dell'imprenditore (...) nel quale si sostanzia la rilevanza, nel regime giuridico del contratto di lavoro, dell'organizzazione di impresa, della quale l'imprenditore è titolare». Se dunque «ciò che, nel generico esercizio dell'attività dell'impresa è mero esercizio di libertà deve trasformarsi, per quel che concerne la proiezione della stessa nei confronti dei lavora-

⁵¹ Si è trattato di una sfida per il diritto del lavoro, a cui si chiedeva di «uscire dalle tradizionali logiche acquisitive e incrementalì per il miglioramento delle condizioni di lavoro e la redistribuzione della ricchezza» e di intervenire non solo per tutelare il soggetto debole ristabilendo l'eguaglianza sostanziale squilibrata dal diseguale rapporto di forze nella relazione contrattuale, ma anche per garantire i bisogni dei cittadini rendendo più efficienti e funzionali i servizi resi dalle pubbliche amministrazioni. (U. ROMAGNOLI, *op. cit.*, p. 38). Dunque all'ingresso delle regole privatistiche nella micro organizzazione e nella disciplina dei rapporti di lavoro è affidato il compito di introdurre elementi di efficienza e flessibilità nella cura degli interessi generali, per consentire «un equilibrato dosaggio di fonti regolatrici, in vista e in funzione di un corretto bilanciamento tra i due termini dell'art. 97 Cost., imparzialità e buon andamento» (così C. cost. 25 luglio 1996 n. 313).

⁵² Per questi profili v. *amplius* F. BORGOGELLI, *Finalità e campo di applicazione. Commento ai commi primo e secondo*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova, Cedam, 2004, p. 1; EAD., *La riforma del lavoro pubblico: quale lezione dopo quindici anni*, in *Diritti, lavori, mercati*, 2008, p. 53.

tori, in un potere (ossia in una facoltà di produrre direttamente determinati effetti giuridici nei confronti di altri soggetti) (...), per attribuire un potere è necessario che l'ordinamento intervenga positivamente, come ha fatto con gli art. 2104, c. 2, e 2094 cc., nonché con le tante norme limitative dell'esercizio del potere stesso, che però tale potere presuppongono e confermano»⁵³.

Il modello regolativo del lavoro pubblico che si delinea compiutamente alla fine degli anni '90 si affida dunque al «nuovo potere» attribuito alla dirigenza pubblica, oltre che al ruolo centrale assegnato alla contrattazione collettiva, nell'«illuministica»⁵⁴ speranza che un virtuoso rapporto dialettico tra fonte contrattuale e fonte unilaterale amministrativa possa garantire l'efficienza organizzativa⁵⁵; peraltro predisponendo una regolamentazione «speciale» necessaria per consentire al confronto dialettico di svolgersi in un contesto diverso, sotto molti profili, da quello privato⁵⁶.

Infatti, per quanto concerne l'esercizio dei poteri del privato datore di lavoro acquisiti dalla dirigenza pubblica, ai limiti, sostanziali e/o procedurali, posti dalla legislazione privatistica soprattutto a tutela dei diritti dei lavoratori si aggiungono i limiti legati alla specificità ordinamentale, anche costituzionale, delle pubbliche amministrazioni, imposti dal d.lgs. n. 165. Limiti che condizionano anche la dimensione negoziale; basti qui ricordare che la 'libertà' di contrattare, una delle più significative acquisizioni rispetto al modello della legge quadro⁵⁷, è esclusa per gli aspetti economici; e che la fonte legislativa, nel momento in cui riconosce ruolo e rilievo alla contrattazione integrativa, la circoscrive, a pena di nullità, in limiti precisi ignoti al settore privato. Essa è circoscritta, oltre che dai li-

⁵³ I riferimenti sono da R. DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 380.

⁵⁴ B. CARUSO, *La storia interna della riforma del pubblico impiego: dall'illuminismo del progetto alla contaminazione della prassi*, in *Il lav. nelle p.a.*, 2001, p. 973 ss.

⁵⁵ «La flessibilità assicurata proprio dalla valorizzazione delle fonti contrattuali a scapito di quelle legali, non è fine, ma mezzo, cioè strumento (...) di inveroamento del principio costituzionale di buon andamento» (A. VISCOMI, *op. cit.*, p. 46).

⁵⁶ «È proprio l'emancipazione dal diritto speciale del soggetto pubblico (...) e la riduzione della pubblica amministrazione alla posizione formalmente paritaria di parte datoriale, a sollecitare la produzione di regole *ad hoc*, il cui scopo è garantire che gli istituti fondamentali del diritto del lavoro comune operino senza distorsioni nelle condizioni specifiche delle pubbliche amministrazioni, che agiscono come datori di lavoro attraverso il diritto privato, ma in assenza di mercato, senza fini di lucro e senza il vincolo della missione pubblica in funzione della quale sono state istituite» (M. D'ANTONA, *Contratto collettivo, sindacati e processo del lavoro dopo la «seconda privatizzazione» del pubblico impiego*, in *Foro it.*, 1999, c. 621 (ora in M. D'ANTONA, *Opere*, cit., IV, p. 284).

⁵⁷ Per il confronto al riguardo v. T. Treu, *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego*, cit., spec. p. 8 ss. V. altresì gli AA. *citt. retro* nota n. 18.

miti di bilancio, dall'ambito delle materie indicate dal contratto nazionale, e, ancor prima, dai (controversi e incerti) confini dell'area riservata al potere unilaterale del dirigente e alla fonte eteronoma; si aggiunga la «funzionalizzazione» che, per quanto ridimensionata nella seconda fase della riforma degli anni '90, resta comunque significativa anche prima dell'intervento della legge n. 15/2009 e del decreto delegato.

La prassi, come si è già ricordato nel paragrafo precedente, ha modificato, e per certi aspetti tradito, il modello normativo originario. Il privilegio accordato alla fonte collettiva, che già connota la disciplina legislativa, si è accentuato nella implementazione⁵⁸, facendo divenire la norma collettiva «la fonte strategica di regolazione dei rapporti di lavoro e della stessa organizzazione del lavoro e in buona misura degli uffici»⁵⁹. La dirigenza non ha adeguatamente utilizzato l'opportunità di azione discrezionale e autonoma che avrebbe dovuto consentire di perseguire con maggiore efficacia l'interesse pubblico e l'efficienza dei servizi resi ai cittadini (esemplari le omissioni nella valutazione del personale e nell'esercizio del potere disciplinare); e nella 'gestione' della contrattazione collettiva integrativa, da un lato ha consentito che questa invadesse i propri spazi oltre i limiti di legge⁶⁰, dall'altro ha sottoscritto accordi che hanno travisato il modello regolativo. Anche se non tutte le critiche sono meritate, nel senso che vengono sovente sottovalutate le gravi responsabilità da imputare alle ingerenze della politica⁶¹, divenuta sempre più invadente soprattutto dopo l'improvvido intervento della legge n. 145/2002, è evidente una diffusa incapacità della dirigenza di dialogare in posizione di forza con il sindacato.

Preso atto dell'insuccesso del modello privatistico-aziendalista, connotato da una forte contrattualizzazione, che ha guidato la delegifica-

⁵⁸ È indubbio che la situazione determinatasi nel lavoro pubblico ha rappresentato per taluni aspetti una deviazione patologica dal modello regolativo che voleva una distinzione razionale e certa dei ruoli. Già nel 2001 si rilevava una «ingordigia contrattuale» (l'espressione è di F. CARINCI, *La dirigenza nelle amministrazioni dello Stato ex capo II, titolo II, d.lgs. 29 del 1993 (il modello universale)*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 50) che, limitando il potere autonomo di intervento della dirigenza e deresponsabilizzandola, rischia di ricondurre ad una restaurazione del passato e di «costituire un limite di autonomia della progettualità riformatrice per eccesso di mediazione politico sindacale» (B. CARUSO, *La storia interna*, cit., p. 980).

⁵⁹ CARUSO, op. ult. cit., p. 979.

⁶⁰ Trasformando in accordi gli istituti di partecipazione disciplinati dai contratti collettivi di comparto, in particolare la concertazione.

⁶¹ Si è osservato come la perdita di controllo retributivo da parte della contrattazione collettiva, «che segnala una potenziale destabilizzazione del sistema, è avvenuta nella tolleranza, se non con la tacita approvazione, del potere politico che ha manifestato crescenti tentazioni di parzialità e di interventismo diretto nella regolazione contrattuale» (T. Treu, *Le relazioni di lavoro*, cit., p. 286-287).

zione degli anni 90⁶², il legislatore tenta di raggiungere l'obiettivo attraverso una rilegificazione, in molti casi di tipo regolamentare⁶³, disciplinando puntualmente i poteri dei dirigenti, ribadendo e rinforzando limiti e confini della contrattazione collettiva, costruendo un complesso e articolato sistema di misurazione e valutazione della *performance* (individuale e della struttura) come sostituto del controllo del mercato. Per quanto riguarda in particolare la dirigenza, semplificando al massimo si potrebbe dire che il rimedio individuato dalla riforma Brunetta è quello di costruire – *ex lege* – un modello del *modus operandi* del buon dirigente pubblico, definendone puntualmente i contorni con riferimento di massima alla figura del datore di lavoro privato, e di imporlo come guida e metro di misura per il comportamento dei singoli dirigenti.

Sono numerosi gli argomenti che conducono a giudicare gli interventi riformatori non appropriati, sul piano di politica del diritto come su quello della tecnica regolativa; ma non si ritiene che in seguito ad essi sia mutata la natura privatistica del sistema. Dall'analisi dianzi condotta sembra potersi dedurre che la disciplina del lavoro pubblico anche dopo la riforma si muova sempre all'interno della cornice di un 'adattamento' delle regole privatistiche alle specificità del contesto delle pubbliche amministrazioni. Dunque si tratta di un cambio di rotta che incide sui profili di specialità⁶⁴ che caratterizzavano la disciplina contenuta nel Testo unico del 2001, che vengono ampliati e modificati, ma non incide sullo statuto giudico, ovvero sulla 'radice' privatistica e contrattuale.

Nella disciplina del lavoro privato il legislatore interviene, con norme inderogabili, per vincolare il datore di lavoro, che persegue il proprio scopo/interesse economico secondo la logica propria dell'agire imprenditoriale, *soprattutto* al fine di tutelare i lavoratori; nel lavoro pubblico il legislatore interviene, con norme inderogabili, *anche* per garantire che il dirigente-datore di lavoro eserciti effettivamente le proprie prerogative così da perseguire in modo adeguato il proprio scopo, che coincide con gli obiettivi dell'amministrazione, secondo gli indirizzi e i programmi indicati dal vertice politico. In entrambe le situazioni la finalità dell'intervento legislativo è 'esterna' rispetto ai singoli atti negoziali, e non sembra esservi ragione perché nella seconda fattispecie il solo fatto

⁶² L. ZOPPOLI, *Il ruolo della legge*, cit., p. 25: «le amministrazioni, in quanto parificate alle imprese, avrebbero dovuto conquistarsi la propria autorevolezza gestionale sul campo, per così dire, cioè in un confronto/conflicto quotidiano con gli interessi configgenti».

⁶³ L. ZOPPOLI, *op. ult. cit.*, *passim*.

⁶⁴ Sulla «specialità» della regolazione del lavoro pubblico, anche in relazione ai vari diritti del lavoro «speciali», prima e dopo la novella, v. B. CARUSO, *Gli esiti regolativi*, cit., p. 246 ss.

che l'intervento legislativo sia divenuto pervasivo e rafforzato trasformi in pubblicistico il rapporto tra le parti e in supremazia la relazione contrattuale. La funzionalizzazione, presente anche nella previgente regolazione del lavoro pubblico, ora si accentua, ma non assume modalità tali da mettere in discussione la costruzione interpretativa elaborata da Orsi Battaglini⁶⁵ che aveva consentito di superare i dubbi circa la configurabilità (e costituzionalità) dello statuto privatistico del lavoro pubblico. È dunque possibile una lettura della novella del 2009 in linea con il regime privatistico, come un nuovo modello che «accentua la considerazione dell'attività organizzativa e di gestione del lavoro sotto il profilo della strumentalità al conseguimento di un risultato in termini di efficienza, efficacia ed economicità»⁶⁶, ma che resta alternativo a quello amministrativistico.

3. *La nuova regolazione del potere disciplinare*

L'ipotesi di una ri-pubblicizzazione è stata formulata anche con riguardo al nuovo sistema disciplinare⁶⁷, basato su una iper-regolazione legislativa che copre spazi in precedenza assegnati alla contrattazione collettiva e su un inedito 'obbligo di sanzionare' per i dirigenti. Al contrario, qui si reputa che il modello costruito dagli artt. 67 e ss. del d.lgs. n. 150/2009, benché diverso da quello elaborato dalla riforma degli anni '90, sia

⁶⁵ A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto di impiego con enti pubblici*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1993, n. 59-60, p. 461.

⁶⁶ A. CORPACI, *Regime giuridico*, cit., p. 472.

⁶⁷ V. in particolare G.B. MATTARELLA, *op. cit.*, p. 34 ss.; l'A. avanza dubbi sulla «correttezza dell'inclusione della responsabilità disciplinare nell'ordinamento civile, e non nell'organizzazione amministrativa», perché le nuove disposizioni in materia «descrivono, per i dipendenti pubblici, un quadro normativo assai diverso da quello della responsabilità disciplinare dei dipendenti privati» (p. 37).

⁶⁸ Nella dottrina giuslavoristica prevale la tesi del permanere della qualificazione giuridica privatistica del potere disciplinare; pur con diversità di accenti nei rilievi critici v. in particolare: V. BAVARO, *Il potere disciplinare*, in U. CARABELLI, M.T. CARINCI (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, cit., p. 215; S. MAINARDI, *Profili della responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, p. 615; F. BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica*, cit., p. 399. Per una particolare sottolineatura dei «nuovi» profili pubblicistici, pur senza dedurne la negazione della natura giuridica privatistica, v.: B. CARUSO, *Gli esiti regolativi*, cit., p. 256 ss.; C. CURRAO e G. PICARELLA, *Lo sguardo «severo» del legislatore: le nuove regole del potere disciplinare*, in *Il lav. nelle p.a.*, 2010, p. 557; per R. URSI, *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta*, in *Il lav. nelle p.a.*, 2009, p. 769 i «focolai pubblicistici presenti nella regolazione privatistica» (tra cui le componenti e finalità pubblicistiche che connotano il nuovo sistema disciplinare) andrebbero accompagnati da garanzie pubblicistiche. In tema v. E. BURANELLO, in questo Volume.

anch'esso riconducibile ai principi fondanti la regolazione del potere disciplinare nel settore privato⁶⁸; una lettura che consente anche di attenuare alcune criticità delle nuove norme attraverso l'interpretazione: sarà significativo l'intervento del giudice del lavoro, la cui competenza viene espressamente confermata⁶⁹.

Prendendo in esame gli argomenti addotti per mettere in dubbio la permanenza del sistema disciplinare in ambito privatistico, si rileva come essi facciano perno soprattutto sull'intervento della legge nella definizione di illeciti e sanzioni e nella regolazione del procedimento, nonché sulla doverosità dell'esercizio del potere, da cui si deduce il perseguimento di un interesse pubblico diverso dall'interesse delle parti⁷⁰.

Soffermandosi innanzitutto sul primo rilievo – la legificazione – si osserva come le innovazioni, seppure significative se ci si rapporta con la regolamentazione del sistema disciplinare disposta dal 'vecchio' art. 55 d.lgs. n. 165 e con la sua implementazione, non coinvolgono gli elementi fondanti la normativa privatistica e dunque non possono condurre a ritenere modificata la qualificazione giuridica dell'istituto.

Quel che rileva sopra tutto è la conferma del riferimento all'art. 2106 cod. civ. Questa norma, nell'attribuire al datore di lavoro la titolarità di uno specifico potere che gli consente, come «ulteriore effetto legale tipico derivante dal contratto di lavoro», di perseguire il lavoratore inadempiente con l'irrogazione diretta di sanzioni, ne individua anche gli elementi essenziali con riguardo sia ai presupposti sostanziali di esercizio (la violazione degli obblighi di diligenza, obbedienza, fedeltà) sia alla misura della sanzione (il vincolo della proporzionalità della sanzione all'infrazione)⁷¹. Pertanto il suo richiamo comporta la riconduzione del potere

⁶⁹ L'esplicita conferma della «devoluzione al giudice ordinario delle controversie relative al procedimento e alle sanzioni disciplinari, ai sensi dell'art. 63 del decreto legislativo n. 165 del 2001» è nell'art. 67, c. 2, d.lgs. n. 150/2009.

⁷⁰ V. in particolare le argomentazioni svolte da B.G. MATTARELLA, *op. cit.*, pp. 37-38; l'A. considera come, mentre nel settore privato «il potere disciplinare è liberamente esercitabile dal datore di lavoro, con i limiti eventualmente posti dai contratti collettivi e nel rispetto dei principi elaborati dalla giurisprudenza», nel settore pubblico a seguito dell'ultima riforma «il potere disciplinare è invece oggetto di una specifica disciplina legislativa, molto analitica, che non risponde (soltanto) a una logica aziendalistica, ma – almeno in parte – alla logica pubblicistica del perseguimento degli interessi generali. Il suo esercizio è spesso doveroso». Ne deduce che per molti aspetti «il diritto che regola la responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici si presenta come diritto pubblico, e non come diritto privato speciale».

⁷¹ Si utilizzano le parole di R. DEL PUNTA (*op. cit.*, pp. 437 e 438) anche per sottolineare, ai fini dell'analisi in oggetto, come il potere disciplinare sia «considerato un esempio di quel fenomeno eccezionale del diritto privato, rappresentato dalle "pene private", che vede l'irruzione di categorie pubblicistiche (non è un caso che i principi del diritto penale tornino spesso nella ricostruzione dell'istituto) in un rapporto privatistico». Sull'«intrinseca anomalia» del potere disciplinare in relazione alla violazione delle «regole poste a tutela e a difesa

disciplinare del dirigente pubblico alla radice del potere disciplinare del datore di lavoro privato, confermandone la natura contrattuale e indicando anche i principi-guida per l'esercizio del potere.

Per quanto concerne la questione centrale del rapporto legge-contratto collettivo delineato dalla novella, ovvero dell'ingerenza della legge, con carattere di inderogabilità⁷², nella definizione del codice disciplinare e della procedura, occorre confrontarsi con le norme disposte per il settore privato dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori, che procedimentalizza l'esercizio del potere disciplinare e lo sottopone a vincoli puntuali e stringenti, oltre che con la regolazione contenuta nel 'vecchio' art. 55 d.lgs. 165.

Con riguardo al profilo sostanziale, è ben vero che lo Statuto ha determinato una «contrattualizzazione» del potere disciplinare⁷³, ma si deve dare rilievo anche al fatto che l'art. 7, c. 1, vincola il datore di lavoro all'applicazione delle norme stabilite da accordi collettivi solo «ove esistano»; con ciò riconoscendo al datore un potere unilaterale di redazione del codice disciplinare, rispetto al quale le norme collettive svolgono una funzione che è stata definita «paradigmatica»⁷⁴. Non è possibile entrare nel merito della questione, che si inserisce nel ricco dibattito dottrinale sulla natura dei fondamenti del potere disciplinare nell'impresa privata⁷⁵; ci si limita a evidenziare come nella regolazione privatistica il contratto collettivo si possa configurare come la fonte principale, ma non esclusiva di determinazione dei presupposti del potere disciplinare. Si aggiunga, considerando la normativa anche alla luce dell'interpretazione giurisprudenziale, che il datore di lavoro, se deve obbligatoriamente applicare il codice disciplinare qualora esso sia stato definito dal contratto collettivo, non solo può «specificare» le previsioni generali in ordine alle infrazioni, ma potrebbe⁷⁶ perseguire anche comportamenti lesivi degli artt. 2104 e

dell'interesse organizzatorio dell'imprenditore» v. L. MONTUSCHI, *Sanzioni disciplinari*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. comm.*, vol. XIII, Torino, Utet, 1996, pp. 155-156 e *amplius* ID., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro privato*, in *Il potere disciplinare*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 9, 1991.

⁷² Il legislatore nel 'nuovo' art. 55, c. 1, d.lgs. 165 esplicitamente contrassegna con il carattere di imperatività, «ai sensi e per gli effetti» degli articoli 1339 e 1419, c. 2, cod. civ. l'intera disciplina contenuta negli artt. da 55 a 55-octies.

⁷³ A questo riguardo v. R. DEL PUNTA, *Le sanzioni conservative*, in *Il potere disciplinare*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1991, p. 90.

⁷⁴ Così G. VARDARO *Il potere disciplinare giuridificato*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1986, n. 29, p. 31.

⁷⁵ Per la ricostruzione del nodo interpretativo, le diverse opinioni e i riferimenti bibliografici si rinvia a S. MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, *Comm. al Codice civile* fondato da P. Schlesinger e diretto da D. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2002, p. 230 ss.

⁷⁶ Non c'è univocità di opinioni al riguardo.

2105 cod. civ. non espressamente previsti dal codice. Per quanto riguarda il ruolo della legge, il licenziamento disciplinare può essere cominatio anche per fattispecie non contemplate dal codice contrattuale, qualora esse si riconducano alle nozioni legali di giusta causa *ex art.* 2119 cod. civ. e giustificato motivo soggettivo *ex art.* 3 legge n. 604/1966⁷⁷.

L'art. 7 pone altresì, con effetto imperativo anche sui contratti collettivi, tetti inderogabili all'entità della multa e alla durata della sospensione e vieta sanzioni che comportino mutamenti definitivi del rapporto motivati da ragioni disciplinari. Per quanto concerne il profilo procedurale, il rinvio alle norme del contratto collettivo è accompagnato da alcune regole imperative che scandiscono i passaggi fondamentali della procedura di irrogazione della sanzione.

Dunque nella normativa privatistica la legge assume un ruolo centrale, quale fonte del potere e vincolo al suo esercizio, pur lasciando uno spazio importante all'autonomia collettiva; pertanto l'intervento della legge che connota la riforma Brunetta, per quanto assai più pervasivo e incidente direttamente negli spazi attribuiti al contratto collettivo, non può ritenersi per ciò stesso incompatibile con l'esercizio di un potere privato.

Non si intende trascurare il fatto che le norme imperative che regolano l'esercizio del potere disciplinare nel settore privato hanno principalmente la finalità di tutelare il lavoratore, mentre la nuova regolamentazione inderogabile disposta per il settore pubblico è rivolta a «garantire l'interesse pubblico, identificato con l'urgenza di eliminare sacche di inefficienza e adattare l'agire delle pubbliche amministrazioni ai dettami della performance»⁷⁸. Ma si ritiene che ciò sia coerente con la *ratio* della riforma degli anni '90, diretta appunto a fornire ai dirigenti strumenti più adeguati per svolgere i propri compiti e raggiungere gli obiettivi loro assegnati (e dunque per realizzare l'interesse dell'organizzazione); semplicemente ora il legislatore, per meglio perseguire tale finalità, non si limita a riconoscere il potere e a limitarlo per tutelare il lavoratore, ma si preoccupa anche di dettare alcune regole sulle modalità di esercizio, per rafforzarlo e guidarlo, affinché possa più efficacemente svolgersi a vantaggio dell'interesse di cui il dirigente-datore di lavoro è portatore, che

⁷⁷ Si potrebbe richiamare anche la fattispecie legale introdotta dalla legge n. 146/1990, art. 4, nel regolare l'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali (peraltro sarebbero necessarie precisazioni che qui non possono essere svolte).

⁷⁸ Così B. CARUSO, *Gli esiti regolativi*, cit., pp. 257-258, nell'ambito di una riflessione che mette in rilievo le differenze strutturali e funzionali del nuovo sistema, sottolineando «la forte torsione nel senso di una sua connotazione pubblicistica e a-contrattuale» e l'accentuazione dei suoi «tratti pubblicistici», ma conferma la collocazione del potere disciplinare «nell'alveo dei poteri di gestione privatistica del datore di lavoro pubblico».

coincide con l'interesse pubblico. Come si è già osservato, si ritiene trattarsi di un nuovo modello di adattamento della normativa privatistica alle specificità della pubblica amministrazione, costruito per ovviare ai difetti del paradigma elaborato negli anni '90, ma sempre compreso nell'alveo del diritto del lavoro (anche se è lecito dubitare che le correzioni siano quelle necessarie e adeguate⁷⁹).

Dal raffronto diretto con la normativa privatistica si può dunque dedurre che la «legificazione» attuata dal d.lgs. 150/2009 non incide sulla natura giuridica del sistema disciplinare per i dipendenti pubblici e non porta a ri-configurarli in termini di supremazia speciale; è tuttavia egualmente opportuno riflettere sull'effetto innovativo delle nuove disposizioni rispetto al previgente paradigma.

A tal fine è utile ricordare che la regolazione del potere disciplinare, come modificata dal d.lgs. 80/1998 e poi recepita nell'art. 55 d.lgs. 165/2001, si configurava in termini di sostanziale omogeneità con la normativa privatistica per quanto concerne le fonti e i profili sostanziali, differenziandosi solo nelle procedure, per l'esigenza di adeguarle al peculiare contesto. Infatti la disciplina è costruita intorno al richiamo all'art. 2106 cod. civ. e ai commi 1, 5, 8 dell'art. 7 St. lav.; si sostituiscono i commi 2, 3, 6, 7, dell'art. 7 St. lav., relativi agli aspetti procedurali, peraltro ricalcandone il modello e accogliendo e legificando alcuni principi affermati dalla giurisprudenza nell'applicazione delle norme disciplinari del settore privato (in particolare l'obbligo di tempestiva contestazione scritta dell'addebito al dipendente). Tuttavia la normativa rivolta alle amministrazioni pubbliche si connotava per l'ampio spazio lasciato alle parti negoziali, nei profili sia sostanziali sia procedurali. Può essere significativo ricordare, per quanto concerne il codice disciplinare, il dibattito intorno all'interpretazione del 3° comma dell'art. 55 d.lgs. n. 165, la cui formulazione sembrava configurare una esclusività della normativa contrattuale⁸⁰: ci si chiede se vi si possa leggere una riserva a favore dei contratti collettivi (individuando nella materia disciplinare un contenuto obbligatorio degli stessi), se restino margini di determinazione delle regole in capo al datore di lavoro pubblico, se sia possibile un intervento legislativo in materia. Di fatto i dubbi sono stati superati dalla presenza dif-

⁷⁹ Si rinvia alle critiche formulate in F. BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare*, cit.

⁸⁰ Nel testo modificato dal dlgs. n. 80/1998 di quello che diviene il 3° comma dell'art. 55 d.lgs. 165 si legge che la tipologia delle infrazioni e delle sanzioni «è definita» dai contratti collettivi (nella versione precedente era una mera «possibilità»), una asserzione da coordinare con l'inciso che chiude il primo comma dell'art. 7 St. Lav., richiamato dall'art. 55. Per il dibattito (e gli ulteriori richiami di dottrina) v. S. MAINARDI, op. ult. cit., p. 242 ss.; E. ALES, *Contratti di lavoro*, cit., p. 175 ss.

fusa della contrattazione collettiva, che ha accolto il rinvio con un'ampia e completa disciplina delle infrazioni, delle relative sanzioni e delle procedure di contestazione delle stesse; ma è interessante sottolineare la risposta positiva della dottrina all'ultimo dei quesiti. Gli interventi della legge nella materia disciplinare si ritengono non solo possibili, e dunque non contrastanti la qualificazione privatistica del potere disciplinare, ma «del tutto fisiologici»⁸¹, per quanto sottoposti alla regola posta dall'art. 2, comma 2, d.lgs. 165/2001, che nella versione precedente la modifica attuata dall'art. 1, l. n. 15/2009 consentiva alla contrattazione collettiva successiva all'intervento legislativo di derogare allo stesso (salvo espresso divieto, come è accaduto per la legge n. 97/2001).

Il dato da considerare per il confronto con il passato è dunque che la regolazione previgente, pur imperniata sulla legge, che provvede all'attribuzione del potere e alla predeterminazione dei passaggi essenziali della disciplina sostanziale e procedurale, e modellata sul sistema privatistico, si connotava per il ruolo centrale assunto dalla contrattazione collettiva. Rispetto a ciò il cambiamento è netto e incisivo: il legislatore riserva a sé per intero la regolazione del procedimento per il personale non dirigenziale e interviene a integrare il codice disciplinare dettando, con norme puntuali e inderogabili, fattispecie di infrazioni e sanzioni. Tuttavia il dilagare pervasivo della legge nell'area sin qui occupata dall'autonomia collettiva non cancella la competenza della fonte contrattuale, a cui resta la responsabilità della elaborazione complessiva del codice disciplinare, rispetto al quale le prescrizioni legislative si presentano come «integrative»⁸², e il compito di definire la vincolatività sul piano giuridico, quali obblighi contrattuali disciplinarmente rilevanti, dei doveri fissati dai codici di comportamento⁸³; i contratti collettivi possono altresì regolare il procedimento disciplinare per la dirigenza nelle fattispecie legali di infrazioni e disciplinare procedure di conciliazione non obbligatoria⁸⁴. L'attribuzione di potestà normativa al contratto collettivo, che è un atto di autonomia privata, porta ad escludere un ritorno alla sfera pubblicistica.

Anche per quanto riguarda le nuove disposizioni procedurali, non sembra di riscontrare la trasformazione del procedimento disciplinare in

⁸¹ Così S. MAINARDI, *op. ult. cit.*, p. 250.

⁸² Art. 55, c. 2, secondo periodo, d.lgs. 165/2009.

⁸³ Cfr. V. BAVARO, *op. cit.*, p. 216. Per il commento all'art. 55 d.lgs. 165/01, rimasto inalterato, anche alla luce delle modifiche introdotte al sistema disciplinare dal d.lgs. 150 v. da ultimo R. NUNIN, *Integrità e corruzione amministrativa. L'etica pubblica e il Codice di comportamento dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, p. 523. Sul tema si rinvia al contributo di S. BIANCHINI, in questo Volume, nel quale viene espressa una diversa opinione sullo specifico profilo,

⁸⁴ V. Art. 55, c. 4 e 3, d.lgs. 165.

un procedimento amministrativo⁸⁵. Queste assolvono al compito di semplificazione, razionalizzazione, ampliamento dei poteri dirigenziali assegnato dalla legge delega, ma sostanzialmente ricalcano la disciplina precedentemente costruita dalla contrattazione collettiva integrando le scarse previsioni di legge, correggendo alcuni difetti per renderla più certa e rapida. Si noti che i termini sono ora tutti, anche quelli intermedi, a carattere perentorio, e vengono indicati in modo più chiaro e puntuale; ma si riducono solo per i procedimenti relativi alle infrazioni meno gravi⁸⁶.

Per quanto concerne il condizionamento della legge con riguardo ai contenuti del codice disciplinare, se si approfondisce l'analisi oltre il diaframma del lessico (che rispecchia l'ideologia sottesa alla «tecnica del bastone e della carota») si nota come le modifiche alla regolazione previgente non paiono in realtà così incisive. Fatti salvi alcuni (in buona parte opportuni) interventi correttivi, sembra che il legislatore si preoccupi di far proprie alcune regole, al fine di imporle ai dirigenti sin qui riottosi o inetti, oltre che di enfatizzarle nella comunicazione mediatica, piuttosto che di cambiarle. Si ha infatti l'impressione, con riguardo alla «legificazione» del codice disciplinare, che alcune disposizioni si configurino come una sorta di norme 'manifesto', che assumono soprattutto la valenza psicologica di una sollecitazione a punire in modo adeguato. Ciò vale in particolare⁸⁷ per l'elenco delle infrazioni a cui si applica «comunque» la sanzione del licenziamento (art. 55-*quater*, c. 1)⁸⁸. Se a una prima lettura⁸⁹ la disposizione sembrerebbe prefigurare una applicazione auto-

⁸⁵ *Contra* B.G. MATTARELLA, *op. cit.*, p. 38, per il quale il d.lgs. 150 regola il procedimento disciplinare come «un procedimento amministrativo, caratterizzato dalle garanzie tipiche del diritto amministrativo».

⁸⁶ Per l'analisi di questi aspetti si rinvia a F. BORGOGELLI, *op. ult. cit.*, p. 417 ss. Un giudizio positivo meritano le nuove regole del rapporto tra procedimento disciplinare e processo penale (sui problemi sollevati al riguardo dalla precedente disciplina v. in particolare H. BONURA, G. CARUSO, *La nuova disciplina della responsabilità disciplinare del dipendente pubblico e la lotta all'assenteismo*, in WP C.S.D.L.E «Massimo D'Antona.it - 2010, n. 105, www.lex.unict.it; quanto al drastico intervento nei confronti del sistema stragiudiziale di soluzione delle controversie, si può criticare il semplicismo della soluzione, ma è indubbio che la regolazione precedente era confusa e una delle cause di inefficienza dell'apparato disciplinare e di lassismo.

⁸⁷ Non è possibile in questa sede svolgere una analisi approfondita, né prendere in esame tutte le fattispecie legali di infrazioni e sanzioni.

⁸⁸ La definizione «della tipologia delle infrazioni che, per la loro gravità, comportano l'irrogazione della sanzione disciplinare» del licenziamento è richiesta dall'art. 7, c. 2, lett. c) della legge delega.

⁸⁹ E secondo le affermazioni del Ministro Brunetta e numerosi commenti nei quotidiani. Per una diversa interpretazione delle norme in oggetto si rinvia al contributo di E. BURANELLO in questo Volume.

matica, e senza margini di discrezionalità nella valutazione dei profili soggettivi della responsabilità, della più grave delle sanzioni, per riprovevoli comportamenti sinora tollerati o non severamente puniti, a ben vedere l'interpretazione porta a conclusioni diverse.

Con riguardo alla procedura, è indubbio che, trattandosi di una «sanzione disciplinare», il licenziamento può essere comminato solo al termine del normale procedimento disciplinare; del resto la Corte costituzionale, più volte e in più occasioni, ha escluso la legittimità del licenziamento «automatico»⁹⁰. È altresì da ritenere che vada comunque ponderata, ai sensi dell'art. 2106 cod. civ. e alla luce dei criteri interpretativi elaborati dalla giurisprudenza, la gravità del fatto sotto i profili soggettivo e oggettivo.

Prendendo poi in esame le singole fattispecie indicate nel catalogo, si nota come l'elenco comprenda situazioni per le quali il licenziamento è inevitabile⁹¹, o consegue a comportamenti del cui carattere moralmente riprovevole non vi è dubbio⁹² o comunque tali da far venir meno la fiducia⁹³, tutti peraltro già punibili secondo i contratti collettivi con la sanzione del recesso⁹⁴; anche altre «novità» ricalcano disposizioni già contenute nei codici disciplinari dei vigenti contratti collettivi di comparto⁹⁵, solo alcune provvedono a correggere, opportunamente allineandosi alle

⁹⁰ V. ad esempio Corte cost. 14 ottobre 1988, n. 971 e Corte cost. 6 maggio 1996, n. 141.

⁹¹ La «condanna penale definitiva per la quale è prevista l'interdizione perpetua dai pubblici uffici ovvero l'estinzione, comunque denominata, del rapporto di lavoro» (art. 55-*quater*, c. 1, lett. *f*). In questa fattispecie si ritiene non operi il divieto di sanzioni disciplinari automatiche affermato dalla Corte cost. (richiamato alla nota precedente); in tema da ultimo v. *Il pubblico impiego non privatizzato. V. I professori universitari*, a cura di F. Carinci, V. Tenore, A. Dapas, L. Viola, Milano, Giuffrè, 2010, p. 170 ss.

⁹² Falsa attestazione della presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di controllo o altre modalità fraudolente o giustificazione dell'assenza dal servizio tramite certificazione medica falsa o che falsamente attesta uno stato di malattia (lett. *a*); reiterazione nell'ambiente di lavoro di gravi condotte aggressive o moleste o minacciose o ingiuriose o comunque lesive dell'onore e della dignità altrui (lett. *e*).

⁹³ Nel caso di «falsità documentali o dichiarative commesse ai fini o in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro ovvero di progressione di carriera» (lett. *d*); peraltro alla luce della giurisprudenza si potrebbe dubitare della legittimità di una risoluzione del rapporto senza preavviso che non consideri comunque la gravità del fatto ai fini di una graduazione della sanzione.

⁹⁴ V. ad es. l'art. 46, c. 5, lett. *ef*), e c. 6, lett. *a*) e *c*) ccn per il personale dell'università 2006-2009 che prevede per tali condotte il licenziamento (con e senza preavviso). Discipline analoghe sono contenute in tutti i contratti di comparto.

⁹⁵ L'«ingiustificato rifiuto del trasferimento disposto dall'amministrazione per motivate esigenze di servizio» (art. 55-*quater*, c. 1, lett. *c*) è una causa già indicata nei codici disciplinari contenuti nei contratti di comparto come legittima motivazione del licenziamento Ad es. l'art. 46, c. 4, lett. *b*), ccn per il personale dell'università 2006-2009 prevede per tali condotte il licenziamento con preavviso.

norme privatistiche, alcune eccessive cautele e tolleranze delle disposizioni contrattuali⁹⁶.

Quando alla reazione ai comportamenti che incidono negativamente sulla produttività del lavoro e sulla qualità dei servizi resi agli utenti⁹⁷, le disposizioni, soprattutto con riguardo ai meccanismi sanzionatori, suscitano numerose perplessità sul piano della qualità tecnica e degli effetti concreti⁹⁸; nel merito la novità più significativa sta soprattutto nel dare rilievo alla necessità che vengano puniti non solo i reati gravi, ma anche la cattiva qualità della prestazione di lavoro⁹⁹.

⁹⁶ Ci si riferisce alla sanzione del licenziamento prevista per il caso di 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 o di mancata ripresa del servizio, in caso di assenza ingiustificata, entro il termine fissato dall'amministrazione (lett. *b*). È condivisibile l'obiettivo di rendere più severo – in analogia a quanto avviene nel settore privato – le previsioni dei contratti collettivi pubblici, assai più tolleranti per quanto riguarda la durata dell'assenza ingiustificata. Infatti, sebbene tutti i contratti di comparto sanzionino tali comportamenti, i riferimenti temporali sono più ampi – in genere da 10 a 15 giorni – e la sanzione prevista è la sospensione da 11 giorni a 6 mesi; nei codici disciplinari del settore privato in genere l'assenza ingiustificata dal lavoro sino a 3 giorni comporta una sospensione, ma dal 4° giorno può giustificare un licenziamento, salva sempre per il giudice la facoltà di sindacare la congruità del codice disciplinare, sotto il profilo del rispetto del principio di proporzionalità *ex art.* 2106. Potrebbe suscitare qualche perplessità, per violazione del principio di proporzionalità, la previsione che si applichi «comunque» la sanzione del licenziamento; ma il riferimento all'assenza di «una valida giustificazione» consente di tener conto della rilevanza della colpa, e per contro di punire i comportamenti di lassismo reiterato.

⁹⁷ Ci si riferisce in particolare alla sanzione per scarso rendimento di cui si occupa il secondo comma dell'art. 55-*quater*, prevedendo che sia «disposto» il licenziamento qualora, per un periodo temporale non inferiore al biennio, la prestazione lavorativa abbia avuto un giudizio di «insufficiente rendimento», sulla base delle disposizioni legislative e contrattuali relative alla valutazione, e ciò sia da ricondurre alla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione stessa (con una puntuale elencazione di tutte le possibili fonti di tali obblighi). Per le altre fattispecie legali di infrazioni legate all'esigenza di porre rimedio ai comportamenti e alle situazioni individuali che possono ripercuotersi negativamente sul funzionamento dell'attività amministrativa v. in particolare l'art. 55-*sexies*, c. 1 e 2.

⁹⁸ V. in particolare l'analisi critica di: R. SANTUCCI, *op. cit.*, p. 984 ss.; S. MAINARDI, *Profili della responsabilità disciplinare*, cit., p. 621, il quale, sottolineata la «non scontata assimilazione dei concetti di «rendimento» e di *performance* ai diversi fini del rapporto di lavoro», prevede «che il recesso per scarso rendimento, con esito invero paradossale considerate le finalità della riforma, diverrà particolarmente complesso nel suo esercizio da parte dell'amministrazione, nonché facilmente aggredibile in sede giudiziaria».

⁹⁹ Al contrario di quanto è avvenuto sinora nella prassi, come emerge anche dalla giurisprudenza, ed è stato concordemente sottolineato dalla dottrina. Peraltro le modalità con cui la nuova disciplina persegue tale obiettivo vengono da molti criticate in quanto si «enfatica il potere di irrogare sanzioni disciplinari nell'esercizio dell'azione organizzativa della p.a. L'esercizio del potere disciplinare non è visto tanto e solo come un effetto patologico nell'organizzazione del lavoro (perciò eccezionale), quanto fattore fisiologico dell'organizzazione

Se si prescinde dai ‘toni’ e dai ‘proclami’, concentrati soprattutto sulla determinazione a punire gli assenteisti e tutti coloro che li supportano, i cambiamenti nel merito dei codici disciplinari, salvo alcuni casi, non sembrano dunque particolarmente incisivi, e comunque le nuove regole non paiono troppo distanti da quelle vigenti nel settore privato. La novità riguarda la volontà di condizionare le prassi applicative al fine di spingere i dirigenti a superare l’inerzia che ha sinora caratterizzato il loro comportamento; un obiettivo peraltro condivisibile, anche se il mezzo prescelto per raggiungerlo può suscitare dubbi.

Questa lettura dell’intervento della legge nel codice disciplinare negoziato – in chiave di guida e vincolo ai dirigenti nell’uso delle proprie prerogative – si collega strettamente all’altra, significativa e discussa, novità introdotta in materia dalla riforma Brunetta: la nuova regola per cui i dirigenti se non esercitano in modo corretto il potere disciplinare vengono a loro volta sanzionati. Essa è contenuta nel terzo comma dell’art. 55-*sexies*, il quale prevede che i dirigenti che si rendono responsabili del mancato esercizio e della decadenza dell’azione disciplinare – per l’omissione o il ritardo, «senza giustificato motivo», degli atti del procedimento disciplinare o per valutazioni dell’insussistenza dell’illecito disciplinare «irragionevoli o manifestamente infondate in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare» – subiranno la sospensione dal servizio senza retribuzione, in proporzione alla gravità dell’infrazione non perseguita, fino a un massimo di tre mesi per infrazioni sanzionabili con il licenziamento; e saranno privati della retribuzione di risultato per un importo pari a quello spettante per il doppio del periodo della durata della sospensione. Tali sanzioni si applicano anche ai responsabili di struttura e ai dirigenti preposti all’amministrazione generale del personale qualora omettano di adempiere ai compiti loro attribuiti dalle norme relative ai controlli sulle assenze, in particolare quelle volte a prevenire o contrastare, nell’interesse della funzionalità dell’ufficio, le condotte assenteistiche (comma 6).

Da questa norma consegue la limitazione di uno degli ambiti di esercizio del potere acquisiti dai dirigenti come effetto della privatizzazione realizzata dalla riforma degli anni ’90, ovvero la discrezionalità nell’atti-

delle p.a. Anche per questo si coglie la relazione che il legislatore ha istituito fra potere disciplinare e potenziamento dell’efficienza e della produttività degli uffici pubblici»: così V. BAVARO, *op. cit.*, p. 223. Osserva U. Carabelli (in U. CARABELLI, M.T. CARINCI, *op. cit.*, p. 65): «come ben insegnano gli esperti di organizzazione, un esercizio inflessibile del potere disciplinare può non risultare, di per sé, idoneo e sufficiente a stimolare nei lavoratori quell’atteggiamento attivo e partecipativo necessario per trasformare la mera esecuzione della prestazione manuale o intellettuale in un *quid pluris* sul piano della produttività».

vazione del procedimento disciplinare derivata dalla «mutata configurazione, in termini privatistici, delle posizioni giuridiche soggettive che afferiscono al rapporto disciplinare e delle finalità di esercizio del potere»¹⁰⁰ (secondo l'opinione prevalente, ma non univoca¹⁰¹). Ma essa sembra altresì porsi in contraddizione con quello che, anche nella comunicazione mediatica, è indicato come un aspetto significativo dell'accresciuto potere attribuito ai dirigenti dalla riforma: il fatto che essi potranno ora gestire autonomamente parte dei procedimenti disciplinari che coinvolgono i propri dipendenti. Sembra paradossale che il nuovo legislatore, contestualmente all'attribuzione di una più ampia sfera di potere sanzionatorio diretto, non lasci al dirigente la piena discrezionalità nell'esercizio di tale potere, sostanzialmente obbligandolo a procedere all'azione disciplinare, con correlata sanzione in caso di violazione dell'obbligo. Così come appare stridente il contrasto con la discrezionalità propria del manager privato, e dunque con l'obiettivo di «convergenza degli assetti regolativi del lavoro pubblico con quelli del lavoro privato».

L'impatto di tale norma potrebbe essere ridimensionato valorizzando sul piano interpretativo il riferimento al «giustificato motivo» e al controllo sulla «ragionevolezza» delle decisioni assunte, ovvero configurando il nuovo dettato legislativo in termini non di trasformazione di un potere in obbligo, ma come l'apposizione di un altro vincolo all'esercizio del potere disciplinare, sempre con la finalità di 'incentivare' il dirigente a far uso delle proprie prerogative. Si tratterebbe 'solo' dell'introduzione di un obbligo di motivazione che impone al dirigente che non abbia esercitato il potere disciplinare di esplicitare le ragioni sottese a tale decisione, non di un obbligo di esercizio del potere¹⁰²; quindi non comporterebbe una restrizione della discrezionalità del dirigente, ma inciderebbe nell'area del controllo sull'esercizio del potere, effettuato *ex post*¹⁰³. Pe-

¹⁰⁰ S. MAINARDI, *Il potere disciplinare*, cit., p. 464. Discrezionalità che era stata peraltro prospettata anche con riferimento al regime precedente la privatizzazione: L. ZOPPOLI, *Potere disciplinare e unificazione normativa del lavoro*, in *Il potere disciplinare*, cit., p. 51.

¹⁰¹ V. ad. es., nel senso di una discrezionalità «limitata», F. MISCIONE, *Sanzioni disciplinari e responsabilità*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Commentario diretto da F. Carinci e M. D'Antona, 2^a ed., cit., II, p. 1709 ss.; per la ricostruzione delle tesi a sostegno dell'obbligo di esercitare l'azione disciplinare anche dopo la privatizzazione, e i relativi riferimenti bibliografici, si rinvia a S. MAINARDI, op. ult. cit., p. 361 ss.

¹⁰² Una figura che suscita molte perplessità anche sul piano giuridico oltre che di politica del diritto.

¹⁰³ Una tesi in parte analoga è sostenuta da M.T. Carinci (in U. CARABELLI, M.T. CARINCI, op. cit., p. 91), per la quale la norma «per come è formulata non comporta alcuna restrizione della discrezionalità del dirigente, ma si limita a ribadire che quest'ultimo – in ottemperanza ai propri obblighi contrattuali – è tenuto a esercitare il potere disciplinare tutte

raltro occorre tener conto del fatto che il legislatore ‘colloca’ il controllo non nell’ambito della verifica dei risultati dell’attività dirigenziale, ma nell’ambito della responsabilità disciplinare per inadempimento, e questo appare come una contraddizione.

In altri termini, si tratterebbe di un obbligo di giustificare il mancato esercizio del potere, da mettere in relazione con gli obblighi di motivazione come limite all’esercizio del potere datoriale che connotano la disciplina lavoristica. In particolare si potrebbe far riferimento all’«obbligo di fondare l’assunzione di determinazioni datoriali sul ricorrere di criteri obiettivi come le esigenze tecniche, organizzative e produttive e il sostanziale obbligo di esplicitarle, al fine di consentire la verifica della congruenza dei comportamenti reali dell’imprenditore con le stesse»¹⁰⁴. Si pensi ad esempio alla regolazione del trasferimento del lavoratore: il potere di modificare unilateralmente la sede di lavoro contrattualmente definita (un’altra delle peculiarità della disciplina lavoristica rispetto alla generale disciplina dei contratti, configurata in termini di corollario al potere direttivo) può essere esercitato, ma solo «per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive» (art. 2103 cod. civ.). È un’ipotesi interpretativa che deve confrontarsi con le peculiarità della fattispecie in oggetto, in particolare con la duplicità della figura del dirigente-datore di lavoro pubblico. Infatti nel caso in esame non è il giudice a valutare la motivazione, ovvero il nesso causale, su richiesta del lavoratore, ai fini della decisione in merito alla legittimità di un atto commissivo del datore di lavoro. La fondatezza della motivazione, che giustifica un atto omisivo, è verificata nell’ambito di un procedimento disciplinare a carico del

le volte che ciò sia conforme all’interesse dell’amministrazione. La norma dunque non incide sulla latitudine del potere disciplinare che compete al dirigente, ma piuttosto delimita la responsabilità disciplinare del dirigente che faccia cattivo uso del proprio potere, definendo in via preventiva la condotta sanzionabile e la sanzione applicabile e riducendo così al minimo la discrezionalità dell’amministrazione nell’esercizio del potere sanzionatorio nei confronti del dirigente». Diversa è l’opinione di U. Carabelli (*ivi*, p. 65) per il quale la possibilità di giustificare il mancato esercizio o il ritardo non significa godere di discrezionalità nell’esercizio del potere; sottolineano il profilo dell’obbligo anche E. ALES, *Le prerogative datoriali*, cit., p. 126 e BAVARO, *op. cit.*, p. 217. Ritieni invece che «si sia riposta eccessiva enfasi sulla nuova fattispecie di responsabilità del dirigente» C. SPINELLI, *Ruolo datoriale*, cit., p. 647, dando rilievo al fatto che è rimasta immutata la qualificazione giuridica privatistica del potere e, con essa, la funzione strumentale di quest’ultimo all’interesse organizzativo del datore, e che il dirigente può sottrarsi alla responsabilità dimostrando la ragionevolezza e il giustificato motivo, dunque non è totalmente espropriato di ogni autonoma valutazione al riguardo; così anche S. MAINARDI, *Profili della responsabilità disciplinare*, cit., p. 628 per il quale il legislatore non prescrive «l’obbligatorietà giuridica dell’azione disciplinare», ma si limita a ridurre la discrezionalità del dirigente verso l’avvio del procedimento.

¹⁰⁴ E. ALES, *op. ult. cit.*, pp. 111-112.

dirigente, che può dar luogo a una sanzione disciplinare conservativa (per di più misurata con modalità anomale), come responsabilità contrattuale per un inadempimento connesso all'esercizio di un potere connesso al potere direttivo datoriale.

Dunque da un lato abbiamo un limite all'esercizio di un potere datoriale del dirigente pubblico, dall'altro l'integrazione da parte della fonte legale della responsabilità contrattuale del dirigente pubblico nei confronti dell'amministrazione sua datrice di lavoro. La questione è troppo complessa perché possa essere qui approfondita; ci si limita a osservare come la possibilità di salvaguardare spazi di discrezionalità nell'esercizio del potere disciplinare, riducendo – sul piano interpretativo – l'impatto delle disposizioni vincolanti assuma rilievo anche con riguardo alla risposta al quesito principale che ha guidato l'analisi, ovvero la natura giuridica del potere. Ovvero rispetto alla tesi¹⁰⁵ per cui la doverosità del potere disciplinare del dirigente incide sulla natura giuridica privatistica del potere stesso, riportandolo ad una qualificazione in termini di supremazia speciale, dunque a segmento di un potere pubblico di natura autoritativa. Anche sotto questo profilo, non si condivide la valutazione per cui il procedimento disciplinare apparirebbe ora, come nella fase anteriore alla privatizzazione, espressione della pretesa punitiva dell'autorità pubblica, in una logica pubblicistica di perseguimento di interessi generali. Quest'ultimo resta, come prima della novella, un effetto indiretto, mentre la finalità diretta della regolazione resta il bilanciamento degli interessi delle parti: il legislatore, preso atto che il datore di lavoro pubblico non ha spontaneamente operato come quello privato (con ciò realizzando l'interesse generale, quale effetto della privatizzazione), gli detta alcune regole di comportamento, mutuata dal privato; è un'altra forma di adattamento, un meccanismo a presidio dei poteri disciplinari imponendo il loro corretto esercizio per una maggiore efficienza nella gestione del personale.

4. *L'efficacia della nuova tecnica regolativa e le conseguenze sul rapporto di lavoro dirigenziale*

Riepilogando l'analisi svolta si osserva come nel modello regolativo costruito negli anni '90 l'attribuzione al dirigente pubblico dei poteri del privato datore di lavoro implicava la libertà di gestire il personale con i criteri ritenuti più adatti al contesto e alle circostanze, nonché di negoziare o meno a seconda delle convenienze, seppure nei limiti posti dalla legge e dal contratto nazionale. La configurazione «duale» del rapporto

¹⁰⁵ G.B. MATTARELLA, *op. cit.*, p. 38.

di lavoro dirigenziale – con l’incarico a tempo definito ove si specificano le direttive e gli obiettivi prefissati – doveva consentire di valutare la qualità delle scelte gestionali liberamente assunte, in relazione ai risultati raggiunti, e di stabilire le conseguenti ripercussioni per il trattamento economico, per l’attribuzione di nuovi e diversi incarichi, per la responsabilità dirigenziale. Tale modello regolativo per attuarsi presupponeva una dirigenza capace, con nuova strumentazione giuridica e nuova competenza professionale, di esercitare il potere organizzativo tipico dell’imprenditore, per il raggiungimento delle finalità generali; oltre che un sindacato capace di liberarsi dei tratti più marcatamente corporativi e di preoccuparsi dell’interesse dei lavoratori ‘contemperandolo’ con l’interesse degli utenti, e una classe politica di qualità che non si rapportasse alla pubblica amministrazione in una logica di mera gestione del potere e acquisizione del consenso.

Gli esiti deludenti di quella riforma inducono a ritenere che vi sia stata una sopravvalutazione delle «virtù salvifiche» della privatizzazione, che invece non è riuscita a rafforzare la funzione direttiva e a garantire l’efficienza dell’organizzazione pur senza sacrificare la finalità di tutela della condizione economico sociale dei dipendenti. In altri termini, c’è stata nella dottrina una tendenza a sopravvalutare il ruolo dell’ingegneria legislativa e a illudersi che «la cultura garantistica e soprattutto sindacale del diritto del lavoro, nate in tutt’altri contesti e per altre finalità, potessero essere sufficienti a imprimere alla pubblica amministrazione quella svolta di efficienza, pur socialmente compatibile, che è sempre stata nei voti dei riformatori»¹⁰⁶.

Ora si tenta una nuova strada, e ci si affida alle ‘virtù salvifiche’ di una regolamentazione legislativa puntuale e pervasiva, con un approccio «pedagogico-autoritario». Poiché i dirigenti non hanno avuto la forza e la capacità di usare il potere loro attribuito, il legislatore anziché ricercare le cause – per correggere i difetti nel modello regolativo e ovviare alle carenze formative e culturali – ha preferito rimuovere gli ostacoli e definire con precisione il comportamento da assumere secondo il modello imprenditoriale. Così da un lato si attenuano le difficoltà nel confronto sindacale riducendo gli spazi della contrattazione, dall’altro si evita il rischio di debolezze e errori nella gestione dei rapporti di lavoro specificando con puntuali indicazioni le modalità di esercizio dei poteri classici del privato datore di lavoro.

¹⁰⁶ R. DEL PUNTA, *Il diritto del lavoro fra due secoli: dal protocollo Giugni al decreto Biagi* in R. DEL PUNTA, R. DE LUCA TAMAJO, G. FERRARO, P. ICHINO, *Il diritto del lavoro nell’Italia repubblicana. Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla Liberazione al nuovo secolo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 253 ss.

È legittimo paventare che la riforma possa produrre una figura dirigenziale che contraddice il paradigma teorizzato: sia perché essa non sembra del tutto coerente con le regole del buon manager secondo le «concezioni più moderne e sofisticate»¹⁰⁷, sia perché è dubbio che basti normare puntigliosamente i comportamenti perché questi divengano virtuosi, sia perché con tali regole, che riducono autonomia e responsabilità, il dirigente pubblico si allontana dal modello del privato datore di lavoro accostandosi a quello del lavoratore subordinato.

Bisognerà attendere gli esiti della riforma nel lungo periodo per verificare se essa sarà riuscita a fare assimilare i «tratti virtuosi dell'organizzazione aziendale» e a far entrare lo «spirito della privatizzazione (...) nella cultura dei responsabili politici e della dirigenza amministrativa»¹⁰⁸. Per contro gli effetti delle innovazioni sulla disciplina del rapporto di lavoro dei dirigenti, e in particolare sulla loro responsabilità, si sono già prodotti, e paiono significativi. Sembra infatti che si sia per così dire capovolto il modello precedente. Questo era costruito con la formula duale in modo da dare massimo rilievo al ruolo datoriale, con la configurazione in termini di risultato dell'oggetto del contratto e della responsabilità: il controllo doveva essere riferito alla qualità del risultato raggiunto. Emblematica al riguardo la disciplina della responsabilità, costruita anch'essa in termini duali – la responsabilità dirigenziale e la responsabilità disciplinare – ma di fatto fondata solo sulla prima: la responsabilità disciplinare, menzionata con un ambiguo rinvio alla disciplina contrattuale, si concretizzava nel licenziamento per giusta causa e in un licenziamento con preavviso e motivato, di incerta collocazione tra il giustificato motivo soggettivo e la nozione di «giustificatezza» utilizzata per il dirigente privato.

Quel modello di regolazione si era rivelato carente sotto diversi punti di vista e necessitava – come aveva messo in evidenza la più qualificata dottrina amministrativista e giuslavorista, fornendo preziosi suggerimenti – di una organica rivisitazione. Le risposte fornite dalla riforma Brunetta sono non solo insoddisfacenti, ma velleitarie e contraddittorie, determinando un insieme confuso e inadeguato. Potendo qui sono accennare ai profili problematici, si può richiamare la disciplina della valutazione, che a fianco a interessanti opportunità¹⁰⁹ presenta gravi lacune

¹⁰⁷ V. U. CARABELLI, *La riforma Brunetta*, op. cit., p. 19; v. altresì B. CARUSO, *Gli esiti regolativi*, cit.

¹⁰⁸ M. RUSCIANO, *Le fonti: negoziatore pubblico e contratti collettivi di diritto privato*, in *Il lav. nelle p.a.*, 2007, p. 333.

¹⁰⁹ Messe in evidenza da G. NICOSIA, *Efficienza, etica e buona gestione: nuovi paradigmi nel settore del lavoro pubblico*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, p. 537; per il profilo della responsabilità da ultimo EAD., *I dirigenti pubblici*, cit.

(basti considerare che non appare chiaro chi debba valutare la dirigenza e non si tiene adeguatamente conto della differenza tra dirigenza apicale e professionale); sopra tutto appare ancora una volta emblematica la disciplina delle responsabilità. Osservando le norme eteronome (e le disposizioni dei contratti collettivi che a esse hanno fatto seguito) tra responsabilità dirigenziale, nel profilo patologico, e responsabilità disciplinare sembra esserci più confusione che distinzione: si accentuano i profili soggettivi della responsabilità dirigenziale, si configurano in termini di responsabilità disciplinare omissioni e inadempimenti rispetto a compiti tipici della responsabilità dirigenziale, la decurtazione della retribuzione di risultato è indicata come sanzione per entrambe le responsabilità. Come ‘controfaccia’ della puntuale regolazione legislativa dei poteri dirigenziali, il profilo della responsabilità disciplinare diviene predominante e ‘dilaga’ nei contratti collettivi.

Si è cercato¹¹⁰ di risolvere le contraddizioni leggendo nella legge la configurazione di un’unica responsabilità per inadempimento delle obbligazioni che fanno capo al rapporto di lavoro dirigenziale, unitariamente intesa anche se articolata a seconda delle caratteristiche dei compiti e dei doveri riconducibili al contratto individuale e/o specificati nel provvedimento di incarico. Le differenze procedurali sarebbero da considerare non come specchio di una differenza concettuale, ma come mera conseguenza dell’articolazione dell’oggetto della prestazione dirigenziale e della composizione duale del rapporto di lavoro del dirigente, che può giustificare una articolazione duale della responsabilità per inadempimento, ma all’interno di un’unica figura di responsabilità contrattuale. Viene a sostegno di tale lettura il rilievo per cui «l’introduzione di sistemi di misurazione e valutazione della *performance* sembra incidere direttamente sull’estensione dell’area del debito contrattuale e dunque sulla stessa identificazione della prestazione dovuta» e che nell’«esaltare la correlazione funzionale tra prestazione erogata, contesto organizzativo e finalità pubblica del servizio» si attualizza e implementa, «in coerenza con le specificità del settore e sulla base di una misurabile oggettività ... il parametro generale ‘interesse dell’impresa’ individuato dall’art. 2104»¹¹¹.

È indubbio, se si considera altresì da un lato il sistema di attribuzione degli incarichi, dall’altro la regolazione delle conseguenze del re-

¹¹⁰ F. BORGOGELLI, *Responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale. Una proposta di ricomposizione*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, p. 655.

¹¹¹ A. VISCOMI, *L’adempimento dell’obbligazione di lavoro tra criteri lavoristici e principi civilistici*, Relazione alle Giornate di Studio AIDLASS, Parma, 4-5 giugno 2010, ora in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2010, n. 128, p. 595.

cesso illegittimo¹¹², che la disciplina del rapporto di lavoro dirigenziale risulta in più parti contraddittoria e contrastante con il ruolo datoriale. Non si intende con ciò invocare una semplicistica assimilazione alla disciplina del dirigente privato, che sarebbe del tutto inadeguata e inconfidente, ma segnalare la necessità, perché l'attività delle pubbliche amministrazioni possa divenire effettivamente efficiente, di una organica riforma della disciplina della dirigenza pubblica.

¹¹² V. per questo aspetto, e più in generale per la riflessione critica con riguardo all'indipendenza dei dirigenti pubblici, A. ZOPPOLI, *I fondamenti del licenziamento del dirigente pubblico: nell'attesa di Godot*, in *La Dirigenza*, cit., p. 259.

STEFANO BIANCHINI

I DOVERI DEL DIPENDENTE E I CODICI DI COMPORTAMENTO

SOMMARIO: 1. La caratterizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione alla luce della funzionalizzazione al pubblico interesse. – 2. Il contenuto obbligatorio del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'amministrazione alla luce della "privatizzazione" del rapporto disciplinare. La controtendenza della cd. "riforma Brunetta". – 3. Il «Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni» nell'assetto contrattualizzato del lavoro pubblico. Premessa. – 4. Origini e finalità del codice di comportamento. – 5. I contenuti del «Codice di comportamento» e la sua rilevanza sotto il duplice profilo etico e dell'adempimento della prestazione lavorativa. – 6. La rilevanza disciplinare e "indiretta" del «Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni». – 7. L'immediata rilevanza disciplinare del Codice nella cd. "riforma Brunetta". – 8. Il rapporto tra codice di comportamento e carte dei servizi.

1. *La caratterizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione alla luce della funzionalizzazione al pubblico interesse*

A seguito dell'evoluzione normativa che ha caratterizzato la cd. "riforma del pubblico impiego", il rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione ha assunto, nell'attuale assetto normativo, natura privatistica ed è assoggettato – in linea generale, e salvo quanto previsto dalle disposizioni del t.u. n. 165/2001 – alla disciplina civilistica propria di qualsiasi altro rapporto di lavoro dipendente¹: come noto, infatti, l'art. 2, co. 2, t.u. n. 165/2001 dispone che «*I rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto, che costituiscono disposizioni a carattere operativo*». Speculare alla "privatizzazione", è la "contrattualizzazione" (e,

¹ Ad esclusione, s'intende, dei rapporti di impiego che – ex art. 3, t.u. n. 165/2001 – sono disciplinati in regime di diritto pubblico secondo le rispettive previsioni ordinamentali.

quindi, delegificazione²) del rapporto di lavoro alle dipendenze della p.a., ossia il riconoscimento del principio secondo cui i rapporti di lavoro sorgono dal contratto individuale e sono regolati – oltre che dalla legge – dalle previsioni del contratto individuale stesso e dei contratti collettivi³, rapporto di lavoro nell’ambito del quale la p.a. opera «*con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro*» (art. 5, co. 2, t.u. n. 165/2001).

Più in particolare e per quanto più specificamente rileva in tal sede, assume peculiare rilevanza individuare e definire, nell’ambito delle situazioni giuridiche che derivano dalla costituzione di tale rapporto giuridico bilaterale di natura contrattuale, i doveri – *recte*: le posizioni di obbligo⁴

² Come noto, la riforma del lavoro alle dipendenze della p.a. di cui alla l. 15/2009 e al successivo decreto delegato n. 150/2009 – in coerenza, per vero, con una tendenza normativa nel cui ambito sono ascrivibili anche precedenti interventi legislativi (tra cui si segnalano le ll. nn. 133 e 203 del 2008) – ha determinato una parziale “rilegificazione” del rapporto di lavoro pubblico, da un lato attribuendo alle disposizioni del t.u. n. 165/2001 il carattere dell’imperatività; dall’altro, e conseguentemente, prevedendo la loro derogabilità da parte della contrattazione collettiva solo nei casi espressamente previsti dalla legge (cfr. art. 2, co. 2, t.u. n. 165/2001, come da ultimo modificato *ex art.* 33 del d.lgs. n. 150/2009), in controtendenza rispetto al rapporto tra legge e contratto collettivo delineato dalla “privatizzazione” e caratterizzato dalla derogabilità della legge da parte della contrattazione collettiva, salvo che sia espressamente disposto in senso contrario (cfr. art. 2, co. 2, cit. previgente alla riforma del 2009). In altri e più semplici termini, si ha il passaggio da una presunzione di derogabilità ad una presunzione di inderogabilità della legge. Sul punto, cfr. *ex amplius* V. TALAMO, *Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico*, in *Giornale dir. amm.*, 2009, n. 5, pp. 468-475; ID., *La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, n. 1, pp. 13-16; G. D’AURIA, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, n. 1, pp. 5-9.

È da precisare che, secondo parte della dottrina, tale “rilegificazione” non comporta una “ripubblicizzazione” o “reamministrativizzazione” del rapporto di lavoro alle dipendenze della p.a., il quale non muta la propria natura privatistica né cambia la natura delle posizioni giuridiche da esso deducibili, che rimane di diritto soggettivo (cfr. TALAMO, *Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico*, op. cit., p. 471; D’AURIA, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, op. cit., p. 6; *contra* S. BATTINI, *Un vero datore di lavoro per il settore pubblico: politico o amministrativo?*, in *Giornale dir. amm.*, 2009, pp. 478, secondo cui la l. n. 15/2009 «*sembra annunciare (...) una contro-riforma del lavoro pubblico, diretta a ri-politicizzarne (e ri-pubblicizzarne) la disciplina*»).

³ In termini analoghi, cfr. U. CARABELLI, M.T. CARINCI, *Privatizzazione e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro e nuovi assetti giuridici dell’organizzazione delle pubbliche amministrazioni*, in *Il lav. pubb. in Italia*, a cura di Carabelli, Carinci, Bari, 2010, pp. 38-39.

⁴ Si ritiene opportuno precisare fin d’ora che, nella logica contrattuale che caratterizza la cd. “riforma del pubblico impiego”, la dottrina prospetta il superamento della locuzione “dovere” per adottare quella di “posizione di obbligo”, maggiormente coerente con la natura privatistica-contrattuale del rapporto di lavoro alle dipendenze dell’amministrazione (cfr. S. MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, V**, a cura di Carinci, Zoppoli, Torino, 2004, p. 845; S. MAINARDI, M. MISCIONE, *Potere e responsabilità disciplinare*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, a cura di Carinci, Milano, 1995, p. 1031).

– che incombono sui dipendenti prestatori di lavoro in quanto inseriti nell'organizzazione amministrativa⁵.

Preliminarmente, anche al fine di enucleare l'ambito d'indagine, rileva precisare che il rapporto di lavoro alle dipendenze dell'amministrazione, ancorché avente carattere privatistico e natura contrattuale nei suddetti termini, si qualifica – rispetto a qualsiasi altro rapporto di lavoro dipendente privatistico – per essere inquadrato nella “amministrazione come fatto organizzato” e, più in particolare, come organizzazione delle prestazioni lavorative idonea al conseguimento di risultati conformi all'utilità collettiva⁶. Segnatamente – nell'ottica di una caratterizzazione «[del]l'amministrazione anche come ambito di lavoro e [del]l'organizzazione amministrativa anche come organizzazione di lavoro»⁷ – il dipendente e, correlativamente, la prestazione lavorativa sono istituzionalmente partecipi di quegli ambiti di lavoro che costituiscono un momento cui sono affidati la cura e il perseguimento dell'interesse pubblico⁸.

È da precisare che con tali affermazioni non s'intende – né certamente si potrebbe – disconoscere i fenomeni di “privatizzazione” e “contrattualizzazione” che hanno interessato il rapporto di lavoro alle dipendenze della p.a., ma considerare la prestazione lavorativa del dipendente pubblico sotto il (diverso) profilo funzionale: in altri termini, ancorché si tratti di due aspetti inscindibilmente connessi, altro è la disciplina giuridica del lavoro alle dipendenze dell'amministrazione, che trova il proprio fondamento giuridico nel sistema delle fonti delineatosi a seguito della cd. “riforma del pubblico impiego”; altro è rilevare l'attività lavorativa dal punto di vista del risultato perseguito, ossia l'utilità collettiva⁹.

⁵ In termini analoghi, cfr. B.G. MATTARELLA, *I codici di comportamento*, in *Riv. giur. del lav. e della previd. soc.*, 1996, I, p. 248.

⁶ In tal senso, cfr. M. GRANDI, *Il Codice di condotta dei dipendenti pubblici: alcune riflessioni a margine*, in *Riv. giur. del lav. e della previd. soc.*, 1994, I, p. 365.

⁷ Così G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, p. 418.

⁸ *Ibidem*, pp. 426-427.

⁹ La configurabilità dell'utilità collettiva (*recte*: del pubblico interesse) come oggetto e scopo della prestazione lavorativa del dipendente pubblico pare desumibile – tra l'altro – dal disposto costituzionale di cui all'art. 98, co. 1, secondo cui «I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione»; dall'art. 13, co. 1, t.u. n. 3/1957, secondo cui «L'impiegato deve prestare tutta la sua opera nel disimpegno delle mansioni che gli sono affidate curando, in conformità delle leggi, con diligenza e nel miglior modo, l'interesse dell'Amministrazione per il pubblico bene»; dall'art. 2, co. 1, del «Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni» (approvato con d.m. 28 novembre 2000), ai sensi del quale «Nell'espletamento dei propri compiti, il dipendente assicura il rispetto della legge e persegue esclusivamente l'interesse pubblico; ispira le proprie decisioni ed i propri comportamenti alla cura dell'interesse pubblico che gli è affidato».

Peraltro, con riferimento al «Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche

Tale ricostruzione, per vero, non pare smentita né contraddetta da quanto previsto dall'art. 5, co. 2, t.u. n. 165/2001, ai sensi del quale «*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*».

Da tale disposizione si desume – in linea con la tendenza della “privatizzazione” – l’attrazione degli atti di micro-organizzazione alla disciplina privatistica: in particolare, dall’esplicito rinvio alle capacità e ai poteri del privato datore di lavoro emerge che la p.a. (*recte*: il dirigente), nell’esercizio del potere di organizzazione degli uffici e di gestione del personale¹⁰, opera come soggetto privato. Tuttavia, nonostante l’esercizio del potere organizzativo e gestionale sia assoggettato al regime privatistico, ciò non esclude che lo stesso sia finalizzato al perseguimento e al soddisfacimento del pubblico interesse¹¹: più in particolare, come rilevato dalla maggioritaria dottrina¹², tale finalizzazione non è *in re ipsa* ma

amministrazioni», sul quale si tornerà ampiamente in seguito, cfr. A. RICCARDI, *Il codice di condotta nel sistema del lavoro pubblico contrattualizzato*, in *Il lav. nelle p.a.*, 2002, p. 91, secondo cui il principio di cura dell’interesse pubblico costituisce il minimo comune denominatore del complesso di obblighi e divieti delineati nel *corpus* codicistico.

¹⁰ Si precisi che, ancorché organizzazione degli uffici e gestione del personale costituiscono due attività concettualmente distinte, devono comunque considerarsi componenti connesse ed inscindibili del potere organizzativo *lato sensu* inteso.

¹¹ Che l’elemento finalistico rappresenti il momento centrale e caratterizzante della relazione tra l’attività posta in essere dall’amministrazione – indipendentemente dallo strumento, di diritto pubblico ovvero di diritto privato, utilizzato – e il fine (di pubblico interesse) perseguito, è argomentato da autorevole dottrina, secondo cui «*ogni attività, come ogni azione, in cui essa si concreta, lo sappiamo, si può solo caratterizzare e distinguere dalle altre in base allo scopo, cui essa per sé è immediatamente destinata, perché questo scopo ne dà il compito, la funzione, e la figura giuridica di un atto, come di un’attività, è data dalla funzione che ad essi è propria nella vita sociale o statale*» (così O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, p. 390).

In tal senso rileva, inoltre, quanto precisato da M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell’attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, secondo cui «*si fini assegnati a ciascun soggetto pubblico esistono e non cambiano indipendentemente dagli strumenti adottati per la loro realizzazione*» (p. 21), costituendo il fine di pubblico interesse «*il minimum pubblicistico intangibile, inattaccabile; l’area pubblicistica impermeabile alla contaminazione privatistica*» (p. 44).

¹² Cfr. A. BELLAVISTA, *Fonti del rapporto. La privatizzazione del rapporto di lavoro*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, V*, a cura di Carinci, Zoppoli, Torino, 2004, p. 89; C. D’ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, V*, a cura di Carinci, Zoppoli, Torino, 2004, p. 117, secondo cui «*Pur privatizzando l’organizzazione “bassa” e i rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni, il legislatore non ha considerato – né avrebbe potuto considerare, alla luce dei principi di imparzialità e buon andamento dell’art. 97 Cost. – irrilevanti ed esclusivamente interni all’amministrazione i fini del potere organizzativo. Al contrario, sia le leggi - delega nn. 421/1992 e 59/1997, sia il d.lgs. n. 165/2001, sono intrisi di disposizioni sugli scopi e*

deriva dall'applicazione alle attività di (micro-) organizzazione e di gestione dei principi – anche costituzionali o di derivazione costituzionale – e delle regole cristallizzati nelle disposizioni normative che regolano l'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche¹³. Segnatamente, come rilevato dalla dottrina¹⁴, tali principi e criteri qualificano «*il potere organizzativo delle amministrazioni pubbliche come potere finalizzato ad uno scopo giuridicamente rilevante ed esterno al titolare del potere, sia quando il potere si esprime in atti pubblicistici, sia quando si esprime attraverso atti privatistici*»¹⁵; in altri e più semplici termini, il potere organizzativo è «*vincolat[o] nel fine, ossia preordinat[o] e indirizat[o] a conseguire scopi di pubblico interesse*»¹⁶.

Ulteriormente, si rileva che la soggezione al regime privatistico non solo non esclude la finalizzazione del potere organizzativo al pubblico interesse ma, al contrario, l'estrema flessibilità nelle scelte organizzative operate dall'amministrazione alla stregua di un datore di lavoro privato sembra costituire lo strumento più efficiente per garantire l'effettivo perseguimento dei fini pubblici¹⁷.

Da quanto sopra ne deriva che, ancorché il datore di lavoro pubblico eserciti i propri poteri organizzativi e gestionali con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, ciò non esclude che il soddisfacimento dell'interesse pubblico costituisca il risultato finale di tale attività

sui criteri cui deve essere informata l'attività organizzativa (inclusa la regolazione e gestione del personale) nelle pubbliche amministrazioni, qualunque ne sia il regime giuridico (pubblicistico o privatistico)»; MAINARDI, La responsabilità e il potere disciplinare, op. cit., p. 844.

¹³ Significativamente, si vedano i principi ispiratori dell'attività organizzativa di cui all'art. 2, co. 1, t.u. n. 165/2001: funzionalità, flessibilità, imparzialità e trasparenza, armonizzazione degli orari di servizio e apertura degli uffici. Per un'analitica disamina, cfr. *ex amplius* D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, op. cit., pp. 117-119.

¹⁴ Cfr. M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, p. 209; A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *Giornale dir. lav. e delle relazioni industriali*, 1993, p. 468; S. BATTINI, *Il personale e la dirigenza*, in *Giornale dir. amm.*, 1997, n. 5, p. 427; M. D'ANTONA, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, in *Argomenti dir. lav.*, 1997, p. 43.

¹⁵ Così D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 118; cfr. anche D'ANTONA, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, op. cit., p. 42.

¹⁶ Così D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 118.

¹⁷ In termini analoghi cfr. BELLAVISTA, *Fonti del rapporto. La privatizzazione del rapporto di lavoro*, op. cit., p. 90; L. BORDOGNA, *Le relazioni sindacali nel settore pubblico*, in *Le nuove relazioni industriali. L'esperienza italiana nella prospettiva europea*, a cura di Cella, Treu, Bologna, p. 328.

organizzativa: più in particolare, il collegamento tra l'attività organizzativa e gestionale posta in essere dall'amministrazione con la capacità e nell'esercizio dei poteri del privato datore di lavoro, da un lato, e l'interesse pubblico, dall'altro, è rappresentato dalla coerenza delle scelte organizzative-gestionali rispetto ai risultati (*recte*: agli obiettivi¹⁸) di interesse pubblico¹⁹, coerenza valutata in sede di controllo amministrativo interno (*ex art. 5, co. 3, t.u. n. 165/2001*), anche ai fini della responsabilità dirigenziale *ex art. 21 del t.u. n. 165/2000*²⁰.

Alla luce di tali osservazioni, è da rilevare che la "privatizzazione" e la "contrattualizzazione" del lavoro pubblico, da un lato, l'incardinazione del dipendente nell'amministrazione "come fatto organizzato" e la funzionalizzazione della prestazione lavorativa al perseguimento del pubblico interesse, dall'altro, determinano una peculiare caratterizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'amministrazione.

Da un lato, la cd. "riforma del pubblico impiego", nel ridisegnare in chiave privatistico-contrattuale il rapporto di subordinazione intercorrente tra amministrazione datrice di lavoro e dipendente prestatore d'opera, ha determinato la circoscrizione dell'area del debito del dipendente alla sola esecuzione della prestazione lavorativa e degli obblighi ad essa accessori secondo le disposizioni civilistiche²¹, cosicché la condotta del dipendente viene valutata nell'ottica dell'esatto adempimento contrattuale.

Dall'altro, in considerazione dell'appartenenza del dipendente all'organizzazione amministrativa, quale organizzazione pubblica preordi-

¹⁸ Tale precisazione si ritiene opportuna alla luce del rilievo critico sollevato da autorevole dottrina in ordine all'espressione "amministrazione di risultati", di cui si rileva la scorrettezza scientifica e l'inutilità pratica dato che «*si può indicare un obiettivo, non imporre un risultato il cui conseguimento dipende da molti fattori non controllabili dall'uomo*» (S. CASSESE, *Che cosa vuol dire "amministrazione di risultati"?*, in *Giornale dir. amm.*, 2004, n. 9, p. 941).

¹⁹ Cfr. S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1995, p. 120, secondo cui «*l'incidenza del fine pubblico è (...) onnicomprensiva; in tal modo tutta l'amministrazione-organizzazione, personale, finanza, attività - deve essere in rapporto di congruenza con i fini pubblici*». Cfr., in tal senso, anche D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 90; A. CORPACI, A. ORSI BATTAGLINI, *Sub art. 4, d.lgs. n. 29/1993*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1999, p. 1098.

²⁰ Sugli strumenti di valutazione e controllo interno, cfr. A. BOSCATI, *Verifica dei risultati, responsabilità dirigenziale e Comitato dei Garanti*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, V**, a cura di Carinci, Zoppoli, Torino, 2004, pp. 1197-1211; L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, 2000, pp. 120-121; M. RUSCIANO, *Spunti su rapporto di lavoro e responsabilità "di risultato" del dirigente pubblico*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1998, pp. 387-413.

²¹ In termini analoghi, cfr. MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*, op. cit., pp. 844-845; C. ZOLI, *Amministrazione del rapporto e tutela delle posizioni soggettive dei dipendenti pubblici*, in *Giornale dir. lav. e delle relazioni industriali*, 1993, p. 643.

nata – per definizione – alla cura di interessi generali della comunità, non pare escludibile una configurazione funzionalizzata della prestazione di lavoro del dipendente²².

Tale peculiarità del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione implica, pertanto, una particolare caratterizzazione della prestazione lavorativa del dipendente pubblico, prestazione lavorativa, da un lato disciplinata dalle disposizioni del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro nell'impresa (oltre che dalle previsioni del t.u. n. 165/2001 e dalla contrattazione collettiva), dall'altro qualificata dall'appartenenza del dipendente all'organizzazione amministrativa e dalla funzionalizzazione – quantomeno mediata – al pubblico interesse²³.

È alla luce di tali considerazioni che s'intende rilevare le peculiarità che interessano la complessa posizione giuridica di cui è titolare il dipendente pubblico nell'ambito del rapporto di lavoro alle dipendenze della p.a. e, per quanto più specificamente rileva in tal sede, gli obblighi che

²² Così P.G. LIGNANI, *La responsabilità disciplinare dei dipendenti dell'amministrazione statale*, in *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, a cura di Sorace, Padova, 1998, p. 383; A. CATELANI, *Il pubblico impiego*, in *Trattato di diritto amministrativo*, XXI, diretto da Santaniello, Padova, 2003, p. 15, secondo cui «In quanto agisce per conto dell'amministrazione, (...) come parte integrante della sua struttura, il pubblico impiegato partecipa, in via immediata e diretta, alla gestione della cosa pubblica». Contra MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*, op. cit., p. 845.

²³ Parte della dottrina rileva che le suddette particolarità che caratterizzano il rapporto di lavoro alle dipendenze della p.a. e, segnatamente, l'inserimento del prestatore di lavoro nell'organizzazione amministrativa, contribuiscono a determinare una posizione giuridica del dipendente qualificabile alla stregua di un peculiare *status* giuridico, autonomamente rilevante rispetto alla posizione di cui è titolare qualsiasi altro lavoratore subordinato nell'impresa (CATELANI, *Il pubblico impiego*, op. cit., pp. 8-9).

Per vero, il concetto di *status* – che, come noto, indica la posizione giuridica che qualifica i soggetti in funzione della loro appartenenza a determinate collettività o gruppi sociali (cfr. L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile. Norme, soggetti e rapporto giuridico*, 1*, pp. 413-419) – si pone in controtendenza rispetto alla “privatizzazione” e alla “contrattualizzazione”, tra le cui finalità vi è proprio quella di superare – mediante una disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'amministrazione alla stregua di un rapporto di lavoro subordinato privatistico – la concezione dell'impiego pubblico come *status* peculiare rispetto al lavoro privato. Ne deriva che se di *status* giuridico del dipendente pubblico si vuole parlare, ciò lo si può fare solamente in termini descrittivi, per indicare una mera qualità giuridica.

Tuttavia, un recupero della concezione di *status* può essere prospettato con riferimento al «*Codice di comportamento dei dipendenti pubblici*», che mira a creare – come si vedrà ampiamente in seguito – modelli di comportamento di valenza etica uniformi per tutti i dipendenti pubblici (MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*, op. cit., p. 841, secondo cui l'imposizione di un codice di comportamento dei dipendenti pubblici determina il recupero «del modello tradizionale del pubblico impiego e in particolare dello status speciale del dipendente»; GRANDI, *Il Codice di condotta dei dipendenti pubblici: alcune riflessioni a margine*, op. cit., p. 366-367).

incombono sullo stesso e che qualificano il concreto atteggiarsi della prestazione lavorativa, quale oggetto di un rapporto giuridico bilaterale contrattuale, da un lato, quale attività preordinata al perseguimento di finalità di pubblico interesse, dall'altro.

2. *Il contenuto obbligatorio del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'amministrazione alla luce della "privatizzazione" del rapporto disciplinare. La controtendenza della cd. "riforma Brunetta"*

Nell'ordinamento del lavoro pubblico previgente alla "privatizzazione" e "contrattualizzazione", il tratto caratteristico della configurazione del contenuto obbligatorio del rapporto di lavoro era costituito dalla sostanziale unilateralità delle fonti dei doveri del dipendente, rappresentate dalla legge e da atti unilaterali dell'amministrazione, con totale esclusione di qualsiasi intervento dell'autonomia collettiva²⁴.

In particolare, l'individuazione normativa dei doveri dei dipendenti pubblici – ad opera degli articoli da 11 a 17, t.u. n. 3/1957²⁵, a loro volta specificati dall'indicazione delle condotte vietate e direttamente represses dalle sanzioni disciplinari previste dagli articoli da 79 a 85 del medesimo t.u. – era costituita da un'elencazione generica di prescrizioni comportamentali, rientranti nel novero della categoria generale dei "doveri giuridici pubblici". Tale genericità nella configurazione e definizione dei doveri dei dipendenti era tale da «consentire la elevazione a dovere di qualsivoglia condotta pretesa dall'amministrazione»²⁶; specularmente, l'esercizio del potere disciplinare da parte della p.a. risultava caratterizzato da una forte discrezionalità (ciò che rappresentava un retaggio della teo-

²⁴ Così MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*, op. cit., p. 837; ID., *Sanzioni disciplinari*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. I contratti collettivi di comparto. Commentario*, diretto da Carinci, Milano, 1997, p. 470.

²⁵ A titolo esemplificativo, l'art. 12 prevede l'obbligo di residenza nel luogo ove ha sede l'ufficio cui l'impiegato è destinato; l'art. 13 prescrive che l'impiegato: adempia la prestazione lavorativa con diligenza e nel miglior modo, al fine di curare «l'interesse dell'Amministrazione al pubblico bene»; conformi la propria condotta al dovere di servire esclusivamente la Nazione e al principio di collaborazione con i colleghi e con gli utenti; non svolga attività incompatibili con l'espletamento della prestazione lavorativa; mantenga una «condotta conforme alla dignità delle proprie funzioni» anche fuori dell'ufficio; l'art. 15 obbliga l'impiegato a mantenere il segreto d'ufficio; l'art. 16 prescrive il dovere di eseguire gli ordini impartiti dal superiore gerarchico.

Appare opportuno precisare che le citate disposizioni del t.u. n. 3/1957 sono state disapplicate (*recte*: di fatto abrogate) – ai sensi dell'art. 72, co. 1, d.lgs. n. 29/1993 – ad opera della contrattazione collettiva.

²⁶ Così F. PELLIZZER, *Il potere disciplinare nello Stato*, in *Quad. dir. lav. e delle relazioni industriali*, 1991, n. 9, p. 148.

ria della supremazia speciale della pubblica amministrazione²⁷, sviluppata propriamente sulla materia disciplinare), con conseguente disconoscimento di fatto – ossia in sede applicativa delle citate disposizioni – del principio (penalistico) di tassatività in materia disciplinare²⁸.

Tale configurazione del contenuto obbligatorio del rapporto di lavoro pubblico, caratterizzato dalla definizione unilaterale dei doveri dei dipendenti, ha subito un significativo mutamento a fronte della cd. “privatizzazione” del rapporto disciplinare, ad opera dell’art. 59, d.lgs. n. 29/1993 – come modificato dall’art. 27, d.lgs. n. 546/1993 e, successivamente, dall’art. 27, co. 2., d.lgs. n. 80/1998 – attualmente trasfuso nell’art. 55, t.u. n. 165/2001.

Segnatamente, la “privatizzazione” della materia disciplinare emerge, in primo luogo, dal rinvio – *ex art. 55, co. 2, cit.* – all’art. 2106 c.c. (di qui, la diretta applicabilità in chiave disciplinare anche degli artt. 2104 e 2105 c.c. relativi alla diligenza nell’esecuzione della prestazione lavorativa e all’obbligo di fedeltà, nonché di correttezza e buona fede con esso connessi), che prevede il potere disciplinare del privato datore di lavoro, regolato, quanto alla sua attuazione, dall’art. 7 st. lav. (di cui l’art. 55, co. 3, cit. costituisce un parziale recepimento: si pensi al principio di immediatezza della contestazione); in secondo luogo, e per quanto più specificamente rileva in tal sede, dalla devoluzione alla contrattazione collettiva della competenza in ordine alla definizione della «tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni»²⁹.

Sotto il profilo dell’assetto delle fonti, la “privatizzazione” della materia disciplinare ha, quindi, determinato un’effettiva concorrenza di fonti legali e convenzionali, in modo del tutto omogeneo rispetto al settore privato³⁰.

²⁷ La teoria della supremazia speciale dell’amministrazione nell’ambito del rapporto di pubblico impiego ha trovato il proprio fondamento nell’esigenza di perseguimento del pubblico interesse, nel senso che i poteri di pretendere determinati comportamenti e di irrogare le relative sanzioni – poteri in cui si articola la posizione di preminenza – sono riconosciuti in virtù del fatto che le condotte richieste dalla p.a. sono ritenute indispensabili per il corretto esercizio delle funzioni pubbliche o per il corretto espletamento dei servizi pubblici.

²⁸ Appare opportuno precisare che la giurisprudenza di legittimità è pressoché uniforme nell’affermare un’applicazione non rigorosa del principio di tassatività in materia disciplinare, nel senso che le infrazioni e le relative sanzioni, ancorché suscettibili di attuazione discrezionale ed adattamento secondo le concrete ed effettive inadempienze del lavoratore, devono avere un «grado di specificità sufficiente» ad escludere che la sussunzione della condotta del lavoratore sia interamente devoluta ad una valutazione unilaterale ed ampia discrezionale da parte della p.a. (così MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*, op. cit., p. 867).

²⁹ Cfr. MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*, op. cit., p. 839.

³⁰ In termini analoghi, cfr. MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*, op. cit., pp. 839-840; MAINARDI, MISCIONE, *Potere e responsabilità disciplinare*, op. cit., pp. 1031-1032.

Più specificamente, ancorché in certi casi sia la legge a tipizzare la sanzionabilità disciplinare di alcuni comportamenti (si pensi al già accennato art. 2106 c.c. per la violazione degli obblighi di diligenza e fedeltà ex artt. 2104 e 2105 c.c.; all'art. 53, t.u. n. 165/2001, che disciplina il regime delle incompatibilità), l'art. 55, co. 2, t.u. n. 165/2001 afferma il ruolo preminente della contrattazione collettiva in ordine all'individuazione e alla definizione delle infrazioni disciplinari, ossia di quei comportamenti che violano le regole di condotta che integrano e qualificano il contenuto e il corretto esplicarsi della prestazione lavorativa del dipendente: in altri e più semplici termini, sono le previsioni dei contratti collettivi che – *a contrario* – definiscono gli obblighi del dipendente prestatore di lavoro³¹.

Il ruolo attribuito all'autonomia collettiva – di individuazione in negativo delle regole generali di condotta – ha, quindi, determinato lo speculare riconoscimento della possibilità per la fonte contrattuale di intervenire sul contenuto obbligatorio del rapporto di lavoro alle dipendenze della p.a., nel senso che «*poiché il d.lgs. n. 165/2001 affida alla contrattazione collettiva il compito primario dell'individuazione delle infrazioni disciplinari (...), il contratto ha la possibilità, proprio attraverso questa creazione "in negativo" delle regole di condotta, di ridefinire la struttura obbligatoria fondamentale del rapporto di lavoro e di indicare i relativi (...) obblighi (...) del lavoratore*»³².

Più in particolare, oltre alle norme contrattuali appositamente dedicate all'individuazione in positivo degli obblighi dei dipendenti, la definizione in negativo delle posizioni di obbligo avviene – in modo analitico e, quindi, anche nell'ottica di un recupero di tassatività – ad opera delle norme contrattuali sul “codice disciplinare”³³, le cui previsioni indicano minuziosamente, in relazione alle sanzioni disciplinari, i comportamenti che integrano illecito disciplinare e quindi, *a contrario*, le regole di condotta che devono informare il corretto adempimento della prestazione lavorativa³⁴.

³¹ Così MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*, op. cit., p. 847; P. VIRGA, *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, Milano, 2002, p. 81; MAINARDI, MISCIONE, *Potere e responsabilità disciplinare*, op. cit., p. 1031.

³² Così MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*, op. cit., p. 847.

³³ Come noto, con l'espressione “codice disciplinare”, si indica quel *corpus* di previsioni in materia di infrazioni e sanzioni disciplinari (e delle relative procedure di contestazione) vigente in ciascun settore dell'amministrazione e a cui il datore di lavoro pubblico deve attenersi nel procedere in via disciplinare nei confronti di un dipendente (cfr. art. 55, co. 2, t.u. n. 165/2001).

³⁴ Cfr. A. TAMPIERI, *Contrattazione collettiva e potere disciplinare nel lavoro pubblico*, Milano, 1996, p. 103.

Proprio in considerazione del ruolo assunto dalla fonte negoziale, appare possibile ritenere, come – peraltro – rilevato dalla dottrina³⁵, che il filtro della contrattazione collettiva nella definizione – *a contrario* – delle posizioni di obbligo del dipendente consente una precisa definizione del contenuto obbligatorio del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'amministrazione, alla luce delle norme privatistiche (in particolare artt. 2104 e 2105 c.c.) e in connessione con gli obblighi che derivano dall'esatto adempimento della prestazione lavorativa; in altri e più semplici termini, le condotte vietate sono solo quelle che hanno una rilevanza negativa – ancorché indiretta – sull'esecuzione della prestazione lavorativa³⁶.

Peraltro, anche nell'ottica di una progressiva convergenza in chiave privatistica delle regole del rapporto di lavoro alle dipendenze della p.a., la "privatizzazione" della materia disciplinare e la "contrattualizzazione" dell'assetto delle fonti delle posizioni di obbligo del dipendente consentono – oltre a quanto già rilevato – una "rilettura", alla stregua delle norme codicistiche (in particolare, artt. 2104 e 2105 c.c.) e delle previsioni di cui alla l. n. 300/1970, di quei "doveri" che hanno caratterizzato il rapporto di supremazia speciale della p.a. rispetto al pubblico impiegato e che – in generale – hanno trovato codificazione nelle citate disposizioni del t.u. n. 3/1957³⁷.

Similmente, l'assetto privatistico – contrattuale che è venuto a caratterizzare la materia *de qua* ha consentito una "rilettura" dei doveri di esclusività e fedeltà del dipendente, attualmente regolati dall'art. 53, t.u. n. 165/2001, che detta una disciplina speciale sottratta alla competenza

³⁵ MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*, op. cit., p. 848; MAINARDI, MISCIONE, *Potere e responsabilità disciplinare*, op. cit., p. 1031; ZOLI, *Amministrazione del rapporto e tutela delle posizioni soggettive dei dipendenti pubblici*, op. cit., p. 643.

³⁶ Secondo MAINARDI, *Sanzioni disciplinari*, op. cit., p. 483, la "contrattualizzazione" della definizione delle posizioni di obbligo del dipendente e la rivisitazione in chiave privatistica della prestazione di lavoro pubblico «mutano "la portata della subordinazione" e "l'area del debito del dipendente pubblico", ora rigorosamente circoscritte a quanto è funzionale all'adempimento della prestazione lavorativa (...) in modo che sia posta in primo piano la prestazione anziché la persona del lavoratore, dovendosi condurre in via prioritaria una valutazione in termini di adempimento o inadempimento».

³⁷ Così MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*, op. cit., p. 848.

A titolo esemplificativo, l'art. 13, co. 1, t.u. n. 3/1957, che impone al dipendente di conformare la prestazione della propria attività lavorativa al canone della diligenza, deve essere interpretato in chiave privatistica alla stregua del combinato disposto degli artt. 2104, co. 1, 1176 e 1375 c.c., come obbligo di eseguire la prestazione lavorativa secondo la particolare qualità e complessità dell'attività dovuta (diligenza in senso tecnico) e di osservare tutti quei comportamenti accessori e quelle cautele che si rendono necessarie ad assicurare un esatto adempimento della prestazione.

dell'autonomia collettiva³⁸. In particolare, come rilevato dalla dottrina, la speciale regolamentazione normativa del regime delle incompatibilità deve considerarsi preordinata – alla stregua di quanto previsto dall'art. 2105 c.c. – a definire un «*obbligo negativo di non pregiudicare con attività lavorative o di altro genere gli interessi del datore di lavoro*»³⁹: segnatamente, anche in considerazione della peculiarità del datore di lavoro pubblico, tale obbligo costituisce un presidio contro potenziali o effettivi conflitti d'interessi tra uffici ricoperti dalla medesima persona fisica, o tra l'interesse del dipendente e l'interesse dell'ente di appartenenza, o ancora tra l'interesse del dipendente e quello dei privati.

Ancorché l'art. 55, co. 2, t.u. n. 165/2001 abbia devoluto alla contrattazione collettiva una competenza preminente in ordine alla definizione di infrazioni e sanzioni disciplinari e, quindi, in negativo delle posizioni di obbligo del dipendente, all'autonomia collettiva non può riconoscersi – come già anticipato poco sopra – un ruolo di fonte esclusiva degli obblighi del lavoratore pubblico, in considerazione di quanto previsto dall'art. 2, t.u. n. 165/2001: da tale disposizione si desume, infatti, che gli obblighi del dipendente pubblico prestatore di lavoro sono definiti – oltre che dalle previsioni contrattuali – anche dalle norme civilistiche sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, nonché da altre disposizioni del medesimo t.u. che prescrivono condotte determinate (cfr., ad esempio, il già citato art. 53).

Peraltro, come già sottolineato⁴⁰, la l. n. 15/2009 e il decreto delegato n. 150/2009 hanno determinato una “rilegificazione” della disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze della p.a., nel senso di un recupero del primato della legge rispetto alla contrattazione collettiva, ciò mediante il conferimento alle disposizioni del t.u. n. 165/2001 del carattere dell'imperatività e, quindi, della loro derogabilità nei soli casi espressamente previsti dalla legge⁴¹. Più in particolare e per quanto più specificamente rileva in tal sede, le riforme del 2009 sono intervenute in ordine all'assetto – sostanziale e procedurale – della materia disciplinare e, specularmente (*recte: a contrario*), in ordine alla configurazione del contenuto obbligatorio del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'amministrazione.

Segnatamente, l'art. 55, t.u. n. 165/2001 – come modificato ad opera dell'art. 68, d.lgs. n. 150/2009 – precisa che le disposizioni in materia di-

³⁸ Per una completa disamina della disciplina *ex art. 53*, t.u. n. 165/2001, si rinvia a L. PAOLUCCI, *Incompatibilità, cumulo di impieghi ed incarichi*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, V**, a cura di Carinci, Zoppoli, Torino, 2004, pp. 796-826.

³⁹ MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*, op. cit., p. 849.

⁴⁰ Cfr. *sub* nt. 2.

⁴¹ Cfr. art. 2, t.u. n. 165/2001, come da ultimo modificato *ex art. 33*, d.lgs. n. 150/2009.

disciplinare (artt. 55 e ss. del medesimo t.u.) costituiscono norme imperative ai sensi e per gli effetti della disciplina civilistica in materia di nullità parziale e sostituzione ed integrazione delle clausole nulle (in ossequio al combinato disposto degli artt. 1419, co. 2, e 1339 c.c.); parallelamente, il co. 2 dell'art. 55 cit., nel devolvere all'autonomia collettiva la definizione di infrazioni e sanzioni disciplinari, fa salvo «quanto previsto dalle disposizioni del presente Capo», ed in particolare dagli artt. da 55-bis a 55-octies.

Ne deriva che, in ordine all'individuazione di illeciti disciplinari e relative sanzioni, la regola continua ad essere quella della definizione da parte dell'autonomia collettiva, senonché il d.lgs. n. 150 cit. introduce numerose ed ulteriori eccezioni, tipizzando normativamente una serie di condotte e, *a contrario*, una corrispondente elencazione di obblighi comportamentali la cui violazione determina l'applicazione delle sanzioni disciplinari previste dalla legge⁴².

In tal senso, significativamente, si considerino le previsioni degli artt. 55-*quater*, 55-*quinquies* e 55-*sexies* – come inseriti nel t.u. n. 165/2001 ad opera dell'art. 69, d.lgs. n. 150 cit. – che enucleano in modo analitico una serie di condotte e – in negativo – una serie di obblighi comportamentali integranti il contenuto obbligatorio della prestazione lavorativa alle dipendenze dell'amministrazione⁴³, la cui violazione determina la comminazione di una sanzione disciplinare (o anche penale).

Alla luce di tali considerazioni, appare possibile ritenere che, nonostante la contrattazione collettiva continui ad avere un ruolo preminente in ordine alla definizione delle infrazioni disciplinari e – *a contrario* – delle posizioni di obbligo dei dipendenti, le riforme del 2009 – in controtendenza rispetto alla “contrattualizzazione” del rapporto di lavoro

⁴² Cfr. in termini analoghi B.G. MATTARELLA, *La responsabilità disciplinare*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, n. 1, p. 35.

⁴³ Si pensi, a titolo esemplificativo, a quanto disposto dall'art. 55-*quater* cit., che prevede la comminazione del licenziamento disciplinare nei casi di: «a) *falsa attestazione della presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente, ovvero giustificazione dell'assenza dal servizio mediante una certificazione medica falsa o che attesta falsamente uno stato di malattia*; b) *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 mancata ripresa del servizio, in caso di assenza ingiustificata, entro il termine fissato dall'amministrazione*; c) *ingiustificato rifiuto del trasferimento disposto dall'amministrazione per motivate esigenze di servizio*; d) *falsità documentali o dichiarative commesse ai fini o in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro ovvero di progressioni di carriera*; e) *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*; f) *condanna penale definitiva, in relazione alla quale è prevista l'interdizione perpetua dai pubblici uffici ovvero l'estinzione, comunque denominata, del rapporto di lavoro*».

alle dipendenze della p.a., preordinata al superamento della rigida determinazione legislativa dei “doveri” del dipendente (e delle corrispondenti conseguenze sanzionatorie) – sono nel senso di un recupero di competenza a favore della legislazione nell’individuazione unilaterale delle infrazioni disciplinari e, in negativo, degli obblighi che caratterizzano il rapporto di lavoro pubblico.

3. *Il «Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni» nell’assetto contrattualizzato del lavoro pubblico. Premessa*

Come rilevato in precedenza, la cd. “riforma del pubblico impiego” ha determinato – tra l’altro – la “privatizzazione” dell’assetto delle fonti regolatrici del rapporto di lavoro alle dipendenze della p.a.: segnatamente, ai sensi dell’art. 2, t.u. n. 165/2001, i rapporti di lavoro dei dipendenti pubblici sono disciplinati – salvo quanto previsto dal medesimo t.u., le cui disposizioni hanno carattere imperativo – dal codice civile, dalle leggi sul lavoro nell’impresa nonché dalle previsioni dei contratti collettivi.

Più in particolare, nell’ambito di tale assetto privatistico dell’ordinamento del lavoro alle dipendenze dell’amministrazione, la contrattazione collettiva ha assunto un ruolo preminente in ordine alla definizione delle posizioni di obbligo dei dipendenti pubblici, ciò che, come rilevato dalla dottrina⁴⁴, è indicativo dell’idoneità dell’autonomia collettiva a rappresentare la fonte maggiormente idonea ad individuare un punto di equilibrio tra le garanzie dei dipendenti e l’esigenza di determinare le condotte vietate e, correlativamente, le posizioni di obbligo, anche tenendo conto delle esigenze di differenziazione imposte dai diversi contesti organizzativi e dalle funzioni svolte dalle diverse amministrazioni.

Tale ruolo di preminenza assunto dalla fonte negoziale nella definizione “bilaterale” della struttura obbligatoria del rapporto di lavoro si colloca – all’evidenza – in linea con la “contrattualizzazione” del lavoro pubblico, con la tendenza a «*creare un’esatta corrispondenza tra fase costitutiva e fase regolativa del rapporto, nel senso per cui se il rapporto è costituito per volontà comune delle parti, contrattualmente espressa, è la stessa volontà comune, in assenza di diversa disposizione, a doverne determinare i contenuti*»⁴⁵.

Rispetto a tale assetto privatistico – contrattuale si pone in controtendenza la predisposizione – *ex art. 54, t.u. n. 165/2001*⁴⁶ – di un codice

⁴⁴ Cfr. MAINARDI, MISCIONE, *Potere e responsabilità disciplinare*, op. cit., pp. 1031-1032.

⁴⁵ Così MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*, op. cit., p. 843.

di comportamento dei dipendenti pubblici, che definisca unilateralmente un modello di condotta paradigmatica al quale tutti i dipendenti siano chiamati ad uniformarsi.

Segnatamente, in un contesto di “privatizzazione” e “contrattualizzazione” del lavoro pubblico, nel cui ambito il ruolo preminente è stato devoluto dal legislatore all’autonomia collettiva, la previsione dell’adozione di un codice di comportamento – da parte del Dipartimento della funzione pubblica, sentite le confederazioni sindacali rappresentative ex art. 43, t.u. n. 165/2001 – che definisca unilateralmente (e autoritativamente) i “doveri” del prestatore di lavoro alle dipendenze dell’amministrazione ha suscitato rilevanti problemi di inquadramento sistematico, anche in relazione all’assetto delle fonti delineatosi a seguito della cd. “riforma del pubblico impiego”⁴⁷.

Como si vedrà più approfonditamente in seguito, le previsioni del «Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni» vigente⁴⁸ (ma le stesse considerazioni potrebbero essere formulate anche in ordine al primo codice di comportamento, approvato con d.m. 31 marzo 1994) tendono, infatti, ad incidere sulla prestazione lavorativa, conformando e specificando gli obblighi del dipendente prestatore di la-

⁴⁶ L’art. 54 cit., rubricato “Codice di comportamento”, dispone che «1. Il Dipartimento della funzione pubblica, sentite le confederazioni sindacali rappresentative ai sensi dell’articolo 43, definisce un codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, anche in relazione alle necessarie misure organizzative da adottare al fine di assicurare la qualità dei servizi che le stesse amministrazioni rendono ai cittadini. 2. Il codice è pubblicato nella Gazzetta ufficiale e consegnato al dipendente all’atto dell’assunzione. 3. Le pubbliche amministrazioni formulano all’ARAN indirizzi, ai sensi dell’articolo 41, comma 1 e dell’articolo 70, comma 4, affinché il codice venga recepito nei contratti, in allegato, e perché i suoi principi vengano coordinati con le previsioni contrattuali in materia di responsabilità disciplinare. 4. Per ciascuna magistratura e per l’Avvocatura dello Stato, gli organi delle associazioni di categoria adottano un codice etico che viene sottoposto all’adesione degli appartenenti alla magistratura interessata. In caso di inerzia il codice è adottato dall’organo di autogoverno. 5. L’organo di vertice di ciascuna pubblica amministrazione verifica, sentite le organizzazioni sindacali rappresentative ai sensi dell’articolo 43 e le associazioni di utenti e consumatori, l’applicabilità del codice di cui al comma 1, anche per apportare eventuali integrazioni e specificazioni al fine della pubblicazione e dell’adozione di uno specifico codice di comportamento per ogni singola amministrazione. 6. Sull’applicazione dei codici di cui al presente articolo vigilano i dirigenti responsabili di ciascuna struttura. 7. Le pubbliche amministrazioni organizzano attività di formazione del personale per la conoscenza e la corretta applicazione dei codici di cui al presente articolo».

⁴⁷ C. GREGORATTI, R. NUNIN, *I codici di comportamento*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, V**, a cura di Carinci, Zoppoli, Torino, 2004, p. 827; S. MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico - Art. 2106 c.c.*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, Busnelli, Milano, 2002, p. 296; S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, 2000, p. 599; ESPOSITO, *Pubblica amministrazione: la difficile convivenza fra i codici disciplinare e di comportamento*, in *Lav. Info.*, 1994, n. 17, p. 6.

⁴⁸ D.m. 28 novembre 2000.

voro «*in quanto inserito nell'organizzazione amministrativa*»⁴⁹; in altri termini, il codice rileva, nell'ambito del rapporto di lavoro, quale strumento di specificazione del corretto adempimento della prestazione lavorativa⁵⁰.

Come già si desume da tali considerazioni preliminari, l'introduzione dell'istituto del codice di comportamento nell'assetto del lavoro pubblico "privatizzato" e "contrattualizzato" non ha potuto che suscitare diverse questioni in ordine, non solo al suo inquadramento sistematico rispetto al sistema delle fonti del rapporto di lavoro, ma anche – e più specificamente – in ordine al suo rapporto con la materia disciplinare e, quindi, alla sua effettiva cogenza, problematiche queste ultime rispetto alle quali si pone in ordine di priorità logica il tema della controversa natura giuridica del codice di comportamento.

4. *Origini e finalità del codice di comportamento*

Preliminarmente all'esame delle problematiche di cui si è sommariamente dato conto poco sopra, si ritiene opportuno recare brevi cenni in ordine alle origini del codice di comportamento, esaminando il contesto giuridico-sociale nell'ambito del quale si è prospettata la necessità di enucleare regole di etica pubblica tese ad orientare (e conformare) il comportamento dei dipendenti pubblici, al fine di un riaccreditamento complessivo dell'intera categoria e di un recupero dell'immagine dell'amministrazione⁵¹.

Nel settore pubblico, le istanze di predisposizione di un codice di comportamento – quale *corpus* unitario di regole di etica pubblica, preordinate ad orientare le condotte dei dipendenti secondo modelli generali di comportamento – costituiscono una reazione ad un substrato di malversazioni dell'agire amministrativo che, seppur non sempre integranti fattispecie penali, sono comunque espressioni di «*quel complesso fenomeno di disfunzioni che va dalle resistenze al cambiamento al formali-*

⁴⁹ Così MATTARELLA, *I codici di comportamento*, op. cit., p. 248; cfr. anche RICCARDI, *Il codice di condotta nel sistema del lavoro pubblico contrattualizzato*, op. cit., pp. 95-97; GRANDI, *Il Codice di condotta dei dipendenti pubblici: alcune riflessioni a margine*, op. cit., p. 367; C. CESTER, *Brevi osservazioni sul cd. codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. giur. lav. e della previd. soc.*, 1994, I, p. 377, che afferma la sussistenza di «*un imprescindibile nesso*» tra le disposizioni del codice e la prestazione lavorativa.

⁵⁰ Cfr. art. 1, co. 1, del «*Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*», ai sensi del quale «*I principi e i contenuti del presente codice costituiscono specificazioni esemplificative degli obblighi di diligenza, lealtà e imparzialità, che qualificano il corretto adempimento della prestazione lavorativa*».

⁵¹ In termini analoghi cfr. GRANDI, *Il Codice di condotta dei dipendenti pubblici: alcune riflessioni a margine*, op. cit., p. 365.

smo, all'indifferenza all'efficienza, all'ostilità verso la tecnologia, all'«overstaffing», al nepotismo»⁵², fenomeno indicato come «desgobierno», «administrative malpractices», «maladministration»⁵³. Più in particolare, la morfologia di tale situazione patologica si articola in una serie di effetti negativi di cui la distorsione del pubblico interesse, la sfiducia che viene ad ingenerarsi nei cittadini rispetto al soggetto pubblico, la malversazione delle risorse pubbliche, la violazione del principio di uguaglianza nella possibilità di fruizione dei servizi pubblici e la conseguente frustrazione dell'aspettativa degli utenti ad essere trattati in maniera uguale, costituiscono solamente le fattispecie più visibili e significative.

È in un tale contesto di disfunzioni che si afferma la necessità di intervenire sul modo di agire dei soggetti preposti all'esercizio di pubbliche funzioni o comunque all'espletamento di attività *lato sensu* amministrative (in particolare, si pensi alle attività di erogazione di servizi pubblici e, più in generale, a tutte le attività cui sono preposti gli Uffici per le relazioni con il pubblico), al fine di orientare e, quindi, conformare in chiave general-preventiva le condotte dei dipendenti di ogni livello.

L'avvertita esigenza di regolamentazione preventiva del modo di agire dei dipendenti ha sofferto la frustrazione determinata dall'inadeguatezza delle norme giuridiche – ed in specie delle norme penali, che prevedono e puniscono solamente le disfunzioni più gravi, sussumibili nella fattispecie astratta⁵⁴ – a perseguire istanze di carattere etico e dalla loro incapacità a creare modelli comportamentali con funzione orientativa; ciò anche a causa della difficoltà derivante dal fatto che i «comportamenti generalmente sentiti – in termini morali – come corretti o scorretti non sono – dal punto di vista giuridico – né chiaramente leciti né chiaramente illeciti: sono avvolti da un'ambiguità che manifesta l'incapacità delle norme giuridiche di offrire risposte ad alcune delle sfide etiche più comuni»⁵⁵.

⁵² Si pensi, a titolo esemplificativo, al mancato rispetto degli orari di lavoro, alla scarsa attenzione ai propri impieghi, al mancato rispetto degli utenti.

⁵³ Così S. CASSESE, «Maladministration» e rimedi, in *Foro it.*, 1992, V, c. 243, al quale si rinvia per una più ampia e dettagliata disamina del fenomeno.

⁵⁴ Così S. CASSESE, *L'etica pubblica*, in *Giornale dir. amm.*, 2003, n. 10, pp. 1097-1098; *Id.*, *I codici di condotta*, in *Doc. giust.*, 1994, p. 1371-1372.

Secondo tale dottrina, un'ulteriore spiegazione – definita di lungo periodo – dell'esigenza di adottare un codice di comportamento è costituita dall'allargamento del reclutamento negli uffici pubblici di personale di diversa provenienza sociale: ciò ha determinato l'esigenza di stabilire regole di condotta di valenza etica prima non necessarie, dato che il personale pubblico proveniva da ceti sociali selezionati, dove i più importanti canoni comportamentali erano accettati e osservati correntemente.

⁵⁵ B.G. MATTARELLA, *L'etica pubblica e i codici di condotta (Riflessioni sul codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni)*, in *Lavoro e dir.*, 1994, n. 4, pp. 525-526.

Da tali considerazioni ne deriva che l'esigenza di adottare un codice di comportamento trova la sua principale spiegazione nella necessità di definire modelli comportamentali suscettivi di orientare e conformare, in un'ottica general-preventiva, l'agire dei lavoratori pubblici, al fine di reagire al complesso fenomeno di disfunzioni che caratterizzano la "maladministration".

Nell'ambito di tale contesto giuridico-sociale e in considerazione delle istanze etiche volte ad un riaccreditamento dell'intera categoria dei dipendenti della p.a., lo strumento del codice di comportamento si pone come insieme coordinato di norme ascrivibili all'ambito dell'etica pubblica, regole volte ad attribuire rilievo giuridico a comportamenti generalmente recepiti come vincolanti solo sul piano morale⁵⁶.

Il codice di comportamento si pone, pertanto, come strumento di etica pubblica, che può essere definita – alla luce del combinato disposto degli artt. 54, 97 e 98 Cost. e coerentemente con la definizione di codice di comportamento che si è in tal sede adottata – come l'agire da parte di ogni pubblico agente, nell'esercizio delle funzioni o nell'adempimento delle attività che gli sono affidate, con disciplina ed onore, con imparzialità nei confronti del pubblico e attraverso un'azione che nel suo complesso si pone al servizio esclusivo della Nazione, cioè della collettività medesima. In altri e più semplici termini, l'etica pubblica è rappresentata dall'insieme di norme e principi di comportamento che devono informare l'agire di tutti i dipendenti pubblici, sia nei confronti dell'amministrazione datrice di lavoro, sia nei confronti del pubblico⁵⁷.

Il codice di comportamento – quale strumento attuativo di una politica di etica pubblica – è, quindi, preordinato a definire modelli di comportamento generali, con valore orientativo e conformativo delle condotte dei dipendenti pubblici, al fine di formare una coscienza etica diffusa⁵⁸ e «stimolare la riflessione sul comportamento dei pubblici dipendenti, in vista di un cambiamento culturale nel quale si inquadra il superamento della troppo stretta correlazione tra precetto e sanzione, che non rende giustizia all'idea dell'amministratore pubblico come soggetto responsabile»⁵⁹.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 525.

⁵⁷ Così V. CERULLI IRELLI, *Etica e pubblica amministrazione (orientamenti per lo studio del tema)*, in *www.db.formez.it*.

⁵⁸ Così GREGORATTI, NUNIN, *I codici di comportamento*, op. cit., p. 829; MATTARELLA, *L'etica pubblica e i codici di condotta (Riflessioni sul codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni)*, op. cit., p. 533.

⁵⁹ Presentazione della proposta di Codice di condotta elaborata dal Ministero per la funzione pubblica nel luglio 1993, pubblicata in *Codice di condotta dei dipendenti pubblici. Proposta e materiali di studio*, in *Quaderni del Dipartimento per la funzione pubblica*, IPZS, Roma, 1993.

Il codice di comportamento è, quindi, finalizzato ad un riaccreditamento dell'intera categoria dei dipendenti pubblici e ad un recupero dell'immagine della p.a.⁶⁰, ciò mediante, non tanto la punizione e repressione delle condotte illecite eventualmente poste in essere dai dipendenti, quanto piuttosto la prevenzione e la moralizzazione, anche al fine di migliorare il rapporto cittadino-utenti e la qualità dei servizi erogati⁶¹.

5. *I contenuti del «Codice di comportamento» e la sua rilevanza sotto il profilo etico e dell'adempimento della prestazione lavorativa*

Anche al fine di approfondire lo studio delle finalità del codice di comportamento effettivamente definito dal Dipartimento della funzione pubblica ai sensi dell'art. 58-*bis*, d.lgs. n. 29/1993 (ora art. 54, t.u. n. 165/2001), è necessario considerare in modo analitico il suo contenuto dispositivo.

L'introduzione dell'art. 58-*bis* – ad opera dell'art. 26, d.lgs. n. 546/1993 – è stata preceduta dalla diffusione, nel luglio 1993, di un'articolata proposta di codice, elaborata dal Dipartimento della funzione pubblica⁶² sulla falsariga dei codici etici britannici e statunitensi: si tratta di un testo particolarmente ampio (composto da 88 articoli), finalizzato a ricostruire una deontologia del pubblico impiego mediante la specificazione di quei doveri indicati dalle disposizioni del t.u. n. 3/1957 (artt. 11-17) e la codi-

⁶⁰ Secondo MATTARELLA, *L'etica pubblica e i codici di condotta (Riflessioni sul codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni)*, op. cit., p. 539, nel codice di comportamento è centrale il «valore dell'immagine della pubblica amministrazione»; in tal senso cfr. anche G. OLIVIERO, *Etica e responsabilità disciplinare dei pubblici dipendenti*, in *Lav. Info.*, 1993, n. 22, p. 24, secondo cui «quello dell'immagine esterna della pubblica amministrazione è un valore in sé».

⁶¹ Cfr. GREGORATTI, NUNIN, *I codici di comportamento*, op. cit., p. 827.

Secondo CESTER, *Brevi osservazioni sul cd. codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, op. cit., p. 377, «posto che un corretto adempimento dei propri obblighi, da parte del pubblico dipendente, costituisce la prima e imprescindibile garanzia per un servizio pubblico qualitativamente accettabile, il codice di comportamento dovrebbe costituire uno strumento di rafforzamento di siffatta garanzia, attraverso, anche, l'adozione delle «necessarie misure organizzative» (...) per la qualità del servizio». Peraltro, la rilevanza del codice di comportamento sotto il profilo dell'erogazione di servizi «qualitativamente accettabili» è espressamente riconosciuta dall'art. 54, co. 1, t.u. n. 165/2001, ove si dispone che il codice sia predisposto «anche in relazione alle necessarie misure organizzative da adottare al fine di assicurare la qualità dei servizi che le stesse amministrazioni rendono ai cittadini».

Sul punto si tonerà in seguito, anche considerando il rapporto tra codice di comportamento e carte dei servizi.

⁶² Cfr. *sub* nt. 59. Per una completa disamina di tale documento, si rinvia a S. CASSESE, *Presentazione della proposta di codice di condotta dei dipendenti pubblici, Pubblicazione del Dipartimento per la funzione pubblica*, 1996, dattiloscritto.

ficazione di principi volti ad orientare i dipendenti pubblici a mantenere una condotta eticamente soddisfacente⁶³.

Più in particolare, nella “Relazione alla proposta di codice di condotta dei dipendenti pubblici”, si sottolinea che il documento predisposto dal Dipartimento della funzione pubblica contiene sia disposizioni di carattere disciplinare, sia norme etiche che codificano canoni di condotta generalmente condivisi⁶⁴.

Il «*Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*» (di seguito Codice) – come già accennato – è stato effettivamente adottato con decreto del Ministro per la Funzione pubblica 31 marzo 1994, successivamente abrogato e aggiornato ad opera del d.m. 28 novembre 2000, con cui è stata approvata la versione di Codice attualmente vigente.

Nonostante recepiscano i contenuti della proposta, entrambe le codificazioni – sia quella del 1994, sia quella vigente – risultano molto più snelle (constano di soli 14 articoli contro gli 88 articoli della proposta), essendosi sostituite molte previsioni eccessivamente minuziose e analitiche con enunciazioni di principio. Tale tecnica di redazione delle disposizioni codicistiche, caratterizzata dal passaggio dall’analiticità della casistica all’accentuazione del ruolo dei principi generali, per vero non è priva di significato: come rilevato dalla dottrina⁶⁵, da ciò si desume che il fine perseguito è quello di indirizzare piuttosto che costringere, il fine è quello di formare una coscienza etica diffusa, mediante la chiara esplicitazione dei «*punti essenziali cui far riferimento ed attenersi nello svolgimento delle funzioni e dei compiti assegnati e che il dipendente pubblico deve assolvere quotidianamente*»⁶⁶.

⁶³ Così GREGORATTI, NUNIN, *I codici di comportamento*, op. cit., p. 828.

A titolo esemplificativo, la proposta di codice, oltre che rinviare ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, dispone che il dipendente svolga l’attività cui è preposto con efficienza, nel perseguimento del pubblico interesse, dimostrando la massima disponibilità nei confronti di cittadini e utenti.

A tali previsioni di principio si affiancano puntuali prescrizioni, tra cui l’obbligo di dichiarare gli interessi finanziari, il dovere di astensione da attività che coinvolgono – ancorché indirettamente – interessi di parenti o conviventi, nonché diverse restrizioni *post employment* (ad esempio, un particolare obbligo di astensione riguarda, nei due anni successivi alla cessazione del rapporto di lavoro alle dipendenze della p.a., la partecipazione ad attività che possono coinvolgere interessi finanziari dell’amministrazione di provenienza).

⁶⁴ Cfr. R. FINOCCHI, *I codici di condotta*, in *Corruzione e sistema istituzionale*, a cura di D’Alberti, Finocchi, Bologna, 1994, p. 143.

⁶⁵ Cfr. GREGORATTI, NUNIN, *I codici di comportamento*, op. cit., p. 829.

⁶⁶ Circ. 12 luglio 2001, n. 2198 della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica, recante «*Norme sul comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*».

In linea generale, dall'art. 1 del Codice, rubricato «*Disposizioni di carattere generale*», si desume che le previsioni codicistiche hanno carattere esemplificativo, costituendo «*specificazioni esemplificative degli obblighi di diligenza, lealtà e imparzialità, che qualificano il corretto adempimento della prestazione lavorativa*»⁶⁷; suppletivo, dato che le disposizioni del Codice «*trovano applicazione in tutti i casi in cui non siano applicabili norme di legge o di regolamento*»; di fissazione di regole base, nel senso che, nel rispetto dei principi *ex art. 2*, le previsioni prescrittive di cui agli artt. 3 e ss. sono integrabili e suscettive di specificazione – ma non derogabili⁶⁸ – ad opera dei codici di comportamento adottati da ogni singola amministrazione *ex art. 54*, co. 5, t.u. n. 165/2001⁶⁹.

Il Codice – ai sensi del medesimo art. 1, co. 1, da leggersi in combinato disposto con l'art. 54 cit. – ha come destinatari tutti i dipendenti delle pubbliche amministrazioni, restandone esclusi i componenti delle magistrature e dell'Avvocatura dello Stato (per i quali l'art. 54, co. 4, cit. prevede l'adozione di un codice etico da parte degli organi delle associazioni di categoria⁷⁰), il personale militare, della polizia di Stato e della polizia penitenziaria, in ragione delle peculiarità che caratterizzano il rapporto militare e della sensibilità dei compiti svolti dagli appartenenti a tali categorie. Più in particolare, secondo parte della dottrina, dall'art. 1, co. 1, cit. si desume che l'applicazione del Codice non è limitata al solo personale contrattualizzato, dato che non tutte le categorie escluse dalla disciplina contrattuale *ex art. 3*, t.u. n. 165/2001⁷¹ sono altresì escluse

⁶⁷ In ordine alla rilevanza di tale disposizione si tornerà ampiamente in seguito.

⁶⁸ Cfr. O. FORLENZA, *Quattro mesi a magistrati e avvocati dello Stato per sottoscrivere e adottare le norme etiche*, in *Guida al dir.*, 2001, n. 22, p. 42.

⁶⁹ Cfr. RICCARDI, *Il codice di condotta nel sistema del lavoro pubblico contrattualizzato*, op. cit., p. 90.

⁷⁰ Sui “codici etici” dei componenti delle magistrature, cfr. G. BARBAGALLO, *I codici etici delle magistrature*, in *Foro it.*, 1996, III, cc. 36-38; A. CERRI, *La bozza di “codice etico” del magistrato*, in *Critica del dir.*, 1994, n. 2, pp. 43-46; L. DE RUGGIERO, G. ICHINO, *Il codice etico della magistratura. Una prima riflessione in tema di deontologia*, in *Quest. giust.*, 1994, n. 1, pp. 17-32; B. BARBAGALLO, “*Codice etico*” e dirigenti degli uffici di procura, in *Quest. giust.*, 1994, nn. 2-3, pp. 302-310; A. ROSSI, *Prime riflessioni sul codice etico della magistratura*, in *Quest. giust.*, 1993, n. 4, pp. 804-810.

⁷¹ Come noto, l'art. 3, t.u. n. 165/2001, rubricato «*Personale in regime di diritto pubblico*», dispone che «*1. In deroga all'articolo 2, commi 2 e 3, rimangono disciplinati dai rispettivi ordinamenti: i magistrati ordinari, amministrativi e contabili, gli avvocati e procuratori dello Stato, il personale militare e le Forze di polizia di Stato, il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia nonché i dipendenti degli enti che svolgono la loro attività nelle materie contemplate dall'articolo 1 del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 17 luglio 1947, n. 691, e dalle leggi 4 giugno 1985, n. 281, e successive modificazioni ed integrazioni, e 10 ottobre 1990, n. 287. 1-bis. In deroga all'articolo 2, commi 2 e 3, il rapporto di impiego del personale, anche di livello dirigenziale, del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, esclusi il perso-*

– *ex art. 1, co. 1, cit.* – dall’ambito soggettivo di applicazione delle disposizioni codicistiche: il Codice, quindi, si applica – oltre che al personale contrattualizzato – agli appartenenti alla carriera diplomatica e prefettizia, ai professori e ricercatori universitari e alle altre categorie di cui all’art. 3 cit. non escluse ai sensi dell’art. 1, co. 1, del Codice⁷². È però da precisare che, secondo un diverso orientamento dottrinale⁷³, la disciplina *ex art. 54, t.u. n. 165/2001*, è riferibile ai soli dipendenti pubblici contrattualizzati, come si desume, da un lato dalla specifica previsione di cui al co. 4 riferita ai soli magistrati e avvocati dello Stato, dall’altro dal procedimento contrattuale – non presente nell’area non privatizzata – cui è subordinata la vincolatività del Codice: ne deriva che, con riferimento alle categorie di dipendenti esclusi dalla privatizzazione *ex art. 3, t.u. n. 165/2001*, considerata la riferibilità dell’art. 54 cit. ai soli lavoratori contrattualizzati e la mancanza di una specifica previsione simile a quella del co. 4 per magistrati e avvocati dello Stato, deve ritenersi insussistente un obbligo di adozione di un codice di comportamento.

Di particolare rilevanza è il co. 2 dell’art. 1 cit., nella parte in cui prevede – in combinato disposto con l’art. 54, co. 3, t.u. n. 165/2001 – il coordinamento delle disposizioni del Codice con le previsioni contrattuali in materia di responsabilità disciplinare. In considerazione della peculiare rilevanza della tematica relativa al rapporto tra Codice e materia disciplinare e, quindi, all’effettiva cogenza e vincolatività giuridica dello stesso, sia consentito rinviare l’esame di tali questioni, alle quali verrà dedicato ampio respiro.

L’art. 2 del Codice enuclea una serie di «*principi cardine che debbono guidare la condotta del pubblico dipendente*»⁷⁴, in parte operando una ri-

nale volontario previsto dal regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 2 novembre 2000, n. 362, e il personale volontario di leva, è disciplinato in regime di diritto pubblico secondo autonome disposizioni ordinamentali. 1-ter. In deroga all’articolo 2, commi 2 e 3, il personale della carriera dirigenziale penitenziaria è disciplinato dal rispettivo ordinamento. 2. Il rapporto di impiego dei professori e dei ricercatori universitari resta disciplinato dalle disposizioni rispettivamente vigenti, in attesa della specifica disciplina che la regoli in modo organico ed in conformità ai principi della autonomia universitaria di cui all’articolo 33 della Costituzione ed agli articoli 6 e seguenti della legge 9 maggio 1989, n. 168, e successive modificazioni ed integrazioni, tenuto conto dei principi di cui all’articolo 2, comma 1, della legge 23 ottobre 1992, n. 421».

⁷² Cfr. FORLENZA, *Quattro mesi a magistrati e avvocati dello Stato per sottoscrivere e adottare le norme etiche*, op. cit., p. 43.

⁷³ Cfr. RICCARDI, *Il codice di condotta nel sistema del lavoro pubblico contrattualizzato*, op. cit., p. 94.

⁷⁴ Circ. n. 2198/2001 cit., che – peraltro – fornisce un’esaustiva riformulazione dei principi di cui all’art. 2 del Codice.

A meri fini compilativi, i principi indicati dall’art. 2 cit. sono stati raggruppati in due categorie in relazione al soggetto il cui interesse è immediatamente coinvolto.

cognizione di principi di rilievo costituzionale (si pensi all'obbligo di conformare la propria condotta al dovere costituzionale di servire esclusivamente la Nazione con disciplina ed onore *ex art. 98 - 54*, ai principi di buon andamento e imparzialità *ex art. 97 Cost.*), in parte riformulando obblighi connaturati alla prestazione lavorativa e comunemente condivisi (si pensi a quanto dispone il co. 3 dell'art. 2, secondo cui «*Nel rispetto dell'orario di lavoro, il dipendente dedica la giusta quantità di tempo e di energie allo svolgimento delle proprie competenze, si impegna ad adempierle nel modo più semplice ed efficiente nell'interesse dei cittadini e assume le responsabilità connesse ai propri compiti*»).

Proprio con riferimento a tali disposizioni di principio, è stato rilevato da una dottrina che tali formulazioni «*non hanno neppure carattere esemplificativo, ma semplicemente ripetitivo di nozioni ovvie, prive, al tempo stesso sia di efficacia innovativa, sia di capacità di stimolo, guida ed orientamento*»⁷⁵; più in generale, si potrebbe sostenere – in tal senso – che molte disposizioni del Codice siano non solo superflue, o perché simili ad altre già presenti nell'ordinamento giuridico o perché desumibili da principi generali, ma anche – con più specifico riferimento alle norme prescrittive di cui agli artt. 3 e ss., di cui si dirà – inutili, vietando comportamenti la cui antiggiuridicità è nota in quanto consacrata in preesistenti norme giuridiche.

Tali critiche, per vero, non appaiono condivisibili in considerazione del fine educativo cui sono preordinate le disposizioni codicistiche, le quali – ancorché ricognitive di principi o regole già presenti nell'ordinamento – sono un richiamo finalizzato, da un lato a far riflettere in ordine all'importanza della correttezza dei comportamenti, dall'altro a creare modelli generali di condotta⁷⁶; inoltre, il recepimento in sede codicistica di principi già presenti nell'ordinamento e la definizione di doveri di astensione rispetto a condotte la cui antiggiuridicità è già nota risponde ad esigenze di completezza e alla finalità di predisporre un *corpus* organico

Sono preordinati alla tutela della p.a., nella sua duplice qualità di datore di lavoro e apparato pubblico, i principi di buon andamento, imparzialità, legalità, indipendenza, efficienza, cura del pubblico interesse, riservatezza, nonché il dovere di servire esclusivamente la Nazione con disciplina e onore.

Sono, invece, rivolti al soddisfacimento degli interessi di cittadini e utenti, i principi di collaborazione, trasparenza e semplificazione, sussidiarietà.

Così RICCARDI, *Il codice di condotta nel sistema del lavoro pubblico contrattualizzato*, op. cit., pp. 90-91.

⁷⁵ Così GRANDI, *Il Codice di condotta dei dipendenti pubblici: alcune riflessioni a margine*, op. cit., p. 370.

⁷⁶ Cfr. GREGORATTI, NUNIN, *I codici di comportamento*, op. cit., pp. 832-833; MATTARELLA, *L'etica pubblica e i codici di condotta (Riflessioni sul codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni)*, op. cit., p. 538.

e unitario capace di enucleare tutte le regole di etica pubblica cui deve essere informata la condotta dei dipendenti, regole la cui violazione rileva, oltre che sotto il profilo morale, anche ed in particolare sotto il profilo della disfunzione amministrativa. La completezza del Codice si traduce – peraltro – nella capacità di tale strumento di etica pubblica di costituire un mezzo a favore del dipendente per respingere pressione indebite, potendo (*recte*: dovendo) opporre a qualsiasi interlocutore le norme del Codice, costitutive di un presidio in ordine al corretto svolgimento della prestazione lavorativa alle dipendenze della p.a.⁷⁷.

Dopo l'enunciazione dei principi, delle direttive, dei canoni generali di condotta *ex art. 2*, il Codice prevede una serie di disposizioni specifiche (artt. 3-13), che prescrivono – in modo analitico – obblighi e divieti in relazione a determinate situazioni concrete⁷⁸. Il contenuto dispositivo

⁷⁷ MATTARELLA, *L'etica pubblica e i codici di condotta (Riflessioni sul codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni)*, op. cit., p. 538.

⁷⁸ Una dottrina (RICCARDI, *Il codice di condotta nel sistema del lavoro pubblico contrattualizzato*, op. cit., pp. 91-92), ravvisa nel principio di cura del pubblico interesse il minimo comune denominatore del complesso di obblighi e divieti di cui agli artt. 3-13 cit., distinguendoli, poi, in due categorie.

Una prima serie di previsioni riguarda le ipotesi in cui, presuntivamente, sussiste un conflitto tra l'interesse pubblico alla cui cura il dipendente è preposto e interessi terzi. Tra queste, si segnalano le seguenti disposizioni: art. 3: divieto di richiesta o accettazione di regali o altre utilità da soggetti che abbiano interessi in attività inerenti all'ufficio o da soggetti in posizione di subordinazione; art. 4: obbligo di comunicazione dell'adesione ad organizzazioni che abbiano interessi in attività inerenti all'ufficio cui il dipendente è preposto; art. 5: obbligo di informazione in ordine a incarichi retribuiti o a interessi finanziari che vengono in rilievo in attività inerenti all'ufficio; art. 6: obbligo di astensione dalla partecipazione ad attività che coinvolgano interessi propri o di soggetti con cui intercorrono particolari rapporti famigliari o sociali; art. 7: divieto di accettazione di utilità per prestazioni per prestazioni rientranti nei propri compiti d'ufficio e divieto di collaborazione con soggetti esterni che abbiano interessi in attività inerenti all'ufficio; art. 9: divieto di sfruttamento della propria posizione nell'amministrazione per ottenere utilità indebite; art. 12: obbligo di informazione e astensione in relazione a contratti stipulati per conto della p.a. con soggetti terzi a cui si sia legati da rapporti preesistenti.

Una seconda serie di disposizioni riguarda, invece, le modalità di svolgimento della prestazione lavorativa, in particolare: art. 8: obbligo di pari trattamento dell'utenza e di rifiuto di indebite pressioni; art. 10: obbligo di diligenza nell'espletamento delle proprie attività e divieto di utilizzo dei mezzi di cui si ha disponibilità per ragioni d'ufficio a fini personali (si segnala, in relazione a tale previsione, la direttiva 26 maggio 2009, n. 02/09 del Dipartimento della funzione pubblica recante «*Utilizzo di internet e della casella di posta elettronica istituzionale sul luogo di lavoro*», secondo cui «*l'art. 10, comma 3, del Codice di comportamento dispone che "Il dipendente non utilizza a fini privati materiale o attrezzature di cui dispone per ragioni d'ufficio". Pertanto, l'utilizzo delle risorse ICT da parte dei dipendenti, oltre a non dover compromettere la sicurezza e la riservatezza del Sistema informativo, non deve pregiudicare ed ostacolare le attività dell'Amministrazione od essere destinato al perseguimento di interessi privati in contrasto con quelli pubblici*»); art. 11: obbligo di leale collaborazione nei confronti del pubblico; art. 13: obbligo di fornire informazioni ai fini della valutazione dei risultati perseguiti dall'ufficio.

del Codice è, quindi, caratterizzato dalla compresenza di norme di principio, che stabiliscono canoni di condotta generali, e norme prescrittive, che pongono a carico del dipendente obblighi e “doveri” specifici.

Più in particolare, per alcune di tali prescrizioni, emerge chiaramente la funzione di orientare e conformare la condotta del dipendente, nell'esercizio dell'attività lavorativa cui è preposto, al perseguimento del pubblico interesse e, più in generale, ai canoni dell'etica pubblica (si abbia riguardo alle prescrizioni di cui agli artt. 3, 6, 8, 10). Altre, invece, hanno suscitato la critica di parte della dottrina, in quanto in contrasto con principi generali dell'ordinamento ovvero pregiudizievoli di diritti fondamentali di rilievo costituzionale: in particolare, secondo tale tesi, appare possibile prospettare un contrasto tra le disposizioni del Codice che impongono al dipendente di fornire informazioni sulla vita privata propria o di soggetti con lo stesso in rapporto familiare o sociale o che gli vietano condotte extralavorative in sé lecite (cfr. artt. 4, 5, 7), con i principi di riservatezza della sfera privata e di autodeterminazione della propria condotta di vita nell'ambito dell'indifferente giuridico, nonché con diritti fondamentali costituzionalmente garantiti (si pensi, ad esempio, al possibile contrasto tra quanto dispone l'art. 4 del Codice, che impone l'obbligo di comunicazione dell'adesione ad organizzazioni che abbiano interessi in attività inerenti all'ufficio cui il dipendente è preposto, e l'art. 18 Cost., che prevede il diritto costituzionale di associarsi liberamente; parimenti, un possibile contrasto appare prospettabile tra quanto disposto dall'art. 11, co. 2, del Codice, che vieta al dipendente di rilasciare dichiarazioni pubbliche che vadano a detrimento dell'immagine della p.a., e l'art. 21 Cost., che prevede il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero)⁷⁹.

Secondo altra dottrina (FORLENZA, *Quattro mesi a magistrati e avvocati dello Stato per sottoscrivere e adottare le norme etiche*, op. cit., p. 41), le citate disposizioni prescrittive tendono a porsi come concrete attuazioni dei principi di buon andamento e imparzialità (art. 97 Cost.), di disciplina e onore nello svolgimento dei propri compiti (art. 54 Cost.) e di esclusività del rapporto al servizio della Nazione (art. 98 Cost.). Più in particolare, le disposizioni codicistiche in esame sono riconducibili a diverse categorie, distinguendosi: previsioni che regolano il rapporto tra dipendente e amministrazione (artt. 4, 5); disposizioni volte a presidiare l'imparzialità della p.a., disciplinando le modalità di esplicazione della prestazione lavorativa del dipendente (artt. 6, 8, 12, co. 2, 3, 4) e tutelando la sua indipendenza e trasparenza (artt. 3, 7); disposizioni volte a conformare l'adempimento della prestazione lavorativa al principio di buon andamento (artt. 10, co. 1 e 2, 11, 13); previsioni che regolano l'uso dei beni della p.a. e della qualifica rivestita dal dipendente (artt. 9-10, co. 3 e 4).

Per una breve disamina delle citate disposizioni del Codice, si rinvia a VIRGA, *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, op. cit., pp. 82-88.

⁷⁹ Cfr. A. VALLEBONA, *Il codice di condotta dei dipendenti pubblici ed i pericoli di una incontrollata ansia di moralizzazione*, in *Riv. giur. lav. e della previd. soc.*, 1994, I, pp. 381-388.

A tali rilievi critici, parte della dottrina⁸⁰ oppone che le previsioni codicistiche censurate riguardano situazioni o rapporti che – almeno in astratto e presuntivamente – sono suscettive di incidere in modo negativo sulla condotta del dipendente e sul valore dell’immagine esterna dell’amministrazione (si consideri, ad esempio, che il dovere di comunicare l’adesione ad associazioni ed organizzazioni *ex art. 4 cit.* è limitato a quelle «*i cui interessi siano anche indirettamente coinvolti nello svolgimento delle funzioni dell’amministrazione*» di appartenenza, rimanendo, peraltro, esclusi partiti politici e sindacati). In altri termini, le norme prescrittive di cui agli artt. 3-13 *cit.* sono finalizzate ad evitare tutti quei comportamenti che – ancorché non integranti fattispecie penali e nonostante siano posti in essere nell’esercizio di libertà e diritti costituzionalmente garantiti – sono normalmente (*recte*: presuntivamente) indici dell’intenzione del soggetto agente di conseguire privilegi indebiti o comunque di una condotta (potenzialmente) suscettiva di arrecare un nocumento all’immagine dell’amministrazione e al rapporto fiduciario con cittadini e utenti. Alle disposizioni codicistiche in esame è, quindi, sotteso il cd. “criterio della tendenza”, secondo cui i comportamenti ivi previsti sono normalmente finalizzati – alla stregua di un giudizio prognostico – a perseguire scopi illeciti o egoistici⁸¹: in particolare, poiché il cittadino o l’utente, dinanzi a tali condotte, è indotto a pensare che siano preordinate alla realizzazione di un fine illecito o egoistico del dipendente ovvero siano comunque volte ad arrecare una disfunzione amministrativa, è necessario che quei comportamenti siano sempre vietati (ancorché posti in essere dal dipendente senza l’intenzione di arrecare pregiudizio alcuno), ciò al fine di tutelare l’immagine della p.a. e il rapporto fiduciario con i cittadini, nonché nell’ottica di una complessiva ricostruzione di una deontologia del rapporto di lavoro alle dipendenze della p.a. in conformità con i principi dell’etica pubblica.

Alla luce di tali considerazioni, appare possibile ritenere che il Codice rileva sia sotto il profilo dell’etica pubblica, sia sul piano dell’adempimento della prestazione⁸².

⁸⁰ Cfr. GREGORATTI, NUNIN, *I codici di comportamento*, op. cit., pp. 831-833; MATTARELLA, *L’etica pubblica e i codici di condotta (Riflessioni sul codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni)*, op. cit., p. 539-540.

⁸¹ Cfr. A. GUTMANN, D. THOMPSON, *La corruzione della democrazia: cause e rimedi*, in *Il Progetto*, 1993, n. 74, p. 28.

⁸² In tal senso cfr. RICCARDI, *Il codice di condotta nel sistema del lavoro pubblico contrattualizzato*, op. cit., p. 92; MATTARELLA, *I codici di comportamento*, op. cit., pp. 248-250; MAINARDI, MISCIONE, *Potere e responsabilità disciplinare*, op. cit., pp. 1032-1033; OLIVIERO, *La fonte di emanazione del codice di condotta dei pubblici dipendenti*, op. cit., pp. 5-6.

Sotto il profilo dell'etica pubblica, esso rappresenta la codificazione, in un *corpus* unitario e organico, della deontologia del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'amministrazione, al fine di un complessivo riaccertamento di quella categoria di soggetti che svolgono funzioni e pongono in essere attività nell'interesse della collettività e, quindi, al fine di un recupero del rapporto fiduciario con cittadini e utenti. In tal senso, il Codice costituisce concreta attuazione del "principio della codificazione dell'etica pubblica", ponendosi come strumento di orientamento e conformazione preventiva⁸³ delle condotte dei dipendenti nell'espletamento delle propria attività, comunque preordinate all'esclusivo perseguimento del pubblico interesse (cfr. art. 2, co. 1, del Codice).

Sul piano della definizione del contenuto obbligatorio del rapporto di lavoro alle dipendenze della p.a., il Codice svolge una funzione di qualificazione e individuazione del corretto adempimento della prestazione lavorativa⁸⁴, come si desume dall'art. 1, co. 1, del Codice, secondo cui le disposizioni codicistiche costituiscono «*specificazioni esemplificative degli obblighi di diligenza, lealtà e imparzialità, che qualificano il corretto adempimento della prestazione lavorativa*», ciò che ne determina e ne giustifica il recepimento nei contratti collettivi e – ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dell'art. 1, co. 2, del Codice e dell'art. 54, co. 3, t.u. n. 165/2001 – ai fini della responsabilità disciplinare.

In altri e più semplici termini, da un lato la rilevanza del Codice sul piano dell'adempimento della prestazione lavorativa, e quindi il suo rilievo sotto il profilo della responsabilità disciplinare, ne giustifica il recepimento in sede di contrattazione collettiva e il coordinamento con le previsioni contrattuali in materia di responsabilità disciplinare; dall'altro, l'interesse pubblico al cui esclusivo perseguimento deve essere orientata l'attività dei dipendenti pubblici, giustifica la definizione unilaterale da parte dell'amministrazione (*recte*: ad opera del Dipartimento della funzione pubblica, sentite le confederazioni sindacali rappresentative ex art. 43, t.u. n. 165/2001) di regole di condotta a valenza etica, le quali – ancorché non rilevanti sotto il profilo disciplinare ove non recepite in sede

⁸³ Secondo una dottrina, il Codice ha valore non solo orientativo ma anche di strumento di autocontrollo della p.a., dato che consente all'amministrazione datrice di lavoro di controllarsi dall'interno, esercitando un sindacato sulla correttezza dei comportamenti posti in essere dai dipendenti ad un livello che consenta di prevenire le disfunzioni amministrative, specularmente limitando l'intervento del giudice penale (cfr. OLIVIERO, *La fonte di emanazione del codice di condotta dei pubblici dipendenti*, op. cit., p. 6).

⁸⁴ Cfr. CESTER, *Brevi osservazioni sul cd. codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, op. cit., p. 377, secondo cui il Codice presenta «*un imprescindibile nesso con la prestazione di attività lavorativa del pubblico dipendente*», integrando il contenuto obbligatorio del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'amministrazione.

di contrattazione collettiva – operano come norme di orientamento preordinate a fornire ai dipendenti modelli di condotta e a ricostruire una deontologia del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'amministrazione.

Proprio tale particolarità, ossia la qualificazione delle previsioni del Codice alla stregua di regole di etica pubblica, come tali rilevanti non solo e non tanto sul piano dell'adempimento della prestazione quanto piuttosto su quello della conformazione delle condotte a valori metagiuridici, giustifica – secondo una dottrina⁸⁵ – il riconoscimento di un «*principio della codificazione dei doveri dei dipendenti pubblici*», suscettibile di porsi come elemento discretivo tra il rapporto di lavoro alle dipendenze della p.a. e il rapporto di lavoro privatistico. In particolare, mentre nell'ambito del lavoro privato nell'impresa la definizione degli obblighi del lavoratore subordinato è richiesta solo nei limiti in cui la loro violazione rilevi sotto il profilo dell'inadempimento contrattuale e quindi sanzionatorio, nel rapporto di lavoro pubblico è necessaria – in considerazione della peculiarità della prestazione lavorativa, comunque funzionalizzata al pubblico interesse – una codificazione (tendenzialmente) completa di obblighi e “doveri”, ivi compresi quelli la cui violazione, ancorché non implichi conseguenze giuridiche, arrechi un nocimento ai valori dell'etica pubblica, dell'immagine dell'amministrazione, della considerazione sociale e della stessa consapevolezza dei dipendenti per il senso della loro appartenenza all'istituzione⁸⁶ (ciò anche in linea con il valore orientativo, e non repressivo, delle regole di etica pubblica cristallizzate nel Codice).

La qualificazione del Codice come strumento di etica pubblica, le cui previsioni caratterizzano il rapporto di lavoro alle dipendenze della p.a. indipendentemente dal loro rilievo sotto i profili dell'inadempimento contrattuale e disciplinare, trova, quindi, fondamento nella peculiarità della prestazione di lavoro pubblico quale attività comunque funzionalizzata al pubblico interesse (ciò che, come detto in precedenza⁸⁷, non si pone in contrasto con la “privatizzazione” e “contrattualizzazione” del pubblico impiego) e nella posizione del dipendente quale soggetto inserito nell'organizzazione amministrativa⁸⁸.

⁸⁵ Cfr. MATTARELLA, *I codici di comportamento*, op. cit., p. 248.

⁸⁶ In termini analoghi, cfr. GRANDI, *Il Codice di condotta dei dipendenti pubblici: alcune riflessioni a margine*, op. cit., p. 366.

⁸⁷ Sul punto, si rinvia a quanto rilevato *sub cap.* 1.

⁸⁸ Cfr. MATTARELLA, *I codici di comportamento*, op. cit., p. 248.

Significativo quanto rileva CESTER, *Brevi osservazioni sul cd. codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, op. cit., p. 379, secondo cui «Di fronte alla chiara scelta della cd. privatizzazione o, se si preferisce, della contrattualizzazione e della parificazione, (...) il codice sembra assumere a fondamento la precedente logica della prevalenza del pubblico interesse. Le varie norme del codice (...) si basano su una marcata accentuazione dei profili pub-

Alla luce di tali considerazioni, appare possibile concludere che il Codice ha «una duplice natura: quella di individuazione del corretto adempimento della prestazione lavorativa, e quella di codificazione di una deontologia di categorie di soggetti che svolgono funzioni nell'interesse della collettività; da un lato vi è il rapporto tra lavoratore e datore di lavoro, dall'altro la "ricerca di consenso sul ruolo di una categoria"»⁸⁹.

Alla tesi della «valenza composita»⁹⁰ – etica e di qualificazione della prestazione lavorativa – delle previsioni codicistiche, si oppone un diverso orientamento dottrinale secondo cui il Codice ha natura giuridica di regolamento d'impresa⁹¹, quale complesso di disposizioni che – ai sensi dell'art. 2104 c.c. – il datore di lavoro può impartire «per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro».

Tale tesi trova fondamento sul presupposto che, nell'ottica della "privatizzazione" del rapporto di lavoro alle dipendenze della p.a., l'art. 5, t.u. n. 165/2001 opera una totale simmetria tra i poteri dell'amministrazione e i poteri del privato datore di lavoro in ordine alle determinazioni per l'organizzazione degli uffici e per la gestione dei rapporti di lavoro: il Codice, pertanto, quale documento unilateralmente definito dall'amministrazione nella veste di privato datore di lavoro, può essere considerato alla stregua di un regolamento d'azienda, anche al fine di predisporre le «necessarie misure organizzative da adottare al fine di assicurare la qualità dei servizi che le stesse amministrazioni rendono ai cittadini» (art. 54, co. 1, t.u. n. 165/2001).

A tale orientamento, tuttavia, è stato obiettato di non considerare che, mentre ai sensi dell'art. 54, co. 1, t.u. n. 165/2001 il Codice è indirizzato a tutti i dipendenti delle pubbliche amministrazioni (salva la possibilità per ciascuna p.a. di adottare uno specifico codice di comportamento, ai sensi del co. 5 della medesima disposizione), la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica si pone

blicistici del rapporto». In termini analoghi cfr. GRANDI, Il Codice di condotta dei dipendenti pubblici: alcune riflessioni a margine, op. cit., p. 366, secondo cui «si può dubitare se l'approntamento del "codice" corrisponda esattamente alla propensione di superare la concezione dell'impiego pubblico come status, il cui accantonamento era stato indicato come una finalità della "privatizzazione"».

⁸⁹ Cfr. MATTARELLA, *I codici di comportamento*, op. cit., p. 248.

⁹⁰ Così M. PALLA, *Sub art. 54, d.lgs. n. 165/2001*, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, a cura di Grandi, Pera, Padova, 2009, p. 2010.

⁹¹ Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *La specialità del rapporto e il regime transitorio nella cd. privatizzazione del pubblico impiego*, in *Lavoro e dir.*, 1993, n. 4, p. 568; L. ZOPPOLI, *Il sistema delle fonti di disciplina del rapporto di lavoro dopo la riforma: una prima ricognizione dei problemi*, in *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, a cura di Rusciano, Zoppoli, Torino, 1993, p. 9; C. ZOLI, *Amministrazione del rapporto e tutela delle posizioni soggettive dei dipendenti pubblici*, in *Giornale dir. lav. e delle relazioni industriali*, 1993, p. 835.

come privato datore di lavoro solo nei confronti delle amministrazioni statali, con la conseguenza che il codice di comportamento potrebbe essere indirizzato solo a queste ultime⁹².

Secondo un altro orientamento⁹³, è da negare che il Codice possa qualificarsi come strumento di etica pubblica, dato che «*la obbligatorietà "giuridica" di tale codice deriva dal suo recepimento nel contratto collettivo nazionale ovvero nel contratto individuale di lavoro*»^a: il Codice, pertanto ha natura contrattuale, dato che la sua efficacia è subordinata al recepimento nei contratti collettivi.

Per vero, a tale orientamento pare possibile opporre che – come già sottolineato in precedenza, ma sul punto si tornerà anche in seguito – il recepimento del Codice nei contratti collettivi rileva solamente sotto il profilo della responsabilità disciplinare; per converso, il mancato recepimento del Codice, o di alcune previsioni dello stesso, se ne preclude la rilevanza in materia disciplinare, non ne esclude – tra l'altro – il valore etico e il ruolo – metagiuridico – di strumento di orientamento e conformazione delle condotte dei dipendenti.

6. *La rilevanza disciplinare e "indiretta" del «Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni»*

Alla luce delle precedenti considerazioni, appare possibile concludere per la rilevanza delle disposizioni del Codice sotto il profilo dell'etica pubblica, quale strumento di orientamento e conformazione delle condotte dei dipendenti secondo i canoni metagiuridici che presiedono ai valori dell'etica.

Il Codice, inoltre, rileva anche sul piano della qualificazione del corretto adempimento della prestazione lavorativa, ciò che giustifica il suo recepimento in sede di contrattazione collettiva ai fini della responsabilità disciplinare.

Prendendo le mosse da quest'ultima considerazione, s'impone ora di esaminare più specificamente il tema della rilevanza disciplinare delle previsioni codicistiche, ossia se e in che limiti la violazione delle norme del Codice legittimi l'amministrazione datrice di lavoro a comminare una sanzione disciplinare.

Come già accennato, l'art. 55, co. 2, t.u. n. 165/2001 demanda alla contrattazione collettiva la competenza in ordine alla definizione della ti-

⁹² Cfr. ESPOSITO, *Pubblica amministrazione: la difficile convivenza fra i codici disciplinare e di comportamento*, op. cit., p. 7.

⁹³ Cfr. VIRGA, *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, op. cit., p. 81.

pologia di infrazioni e relative sanzioni (salvo quanto previsto – in un’ottica di parziale “rilegificazione” della materia disciplinare – dagli artt. 55-*bis* e ss. del medesimo t.u., con i quali il legislatore ha inteso tipizzare una serie di illeciti e corrispondenti sanzioni, specularmente restringendo gli spazi di competenza dell’autonomia contrattuale nella materia *de qua*), così delineando – nell’ottica della “contrattualizzazione” del rapporto di lavoro alle dipendenze della p.a. – un sistema delle fonti del potere disciplinare in cui l’autonomia collettiva svolge un ruolo preminente.

Nell’ambito di tale assetto contrattuale delle fonti, la previsione di un codice di comportamento, che definisca unilateralmente i “doveri” del dipendente, non ha potuto che suscitare diversi interrogativi in ordine alla reale efficacia delle previsioni in esso contenute ed allo loro idoneità a porre «*precetti direttamente vincolanti per i lavoratori del pubblico impiego, nel rischio, evidente, di una possibile sovrapposizione con le norme del codice disciplinare individuato dalla contrattazione collettiva*»⁹⁴.

Peraltro, tale complicità nel sistema delle fonti del potere disciplinare è stata aggravata dalla riformulazione dell’art. 59, co. 3, d.lgs. n. 29/1993 ad opera dell’art. 27, co. 2, d.lgs. n. 80/1998 che, pur confermando la preminente competenza dell’autonomia collettiva nella definizione di infrazioni e sanzioni, ha fatto salva «*la definizione dei doveri del dipendente ad opera dei codici di comportamento di cui all’art. 58 bis*»; formulazione, quest’ultima, recepita nell’art. 55, co. 3, t.u. n. 165/2001 (versione *ante* d.lgs. n. 150/2009)⁹⁵.

Come rilevato dalla dottrina⁹⁶, in un assetto delle fonti in cui è devoluta alla contrattazione collettiva la definizione degli obblighi (contrattuali) del prestatore di lavoro pubblico e la loro traduzione in infrazioni disciplinari, la previsione che fa salva la determinazione dei “doveri” del

⁹⁴ MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico - Art. 2106 c.c.*, op. cit., pp. 302-303.

⁹⁵ L’art. 59, co. 3, d.lgs. n. 29/1993 ante modifica dispone che «*Salvo quanto previsto dagli articoli 20, comma 1, e 58, comma 1, la tipologia e l’entità delle infrazioni e delle relative sanzioni possono essere definite dai contratti collettivi*»; a seguito della riformulazione ad opera dell’art. 27, co. 2, d.lgs. n. 80/1998, il testo della disposizione in esame è stato sostituito dal seguente: «*Salvo quanto previsto dagli articoli 20, comma 1, e 58, comma 1, e ferma restando la definizione dei doveri del dipendente ad opera dei codici di comportamento di cui all’articolo 58-bis, la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni e’ definita dai contratti collettivi*».

L’art. 55, co. 3, t.u. n. 165/2001, *ante* d.lgs. n. 150/2009, dispone che «*Salvo quanto previsto dagli articoli 21 e 53, comma 1, e ferma restando la definizione dei doveri del dipendente ad opera dei codici di comportamento di cui all’articolo 54, la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni e’ definita dai contratti collettivi*».

Per la formulazione vigente della norma, cfr. nt. 100.

⁹⁶ MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*, op. cit., pp. 850-851.

dipendente ad opera del codice di comportamento sembra demandare a tale strumento unilaterale la competenza esclusiva in ordine alla definizione del contenuto obbligatorio del rapporto di lavoro, conferendo alle disposizioni codicistiche immediato rilievo sotto il profilo disciplinare.

Tuttavia, tale interpretazione è stata criticata dalla dottrina, secondo cui la disposizione in esame non deve essere intesa come devolutiva alla competenza esclusiva del codice di comportamento la definizione degli obblighi contrattuali del dipendente, bensì nel senso di un rafforzamento del ruolo del codice come «*portator[e] di modelli comportamentali di etica pubblica*»⁹⁷ e la cui rilevanza disciplinare, in linea generale⁹⁸, è comunque subordinata – ai sensi dell’art. 54, co. 3, t.u. n. 165/2001 e dell’art. 1, co. 2, del Codice – al suo recepimento nei contratti, in allegato, e al coordinamento con le previsioni contrattuali in materia di responsabilità disciplinare⁹⁹.

È in tal senso che appare possibile intendere anche l’intervento del legislatore del 2009 che, anche al fine di una maggiore chiarezza in ordine al rapporto tra codice di comportamento e contrattazione collettiva, ha espunto dall’art. 55, co. 2, t.u. n. 165/2001 la previsione di salvezza dei doveri definiti dal codice di comportamento¹⁰⁰.

Alla luce di tali rilievi, appare possibile sostenere che – ai sensi del combinato disposto degli artt. 54, co. 3, e 55, co. 2, t.u. n. 165/2001 e dell’art. 1, co. 2, del Codice – la fonte negoziale costituisce, in linea generale, l’unico strumento in grado di attribuire rilievo disciplinare alle norme contenute nel Codice, ciò in linea con il fatto che il potere disci-

⁹⁷ *Ibidem*, p. 851.

⁹⁸ Sulla possibilità di prospettare un’autonoma rilevanza disciplinare della violazione delle disposizioni del Codice, a prescindere dal recepimento in sede di contrattazione collettiva e dal coordinamento con i principi contrattuali in materia di responsabilità disciplinare, si tornerà in seguito, considerando gli artt. 55-*quater*, co. 2, e 55-*sexies*, co. 1, t.u. n. 165/2001, come aggiunti ad opera dell’art. 69, d.lgs. n. 150/2009.

⁹⁹ Cfr. GREGORATTI, NUNIN, *I codici di comportamento*, op. cit., p. 834, secondo cui il Codice «*non può che essere configurato come fonte di obblighi metagiuridici, la cui inosservanza diventa rilevante come autonoma infrazione disciplinare – sul piano concreto del rapporto di lavoro – solo se questi sono recepiti dal contratto collettivo*».

¹⁰⁰ L’art. 55, co. 2, t.u. n. 165/2001, come modificato ad opera dell’art. 68, d.lgs. 150/2009, dispone che «*Ferma la disciplina in materia di responsabilità civile, amministrativa, penale e contabile, ai rapporti di lavoro di cui al comma 1 si applica l’articolo 2106 del codice civile. Salvo quanto previsto dalle disposizioni del presente Capo, la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni è definita dai contratti collettivi. La pubblicazione sul sito istituzionale dell’amministrazione del codice disciplinare, recante l’indicazione delle predette infrazioni e relative sanzioni, equivale a tutti gli effetti alla sua affissione all’ingresso della sede di lavoro*».

Per le formulazioni della disposizione in esame precedenti alla riforma, si rinvia alla nt. 95.

plinare è esercitato dalla p.a. nella sua qualità di privato datore di lavoro e rientra, perciò, nel novero dei poteri datoriali contrattualizzati¹⁰¹.

Il rilievo disciplinare del Codice è, quindi, subordinato al suo recepimento nei contratti collettivi, in allegato, e al coordinamento con le previsioni contrattuali in materia di responsabilità disciplinare (art. 54, co. 3, t.u. n. 165/2001), coordinamento che – come rilevato da una dottrina – può essere definito dall'autonomia collettiva in modi diversi, ma non può non essere effettuato: in altri termini, ancorché la definizione della tipologia di infrazioni e sanzioni sia demandata alla contrattazione collettiva, le parti contrattuali devono tener conto della ricognizione dei “doveri” operata (unilateralmente) dal Codice, rispetto ai quali le infrazioni possono essere considerate tali¹⁰².

Più in particolare, secondo la medesima dottrina¹⁰³, la questione in ordine alle modalità di coordinamento tra le previsioni del Codice e i principi contrattuali in materia di responsabilità disciplinare deve essere affrontata “dal punto di vista del dipendente”, sotto un duplice profilo.

In bonam partem, deve ritenersi che non è ammesso all'autonomia collettiva considerare alla stregua di infrazioni disciplinari i comportamenti esplicitamente ammessi dal Codice.

Più in generale, le previsioni contrattuali non possono essere in contrasto con i principi fissati dal Codice, non solo quelli espressamente previsti dall'art. 2 ma anche quelli sottesi alle altre disposizioni codicistiche. In tal senso, appare condivisibile l'orientamento dottrinale in esame, secondo cui il Codice rappresenta un vincolo negativo rispetto alla contrattazione collettiva. Per converso, non è sostenibile che il Codice costituisca anche un vincolo positivo, suscettivo di vincolare le parti contrattuali al recepimento di tutti i suoi contenuti dispositivi: la legge, infatti,

¹⁰¹ Così RICCARDI, *Il codice di condotta nel sistema del lavoro pubblico contrattualizzato*, op. cit., pp. 104-105.

Cfr. anche MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, Art. 2106 c.c., op. cit., p. 305, secondo cui «è (...) l'autonomia collettiva, qualora lo ritenga necessario, a filtrare le regole di condotta del codice di comportamento e a tradurle nelle norme disciplinari dei contratti, attribuendo alle prime, attraverso il recepimento, quella forza vincolante nei confronti dei dipendenti di cui sembrano sprovviste»; analogamente GREGORATTI, NUNIN, *I codici di comportamento*, op. cit., p. 834, secondo cui «unico riferimento per l'irrogazione delle sanzioni disciplinari è dunque il contratto, e solo la dialettica negoziale è legittimata ad individuare le infrazioni disciplinarmente rilevanti». In tal senso, cfr. anche BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, op. cit., p. 602; U. GARGIULO, *Sub art. 58-bis, d.lgs. n. 29/1993*, in *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche. Commentario*, CORPACI, RUSCIANO, ZOPPOLI, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1999, p. 1414.

¹⁰² Così MATTARELLA, *I codici di comportamento*, op. cit., p. 253.

¹⁰³ *Ibidem*.

non impone alcun parallelismo tra violazioni delle norme del Codice e infrazioni disciplinari definite dai contratti collettivi, con la conseguenza che potranno configurarsi comportamenti contrari alle norme del Codice ma privi di rilevanza disciplinare in quanto non recepiti in sede di contrattazione collettiva.

Si precisi fin d'ora, ma sul punto si tornerà in seguito, che le previsioni del Codice non recepite dai contratti collettivi, non solo per ciò sono prive di rilievo: non solo – come già precisato – conservano la propria rilevanza sotto il profilo dell'etica pubblica come norme di orientamento, ma anche sono caratterizzate da una cd. "rilevanza indiretta".

In malam partem, posto che il rapporto naturale tra Codice e contratto collettivo è rappresentato dall'individuazione da parte del secondo di infrazioni corrispondenti alla violazione delle norme poste dal primo e dalla graduazione della loro gravità (in ossequio al principio di proporzionalità tra infrazione e sanzione), spetta all'autonomia collettiva scegliere quali norme del Codice tradurre in infrazioni disciplinari¹⁰⁴, con la possibilità di apportare alle previsioni codicistiche le modifiche che siano rese necessarie dal passaggio dal momento fisiologico-regolativo a quello patologico-sanzionatorio, ovvero dall'esigenza di adattare e specificare le norme del Codice in relazione alle particolarità delle diverse categorie di dipendenti, ciò anche al fine di rimediare all'astrattezza di un Codice diretto a tutti i dipendenti pubblici (ex art. 54, co. 1, t.u. n. 165/2001).

Sotto quest'ultimo profilo, rileva segnalare il ruolo fondamentale della contrattazione collettiva in ordine all'esigenza di differenziazione nella definizione delle infrazioni disciplinari – e, *a contrario*, degli obblighi – e delle relative sanzioni, in relazione alle diverse categorie di personale e alle differenti attività e funzioni esercitate. Nella medesima ottica di differenziazione, si colloca, altresì, la necessità che ogni singola amministrazione predisponga uno specifico codice di comportamento, che integri e specifichi le previsioni del Codice adottato per tutti i dipendenti pubblici (cfr. art. 54, co. 5, t.u. cit.).

Alla luce di tali considerazioni, appare possibile affermare che dal combinato disposto degli artt. 54, co. 3, e 55, co. 2, t.u. n. 165/2001 si desume la competenza preminente della contrattazione collettiva in materia di responsabilità disciplinare e, corrispondentemente, che l'obbliga-

¹⁰⁴ Cfr. V. BAVARO, *Il potere disciplinare*, in *Il lavoro pubblico in Italia*, a cura di Carabelli, Carinci, Cacucci, Bari, 2010, p. 216, secondo cui nel Codice sono indicati «*modelli di comportamento che, seppur eticamente doverosi, di per sé non si configurano come obbligazioni contrattuali*», posto che tali comportamenti «*possono divenire giuridicamente vincolanti per i dipendenti ove richiamati dalla normativa disciplinare dei contratti collettivi*».

torietà giuridica del Codice deriva – in generale e salvo quanto previsto dagli artt. 55-*quater*, co. 2, e 55-*sexies*, co. 1, t.u. n. 165/2001, su cui si tornerà in seguito – dal suo recepimento in sede di contrattazione e dal coordinamento delle sue previsioni con i principi contrattuali in materia di responsabilità disciplinare.

Tuttavia – ancorché il co. 2 dell'art. 1 del Codice si ponga in linea con tale assetto, rinviando all'art. 54, co. 3, t.u. n. 165/2001 – il co. 1 della medesima disposizione prevede che i dipendenti si impegnino ad osservare i principi e i contenuti del Codice al momento dell'assunzione in servizio. Come rilevato da parte della dottrina¹⁰⁵, tale previsione sembra porsi in controtendenza rispetto a quanto sottolineato in ordine alla rilevanza disciplinare delle previsioni del Codice, subordinata – in linea generale – al recepimento e al coordinamento con le previsioni contrattuali, e alla non immediata obbligatorietà giudica delle sue previsioni: infatti, ai sensi dell'art. 1, co. 1, il Codice ambisce ad avere efficacia direttamente cogente sul rapporto di lavoro, a prescindere dall'intervento della contrattazione collettiva, in virtù della manifestazione di volontà¹⁰⁶ prestata dal singolo, costitutiva del suo obbligo di uniformarsi alle previsioni del Codice. Peraltro, l'efficacia direttamente cogente delle previsioni codicistiche sembrerebbe confermata dall'art. 54, co. 6, t.u. n. 165/2001, che prevede una significativa competenza dei dirigenti di ciascuna struttura a vigilare sull'applicazione del codice di comportamento.

Per vero, la natura giuridica della fonte di emanazione del Codice, ossia un decreto ministeriale a carattere generale, non pare idonea ad attribuire alle norme codicistiche efficacia diretta sui rapporti di lavoro: ne deriva che – come confermato dagli artt. 54, co. 3, e 55, co. 2, t.u. n. 165/2001 – il mezzo preminente per attribuire efficacia vincolante, e quindi rilievo disciplinare, alle disposizioni del Codice resta la contrattazione collettiva¹⁰⁷.

Alle condotte cristallizzate nel Codice, ma non recepite in sede di contrattazione collettiva, non può essere, quindi, assegnata alcuna efficacia obbligatoria sotto il profilo della responsabilità disciplinare, pena l'individuazione di nuove ipotesi di infrazione al di fuori della dialettica negoziale (in contrasto con quanto disposto dall'art. 55, co. 2, cit.).

¹⁰⁵ Cfr. MAINARDI, MISCIONE, *Potere e responsabilità disciplinare*, op. cit., p. 1034; GRANDI, *Il "codice" di condotta dei dipendenti pubblici: alcune riflessioni a margine*, op. cit., pp. 367-369.

¹⁰⁶ In ordine alla natura giuridica di tale manifestazione di volontà, è dubbio se sia fattiva ovvero obbligatoria, o meglio, oggetto di un onere in vista dell'assunzione.

¹⁰⁷ Cfr. MAINARDI, MISCIONE, *Potere e responsabilità disciplinare*, op. cit., p. 1034.

Tuttavia, come accennato, ciò non esclude che le previsioni del Codice non recepite dai contratti collettivi rilevino sotto il profilo dell'etica pubblica come norme di orientamento e conformazione preventiva delle condotte dei dipendenti.

Peraltro, appare opportuno sottolineare che, ancorché prive di rilevanza sotto il profilo disciplinare in quanto non recepite in sede contrattuale, le disposizioni codicistiche – aventi natura di norme di etica pubblica – non sono per ciò solo prive di effettiva coerenza: deve, infatti, respingersi la critica (scettica) secondo cui le norme etiche, mancando di un apparato sanzionatorio preordinato a presidiarne l'osservanza, sarebbero prive di effettività, considerando che la stessa idea di etica pubblica rifiuta che le relative regole siano rispettate solo se presidiate dalla minazione di una sanzione¹⁰⁸.

Il mancato recepimento delle previsioni del Codice in sede contrattuale non esclude, inoltre, che esse possano avere "rilevanza indiretta"¹⁰⁹, quali specificazioni (unilaterali) degli obblighi «*di diligenza, lealtà e imparzialità che qualificano il corretto adempimento della prestazione lavorativa*» (art. 1, co. 1, del Codice)¹¹⁰.

Segnatamente, le disposizioni del Codice – ancorché non recepite in sede contrattuale ai fini della responsabilità disciplinare – possono essere utilizzate, anche dalla giurisprudenza, alla stregua di criteri interpretativi delle infrazioni definite dalla contrattazione collettiva in modo generico, o delle clausole generali alla cui violazione sono ricollegate sanzioni disciplinari¹¹¹. Peraltro, la natura del Codice – quale strumento flessibile di codificazione di regole di etica pubblica, in quanto tali permeabili dal

¹⁰⁸ Cfr. CASSESE, *L'etica pubblica*, op. cit., p. 1099; MATTARELLA, *L'etica pubblica e i codici di condotta (Riflessioni sul codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni)*, op. cit., p. 531, secondo cui «*nel campo dell'etica pubblica la correlazione tra [precepto e sanzione] non può essere troppo stretta. Nel codice è forte la fiducia nel valore educativo della norma, ed è rifiutata l'idea che essa riesca ad orientare i comportamenti solo se accompagnata da una sanzione negativa. Appare questa, infatti, l'unica strada verso la maturazione culturale e l'interiorizzazione dei contenuti etici*».

¹⁰⁹ Cfr. G. SCIULLO, *Riforme amministrative: le innovazioni normative rilevanti in materia di responsabilità dei dipendenti pubblici*, in *Riforme amministrative e responsabilità dei pubblici dipendenti*, a cura di Cammelli, Bottari, Recchione, Maggioli, Rimini, 1996, pp. 35-49, che parla del codice di comportamento come di un «*dato di novità indiretto*» che opera sulla definizione della responsabilità dei dipendenti.

¹¹⁰ Cfr. GREGORATTI, NUNIN, *I codici di comportamento*, op. cit., p. 834.

¹¹¹ Cfr. RICCARDI, *Il codice di condotta nel sistema del lavoro pubblico contrattualizzato*, op. cit., pp. 111-112; GARGIULO, *Sub art. 58-bis, d.lgs. n. 29/1993*, op. cit., p. 1415; M.J. VACCARO, *Note a margine dei codici di comportamento nel pubblico impiego*, in *Il dir. lav.*, 1998, I, p. 425; MATTARELLA, *I codici di comportamento*, op. cit., pp. 251 e 254; S. CASSESE, *I codici di condotta*, in *Doc. giust.*, 1994, p. 1376; C. ALESSI, *Il potere disciplinare nel pubblico impiego riformato*, in *Riv. giur. lav. e della previd. soc.*, 1994, I, p. 498.

complesso di convinzioni etiche, civili e sociali¹¹² – consente (*recte*: impone) un costante adeguamento delle dette previsioni disciplinari e clausole generali ai principi etici e al costume sociale: in tal senso, appare possibile definire il Codice strumento di etica pubblica «a giuridicità duttile», «capace di adattarsi a dinamiche sociali, economiche, tecnologiche in continuo cambiamento, nonché idoneo a tener conto dei vari interessi in gioco, e volto ad orientare il comportamento dei soggetti»¹¹³.

Peraltro, sul presupposto della presunta conoscenza delle previsioni del Codice da parte dei suoi destinatari, in ragione della particolare pubblicità dello stesso *ex art.* 54, co. 2, t.u. n. 165/2001 (pubblicazione in G.U. e consegna al dipendente all'atto di assunzione)¹¹⁴, tale “rilevanza indiretta” delle disposizioni si traduce, più in particolare, in una maggior garanzia per i dipendenti stessi sotto un duplice profilo.

Da un lato, al dipendente risulterà più immediata la cognizione preventiva del comportamento corretto, dei criteri cui uniformare la propria condotta al fine di un esatto adempimento della prestazione lavorativa: più in particolare, il ricorso “indiretto” alle previsioni del Codice, al fine di interpretare previsioni contrattuali ovvero clausole generiche o indeterminate, è preordinato a realizzare in capo ai dipendenti una conoscenza preventiva di ciò che la p.a. datrice di lavoro intende per corretto svolgimento delle attività del dipendente e, quindi, una conoscenza effettiva dei criteri ai quali sarà ispirato l'esercizio del potere disciplinare.

Dall'altro, e conseguentemente, la “rilevanza indiretta” del Codice determina – in linea con la “privatizzazione” del potere disciplinare – una limitazione della discrezionalità dell'amministrazione in ordine all'esercizio del potere disciplinare medesimo, anche nell'ottica di un recupero di tassatività delle fattispecie sanzionatorie.

La “rilevanza indiretta” del Codice ha assunto peculiare importanza nella giurisprudenza penale, che ha ammesso la possibilità di individuare nella violazione di una previsione codicistica un indice della commissione di un reato (in genere, di un reato di cui al Libro II, Titolo II, Capo I c.p., che prevede e punisce i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione). Più in particolare, la violazione delle disposizioni del Codice assume un (mero) valore sintomatico in ordine alla configurabilità di una responsabilità penale¹¹⁵, sussistente solo ove ricorrano tutti

¹¹² Cfr. F. WIEACKER, *Legge e arte giudiziaria. Sul problema dell'ordinamento giuridico extralegale*, in *Studi in memoria di Lorenzo Mossa*, 1969, III, p. 626).

¹¹³ B. PASTORE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lavoro e dir.*, 2003, n. 1, p. 8.

¹¹⁴ Così GREGORATTI, NUNIN, *I codici di comportamento*, op. cit., p. 834.

¹¹⁵ In termini analoghi, cfr. MATTARELLA, *I codici di comportamento*, op. cit., p. 252.

gli elementi costitutivi – oggettivi e soggettivi – della fattispecie incriminatrice, pena la violazione dei principi penalistici di legalità, tassatività e frammentarietà.

Ancora sul piano del rapporto tra Codice e materia penale, è da rilevare come le disposizioni codicistiche sembrano assumere una peculiare rilevanza anche in ordine alla definizione del concetto di “dovere d’ufficio”, che ha natura giuridica di elemento normativo¹¹⁶ del reato *ex art. 319 c.p.*¹¹⁷. Segnatamente, secondo la più recente giurisprudenza di legittimità, integrano “doveri d’ufficio” ai sensi e per gli effetti dell’art. 319 c.p. tutti i doveri di fedeltà, di imparzialità e di perseguimento esclusivo dei pubblici interessi, che devono essere osservati da chiunque ponga in essere un’attività nell’interesse della collettività¹¹⁸: di qui, la possibilità di prospettare la rilevanza delle previsioni del Codice, che costituiscono specificazioni esemplificative di tali doveri, alla stregua di elementi di eterointegrazione del concetto di “doveri d’ufficio” *ex art. 319 c.p.*

In conclusione, alla luce di tali considerazioni, appare possibile sostenere che il Codice in esame costituisce un esempio significativo di *soft law*, intendendo indicare con tale espressione «una serie di atti, non omogenei quanto a origine e natura, che, pur privi di effetti giuridici vincolanti, risultano comunque, in vario modo, giuridicamente rilevanti»¹¹⁹. Ulteriormente – sul presupposto che la giuridica rilevanza di ciascuna norma è subordinata, oltre che alla sua riconoscibilità formale, anche, e più in particolare, alla sua effettività (ossia all’essere obbedita dai destinatari e applicata dagli organi istituzionali) – la giuridicità (“duttile”) del Codice deriva, da un lato dall’essere stato formalmente emanato con decreto mi-

¹¹⁶ Gli elementi normativi della fattispecie penale necessitano, per la determinazione del loro contenuto, di una eterointegrazione mediante il rinvio ad una norma diversa da quella incriminatrice. Più in particolare, si distinguono: elementi normativi giuridici, per la cui definizione si rinvia a norme giuridiche individuabili senza incertezze (si pensi all’elemento della “altruità” nel delitto di furto, che rinvia, per la propria definizione, alle norme civilistiche in materia di proprietà); elementi normativi extragiuridici, per la cui definizione si rinvia a norme sociali o di costume (si pensi al concetto di “atto osceno”, per la cui determinazione si rinvia al “comune senso del pudore”). Cfr., *ex amplius*, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, pp. 81-84.

¹¹⁷ L’art. 319 cit., rubricato «Corruzione per un atto contrario ai doveri d’ufficio», dispone che «Il pubblico ufficiale che, per omettere o ritardare o per aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o per aver compiuto un atto contrario ai doveri d’ufficio, riceve, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da due a cinque anni».

¹¹⁸ Cfr. Cass. pen., VI, 28 agosto 2008, n. 34417; conf. Cass. pen., VI, 20 maggio 2008, n. 20046.

¹¹⁹ PASTORE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, op. cit., p. 5.

nisteriale e dal costituire una codificazione a base normativa¹²⁰, dall'altro dall'essere le sue disposizioni applicate in sede disciplinare ovvero utilizzate dalla giurisprudenza (civile, penale, amministrativa) nell'interpretazione della fattispecie astratta e nel suo adeguamento alle dinamiche etico-sociali (ciò che rileva anche al fine del procedimento di sussunzione della fattispecie concreta).

Sotto il profilo della teoria delle fonti, l'ascrizione del Codice al *soft law* ne determina l'appartenenza alle fonti del diritto, concordando con quella dottrina secondo cui – superata la distinzione tra fonte in senso materiale e fonte in senso sostanziale, in considerazione della configurabilità dell'ordinamento come insieme complesso di atti di diversa provenienza – per “fonte del diritto” deve intendersi «[l']insieme di fattori che influiscono sulla produzione delle norme e questa influenza può variare: vi sono fonti che forniscono all'operatore giuridico immediatamente una norma valida e fonti che offrono soltanto idee, ispirazioni, orientamenti, effetti d'indirizzo, dai quali gli operatori devono trarre le norme», le fonti presentano, cioè «diversi gradi di oggettivazione, ma si pongono, tutte, come risorse ufficiali da cui trarre le regole dei casi»¹²¹.

7. *L'immediata rilevanza disciplinare del Codice nella cd. “riforma Brunetta”*

Come sottolineato in precedenza, nell'ottica della “privatizzazione” e “contrattualizzazione” del potere disciplinare, ai sensi del combinato disposto degli artt. 54, co. 3, e 55, co. 2, t.u. n. 165/2001, la rilevanza disciplinare del Codice è subordinata al suo recepimento in sede di contrattazione collettiva e al coordinamento delle sue previsioni con i principi contrattuali in materia di responsabilità disciplinare.

Rispetto a tale assetto, come accennato, si pongono in controtendenza gli artt. 55-*quater*, co. 2, e 55-*sexies*, co. 1, t.u. n. 165/2001, che – nell'ottica della “rilegificazione” sottesa agli interventi legislativi del 2009 (l. n. 15 e decreto delegato n. 150) – ricollegano alle disposizioni codicistiche immediato rilievo disciplinare, a prescindere dal “filtro” della contrattazione collettiva.

In particolare, l'art. 55-*quater*, co. 2, cit. ricollega alla valutazione di insufficiente rendimento – formulata «ai sensi delle disposizioni legislative e contrattuali concernenti la valutazione del personale delle amministra-

¹²⁰ CASSESE, *I codici di condotta*, op. cit., p. 1374.

¹²¹ PASTORE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, op. cit., p. 13.

zioni pubbliche»¹²² – dovuto alla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa, stabiliti – tra l’altro – dai di comportamento, la comminazione della sanzione del licenziamento disciplinare; l’art. 55-sexies, co. 1, cit. dispone che «La condanna della pubblica amministrazione al risarcimento del danno derivante dalla violazione, da parte del lavoratore dipendente, degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa, stabiliti (...) 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».

Tali disposizioni sembrano, quindi, riconoscere un immediato rilievo disciplinare alla violazione dei “doveri” codicistici unilateralmente predisposti dall’amministrazione, con un conseguente recupero in capo a quest’ultima di quel potere disciplinare di carattere pubblicistico-autoritativo che la “riforma del pubblico impiego” ha inteso superare.

Ciò, per vero, si pone in contrasto con i principi della “contrattualizzazione” e “privatizzazione” del rapporto di lavoro alle dipendenze della p.a.: in particolare, l’espresso dettato legislativo, riconducendo la disciplina del rapporto di lavoro pubblico alle fonti privatistiche e contrattuali (art. 2, t.u. n. 165/2001) e qualificando il potere organizzativo e gestionale dell’amministrazione alla stregua del potere del privato datore di lavoro (art. 5, co. 2, t.u. cit.), sembra escludere, da un lato la legittimazione di un atto pubblicistico-unilaterale, quale il codice di comportamento *de quo*, a incidere – *ex sé* – sul contenuto obbligatorio del rapporto di lavoro e, dall’altro la sua immediata rilevanza sotto il profilo disciplinare.

8. *Il rapporto tra codice di comportamento e carte dei servizi*

Come noto, l’erogazione di servizi rappresenta la parte più rilevante dell’attività che l’amministrazione pone in essere nell’interesse della collettività.

¹²² Tale disposizione, peraltro, pare confermare l’immediata rilevanza del Codice sotto il profilo della valutazione della *performance* del dipendente pubblico (cfr. ESPOSITO, *Pubblica amministrazione: la difficile convivenza fra i codici disciplinare e di comportamento*, op. cit., p. 7; MAINARDI, MISCIONE, *Potere e responsabilità disciplinare*, op. cit., p. 1035, secondo cui le previsioni del Codice rilevano «ai fini di una generica valutazione sull’attività o sul comportamento del dipendente»; F. PANARIELLO, *La flessibilità delle mansioni tra potere datoriale e controllo sindacale*, in *Lo “spazio negoziale” nella disciplina del lavoro pubblico*, a cura di Rusciano, Zoppoli, Bologna, 1995, pp. 163-165).

L'erogazione di servizi, infatti, non solo implica un elevato impegno di spesa e personale, ma anche – e più in particolare – costituisce l'attività nel cui ambito è maggiormente frequente il contatto tra amministrazione e utenti, la cui insoddisfazione rivela l'incapacità della p.a. di adempiere alla propria funzione, con conseguente delegittimazione dell'apparato amministrativo¹²³.

Proprio al fine di dettare una serie di regole generali informatrici dell'attività in esame, il d.lgs. n. 286/1999 – intitolato al «*Riordino e potenziamento dei meccanismi e strumenti di monitoraggio e valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati dell'attività svolta dalle amministrazioni pubbliche*» – prevede l'adozione da parte delle amministrazioni di “carte dei servizi”, le cui previsioni – in linea generale – sono ispirate ai principi di uguaglianza, imparzialità¹²⁴, efficienza, efficacia, trasparenza, accessibilità e continuità¹²⁵ nell'erogazione del servizio, e finalizzate a individuare gli standard minimi delle prestazioni¹²⁶.

Nel perseguimento e nella realizzazione di tali obiettivi, le carte dei servizi predispongono una serie di strumenti di semplificazione e razionalizzazione dell'attività di erogazione, tra cui si segnalano i codici di stile, la cui predisposizione è preordinata ad uniformare la redazione dei testi e a semplificare la comunicazione con gli utenti, e l'istituzione di uffici per le relazioni con il pubblico¹²⁷ (cfr. art. 11, t.u. n. 165/2001¹²⁸).

¹²³ Così G. VESPERINI, S. BATTINI, *La carta dei servizi pubblici. Erogazione delle prestazioni e diritti degli utenti*, Rimini, 1997, pp. 13-14.

¹²⁴ I principi di imparzialità (art. 97, co. 1, Cost.) e di uguaglianza sostanziale (art. 3, co. 2, Cost.) non impongono l'uniformità nell'erogazione dei servizi, al contrario, ammettono (*recte*: impongono) all'amministrazione erogatrice di differenziare le prestazioni in relazione alle diversità che caratterizzano le situazioni degli utenti, anche al fine di eliminare eventuali ineguaglianze di fatto.

¹²⁵ Il principio di continuità impone che il servizio sia erogato in modo puntuale e regolare, senza interruzioni che non siano consentite dalla legge o da altre disposizioni regolamentari ovvero dovute a casi di forza maggiore.

¹²⁶ VESPERINI, BATTINI, *La carta dei servizi pubblici. Erogazione delle prestazioni e diritti degli utenti*, op. cit., pp. 55-60.

¹²⁷ Per un'analisi disamina, si rinvia a G. ARENA, *Gli Uffici per le relazioni con il pubblico*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, V*, a cura di Carinci, Zoppoli, Torino, 2004, pp. 256-261.

Come rilevato da tale dottrina, gli URP svolgono tre fondamentali funzioni pubbliche: la funzione di trasparenza, che consiste nel garantire ai cittadini l'esercizio del diritto di accesso alle informazioni in possesso dell'amministrazione; la funzione di riduzione della complessità burocratica, al fine di porre il cittadino in condizione di operare scelte e decisioni informate ed autonome; la funzione di ascolto per l'innovazione, consistente nell'ascolto dei cittadini in ordine al grado di soddisfazione rispetto all'erogazione dei servizi, al fine di formulare proposte di innovazione e miglioramento dei servizi medesimi.

¹²⁸ L'art. 11 cit., rubricato «*Ufficio relazioni con il pubblico*», dispone che «1. Le amministrazioni pubbliche, al fine di garantire la piena attuazione della legge 7 agosto 1990, n. 241,

Le carte dei servizi, pertanto, prevedono e disciplinano una serie di misure preordinate a garantire la qualità dei servizi erogati, tendendo al valore dell'efficienza: da ciò si desume che – diversamente dagli strumenti di etica pubblica, diversamente dal Codice – le carte non riguardano i comportamenti individuali dei dipendenti, bensì l'attività della p.a. nel suo complesso.

Tuttavia, ancorché le carte presiedano alla qualità dei servizi mentre il Codice alla correttezza dei comportamenti individuali e al valore dell'immagine della p.a., tale diversità funzionale non esclude che tra i due strumenti sussista un rilevante collegamento, nel senso che efficienza amministrativa e qualità dei servizi sono valori rilevanti anche sul piano etico: da un lato, la correttezza del pubblico dipendente lo deve indurre a fare dell'efficienza e della qualità del servizio propri parametri di con-

e successive modificazioni e integrazioni, individuano, nell'ambito della propria struttura uffici per le relazioni con il pubblico. 2. Gli uffici per le relazioni con il pubblico provvedono, anche mediante l'utilizzo di tecnologie informatiche: a) al servizio all'utenza per i diritti di partecipazione di cui al capo III della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni ed integrazioni; b) all'informazione all'utenza relativa agli atti e allo stato dei procedimenti; c) alla ricerca ed analisi finalizzate alla formulazione di proposte alla propria amministrazione sugli aspetti organizzativi e logistici del rapporto con l'utenza. 3. Agli uffici per le relazioni con il pubblico viene assegnato, nell'ambito delle attuali dotazioni organiche delle singole amministrazioni, personale con idonea qualificazione e con elevata capacità di avere contatti con il pubblico, eventualmente assicurato da apposita formazione. 4. Al fine di assicurare la conoscenza di normative, servizi e strutture, le amministrazioni pubbliche programmano ed attuano iniziative di comunicazione di pubblica utilità; in particolare, le amministrazioni dello Stato, per l'attuazione delle iniziative individuate nell'ambito delle proprie competenze, si avvalgono del Dipartimento per l'informazione e l'editoria della Presidenza del Consiglio dei ministri quale struttura centrale di servizio, secondo un piano annuale di coordinamento del fabbisogno di prodotti e servizi, da sottoporre all'approvazione del Presidente del Consiglio dei ministri. 5. Per le comunicazioni previste dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni ed integrazioni, non si applicano le norme vigenti che dispongono la tassa a carico del destinatario. 6. Il responsabile dell'ufficio per le relazioni con il pubblico e il personale da lui indicato possono promuovere iniziative volte, anche con il supporto delle procedure informatiche, al miglioramento dei servizi per il pubblico, alla semplificazione e all'accelerazione delle procedure e all'incremento delle modalità di accesso informale alle informazioni in possesso dell'amministrazione e ai documenti amministrativi. 7. L'organo di vertice della gestione dell'amministrazione o dell'ente verifica l'efficacia dell'applicazione delle iniziative di cui al comma 6, ai fini dell'inserimento della verifica positiva nel fascicolo personale del dipendente. Tale riconoscimento costituisce titolo autonomamente valutabile in concorsi pubblici e nella progressione di carriera del dipendente. Gli organi di vertice trasmettono le iniziative riconosciute ai sensi del presente comma al Dipartimento della funzione pubblica, ai fini di un'adeguata pubblicizzazione delle stesse. Il Dipartimento annualmente individua le forme di pubblicazione».

In ordine all'attività degli URP, assumono peculiare rilievo la l. n. 150/2000, recante «Disciplina delle attività di informazione e di comunicazione delle pubbliche amministrazioni», e la «Direttiva sulle attività di comunicazione delle pubbliche amministrazioni» del Ministero per la funzione pubblica del 07 febbraio 2002.

Si veda, altresì, l'art. 11 del Codice, che regola i «Rapporti con il pubblico».

dotta¹²⁹; dall'altro «*un corretto adempimento dei propri obblighi, da parte del pubblico dipendente, costituisce la prima ed imprescindibile garanzia per un servizio pubblico qualitativamente accettabile*»¹³⁰.

Tale collegamento osmotico tra carte dei servizi e Codice, peraltro, è espressamente previsto dall'art. 54, co. 1, t.u. n. 165/2001, secondo cui il codice di comportamento deve definire anche le «*necessarie misure organizzative (...) al fine di assicurare la qualità dei servizi che le stesse amministrazioni rendono ai cittadini*»; parallelamente, l'art. 13 del Codice prevede che l'informazione resa dal dipendente all'ufficio interno di controllo, al fine della valutazione dei risultati conseguiti dall'ufficio presso il quale sono preposti, abbia «*particolare riguardo alle seguenti finalità: (...) qualità dei servizi prestati; parità di trattamento tra le diverse categorie di cittadini e utenti; agevole accesso agli uffici, specie per gli utenti disabili; semplificazione e celerità delle procedure; osservanza dei termini prescritti per la conclusione delle procedure; sollecita risposta a reclami, istanze e segnalazioni*»¹³¹.

Bibliografia

- C. ALESSI, *Il potere disciplinare nel pubblico impiego riformato*, in *Riv. giur. lav. e della previd. soc.*, 1994, I, pp. 491-506.
- G. ARENA, *Gli Uffici per le relazioni con il pubblico*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, V*, a cura di Carinci, Zoppoli, Torino, 2004, pp. 256-261.
- C. ASSANTI, *Rapporto di lavoro di diritto privato e di diritto pubblico: quadro e profili di comparazione*, in *Cons. St.*, 1995, II, pp. 2075-2084.
- G.G. BALANDI, F. BANO, *Chi ha paura del soft law*, in *Lavoro e dir.*, 2003, n. 1, pp. 3-4.
- F. BANO, *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione: il soft law*, in *Lavoro e dir.*, 2003, n. 1, pp. 49-74.
- S. BATTINI, *Il personale e la dirigenza*, in *Giornale dir. amm.*, 1997, n. 5, pp. 425-428.

¹²⁹ Così MATTARELLA, *L'etica pubblica e i codici di condotta (Riflessioni sul codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni)*, op. cit., p. 542.

¹³⁰ Cfr. CESTER, *Brevi osservazioni sul cd. codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, op. cit., p. 377.

¹³¹ È da segnalare che l'art. 13 del Codice del 1994 recava un espresso riferimento ad apposite "Carte dei diritti dell'utente", di cui presupponeva l'adozione da parte di ogni amministrazione; in tale documento ogni singola p.a. avrebbe dovuto indicare gli standard di qualità e quantità dei servizi in relazioni ai quali valutare i risultati conseguiti da ciascun ufficio.

Per vero, ancorché il riferimento a tali "Carte" sia stato espunto in sede di riformulazione dell'art. 13 vigente, ciò non pare escludere la rilevanza di tale disposizione in ordine al collegamento tra carte dei servizi e Codice nei termini di cui sopra.

- Id., *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, 2000, pp. 330-604.
- Id., *Un vero datore di lavoro per il settore pubblico: politico o amministrativo?*, in *Giornale dir. amm.*, 2009, pp. 475-479.
- V. BAVARO, *Il potere disciplinare, in Il lavoro pubblico in Italia*, a cura di Carabelli, Carinci, Bari, 2010, pp. 215-224.
- A. BELLAVISTA, *Fonti del rapporto. La privatizzazione del rapporto di lavoro*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, V*, a cura di Carinci, Zoppoli, Torino, 2004, pp. 71-95.
- F. BENVENUTI, *La riorganizzazione del pubblico impiego in Italia*, in *Il politico*, 1962, pp. 342-357.
- G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, pp. 369-527.
- L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile. Norme, soggetti e rapporto giuridico*, 1*, pp. 413-419.
- L. BORDOGNA, *Le relazioni sindacali nel settore pubblico*, in *Le nuove relazioni industriali. L'esperienza italiana nella prospettiva europea*, a cura di Cella, Treu, Bologna, pp. 297-330.
- A. BOSCATI, *Verifica dei risultati, responsabilità dirigenziale e Comitato dei Garanti*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, V**, a cura di Carinci, Zoppoli, Torino, 2004, pp. 1160-1211.
- U. 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*, a cura di Carabelli, Carinci, Bari, 2010, pp. 31-97.
- M.T. CARINCI, *L'estensione dello Statuto dei lavoratori*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal d.lgs. 29/1993 alla Finanziaria 1995. Commentario*, II, diretto da F. Carinci, Milano, 1995, pp. 886-938.
- S. CASSESE, *"Maladministration" e rimedi*, in *Foro it.*, 1992, V, cc. 243-250.
- Id., *I codici di condotta*, in *Doc. giust.*, 1994, pp. 1371-1376.
- Id., *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1995.
- Id., *Presentazione della proposta di codice di condotta dei dipendenti pubblici*, Pubblicazione del Dipartimento per la funzione pubblica, 1996, dattiloscritto.
- Id., *L'etica pubblica*, in *Giornale dir. amm.*, 2003, n. 10, pp. 1097-1099.
- Id., *Che cosa vuol dire "amministrazione di risultati"?*, in *Giornale dir. amm.*, 2004, n. 9, p. 941.
- Id., *L'ideale di una buona amministrazione: il principio di merito e la stabilità degli impiegati*, Napoli, 2007.
- A. CATELANI, *Il pubblico impiego*, in *Trattato di diritto amministrativo*, XXI, diretto da Santaniello, Padova, 2003, pp. 1-20, 127-132, 139-147, 207-216.
- V. CERULLI IRELLI, *Etica e pubblica amministrazione (orientamenti per lo studio del tema)*, in *www.db.formez.it*.

- C. CESTER, *Brevi osservazioni sul cd. codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. giur. lav. e della previd. soc.*, 1994, I, pp. 377-380.
- M. CICALA, *Legge e ordinamento giudiziario: interrogativi sul codice etico*, in *Corr. giur.*, 1994, I, pp. 525-526.
- B. CIMINO, *Il merito e la responsabilità*, in *Giornale dir. amm.*, 2009, n. 5, pp. 479-483.
- ID., *Selettività e merito nella disciplina delle progressioni professionali e della retribuzione incentivante*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, n. 1, pp. 29-33.
- A. CORPACI, A. ORSI BATTAGLINI, *Sub art. 4, d.lgs. n. 29/1993*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1999, pp. 1096-1098.
- G. D'ALESSIO, *Nuovi principi di organizzazione delle amministrazioni pubbliche*, in *Nuovo rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Roma, 1995, pp. 76-88.
- M. D'ANTONA, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, in *Argomenti di dir. lav.*, 1997, pp. 35-45.
- G. D'AURIA, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, n. 1, pp. 5-12.
- C. D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, V*, a cura di Carinci, Zoppoli, Torino, 2004, pp. 96-156.
- P.C. DAVIGO, *Violazione dei doveri di fedeltà e imparzialità*, in *Riv. C. Conti*, 1999, IV, n. 2, pp. 151-160.
- M. DE ANGELIS, *La ricerca dell'efficienza*, in *Nuovo rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Roma, 1995, pp. 154-180.
- M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996.
- M. ESPOSITO, *Pubblica amministrazione: la difficile convivenza fra i codici disciplinare e di comportamento*, in *Lav. Info.*, 1994, n. 17, pp. 5-10.
- ID., *La riforma del potere disciplinare nel lavoro pubblico: dalla riserva di legge alla contrattazione collettiva*, in *Lo "spazio negoziale" nella disciplina del lavoro pubblico*, a cura di Rusciano, Zoppoli, Bologna, 1995, pp. 251-285.
- C. FACCHINI, *Il codice di comportamento*, in *Processo del lavoro e rapporto alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Il decreto legislativo n. 80 del 1998*, a cura di Perone, Sassani, Padova, 1999, pp. 201-211.
- G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, pp. 81-84.
- R. FINOCCHI, *I codici di condotta*, in *Corruzione e sistema istituzionale*, a cura di D'Alberti, Finocchi, Bologna, 1994, pp. 133-159.
- O. FORLENZA, *Quattro mesi a magistrati e avvocati dello Stato per sottoscrivere e adottare le norme etiche*, in *Guida al dir.*, 2001, n. 22, pp. 41-44.
- M. A. FORTUNATO, *I doveri del pubblico impiegato*, in *Il pubblico impiego. Principi generali*, Torino, 1991, pp. 185-217.

- U. GARGIULO, *Sub art. 58-bis, d.lgs. n. 29/1993*, in *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche. Commentario*, CORPACI, RUSCIANO, ZOPPOLI, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1999, pp. 1412-1415.
- E. GHERA, *Contratto ed organizzazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Produttività, lavoro e modelli di contabilità nelle amministrazioni locali*, a cura di Santucci, Viscomi, Catanzaro, 1996, pp. 15-20.
- M. GRANDI, *Il "codice" di condotta dei dipendenti pubblici: alcune riflessioni a margine*, in *Riv. giur. lav. e della previd. soc.*, 1994, I, pp. 365-371.
- G. GRANDIS, *Luci ed ombre nella misurazione, valutazione e trasparenza della performance*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, n. 1, pp. 23-28.
- C. GREGORATTI, R. NUNIN, *I codici di comportamento*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, V**, a cura di Carinci, Zoppoli, Torino, 2004, pp. 827-835.
- A. GROSSO, *I criteri di organizzazione*, in *Nuovo rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 1995, pp. 139-153.
- R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998.
- A. GUTMANN, D. THOMPSON, *La corruzione della democrazia: cause e rimedi*, in *Il Progetto*, 1993, n. 74, pp. 23-30.
- G. LANDI, *Disciplina* (voce), in *Enc. dir.*, pp. 17-37.
- A. LEVI, *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *Processo del lavoro e rapporti alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, a cura di Perone, Sassani, Padova, 1999, pp. 159-199.
- P.G. LIGNANI, *La responsabilità disciplinare dei dipendenti dell'amministrazione statale*, in *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, a cura di Sorace, Padova, 1998, pp. 381-387.
- S. MAFFETONE, *Verso un'etica pubblica*, Napoli, 1984.
- S. MAINARDI, *Sanzioni disciplinari*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. I contratti collettivi di comparto. Commentario*, diretto da Carinci, Milano, 1997, pp. 469-542.
- ID., *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico - Art. 2106 c.c.*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, Busnelli, Milano, 2002, pp. 295-306.
- ID., *La responsabilità e il potere disciplinare*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, V**, a cura di Carinci, Zoppoli, Torino, 2004, pp. 835-928.
- S. MAINARDI, M. MISCIONE, *Potere e responsabilità disciplinare*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, a cura di Carinci, Milano, 1995, pp. 1001-1055.
- B. G. MATTARELLA, *L'etica pubblica e i codici di condotta (Riflessioni sul codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni)*, in *Lavoro e dir.*, 1994, n. 4, pp. 525-546.
- ID., *I codici di comportamento*, in *Riv. giur. lav. e della previd. soc.*, 1996, I, pp. 246-257.

- ID., *La responsabilità disciplinare*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, n. 1, pp. 34-38.
- M. MISCIONE, *Sanzioni disciplinari e responsabilità*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal d.lgs. n. 29/1993 ai d.lgs. nn. 396/1997, 80/1998 e 387/1998. Commentario*, diretto da Carinci, D'Antona, Milano, 2000, pp. 1649-1729.
- G. MOR, *La sanzione disciplinare e il principio nullum crimen sine lege*, Milano, 1970.
- ID., *Il potere disciplinare nel pubblico impiego: tendenze recenti*, in *Quad. dir. lav. e delle relazioni industriali*, 1991, n. 9, pp. 27-36.
- L. NIGRI, *Il rapporto di pubblico impiego con particolare riferimento ai diritti e ai doveri degli impiegati, alla luce della più recente normativa in materia*, in *Amm. it.*, 1993, pp. 569-578.
- M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966.
- ID., *Amministrazione pubblica (organizzazione giuridica dell')* (voce), in *Enc. giur. Treccani*, II.
- G. OLIVIERO, *Etica e responsabilità disciplinare dei pubblici dipendenti*, in *Lav. Info.*, 1993, n. 22, pp. 21-27.
- ID., *La fonte di emanazione del codice di condotta dei pubblici dipendenti*, in *Lav. Info.*, 1994, n. 2, pp. 5-10.
- A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *Giornale dir. lav. e delle relazioni industriali*, 1993, pp. 461-484.
- C.E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988.
- M. PALLA, *Sub art. 54, d.lgs. n. 165/2001*, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, a cura di Grandi, Pera, Padova, 2009, pp. 2010-2013.
- F. PANARIELLO, *La flessibilità delle mansioni tra potere datoriale e controllo sindacale*, in *Lo "spazio negoziale" nella disciplina del lavoro pubblico*, a cura di Rusciano, Zoppoli, Bologna, 1995, pp. 141-170.
- L. PAOLUCCI, *Incompatibilità, cumulo di impieghi ed incarichi*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, V**, a cura di Carinci, Zoppoli, Torino, 2004, pp. 796-826.
- B. PASTORE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lavoro e dir.*, 2003, n. 1, pp. 5-48.
- G. PASTORI, *La Pubblica Amministrazione*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di Amato, Barbera, Bologna, 1984, pp. 519-572.
- F. PELLIZZER, *Il potere disciplinare nello Stato*, in *Quad. dir. lav. e delle relazioni industriali*, 1991, n. 9, pp. 141-159.
- I. PICCININI, *Sub artt. 27-28, d.lgs. n. 80/1998*, in *Amministrazioni pubbliche, lavoro, processo. Commento ai d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80 e 29 ottobre 1998 n. 387*, Milano, 2000, pp. 260-306.
- O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, pp. 390-394.

- A. RICCARDI, *Il codice di condotta nel sistema del lavoro pubblico contrattualizzato*, in *Il lav. nelle p. a.*, 2002, pp. 89-116.
- M. RUSCIANO, *Spunti su rapporto di lavoro e responsabilità "di risultato" del dirigente pubblico*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1998, pp. 387-413.
- G. SANTORO PASSARELLI, *La specialità del rapporto e il regime transitorio nella cd. privatizzazione del pubblico impiego*, in *Lavoro e dir.*, 1993, n. 4, pp. 565-574.
- G. SCIULLO, *Riforme amministrative: le innovazioni normative rilevanti in materia di responsabilità dei dipendenti pubblici*, in *Riforme amministrative e responsabilità dei pubblici dipendenti*, a cura di Commelli, Bottari, Recchione, Rimini, 1996, pp. 35-49.
- V. TALAMO, *Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico*, in *Giornale dir. amm.*, 2009, n. 5, pp. 468-475.
- ID., *La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, n. 1, pp. 13-23.
- A. TAMPIERI, *Contrattazione collettiva e potere disciplinare nel lavoro pubblico*, Milano, 1996.
- L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, 2000.
- M.J. VACCARO, *Note a margine dei codici di comportamento nel pubblico impiego*, in *Il dir. lav.*, 1998, I, pp. 420-436.
- A. VALLEBONA, *Il codice di condotta dei dipendenti pubblici ed i pericoli di una incontrollata ansia di moralizzazione*, in *Riv. giur. lav. e della previd. soc.*, 1994, I, pp. 381-388.
- G. VESPERINI, S. BATTINI, *La carta dei servizi pubblici. Erogazione delle prestazioni e diritti degli utenti*, Rimini, 1997, pp. 11-68 e 86-88.
- P. VIRGA, *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, Milano, 2002, pp. 81-97.
- F. WIEACKER, *Legge e arte giudiziaria. Sul problema dell'ordinamento giuridico extralegale*, in *Studi in memoria di Lorenzo Mossa*, 1969, III, p. 617-630.
- C. ZOLI, *Amministrazione del rapporto e tutela delle posizioni soggettive dei dipendenti pubblici*, in *Giornale dir. lav. e delle relazioni industriali*, 1993, pp. 633-652.
- L. ZOPPOLI, *Potere disciplinare e unificazione normativa del lavoro*, in *Quad. dir. lav. e delle relazioni industriali*, 1991, n. 9, pp. 37-58.
- ID., *Il sistema delle fonti di disciplina del rapporto di lavoro dopo la riforma: una prima ricognizione dei problemi*, in *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, a cura di Rusciano, Zoppoli, Torino, 1993, pp. 3-17.
- ID., *Il potere disciplinare nel passaggio dal "pubblico" al "privato"*, in *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale dirigenziale*, a cura di Sorace, Padova, 1998, pp. 419-428.

ELISABETTA BURANELLO

IL POTERE DISCIPLINARE DOPO LA “RIFORMA BRUNETTA”

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le innovazioni introdotte dal d.lgs. 150/2009, cd. “Decreto Brunetta”. – 3. La definizione di nuove tipologie di illecito disciplinare. – 4. I profili procedurali. – 5. La “rilegificazione” del potere disciplinare e sua (in)coerenza con i principi della privatizzazione del pubblico impiego. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

Le innovazioni introdotte dalla legge delega n. 15/2009 e dal decreto legislativo di attuazione n. 150/2009 in ordine alla definizione del potere disciplinare nel pubblico impiego privatizzato assumono un ruolo particolarmente rilevante nell’impianto complessivo della cd. “Riforma Brunetta”, tanto da risulterne la materia che più di altre ha subito il condizionamento dei principi e degli obiettivi che hanno ispirato la riforma stessa¹.

Risulta infatti piuttosto evidente come il legislatore del 2009 abbia affidato alla legge delega ed ai decreti di attuazione il compito di recuperare efficacia, efficienza e funzionalità agli apparati amministrativi anche

¹ Tra i numerosi commenti che di recente hanno analizzato le innovazioni introdotte dalla cd. “Riforma Brunetta” ed in particolare la nuova configurazione del potere disciplinare si segnalano M. TIRABOSCHI, F. VERBARO, *La nuova riforma del lavoro pubblico: commento alla Legge 4 marzo 2009, n. 15, e al Decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150*, Milano, 2010; V. TENORE, *Il procedimento disciplinare nel pubblico impiego dopo la riforma Brunetta: il nuovo procedimento delineato dal d.lgs. n. 150 del 2009*, Milano, 2010; L. MARTUCCI, *La responsabilità disciplinare nel pubblico impiego: tutte le novità della Riforma Brunetta (d.lgs. 150/2009)*, Milano, 2010; B. CARUSO, *Gli esiti regolativi della “Riforma Brunetta” (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni)*, in *Lavoro nelle p.a.*, 2010, 2, p. 235 ss.; F. BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2009, p. 422 ss.; F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla Legge 133/2008 alla Legge n. 15/2009*, in *Lavoro nelle p.a.*, 2008, 6, p. 949 ss.; S. MAINARDI, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici*, in *Lavoro nelle p.a.*, 2009, 5, p. 729 ss.

attraverso il largo impiego di strumenti disciplinari specificamente dedicati alla prevenzione e repressione dei fenomeni di scarso rendimento, scarsa produttività e assenteismo che affliggono ampi settori della pubblica amministrazione.

Del resto, il sottinteso rapporto di causalità tra malfidato comportamento del dipendente pubblico ed inefficienza della struttura di appartenenza ed il conseguente ottimistico affidamento che la “rottura” di quel rapporto possa conseguirsi attraverso l’impiego di strumenti, in parte premiali, ma in larga parte repressivi, costituiscono per certi versi il “biglietto da visita” con cui si è presentata questa riforma, una delle possibili chiavi di lettura – di certo la più scontata, ricordando la nota polemica mediatica sui “fannulloni” – attraverso cui ci si può approcciare all’analisi della nuova disciplina.

Eppure la “Riforma Brunetta”, anche per l’ampiezza delle innovazioni introdotte, sembra offrire ulteriori spunti di riflessione che consentono di spostare il punto di osservazione sugli effetti magari non immediatamente ricercati, forse non voluti o non chiaramente messi a fuoco dal legislatore, ma con i quali occorre confrontarsi soprattutto al fine di apprezzare la coerenza di tali innovazioni con i principi ispiratori della “privatizzazione”.

Pare, infatti, incontestata – quantomeno da parte dei suoi redattori – la volontà della più recente Riforma di porsi nel solco delle innovazioni introdotte in materia di pubblico impiego a partire dai primi anni ’90 dello scorso secolo. Di fatto, né la l. n. 15/2009, né il d.lgs. 150/2009 mettono *formalmente* in discussione i principi basilari su cui è stata costruita la privatizzazione del pubblico impiego, ovvero, *in primis*, la contrattualizzazione del rapporto di lavoro e la cognizione delle eventuali relative controversie devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario².

Eppure il diverso bilanciamento tra fonti di disciplina del rapporto di lavoro che, con la “Riforma Brunetta”, sembra aprire ampi spazi di rilegificazione della materia, se in linea teorica può essere apprezzato in termini soltanto quantitativi, ad un diverso e più critico approccio, come

² Quanto invece ai profili più strettamente connessi alla qualificazione giuridica del potere disciplinare, oltre ai rilievi di carattere sistematico che saranno oggetto di analisi nelle parti seguenti, si sottolinea come la giurisprudenza abbia avuto modo di affermare, sin dagli albori della privatizzazione, che l’assoggettamento della disciplina del rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato al diritto privato determina l’inquadramento dell’«atto datoriale che viene ad incidere sulle modalità di svolgimento della prestazione» come «un atto paritetico», che «ancorché espressione del potere di supremazia gerarchica» è tuttavia «privo della efficacia autoritativa propria del provvedimento amministrativo» (Cass. civ., sez. lav., 16.5.2003, n. 7704; Cass. civ., sez. lav., 10.3.2006, n. 5320).

rilevato da autorevoli commentatori³, si dimostra capace di modificare le stesse caratteristiche di fondo del sistema.

In tale quadro, l'esame delle innovazioni introdotte nella configurazione normativa del potere disciplinare assume rilevanza sotto il profilo dell'intrinseca coerenza di tale disciplina rispetto ai principi ispiratori della privatizzazione. Perché, se è vero che, in punto di organizzazione, il riformatore del 2009 ha formalmente riconfermato il principio sancito dall'art. 5 del d.lgs. 165/2001 a mente del quale «*la pubblica amministrazione gestisce i rapporti di lavoro con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato*», in concreto questo stesso principio rischia di essere fortemente ridimensionato da diverse scelte compiute dal legislatore: da un lato, la rinuncia, in un'occasione particolarmente favorevole, a farsi carico di "costruire" finalmente la figura del "datore di lavoro pubblico", sino ad oggi afflitta ed indebolita, nella sua capacità di essere controparte credibile in sede di contrattazione, dalla non risolta articolazione delle relazioni tra le sue due componenti costitutive, quella politica e quella amministrativa⁴; dall'altro lato, la "ripubblicizzazione"⁵ dei poteri datoriali, attuata sottraendo alla fonte negoziale una serie di materie afferenti, in particolare, alle «prerogative dirigenziali» tra le quali rientrano le misure inerenti alla gestione delle risorse umane e, tra queste, i poteri disciplinari.

Si ricorderà, al tal proposito, e richiamando alcuni passaggi essenziali della riforma avviata nei primi anni '90 dello scorso secolo, come con la privatizzazione del pubblico impiego, proprio il potere disciplinare sia venuto a subire una radicale trasformazione nella sua tradizionale configurazione, venendo ad assumere lo stesso fondamento giuridico (di natura contrattuale) dell'analogo potere in campo privatistico.

L'approdo alla gestione privatistica del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione ha, infatti, segnato il definitivo abbandono della teoria della *supremazia speciale* quale fonte legittimante il potere disciplinare in capo all'amministrazione (anch'esso partecipe della funzione di cura e perseguimento dell'interesse pubblico), per riconoscere che amministrazione-datore di lavoro e dipendente vengono a trovarsi in una posizione formalmente paritaria scaturente dal contratto di lavoro.

³ C. ROMEO, *La controriforma del pubblico impiego*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 8, 2009, p. 761 ss.; G. D'AURIA, *La nuova riforma del lavoro pubblico e le autonomie regionali e locali*, in *Giornale dir. amm.*, 5, 2009, p. 484 ss.; M. MAGRI, *Il ritorno del pubblico impiego*, in *Amministrativamente* (www.amministrativamente.it), 11, 2009.

⁴ Si tratta della condivisibile impostazione del problema data da S. BATTINI, *Un vero datore di lavoro per il settore pubblico: politico o amministrativo?*, in *Giornale dir. amm.*, n. 5/2009, p. 475 ss.

⁵ Secondo l'espressione impiegata da M. MAGRI, *Il ritorno del pubblico impiego*, op. cit., p. 3 ss.

Cosicché il potere disciplinare viene ricondotto ad un interesse interno ed egoistico dell'amministrazione (che è interesse organizzativo) e non più ad un interesse esterno e generale⁶.

In altri termini, il fondamento giuridico di natura contrattuale del potere disciplinare non può che essere considerato come il risvolto dell'«inversione di rotta... sul piano della qualificazione normativa dei poteri e delle posizioni giuridiche soggettive che la p.a. assume allorché esercita i poteri del datore di lavoro nei confronti dei dipendenti» e che a sua volta riflette la circostanza per cui la gestione del rapporto di lavoro non può più essere considerata come «attività amministrativa nel senso pubblicistico, poiché non si è più in presenza di attività funzionale al perseguimento di interessi pubblici in senso proprio, bensì di attività rivolta alla cura degli interessi dell'amministrazione-datore di lavoro»⁷.

Con l'affermarsi del regime privatistico nella disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze della p.a., viene insomma superata l'idea che la singola prestazione di lavoro sia anch'essa individualmente funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico, sostituita in tale funzione dalla responsabilità di risultato che grava sul dirigente nella misura in cui

⁶ Il concetto di supremazia speciale che fonda, secondo la tradizione, il potere disciplinare si sostanzia nella «posizione di preminenza che consiste nel riconoscere ad un soggetto la possibilità di determinare precetti e irrogare sanzioni a carico di altri soggetti» ovvero di pretendere comportamenti (e punire le relative trasgressioni) «in virtù del fatto che tali comportamenti sono ritenuti indispensabili per il corretto esercizio di funzioni pubbliche o di servizi pubblici», S. MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, in *Commentario al Codice Civile*, diretto da Schlesinger, Milano, 2002, p. 48. Peraltro, già con l'entrata in vigore del Testo Unico degli impiegati civili dello Stato (d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3), si attenua l'originario modo di intendere la supremazia speciale in termini di gestione unilaterale del rapporto che conferisce all'amministrazione un potere sganciato da previsioni normative delimitanti i confini del suo esercizio. Si affaccia, cioè, anche sulla base di posizioni dottrinali meno tradizionaliste, l'esigenza di recuperare il fondamento del potere disciplinare nei precetti costituzionali ed in particolare in quel principio di legalità che impone, a garanzia del dipendente nei confronti dell'amministrazione, la necessità di predeterminare in via astratta le condotte disciplinarmente punibili (in tal senso, per una analitica ricostruzione del fondamento storico del potere disciplinare pubblico, si veda L. DI PAOLA, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato*, Milano, 34 ss.).

⁷ L. DI PAOLA, *Il potere disciplinare*, op. cit., p. 39. La tesi secondo cui la gestione del rapporto di lavoro viene totalmente ricondotta alla dimensione privatistica in quanto non funzionalizzata al perseguimento di interessi pubblici in senso stretto è sostenuta da A. CORPACI, *La fase transitoria. Il nuovo quadro normativo sul pubblico impiego*, in *Foro it.*, 1995, V, 41 ss., *contra* F. PELLIZZER, *Il potere disciplinare nello Stato*, in *Quaderni dir. lav. e rel. industr.*, 1991, p. 144, per il quale il fine pubblico perseguito dalla p.a. richiede che il potere disciplinare non possa essere assoggettato ad una disciplina esclusivamente contrattuale, dovendo mantenere comunque in capo all'amministrazione una parziale unilateralità di gestione del rapporto.

tale responsabilità viene a rappresentare il punto di contatto tra le finalità istituzionali dell'ente ed il rapporto di lavoro sottostante⁸.

Se questo è dunque il fondamento generalmente riconosciuto al potere disciplinare dopo la privatizzazione del pubblico impiego, occorre forse chiedersi se a fronte delle consistenti innovazioni introdotte con il d.lgs. 150/2009, il sistema continui a reggere sotto il profilo della sua intrinseca coerenza o se non sia invece ravvisabile più di qualche cedimento rispetto al modello originariamente voluto e delineato a partire dai primi anni '90 dello scorso secolo.

Si tratta di impostazione che, pur senza voler entrare nella polemica sulla ripubblicizzazione o meno della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, si pone come obiettivo quello di verificare, ancorché limitatamente all'analisi di un singolo istituto, se le risposte date dal legislatore del 2009 alle presunte lacune del sistema delineato con la privatizzazione non siano in realtà sintomatiche di peculiarità pubblicistiche del rapporto di lavoro alle dipendenze della p.a. che attraggono la relativa disciplina verso inevitabili connotazioni di specialità e che impediscono la piena assimilazione di tale rapporto rispetto alla disciplina civilistica.

2. *Le innovazioni introdotte dal d.lgs. 150/2009, cd. "Decreto Brunetta"*

Le nuove disposizioni introdotte dal Decreto Brunetta in materia disciplinare riguardano sia profili di carattere sostanziale, ovvero di definizione di nuove tipologie di illecito e di sanzione disciplinare rispetto a quelle già previste nella contrattazione collettiva, sia profili di carattere procedurale attraverso la definizione dei procedimenti finalizzati all'irrogazione della sanzione disciplinare.

Elemento comune ad entrambi i contenuti della disciplina è, come del resto per larga parte della Riforma, il tendenziale ampliamento della disciplina legislativa con corrispondente arretramento degli spazi occupati dalla contrattazione collettiva⁹.

Se nel sistema delineato con la cd. "seconda privatizzazione" (d.lgs. n. 80/1998) la legge si limitava a fissare i principi fondamentali della materia richiamando, a sua volta, le due norme che, nel settore dell'impiego

⁸ L. DI PAOLA, *Il potere disciplinare*, op. cit., p. 40 e S. MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, op. cit., p. 89.

⁹ Il fenomeno della ri-legificazione della disciplina in materia di impiego pubblico è stato anche affrontato, tra gli altri Autori citati in precedenza, da A. BELLAVISTA, A. GARILLI, *Riregolazione legale e decontrattualizzazione: la neoibridazione normativa del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Il lav. nelle p.a.*, 2010, 1, p. 1 ss.

privato, operano da riferimento in materia disciplinare – vale a dire l'art. 2106 c.c. (per la disciplina del principio di gradualità e di proporzionalità nell'irrogazione delle sanzioni in caso di violazione dell'obbligo di diligenza e di fedeltà) e l'art. 7 della l. 20 maggio 1970, n. 300 (cd. "Statuto dei Lavoratori", per la disciplina del procedimento e relative garanzie) – demandando alla fonte pattizia la definizione della tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni, oggi – dopo la "Riforma Brunetta" – il rapporto tra fonti regolatrici sembra invertirsi.

A conferma di ciò, si richiama, innanzitutto, l'art. 40 del d.lgs. 165/2001 a mente del quale la responsabilità disciplinare viene attratta tra le materie per cui la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge.

L'art. 55 stabilisce, poi, che le disposizioni in materia disciplinare costituiscono "norme imperative" (ai sensi e per gli effetti degli artt. 1339 e 1419 c.c., disposizioni che definiscono il fenomeno della eterointegrazione contrattuale con sostituzione automatica e di diritto delle clausole contrattuali difformi rispetto alla previsione legale) e che «*salvo quanto previsto dal presente capo, la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni è definita dai contratti collettivi*».

A ciò si aggiunga l'abrogazione del rinvio operato all'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori per il cui tramite, nel sistema previgente, la definizione dei procedimenti disciplinari era demandata in larga parte alla contrattazione collettiva, attratta anch'essa, dopo la recente Riforma, nell'ambito della disciplina dettata da fonte legislativa.

In altri termini, vale la pena osservare che la riforma non provvede a ribaltare il rapporto tra regola (ovvero che la tipizzazione delle fattispecie di rilievo disciplinare avvenga, in via principale, ad opera della contrattazione collettiva) ed eccezione (individuazione di ulteriori tipologie di illecito ad opera della legge), ma finisce comunque per ritagliare un peso assai rilevante alla fonte legislativa mediante la previsione di numerose nuove ipotesi di illecito disciplinare e di sanzioni che, per effetto del meccanismo della eterointegrazione di cui all'art. 55 del d.lgs. 165/2001, si impongono agli stessi contratti collettivi, riducendo quindi il margine di operatività del confronto negoziale su tali profili.

3. *La definizione di nuove tipologie di illecito disciplinare*

Come detto, l'ampliamento della normazione di rango legislativo si apprezza sia con riferimento ai profili di carattere sostanziale, nella definizione di nuove tipologie di infrazione e nell'introduzione di diverse fat-

tispecie sanzionatorie, sia sotto il profilo procedurale attraverso la definizione del procedimento disciplinare che si sostituisce quindi alle precedenti norme contrattuali.

Per quanto attiene ai profili sostanziali, il legislatore delegato viene a definire un articolato quadro di infrazioni e corrispondenti sanzioni che, attraverso il meccanismo della eterointegrazione contrattuale, va ad integrare il contenuto dei codici disciplinari già definiti mediante la contrattazione collettiva.

Quindi, accanto alle già conosciute sanzioni individuate in sede negoziale, ovvero richiamo verbale, censura, sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino a 10 giorni, sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da 11 giorni a 6 mesi, si aggiungono altre 4 ipotesi di sanzioni conservative e le ipotesi di licenziamento disciplinare.

L'integrazione dei codici disciplinari di matrice contrattuale avviene, dunque, sia tipizzando condotte ritenute particolarmente gravi e tali da essere sanzionate con il licenziamento, sia introducendo nuove ipotesi di sanzioni conservative, in precedenza non previste dai contratti collettivi.

Quanto alle infrazioni sanzionate con il licenziamento, queste vengono individuate dall'art. 55-*quater* del riformato d.lgs. 165/2001 in condotte che integrano ipotesi di comportamento particolarmente gravi:

a) falsa attestazione della presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente, ovvero giustificazione dell'assenza dal servizio mediante una certificazione medica falsa o che attesta falsamente uno stato di malattia;

b) 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 mancata ripresa del servizio, in caso di assenza ingiustificata, entro il termine fissato dall'amministrazione;

c) ingiustificato rifiuto del trasferimento disposto dall'amministrazione per motivate esigenze di servizio;

d) falsità documentali o dichiarative commesse ai fini o in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro ovvero di progressioni di carriera;

e) 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;

f) condanna penale definitiva, in relazione alla quale è prevista l'interdizione perpetua dai pubblici uffici ovvero l'estinzione, comunque denominata, del rapporto di lavoro.

A tali ipotesi di licenziamento, l'art. 55-*quater*, comma 2, ne individua una ulteriore nel caso di prestazione lavorativa, riferibile ad un arco temporale non inferiore al biennio, per la quale l'amministrazione di appartenenza formula, ai sensi delle disposizioni legislative e contrattuali concernenti la valutazione del personale delle amministrazioni pubbliche, una valutazione di insufficiente rendimento, 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.

L'impostazione di fondo che sembra giustificare tali misure è quella di ritenere tali condotte tanto gravi e lesive dell'immagine e dell'organizzazione dell'amministrazione da richiedere, da un lato, la loro predeterminazione normativa e, dall'altro lato, la garanzia della loro repressione mediante l'automatismo nell'irrogazione della sanzione da parte dell'amministrazione-datore di lavoro.

Con riferimento a tale ultimo profilo, si rileva come il tenore dell'art. 55-*quater* («*si applica comunque la sanzione disciplinare del licenziamento*») e la mancanza di qualsiasi parametro di valutazione sotto il profilo soggettivo ed oggettivo della condotta, lascino intendere l'operatività del meccanismo di automaticità nell'applicazione della sanzione disciplinare al ricorrere di una delle fattispecie elencate dallo stesso articolo, correlandosi altresì a quanto stabilito dal successivo art. 55-*sexies*, comma 3, che fa sorgere in capo al responsabile con qualifica dirigenziale la responsabilità disciplinare in caso di mancato esercizio o decadenza dell'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.

Disposizione che, con tutta evidenza, rende oramai obbligatoria l'azione disciplinare, in controtendenza rispetto a quanto accade nell'impiego privato.

L'automatismo nella irrogazione della sanzione disciplinare del licenziamento al ricorrere di una delle ipotesi previste dall'art. 55-*quater*, viepiù rafforzato dalla previsione dell'obbligatorietà dell'azione disciplinare, impregiudicate le più ampie implicazioni di cui si dirà di seguito, potrebbe in realtà porsi in contrasto con la consolidata giurisprudenza costituzionale che afferma, in linea di principio¹⁰, l'incompatibilità di

¹⁰ Nel senso che la Corte costituzionale ha ritenuto derogabile tale principio per una soltanto delle fattispecie elencate dall'art. 55-*quater*, ovvero condanna penale definitiva, in relazione alla quale è prevista l'interdizione perpetua dai pubblici uffici ovvero l'estinzione, comunque denominata, del rapporto di lavoro.

ogni forma di destituzione di diritto, o comunque di ogni meccanismo automatico di espulsione, con i principi di gradualità e proporzionalità della sanzione disciplinare, espressione del «*doveroso bilanciamento tra gli opposti interessi, quello del dipendente di riprendere il servizio (che riflette la tutela del diritto al lavoro garantito dall'art. 35 della Costituzione) e quello dell'amministrazione (il cui buon andamento ha rilievo anch'esso costituzionale ex art. 97 della Costituzione) di escludere temporaneamente dal servizio il dipendente*» sul quale gravi il solo fatto dell'imputazione di comportamenti suscettibili di essere valutati sotto il profilo disciplinare¹¹.

Peraltro, si è rilevato in dottrina¹² che un'interpretazione costituzionalmente orientata della succitata disciplina non potrebbe non tener conto del richiamo all'art. 2106 del Codice civile, operato dallo stesso legislatore delegato con l'art. 55, comma 2, nella parte in cui tale disposizione generalizza un criterio di valutazione incentrato sulla gradualità e proporzionalità della sanzione rispetto all'infrazione, di cui l'amministrazione, ai fini del corretto esercizio del potere disciplinare, deve tener conto sia in sede di applicazione che di motivazione del provvedimento disciplinare.

Quanto alle ulteriori ipotesi di illecito legislativamente previste, sanzionate in questo caso con misure conservative, vengono in rilievo innanzitutto quelle che, sotto un profilo classificatorio, possono essere considerate come funzionali alla stessa efficacia ed effettività del sistema disciplinare complessivamente inteso. Si tratta delle fattispecie previste dall'art. 55-*bis*, comma 7, e dal già richiamato art. 55-*sexies*, comma 3, a mente dei quali, oltre alla responsabilità in capo al dirigente per mancato esercizio o decadenza degli atti del procedimento disciplinare, si aggiunge l'ipotesi del lavoratore dipendente o del dirigente, appartenente alla stessa amministrazione pubblica dell'incolpato o ad una diversa, che, essendo a conoscenza per ragioni di ufficio o di servizio di informazioni rilevanti per un procedimento disciplinare in corso, rifiuta, senza giustificato motivo, la collaborazione richiesta dall'autorità disciplinare procedente ovvero rende dichiarazioni false o reticenti.

Quanto ai profili sanzionatori, nel caso del dirigente che colpevolmente non avvia o ritarda il procedimento disciplinare ove ne ricorrano i presupposti, è prevista la sanzione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione in proporzione alla gravità dell'infrazione non perseguita, fino ad un massimo di tre mesi in relazione alle

¹¹ In tal senso Corte cost. n. 447/1995; Corte cost. n. 374/1995; Corte cost. n. 40/1990; Corte cost. n. 971/1988.

¹² V. LOSTORTO, *Il nuovo procedimento disciplinare (artt. 67-70)*, in *La nuova riforma del lavoro pubblico*, a cura di M. Tiraboschi - F. Verbaro, Milano, 2010, p. 484.

infrazioni sanzionabili con il licenziamento, ed altresì la mancata attribuzione della retribuzione di risultato per un importo pari a quello spettante per il doppio del periodo di durata della sospensione; in caso di soggetti non aventi la qualifica dirigenziale si applica la richiamata sanzione della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione, in questo caso, però, soltanto ove non sia diversamente stabilito dal contratto collettivo.

Nel caso invece, del lavoratore, o del dirigente, che non collabora con l'autorità disciplinare fornendo le informazioni in suo possesso, la sanzione prevista dalla legge è quella della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione commisurata alla gravità dell'illecito contestato al dipendente, fino ad un massimo di quindici giorni.

Altra "categoria" di sanzioni conservative sono quelle poste dalla legge a tutela della funzione amministrativa affidata istituzionalmente all'amministrazione di appartenenza e quindi a presidio dell'efficienza ed efficacia della funzione stessa.

Ci si riferisce, in particolare, all'ipotesi in cui – a mente dell'art. 55-*sexies*, comma 1 – la violazione, da parte del lavoratore, 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) determini la condanna della pubblica amministrazione al risarcimento del danno, a cui consegue la sanzione della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da un minimo di tre giorni ad un massimo di tre mesi, in proporzione all'entità del risarcimento.

A tale previsione si aggiunge pure quella – di cui all'art. 55-*sexies*, comma 2 – che sanziona il lavoratore con la collocazione in disponibilità quando, con la sua condotta, cagioni grave danno al normale funzionamento dell'ufficio di appartenenza, per inefficienza o incompetenza professionale accertate dall'amministrazione in sede di valutazione del personale.

Infine, un ultimo insieme di infrazioni tipizzate a seguito della riforma sono quelle accomunate dalla loro riferibilità ad una particolare posizione lavorativa, per le quali si è anche parlato – ricorrendo alla concettualità penalistica – di sanzioni "proprie"¹³: si tratta di infrazioni commesse dal medico nell'esercizio della sua attività professionale e nella misura in cui la sua condotta costituisca "favoreggiamento" di comportamenti disciplinarmente rilevanti posti in essere da lavoratori alle dipendenze di un'amministrazione pubblica.

¹³ V. LOSTORTO, *Il nuovo procedimento disciplinare (artt. 67-70)*, op. cit., p. 485.

Ci si riferisce in particolare alle ipotesi previste rispettivamente dagli artt. 55-*quinquies*, comma 3 e 55-*septies*, comma 4.

Nel primo caso, qualora intervenga una sentenza definitiva di condanna o di applicazione della pena che accerti il reato di false attestazioni o certificazioni mediche sulla malattia di dipendenti di una p.a., il medico è sanzionato disciplinarmente con la radiazione dall'albo e, se dipendente di una struttura sanitaria pubblica o se convenzionato con il servizio sanitario nazionale, il licenziamento per giusta causa o la decadenza dalla convenzione.

L'art. 55-*septies* si riferisce invece all'ipotesi di inosservanza degli obblighi di trasmissione per via telematica della certificazione medica concernente assenze di lavoratori per malattia, fattispecie tipizzata come illecito disciplinare e che, in caso di reiterazione, può portare al licenziamento o alla decadenza dalla convenzione con il SSN.

Come si vede, il quadro sanzionatorio delineato dalle richiamate disposizioni pare rivolto a correggere le inadeguatezze riscontrate nella vigenza della prima e seconda privatizzazione (d.lgs. 29/1993 e d.lgs. 80/1998) andando ad incidere su vari aspetti del regime disciplinare: il legislatore delegato, infatti, non soltanto va a colpire comportamenti oggettivamente gravi e contrari al buon funzionamento degli apparati amministrativi, tanto da costituire vero e proprio malcostume all'interno delle amministrazioni (l'assenteismo ingiustificato o le false attestazioni di presenza in servizio), ma – ed è questo l'elemento di novità – tenta di rafforzare l'effettività dello strumento disciplinare a presidio dell'efficienza nell'esercizio della funzione pubblica che diviene essa stessa, non più solo finalità, ma anche parametro per l'irrogazione di sanzioni disciplinari.

Ci si riferisce, in particolare, quanto al primo aspetto, all'obbligatorietà dell'azione disciplinare che diventa essa stessa fonte di possibile responsabilità in capo al soggetto che detiene tale potere (*in primis*, il dirigente) e che, unitamente ad altre misure, quali la limitazione della responsabilità civile, ai soli casi di dolo e colpa grave, in capo al dirigente che decida di avviare il procedimento disciplinare (art. 55-*sexies*, comma 4), l'automatismo nell'applicazione del licenziamento nelle ipotesi previste dall'art. 55-*quater*, la sanzione per il rifiuto di collaborare con l'autorità disciplinare (art. 55-*bis*), punta a rivitalizzare lo strumento disciplinare¹⁴. Ma lo fa spesso perdendo di vista la precipua funzione della sanzione disciplinare che, non riducibile ad uno scopo meramente afflittivo o punitivo, dovrebbe mirare in realtà a correggere e prevenire comportamenti scorretti e ad ostacolarne il ripetersi. In altre parole, la riforma,

¹⁴ B.G. MATTARELLA, *La responsabilità disciplinare*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1/2010, p. 34.

sotto questo profilo, pecca per eccessivo rigore e volontà punitiva, sottovalutando la funzione “educativa” della sanzione.

Ma tale profilo, che ad una iniziale lettura ha sortito la maggiore risonanza anche per l’impatto mediatico delle misure introdotte dalla riforma, si accompagna ad ulteriori considerazioni che, a parere di scrive, sono espressione di ben più ampie implicazioni, anche sotto il profilo sistematico.

Come si è accennato sopra, infatti, il legislatore del 2009 non si accontenta di approntare misure volte a contrastare fenomeni di malcostume e assenteismo interni alle pubbliche amministrazioni, ma finisce con l’attrarre alla sfera del disciplinarmente rilevante anche la valutazione del rendimento del singolo lavoratore, al fine di tutelare l’efficienza complessiva non solo dell’apparato organizzativo, ma anche della funzione pubblica cui quell’apparato è preposto.

È chiaro che il contrasto del malcostume e dell’assenteismo è di per sé funzionale a soddisfare gli obiettivi della stessa disciplina in materia di impiego pubblico – in particolare, accrescere l’efficienza delle amministrazioni – ma il legislatore si spinge oltre, tipizzando infrazioni che, travalicando la dimensione strettamente organizzativa, hanno una diretta attinenza con la funzione amministrativa sottostante alla prestazione lavorativa.

Mi pare possano essere lette in quest’ottica le ipotesi che fanno discendere conseguenze di carattere disciplinare dall’inefficienza o incompetenza professionale e dalla condanna dell’amministrazione al risarcimento del danno derivante da violazione di obblighi concernenti la prestazione lavorativa.

Misure insomma che, al di là di ogni valutazione circa l’adeguatezza delle stesse a conseguire gli obiettivi individuati dal legislatore, sembrano decontestualizzare talune manifestazioni di non corretto esercizio della funzione amministrativa che, nella prospettiva assunta dalla riforma, sembrano voler essere risolte nella sfera esclusivamente individuale della singola prestazione lavorativa. Ma anche scelte che, pur astrattamente del tutto ammissibili sotto il profilo della scelta di politica legislativa di cui sono espressione, rischiano tuttavia di porsi in contraddizione con lo stesso fondamento giuridico riconosciuto al potere disciplinare nell’impiego pubblico privatizzato. Ciò, nel senso di attrarre all’interno della sfera del disciplinarmente rilevante valutazioni che non attengono esclusivamente alla gestione del rapporto di lavoro individuale, ma che involgono questioni attinenti anche alla funzione amministrativa cui quel rapporto è, di fatto, preordinato.

4. *I profili procedurali*

La regolamentazione del procedimento disciplinare costituisce uno degli aspetti su cui la privatizzazione iniziata nei primi anni '90 ha inciso con maggiore rilievo, attraverso il tentativo di ricondurre il sistema disciplinare dell'impiego pubblico al modello tipico del rapporto di lavoro privato. In altri termini, ad un quadro normativo dominato dalla fonte legislativa, andò a sostituirsi un modello quasi integralmente definito a livello contrattuale nel quale la disciplina di rango primario assumeva un ruolo del tutto recessivo.

Con la Riforma del 2009, la regolamentazione del procedimento disciplinare subisce un nuovo rovesciamento nel rapporto tra fonti. Oggi è la legge, e più precisamente l'art. 55-*bis* del d.lgs. 165/2001, a dettare puntualmente le disposizioni in materia di procedimento disciplinare, con la fonte negoziale di fatto espunta dalla regolamentazione della materia. Infatti, a mente dell'ultimo capoverso dell'art. 55-*bis*, comma 1, soltanto la disciplina del rimprovero verbale è rimessa alla contrattazione collettiva, con una previsione, invero, assai curiosa, non potendosi immaginare quale possa essere la proceduralizzazione di una sanzione di questo tipo. In buona sostanza, l'effetto non sarebbe stato diverso se il legislatore avesse deciso di escludere formalmente la fonte negoziale dalla disciplina in materia procedimentale.

Al di là di tali notazioni di limitato rilievo, ciò che invece assume notevole interesse è il fatto che il legislatore abbia delineato due distinti modelli procedurali, a seconda della gravità dell'illecito disciplinare contestato e che, per le infrazioni meno gravi, abbia devoluto la competenza al responsabile della struttura, sempreché questi abbia qualifica dirigenziale.

Per le infrazioni di minore gravità, ovvero quelle per le quali è prevista l'irrogazione di sanzioni superiori al rimprovero verbale ed inferiori alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per più di dieci giorni, il procedimento è, infatti, "monocratico", competendo la relativa istruttoria, come detto, al responsabile della struttura, purché titolare di qualifica dirigenziale.

In questi casi, quando il responsabile della struttura cui il dipendente afferisce abbia notizia di comportamenti punibili con le sanzioni sopra richiamate, deve senza indugio, e comunque nel termine di venti giorni, contestare per iscritto l'addebito e convocare il lavoratore per il contraddittorio a sua difesa. Al dipendente è concesso un termine "a difesa" di almeno dieci giorni e durante il colloquio per il contraddittorio può essere assistito da un procuratore ovvero da un rappresentante del-

l'associazione sindacale cui il lavoratore aderisce o conferisce mandato. Entro il termine fissato per la convocazione, il dipendente, se non intende presentarsi, può inviare una memoria scritta o, in caso di grave ed oggettivo impedimento, formulare motivata istanza di rinvio del termine per l'esercizio della sua difesa.

Il procedimento disciplinare si conclude nel termine di sessanta giorni con un provvedimento di archiviazione, ovvero di irrogazione della sanzione qualora venga provata la responsabilità disciplinare del lavoratore.

Qualora, invece, il responsabile della struttura in cui il dipendente lavora non abbia qualifica dirigenziale, oppure in caso di infrazione per la quale è prevista la sanzione superiore alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per più di dieci giorni, la competenza ad istruire il procedimento disciplinare è riconosciuta in capo all'Ufficio per i procedimenti disciplinari.

In questo caso il responsabile della struttura in cui il dipendente lavora trasmette gli atti, entro cinque giorni dalla notizia del fatto, all'Ufficio competente. Il procedimento si svolgerà secondo le stesse modalità illustrate per il procedimento monocratico (di cui all'art. 55-*bis*, comma 2), ma con la essenziale differenza che tutti i termini vengono raddoppiati.

Nell'uno come nell'altro modello procedimentale, il profilo temporale assume un ruolo centrale: il mancato rispetto dei termini, infatti, comporta, per l'amministrazione, la decadenza dall'azione disciplinare, mentre per il dipendente, naturalmente per i termini posti a garanzia del diritto di difesa, la decadenza dall'esercizio dello stesso.

Sotto questo profilo, vale la pena ricordare che la decadenza dall'esercizio dell'azione disciplinare, così come l'omissione o il ritardo, senza giustificato motivo, degli atti del procedimento disciplinare, le valutazioni sull'insussistenza dell'illecito disciplinare irragionevoli o manifestamente infondate, in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare, costituiscono condotte valutabili, anch'esse sotto il profilo disciplinare, per i soggetti aventi qualifica dirigenziale, che possono così essere sanzionati con la sospensione dal servizio con privazione della retribuzione in proporzione alla gravità dell'infrazione non perseguita, fino ad un massimo di tre mesi in relazione alle infrazioni sanzionabili con il licenziamento, ed altresì la mancata attribuzione della retribuzione di risultato per un importo pari a quello spettante per il doppio del periodo della durata della sospensione.

In realtà, con riferimento ai procedimenti disciplinari, le disposizioni che hanno maggiormente attratto l'interesse dei commentatori, destando non poche perplessità, sono quelle che conferiscono una sorta di

“ultrattività” al procedimento disciplinare rispetto al rapporto di lavoro intercorrente tra amministrazione e lavoratore assoggettato a procedura sanzionatoria.

I commi 8 e 9 dell’art. 55-*bis* stabiliscono, infatti, che il procedimento disciplinare a carico del lavoratore debba comunque aver corso anche nel caso in cui si interrompa formalmente il rapporto di lavoro con l’amministrazione presso la quale è stata consumata la condotta disciplinarmente rilevante.

In particolare, il comma 8 si riferisce al caso di trasferimento del dipendente, a qualunque titolo, in un’altra amministrazione pubblica che comporta che il procedimento sia avviato o concluso o la sanzione applicata presso quest’ultima amministrazione. In caso di pendenza dei termini del procedimento, si determina l’interruzione degli stessi con nuova decorrenza a partire dalla data del trasferimento.

Quanto, invece, all’ipotesi di cui al comma 9, in caso di dimissioni del dipendente, se per l’infrazione commessa è prevista la sanzione del licenziamento o nel caso sia stata disposta la sospensione cautelare dal servizio, il procedimento disciplinare ha egualmente corso e le determinazioni conclusive dello stesso sono assunte ai fini degli effetti giuridici non preclusi dalla cessazione del rapporto di lavoro.

Si tratta, come detto, di disposizioni che hanno sollevato contrastanti reazioni nei primi commentatori, tra chi riconosce alla disposizione il merito di aver comunque colmato una lacuna normativa¹⁵ – causa, in precedenza, di incertezze e difficoltà operative di esercizio dell’azione disciplinare anche in casi di situazioni particolarmente gravi – e interpreti che, al contrario, considerano entrambe le disposizioni sproporzionate e irragionevoli rispetto alla finalità di carattere preventivo che dovrebbe assumere la sanzione disciplinare¹⁶.

¹⁵ Così V. LOSTORTO, *Il nuovo procedimento disciplinare (artt. 67-70)*, op. cit., p. 497 ss.

¹⁶ R. URSI, *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il Decreto Brunetta*, in *Il lav. nelle p.a.*, 2009, 05, 759 ss., per il quale la disposizione contenuta nel comma 8 è «assolutamente eterodossa rispetto al sistema disciplinare e amministrativo: si intende perseguire la condotta anche se cambia il datore di lavoro, onerando quest’ultimo dallo svolgimento di un procedimento disciplinare nei confronti di un dipendente che non ha commesso alcuna infrazione nei suoi confronti. Il carattere pubblico di entrambi i datori di lavoro non giustifica una norma di tale tenore in quanto si postulerebbe un’identità organizzativa, mentre, come è noto, ogni amministrazione ha un proprio assetto economico, organizzativo e contabile non sempre compatibile con quello di altra e i cui rapporti di lavoro spesso sono disciplinati da diverse fonti collettive». Quanto invece alla disposizione contenuta nel comma 9, l’A. rileva come non risulti chiaro lo scopo perseguito dal legislatore anche in ragione dell’ambigua formula che si riferisce agli “effetti giuridici non preclusi dalla cessazione del rapporto”. Se lo scopo del procedimento disciplinare deve essere quello di sanzionare l’inadempimento del lavoratore in funzione repressiva e preventiva, «una previsione come quella in

Sempre con riferimento a questioni rilevanti sotto il profilo procedimentale, la riforma ha affrontato anche il problema del rapporto tra procedimento disciplinare e procedimento penale, ovvero la particolare situazione in cui la condotta rilevante sul piano disciplinare, integri anche illecito penale.

Nella previgente disciplina, la concorrenza tra le due azioni comportava la sospensione del procedimento disciplinare nella quasi totalità dei casi, in attesa della definizione del procedimento penale. Circostanza questa che, soprattutto in caso di condotte particolarmente gravi, non assisteva adeguatamente l'interesse dell'amministrazione a tutelarsi di fronte a possibili ulteriori danni cagionati dal suo dipendente.

Con la riforma del 2009, ed in particolare con la disposizione di cui all'art. 55-ter, la sospensione del procedimento disciplinare diviene ipotesi eccezionale, dal momento che lo stesso, quando abbia ad oggetto, in tutto o in parte, *«fatti in relazione ai quali procede l'autorità giudiziaria, è proseguito e concluso anche in pendenza del procedimento penale»*.

Peraltro, al fine di "temperare" la regola appena accennata, il legislatore la rende vincolante soltanto per gli illeciti disciplinari di minore gravità, costituenti oggetto del procedimento disciplinare "monocratico" di cui all'art. 55-bis, comma 1, primo periodo. Negli altri casi, è lasciata ad una valutazione discrezionale dell'Ufficio competente decidere se, nei casi di particolare complessità dell'accertamento del fatto addebitato al dipendente e quando all'esito dell'istruttoria non dispone di elementi sufficienti a motivare l'irrogazione della sanzione, il procedimento disciplinare vada sospeso fino alla conclusione di quello penale, fatta salva comunque la possibilità di applicare misure di prevenzione quali la sospensione o altri strumenti cautelari nei confronti del dipendente.

Al fine comunque di non rendere la disciplina così introdotta confliggente con i principi da sempre sostenuti dalla Corte costituzionale, in base ai quali la sentenza penale ha efficacia di giudicato nel procedimento disciplinare, il legislatore ha introdotto una clausola di salvezza nel caso in cui il contenuto del provvedimento disciplinare già adottato confligga con la sentenza penale successivamente intervenuta, distinguendo peraltro i casi in cui la decisione in sede penale sia favorevole o meno al lavoratore.

commento non ha nessuna giustificazione in presenza di dimissioni volontarie. La cessazione del rapporto non è l'esito della procedura disciplinare, come in caso di licenziamento, ma è una scelta del lavoratore: un'irrogazione di sanzione postuma non trova alcuna giustificazione in relazione alle finalità generali di potenziamento con il livello di efficienza ed il contrasto dei fenomeni di scarsa produttività. Forse si cerca di evidenziare i profili preventivi nei confronti degli altri dipendenti, ma in tal caso la previsione appare sproporzionata ed irragionevole».

Nel caso in cui (comma 2) il procedimento disciplinare, non sospeso, si concluda con l'irrogazione di una sanzione, ma successivamente la sentenza penale accerti in modo irrevocabile che il fatto addebitato al dipendente non sussiste o non costituisce illecito penale o che il dipendente medesimo non lo ha commesso, l'autorità amministrativa competente, su istanza dell'interessato, proposta non oltre il termine di 6 mesi dall'irrevocabilità della sentenza penale, riapre il procedimento disciplinare per modificarne o confermarne l'atto conclusivo in relazione all'esito del giudizio penale.

Quando invece (comma 3), il procedimento disciplinare si concluda con un'archiviazione e quello penale con una sentenza irrevocabile di condanna, l'autorità competente riapre il procedimento disciplinare per adeguare le proprie statuizioni all'esito del giudizio penale.

Peraltro il procedimento disciplinare si riapre anche nel caso in cui, pur essendo le due autorità giunte ad analogo giudizio di responsabilità, dalla sentenza penale emerge l'accertamento di fatti che avrebbero comportato l'irrogazione della sanzione del licenziamento in luogo di quella concretamente applicata in sede disciplinare di minore gravità.

5. *La "rilegificazione" del potere disciplinare e sua (in)coerenza con i principi della privatizzazione del pubblico impiego. Considerazioni conclusive*

La sintetica analisi delle innovazioni introdotte dalla l. 15/2009 e dal relativo decreto attuativo in punto di regolazione del potere disciplinare, fa emergere due dati di fondo caratterizzanti la Riforma: il primo, di carattere formale, che si manifesta in una "riappropriazione" della materia da parte della fonte legislativa, aspetto che, peraltro – come ampiamente sottolineato dai primi commentatori –, accomuna tale materia a vari aspetti della disciplina concernente il rapporto di lavoro. Il secondo aspetto, invece, di carattere sostanziale, attiene alla constatazione di un generale aggravamento del regime della responsabilità disciplinare, con la tipizzazione di un certo numero di condotte sanzionate con la "pena" più grave, ovvero il licenziamento, e con l'inserimento di altre tipologie sanzionatorie che hanno la specifica funzione di rafforzare lo stesso sistema disciplinare, garantendone maggiore efficacia ed effettività in fase applicativa.

Questi due elementi sono il risultato dell'attuazione di uno degli obiettivi posti dalla legge delega (l. 15/2009), ovvero la «definizione di un sistema più rigoroso di responsabilità dei pubblici dipendenti» (art. 2,

comma 1, lett. *f*), che, nel coniugarsi con un altro obiettivo individuato dalla legge stessa – quello di cui alla lettera *a*) dell'art. 2, comma 1 – lascia intravedere alcune possibili contraddizioni interne alla Riforma, che – come si dirà – possono essere ricondotte ad un vizio di fondo delle scelte operate dal legislatore del 2009.

In effetti, la legge delega individua, tra i propri obiettivi, quello di addivenire ad una «*convergenza degli assetti regolativi del lavoro pubblico con quelli del lavoro privato, con particolare riferimento al sistema delle relazioni sindacali*», ma nello stesso tempo apre la strada al legislatore delegato per riappropriarsi di scelte in precedenza riservate all'ambito della contrattazione collettiva o, comunque, alla fonte negoziale, di guisa che l'impressione che se ne potrebbe legittimamente ricavare è quella di una intrinseca contraddittorietà tra affermazioni di principio e “selezione” degli strumenti più idonei a realizzare quegli stessi obiettivi.

Se l'intenzione del legislatore è quella di salvaguardare l'impostazione di fondo della privatizzazione, riaffermando la volontà di determinare la “convergenza” degli assetti regolativi del lavoro pubblico con quelli del lavoro privato, l'immediata obiezione che potrebbe essere sollevata in punto di ridefinizione normativa del potere disciplinare è di aver imboccato una strada esattamente opposta, quanto meno dal punto di vista dell'inserimento di elementi di differenziazione tra i due sistemi lavoristici – quello pubblico e quello privato – affatto trascurabili.

Ci si riferisce non solo al più evidente sintomo della “fuga” dall'opera di omologazione tra i due sistemi – ovvero la sostanziale rilegificazione della materia – ma anche a scelte di “contenuto” – quali l'obbligatorietà dell'azione disciplinare, l'automatismo nell'irrogazione della sanzione prevista per talune fattispecie disciplinari e la mancata previsione, in questi stessi casi, di meccanismi di graduazione della sanzione in rapporto alla considerazione di elementi oggettivi o soggettivi che possono incidere sulla valutazione della condotta punibile – che sembrano allontanare il “rinnovato” potere disciplinare del lavoro pubblico dalle caratteristiche che, anche sotto il profilo del “comune” fondamento giuridico, lo avevano avvicinato, dopo la privatizzazione, al modello tipico del lavoro privato.

Del resto, come si è già ricordato, la privatizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione aveva segnato il definitivo abbandono del concetto di “supremazia speciale” quale fondamento del potere disciplinare dell'amministrazione nei confronti dei propri dipendenti, per abbracciare, anche su basi teoriche, l'inquadramento giuridico dell'analogo potere in campo privatistico. Non più, dunque, un potere espressione della posizione di preminenza riconosciuta all'ammi-

nistrazione nei confronti di soggetti che si trovano in rapporto di servizio con essa e dell'autorità esercitabile nei loro confronti per garantire il corretto svolgimento di una prestazione lavorativa preordinata, in ultimo, all'esercizio di una funzione pubblica e quindi al raggiungimento di fini di interesse generale; ma potere che, analogamente all'esperienza privatistica, viene posto a presidio di un interesse interno ed egoistico, che si identifica con l'interesse organizzativo del datore di lavoro, con disconoscimento della diretta strumentalità di tale potere all'interesse generale perseguito dall'amministrazione.

Con la privatizzazione, in altri termini, si consolida l'idea che la singola prestazione lavorativa non sia più funzionale al raggiungimento dell'interesse pubblico tutelato istituzionalmente dall'amministrazione di appartenenza, ma che sia soltanto «la responsabilità di risultato che grava sul dirigente a costituire l'unico ed esclusivo punto di contatto tra le finalità istituzionali delle amministrazioni e lo svolgimento del rapporto di lavoro»¹⁷.

È proprio quest'ultimo profilo, a parere di scrive, a costituire il punto di svolta del sistema e a rivelare, al contempo, l'intrinseca debolezza della riforma operata nel 2009, o quanto meno, la sua inadeguatezza a sradicare le vere cause di quelle inefficienze cui la riforma stessa si propone di porre rimedio¹⁸.

A prima lettura, infatti, la rilegificazione della disciplina e l'aggravamento della responsabilità disciplinare in capo ai dipendenti pubblici sembrano conciliarsi meglio con la "vecchia" impostazione del potere disciplinare, quasi a manifestare una volontà del legislatore di accordare rinnovata rilevanza pubblicistica alla singola prestazione lavorativa, e a volerla nuovamente rendere partecipe, come avveniva nel passato, della funzione istituzionalmente attribuita alla singola amministrazione.

Che questo, nella sostanza, significhi far rivivere sotto mentite spoglie il principio di supremazia speciale non è forse sostenibile. Tuttavia si tratta di scelte che, nella misura in cui vanno ad incidere sulla stessa qualificazione giuridica di un certo potere, spingono ad una riflessione circa l'adeguatezza dei meccanismi introdotti dalla privatizzazione nel far convivere la gestione privatistica del rapporto di lavoro con le finalità pubblicistiche ed istituzionali dell'amministrazione nell'ambito della quale quel rapporto si svolge.

¹⁷ L. DI PAOLA, *Il potere disciplinare*, cit., p. 40.

¹⁸ Per una analisi critica degli effetti prodotti dalla Riforma con riferimento alla disciplina della dirigenza pubblica si veda G. NICOSIA, *I dirigenti pubblici nella Riforma Brunetta: più controllori o più controllati?*, in *Il lav. nelle p.a.*, 2010, 2, p. 323 ss.

L'impressione che, infatti, si ricava da una complessiva considerazione della Riforma è che la stessa muova dalla implicita consapevolezza del fallimento di uno degli obiettivi fondamentali della privatizzazione, ovvero quello di porre una organizzazione snella ed efficiente al servizio della funzione amministrativa in modo da garantire efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa.

Ove si riconosca, come di fatto è accaduto, che l'elemento di "racordo" tra organizzazione e funzione amministrativa è dato dal ruolo affidato alla dirigenza, responsabile, verso l'interno, del corretto funzionamento dell'apparato organizzativo e, verso l'esterno, dell'efficace esplicarsi della funzione amministrativa, il riconoscimento dell'intrinseca debolezza di tale raccordo sembra essere stato risolto dal legislatore del 2009 incidendo solo su una parte di tale relazione, quella interna ed organizzativa, lasciando "scoperto" il lato più direttamente rivolto al profilo funzionale.

Del resto che tale aspetto appaia come il più delicato ed anche, politicamente, difficile da affrontare, lo ha messo bene in evidenza quella dottrina¹⁹ che ha notato come la concreta possibilità di affermazione dell'impostazione privatistica nel lavoro alle dipendenze della p.a. sia condizionata per buona parte dalla capacità di costruire un vero datore di lavoro pubblico attraverso il rafforzamento della componente amministrativa (burocratica) della sua organizzazione.

In questo intento, la riforma del 2009 riesce solo in parte, rafforzando taluni poteri e responsabilità "datoriali" in capo alla dirigenza – e tra questi, soprattutto i poteri disciplinari – ma omettendo di affrontare la criticabile declinazione che la responsabilità dirigenziale ha assunto nel contesto della privatizzazione nel senso della sua stretta dipendenza dalla componente politica dell'amministrazione. In altri termini, ove la permanenza nell'incarico dirigenziale dipenda più da un fatto di gradimento politico rispetto all'organo che detiene il potere di nomina, che da una seria e concreta valutazione dei risultati raggiunti anche in termini di efficienza nell'esercizio della funzione amministrativa, è del tutto immaginabile che ogni sforzo di potenziare gli strumenti gestionali in capo ai dirigenti potrebbe rivelarsi del tutto inadeguata, se non addirittura comportare l'uso improprio della leva disciplinare rispetto ad inefficienze che andrebbero risolte su piani diversi (responsabilità amministrativa ed, in ultimo, anche responsabilità politica).

¹⁹ S. BATTINI, *Un vero datore di lavoro per il settore pubblico: politico o amministrativo?*, cit., p. 475 ss.

In altri termini, ed in conclusione, le innovazioni introdotte in materia di responsabilità disciplinare dal d.lgs. n. 150/2009 in attuazione della delega di cui alla l. 15/2009, possono essere apprezzate sotto un duplice profilo.

Da un lato, con riferimento al contenuto intrinseco delle disposizioni caratterizzanti la nuova regolamentazione del potere disciplinare, non si può non rilevare come, per forme e contenuti, questa risenta fortemente del clima, anche mediatico, in cui ha preso forma.

L'impostazione estremamente rigorosa che ha accompagnato il dibattito e l'approvazione di questa riforma ha influenzato profondamente la nuova disciplina, nella quale risulta estremamente rafforzato il profilo punitivo e repressivo dell'istituto, con svalutazione della funzione tipica del potere disciplinare nel senso dell'interesse al ripristino del corretto ed ordinato funzionamento dell'organizzazione amministrativa.

Tale ultimo aspetto è però soltanto uno dei possibili riflessi attraverso cui la riforma può essere apprezzata sotto il profilo della sua coerenza sistematica con i principi della privatizzazione.

Si è cercato, infatti, di mettere in rilievo come l'intervento riformatore attuato nel 2009, nel tendere all'obiettivo di aggravare e dare maggiore effettività alla responsabilità disciplinare del dipendente pubblico, abbia non soltanto ripristinato alcuni caratteri e peculiarità che determinano un formale disallineamento rispetto al modello della responsabilità disciplinare in campo privatistico, ma anche rivelato la volontà di considerare la stessa, e la prestazione di lavoro cui accede, in termini di strumentalità rispetto all'esercizio della funzione pubblica ed al perseguimento dell'interesse generale.

Si tratta, più che di una presa di posizione ideologica, espressione della volontà di tornare ad un sistema articolato sul concetto di supremazia speciale, di un tentativo di correggere alcuni fallimenti "strutturali" della privatizzazione muovendo dal presupposto che questi possano essere risolti esclusivamente sul piano delle manifestazioni più esteriori dell'inefficienza amministrativa, lasciando inalterati gli aspetti politicamente più delicati e complessi da fronteggiare.

Tutto ciò evidentemente a spese della coerenza complessiva del sistema che, pur rimanendo concettualmente ancorato ai binari della privatizzazione, deve tuttavia rinunciare a molteplici manifestazioni della stessa con corrispondenti concessioni ad una sostanziale ri-pubblicizzazione del potere disciplinare.

FRANCO PELLIZZER

LA TUTELA GIURISDIZIONALE DEL DIPENDENTE PUBBLICO

SOMMARIO: 1. Una premessa. – 2. Una riflessione. – 3. Il contesto normativo. – 4. L'art. 63 del d.lgs. 150/2001 e la posizione della Corte costituzionale. – 5. Le incertezze giurisprudenziali. – 6. Annotazione conclusiva.

1. *Una premessa*

Ad essere sinceri, il tema della giurisdizione materia di pubblico impiego – inteso nell'accezione ampia, ovvero degli ambiti propri sia del giudice ordinario che di quello amministrativo – affrontato da un amministrativista nel momento in cui il relativo assetto appare ulteriormente consolidato dalla conferma ricevuta anche nel contesto di una riforma (quella del d.lgs. 150/2009), potrebbe apparire una vera e propria provocazione; o meglio una sorta di invito a riaprire una *querelle* ormai superata con l'acquisizione della portata (quasi) generale della giurisdizione ordinaria e della eccezionalità di quella lasciata in capo al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 63 del d.lgs. 165/2001.

Infatti, dopo le articolate e approfondite dispute tra i cultori del diritto amministrativo e quelli di diritto del lavoro, una volta acclarata in termini ricostruttivi e precisata quindi dal legislatore la contrattualizzazione del rapporto e la conseguente insorgenza di situazioni qualificabili essenzialmente in termini di diritto soggettivo, è parso svanire gran parte dell'interesse dottrinale a riaffrontare il tema del riparto delle giurisdizioni nel suo complesso¹.

¹ Tra i molteplici contributi e saggi sullo studio della disciplina dell'impiego pubblico con attenzione alle implicazioni giurisdizionali, per quanto di rilievo ai fini del presente lavoro si ricordano quelli di A. CORPACI, *Riparto della giurisdizione e tutela del lavoro nella pubblica amministrazione*, Milano, 1985; S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, 2000; *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in F. CARINCI e M. D'ANTONA (diretto da), Milano, 2000; M. CLARICH e D. IARIA, *La riforma del pubblico impiego*, Rimini, 2000; F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e atti-*

Invero, molte delle tematiche indotte dal riparto consacrato nell'art. 63 hanno continuato a ricevere attenzione da parte della dottrina (specie con riferimento al tema della relazione tra atto amministrativo di organizzazione ed atto espressivo di potere datoriale della pubblica amministrazione), senza tuttavia registrare l'assunzione di posizioni antinomiche rispetto agli esiti processuali della riforma dell'impiego pubblico. Così come anche sul versante strettamente pubblicistico sono stati a tratti ripresi singoli profili della tutela giurisdizionale, ma per lo più nell'ottica di fare ragione della raggiunta pienezza della giurisdizione esclusiva riconosciuta al giudice amministrativo relativamente alle categorie escluse dalla privatizzazione *ex art. 3, comma 1, del d.lgs. 165/2001*.

È ciò ovviamente senza nulla togliere ai riflessi sul versante della tutela delle analisi e dei contributi con cui la dottrina amministrativistica ha accompagnato la riforma della disciplina sostanziale del pubblico impiego, sia, ancor più, l'evoluzione che ha contraddistinto il sistema amministrativo a far tempo dal 1990 seguendo una prospettiva di valorizzazione dei profili funzionali (ed in parte consensuali) del potere a discapito della tradizionale caratterizzazione unilaterale ed imperativa, anche in aderenza alla necessità di verificare l'operato dell'amministrazione secondo canoni di appropriatezza ed adeguatezza dei risultati conseguiti².

Di qui, quanto meno a prima impressione, l'apparente "non senso" dell'occuparci di profili giurisdizionali proprio nel momento in cui la rinnovata attrazione pubblicizzante – quella che la cd. "riforma della riforma" pare aver ri-legificato e ri-pubblicizzato – non ha comunque scalfito il sistema di tutela giurisdizionale stabilizzato nel 2001 muovendo dall'assunto che la prevalente (o quasi generale) attribuzione al giudice

vità della pubblica amministrazione, Torino, 2002; A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004; A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto di impiego con enti pubblici*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1993, pp. 461 ss.; L. TORCHIA, *Giudice amministrativo e pubblico impiego dopo il d.lgs. n. 80/1998*, in *Lav. nelle p.a.*, 1998, pp. 1055 ss.; E. FOLLIERI, *Riforma del lavoro pubblico e problemi di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, pp. 512 ss.; L. ZOPPOLI, *Dieci anni di riforma del lavoro pubblico (1993-2003)*, in *Lav. nelle p.a.*, 2004, pp. 751 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Le ragioni di un diritto ineguale e le peculiarità del rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2003, pp. 123 ss.; A. TRAVI, *La giurisdizione civile nelle controversie di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 32; V. TALAMO, *Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, pp. 469 ss.; F. SAITTA, *Contratti individuali di lavoro e graduatorie concorsuali alla ricerca di un (solo) giudice: senza la concentrazione delle tutele non può esservi effettività*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, pp. 886 ss.; M. CALCAGNILE, *Il rapporto di impiego con gli enti pubblici e la funzione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 187 ss.

² In proposito si veda la puntuale analisi di A. PIOGGIA, *Funzione amministrativa e giudice del lavoro*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2007, pp. 395 ss.

ordinario rappresenti l'unico mezzo in grado di assicurare pienezza ed effettività della tutela a situazioni sempre e comunque (eccezion fatta per quelle relative alle procedure concorsuali per l'assunzione riservate al giudice amministrativo ai sensi del comma 4 dell'art. 63 cit.).

Una volta chiarito che ci si trova in presenza di una riforma "a giurisdizione invariata" (la cui effettiva portata sostanziale appare ancora da verificare) e che quindi la componente processuale del sistema non richiede di per sé alcuna esegesi normativa, occorre peraltro evitare di seguire una diversa più ampia suggestione per giungere a chi sa quali nuove letture dell'impianto sotteso all'art. 63 del TUIP.

Mi riferisco, nello specifico, alla riconduzione del riparto giurisdizionale (fondato sulla distinzione tra atti macro-organizzativi ed atti datoriali dell'amministrazione con prevalente attrazione assorbente di quest'ultima categoria) alla più ampia tematica del rapporto tra funzione amministrativa e agire negoziale del potere pubblico ed in particolare dei riflessi – in punto di regime giuridico – della prima sul secondo. Si tratta, senza alcun dubbio, di profili di estremo interesse oggetto di incessante attenzione da parte della dottrina e dello stesso legislatore (si pensi, ad esempio agli artt. 1 e 11 della legge 241 del 1990); va peraltro rammentato che una certa difficoltà di composizione delle ragioni pubblicistiche e delle ragioni privatistiche dell'azione amministrativa permane ancora (specie in giurisprudenza) determinando una sorta di indefinitezza del regime giuridico proprio dell'attività amministrativa non autoritativa con possibili conseguenze negative sotto il profilo dell'effettività del sindacato giurisdizionale.

Ecco che allora, per evitare considerazioni inutili e un po' provocatorie, così come per non incorrere in pretestuose dissertazioni sul "futuro", una possibile linea da seguire nella rilettura della tutela giurisdizionale in materia di impiego pubblico potrebbe essere orientata a verificare se i principi costituzionali sulla tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive trovino inveramento nel criterio di riparto adottato dall'art. 63 TUIP; e ciò alla luce del riconoscimento di una giurisdizione piena sulle questioni attinenti sia a diritti soggettivi che a interessi legittimi, nonché dell'adeguatezza dei poteri riconosciuti al giudice ordinario ed al giudice amministrativo nei rispettivi ambiti e nelle correlate intersezioni (si pensi per tutti al rapporto tra azioni costitutive del g.o. e potere amministrativo, al potere di disapplicazione degli atti amministrativi presupposti da parte dello stesso g.o., come pure alla possibile concorrenza dell'azione di annullamento dinnanzi al g.a.).

In questa prospettiva potrà risultare di una qualche interesse ripercorrere sinteticamente le linee evolutive del congegno giurisdizionale

perfezionatosi nel corso della “*rimforma lunga*” del pubblico impiego³, come pure focalizzare, sulla scorta di alcune pronunce giurisprudenziali, le principali problematiche operative involgenti categorie giuridiche essenziali e strumenti consolidati dello stesso sistema amministrativo: dall’atto amministrativo generale all’atto organizzativo gestionale, dal concorso pubblico alle diverse forme di selezione “paraconcorsuale”, dalle situazioni soggettive classiche alle loro possibili commistioni, dal potere di disapplicazione da parte del g.o. dell’atto amministrativo presupposto alla pienezza della giurisdizione esclusiva del g.a. specie alla luce del nuovo Codice del Processo Amministrativo di cui al d.lgs. 104/2010.

Seguendo una simile impostazione, non verrà affrontato il tema dell’impiego pubblico *non privatizzato*; e non tanto per allinearsi ad un certo ingiustificato disinteresse che da tempo caratterizza la posizione della dottrina⁴, quanto per economia del presente contributo. Questo non senza rilevare, doverosamente, come anche su tale versante si sia di recente riflessa la positiva evoluzione che ha caratterizzato il sindacato del giudice amministrativo, sia in sede di giurisdizione generale di legittimità, sia in sede di giurisdizione esclusiva, come attestato – sia pure ancora con qualche compromesso – dal recente Codice del Processo Amministrativo.

2. *Una riflessione*

Muovendo da questa premessa, anche gli amministrativisti che – come chi scrive – poco si occupano di diritto del lavoro pubblico assumono come punti fermi della disciplina, sotto il profilo sostanziale, l’avvenuta privatizzazione della posizione della pubblica amministrazione e la contrattualizzazione del rapporto, sotto il profilo processuale, un riparto tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa improntato dalla dimensione generale di quella ordinaria, depurata dalla residuale riserva al giudice amministrativo delle questioni attinenti alle procedure concorsuali e, in sede di giurisdizione esclusiva, ai rapporti di lavoro non privatizzati.

³ Come sempre, evidenziato con particolare efficacia da F. CARINCI, *Privatizzazione del pubblico impiego e ripartizione della giurisdizione per materia (breve storia di una scommessa perduta)*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, pp. 1049 ss.

⁴ Chiaramente evidenziata da A. POZZI, *Lavoratori pubblici e giurisdizione esclusiva tra principi costituzionali e effettività di tutela*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2007, 605 ss., nonché ID., *Il contenzioso lavoristico delle carriere non privatizzate innanzi al giudice amministrativo: principio di specialità, discrezionalità tecnica, risarcimento del danno, pregiudizialità amministrativa, colpa dell’amministrazione*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2007, pp. 1031 ss.

Ma per coloro che non si interessano di frequente di questi temi e dei profili processuali, tali certezze vacillano allorché, allontanandosi dal livello delle ricostruzioni teoriche della componente sostanziale pubblicizzante della disciplina (penso al sistema delle fonti, degli atti regolamentari e per certi aspetti della dirigenza), ci si addentra sul versante più propriamente organizzativo/operativo e quindi in quello della tutela giurisdizionale.

A livello di impressione del tutto personale, e come tale priva di alcuna pretesa di fondatezza (quasi un mero interrogativo), sembrano emergere due opposte tendenze:

– l'una di recupero da parte della PA di spazi organizzativi rimessi alla fonte unilaterale, al regolamento, all'atto amministrativo normativo generale, con conseguente ritrazione degli ambiti contrattualizzati, e come tale tesa a rimarcare una sorta di spazio "riservato" alla discrezionalità amministrativa⁵;

– l'altra mirante, invece, a ricondurre sempre e comunque le questioni di gestione del rapporto al contratto, a prescindere dal riflesso di momenti strettamente organizzativi generali (cd. "macro"), con conseguente assorbimento nella giurisdizione del g.o. quale giudice del lavoro⁶.

Una parziale spiegazione alla *prima tendenza* è forse oggi data dal d.lgs. 150/2009 ed in particolare dalla cedevolezza della fonte contrattuale dinanzi al carattere imperativo assegnato (in termini generalizzati, sia pure solo tendenzialmente) alle norme legislative secondo quanto disposto dall'art. 2, comma 2, del d.lgs. 150/2009, influenzata o indotta – come rilevato da autorevole Dottrina – da «una sostanziale diffidenza rispetto alla capacità autoriformatrice della pubblica amministrazione, che la privatizzazione aveva creduto di poter trovare in una dirigenza rilegittimata e riqualificata ed in una controparte sindacale disposta a condividere la scommessa di una maggiore efficienza»⁷.

Sul terreno della *seconda* (che temo solo apparentemente) opposta *tendenza*, pare essersi creata (nei fatti) una situazione alquanto singolare, così sintetizzabile:

⁵ Peraltro le modifiche apportate dal d.lgs. 150/2009 sembrano andare in questa direzione, come con grande chiarezza di argomentazioni è prospettato in *questo volume* dal contributo di M. MAGRI, *La legificazione del sistema delle fonti: tra istanze «neocorporative» e realtà delle relazioni sindacali*.

⁶ Si tratta di un aspetto emergente soprattutto dall'analisi della giurisprudenza e dalle incertezze sovente presenti in punto di rapporti tra potere di annullamento del giudice amministrativo e disapplicazione dello stesso da parte del giudice ordinario. In dottrina si veda, per tutti, D. BORGHESI, *La giurisdizione del pubblico impiego privatizzato*, Padova, 2002, in part. 31-32.

⁷ Così F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla legge 15/2009*, in *Lav. pubb. amm.*, 2008, pp. 949 ss.

a) la privatizzazione dell'impiego pubblico rappresentava conquista di spazio contrattuale, paritetico, di autonomia negoziale e sindacale (tanto è che oggi si tende a ridurla); ne era ed è comprova il carattere inclusivo delle materie riservate alla fonte contrattuale e quello esclusivo delle materie riservate alla legge;

b) l'ambito attribuito alla giurisdizione ordinaria (dai primi tre commi dell'art. 63) avrebbe dovuto significare garanzia di un sindacato penetrante, sostanziale sul potere amministrativo "depotenziato" in senso datoriale, con assorbimento nella dinamica contrattuale di vecchi ambiti di discrezionalità, operando una sorta di "dequotazione" del potere amministrativo discrezionale; tanto è che nella consapevolezza della difficoltà di valutare (o più correttamente non affrancare) alcuni profili tipici dell'azione delle amministrazione la dottrina si era anche interrogata sulla possibilità di prospettare situazioni di *interessi legittimi di diritto privato* ricercando una declinazione dei principi di "correttezza" e "buona fede" comprensiva di alcuni parametri classici delle figure dell'eccesso di potere⁸;

c) poi nei fatti, la sensazione che il sindacato del giudice ordinario – ovvero di un sindacato sul rapporto (e quindi su diritti soggettivi derivanti o connessi al contratto) anziché sull'atto amministrativo (sulle scelte a monte, sulle valutazioni e decisioni organizzative, sui vincoli procedurali conquistati con tanta difficoltà con la legge 241/1990) – sia risultato meno pericoloso del previsto proprio sul fronte della parte pubblica; e ciò non fosse altro per il mantenimento della scelta "discrezionale" a monte, conoscibile solo incidentalmente, disapplicabile, non annullabile e senza effetti di giudicato.

Di qui la tendenza a far confluire nell'atto gestionale datoriale, nell'atto che incide su diritti, anche questioni che riflettono e implicano situazioni di interesse legittimo. Con ciò sfruttando l'impostazione per cui la disapplicazione, correlandosi necessariamente in via principale a questioni di diritto soggettivo, può offrire tutela alle eventuali situazioni di interesse legittimo solo e nella misura in cui le stesse rilevino nel rapporto contrattuale; non invece ove le stesse attengano alla posizione dello stesso dipendente ma formalmente estranee al rapporto (come nel caso dell'incidenza surrettizia dell'atto datoriale sui futuri assetto organizzativi dell'amministrazione).

Si tratta, come evidente, di una semplice sensazione, certamente parziale. Credo possa comunque essere di qualche utilità proprio nell'ottica di riportare l'attenzione *sul grado di* effettività della tutela e sul por-

⁸ Il riferimento è alla nota monografia di C. ZOLI, *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Milano, 1988.

tato dell'art. 113, comma 3, della Costituzione (in relazione al comma 2 dell'art. 63), ovvero sull'adeguatezza di un sistema incentrato su una doppia riserva: una di esclusività dell'azione di annullamento dell'atto amministrativo in capo al g.a., l'altra di spettanza al g.o. di poteri costitutivi ma solo in ordine ad atti e comportamenti involgenti diritti soggettivi.

3. *Il contesto normativo*

Per ragioni sistematiche, ovvero per cercare di contestualizzare le successive riflessioni a margine di alcune pronunce giurisprudenziali, nonché per cercare di comprendere – attraverso la correlazione tra parte sostanziale e parte processuale – gli eventuali riflessi che la “riforma” potrà avere anche sul riparto di giurisdizione, credo sia opportuno tenere in debita considerazione alcune tappe del percorso che ha condotto alla disciplina su cui ha inciso il d.lgs. 150 del 2009.

Dal 1983 – ovvero dall'avvio di una riforma storica definita significativamente come “riforma lunga” (Carinci), espansa sia in orizzontale (tutte le PA tranne eccezioni specifiche) e verticale (dalla dirigenza al basso) – ad oggi, molta attenzione è stata posta sulla radicale scelta di campo (privatizzazione e contrattualizzazione) effettuata nella logica dell'efficienza, dell'amministrazione di risultato, della separazione politica-amministrazione e della coesistente riarticolazione del sistema delle fonti, considerando in un certo senso come ancillare la prospettazione dei rapporti tra atti amministrativi latamente organizzativi/programmatori (macro) e atti gestionali (micro).

In una *prima fase* – quella segnata dalla legge delega 421/1992 e dal d.lgs. 29/1993 –, una volta sancita l'essenzialità della contrattualizzazione del rapporto di impiego e la connotazione “privatistica” della posizione ricoperta dall'amministrazione, l'impostazione di fondo appariva segnata da una sorta di corrispondenza dei criteri di riparto, disciplinare e processuale.

In altri termini, in linea tendenziale, gli ambiti riservati alla legge ed alla fonte unilaterale (principi fondamentali organizzazione degli uffici; selezione e accesso; ruolo e dotazioni organiche; libertà di insegnamento; responsabilità e incompatibilità) in contrapposizione a ciò che invece spettava alla fonte contrattuale⁹, fungevano da parametro di riferimento

⁹ Anche se si tendeva a limitare il *favor contrattuale* prevedendo che l'applicazione delle norme di diritto privato fosse condizionata dalla compatibilità delle stesse con la specialità e gli interessi pubblici perseguiti dall'amministrazione. Il che, oggi, pare essere in un certo senso rievocato da quanto disposto all'art. 2, commi 2 e 3-bis, del TUIP come novellato dal d.lgs. 150/2009.

per segnare il discrimine tra ciò che era rimesso alla giurisdizione amministrativa e ciò che invece veniva demandato al sindacato del giudice ordinario. Così finendo, sul versante della tutela, per indicare una soluzione improntata maggiormente ad un criterio di riparto per materia, anziché incentrata sulla qualificazione dei poteri e delle situazioni soggettive coinvolte.

In una *seconda fase* – di consolidamento del trend contrattual-privatizzante emergente dai successivi decreti correttivi – così come sul piano della disciplina sostanziale veniva sostanzialmente ristretta la “specialità pubblicistica” rapportando il parametro di compatibilità della disciplina contrattuale non più all’indeterminatezza degli interessi pubblici quanto piuttosto al canone positivo dei limiti posti dallo stesso d.lgs. 29/1993, sul versante giurisdizionale trovava consolidamento il favor per la giurisdizione ordinaria: da un lato specificando i casi – a riserva pubblicistica *ex art. 2* – rimessi al giudice amministrativo dall’altro tramite la precisazione della sua esclusione per le materie a riserva pubblicistica di cui all’art. 2, dall’altro, la specificazione (all’art. 68) delle materie “*in ogni caso*” attribuite al giudice ordinario in quanto attinenti al “*rapporto di lavoro in corso*”¹⁰.

Anche in questo caso, l’obiettivo era quindi quello di garantire la permanenza della giurisdizione ordinaria aderendo nei fatti ad una ripartizione per materia; quasi che il legislatore avesse avvertito il rischio dei possibili conflitti di giurisdizione indotti da una ripartizione ancorata al criterio classico delle situazioni soggettive coinvolte.

La *terza fase* – quella contraddistinta dal più generale percorso riformatore della legge 59 del 1997 e dai relativi decreti attuativi tra cui, in primis, il d.lgs. 80/1998, sfociata poi per i rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni nel d.lgs. 165 del 2001 – poggia, per un verso, sull’introduzione di una prima vera distinzione delle fonti e della relativa disciplina sostanziale incentrata su ciò che pertiene alla macroorganizzazione dell’amministrazione (linee fondamentali dell’organizzazione degli uffici, individuazione degli uffici di maggiore rilevanza, e dotazioni organiche complessive) con scomparsa delle “*ex materie riservate*”, per altro verso, sul cd. “*compromesso giurisdizionale*”¹¹ previsto dalla legge Bassanini ed in cui, accanto al consolidamento dell’estensione

¹⁰ Riguardanti precisamente: periodo di prova; diritti patrimoniali retributivi; diritti patrimoniali risarcitori; progressioni; applicazione criteri previsti da atti di organizzazione e da contratti collettivi su aspetti del rapporto lavoro; tutela della salute; sospensione del rapporto; trasferimenti; sanzioni disciplinari; risoluzione rapporto lavoro; previdenza e assistenza; diritti sindacali e comportamenti antisindacali; pari opportunità.

¹¹ F. CARINCI, *Privatizzazione del pubblico impiego e ripartizione della giurisdizione per materia*, cit., p. 1053.

della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (artt. 33 e 34 del d.lgs. 80 del 1998 con riferimento a servizi pubblici, urbanistica ed edilizia, nonché art. 34 con riferimento ai poteri istruttori per un più completo accertamento del fatto), viene assunto in modo ancor più netto il criterio del riparto per materie al fine di riconoscere al giudice ordinario la cognizione di *tutte* le controversie riguardanti rapporti di lavoro (art. 63, comma 1), con la sola eccezione di quelle riguardanti le categorie riservate *ex* art. 3 del TUIP ancora devolute alla giurisdizione esclusiva del g.a. e di quelle in materia di procedure concorsuali assegnate alla giurisdizione generale di legittimità dello stesso g.a. (art. 63, comma 4).

Ove poi si consideri quanto precisato dalla seconda parte del comma 1 dello stesso art. 63 in ordine al potere di disapplicazione da parte del g.o. di qualsiasi atto amministrativo presupposto, nonché in merito alla negazione di effetti sospensivi sul processo dinanzi al g.o. *ex* art. 295 c.p.c. dell'eventuale giudizio amministrativo promosso per l'annullamento dell'atto presupposto, è risultato ancor più evidente l'obiettivo di evitare qualsiasi pregiudizialità amministrativa che potesse, di fatto, incidere sulla tutela dei diritti¹².

Una volta ancora, con maggiore o minore consapevolezza, la logica seguita dal legislatore nel completamento della lunga riforma è apparsa quella di preferire l'attribuzione al g.o. della materia "rapporti di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione", senza tuttavia riuscire a spingersi fino al riconoscimento dell'esclusività della relativa giurisdizione; quasi che, pur considerando lo stesso giudice ordinario alla stregua del "giudice naturale" di tali rapporti, non sia stato ritenuto possibile superare l'altrettanto naturale pertinenza degli interessi legittimi all'ambito della giurisdizione amministrativa come delineata dalla Costituzione, e riconoscere al g.o. – *ex* art. 113, comma 3, Cost. – il potere di annullare eventuali atti amministrativi incidenti sul rapporto. Ed è forse proprio questa la ragione che in seguito ha fatto riemergere, come inevitabile, la rilevanza della qualificazione delle situazioni soggettive quale primario criterio di riparto; con tutte le difficoltà ben note.

4. *L'art. 63 del d.lgs. 150/2001 e la posizione della Corte costituzionale*

A completare il contesto di riferimento e quasi a riprova della valenza sostanziale e processuale della riforma, potrebbero essere richiamate alcune pronunce "storiche" della Corte costituzionale – quali, ad esempio la n. 359 del 1993, la n. 313 del 1996 e la n. 309 del 1997 – con

¹² A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, IX ed. Torino, 2010, pp. 131 ss.

le quali sia l'impianto privatizzante e contrattualizzato della disciplina, sia la permanente e sia pure parziale "riserva di amministrazione" sono state ritenute aderenti al dettato dell'art. 97 Cost. nel quadro di un dosaggio equilibrato tra imparzialità ed efficienza.

Credo tuttavia che nell'ottica che qui interessa sia soprattutto la sentenza della Corte Costituzionale n. 275 del 2001¹³ ad assumere, oggi più che mai, una valenza assolutamente rilevante; ciò non tanto per la validazione del superamento della classica specialità del rapporto di pubblico impiego che ha contraddistinto la riforma fin dalle origini, quanto piuttosto per l'attenzione rivolta e per la portata riconosciuta all'art. 113, comma 3, della Costituzione ("La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti stabiliti dalla legge stessa") quale principio idoneo a far superare qualsiasi limite alla pienezza della tutela e quindi alla sua effettività.

Ora, anche a prescindere dalla non casuale circostanza che la questione originante l'intervento della Corte attenesse ad una tematica – quella relativa al conferimento di incarichi dirigenziali – in cui la compresenza "elastica" di atto amministrativo e contratto, di interessi legittimi e diritti soggettivi, è in un certo senso coesenziale, appare densa di significato in termini di giustizia sostanziale l'apertura di credito operata dalla Corte nei confronti dell'attribuzione al g.o. di una vera giurisdizione "per materia". In questo modo rilevando come il problema dei limiti al sindacato del giudice ordinario nei confronti degli atti amministrativi ex art. 5 della legge 2248/1865 non avrebbe dovuto rappresentare "un tabù", bensì una previsione legislativa rivedibile dal legislatore attribuendo ad un giudice, ordinario o amministrativo, il potere di conoscere ed anche annullare un atto amministrativo¹⁴.

¹³ V. Corte Cost., 23 luglio 2001, n. 275. In particolare, la Corte era stata investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 del decreto legislativo 29 ottobre 1998, n. 387 (Ulteriori disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 e del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80) che aveva modificato l'art. 68, comma 1, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, segnatamente nella parte in cui aveva devoluto al giudice ordinario le controversie concernenti il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali. La questione era stata sollevata nel corso di un giudizio innanzi al Tribunale di Genova avente ad oggetto l'impugnazione di un atto di revoca di incarico dirigenziale proposta da un dipendente del Ministero delle finanze, ritenuto dal giudice *a quo* avente natura di provvedimento amministrativo.

¹⁴ In particolare, merita di essere sottolineato come, secondo la Corte, «il principio della disapplicazione, desunto dal giudice *a quo* dall'art. 5 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E, sul contenzioso amministrativo, ed il relativo limite ai poteri del giudice ordinario di fronte ad un atto amministrativo illegittimo non costituiscono una regola di valore costituzionale, che il legislatore ordinario sarebbe tenuto ad osservare in ogni caso. Infatti, resta rimesso

Con ciò sottolineando con chiarezza come debba essere privilegiata un'interpretazione delle norme costituzionali sulla giurisdizione tale da garantire comunque una tutela piena di qualsiasi situazione soggettiva, ricevuta solo in parte assicurata dal riconoscimento al g.o. del potere di assumere anche nei confronti del datore di lavoro pubblico provvedimenti di accertamento, costitutivi e di condanna resi necessari dalla natura dei diritti lesi¹⁵. Parzialità della tutela che la Corte, sia pure in termini non altrettanto espliciti, ma comunque desumibili in via del tutto logica, sembra aver ricollegato alla limitata portata – incidentale e con effetti limitati al rapporto dedotto in giudizio – della disapplicazione dell'atto amministrativo presupposto, ammettendo, per questa via, l'oggettiva difficoltà di districare l'intreccio di situazioni giuridiche discendente dalla compresenza di atti di diversa natura e regime¹⁶.

alla scelta discrezionale del legislatore ordinario – suscettibile di modificazioni in relazione ad una valutazione delle esigenze della giustizia e ad un diverso assetto dei rapporti sostanziali – il conferimento ad un giudice, sia ordinario, sia amministrativo, del potere di conoscere ed eventualmente annullare un atto della pubblica amministrazione o di incidere sui rapporti sottostanti, secondo le diverse tipologie di intervento giurisdizionale previste (argomentando dall'art. 113, terzo comma, della Costituzione: ordinanze n. 140 e n. 165 del 2001). La scelta del legislatore si inquadra nella tendenza a rafforzare la effettività della tutela giurisdizionale, in modo da renderla immediatamente più efficace, anche attraverso una migliore distribuzione delle competenze e delle attribuzioni giurisdizionali, a seconda delle materie prese in considerazione (v. ordinanza citata n. 140 del 2001)».

¹⁵ In proposito, pare poi rilevante rimarcare come la stessa Corte abbia precisato – quasi volutamente ed a scanso di equivoci – che «il legislatore delegante e quello delegato, in attuazione della delega, hanno voluto modellare e fondare tutti i rapporti dei dipendenti della amministrazione pubblica (compresi i dirigenti) secondo “il regime di diritto privato del rapporto di lavoro”, traendone le conseguenze anche sul piano del riparto della giurisdizione, a tutela degli stessi dipendenti, in base ad una esigenza di unitarietà della materia», tanto che «...le posizioni soggettive degli anzidetti dipendenti delle pubbliche amministrazioni, compresi i dirigenti di qualsiasi livello» sono state riportate «...quanto alla tutela giudiziaria, nell'ampia categoria dei diritti di cui all'art. 2907 del codice civile». A ciò aggiungendo che la pienezza della tutela dei diritti è comunque garantita dal fatto che «La cognizione del giudice del lavoro comprende tutti i vizi di legittimità, senza che sia possibile operare distinzioni tra norme sostanziali e procedurali, di modo che allo stesso giudice ordinario resta affidata la pienezza della tutela, estesa a tutte le garanzie procedurali del rapporto previste dalla legge e dai contratti e quindi comprendente anche i vizi formali».

¹⁶ Ad analoghe conclusioni la Corte costituzionale era peraltro giunta nelle Ordinanze n. 140 e n. 165 del 2001 in tema di immigrazione (legge 40 del 1998 che prevedeva la giurisdizione del g.o. in tema di dinieghi di nulla osta a ricongiungimento familiare e di reingresso). Pur risultando maggiormente evidente l'attinenza principale a situazioni di diritto soggettivo, nel caso dell'Ordinanza n. 140, la Corte ebbe, tra l'altro, occasione di rilevare «che non esiste un principio costituzionale che escluda la possibilità per il legislatore ordinario, in determinati casi (rimessi alla scelta discrezionale dello stesso legislatore), in sede di affidamento della tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi nei confronti della pubblica amministrazione, di attribuire al giudice ordinario anche un potere di annullamento e speciali effetti talora sostitutivi dell'azione amministrativa, inadempiente rispetto a diritti che lo stesso legislatore considera

In proposito pare pure corretto segnalare che le indicazioni prospettiche fornite dalla Corte Costituzionale, non solo non hanno a tutt'oggi condotto ad una revisione del sistema precisato dall'art. 63 del TUIP, ma non sembrano neppure aver influenzato (come si potrà constatare nel paragrafo seguente) le argomentazioni ricostruttive assunte in seguito dalla Corte di Cassazione in numerose pronunce regolatorie della giurisdizione, come comprovato fin dalle sentenze n. 10288 e n. 7623 del 2003 sempre in tema di conferimento di incarichi dirigenziali, ove, infatti, sono riemerse impostazioni "classiche" se incentrate sulla natura del potere esercitato, sulla non agevole delimitazione dell'ambito delle procedure concorsuali (rimesse alla giurisdizione amministrativa), sulla qualificazione delle situazioni soggettive finanche fatta discendere dallo stesso criterio di riparto, senza indugiare neppure sulla problematica dei poteri dell'uno o dell'altro giudice.

In ogni caso, non credo che le indicazioni prospettiche della sentenza n. 275 del 2001, possano ritenersi esaurite, o meglio superate in ragione della storica successiva sentenza del giudice delle leggi n. 204 del 6 luglio 2004 che ha sanzionato l'illegittimità costituzionale delle norme con cui, prima il d.lgs. 80 del 1998 e quindi la legge 205 del 2000, avevano ampliato sensibilmente le materie riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nell'assunto che il sistema giurisdizionale accolto dalla Costituzione non ammetterebbe una generalizzata ripartizione fondata *tout court* su "blocchi di materie", non consentirebbe di radicare la giurisdizione amministrativa in ragione della sola presenza di una pubblica amministrazione e, soprattutto, imporrebbe comunque di attribuire rilievo alle situazioni soggettive¹⁷.

prioritari, anche se ciò può comportare la necessità da parte del giudice di valutazioni ed apprezzamenti non del tutto vincolati, ma sempre riguardanti situazioni regolate da una serie di previsioni legislative, che prevedano espressamente l'esercizio di tali poteri». Con ciò sottolineando che l'attribuzione al g.o. del potere di annullare un atto amministrativo – come previsto dalla legge 40 del 1998 – rappresenta una soluzione non isolata ed attuativa «della specifica previsione dell'art. 113, terzo comma, della Costituzione, soprattutto nella tendenza di rafforzare la effettività della tutela giurisdizionale, in modo da renderla immediatamente più efficace, anche attraverso una migliore distribuzione delle competenze ed attribuzioni giurisdizionali, a seconda delle esigenze delle materie prese in considerazione (e ciò può valere sia per il giudice ordinario, sia per il giudice amministrativo)».

¹⁷ Tanto da affermare che così come deve escludersi «che possa sostenersi che la Costituzione abbia definitivamente ed immutabilmente cristallizzato la situazione esistente nel 1948 circa il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, deve anche escludersi che dalla Costituzione non si desumano i confini entro i quali il legislatore ordinario, esercitando il potere discrezionale suo proprio (più volte riconosciutogli da questa Corte), deve contenere i suoi interventi volti a ridistribuire le funzioni giurisdizionali tra i due ordini di giudici: a ciò non ostando la circostanza che, per la prima volta in un testo normativo, è nella Costituzione che compare, e ripetutamente, la locuzione "interessi legittimi"».

Contrariamente a quanto potrebbe apparire *prima facie*, credo che la pronuncia del 2004 e quella del 2001 non debbano considerarsi antitetiche. Al contrario, ed a prescindere dalla diversa prospettiva – l’una, quella della sentenza n. 275 del 2001, diretta al riconoscimento al g.o. dello specifico potere di annullare atti amministrativi presupposti implicitamente fondata su una sorta di giurisdizione esclusiva dello stesso, l’altra, quella della sentenza n. 204, diretta a porre un limite alla normalizzazione della giurisdizione esclusiva del g.a. – mi pare che contengano significativi comuni assunti.

Entrambe, infatti, sia pure in termini formalmente diversi ma sempre nell’ottica di assicurare piena tutela a tutte le situazioni soggettive cui la Costituzione ha riconosciuto pari e piena dignità, muovono dal rilievo che proprio agli interessi legittimi (e quindi, per riportarci alla sentenza n. 275 del 2001, anche quelle situazioni soggettive che ben possono emergere nei riflessi dell’atto amministrativo presupposto ad un atto gestionale/datoriale) devono essere apprestate «*le medesime garanzie assicurate ai diritti soggettivi quanto alla possibilità di farli valere davanti al giudice ed alla effettività della tutela che questi deve loro accordare*» (così la sentenza n. 204 riferendosi ovviamente al g.a.)¹⁸.

Ferma restando la valenza del principio costituzionale che riconosce come giudice naturale degli interessi legittimi il giudice amministrativo, questo aspetto, così come, per un verso, non esclude che, a fronte di casi in cui dette situazioni soggettive si presentino strettamente connesse a diritti soggettivi, la massima garanzia di tutela possa essere in via eccezionale approntata attraverso la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, per altro verso non dovrebbe neppure condurre ad escludere che, sempre in via di eccezione, il legislatore ordinario possa ravvisare nel disposto dell’art. 113, comma 3, il principio fondante il riconoscimento in capo al g.o. del potere di annullamento di atti amministrativi (presupposti e comunque connessi al rapporto di lavoro). E ciò all’evidente fine di garantire tutela piena agli eventuali correlati interessi legittimi senza rendere necessarie duplicazioni di azioni (posto in ogni caso che oggetto principale del giudizio sono sempre diritti soggettivi derivanti dal contratto).

Semmai, a contrario, dalla rilevanza primaria riconosciuta nella sentenza n. 204 (e ora dall’art. 7, comma 1, del Codice del processo amministrativo) alla natura sostanziale (non formale quindi) del potere amministrativo (con tutte le conseguenze in punto di principi, regime giu-

¹⁸ Si veda, anche per l’inquadramento sistematico, idoneo a prospettare correlazione con quanto di interesse per il presente lavoro, A. POLICE, *Le forme della giurisdizione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, IV ed. Torino, 2011, pp. 97 ss., spec. 112-127.

ridico, situazioni soggettive e sindacato giurisdizionale), potrebbero discendere nuovi dubbi sul generalizzato ed assorbente carattere “privato” dei poteri gestionali dell’amministrazione. Si tratta, questa sì, di una provocazione, sulla quale forse è bene non indugiare: riproporrebbe problematiche quasi preistoriche e soprattutto suffragherebbe il timore di trovare proprio nella “controriforma” qualche elemento di formale supporto!

5. *Le incertezze giurisprudenziali*

Nell'impossibilità di trattare in termini esaustivi i principali temi rilevanti ai fini del riparto di giurisdizione affrontati dalla giurisprudenza a partire dal 2001, ritengo possibile desumere da alcuni di essi elementi utili a prospettare alcune considerazioni conclusive relazionate ai possibili impatti che le modifiche apportate dal d.lgs. 150/2009 all'impianto e alla disciplina sostanziale dell'impiego pubblico privatizzato potranno avere a livello di tutela giurisdizionale.

Tra le questioni che non appaiono per nulla sedimentate e che anzi riflettono, con una certa continuità, incertezze sul criterio di riparto formalmente sancito dall'art. 63, di volta in volta integrandolo con riferimenti a categorie dogmatiche classiche del sistema amministrativo (dal potere, alla natura degli atti, dal regime della discrezionalità alla rilevanza sostanziale e processuale dell'interesse legittimo), quelle maggiormente ricorrenti riguardano: *a)* la distinzione classica tra potere amministrativo di macro-organizzazione e potere gestionale datoriale; *b)* i concorsi e le procedure selettive ad essi assimilabili; *c)* la disapplicazione di atti amministrativi presupposti. Vediamone alcuni spunti.

a) In merito alla linea di demarcazione tra gli atti della p.a. espressivi di potere “macro-organizzativo” e gli atti meramente gestionali afferenti al rapporto di lavoro, nonostante il formale superamento della precedente impostazione fondata sulla specularità tra ambiti dell'unilateralità ed ambiti della giurisdizione di annullamento del giudice amministrativo, la parziale inidoneità del criterio di riparto *ex art. 63* pare emergere, con diversi accenti e tonalità, dal frequente ricorso a canoni suppletivi quali quelli della rilevanza delle situazioni soggettive e della necessità di attenersi al criterio del *petitum sostanziale*.

Di guisa che, così come l'indizione di un bando di concorso in luogo dell'utilizzo della mobilità (ancorché in diretta connessione con un rapporto di lavoro) è stata ritenuta di spettanza del g.a. in ragione dell'attenzione sia ad una procedura concorsuale sia ad una situazione soggettiva di interesse legittimo alla correttezza delle decisioni organizzative (TAR

Marche 30 novembre 2009, n. 1428), parimenti alla giurisdizione amministrativa è stato ricondotto il giudizio sulla legittimità di due delibere assunte in pari data da un'Azienda sanitaria: una di trasferimento per mobilità e l'altra di utilizzo della graduatoria di un concorso¹⁹.

In particolare, in quest'ultimo caso il giudice amministrativo (Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6332) ha ritenuto la propria giurisdizione qualificando, in ossequio del criterio del *petitum sostanziale*, la situazione soggettiva fatta valere come interesse legittimo. Essendo contestata la scelta di avvalersi solo parzialmente della graduatoria concorsuale, sarebbe stato da considerare comunque prevalente il disposto dal comma 4 dell'art. 63, anche per l'impossibilità di rinvenire pari soluzione nel potere di disapplicazione del g.o. atteso che opererebbe solo a fronte di posizioni di diritto soggettivo discendenti dal rapporto di lavoro che siano oggetto principale e diretto della pretesa.

Peraltro la sussistenza della giurisdizione amministrativa è stata pure affermata dalla Corte di Cassazione (sez. un., 20642/2009) nel caso di controversia riguardante l'atto di determinazione di pianta organica nell'assunto della sua qualificazione come tipico atto amministrativo. Con ciò non solo richiamando la differenziazione precisata dalla norma sulla giurisdizione, ma anche ribadendo la presenza di situazioni di interesse legittimo laddove si tratti di atti recanti le linee fondamentali dell'organizzazione degli uffici (*ex art. 2*, quali atti presupposti al rapporto di lavoro), senza attribuire rilevanza al fatto che gli stessi atti organizzativi incidano sullo status di una categoria di dipendenti: infatti, solo qualora venga dedotta in causa la lesione di un diritto soggettivo (*petitum sostanziale*) ci si troverebbe di fronte al potere di disapplicazione del giudice ordinario.

¹⁹ Per contro, TAR Campania, Napoli, III, 27 settembre 2010, n. 17536, ha ritenuto sussistere difetto di giurisdizione amministrativa nel caso di mancata assunzione di vincitori di concorso, rilevando che «*la questione è relativa ad una fase successiva alla conclusione della procedura concorsuale, in cui la suindicata delibera viene ad inserirsi non come mero atto di macroorganizzazione bensì come motivazione ostativa alla concreta attualizzazione dell'interesse dei ricorrenti all'assunzione*» E ciò tanto più in ragione del fatto che si sarebbe in presenza di «*una sorta di giurisdizione "esclusiva" del giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, su tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle P.A.*» atteso che «*la riserva alla giurisdizione del giudice amministrativo delle controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, operata dall'art. 63 T.U. di cui al d.lgs. 165/2001, non può considerarsi estesa a ricomprendere l'azione di chi rivendica in sostanza la spettanza di un determinato posto di lavoro (l'assunzione). A tale conclusione si perviene ugualmente sia che si voglia percorrere la strada del criterio "classico" di riparto, imperniato sulla natura della situazione giuridica fatta valere, sia che si voglia, invece, percorrere la strada alternativa del riparto, in subiecta materia, secondo un canone di riparto per blocchi di materia*».

b) In merito ai concorsi per l'assunzione ed alle procedure selettive ritenute assimilabili (progressioni verticali ovvero inquadramenti in aree funzionali o categorie più elevate), la giurisprudenza è parsa sostanzialmente univoca anche se, mentre in taluni casi ha posto in rilievo la presenza di una sostanziale "novazione" del rapporto di lavoro²⁰, in altri ha evidenziato il carattere comunque selettivo o para-concorsuale delle progressioni²¹ (anche in ragione del fatto che il concorso sarebbe sempre caratterizzato da margini di discrezionalità valutativa con graduatoria finale diversamente dai casi in cui una graduatoria è compilata sulla base del mero accertamento di requisiti senza esercizio di poteri autoritativi²²).

Ma anche a tal proposito non sono mancate le pronunce – in particolare in sede di regolamento di giurisdizione – che hanno posto l'accento sul carattere meramente ricognitivo degli atti volti all'individuazione degli aventi diritto a posizioni organizzative (Corte cass., sez. un., 8836/2010) ancorché possano essere coinvolti atti presupposti oggetto di disapplicazione, oppure sulla natura datoriale degli atti di adeguamento di graduatorie a norme di legge (Corte cass., sez. un., 22805/2010) o a giudicati amministrativi (Corte cass., sez. un., 19612/2009 che ha ritenuto

²⁰ Tanto da indurre *TAR Campania, Napoli*, IV, 19 ottobre 2009, n. 6003 addirittura a non ammettere l'errore scusabile in caso di mancata impugnazione entro il termine decadenziale. In ogni caso, per una dettagliata ricostruzione delle differenziazioni in tema di progressioni, verticali ed orizzontali, si veda *Cons. Stato, Commissione speciale pubblico impiego sez. III - parere* 9 novembre 2005, n. 3556.

²¹ Così *Cons. Stato*, VI, 13 ottobre 2009, n. 7075.

²² *TAR Lombardia, Brescia*, II, 22 ottobre 2010, n. 2392. In termini, sull'assimilazione alle prove concorsuali anche delle prove selettive dirette per l'accesso ad una qualifica superiore si veda l'interessante pronuncia di *TAR Lazio, Roma*, I, 16 aprile 2010, n. 7255, nonché *Cons. Stato*, V, 12 novembre 2009, n. 7046; *Cons. Stato*, IV, 23 luglio 2009, n. 4668. Di interesse, da ultimo, anche *TAR Puglia, Bari*, III, 10 giugno 2010, n. 2392, secondo cui «*La giurisdizione amministrativa sulle controversie inerenti a procedure concorsuali per l'assunzione, contemplata dal d.lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 4, è limitata a quelle procedure che iniziano con l'emanazione di un bando e sono caratterizzate dalla valutazione comparativa dei candidati e dalla compilazione finale di una graduatoria, la cui approvazione, individuando i vincitori, rappresenta l'atto terminale del procedimento, cosicché non vi resta compresa la fattispecie dell'inserimento in apposita graduatoria di tutti coloro che siano in possesso di determinati requisiti (anche derivanti dalla partecipazione a concorsi) e che è preordinata al conferimento dei posti lavoro che si renderanno disponibili. Del resto, è proprio la presenza della fase delle prove e dei confronti di capacità che spiega la perdurante devoluzione delle relative controversie al giudice amministrativo, in quanto la stessa è dominata dall'esercizio di discrezionalità da parte degli organi selettori nella valutazione delle prove medesime, in questo caso assente. Solo laddove tale potestà pubblicistica manchi e si abbia la mera predisposizione di una graduatoria con l'attribuzione, assolutamente vincolata, di punteggi sulla base di parametri predeterminati, e volta non già alla diretta assunzione ma al mero inserimento in una graduatoria per l'eventuale futura assunzione, si è fuori della lett. e) della ratio della previsione dell'art. 63 comma 4, d.lgs. n. 165 del 2001*».

sussistere la giurisdizione ordinaria in materia di provvedimenti amministrativi assunti con riferimento al completamento delle prove di procedura concorsuale in adempimento di ordinanze cautelari del giudice o di disposizioni di legge intervenute) od ancora in considerazione della configurazione del concorso come “offerta al pubblico” con conseguente obbligo dell’amministrazione datore di lavoro di comportarsi secondo correttezza e buona fede nel dare attuazione all’esito del concorso stesso (Corte Cass., sez. lavoro, 9049/2006).

c) In merito al complesso tema della disapplicazione di atti amministrativi presupposti, le posizioni della giurisprudenza non appaiono certamente divise sul riconoscimento in capo al g.o., chiamato a giudicare di diritti, del potere di disapplicazione discendente dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo; presentano tuttavia connotati argomentativi non univoci e consolidati giungendo anche a conclusioni non del tutto armoniche relativamente ai rapporti con l’eventuale giudizio di annullamento dell’atto presupposto in sede di giurisdizione amministrativa.

Tra le tante mi pare meriti un’attenzione particolare – anche sotto il profilo ricostruttivo – una recente pronuncia del TAR Toscana²³ tesa ad affermare come, in presenza di atti di macro-organizzazione presupposti ad atti di gestione del rapporto di lavoro, debba essere riconosciuta all’interessato una *«duplice strada per ottenere tutela in forma specifica, facendo alternativamente valere posizioni soggettive di diritto, ovvero di interesse legittimo: da un lato, rivolgersi al giudice ordinario per ottenere la disapplicazione dell’atto presupposto e la rimozione dei suoi effetti; dall’altro, adire nel termine decadenziale di impugnazione il G.A., chiedendo l’annullamento dell’atto presupposto ed ottenendo il ristabilirsi di una situazione che risulti coerente e corrispondente al ripristino dell’assetto macro-organizzativo preesistente, se del caso in sede di giudizio di ottemperanza»*²⁴.

Di estremo interesse, anche per la frequenza di casi consimili (come prospettato al par. 2, in termini in parte dubitativi, in parte provocatori), è sia la fattispecie oggetto di giudizio (atto organizzativo di scomposizione di un settore dell’amministrazione comunale con conseguente revoca dell’incarico di direzione della relativa struttura), sia il percorso logico-argomentativo seguito dal giudice amministrativo sempre ancorato ad assunti comprovati dalla giurisprudenza.

²³ TAR Toscana, Firenze, sez. II, 13.10.2010, n. 6464.

²⁴ Fattispecie nella quale il T.A.R. ha negato la configurabilità in concreto dell’interesse ad agire della ricorrente cui, a seguito di riorganizzazione degli uffici dell’ente datore di lavoro, era stato revocato l’incarico dirigenziale già conferito, ma la revoca era stata accompagnata dalla contestuale assegnazione di un nuovo ed effettivo incarico dirigenziale.

In particolare, dopo aver richiamato il criterio di riparto giurisdizionale seguito dal legislatore e secondo cui tra gli atti di gestione del rapporto di lavoro (con giurisdizione del g.o.) sono necessariamente ricompresi anche *«quelli concernenti il conferimento o la revoca degli incarichi dirigenziali, indipendentemente dalla natura dell'organo che conferisce l'incarico, in quanto i relativi atti non sono riconducibili alla configurazione strutturale degli uffici (cd. macro-organizzazione), né alle procedure concorsuali di assunzione, cioè agli ambiti per i quali sussiste tuttora la giurisdizione del giudice amministrativo»* e dopo aver ricordato la possibilità per lo stesso g.o. di disapplicare gli atti amministrativi di organizzazione, presupposti di atti di gestione del rapporto di lavoro, *«senza che abbia alcun rilievo la circostanza che l'atto organizzativo generale sia definitivamente stabile a seguito della sua omessa impugnazione davanti al G.A.»*, il TAR ha posto tuttavia correttamente in evidenza come tali assunti nascondano alcuni limiti. Essi, infatti, non chiariscano del tutto la problematica del possibile conflitto tra l'eventuale pronuncia del g.o. di reintegrazione del dipendente e la perdurante efficacia dell'atto amministrativo presupposto non sottoposto ad annullamento. Detti assunti non offrano neppure una chiara soluzione al problema della sostanziale concorrenza con l'azione di annullamento dell'atto presupposto dinnanzi al g.a., al punto da condizionare la stessa forma di reintegrazione da parte del giudice ordinario ed in particolare la relativa esecuzione (che, ove ammessa in forma specifica a fronte di atto amministrativo presupposto ancora efficace potrebbe finanche equivalere ad una inammissibile portata costitutiva della stessa disapplicazione).

Si tratta, peraltro, di uno snodo assolutamente decisivo proprio ai fini della garanzia di effettività e pienezza della tutela delle situazioni di interesse legittimo la cui pari dignità rispetto ai diritti soggettivi è sancita dalla Costituzione. Si pensi infatti che, secondo parte della giurisprudenza e della dottrina, si è pure sostenuto che proprio dalla possibilità di ottenere – in sede pronuncia del g.o. – pieno soddisfacimento (reintegrazione in forma specifica) della posizione soggettiva del dirigente revocato, in capo allo stesso non sarebbe ravvisabile alcun interesse al ricorso per l'annullamento dell'atto presupposto alla revoca del proprio incarico.

Per queste ragioni, appare certamente condivisibile la posizione assunta dal TAR che, in una logica di giustizia sostanziale, ha inteso rimarcare la ricordata concorrenza dei rimedi giurisdizionali²⁵.

²⁵ Posizione precisata da Corte Cass., sez. un., 16 febbraio 2009, n. 3677, opposta a quella di Corte Cass., sez. un., 5 giugno 2006, n. 13169 e di Corte Cass., sez. un., 8 novembre 2005, n. 21592, secondo cui il potere di rivolgersi al g.a. spetterebbe soltanto ai soggetti

Diversamente si perverebbe, infatti, alla conclusione per cui la sussistenza in capo al medesimo soggetto di situazioni soggettive differenziate avrebbe come esito (paradossale) quello di disconoscere qualsivoglia tutela diretta e piena degli interessi legittimi in aperto contrasto con gli artt. 24, 103 e 113 Cost. Il che, come ovvio, non può essere; ma forse, indirettamente, supporta taluni comportamenti delle amministrazioni sempre più alla ricerca di doppiare in termini ravvicinati l'atto macro-organizzativo con il conseguente atto gestionale e fors'anche di assegnare a quest'ultimo un'indiretta e surrettizia portata generale, offrendo così la percezione del timore del sindacato di annullamento.

6. *Annotazione conclusiva*

Quanto osservato in ordine alle principali problematiche applicative del sistema di riparto giurisdizionale sancito dall'art. 63 del d.lgs. 165 del 2001 e alle perplessità derivanti da una non chiara relazione tra ambiti giurisdizionali e rispettivi poteri, potrà risultare ulteriormente influenzato dalla modifiche introdotte alla disciplina sostanziale dal d.lgs. 150/2009; e ciò ancorché si tratti di una tendenziale "*controriforma a giurisdizione invariata*".

Senza pretendere di richiamare ora le principali innovazioni apportate, appare davvero difficile ipotizzare che la riarticolazione pubblicizzante del sistema delle fonti (evocante l'antica "specialità" del rapporto di impiego e della relativa disciplina), la recessività della fonte negoziale con recupero di spazi di potere unilaterale dell'amministrazione, il ridimensionamento della contrattazione collettiva (dal cui ambito sono stati, tra l'altro, sottratti i conferimenti di incarichi dirigenziali), pur lasciando formalmente inalterata la natura "privatistica" degli atti di gestione del rapporto, non si ripercuotano, anche se in via iper-mediata, sulle logiche di riparto finora assunte.

Infatti, la scomposizione del quadro disciplinare formatosi in oltre vent'anni potrebbe ripercuotersi formalmente sul criterio di riparto rimasto formalmente inalterato; in particolare potrebbe delegittimare l'incompiuto riparto "per materia" (con devoluzione di giurisdizione "quasi-esclusiva" al g.o.) imponendo il criterio discretivo fondato, attraverso la teoria del "petitum sostanziale", sulla qualificazione delle situazioni sog-

titolari di interessi legittimi, che risentano di effetti pregiudizievoli direttamente imputabili all'atto amministrativo presupposto e non all'atto di gestione consequenziale ed applicativo. In proposito si vedano le puntuali osservazioni di F. SAITTA, *Contratti individuali*, cit., pp. 906-908.

gettive. Criterio peraltro del tutto disagiata stante l'oggettiva presenza di situazioni non sempre chiare per l'inerenza all'esercizio di poteri che ben potrebbero definirsi "a geometria variabile".

Mi pare quindi davvero difficile essere ottimisti a fronte di un quadro normativo che, senza alcun rischio di azzardo, potrà radicalizzare il dubbio dell'effettività e della pienezza della tutela accordabile dal giudice ordinario, ovvero di un giudice legittimato alla mera disapplicazione di un'ampliata serie di potenziali atti organizzativi (non solo gestionali in senso stretto) rispetto ai quali non si potrà pretendere dal dipendente una preventiva e generalizzata rinuncia di tutela giurisdizionale innanzi al giudice amministrativo (negando semmai l'attualità e la concretezza dell'interesse e quindi le condizioni dell'azione).

Forse neppure in questa occasione è stata sufficientemente avvertita l'opportunità di seguire l'indicazione prospettica offerta dalla Corte costituzionale per assicurare pienezza alla giurisdizione ordinaria in aderenza all'art. 113, comma 3, della Costituzione. Non vorrei che il rischio, o meglio la soluzione opposta e di riserva, non sia dietro l'angolo; con ...buona pace dei giuslavoristi!

ELENCO DEGLI AUTORI

STEFANO BIANCHINI

Dottore di ricerca in Diritto amministrativo nell'Università di Ferrara

SILVIA BORELLI

Ricercatrice di Diritto del lavoro nell'Università di Ferrara

FRANCA BORGOGELLI

Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Siena

ELISABETTA BURANELLO

Dottore di ricerca in Diritto amministrativo nell'Università di Ferrara

GIANLUCA GARDINI

Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università di Ferrara

MARCO MAGRI

Professore associato di Diritto amministrativo nell'Università di Ferrara

FRANCO PELLIZZER

Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università di Ferrara

RAIMONDO PROVVIDENZA

Prefetto di Ferrara

GAETANO ZILIO GRANDI

Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università Cà Foscari, Venezia

PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ GIURIDICA
DELL'UNIVERSITÀ DI FERRARA

1. FRIGNANI A., *L'«injunction» nella «common law» e l'inibitoria nel diritto italiano* (1974), pp. XX-666.
2. COSTATO L., *I domini collettivi nel Medio Polesine* (1968), pp. IV-196.
3. LEGA C., *Il rapporto giuridico di previdenza sociale* (1969), pp. IV-304.
4. ZAMORANI P., *Precam habere* (1969), pp. XII-320.
5. LEZIROLI G., *Enti canonici ed enti ecclesiastici* (1974), pp. IV-128.
6. LEGA G., *La organizzazione periferica degli enti di previdenza sociale* (1974), pp. VIII-173.
7. COLORNI V., *L'eguaglianza come limite della legge nel diritto intermedio e moderno* (1976), pp. VIII-204.
8. FABRIS P., *Il patto di non concorrenza nel diritto del lavoro* (1976), pp. VIII-240.
9. ZAMORANI P., *Possessio e animus*, I (1977), pp. 274.
10. LEZIROLI G., *Aspetti della libertà religiosa* (1977), pp. 244.
11. MANFREDINI A., *Contributi allo studio dell'«iniuria» in età repubblicana*, pp. IV-276.
12. MANFREDINI A., *La diffamazione verbale nel diritto romano. I. Età repubblicana* (1979), pp. VIII-296.
13. CIACCIA CAVALLARI B., *La rinnovazione nel processo di cognizione* (1981), pp. IV-440.
14. COLORNI V., *Judaica minora* (1983), pp. XVI-830.
15. DE MAESTRI L., *Il processo delle misure di sicurezza* (1983), pp. IV-192.
16. ZACCARIA G., *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer* (1984), pp. IV-104.
17. ZACCARIA G., *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser* (1984), pp. XVI-228.
18. BIGNARDI A., *«Controversiae agrorum» e arbitrati internazionali* (1984), pp. IV-220.
19. FALCON G., *Le convenzioni pubblicistiche* (1984), pp. VIII-332.
20. SCARANO USSANI V., *L'utilità e la certezza* (1987), pp. IV-224.
21. ZACCARIA A., *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto* (1987), pp. VI-402.
22. TOSCHI A., *Il segreto nell'istruzione penale* (1988), pp. IV-344.
23. COCOZZA F., *Collaborazioni preliminari al procedimento legislativo* (1988), pp. IV-240.
24. NANNINI U. G., *Il consenso al trattamento medico* (1989), pp. VIII-584.
25. COCOZZA F., *Il Governo nel procedimento legislativo* (1989), pp. IV-266.
26. DESANTI L., *Sileat omnibus perpetuo divinandi curiositas* (1990), pp. VI-246.
27. LEZIROLI G., *Il riconoscimento degli enti ecclesiastici* (1990), pp. IV-324.
28. COLORNI V., *Judaica minora. Nuove ricerche* (1991), pp. VI-114.
29. BRUNELLI G., *Struttura e limiti del diritto di associazione politica* (1991), pp. VI-274.
30. LEGA C., *Diritto della bonifica* (1992), pp. XII-276.
31. BIGNARDI A., *De suo iure agere oportet. Contributo allo studio di una «regula iuris»* (1992), pp. VIII-240.

32. CIACCIA CAVALLARI B., *La contestazione nel processo civile. I. La contestazione tra norme e sistema* (1992), pp. XXII-190.
33. CIACCIA CAVALLARI B., *La contestazione nel processo civile. II. La non contestazione: caratteri ed effetti* (1993), pp. VI-156.
34. NAPPI P., *Tutela giurisdizionale e contratti agrari* (1994), pp. XVI-516.
35. PUGIOTTO A., *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente". Genesis, uso, implicazioni* (1994), pp. VI-702.
36. DESANTI L., *De confirmando tutore vel curatore* (1995), pp. VI-372.
37. PASTORE B., *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico* (1996), pp. X-278.
38. FORMIGONI W., *ΠΙΘΑΝΩΝ a Paulo epitomatorum libri VIII. Sulla funzione critica del commento del giurista Iulius Paulus* (1996), pp. VI-190.
39. VERONESI P., *I poteri davanti alla Corte. "Cattivo uso" del potere e sindacato costituzionale* (1999), pp. XII-302.
40. AVIO A., *I diritti inviolabili nel rapporto di lavoro* (2001), pp. VIII-244.
41. DELLE MONACHE S., *La «contemplatio domini». Contributo alla teoria della rappresentanza* (2001), pp. XIV-478.
42. MAGRI M., *La legalità costituzionale dell'amministrazione. Ipotesi dottrinali e casistica giurisprudenziale* (2002), pp. XVI-412.
43. PUGIOTTO A., *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali* (2003), pp. XII-462.
44. DESANTI L., *Restitutionis post mortem onus. I fedecommessi da restituirsi dopo la morte dell'onerato* (2003), pp. X-494.
45. GRAZIOSI A., *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano* (2003), pp. XII-434.
46. FORLATI S., *Diritto dei trattati e responsabilità internazionale* (2005), pp. X-202.
47. BENELLI F., *La "smaterializzazione" delle materie. Problemi teorici ed applicativi del nuovo titolo V della Costituzione* (2006), pp. VIII-180.
48. SCHIAVO S., *Il falso documentale tra prevenzione e repressione. Impositio fidei criminaliter agere civiliter agere* (2007), pp. X-314.
49. MAINARDIS C., *Poteri sostitutivi statali e autonomia amministrativa regionale* (2007), pp. X-358.
50. NASCOSI A., *Il tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale nelle controversie di lavoro* (2007), pp. X-374.
51. MAZZO M., *La responsabilità del produttore agricolo* (2007), pp. VIII-264.
52. VERONESI P., *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma* (2007), pp. X-358.
53. FINESSI A., *Frazionamento volontario del credito e obbligazione plurisoggettiva* (2007), pp. X-330.
54. BERNARDI A. - BALDASSARE P. - PUGIOTTO A. (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare* (2008), pp. X-248.
55. DESANTI L. - FERRETTI P. - MANFREDINI A. D. (a cura di), *Per il 70° compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di Facoltà* (2009), pp. VIII-468.

I volumi sopra elencati dal n. 1 al n. 55 relativi alle «Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell'Università di Ferrara» sono stati pubblicati dall'Editore Giuffrè - Milano.

PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FERRARA

1. A. GUAZZAROTTI, *L'autoapplicabilità delle norme. Un percorso costituzionale*, 2011.
2. S. BORELLI, M. MAGRI (a cura di), *La riforma dell'impiego nelle pubbliche amministrazioni (L. 15/2009 e D.Lgs. 150/2009)*, 2011.

Finito di stampare
nel luglio 2011
Ink Print Service - Napoli

