

# Introduzione

## La c.d. riforma Madia ai blocchi di partenza

SOMMARIO: 1. Una riforma che non resta sulla carta: il rinnovo del contratto di comparto delle “Funzioni centrali”. – 2. Una chiave di lettura problematica della cd. riforma Madia. – 3. I contenuti delle ultime riforme: luci e ombre. – 4. Il fondamento dei decreti legislativi nn. 74 e 75 del 2017 nella legge delega n. 124/2015. – 5. Siamo ancora nella stagione della “privatizzazione”?

### 1. *Una riforma che non resta sulla carta: il rinnovo del contratto di comparto delle “Funzioni centrali”*

Nei primi mesi del 2018 (marzo probabilmente) i 247.000 dipendenti statali vedranno crescere le loro buste paghe con aumenti mensili di 85 euro medi e intascheranno anche arretrati per il mancato rinnovo contrattuale degli anni 2016-2017 pari a un importo di 570 euro lordi *pro capite*<sup>1</sup>. Tutto ciò grazie al nuovo contratto collettivo nazionale per le “Funzioni centrali”<sup>2</sup>, la cui ipotesi di accordo è stata siglata da Aran e principali organizzazioni sindacali del comparto<sup>3</sup> nella notte del 23 dicembre 2017. Presi singolarmente – e detratte le ritenute varie – gli aumenti di stipendio non si traducono in grandi cifre, anche se sono stati accompagnati dai soliti commenti che sottolineano, da un lato, i “privilegi” dei pubblici dipendenti e, dall’altro, il notevole aggravio per la spesa pubblica<sup>4</sup>. Molti poi ri-

---

<sup>1</sup> Si tratta dell’importo riguardante un ministeriale medio, inquadrato in area seconda, posizione economica F4. È salvaguardato il *bonus* fiscale di 80 euro attribuito ai lavoratori con fasce di reddito più basse dal precedente Governo Renzi.

<sup>2</sup> Che riguarda i dipendenti dei ministeri, degli enti pubblici non economici (Inps, Inail, ecc.) e di tutte le altre amministrazioni indicate nell’art. 3 del contratto collettivo nazionale quadro per la definizione comparti e delle aree di contrattazione collettiva nazionale (2016-2018).

<sup>3</sup> Cgil, Cisl, Uil e Confsal. Non hanno firmato invece Usb, Cgs e Cisl.

<sup>4</sup> V. TROVATI, *Statali, aumenti lineari: lo stipendio fisso cresce del 4,5%*, ne *il Sole 24 ore* del 27 dicembre 2017, che sottolinea come l’aumento sia superiore all’aumento del costo della vita calcolato con l’indice Ipca (indice dei prezzi al consumo armonizzato) che per il periodo 2016-2018 si ferma al 2,5%, spingendosi a recuperare la perdita del potere d’acquisto fino al 2013. Molto più drastico OCCORSO, *Stipendi, i regali dello Stato padrone*, in *La Repubblica Affari & Finanza* del 18 dicembre 2017. Al riguardo, v. pure CASSESE, *Tutto ma non la produttività. Quanti premi (troppi) agli statali*, in *L’Economia del Corriere della Sera*, 2 gennaio 2018.

levano la coincidenza del rinnovo contrattuale con la fine della XVII legislatura e l'imminenza delle elezioni politiche, in vista delle quali si annunciano in tempi ultrarapidi anche i rinnovi dei contratti di comparto per i restanti 2.700.000 dipendenti pubblici (enti locali, sanità, scuola e università). Sembra così di essere nuovamente nel pieno delle cronache quotidiane del pubblico impiego vecchio e nuovo, nel quale le dinamiche delle relazioni sindacali vengono lette come vicende ancillari a quelle strettamente politiche e valutate soprattutto per le loro ricadute di tipo economico-finanziarie. Ci sarebbe allora soltanto da contrapporre alla campana critica l'altra campana (oggi a festa) che sottolinea la valenza economicamente propulsiva e politicamente democratica della ripresa di corrette relazioni sindacali per il lavoro pubblico. Ma saremmo sempre sul piano dell'ordinaria dialettica interna al sistema politico-istituzionale, di cui purtroppo il lavoro pubblico costituisce oggettivamente una componente ineliminabile. Allungando lo sguardo oltre l'orizzonte quotidiano e inforcando le lenti del giurista, la vicenda del rinnovo del contratto degli "statali" – in apparenza contingente – può assumere invece tutt'altro significato.

Il rinnovo giunge a coronamento di sviluppi tutt'altro che lineari della disciplina del lavoro pubblico nella XVII legislatura. Infatti, soprattutto con i decreti legislativi nn. 74 e 75 del 25 maggio 2017 (in Gazzetta Ufficiale 7 giugno 2017, serie generale n. 130), la legge delega n. 124 del 7 agosto 2015 finalmente produce qualcosa di concreto nell'eterno cantiere della riforma dei rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni. Il tutto a valle di un percorso tortuoso, più volte interrotto (con veri e propri aborti, come per la dirigenza), in ogni caso realizzato in modo lento e parziale. Basta un confronto anche superficiale con le tre riforme precedenti (Amato 1992-93; Bassanini 1997-98; Brunetta 2009) per rendersi conto che, per ambiti e tempi che la caratterizzano, si tratta della riforma più tribolata e stentata della pur lunga storia del cambiamento delle regole dell'antico pubblico impiego<sup>5</sup>. Forse solo la legge quadro del 1983 ebbe un tempo di gestazione

---

<sup>5</sup> La l. n. 124/15, tra l'altro, ha ricevuto da subito un'accoglienza piuttosto tiepida in letteratura. Sul punto, v. il numero monografico di LPA, 1/2, 2016, con contributi di RICCI M., GARILLI, ZOPPOLI L., SANTUCCI, NICOSIA, VOZA, GARDINI; il numero monografico del GDA, 5, 2015, con contributi di MATTARELLA, AURIEMMA, CAROTTI, VESPERINI, BATTINI, BONURA, FONDERICO, FIORENTINO, MACCHIA; il numero monografico di RGL, 3, 2015, con contributi di BARBIERI, BELLAVISTA, REALPONZO, VISCIONE, ZOPPOLI L., BORGOGELLI, GARILLI, D'ONGHIA; BELLAVISTA, *Alcune considerazioni sulla riforma del governo Renzi della pubblica amministrazione*, in LPA, 2014, p. 315 ss.; BOSCATI, *La politica del Governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?*, in LPA, 2014, p. 267 ss.; BORGOGELLI, *Valutazione e responsabilità della dirigenza pubblica: ancora una riforma*, in LPA, 2014, p. 689 ss.; DEODATO, *Brevi riflessioni sulla costituzionalità e sulla ragionevolezza di alcuni aspetti della riforma della dirigenza pubblica*, in LPA, 2014, p. 952 ss.; NICOSIA, *«Sapere sapienziale» e gestione responsabile del capitale umano nella riforma «continua» del lavoro pubblico*, in LPA, 2014, p. 351 ss.; PINTO, *Il lavoro pubblico nella transizione dall'autogoverno responsabile delle pubbliche amministrazioni al rinnovato protagonismo della legge*, in IADICCO, NUZZO (a cura di), *Le riforme del diritto del lavoro. Politiche e tecniche normative*, in *Quaderno di DLM*, 2, 2016, p. 107 ss.; TALAMO, *Relazioni collettive e dirigenza pubblica: prove di legislazione al test della Consulta (ed ancora alla ricerca di un assetto ragionevole)*, in

più lungo: ma si trattava di leggere e sistemare un processo di trasformazione che andava avanti dagli anni '60 e che ancora non aveva trovato una canalizzazione istituzionale condivisa e convincente. Inoltre non è neanche facile capire profondità e direzione della riforma parzialmente giunta in porto nel 2017, dopo molto tempo dalla legge delega (sfruttandone fino allo stremo i confini temporali) e dopo molti eventi politico-istituzionali che hanno non poco inciso – com'era prevedibile – sui contenuti finali dei decreti approvati (a cominciare dal referendum costituzionale del 4 dicembre 2016). In particolare va tenuto presente che il 30 novembre 2016 il Ministro della Funzione Pubblica Marianna Madia – impegnando politicamente il Governo Renzi in carica, anche nella qualità di legislatore delegato (nonché la coalizione successiva presieduta da Gentiloni, in linea di continuità con la precedente, in particolare con la conferma della delega alla Funzione Pubblica) – siglò un accordo con i sindacati confederali nei quali si concordava un'attuazione della l. n. 124/15 piuttosto divergente rispetto all'originaria ispirazione della delega.

In queste divergenze si staglia il diverso ruolo riconosciuto proprio alle relazioni sindacali e alla contrattazione collettiva, originariamente considerate in modo marcatamente marginale, in linea con le tendenze alla disintermediazione del sistema di regolazione dei rapporti di lavoro che ha caratterizzato il Governo Renzi. Come meglio rilevato in qualche contributo raccolto in questo volume (v. Delfino), l'orientamento si rifletteva proprio nella scarsa rilevanza riconosciuta nella iniziale ispirazione della legge delega n. 124/15 alla contrattazione nazionale e alla confusa promozione della contrattazione decentrata, specie se inserita nel contesto del lungo congelamento dei contratti nazionali per il lavoro pubblico, iniziato subito dopo la riforma Brunetta e stigmatizzato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 178 del 23 luglio 2015<sup>6</sup>.

I decreti legislativi 74 e 75 riaprono invece spazi considerevoli per la contrattazione nazionale, che torna ad essere il motore delle relazioni sindacali e del sistema di regolazione del lavoro pubblico<sup>7</sup>. Come si poteva già intuire dalla stipulazione del contratto collettivo nazionale quadro su comparti e aree di contrattazione nazionale – finalmente stipulato il 13 luglio 2016 dopo ben otto anni dalla riforma Brunetta che lo imponeva (v. il contributo di Formica in questo volume) – e

---

LPA, 2016, p. 297 ss.; VISCOMI, *Linee di riforma in materia di reclutamento e incarichi dirigenziali. Brevi note introduttive*, in LPA, 2014, p. 1 ss.

<sup>6</sup>Su cui v. BARBIERI, *Giurisprudenza costituzionale ed effetti temporali delle sentenze*, in DLRI, 2017, p. 167 ss.; DALFINO, *L'«incostituzionalità differita» dietro quella (asseritamente) «sopravvenuta» (a proposito di Corte cost. 178/2015)*, in DLRI, 2017, p. 169 ss.; DELFINO, *Salario legale, contrattazione collettiva e concorrenza*, Editoriale Scientifica, 2016, p. 44 ss.; FERRANTE, *Anche per i dipendenti pubblici arriva l'ora della riscossa: la corte dichiara l'incostituzionalità della proroga del blocco della contrattazione collettiva*, in DRI, 2015, p. 1121 ss.; ZOPPOLI L., *Una sentenza interpretativa di accoglimento con manipolazioni temporali relative allo ius novum*, in DLRI, 2017, p. 183 ss.

<sup>7</sup>Un auspicio, tra l'altro, condiviso da molti: v., da ultimo, i numerosi contributi raccolti in DELL'ARINGA, DELLA ROCCA (a cura di), *Lavoro pubblico fuori dal tunnel? Retribuzioni, produttività, organizzazione*, il Mulino, 2017, su cui v. la recensione di MARIO RUSCIANO, *A proposito di una ricerca sul lavoro pubblico*, in DLRI, 2018 (in corso di pubblicazione).

come è confermato dal nuovo ribaltamento nei rapporti tra legge e contratto collettivo (nazionale), ora previsto dalla terza novella dell'art. 2, co. 2, del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 (su cui v. *amplius*, più avanti, Natullo).

Attenendosi unicamente ai testi normativi, possono dunque apparire fondate sia letture fortemente critico-riduttive dell'ultima riforma sia interpretazioni più costruttive che ne mettono in luce la pur ambigua continuità con il processo riformatore avviato negli anni '90<sup>8</sup>.

Il rinnovo del contratto di comparto per le “Funzioni centrali” in questa cornice assume però un significato che non può essere ricondotto alla solita routine (e non solo perché si tratta di contratto “apripista” per gli altri). Pur dovendosene valutare nelle sedi appropriate tutti i profili di dettaglio<sup>9</sup> e tenendo conto che ha una vigenza temporale limitata (scade già a fine 2018), non si può in alcun modo ignorare che si tratta del primo contratto collettivo nazionale per il lavoro pubblico riguardante sia i trattamenti economici sia quelli normativi da circa dieci anni a questa parte<sup>10</sup>. Per di più siglato dopo una riforma come quella realizzata con il d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150 che aveva fatto seriamente dubitare dell'intenzione del legislatore di mantenere le caratteristiche assunte dal lavoro pubblico con il d.lgs. n. 165/01; e dopo una fase in cui il sistema delle fonti del diritto del lavoro sembrava avviato a fare a meno del contratto collettivo nazionale legato a doppio filo al destino del sindacalismo industriale, vittima della riduzione della complessità sociale alla pura dinamica economico-concorrenziale.

In effetti non si tratta dell'unico segnale di irriducibilità delle relazioni di lavoro alla logica del massimo profitto consentito dalle convenienze di mercato e dalle nuove tecnologie<sup>11</sup>. Ma, senza generalizzare troppo, per quanto qui interessa, non sembra esagerato osservare che il contratto per gli statali di fine 2017 riapre due importanti percorsi di regolazione del lavoro pubblico italiano. Oltre a riattivare finalmente a pieno la contrattazione collettiva nazionale – mettendo in moto tutto il sistema regolativo e gestionale che a cascata la segue nelle tante realtà amministrative – dà linfa all'intervento legislativo, lasciando pensare che la pur tortuosa e dimidiata riforma Madia sia destinata a non seguire la sorte della precedente riforma Brunetta, restata sostanzialmente sulla carta (o nel mondo dei sogni<sup>12</sup>) per quasi dieci anni.

---

<sup>8</sup> V., per le diverse ricostruzioni, TOSI, *Le novelle legislative sul lavoro privato e pubblico privatizzato tra armonizzazione e diversificazione*, in RIDL, I, 2018 (in corso di pubblicazione); ZOPPOLI L., *La stagione delle riforme: pubblico e privato a confronto*, in LPA, 2018 (in corso di pubblicazione).

<sup>9</sup> Si tratta di un testo composto da 96 articoli per un totale di ben 129 pagine.

<sup>10</sup> Per i ministeri l'ultimo contratto nazionale economico-normativo è del 14 settembre 2007, mentre solo economico è del 23 gennaio 2009.

<sup>11</sup> Altri, forse persino più importanti, si possono cogliere da vicende italiane o internazionali, come il primo rinnovo unitario del contratto dei metalmeccanici di fine 2016, lo sciopero dei lavoratori di Amazon dell'autunno 2017 e, più o meno nello stesso periodo, il primo riconoscimento dei sindacati nell'ambito del trasporto *low cost* di Ryanair.

<sup>12</sup> V. ZOPPOLI L., *Bentornata realtà: il lavoro pubblico dopo la fase onirica*, in Jus, 2013.

Dunque può dirsi che anche per i giuristi – e in particolare i giuristi del lavoro – è il momento di tornare ad occuparsi di buona lena dei tanti problemi vecchi e nuovi che le riforme legislative del lavoro pubblico degli ultimi 25 anni hanno cercato di risolvere con una strumentazione complessa e ancora di non agevole sistemazione<sup>13</sup>.

## 2. Una chiave di lettura problematica della cd. riforma Madia

L'ultima riforma tocca in effetti punti importanti e delicati degli assetti legislativi della materia, costringendo operatori e dottrina ad uno sforzo duplice: *ricostituire le novità normative al sistema in cui si inseriscono*; e, prima ancora, *analizzare* con un certo distacco tali “*novità*” per capire se si tratti di modifiche portatrici di *nuove idee* (in senso ampio: principi, valori, tecniche) o di *ritorno/rilancio di vecchie ideologie* (intese come “*visioni*” o “*filosofie*”, non necessariamente negative). Pare invece da escludere che dalle innovazioni normative possa dedursi l'affermarsi di una ideologia “*nuova*”, intesa appunto come una filosofia del tutto innovativa rispetto al sistema di regolazione e gestione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Da questo punto di vista, al più di un qualche interesse appaiono altri provvedimenti di riforma: come la nuova legge sullo *smart working* che si riallaccia direttamente alla legge delega con riferimento a norme in apparenza marginali (art. 14, l. n. 124/15).

A voler sintetizzare alcune impressioni di fondo, sembra delinearci la riproposizione di un insieme di valori, modelli e persino luoghi comuni che riemergono dagli sviluppi normativi degli ultimi trent'anni. Questo ricco “*armamentario*” pare collocato nella riforma del 2015/17 su un piano di coesistenza paritaria, con un grado di crescente ambivalenza sistematica. Solo per fare alcuni esempi: nella dirigenza si oscilla tra il rilancio di una burocrazia a vocazione generalista-repubblicana e la persistente evocazione di un manager/datore di lavoro<sup>14</sup>; nel sistema delle fonti si riprende la delegificazione tramite contrattazione collettiva (fonte più dinamica), ma senza rinunciare ad una maggiore “*legificazione*” (unilateralità come veicolo di buon andamento); la meritocrazia viene ribadita (più investimento micro-organizzativo), ma mantenendo un tasso di regolazione procedurale piuttosto accentrato affidato alla legge o ad organismi ministeriali (Funzione pubblica); il rafforzamento del sistema punitivo è affidato alla legge piuttosto che a scel-

---

<sup>13</sup> La critica sistemazione di cui parliamo nel testo è rivelata, esemplarmente, dall'altalenante lavoro giurisprudenziale che ha accompagnato, nell'arco dell'ultimo trentennio, la sequenza delle riforme: v., infatti, ESPOSITO, *I giudici e il lavoro pubblico: dalla contrattualizzazione alla c.d. “riforma Madia”*, in LD, 2016, p. 871 ss.

<sup>14</sup> Più in generale, sugli emblematici nodi irrisolti della disciplina della dirigenza sin dal d.lgs. n. 29/1993 cfr. ZOPPOLI A., *I chiaroscuri della disciplina degli incarichi nella “privatizzazione” della dirigenza pubblica*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giappichelli, 2013, p. 845 ss., dove ulteriori riferimenti bibliografici.

te squisitamente organizzative (impulso legale); la reintegrazione viene rilanciata (con qualche eccezione legata all'anima disciplinare della riforma), ma senza una chiara scelta di principio (stabilità come risoluzione di antinomie piuttosto che come principio ordinamentale).

### 3. *I contenuti delle ultime riforme: luci e ombre senza note*

Con tale lente d'osservazione, i contributi raccolti in questo volume affrontano i grandi capitoli dell'ultima riforma, suddivisi in sette sezioni. Le prime sei affrontano i principali problemi sistematico-esegetici posti dai dd.lgs. nn. 74 e 75 del 2017, salvo dar conto di alcune normative specifiche in materia di lavoro agile (o *smart working*) (l. 22 maggio 2017, n. 81), di lavoro occasionale (art. 59 *bis* del d.lgs. 24 aprile 2017 n. 50) (v. sez. III), di *whistleblowing* (l. 30 novembre 2017, n. 179) (v. sez. IV). Invece nella sezione VII vengono affrontati i principali problemi riguardanti riforme settoriali dei rapporti di lavoro in quattro importanti ambiti come sanità, scuola, società a partecipazione pubblica e sistema museale.

Nella prima sezione vengono affrontati i problemi posti dal riassetto delle fonti e dalle nuove regole sulla contrattazione collettiva, nazionale e integrativa (v. Natullo, Delfino e Formica), che abbracciano anche gli intrecci tra esercizio dei poteri dirigenziali e le nuove forme di partecipazione (Ales), nonché i rapporti tra circuiti di regolazione nazionale e regionale (Alaimo). Si colgono alcune importanti novità, più o meno coraggiose: nel rapporto legge/contratto; nel rilancio della contrattazione nazionale, anche in ordine a istituti cruciali per le innovazioni gestionali come la mobilità e la valutazione delle performance; in ambiti e procedure per la contrattazione integrativa, complessivamente però meno modificata di quanto ci si potesse aspettare leggendo la delega; nella limitata apertura a nuove forme di partecipazione sindacale anche nella gestione dirigenziale dei rapporti di lavoro; nella maggiore attenzione alle autonomie regionali, resa peraltro obbligatoria dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 251/16. Anche se, nel complesso, non vi è alcuna rottura o significativa deviazione da strade già percorse in passato.

Nella seconda sezione sono attentamente indagate anzitutto le modifiche agli strumenti di dimensionamento e determinazione degli organici, mettendo in evidenza le discutibili e ambigue scelte del legislatore nell'individuazione delle fonti di regolazione in materia di fabbisogni (D'Onghia). Una dettagliata analisi è altresì dedicata alle regole in tema di reclutamento, con particolare attenzione agli intrecci tra nuove regole sui concorsi, in specie quelle riguardanti utilizzabilità e durata delle graduatorie di idonei e procedure di mobilità (Gentile). In quest'ultimo contributo si dà anche conto dell'attuazione incompleta dei principi della delega nonché della riforma (anch'essa piuttosto tortuosa) delle scuole di formazione per dirigenti e dipendenti pubblici e in particolare della nuova Scuola nazionale dell'amministrazione (Sna). Infine, nella medesima sezione, viene attribuita adeguata attenzione al

rinnovamento di soggetti e regole riguardanti l'inserimento attivo dei disabili nelle pubbliche amministrazioni, con osservazioni critiche in ordine ai meccanismi sanzionatori ancora insoddisfacenti e alle risorse impiegate, la cui esiguità rischia di vanificare l'efficacia delle misure introdotte (Galizia).

La terza sezione è dedicata a tutti quei contratti e istituti che hanno reso il diritto del lavoro italiano particolarmente sensibile ai più "moderni" bisogni delle persone e delle organizzazioni (conciliazione tra tempi di lavoro e non lavoro; flessibilità organizzativa e tecnologica). Ampio spazio viene dedicato alla risistemazione del lavoro parasubordinato e autonomo, che, pur profilandosi come del tutto peculiare nelle pubbliche amministrazioni (addirittura "sovversivo" rispetto ai principi della contrattualizzazione), finisce poi per riproporre problematiche similari tra pubblico e privato, specie in termini di qualificazione (Pallini). Più evidente è il permanente divario tra pubblico e privato nella disciplina dei contratti a termine, dove a un'apparente riunificazione intorno al c.d. "codice dei contratti" (d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81) fa da contrappeso il permanere di confusioni e incertezze, re-taggio antico dei processi di riforma del lavoro nelle pubbliche amministrazioni, al quale si auspica possa porre qualche rimedio una rilanciata contrattazione collettiva (Menghini). Rilievi analoghi vengono formulati per la somministrazione (Santagata), mentre peculiarità poco spiegabili e radicali impedimenti si registrano per i contratti con finalità formativa (Saracini). Di grande attualità sono le analisi sulla adattabilità al lavoro con le pubbliche amministrazioni delle recenti riforme in tema di *smart working* (Casillo, Tufo) e lavoro occasionale (i vecchi *voucher*) (Monda), dove forse più evidente è lo sforzo del legislatore di dettare regole pensate per l'effettività nei contesti amministrativi; anche se tali regole hanno spesso bisogno di direttive esplicative (come quella, molto accurata, sul lavoro agile del Presidente del Consiglio dei ministri dell'1 giugno 2017 n. 3) o di interpretazioni molto attente al bilanciamento con principi e norme costituzionali più stringenti per le pubbliche amministrazioni (in tema di lavoro occasionale) e comunque inidonee a colmare persistenti lacune sul piano della repressione di sempre possibili abusi. Quest'ultimo profilo – cioè la debolezza dell'apparato sanzionatorio per gli abusi delle amministrazioni in materia di lavoro flessibile – accomuna molti contributi di questa terza sezione; sebbene venga apprezzata la tensione del legislatore nel delineare procedure di stabilizzazione del precariato piuttosto ampie e rispettose dei vincoli costituzionali (Fiorillo), invero – a nostro parere – inidonee a prevenire il formarsi di nuove "sacche" di precari. In questo quadro assume una valenza più marcatamente positiva l'attenzione alla conciliazione dell'impegno lavorativo con le altre esigenze vitali dei dipendenti pubblici, che viene coniugato in modo interessante con l'incentivazione del lavoro a distanza, pur rimarcandosi la necessità di non confondere fattispecie come il telelavoro, già da anni regolate nelle pubbliche amministrazioni e poco praticate, con le nuove frontiere del lavoro agile (Casillo). Anche in questo caso molto ci si attende da una nuova stagione di contrattazione collettiva.

La quarta sezione è dedicata alla materia disciplinare, terreno elettivo e, si potrebbe dire, privilegiato delle riforme del lavoro pubblico. I contributi coprono

l'intero spettro delle novità, che sono estese e riguardano aspetti tanto sostanziali quanto procedurali. Tutti gli scritti di questa sezione puntualizzano le peculiarità dell'ordinamento del lavoro pubblico, badando in particolare a compararle sempre con il lavoro privato, così cogliendo anche i tratti di distanza o, meno frequentemente, di contiguità tra i due statuti. Del versante sostanziale si analizzano, in particolare, la nuova disciplina del licenziamento disciplinare e l'arricchimento del catalogo delle infrazioni (Gargiulo e Quaranta); laddove il versante procedurale è analiticamente e criticamente esplorato in tutte le sue problematiche pieghe (Cordella). Non manca, poi, una riflessione specifica sul contiguo tema della tutela del *whistleblower*, finalmente messo a fuoco dal legislatore, in seconda battuta rispetto alla riforma principale, con la l. n. 179/17 (v. Avio). Da non trascurare, infine, l'accurata ricostruzione delle innovazioni in materia di visite fiscali, oggetto anche del recente rinnovo del contratto delle "Funzioni centrali", contraddistinte da scelte legislative che segnano ancora una differenza non sempre giustificabile con il settore privato (Pepe).

La quinta sezione riguarda in gran parte la rivisitazione del sistema di valutazione delle performance realizzata con il d.lgs. n. 74/17. Si mettono puntualmente in evidenza: a) la più articolata regolazione dell'"obiettivo", elemento finanche di rinnovata centralità istituzionale, organizzativa e contrattuale (Monda); b) le novità sul piano dei soggetti della valutazione, colti ciascuno nel proprio ruolo e in chiave dinamica secondo un percorso di apprendimento incrementale (Nicosia); c) l'esplicito coinvolgimento dei cittadini, valorizzato anche attraverso un'attenta analisi normativa diacronica (Baldassarre). Le tre diverse visuali mostrano, tutte, la necessità di adeguati contesti organizzativi e il persistente rischio di auto-referenzialità della valutazione "esterna" dell'attività delle pubbliche amministrazioni, ancora priva di soddisfacenti elementi di indipendenza e terzietà (ossia sempre sostanzialmente riconducibile al soggetto politico) come tale di esiziale condizionamento della relazione tra il (medesimo) soggetto politico e la dirigenza (Zoppoli A.).

La sesta sezione si esaurisce nell'analisi della confermata tutela reintegratoria per tutti i dipendenti pubblici, dirigenti e non dirigenti, giustificata a parere di Luciani (non condiviso da tutti i curatori), con la persistente specialità del lavoro pubblico di matrice costituzionale. Pur essendo opinabile per fondamento normativo e scelte regolative e pur venendo superate, non senza difficoltà interpretative, i dubbi di legittimità costituzionale *ex art. 76 Cost.*, la riforma fornisce una direzione chiara di disciplina dell'istituto nel lavoro pubblico dopo quasi un quinquennio di incertezze/contrasti giurisprudenziali e di accesi dibattiti dottrinali. Nella ricostruzione della tematica si pone altresì in luce che nell'inedito assetto previsto dal novellato art. 63 del d.lgs. n. 165/01 c'è per il lavoratore pubblico anche qualche tutela di minor favore rispetto ai casi in cui la reintegrazione continua ad operare nel lavoro privato.

La settima sezione è dedicata a quattro riforme settoriali (personale sanitario, scuola, società a partecipazione pubblica, sistema museale) di grande importanza o per le quali si sono posti problemi applicativi di rilevanza generale. Molte sono

le complicate questioni tecniche affrontate dai relativi contributi (Russo, Preteroti, Ferrara, Luciani) senza però mai perdere di vista la questione della coerenza e compatibilità delle specifiche normative con i principi e le discipline generali che riguardano il lavoro pubblico.

#### **4. Il fondamento dei decreti legislativi nn. 74 e 75 del 2017 nella legge delega 124/15**

Dall'insieme dei contributi, oltre agli approfondimenti di tutti gli aspetti controversi di una riforma forse più rilevante nella pratica di quanto non appaia ad una prima valutazione puramente dottrinale, emerge la difficoltà di esprimere valutazioni nette su alcuni punti di fondo.

Anzitutto quello del fondamento della riforma Madia, per la parte realizzata, nella legge delega n. 124/15. Esso andrebbe rinvenuto in alcuni principi e criteri direttivi generali, di cui il primo concerne l'elaborazione di un testo unico, che, salvo le modifiche riconducibili strettamente all'art. 17 della medesima l. n. 124, sarebbe configurato prevalentemente come a carattere compilativo, consentendosi solo "le modifiche strettamente necessarie per garantire la coerenza giuridica, logica e sistematica della normativa e per adeguare, aggiornare e semplificare il linguaggio normativo" e la "risoluzione delle antinomie in base ai principi dell'ordinamento e alle disposizioni generali regolatrici della materia" (art. 16, lett. *b, c*). La riforma realizzata con i decreti 74 e 75 appare al riguardo problematica: sia perché formalmente non si concretizza in un nuovo testo unico, ma si muove nell'alveo dei preesistenti d.lgs. n. 165/01 e n. 150/09; sia per le scelte fatte in relazione a snodi delicati, dove non sono facilmente rinvenibili né le "coerenze" né "i principi dell'ordinamento e le discipline generali" (risistemazione delle fonti; ambito e livelli della contrattazione; poteri datoriali e, in particolare, potere disciplinare; lavori flessibili; reintegrazione). Nelle pagine che seguono, pur non contestandosi la problematica riconducibilità di molti aspetti della riforma alla legge delega, si tende a salvarne il fondamento basandosi sull'appena richiamato art. 16, lett. *b e c* della l. n. 124/15, scindendone il nesso necessario con l'art. 17. Può essere una scelta condivisibile, se non sul piano del massimo rigore esegetico-sistematico, su quello del ragionevole contemperamento tra procedure, forme e contenuti di una difficile riforma.

#### **5. Siamo ancora nella stagione della "privatizzazione"?**

L'altro aspetto di fondo è quello della riconducibilità della riforma Madia all'ormai risalente filosofia della "privatizzazione" intesa come unificazione normativa tra pubblico e privato. Si tratta di una delle questioni più discusse in materia

a partire almeno dal 2009 (ma già dal 2003)<sup>15</sup>, spesso posta nei termini di “collocazione disciplinare” del lavoro pubblico riformato: se cioè esso continui ad essere collocato in un regime giuridico di tipo prevalentemente “privatistico” (secondo le “discipline generali” desumibili dalle leggi deleghe 23 ottobre 1992 n. 421 e 15 marzo 1997 n. 59) o graviti di nuovo in un “ambito” pubblicistico. Oppure, in termini un po’ diversi, ci si chiede se “privatizzazione” significhi ancora regime quanto più possibile “comune” ai rapporti di lavoro con datori di lavoro privati. Prima della riforma 2015/2017 le risposte erano assai problematiche e articolate. Quasi tutti i contributi si pongono il problema, valutando se restino le medesime ambiguità/incertezze di prima o se qualche nodo venga sciolto in un senso o nell’altro (esempi di scelte, non necessariamente coerenti: nuova centralità della contrattazione collettiva; più decisa legificazione della materia disciplinare; tutela reintegratoria “universale” per i dipendenti pubblici). Le risposte sono giustamente differenziate anche in ragione dello specifico istituto o aspetto analizzato.

Nel pieno rispetto di tutte le (se ben argomentate) possibili risposte, la conclusione alla quale si può oggi approdare è, in estrema sintesi, la seguente.

Il contratto di lavoro subordinato, contraddistinto ad un tempo dalla finalità organizzativa e dall’esigenza di tutela complessiva della persona del lavoratore, pare ancora al centro della legislazione sul lavoro privato e pubblico. Indubbiamente le differenze normative tra l’uno e l’altro sono molte e di varia ispirazione; e se ne potrebbero aggiungere ulteriori. Tuttavia, se lo scopo è la garanzia di specifiche finalità organizzative, non pare questa la via più coerente con l’equilibrio funzionale della fattispecie contrattuale né, ancor prima, la più convincente alla luce del cammino che ha condotto sin qui. Le finalità organizzative vanno assolutamente salvaguardate – lo impongono, prima di ogni altra ragione, diritti costituzionali e interessi pubblici (astratti, o meglio, concreti) – ma vanno salvaguardate anzitutto attraverso il puntuale e responsabile esercizio dei poteri (organizzativi) istituzionalmente preposti alla loro realizzazione. Se questo esercizio è in tutto o in parte assente, a nulla serve accanirsi sulla disciplina del contratto o del rapporto di lavoro del dipendente. Anzi – e al riguardo la storia dice tanto – la scelta della “contrattualizzazione” del lavoro pubblico era, ed è, intrinsecamente ispirata proprio a liberare (i poteri del) l’organizzazione dalla formalistica impostazione pubblicistica, iper-regolativa nella sua tradizionale “funzionalizzazione”, per stimolarne e consentirne l’azione al passo con i tempi. Per dirla tutta, il contratto presuppone l’esercizio di quei poteri, altrimenti la finalità cui è preordinato diviene, per definizione, irrealizzabile.

Dunque, non è sul contratto di lavoro che occorre insistere, bensì sul versante organizzativo; se si preferisce, sulla dimensione microrganizzativa, calibrando regole e interventi in relazione alle specifiche esigenze di ottimizzazione del contesto. In tale ottica, l’impianto giuslavoristico, al di là di questa o quella differenza

---

<sup>15</sup> Per tutti v. BATTINI, *Jobs act e lavoro pubblico: i "controlimiti" alla privatizzazione*, in GDA, 2015, p. 145 ss.; RICCI M., *Lavoro privato e lavoro pubblico: rapporti tra le due ipotesi di riforma, estensione delle regole e modelli*, in LPA, 2014, p. 461 ss.

normativa – anche di rilievo –, va attentamente integrato da interventi peculiari dell’universo delle pubbliche amministrazioni, a cominciare dal sistema di valutazione delle performance. Prospettiva che coinvolge una molteplicità di attori ma che, al contempo, ci ricorda come i soggetti “ultimi” responsabili, nel privato e nel pubblico, siano diversi. Una differenza da avere ancora oggi ben presente nell’analisi tanto della nuova ennesima riforma del lavoro pubblico quanto, più in generale, dei percorsi compiuti e da compiere.

MARCO ESPOSITO, VINCENZO LUCIANI,  
ANTONELLO ZOPPOLI E LORENZO ZOPPOLI



**|| Sezione I ||**

**Fonti e contrattazione collettiva**



Gaetano Natullo

## Tra legge e contratto: l'“equilibrio instabile” del sistema delle fonti del lavoro pubblico

SOMMARIO: 1. Dal “rapporto Giannini” alla “Riforma Madia”: il “concorso/conflicto” tra legge e contratto e la “specialità” del lavoro pubblico. – 2. Dalla “contrattualizzazione” alla “Riforma Madia”: la schizofrenia legislativa nella regolazione del rapporto Legge-Contratto. – 3. *Segue*. La (contro)riforma del 2009 (l. n. 15/09; d.lgs. n. 150/09). – 4. La novellata norma sulle fonti nella “Riforma Madia”. – 5. Fonti unilaterali e spazio negoziale nel nuovo quadro normativo. – 6. Riflessioni conclusive.

### 1. Dal “rapporto Giannini” alla “Riforma Madia”: il “concorso/conflicto” tra legge e contratto e la “specialità” del lavoro pubblico

Una disamina della norma dedicata alle fonti di disciplina dell'organizzazione e del lavoro nelle pubbliche amministrazioni (art. 2 d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165) inevitabilmente riconduce alle fondamenta dell'inquadramento sistematico (struttura, fonti, disciplina) del rapporto di lavoro nell'ambito del complessivo assetto istituzionale e regolativo delle amministrazioni pubbliche.

È fuor di dubbio, infatti, che l'“instabilità” della norma dedicata alle fonti, sensibile ai diversi interventi di complessiva riforma della legge, dal 1993 al 2017, riflette anche la profonda divaricazione tra gli obiettivi più immediatamente dichiarati e pubblicizzati della riforma del 1993 (“Privatizzazione”/“contrattualizzazione” del pubblico impiego) e la sua successiva implementazione (normativa e non); nell'ambito della quale, invero, ad esclusione delle modifiche normative apportate dalla c.d. “seconda privatizzazione” (d.lgs. 4 novembre 1997 n. 396 e d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80), rivolte a sanare le incertezze della disciplina del 1993, i successivi interventi di riforma, e tra questi in particolare quello intitolato al Responsabile del dicastero dell'epoca (l. 4 marzo 2009 n. 15; d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150 – c.d. Riforma “Brunetta”) hanno con estrema chiarezza evidenziato un ruolo pervasivo della legge rispetto sia alle fonti negoziali, sia al potere organizzativo e gestionale unilaterale del dirigente/datore di lavoro.

Dal punto di vista della ricostruzione teorica, questa schizofrenia normativa, che certamente rinviene le sue ragioni più cogenti ed evidenti nelle esigenze di

carattere economico-finanziario determinate dalla crisi di inizio nuovo millennio, risulta anche connessa da un rapporto bilaterale (e bidirezionale) di causa/effetto con le incertezze nell'inquadramento sistematico del (nuovo) rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici.

In quest'ottica, infatti, a fronte delle ricostruzioni, coerenti con gli obiettivi della riforma del 1993, volte ad accentuare il profilo civilistico-contrattuale del rapporto "di servizio" del dipendente pubblico, per questo del tutto assimilabile al contratto del prestatore di lavoro del settore privato, si sono affiancate tesi volte invece a confermare una permanente "specialità" di tale rapporto, discendente dalla preminenza dell'interesse pubblico sotteso all'organizzazione ed al funzionamento delle amministrazioni pubbliche, che non può non condizionare funzionalmente anche disciplina, organizzazione e gestione del (rapporto di) lavoro<sup>1</sup>. Ragione per cui *"La specialità del rapporto di lavoro pubblico, insomma, sarebbe una proiezione necessaria (ossia automatica ed ineliminabile) dei principi di cui all'art. 97 Cost. e della natura pubblica del creditore della prestazione di lavoro"*<sup>2</sup>.

Ed indubbiamente l'evoluzione della normativa, sia generale che settoriale, pare confortare le tesi volte a privilegiare la permanente specialità del rapporto di lavoro pubblico che, rispetto al lavoro nell'impresa, sconta inevitabilmente, anche sul piano delle fonti, una supremazia delle fonti legislative su quelle negoziali, nonché, correlativamente, la supremazia del profilo pubblicistico dell'organizzazione (degli uffici) su quello privatistico dei tipici poteri datoriali di organizzazione e gestione dei rapporti di lavoro che, nel sistema normativo, dovrebbero essere di appannaggio della dirigenza "manageriale".

In definitiva, nonostante gli sforzi anche teorici di superamento delle tradizionali costruzioni pubblicistiche, come noto partendo anche da una interpretazione ragionevolmente "aperta" dell'art. 97 Cost., la successiva evoluzione normativa ha certamente sollevato il dubbio che le pubbliche amministrazioni siano ancora organizzate "da" disposizioni di legge piuttosto che "secondo" queste ultime, nell'interpretazione più elastica data alla norma costituzionale<sup>3</sup>. Resta da verificare, dopo l'ennesima riforma, che oggi qui si commenta, se il contraddittorio impulso

---

<sup>1</sup> Una utile recente ricostruzione del dibattito, con riferimento anche alle recenti pronunce della Corte Costituzionale, in PINTO, *Il lavoro pubblico nella transizione dall'autogoverno responsabile delle pp.aa. al rinnovato protagonismo della legge*, in *Le riforme del diritto del lavoro, Quaderni DLM*, 2016, 2, p. 119 ss. Un'interessante recente applicazione giurisprudenziale di un profilo della "specialità" del lavoro pubblico in Cass. 3 gennaio 2017 n. 2509 (in *iusexplorer.it*), in tema di lavoro straordinario (*"In tema di pubblico impiego contrattualizzato, il diritto al compenso per il lavoro straordinario svolto presuppone, di necessità, la previa autorizzazione dell'amministrazione, poiché essa implica la valutazione della sussistenza delle ragioni di interesse pubblico che impongono il ricorso a tali prestazioni e comporta, altresì, la verifica della compatibilità della spesa con le previsioni di bilancio"*).

<sup>2</sup> PINTO, *op. cit.*, p. 12.

<sup>3</sup> Per tutti, cfr. ORSI BATTAGLINI, CORPACI, *Sub art. 2*, in CORPACI, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche (d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29)*, *Commentario*, in *NLCC*, 1999, p. 1064 ss.; CARABELLI, CARINCI M.T. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, 2010, p. 67 ss.

dato dalla Riforma Brunetta del 2009 (nonché dagli altri interventi legislativi “della crisi”), e le sue potenziali ripercussioni sulle ricostruzioni teorico-sistematiche, vengano in qualche maniera sconfessate e se il nuovo assetto risulti più coerente con quello delineatosi alla fine degli anni '90, dopo la “seconda privatizzazione”.

## 2. Dalla “contrattualizzazione” alla “Riforma Madia”: la schizofrenia legislativa nella regolazione del rapporto Legge-Contratto

Invero, con la prima e soprattutto la seconda riforma (d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29; d.lgs. nn. 396/97 e 80/98) l'obiettivo di omogeneizzazione tra lavoro pubblico e privato, nel senso di uniformazione del primo al secondo, almeno sul piano delle fonti di disciplina del lavoro, pareva aver prevalso.

Infatti, la norma dedicata alle fonti, appunto l'art. 2 qui in commento, una volta delimitata, al co. 1, l'area necessariamente “pubblicistica”, sostanzialmente relativa all'impianto di fondo dell'organizzazione e “copertura” degli uffici, nonché alla “provvista” necessaria di personale<sup>4</sup>, altresì definendo i criteri da attuare nella relativa regolazione organizzativa, nei commi successivi riorganizzava l'articolazione delle fonti di disciplina dei rapporti di lavoro estendendo al settore l'assetto delle fonti costitutive e regolative del lavoro nell'impresa, imperniate per l'appunto sul contratto, individuale e collettivo (co. 3, art. 2), nonché sullo stesso impianto normativo (codice civile e leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa)<sup>5</sup>. Con salvezza, comunque, delle regole “speciali” a salvaguardia di ineliminabili esigenze di differenziazione, contenute nella stessa legge di riforma (“fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto”).

L'impianto appena descritto riceveva anche il pieno avallo della Corte Costituzionale<sup>6</sup>, che esprimeva piena condivisione sulla ricostruzione “elastica” dell'art. 97 Cost., riconoscendo che “... l'imparzialità stessa non debba essere garantita necessariamente nelle forme dello statuto pubblicistico del dipendente ben potendo viceversa trovare attuazione [...] in un equilibrato dosaggio di fonti regolatrici”. E pertanto “attraverso un equilibrato dosaggio di fonti regolatrici si è potuto così abbandonare il tradizionale statuto integralmente pubblicistico del pubblico im-

<sup>4</sup> “Le amministrazioni pubbliche definiscono, secondo principi generali fissati da disposizioni di legge e, sulla base dei medesimi, mediante atti organizzativi secondo i rispettivi ordinamenti, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; determinano le dotazioni organiche complessive...”.

<sup>5</sup> Cfr. per tutti ALES, *Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni*, Utet, 2007, p. 14 ss.; ZOPPOLI L., *Le fonti del lavoro pubblico: dinamiche recenti e prospettive*, in SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Utet, 2017, p. 2690 ss.

<sup>6</sup> C. Cost. 25 luglio 1996 n. 313, in *DL*, 1996, II, p. 442. Cfr. anche C. Cost. 16 ottobre 1997 n. 309, in *FI*, 1997, I, p. 3484. Su tali pronunce, per tutti, CARINCI F., *La c.d. privatizzazione del pubblico impiego nella giurisprudenza costituzionale*, in *LPA*, 2006, p. 499. In generale, sull'assetto costituzionale della riforma, BARBIERI, *Problemi costituzionali nel diritto sindacale italiano*, Cacucci, 1997.

*piego, non imposto dall'art. 97 Cost., a favore del diverso modello che scaturisce appunto dal nuovo assetto delle fonti*".

E tale "modello", nel suo impianto teorico-sistematico, era in effetti piuttosto chiaro e coerente. Date le fondamenta "pubblicistiche" (principi generali, individuazione, composizione, titolarità degli uffici, dotazioni organiche, nonché le materie riservate alla legge dalla l.d. 23 ottobre 1992 n. 421), definite dalla legge (per i principi generali) e da "atti organizzativi" (di natura sia regolamentare che non regolamentare) comunque tali, in ossequio ai criteri stabiliti dallo stesso art. 2, da "escludere un eccesso di specificazione e analiticità..."<sup>7</sup>, altresì individuati gli obiettivi politici (organi politici/di indirizzo), la disciplina del lavoro (costituzione, organizzazione, gestione), avviene con le stesse fonti e "regole" del settore privato (codice civile, leggi sul lavoro subordinato, contratto collettivo, contratto individuale, oltre ovviamente ai principi costituzionali sul lavoro), e con gli strumenti gestionali del datore di lavoro privato (le "determinazioni organizzative" di cui all'art. 4, d.lgs. n. 29/93, poi art. 5, d.lgs. n. 165/01). Sino al punto, da poter dire che "dovrà ritenersi rimettersi ad autonome valutazioni di quegli organi che assumono la veste di parte datoriale definire, in ragione dell'impostazione che si ritenga più conveniente in punto di relazioni sindacali, se, per quali profili e con quali modalità coinvolgere le organizzazioni sindacali, fino al punto di concludere con esse veri e propri accordi"<sup>8</sup>.

Conclusioni certamente "forti", vieppiù se si considera la provenienza, ossia da studiosi di diritto amministrativo. Laddove, paradossalmente, sono invece giuristi ad evidenziare le permanenti peculiarità dell'assetto delle fonti del lavoro pubblico rispetto a quello privato, giacché "... se non c'è "specialità" del rapporto, c'è sicuramente "specialità" di disciplina. E, d'altronde, questa specialità di disciplina può ben giustificarsi quando vi siano ragioni inerenti all'organizzazione..."<sup>9</sup>.

In sintesi, agli albori del nuovo millennio il quadro normativo, e teorico, pur con inevitabili perplessità e distinguo, pareva abbastanza chiaro: fermo restando permanenti "specialità" (di "disciplina", più che di "rapporto di lavoro"), nell'ambito di principi generali e "atti organizzativi", comunque generali e non pervasivi, e salvo alcune materie riservate alla legge, il lavoro dei dipendenti pubblici è costituito e regolato dalle stesse fonti del settore privato, nonché organizzato e gestito dal datore di lavoro/dirigente, con gli stessi poteri e atti (determinazioni organizzative) del datore di lavoro privato.

In siffatto quadro dove, come generalmente riconosciuto, il legislatore della riforma scommetteva sulle capacità, quasi taumaturgiche, del "contratto" (individuale e collettivo) – in uno evidentemente con la riforma della dirigenza pubblica – di

<sup>7</sup> ORSI BATTAGLINI, CORPACI, *op. cit.*, p. 1068.

<sup>8</sup> ORSI BATTAGLINI, CORPACI, *op. cit.*, p. 1070.

<sup>9</sup> RUSCIANO, ZOPPOLI L., *Sub art. 2*, in CORPACI, RUSCIANO, ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 1072. Sulla "specialità", in tal senso intesa, cfr. anche FIORILLO, *Le fonti del lavoro pubblico nell'elaborazione di dottrina e giurisprudenza*, in LPA, 2004, p. 593 ss.

trasportare nel settore pubblico le stesse logiche virtuosamente “efficientiste” del lavoro subordinato nell'impresa, era coerente e ragionevole “bloccare” la possibilità della politica, attraverso la legge, di intervenire in tale processo, ostacolando il libero dispiegarsi dei nuovi assetti regolativi, organizzativi e gestionali, ed evitando in tal modo la deteriore prassi delle leggine microsettoriali, che avevano condotto alla famigerata “giungla” normativa e retributiva del pubblico impiego.

Si spiega dunque la formula (antecedente alla riforma del 2009) dell'art. 2, co. 2 e 3, che afferma il paradosso, ancor più tale in settore comunque a valenza “pubblicistica”, della prevalenza del contratto sulla legge che dovesse disporre sulle materie di “competenza” del contratto collettivo, con capacità derogatoria della legge o addirittura con effetto di caducazione automatica della disciplina legislativa (nonché regolamentare) che eventualmente attribuisse “*incrementi retributivi non previsti da contratti*”<sup>10</sup>. Tanto da suscitare, soprattutto nella prima versione della norma, il dubbio di una incompatibilità di tale contratto collettivo “ultra-normativo” con l'assetto delle fonti statali<sup>11</sup>.

### 3. Segue. *La (contro)riforma del 2009 (l. n. 15/09; d.lgs. n. 150/09)*

Come noto, il progetto del riformatore degli anni '90, dopo la (imperfetta) collocazione del 2001 (d.lgs. n. 165/01), e già con la l. 25 luglio 2002 n. 145 di riforma della dirigenza, comincia ad essere progressivamente messo in dubbio, e profondamente intaccato con la riforma Brunetta del 2009.

Quest'ultima, quarta tappa nel tormentato percorso di riforma<sup>12</sup>, è stata infatti contraddistinta da un brusco *revirement*, nella convinzione, non del tutto infondata, che la “contrattualizzazione” non aveva dato in quegli anni buona prova di sé (ma, evidentemente, che non fosse in grado di darla neanche in futuro) non riuscendo a debellare il (presunto o effettivo) “fannullonismo” presente negli uffici pubblici ed a conseguire sufficienti livelli di efficienza-efficacia nella gestione del lavoro e delle amministrazioni, e soprattutto a garantire il necessario controllo della spesa pubblica<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Sulla disposizione, ma anche più in generale sul complesso rapporto tra leggi “generali” sui rapporti di lavoro (anche relative al lavoro privato) e contrattazione collettiva v. ALES, *op. cit.*, p. 34 ss.; cfr. anche RUSCIANO, ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 1073 ss. Per una recente applicazione in giurisprudenza (ma riferita alla disciplina allora vigente) v. Cass. 17 maggio 2016 n. 10064, in *DeJure*.

<sup>11</sup> Come noto anche l'art. 2, co. 2 venne modificato dal d.lgs. n. 80/98, sostituendo al meccanismo della caducazione “automatica” quello della “derogabilità”. Sulla vicenda, ed il relativo dibattito, si rinvia *infra*, par. 4 e per i riferimenti bibliografici alle note 17 ss.

<sup>12</sup> Sulla riforma del 2009, per tutti, CARINCI F., MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico: commentario al d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*, Milano, 2011; ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, 2009.

<sup>13</sup> Cfr., di recente, PINTO, *op. cit.*, p. 109 ss.

Con riferimento alla norma in commento, le modifiche ci sono state ed importanti, ma ancor più evidenti sono i cambiamenti di impostazione che emergono dalla complessiva valutazione della riforma del 2009.

Il legislatore, infatti, in sostanza assume la veste di vero “datore di lavoro”, riassegnando pertanto a sé stesso parte dei “poteri” unilateral-pubblicistici che come poc’anzi ricordato aveva dismesso, in favore delle fonti contrattuali (privatistiche), e di conseguenza in favore dei poteri della nuova dirigenza (teoricamente) manageriale. E dunque decide non solo di cambiare, come vedremo, alcuni assetti nel sistema delle fonti, in favore delle fonti unilaterali rispetto a quelle negoziate, ma soprattutto provvede ad ampliare di fatto l’area riservata alla legge ed agli “atti organizzativi” pubblicistici, di cui all’art. 2, co. 1, regolando per legge ciò che, secondo la (precedente ma anche contestuale) impostazione normativa, sarebbe stato di competenza, a cascata, degli “atti organizzativi” e delle “determinazioni organizzative” espressioni del potere datoriale (dirigenziale)<sup>14</sup>. L’esempio eclatante è dato dalle norme disciplinari inserite nel corpo del d.lgs. n. 165/01 (art. 55); ma anche dalle disposizioni sul sistema di Valutazione delle Performance (d.lgs. n. 150/09).

In tal modo, a ben vedere, anche ponendosi in evidente contraddizione con uno dei criteri “organizzativi” di cui all’art. 2, co. 1 (lett. *b*): ossia la *ampia flessibilità, garantendo adeguati margini alle determinazioni organizzative e gestionali da assumersi ai sensi dell’art. 5, co. 2.*

Era dunque coerente, data l’impostazione della riforma del 2009, che il legislatore, pur non potendo (o volendo?) “sopprimere” il ruolo delle fonti negoziali, ne circondasse però i confini con “paletti” legislativi ben piantati, sia con riguardo diretto alla contrattazione collettiva (nazionale e decentrata) sia con riguardo a rapporti tra contrattazione e legge. Si spiega dunque così la modifica dell’art. 2 da parte del d.lgs. n. 150/09: le disposizioni “*fatte salve nel presente decreto ...*” che confermano i tratti di specialità del lavoro pubblico rispetto al lavoro privato, assumono esplicitamente carattere “*imperativo*”. E ne viene sancita anche la espresa “superiorità” gerarchica e, soprattutto, la forza di resistenza rispetto alla contrattazione collettiva, comprimendo fortemente il potere derogatorio che le aveva attribuito la precedente versione della norma. La contrattazione collettiva, pertanto, avrebbe potuto derogare alle disposizioni “speciali” per il lavoro pubblico (di legge, regolamento o statuto) solo se esse stesse ne avessero previsto la derogabilità (ipotesi evidentemente assai improbabile).

Tale modifica, risulta coerente con la generale impostazione della riforma del 2009, la cui logica pubblicistica-autoritativa si manifesta come detto nella pervasiva regolazione di diversi ed importanti istituti e gangli vitali della disciplina e dell’organizzazione del lavoro.

---

<sup>14</sup> A tal proposito parla di leggi-regolamento ZOPPOLI L., *Legge, contratto collettivo e circuiti della rappresentanza nella riforma “meritocratica” del lavoro pubblico*, in *IF*, 2009, 5-6, p. 663 ss. Sulle ragioni e le modalità di riappropriazione del “potere datoriale” delle pp.aa. da parte del legislatore, v. CASSESE, *Dall’impiego pubblico al lavoro con le pubbliche amministrazioni: la grande illusione?*, in *AA.VV., Il contributo di Mario Rusciano all’evoluzione teorica del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2013, p. 41 ss.

Si è sostenuto che in realtà la riforma del 2009 non opera tanto nel senso di una ripubblicizzazione dell'impianto legislativo delle fonti, quanto nel senso di una decisa compressione della “*contrattualizzazione*”, di cui viene ridimensionata l'area di manovra con riguardo sia alla legge sia alla attività dirigenziale...”, lasciando invece non intaccata la “privatizzazione”<sup>15</sup>. Orbene, per certi versi quanto sostiene l'Autore è comprensibile, ma risulta veramente difficile distinguere le due aree (privatizzazione e contrattualizzazione). Un sistema dove la legge sostanzialmente impone quasi un nuovo “stato giuridico” dei dipendenti pubblici, costringendo nei limiti legislativi l'autonomia contrattuale collettiva ed individuale (e correlati poteri gestionali), significa lasciare solo formalmente in piedi quell'assetto di fonti (contrattualizzato), ma sostanzialmente impedirne in via autoritativa il funzionamento, regolando e “gestendo” attraverso la fonte legislativa (perché, ad esempio, le norme “disciplinari” del d.lgs. n. 150/09 sono in realtà regole gestionali). Il che, del resto, è perfettamente coerente con la logica della Brunetta, che è quella di sopperire per via unilaterale e autoritativa al (presunto) deficit del contratto (collettivo, senz'altro, ma anche individuale, perché su quest'ultimo poggia il potere gestionale del dirigente/datore di lavoro).

#### 4. La novellata norma sulle fonti nella “Riforma Madia”

In siffatto quadro interviene dunque la riforma “Madia”, e per quanto qui interessa il d.lgs. 25 maggio 2017 n. 75, il cui art. 1 modifica nuovamente l'art. 2, d.lgs. n. 165/01.

In primo luogo, è opportuno comprendere quali siano stati gli obiettivi della modifica legislativa della norma in commento, verificando pertanto le previsioni della delega legislativa (l. 7 agosto 2015 n. 124) ed i relativi criteri di delega. Ebbene, riguardando i criteri previsti nelle disposizioni di delega (richiamate espressamente nella rubrica del d.lgs. n. 75/17), oltre al generale obiettivo della “semplificazione”, l'unico criterio che pare riferibile all'art. 2, d.lgs. n. 165/01 risulta quello di cui alla lett. c del co. 2, art. 16 della legge delega<sup>16</sup>. Se così è, allora la *ratio* della nuova modifica risiede nella esigenza di *garantire la coerenza giuridica, logica e sistematica della normativa*. Dal che, argomentando, se ne ricava la valutazione a monte fatta dal legislatore di questa riforma, ossia che, nella parte modificata, l'art. 2, d.lgs. n. 165/01, dopo la riforma del 2009, si prestasse a censure di *incoerenza giuridica, logica e sistematica* rispetto alla complessiva disciplina della stessa legge; a meno, ovviamente,

<sup>15</sup> V. CARINCI F., *Contrattazione e contratto collettivo nell'impiego pubblico “privatizzato”*, in LPA, 2013, p. 494 ss.

<sup>16</sup> Ossia il “*Coordinamento formale e sostanziale del testo delle disposizioni legislative vigenti, apportando le modifiche strettamente necessarie per garantire la coerenza giuridica, logica e sistematica della normativa e per adeguare, aggiornare e semplificare il linguaggio normativo*”. Sulla delega cfr. D'ALESSIO, ZOPPOLI L., *Osservazioni sugli schemi dei decreti legislativi attuativi dell'art. 17 della legge n. 124 del 2015*, in ARass, 2017, 5.

di non ritenere la modifica della norma in commento un “eccesso di delega”.

Venendo quindi alla specifica modifica, il d.lgs. n. 75/17 opera una nuova correzione di rotta, riportando i rapporti tra legge e contrattazione collettiva ad un assetto più simile a quello precedente al 2009. Il potere delegificatorio del contratto collettivo ritorna “autonomo” e non più subordinato ad una specifica espressa attribuzione nella norma “speciale”. Con la puntualizzazione, però, che tale potere resta confinato, dovrebbe dirsi ovviamente, all’area tematica di competenza della stessa contrattazione collettiva, e comunque solo di quella “... nazionale ...”, escludendo dal potere derogatorio la contrattazione decentrata integrativa<sup>17</sup>, e fermo restando il “... rispetto dei principi stabiliti dal presente decreto”.

È dunque evidente, in virtù della nuova formulazione, che diventa viepiù essenziale la delimitazione dello “spazio negoziale” di competenza della contrattazione collettiva che, bisogna intendersi, è “affidato alla contrattazione collettiva”, ma non è “riservato” a quest’ultima, almeno se si deve continuar a ritenere che su questo aspetto la riforma non abbia intaccato il principio per cui, nel settore pubblico come in quello privato, nello “spazio negoziale” può esserci obbligo “a negoziare”, ma non “a contrarre”<sup>18</sup>.

Il *revirement* del legislatore rende opportuno tornare brevemente sulla questione di una possibile incompatibilità di un contratto collettivo “superiore” alla legge con l’assetto (costituzionale) delle fonti. Tale carattere, che per alcuni era seriamente a rischio di incostituzionalità, rappresentava comunque quantomeno un ulteriore dimostrazione della “specialità” del lavoro pubblico rispetto al lavoro nell’impresa.

Sul punto, è possibile riprendere oggi i termini del dibattito sviluppatosi a cavallo tra la “prima” e la “seconda” privatizzazione, condividendo le argomentazioni favorevoli alla piena compatibilità costituzionale delle disposizioni, sia del meccanismo “derogatorio”, previsto dal co. 2 dell’art. 2, d.lgs. n. 165/01, sia della caducazione automatica, prevista dal co. 3 della stessa norma con riguardo al trattamento economico.

Dunque, premesso che si preferisce la soluzione di chi ritiene necessaria una deroga “espressa”<sup>19</sup>, e non anche implicita<sup>20</sup>, si possono ritenere superabili i dub-

---

<sup>17</sup>In tal modo accogliendo la soluzione già preferita da parte dalla dottrina in sede interpretativa della norma nella versione precedente alla modifica del 2009: v. RICCARDI, *Il rapporto tra fonti unilaterali e contratto collettivo*, in CARINCI F., ZOPPOLI L. (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, 2004, p. 166; MARESCA, *Le trasformazioni del rapporto di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, in DLRI, 1996, p. 212 ss.; Diversamente, RUSCIANO, ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 1073; FIORILLO, *Le fonti*, in SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, Utet, 2000, p. 1413.

<sup>18</sup>Si consenta il rinvio a NATULLO, *Sub artt. 45 e 51*, in CORPACI, RUSCIANO, ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 1303 ss.

<sup>19</sup>Cfr. RUSCIANO, ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 1073; CARINCI M.T., *Fonti*, in GRANDI, PERA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, 2001, p. 1445.

<sup>20</sup>In tal senso invece SPEZIALE, *La deroga della legge, del regolamento e dello statuto da parte del contratto collettivo*, in CARINCI F., D’ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giuffrè, 2000, p. 310.

bi di costituzionalità<sup>21</sup>, facendo leva sulla derivazione legislativa della capacità derogatoria del contratto collettivo, che non risulta, comunque (come nella prima versione della norma) fonte “equiordinata” alla legge. In questa ottica, risulta evidentemente un po' più complicato “salvare” anche la costituzionalità del meccanismo “automatico” del co. 3 in materia retributiva<sup>22</sup>, per il quale occorre far leva sulla specifica indiscussa competenza della contrattazione collettiva quale fonte regolativa dei trattamenti economici, competenza “esclusiva” del resto consacrata espressamente nello stesso d.lgs. n. 165/01.

Peraltro, oggi la compatibilità delle disposizioni con l'assetto delle fonti risulta ancora più salda, se si considera che oramai anche nella regolazione legislativa del lavoro nel settore privato, dove la prassi legislativa di delegare funzioni di vario tipo al contratto collettivo è ormai da tempo pienamente consolidata, si è introdotto, con l'art. 8 del d.l. 13 agosto 2011 n. 138, un modello di contratto collettivo (di “prossimità”), per di più di livello inferiore a quello nazionale, capace di derogare (oltre che al CCNL) alla legge, con il generico limite del rispetto di “principi generali” (Costituzione, normative europee, Convenzioni OIL)<sup>23</sup>.

In questa sede appare opportuno anche verificare i rapporti tra fonti legislative (e *sub* legislative) e contratti collettivi nello specifico e delicato ambito delle retribuzioni, notoriamente la “materia” storicamente regina di competenza della contrattazione.

Sul punto resta fermo l'assetto previgente (v. co. 3, art. 2) il quale, piuttosto che attribuire un potere derogatorio alla fonte negoziale, le conferisce una “efficacia demolitiva automatica”, con effetto “delegificatore” effettivo ed immediato (dalla vigenza del nuovo contratto collettivo). Salvo, come noto, dopo le modifiche apportate dal d.lg. n. 150/09, “... *i casi previsti dal co. 3 ter e 3 quater dell'art. 40 e le ipotesi di tutela delle retribuzioni di cui all'art. 47 bis*” di riappropriazione del potere decisionale unilaterale dell'amministrazione.

Va comunque almeno ricordato, in questa sede, rinviando per il resto agli specifici commenti in questo volume, che il sistema delineato dalla riforma del 2009 non ha sostanzialmente avuto possibilità di attuazione, in ragione del “blocco” dei contratti collettivi operato, per esigenze finanziarie, dal d.l. 31 maggio 2010 n. 78 e, con numerose proroghe, durato sostanzialmente sino al 2015; blocco che con ogni probabilità sarebbe stato ulteriormente perpetuato, se non fosse (finalmente) intervenuta la Corte Costituzionale<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Avanzati, tra gli altri, da RESCIGNO G.U., *Legge e contratto collettivo nel pubblico impiego. L'art. 2-bis del d.lgs. n. 29 del 1993 come modificato dal d.lgs. n. 546 del 1993*, in LD, 1994, p. 505 ss.; CORPACI, *I contratti collettivi nel passaggio dal vecchio al nuovo regime*, in LD, 1996, p. 268.

<sup>22</sup> Cfr. RUSCIANO, ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 1076; SPEZIALE, *op. cit.*, p. 865 ss.

<sup>23</sup> Sulla norma, come noto, il dibattito è stato ricco e articolato. Tra gli altri, si rinvia a SANTORO PASSARELLI G., *Il contratto aziendale in deroga*, in DLM, 2015, p. 273 ss.; MARESCA, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'art. 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138*, in DRI, 2012; SCARPELLI, *Il rapporto tra la legge e la contrattazione di prossimità nell'art. 8 del d.l. n. 138/2011*, in RGL, 2012, p. 495.

<sup>24</sup> C. Cost. 24 giugno 2015 n. 178, in *www.giurcost.org*, su cui, tra gli altri, BARBIERI, *Contratto collettivo e lavoro pubblico. Blocco salariale e blocco della contrattazione tra scelte legislative e giuri-*

La pronuncia del Giudice delle leggi merita un breve approfondimento, contribuendo a chiarire ruolo e spazi dell'autonomia collettiva in un sistema, come quello del lavoro pubblico, che pur con le sue "specialità", resta comunque imperniato come il settore privato sulle fonti contrattuali, individuali e collettive. Non si può infatti non riconoscere l'importanza che meritano le affermazioni della Corte, secondo cui, sostanzialmente, bloccare le dinamiche contrattuali in materia retributiva, prima ancora che sui principi di cui all'art. 36 Cost. (principi sui quali ragioni di carattere finanziario possono, sebbene transitoriamente, far premio) incide su quelli di cui all'art. 39 Cost., dal momento che quest'ultima norma, evidentemente ora anche per il settore pubblico, deve ritenersi strumento imprescindibile di garanzia di valori fondamentali di rilievo costituzionale e, per quanto specificamente riguarda il settore pubblico, precipuamente capace di realizzare l'opportuno temperamento degli interessi contrapposti delle parti *"ponendosi, per un verso, come strumento di garanzia della parità di trattamento dei lavoratori (art. 45, co. 2 del d.lgs. n. 165/01) e, per altro verso, come fattore propulsivo della produttività e del merito (art. 45, co. 3 del d.lgs. n. 165/01"*.

## 5. Fonti unilaterali e spazio negoziale nel nuovo quadro normativo

Tornando alla più generale questione del sistema delle fonti (legge, contratto collettivo, contratto individuale) e del concorso/conflitto tra "organizzazione degli uffici" e "organizzazione e gestione del lavoro", ossia tra "atti organizzativi", pubblicistici, e "determinazioni organizzative", privatistiche ed espressione dei poteri del datore di lavoro, vediamo, per quanto qui interessa, cosa cambia con la nuova riforma. Quanto alla contrattazione collettiva, viene nuovamente modificata la previsione dell'art. 40, d.lgs. n. 165/01. La nuova formulazione (*"La contrattazione collettiva disciplina il rapporto di lavoro e le relazioni sindacali e si svolge con le modalità previste dal presente decreto ..."*), rispetto alla precedente versione, risulta più simile a quella antecedente al 2009 (*"... tutte le materie relative al rapporto di lavoro ed alle relazioni sindacali ..."*) e certamente risulta più coerente con la funzione storicamente assunta dal contratto collettivo nonché più omogenea con la sua funzione nel settore privato; e, anche per quanto detto, elimina le "diffidenze" certamente sottese alla formulazione della riforma Brunetta<sup>25</sup>, nuovamente riaprendo i "teorici" spazi "fisiologicamente" propri dell'autonomia collettiva.

Ho detto "teoricamente", perché immediatamente il legislatore ci ricorda che siamo nel settore pubblico, le cui specificità evidentemente, ed in parte condivisibilmente, impediscono il libero pieno dispiegarsi della negoziazione, e rendo-

---

*sprudenza costituzionale*, in RIDL, 2015, 3, pp. 453-481; ZOPPOLI L., *La Corte finalmente costituzionalizza la contrattazione per il lavoro pubblico. E la retribuzione?*, in DLM, 2015, n. 2.

<sup>25</sup> Cfr. NATULLO, *La nuova contrattazione collettiva nel lavoro pubblico: ambito e limiti*, in IF, 2009, 5-6, p. 685 ss.

no necessario delimitare gli spazi esclusi alla contrattazione (e riservati alla legge o a fonti comunque unilaterali): a parte le 7 materie riservate dalla legge delega del 1992, si ribadiscono pertanto i limiti già definiti dal d.lgs. n. 150/09, rispetto sia alle norme di legge regolative di specifici istituti (primi fra tutti procedimenti e provvedimenti disciplinari), sia rispetto ad altre materie e aree, dove i confini sono molto più sfumati e variabili, anche in ragione della “riserva” non a fonti legislative, ma ad altre fonti unilaterali (poteri dirigenziali) o altri “modelli relazionali” (forme di partecipazione sindacale: informazione, consultazione, esame congiunto, ecc.). Su quest'ultimo punto va rimarcata, come differenza dal settore privato, la definizione della barriera invalicabile tra contrattazione ed altre forme di partecipazione: là dove siano previste queste ultime (peraltro ai sensi dell'art. 5, d.lgs. n. 165/01 dalla stessa contrattazione collettiva), la contrattazione collettiva non può intervenire, con la definizione di “steccati” in cui ciascun modello relazionale è confinato. Limiti poco comprensibili con le logiche delle relazioni industriali, ma comprensibili se si considera che il riferimento principale è alle relazioni sindacali nelle singole amministrazioni, relativamente alle quali sono sempre state forti le preoccupazioni con cui il legislatore delle precedenti riforme, ed anche quello del 2017, ha guardato e guarda alla contrattazione in periferia.

Venendo poi alle singole aree tematiche (materie) di competenza della contrattazione collettiva, la principale resta il trattamento retributivo dei dipendenti, materia sulla quale, nel settore privato come in quello pubblico, è indiscussa ed indiscutibile la competenza della contrattazione collettiva quale “fonte” privilegiata di regolazione; tanto che, nel settore pubblico, l'assetto legislativo, specialmente prima della riforma Brunetta del 2009, faceva sorgere il dubbio della esistenza di una vera e propria “riserva” di contrattazione sulla materia, e della sussistenza di un vero e proprio “obbligo a contrarre” e non solo a negoziare<sup>26</sup>.

Ebbene, per quanto anche dopo le modifiche del d.lgs. n. 75/17 resti ferma ed indiscussa la “competenza privilegiata” della contrattazione collettiva (nazionale/integrativa – art. 45, co. 1), pur tuttavia il legislatore, ai vincoli normativi già introdotti nel 2009, ossia il meccanismo automatico, sussidiario e transitorio, previsto dall'attuale art. 47 *bis*, d.lgs. n. 165 (nonché quello relativo alla contrattazione integrativa, di cui all'art. 40, co. 3 *ter* e 3 *quinqies*), predefinisce ulteriori vincoli, relativi alla destinazione “obbligatoria” di parte delle risorse economiche destinate alla contrattazione collettiva e da queste gestibili (art. 40, co. 3 *bis* nonché art. 40, co. 4 *bis*). Almeno un cenno merita la previsione di quest'ultima disposizione, in virtù della quale “... *I contratti collettivi nazionali di lavoro devono prevedere apposite clausole che impediscono incrementi della consistenza complessiva delle risorse destinate ai trattamenti economici accessori, nei casi in cui i dati sulle assenze, a livello di amministrazione o di sede di contrattazione integrativa, rilevati a consuntivo, evidenzino, anche con riferimento alla concentrazione in determinati pe-*

---

<sup>26</sup> Cfr. ZOLI, *Il trattamento economico*, in CARINCI F., D'ANTONA, *op. cit.*, p. 1405 ss.; SANTUCCI, *La retribuzione*, in CARINCI F., ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 785 ss.

*riodi in cui è necessario assicurare continuità nell'erogazione dei servizi all'utenza o, comunque, in continuità con le giornate festive e di riposo settimanale, significativi scostamenti rispetto a dati medi annuali nazionali o di settore*". La norma, che pare di assai complessa attuazione, e che pertanto assegna certamente alla contrattazione nazionale un compito alquanto arduo, nella sua *ratio* "antiassenteismo", richiama indubbiamente alcune logiche della Riforma "Brunetta" del 2009, della quale sembra quasi un'appendice tardiva<sup>27</sup>.

Con riferimento alle competenze della contrattazione collettiva, va segnalata anche la modifica alla disposizione sul ruolo dell'autonomia collettiva nella disciplina del "passaggio diretto" di personale tra amministrazioni, regolato dall'art. 30, d.lgs. n. 165/01. La precedente norma (comma 2), disponeva che *"I contratti collettivi nazionali possono definire le procedure e i criteri generali per l'attuazione di quanto previsto dal comma 1. In ogni caso sono nulli gli accordi, gli atti o le clausole dei contratti collettivi volti ad eludere l'applicazione del principio del previo esperimento di mobilità rispetto al reclutamento di nuovo personale*. Tale previsione viene sostituita dalla seguente (co. 2.2): *"I contratti collettivi nazionali possono integrare le procedure e i criteri generali per l'attuazione di quanto previsto dai co. 1 e 2. Sono nulli gli accordi, gli atti o le clausole dei contratti collettivi in contrasto con le disposizioni di cui ai co. 1 e 2"*.

La modifica pare dettata in questo caso da intenti di razionalizzazione e migliore delimitazione del ruolo delle fonti collettive, che possono infatti, oggi, solo "integrare", piuttosto che "definire" le procedure ed i criteri per le ipotesi di mobilità previste dalla norma. Un ampliamento dei limiti risulta anche dalla parte finale della disposizione, che rende "generale" la sanzione "specificata" di nullità esistente nella precedente formulazione.

Quanto al rapporto tra atti organizzativi, poteri unilaterali del datore di lavoro/dirigente e "spazio negoziale", le modifiche all'art. 5, d.lgs. n. 165/01 paiono volte a definire meglio l'area riservata all'esercizio dei poteri datoriali, espressione di atti gestionali "privatistici" (*"... la direzione e l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici ..."*), rispetto all'area degli atti organizzativi-amministrativi di natura pubblicistica, con tutte le conseguenze in termini di regime degli atti nonché di eventuale giurisdizione.

Sul rapporto tra il potere organizzativo-gestionale di cui sopra e la (eventuale) partecipazione sindacale, e dunque al grado maggiore o minore di "condivisione" di tale potere (gestione "partecipata" o "conflittuale"), il quadro normativo continua a non dirci molto<sup>28</sup>, pur se è vero che il nuovo assetto normativo appare di maggiore apertura, fermo restando che la parola definitiva spetta ai contratti nazionali che, ai sensi dell'art. 9, d.lgs. n. 165, *disciplinano le modalità e gli istituti della partecipazione*.

---

<sup>27</sup> Ma coerente con le disposizioni del d.l. sui licenziamenti dei c.d. "furbetti del cartellino" (d.l. n. 116/16).

<sup>28</sup> Per tutti, sul punto, v. ALES, *op. cit.*, p. 57 ss.

Infatti, rispetto alla precedente formulazione, l'art. 5 della legge, richiamato dall'art. 9, fa salve ora in generale tutte le forme di partecipazione (sempreché appunto previste nei contratti nazionali), non più limitandosi al riferimento alla sola “informazione” ed esame congiunto<sup>29</sup>.

Resta essenziale anche su questo punto il ruolo della contrattazione nazionale (maggiori o minori spazi alle diverse forme di partecipazione) e soprattutto la capacità “manageriale” della dirigenza, di comprendere la convenienza, a seconda dei temi e dei contesti, di una maggiore interlocuzione con le rappresentanze sindacali, o invece di una gestione più unilaterale (e con ogni probabilità più conflittuale).

Infine, rimane del tutto residuale il ruolo del contratto individuale, considerando che “*lo spazio che residua per un'effettiva manifestazione dell'autonomia negoziale individuale è assai limitato per il congiunto operare di fonti legislative, collettive e giurisprudenziali. Ma è quanto accade normalmente anche nel settore privato*”<sup>30</sup>. Dunque il contratto individuale è certamente essenziale sul piano giuridico e teorico astratto (è comunque la originaria fonte costitutiva del rapporto di lavoro), ma ben poco rilevante sul piano effettivo, pur teoricamente, appunto, non mancando spazi di regolazione lasciati alla contrattazione individuale, di cui peraltro sono sempre stati incerti i confini<sup>31</sup>.

## 6. Riflessioni conclusive

Qualche valutazione conclusiva, cercando di tirare le fila rispetto ad una valutazione sistematica del nuovo assetto normativo, ed al dibattito teorico sotteso.

Invero, ed anche tenendo conto delle finalità della legge delega, la riforma del 2017 non pare contraddistinguersi per un'impronta marcata o un preciso indirizzo di politica del diritto, salvo quello della “semplificazione”. L'impressione immediata che se ne ricava, per la parte qui commentata, è che essenzialmente si sia limitata ad un intervento di razionalizzazione di alcune “esasperazioni” normative più evidenti prodotte dal bulimico “entusiasmo” riformatore del legislatore-datore di lavoro produttivo delle norme-regolamento del 2009 (d.lgs. n. 150/09), “approfittando” dell'intervento legislativo per riportare il quadro normativo più vicino all'assetto antecedente a quella riforma.

---

<sup>29</sup> Quest'ultimo reintrodotta dalla l. n. 135/12. Sul punto v. FONTANA, *Contrattazione e partecipazione nel nuovo assetto delle fonti di disciplina del lavoro nelle p.a.: quali prospettive dopo la terza riforma (e in attesa della quarta)*, in LPA, 2015, p. 397 ss., anche per i riferimenti all'Accordo sui diritti di informazione e consultazione nelle amministrazioni pubbliche prodotto dal Comitato di dialogo sociale per il settore delle amministrazioni centrali della UE.

<sup>30</sup> ZOPPOLI L., *Le fonti del lavoro pubblico*, cit.

<sup>31</sup> Cfr. anche, sul punto, CARABELLI, CARINCI M.T., *Privatizzazione e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro e nuovi assetti giuridici dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni*, in CARABELLI, CARINCI M.T., *op. cit.*, pp. 76 e 77.

In questo senso, se dunque inteso nel senso di ripristinare un corretto rapporto tra le fonti, ed *in primis* tra “spazio” della legge e “spazio negoziale”, certamente la valutazione non può essere negativa. Ma se invece si guarda al complessivo assetto regolativo del lavoro pubblico, al rapporto tra l’area effettivamente “occupata” dalla legge rispetto a quella regolata o regolabile dalle fonti negoziali e/o dai poteri datoriali (determinazioni organizzative), non si può non nascondere che i principali nodi problematici preesistenti sono rimasti sostanzialmente irrisolti, e balzano in immediata evidenza nel raffronto con la disciplina del lavoro nell’impresa; ciò, in particolare, laddove le regole si traducono praticamente in organizzazione e gestione del lavoro, ossia nelle singole amministrazioni (unità amministrative), dove la pervasività della legge, da un lato (si pensi per tutti al potere disciplinare), e la separazione normativamente imposta tra area di esclusiva competenza dei poteri unilaterali del dirigente (datore di lavoro) e area del possibile “spazio negoziale”, dall’altro lato, determina una ingessatura delle funzioni dirigenziali poco comprensibile con le logiche “privatistiche” che tuttora dovrebbero ancora essere sottese all’assetto legislativo.

E, dunque, per venire al dibattito teorico sullo sfondo, il nuovo assetto legislativo se per un verso induce ad allontanare l’idea di una “specialità” del rapporto di lavoro pubblico rispetto al lavoro subordinato nell’impresa, se intesa sul piano della struttura e della “causa” del contratto di lavoro, per altro verso indubbiamente consolida l’idea di una permanente e pervasiva “specialità” della disciplina del lavoro e delle relazioni sindacali in quel settore, che resta un “ibrido” di assai complessa regolazione e, soprattutto, gestione.

*Massimiliano Delfino*

## I nuovi “spazi negoziali”

SOMMARIO: 1. Gli “spazi” promessi: dalla legge delega n. 124/15 all’Intesa del 30 novembre 2016. – 2. Gli “spazi” conservati: il d.lgs. n. 75/17 e le materie della contrattazione collettiva. – 3. Gli “spazi” riconquistati: cenni al rapporto fra legge e contratto collettivo. – 4. Gli “spazi” ottenuti: la relazione fra contratto collettivo nazionale e contratto integrativo. – 5. *Segue*. Il profilo dei controlli e delle risorse. – 6. Dagli “spazi” ottenuti agli “spazi” sorvegliati: il d.lgs. n. 74/17 e la determinazione del trattamento economico accessorio.

### **1. Gli “spazi” promessi: dalla legge delega n. 124/15 all’Intesa del 30 novembre 2016**

In questo scritto ci si occuperà degli spazi che la Riforma Madia, e in particolare la l. 7 agosto 2015 n. 124 e i dd.lgs. 25 maggio 2017 nn. 74 e 75, hanno assegnato alla contrattazione collettiva rispetto all’assetto precedente delle fonti del lavoro pubblico. Non si potrà prescindere dalla circostanza che nel volume è presente un contributo che si occupa del rapporto fra legge e contrattazione collettiva e che è prevalentemente dedicato alla relazione fra fonte legale e contratto collettivo nazionale<sup>1</sup>. Sicché gli spazi negoziali analizzati saranno soprattutto quelli che la legge, direttamente, e la contrattazione nazionale, a ciò autorizzata dalla legge, assegnano alla contrattazione integrativa. Per di più, come si intuisce da quanto appena detto, i margini negoziali della contrattazione collettiva oggetto di indagine saranno quelli “nuovi” rispetto alla regolamentazione precedente all’attuale riforma.

Quest’impostazione è giustificata anche dal fatto che nella l. n. 124/15 le norme che si riferivano alla contrattazione collettiva riguardavano soprattutto il livello decentrato. Infatti, l’art. 17, co. 1, lett. *b*, indicava la necessità di: 1) rafforzare la funzione dell’Aran “di assistenza ai fini della contrattazione integrativa”, 2) concentrare “le sedi di contrattazione integrativa”, 3) revisionare “il relativo sistema dei controlli e potenziamento degli strumenti di monitoraggio sulla stessa”, da parte dell’Aran; 4) precisare i termini e le modalità “di svolgimento della funzione di consulenza in materia di contrattazione integrativa” (sempre da parte dell’Aran) e 5) definire le “materie escluse dalla contrattazione integrativa anche al

---

<sup>1</sup> NATULLO, in questo volume.

fine di assicurare la semplificazione amministrativa, la valorizzazione del merito e la parità di trattamento tra categorie omogenee, nonché di accelerare le procedure negoziali”<sup>2</sup>.

Tali principi lasciavano quindi presagire un imponente intervento del legislatore delegato in merito alla contrattazione integrativa che però, come si vedrà, non c'è stato.

Inoltre, nel novembre 2016, ovvero dopo la legge delega ma prima dell'emanazione dei decreti delegati, era stata sottoscritta un'intesa fra Governo e sindacati nella quale l'Esecutivo aveva assunto precisi impegni, questa volta con riferimento alla contrattazione collettiva complessivamente considerata. In particolare, il Governo pensava “alla definizione di un intervento legislativo volto a promuovere il riequilibrio, a favore della contrattazione collettiva, del rapporto fra le fonti che disciplinano il rapporto di lavoro ... per una ripartizione efficace e equa delle materie di competenza e degli ambiti di azione della legge e del contratto”. A questo scopo il Governo si riservava di “rivedere gli ambiti di competenza, rispettivamente, della legge e della contrattazione, privilegiando la fonte contrattuale quale luogo naturale per la disciplina del rapporto di lavoro, dei diritti e delle garanzie dei lavoratori”. Per di più, l'intesa del 2016 conteneva un impegno esplicito a “riformare l'art. 40, co. 3 *ter*, del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 vincolando il ricorso all'atto unilaterale motivato delle amministrazioni, dopo aver esperito tutte le procedure negoziali e nel rispetto della correttezza fra le parti, limitatamente ai casi nei quali il perdurare dello stallo nelle trattative, per un periodo di tempo ... definito dai contratti collettivi, determin[asse] un pregiudizio economico all'azione amministrativa. I contratti collettivi ... [avrebbero determinato] la durata massima della vigenza dell'atto unilaterale”.

## **2. *Gli “spazi” conservati: il d.lgs. n. 75/17 e le materie della contrattazione collettiva***

Venendo all'esercizio della delega, per quanto riguarda gli spazi esclusi dalla contrattazione e assegnati alla legge o a fonti comunque unilaterali, la riforma del 2017, oltre le materie riservate dalla legge delega del 1992 (responsabilità giuridiche, organi e uffici, principi fondamentali di organizzazione degli uffici, selezione del personale, ruoli e dotazioni organiche, libertà di insegnamento e autonomia professionale, incompatibilità), ribadisce i limiti già definiti dal d.lgs. n. 150/09, ovvero i procedimenti e i provvedimenti disciplinari, i poteri dirigenziali (sui quali

---

<sup>2</sup>Come si vede, l'intervento del legislatore delegato avrebbe dovuto riguardare anche il superamento della dimensione della singola amministrazione come soggetto della contrattazione collettiva integrativa. È questo il senso dell'invito a concentrare “le sedi di contrattazione integrativa”, che implica, appunto, l'organizzazione di una contrattazione decentrata che possa essere svolta, in alcuni casi, anche su una base territoriale più ampia, come ad esempio quella regionale.

c'è una “riserva” non a fonti legislative, ma ad altre fonti unilaterali) e le forme di partecipazione sindacale (informazione, consultazione, esame congiunto)<sup>3</sup>.

Naturalmente una delle principali materie oggetto della contrattazione collettiva resta il trattamento retributivo dei dipendenti, materia sulla quale, sia nel settore privato sia in quello pubblico, è indiscussa la competenza della contrattazione quale “fonte” privilegiata di regolazione.

Ciò è stato sottolineato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 23 luglio 2015 n. 178, che contiene alcune affermazioni molto eloquenti in proposito. Infatti, ad avviso della Corte, “la contrattazione deve potersi esprimere nella sua pienezza su ogni aspetto riguardante la determinazione delle condizioni di lavoro, che attengono immancabilmente anche alla parte qualificante dei profili economici ... [Inoltre,] il contratto collettivo contempera in maniera efficace e trasparente gli interessi contrapposti delle parti e concorre a dare concreta attuazione al principio di proporzionalità della retribuzione, ponendosi, per un verso, come strumento di garanzia della parità di trattamento dei lavoratori (art. 45, co. 2, d.lgs. n. 165/01) e, per altro verso, come fattore propulsivo della produttività e del merito (art. 45, co. 3, d.lgs. n. 165/01)”. Peraltro va anche ricordato che la medesima sentenza spinge nella direzione di un intervento legale in materia di retribuzione dei pubblici dipendenti laddove afferma che “rimossi ... i limiti che si frappongono allo svolgimento delle procedure negoziali riguardanti la parte economica, [è] compito del legislatore dare nuovo impulso all'ordinaria dialettica contrattuale, scegliendo i modi e le forme che meglio ne rispecchino la natura, disgiunta da ogni vincolo di risultato” e che “il carattere essenzialmente dinamico e procedurale della contrattazione collettiva non può che essere ridefinito dal legislatore, nel rispetto dei vincoli di spesa”<sup>4</sup>.

Le affermazioni della Corte Costituzionale a proposito del trattamento economico sono molto chiare, come si è appena visto, ribadendosi la centralità della fonte negoziale, mentre non si interviene sull'articolazione e sui ruoli dei livelli contrattuali. Non a caso la sentenza cita il co. 2 e il co. 3 dell'art. 45, d.lgs. n. 165/01 che si occupano delle due “anime” del trattamento retributivo, il trattamento economico fondamentale, per il quale va assicurato il principio paritario (co. 2), e quello accessorio (co. 3), senza entrare nel merito di quale livello contrattuale debba occuparsi di tali trattamenti. Per di più, la Corte, in entrambi i passaggi prima riportati, assegna al legislatore, da un lato, il compito di scegliere i modi e le forme (e quindi anche i livelli) per dare impulso all'ordinaria dialettica contrattuale e, dall'altro lato, attribuisce l'incombenza di ridefinire il carattere procedurale della contrattazione collettiva, sottintendendo l'opportunità di un intervento della legge in tema di iter di sottoscrizione dei contratti collettivi nazionali e/o integrativi.

Appare prematuro e complesso verificare se la recente riforma sarà in grado di rispondere alle obiezioni sollevate in merito alla politica premiale in materia re-

---

<sup>3</sup> V. ZOPPOLI L., *Riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni: modifiche al d.lgs. 165/01*, Il libro dell'anno del diritto, Treccani, 2018.

<sup>4</sup> Miei i corsivi. Per approfondimenti sia consentito rinviare a DELFINO, *Salario legale, contrattazione collettiva e concorrenza*, Editoriale Scientifica, 2016, p. 44 ss.

tributiva, che, creando per sua natura differenziazioni economiche, è antitetica “alle finalità della contrattazione collettiva e all’agire del movimento sindacale. Non a caso nel settore privato il ruolo della contrattazione è normalmente quello di definire guarentigie, anche procedurali, a ... beneficio dei lavoratori, cercando di mitigare le differenziazioni retributive che possono risultare dalle logiche premiali”<sup>5</sup>. Per ora, va sottolineato che queste affermazioni possono essere condivise solo in parte perché è già da molto tempo che nel privato la contrattazione collettiva decentrata svolge un ruolo premiale e, in molti casi, ha anche dismesso i panni di una fonte che riconosce ai lavoratori soltanto tutele. Ma sui profili retributivi si tornerà più avanti.

### 3. *Gli “spazi” riconquistati: cenni al rapporto fra legge e contratto collettivo*

Nonostante un riferimento espresso alla revisione del rapporto fra legge e contrattazione collettiva fosse previsto soltanto nell’intesa del 2016 e non fra i principi della delega, il d.lgs. n. 75/17 è intervenuto in materia, realizzando una decisa inversione di tendenza rispetto alla riforma del 2009<sup>6</sup>.

Infatti, il nuovo art. 2, co. 2, del d.lgs. n. 165/01 prevede che “le disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano o che abbiano introdotto discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate nelle materie affidate alla contrattazione collettiva ai sensi dell’art. 40, co. 1, e nel rispetto dei principi stabiliti dal presente decreto, ... da successivi contratti o accordi collettivi *nazionali* e per la parte derogata non sono ulteriormente applicabili”<sup>7</sup>. In tal modo, viene superata la formulazione introdotta con il d.lgs. n. 150/09, secondo cui le normative unilaterali potevano essere derogate da parte dei contratti soltanto nel caso in cui ciò fosse “espressamente previsto dalla legge” e si va anche al di là del testo originario del decreto del 2001, dove la derogabilità era prevista facendo salva “la legge [che] disponesse espressamente in senso contrario”.

Insomma, il d.lgs. n. 75/17 riporta i rapporti tra legge e contrattazione collettiva a un assetto più simile a quello precedente al 2009. È pur vero però che la deroga resta confinata alle materie di competenza della stessa contrattazione collettiva e comunque soltanto della contrattazione nazionale, escludendo dal potere derogatorio la contrattazione integrativa.

---

<sup>5</sup> SESTITO, *Carriera, incentivi e ruolo della contrattazione collettiva*, in DELL’ARINGA, DELLA ROCCA (a cura di), *Lavoro pubblico fuori dal tunnel? Retribuzione, produttività, organizzazione*, Il Mulino, 2017, p. 125.

<sup>6</sup> Sul punto v. NATULLO, *Rapporto tra le fonti e ruolo della contrattazione collettiva*, Il libro dell’anno del diritto, Treccani, 2018.

<sup>7</sup> Mio il corsivo.

Questa parte della riforma appare come una risposta a coloro che, nel precedente quadro normativo, avevano registrato “una tendenza a ‘ripubblicizzare’ ambiti tipici della contrattazione e della gestione del rapporto di lavoro, accentuatasi negli ultimi anni, accompagnata anche da una crescente divaricazione tra regole che valgono per le imprese e regole che valgono per la P.A.”<sup>8</sup>.

#### 4. *Gli “spazi” ottenuti: la relazione fra contratto collettivo nazionale e contratto integrativo*

Il d.lgs. n. 75/17 conferma poi assetto e ruolo della contrattazione integrativa nel sistema negoziale e delle fonti del lavoro pubblico: subordinazione gerarchica al livello nazionale, che individua materie, livelli, soggetti e procedure; finalizzazione all’implementazione dei sistemi di performance, obiettivo per il conseguimento del quale la normativa impone di destinare “una quota prevalente delle risorse finalizzate ai trattamenti economici accessori comunque denominati”<sup>9</sup>.

È presto per dire se questa parte della riforma potrebbe contribuire a superare il paventato rischio di “un doppio livello di contrattazione di cui uno è fotocopia dell’altro”<sup>10</sup>. Al contrario, si può subito sottolineare che rimangono in piedi le preoccupazioni secondo le quali esiste una “complessa regolazione che presiede alla definizione delle risorse che alimentano i fondi per la contrattazione integrativa, complicatasi sempre più negli anni, che ha creato (e sta creando) non poche difficoltà agli enti sul piano amministrativo”<sup>11</sup>. Infatti, come si vedrà più avanti, la Riforma Madia non sembra apportare cambiamenti di rilievo nella direzione della semplificazione nell’uso delle risorse economiche.

Con riferimento sempre al rapporto fra contratto collettivo di comparto e contratto integrativo, va segnalato che gli impegni assunti nell’intesa del 2016 in merito al potere sostitutivo dell’amministrazione rispetto al contratto decentrato sono stati rispettati e trasfusi nella modifica dell’art. 40, co. 3 *ter*, d.lgs. n. 165/01, ad opera del d.lgs. n. 75/17. In realtà, questa norma già prima della modifica del 2017 attribuiva all’amministrazione la possibilità di intervenire in via temporanea, in assenza del contratto integrativo, sulle materie oggetto di questo contratto fino alla sua successiva sottoscrizione<sup>12</sup>. La novella ha aggiunto la possibilità per il

---

<sup>8</sup> GASPARRINI, MASTROGIUSEPPE, *La contrattualizzazione nel lavoro pubblico: i suoi risultati, le sue prospettive*, in DELL’ARINGA, DELLA ROCCA, *op. cit.*, p. 88.

<sup>9</sup> Art. 40, co. 3 *ter*, d.lgs. n. 165/01.

<sup>10</sup> DELL’ARINGA, *Contrattazione collettiva e ruolo dei dirigenti*, in DELL’ARINGA, DELLA ROCCA, *op. cit.*, p. 152.

<sup>11</sup> GASPARRINI, MASTROGIUSEPPE, *op. cit.*, p. 109.

<sup>12</sup> V. NATULLO, SARACINI, *Vincoli e ruoli della contrattazione collettiva integrativa*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, 2011, p. 69. V. anche LUCIANI, LOMBARDO, *Sub art. 40*, in AMOROSO, DI CERBO, FOGLIA R., MARESCA (a

contratto nazionale di “individuare un termine minimo di durata delle sessioni negoziali in sede decentrata, decorso il quale l’amministrazione interessata può in ogni caso provvedere, in via provvisoria, sulle materie oggetto del mancato accordo”. Occorrerà vedere se e come le parti negoziali nazionali eserciteranno questa potestà attribuita loro dalla legge. E la durata del termine minimo non sarà indifferente perché da ciò dipenderà la tempistica dell’intervento sostitutivo dell’amministrazione. Va detto che probabilmente la durata sarà congrua perché non c’è alcuna ragione per la quale il contratto collettivo nazionale dovrebbe preferire la regolamentazione unilaterale dell’amministrazione piuttosto che quella derivante dal contratto decentrato. Ed infatti il ccnl del comparto Funzioni centrali del 23 dicembre 2017, all’art. 8, co. 5, fissa in 45 giorni, prorogabili di altri 45, il termine minimo di durata delle sessioni negoziali decentrate. Il termine appare sufficientemente lungo anche perché la regolamentazione provvisoria dell’amministrazione si applica comunque fino alla successiva stipulazione del contratto integrativo.

La possibilità di fissare un termine minimo di durata della sessione negoziale integrativa non poteva che essere assegnata al livello superiore di contrattazione collettiva, in quanto una scelta diversa, come ad esempio stabilire la durata direttamente nella legge o attribuire immediatamente la facoltà di intervenire alla decisione unilaterale dell’amministrazione, avrebbe dato luogo a un rischio di incostituzionalità della norma per violazione dell’art. 39, co. 1, Cost. La medesima previsione, poi, avrebbe presentato problemi di costituzionalità simili se la legge avesse previsto un potere sostitutivo incondizionato dell’amministrazione. Infatti, se tale potere fosse stato svincolato anche in questo senso, il pericolo di un conflitto con la libertà sindacale sarebbe stato ancora maggiore.

Comunque, il d.lgs. n. 75/17 è intervenuto pure su questo profilo, modificando l’art. 40, co 3 *ter*, d.lgs. n. 165/01. Prima dell’ultima riforma il potere sostitutivo dell’amministrazione poteva attivarsi “al fine di assicurare la continuità e il migliore svolgimento della funzione pubblica”, mentre ora può operare “qualora il protrarsi delle trattative determini un pregiudizio alla funzionalità dell’azione amministrativa”. Insomma, sembra essere mutata la filosofia di fondo perché nella precedente versione della norma pareva prevalere la finalità migliorativa: per il migliore svolgimento della funzione pubblica è preferibile l’atto unilaterale allo

---

cura di), *Il lavoro pubblico*, Giuffrè, 2011, p. 626 ss.; RUSSO C., *Il secondo livello nelle relazioni sindacali del settore pubblico*, in PERSIANI, CARINCI F. (a cura di), *Trattato di diritto del lavoro, Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, Cedam, 2014, II, p. 1303 ss.; SOLOPERTO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico*, in CARABELLI, CARINCI M.T. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Giappichelli, 2010, pp. 312-317; TALAMO, *La contrattazione integrativa dopo il d.lgs. n. 150/2009. Le prime applicazioni giurisprudenziali*, in GDA, 2012, p. 435 ss. e VISCOMI, *Lost in transition: la contrattazione integrativa nelle pubbliche amministrazioni tra riforme incompiute e crisi emergenti*, in LPA, 2013, p. 249 ss. Sulla regolamentazione della contrattazione integrativa precedente alla Riforma Brunetta, v. VISCOMI, ZOPPOLI L., *La contrattazione decentrata*, in CARINCI F. (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche (Dal d.lgs. 29/1993 alla finanziaria 1995). Commentario*, Giuffrè, 1995; NATULLO, *Sub art. 45*, in CORPACI, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dell’organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche (D.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29). Commentario*, in NLCC, 1999, p. 1299 ss.

stallo delle trattative. La nuova versione, invece, sembra prediligere l’ottica del danno: l’atto unilaterale è da preferire allo stallo delle trattative quando quest’ultimo cagiona una lesione alla funzionalità dell’azione amministrativa. Inoltre, con riferimento alla precedente versione della norma, si era diffusa l’idea che le due finalità (“continuità” e “migliore svolgimento della funzione pubblica”), indipendentemente dal considerarle in maniera congiunta o disgiunta, fossero “*presupposti causali legittimanti* l’esercizio del potere unilaterale”<sup>13</sup>. A maggior ragione, con la nuova formulazione dell’art. 40, co. 3 *ter*, occorre dimostrare l’esistenza di un nesso di causalità fra la stasi delle trattative per la sottoscrizione del contratto integrativo e la funzionalità dell’azione amministrativa.

A questo punto è necessario chiedersi quale sia il significato da attribuire all’espressione appena indicata. Per “attività o azione amministrativa” si intende il complesso di tutti i comportamenti o atti posti in essere da una pubblica amministrazione, nell’esercizio della propria funzione e per la cura di interessi pubblici a essa affidati dalla legge<sup>14</sup>. Con il termine “funzionalità” si allude a ciò che è funzionale ovvero a ciò che corrisponde alla funzione richiesta. Pertanto, la “funzionalità dell’azione amministrativa” è da intendersi come un’espressione piuttosto ampia. Il problema è dimostrare che la mancanza del contratto collettivo ha un effetto lesivo su quella funzionalità, sottolineando peraltro che, al contrario dell’impegno assunto dal Governo con l’intesa del 2016, nel decreto legislativo del 2017 il riferimento non è limitato al solo pregiudizio *economico*, cosicché la lesione può anche non essere di natura patrimoniale.

Inoltre, a ben guardare, l’effetto lesivo è potenziale perché l’attività unilaterale sostitutiva del contratto integrativo deve essere posta in essere dall’amministrazione senza necessità di dover provare il danno *effettivo* cagionato dalla mancanza della fonte negoziale, essendo sufficiente soltanto il danno *eventuale* che potrebbe derivare dall’ulteriore ritardo nella sottoscrizione del contratto di secondo livello. E allora se il contratto nazionale fissasse un termine minimo per le trattative piuttosto lungo, il solo decorso di quel termine potrebbe essere in grado di arrecare un danno eventuale alla funzionalità dell’azione amministrativa. Per la verità, il ccnl Funzioni centrali del dicembre 2017 non fissa un termine così lungo da essere in grado di arrecare un danno alla funzionalità dell’amministrazione. Infatti, il superamento dei 90 giorni complessivi di cui si è detto, pur essendo un termine congruo, non cagiona automaticamente il danno.

Ricordando che la riforma del 2017 lascia invariato l’art. 45, d.lgs. n. 165/01 e che quindi il potere sostitutivo opera anche per la materia retributiva, potrebbe dirsi, ad esempio, che il ritardo della contrattazione integrativa in tema di trattamento economico accessorio sarebbe *potenzialmente* lesivo della funzionalità dell’azione amministrativa e consentirebbe il legittimo esercizio del potere sostitutivo. Infatti, la mancata corresponsione della retribuzione accessoria da parte dei

---

<sup>13</sup> VISCOMI, *op. cit.*, p. 263.

<sup>14</sup> CERULLI IRELLI, *Corso di Diritto amministrativo*, Giappichelli, 1994, p. 349 ss.

dependenti di un'amministrazione inciderebbe sulla performance dei dipendenti medesimi e così si riverbererebbe sull'attività posta in essere dall'amministrazione arrecando un pregiudizio alla sua funzionalità.

## 5. Segue. *Il profilo dei controlli e delle risorse*

D'altra parte, almeno in linea teorica, permane il rischio, già presente nel periodo di applicazione della precedente formulazione della norma<sup>15</sup>, che l'amministrazione interessata possa decidere scientemente di non raggiungere l'accordo per la stipulazione di un contratto integrativo lasciando trascorrere il termine di durata minima stabilito dal contratto nazionale, in modo tale da intervenire unilateralmente attraverso il potere sostitutivo previsto dalla legge.

Per questo motivo è particolarmente importante l'istituzione, disposta sempre dall'art. 40, co 3 *ter*, come modificato dal d.lgs. n. 75/17, presso l'Aran di un osservatorio a composizione paritetica "con il compito di monitorare i casi e le modalità con cui ciascuna amministrazione adotta gli atti" attraverso i quali esercita il potere sostitutivo. D'altronde, quest'osservatorio deve verificare che "tali atti siano adeguatamente motivati in ordine alla sussistenza del pregiudizio alla funzionalità dell'azione amministrativa".

L'idea di prevedere organismi paritetici di monitoraggio della contrattazione collettiva non è nuova, essendo stata presa in prestito dall'Intesa per l'applicazione dell'Accordo quadro sulla riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009 ai comparti contrattuali del settore pubblico, sottoscritto il 30 aprile 2009. In quell'intesa infatti si prevede che "per la verifica del corretto funzionamento delle regole ... definite, le parti costituiscono un Comitato paritetico – di cui fanno parte rappresentanti dei Comitati di settore e membri designati dalle Confederazioni sindacali rappresentative ai sensi della normativa vigente – quale specifica sede di monitoraggio e analisi degli effetti della contrattazione". Per di più, le parti hanno anche concordato sulla possibile istituzione in sede nazionale di "apposite commissioni paritetiche con il compito di monitorare e analizzare la contrattazione di secondo livello", al fine di "valorizzare le esperienze realizzate e i risultati conseguiti, anche attraverso la contrattazione di comparto, in termini di miglioramento degli indicatori di performance delle amministrazioni". Come si può vedere, gli organismi paritetici previsti dall'intesa del 2009 hanno compiti più generici, ma nulla avrebbe escluso che il contratto nazionale avesse potuto prevedere una commissione anche in materia di potere sostitutivo dell'amministrazione in mancanza del contratto decentrato.

Tornando alla disciplina legale, il problema è comprendere se l'organismo paritetico previsto dal nuovo art. 40, co 3 *ter*, d.lgs. n. 165/01, ai cui componenti peraltro non spetta *per tabulas* alcun compenso, sia in grado di fungere da deterrente per un esercizio improprio del potere sostitutivo. Va sottolineato infatti che

---

<sup>15</sup> V. LUCIANI, LOMBARDO, *op. cit.*, p. 647.

l'osservatorio ha soltanto compiti di monitoraggio dei casi e delle modalità di adozione degli atti sostitutivi mentre non è autorizzato a occuparsi delle ragioni del mancato accordo. Invece, l'organismo deve accertare la presenza di un'adeguata motivazione di questi atti anche se esclusivamente con riguardo alla “sussistenza del pregiudizio alla funzionalità dell'azione amministrativa”.

Ci si chiede cosa accadrebbe se l'osservatorio dovesse accertare la mancanza di quel pregiudizio poiché la previsione legale nulla dice in merito al profilo sanzionatorio. Probabilmente l'atto unilaterale conserverebbe la sua legittimità e l'accertamento della mancanza del pregiudizio avrebbe soltanto il valore di una reprimenda nei confronti dell'amministrazione che potrebbe essere invitata a tenere un comportamento diverso nelle successive tornate contrattuali.

La previsione di un osservatorio paritetico presso l'Aran è sintonica con la l. n. 124/15, che, come detto, conteneva un principio di delega in merito. Al contrario, altri principi della delega sono stati disattesi. Infatti, non c'è traccia nei decreti delegati né di misure volte al rafforzamento della funzione dell'Aran “di assistenza ai fini della contrattazione integrativa”, né della precisazione di termini e modalità “di svolgimento della funzione di consulenza in materia di contrattazione integrativa” sempre da parte dell'Aran. Insomma, si è persa l'occasione di adoperare l'Aran<sup>16</sup> per far compiere passi avanti alla contrattazione di secondo livello, che, contrariamente a quanto auspicato all'indomani dell'approvazione della l. n. 124/15<sup>17</sup>, non è stata interessata da cambiamenti di sistema, bensì da interventi circoscritti ad alcuni profili seppure importanti.

Nel compiere una valutazione sui nuovi spazi della contrattazione integrativa non ci si può non occupare del versante delle risorse assegnate a quel livello contrattuale, in merito al quale c'è stato qualche cambiamento. Infatti, il d.lgs. n. 75/17, modificando anche l'art. 40, co 3 *quinquies*, d.lgs. n. 165/01, allenta in parte lo stringente controllo finanziario sulla spesa per la contrattazione integrativa. Accanto alla relazione tecnico-finanziaria e alla relazione illustrativa, di cui al co. 3 *sexies*, che devono corredare ogni contratto integrativo, già dal 2009 è previsto che “in caso di superamento di vincoli finanziari accertato 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”. La novella del 2017 interviene consentendo un recupero dilazionato in “quote annuali e per un numero massimo di annualità corrispondente a quelle in cui si è verificato il superamento di tali vincoli”. Inoltre, “al fine di non pregiudicare l'ordinata prosecuzione dell'attività amministrativa delle amministrazioni interessate” e, a mio avviso, anche a tutela dell'attività negoziale a livello di singola amministrazione, “la quota del recupero non può eccedere il 25% delle risorse destinate alla contrattazione integrativa ed il numero di annualità di cui

---

<sup>16</sup> Sull'Aran v., per tutti, ZOPPOLI L., DELFINO, *La rappresentanza delle pubbliche amministrazioni*, in PERSIANI, CARINCI F., *op. cit.*, p. 1033 ss.

<sup>17</sup> ZOPPOLI L., *Contrattazione collettiva, innovazione organizzativa e lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in FAVERIN, FELTRIN (a cura di), *Fuori dal guado*, Egea, 2017, pp. 166-168.

al periodo precedente ... è corrispondentemente incrementato". In altre parole, se le amministrazioni utilizzano per la contrattazione integrativa risorse superiori rispetto a quelle attribuite dalla contrattazione nazionale devono recuperarle nelle sessioni negoziali successive, come già accadeva prima dell'ultima riforma, ma utilizzando un meccanismo che consente un certo margine di dilazione.

## 6. *Dagli "spazi" ottenuti agli "spazi" sorvegliati: il d.lgs. n. 74/17 e la determinazione del trattamento economico accessorio*

Con riguardo agli spazi ottenuti dalla contrattazione collettiva, in generale, e integrativa, in particolare, va preso in considerazione non soltanto il d.lgs. n. 75, ma anche il d.lgs. n. 74/17, che attua sempre la legge delega n. 124/15. Ebbene l'art. 13 dell'ultimo decreto menzionato sostituisce integralmente l'art. 19, d.lgs. n. 150/09, che si occupa dei criteri per la differenziazione delle valutazioni dei dipendenti. Com'è noto, la precedente versione dell'art. 19 prevedeva l'individuazione delle tre fasce di merito del personale non dirigente ai fini della performance individuale e assegnava alla contrattazione integrativa la possibilità di derogare alle percentuali stabilite dalla legge. Invece, la nuova versione della medesima norma non fa più riferimento alle tre fasce legali ma conferisce un ruolo di primo piano al contratto nazionale che "stabilisce la quota delle risorse destinate a remunerare, rispettivamente, la performance organizzativa e quella individuale e fissa criteri idonei a garantire che alla significativa differenziazione dei giudizi ..., corrisponda un'effettiva diversificazione dei trattamenti economici correlati". Insomma, lo "spazio regolativo" in materia transita dalla legge alla contrattazione collettiva e, in particolare, al livello nazionale. Pertanto, si ampliano i margini d'azione della contrattazione nazionale a scapito della legge ma, a ben vedere, anche della contrattazione integrativa<sup>18</sup>.

Tuttavia, il giudizio sulla nuova previsione va necessariamente sospeso. Infatti si tratterà di vedere come la contrattazione nazionale interpreterà soprattutto il suo ruolo nel fissare i criteri prima menzionati, in quanto potrebbe scegliere di stabilire parametri di massima in materia di diversificazione dei trattamenti economici, rimettendo alla contrattazione integrativa la possibilità di specificarli. Oppure potrebbe optare per l'indicazione di criteri precisi, lasciando uno spazio molto più ridotto al livello decentrato. Oppure, ancora, potrebbe decidere di non intervenire sul punto. Quest'ultima scelta rischierebbe di mettere in crisi l'intero sistema del trattamento accessorio poiché la legge non attribuisce spazi diretti al livello integrativo, che quindi, a rigore, non potrebbe intervenire. Stesso discorso vale per l'am-

---

<sup>18</sup> Di tutto il personale perché il riferimento è all'art. 9, co. 1, lett. *d*, che si riferisce al personale dirigenziale e responsabile di un'unità organizzativa, ma il co. 2 della stessa norma estende il sistema di cui al co. 1 anche al personale non dirigenziale. Per approfondimenti, v. MONDA, *La valutazione delle performance: programmazione degli obiettivi e gestione premiale*, in questo volume.

ministrazione perché la legge non prevede alcun potere sostitutivo in merito. Naturalmente, dal punto di vista concreto, è difficile che il contratto nazionale non contempli almeno un rinvio a quello integrativo perché si tratta del trattamento economico (seppure accessorio) del lavoratore che costituisce il cuore della contrattazione collettiva. In altre parole, alla contrattazione nazionale viene attribuito il compito minimo di “autorizzare” il livello inferiore a intervenire in materia e ci si augura che la contrattazione nazionale segua la prima strada che appare la più rispettosa dell’autonomia organizzativa delle singole amministrazioni. In realtà, il ccnl Funzioni centrali 2016/2018 sembra seguire la prima strada. Infatti, gli artt. 76 e 77 di quel contratto delineano un sistema nel quale la contrattazione integrativa ha un margine d’azione significativo nello specificare i trattamenti economici correlati alla performance individuale e collettiva e comunque i trattamenti premiali in generale.

C’è da chiedersi se un intervento legislativo di questo tipo ingessi oppure no la libertà sindacale. A prima vista si dovrebbe rispondere positivamente almeno con riferimento alla contrattazione integrativa, che non sembra avere molti margini (diretti) d’azione con riferimento ai trattamenti accessori. A ben guardare, però, potrebbe dirsi che la legge non comprime la libertà sindacale ma anzi la valorizza, rimettendo alla contrattazione nazionale la decisione in merito ai margini di manovra da assegnare alla contrattazione di secondo livello. Peraltro, come si può intuire da quanto anticipato, questa scelta non sembra in contrasto con le affermazioni della Corte Costituzionale contenute nella sentenza n. 178/15. Infatti, il nuovo art. 19, d.lgs. n. 150/09 dà impulso all’ordinaria dialettica contrattuale cui fa riferimento la Consulta in quella pronuncia, scegliendo di assegnare un ruolo di primo piano al contratto nazionale.

Inoltre, la norma appare in grado di garantire un certo livello di flessibilità al funzionamento del sistema del trattamento accessorio poiché la contrattazione nazionale potrebbe anche prevedere criteri di differenziazione dei giudizi eventuali, ovvero applicabili in mancanza di una regolamentazione derivante dalla contrattazione integrativa.

A prescindere da quanto accadrà nel concreto divenire delle relazioni negoziali, la scelta del legislatore è molto chiara ed è quella di assegnare, in via prevalente ma non esclusiva, alla contrattazione nazionale il funzionamento del sistema di erogazione del trattamento retributivo accessorio. In particolare, al contratto nazionale è attribuita la scelta relativa all’*an*, al *quomodo* e al *quantum* del trattamento accessorio, residuando alla contrattazione integrativa, in virtù di quanto previsto dall’art. 40, co 3 *bis*, d.lgs. n. 165/01, la destinazione di “una quota prevalente delle risorse finalizzate ai trattamenti economici accessori” per incentivare “l’ottimale perseguimento degli obiettivi organizzativi ed individuali”.

Il nuovo art. 19, d.lgs. n. 150/09 va analizzato anche in relazione all’art. 23, d.lgs. n. 75/17, che pure si occupa del trattamento accessorio ed è molto utile al fine di rintracciare i nuovi spazi della contrattazione integrativa. La legge assegna alla contrattazione nazionale un ulteriore ruolo in materia, poiché tale fonte deve realizzare la graduale convergenza dei trattamenti economici accessori “anche me-

dianete la differenziata distribuzione ... delle risorse finanziarie destinate all'incremento dei fondi per la contrattazione integrativa di ciascuna amministrazione". In attesa dell'intervento dei contratti nazionali, la legge prevede comunque che dal 1° gennaio 2017 l'ammontare delle risorse per i trattamenti economici accessori non può essere superiore a quello previsto per il 2016. Allo stesso tempo, però, il legislatore abroga l'art. 1, co. 236, della l. 28 dicembre 2015 n. 208, che imponeva alle pubbliche amministrazioni di ridurre i fondi della contrattazione integrativa a seguito della diminuzione del personale in servizio. In questo modo si creano i presupposti per invertire la rotta del decremento costante negli ultimi anni delle risorse destinate al secondo livello contrattuale<sup>19</sup>.

La presenza del nuovo art. 19, d.lgs. n. 150/09 fa il paio con l'abrogazione anche dell'art. 40, co. 3 *quater*, d.lgs. n. 165/01, secondo il quale la contrattazione nazionale definiva le modalità di ripartizione delle risorse per la contrattazione decentrata tra i diversi livelli di merito sulla base però della graduatoria di performance delle amministrazioni redatta dalla Commissione per la valutazione soppressa dal d.lgs. n. 74/17. Il vecchio sistema consentiva l'individuazione *ex post* delle risorse per la contrattazione decentrata, ovvero soltanto in caso di riscontro di un miglioramento del servizio erogato<sup>20</sup>. Insomma, la retribuzione accessoria dipendeva dai risultati gestionali dell'amministrazione. Oggi invece il contratto nazionale può erogare *ex ante* le risorse per la contrattazione decentrata indipendentemente dalle performance delle singole amministrazioni.

È stato sottolineato che la reazione "alla deriva di premi indifferenziati e presoché a tutti garantiti – è venuta dall'intervento del legislatore che, con la Riforma Brunetta, ha esautorato il ruolo del sindacato"<sup>21</sup>. Si tratta ora di vedere se le modifiche apportate dalla Riforma Madia siano in grado di produrre proprio il cambiamento di rotta implicitamente auspicato con riguardo al ruolo del sindacato nella definizione della retribuzione premiale. In altre parole, occorre attendere per verificare il funzionamento del nuovo sistema di retribuzione accessoria che, come visto, supera sia la logica della distribuzione a pioggia delle risorse propria del periodo precedente al 2009, sia quella dell'"inquadramento" dei lavoratori nelle tre fasce di merito prevista dalla Riforma Brunetta. Nel nuovo sistema la legge e la contrattazione nazionale attribuiscono "spazi sorvegliati" di intervento alla contrattazione integrativa in materia di premi retributivi, la cui efficacia va sperimentata sul campo attraverso i rinnovi contrattuali ulteriori rispetto a quello relativo alle Funzioni centrali.

---

<sup>19</sup> Sul punto v. FORMICA, in questo volume.

<sup>20</sup> LUCIANI, LOMBARDO, *op. cit.*, p. 648.

<sup>21</sup> SESTITO, *op. cit.*, p. 126.

*Edoardo Ales*

## L'esercizio partecipato del potere di organizzazione

SOMMARIO: 1. Il riconoscimento della “capacità e dei poteri del privato datore di lavoro”: significato e conseguenze per le pubbliche amministrazioni. – 2. Il potere di organizzazione nelle pubbliche amministrazioni: titolarità e contenuti. – 3. L'esercizio partecipato del potere di organizzazione: una nuova sfida alla contrattazione collettiva.

### **1. *Il riconoscimento della “capacità e dei poteri del privato datore di lavoro”: significato e conseguenze per le pubbliche amministrazioni***

“(…) *Le misure inerenti la gestione dei rapporti di lavoro (...) sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro*”: così, dalla sua versione originaria<sup>1</sup>, recita l'art. 5, co. 2, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165.

Fin da subito<sup>2</sup>, della disposizione, si era enfatizzata l'individuazione esplicita di una dimensione datoriale giuridicamente rilevante, configurata in termini di capacità, oltre che di poteri. La versione originaria della norma in questione, contenuta nell'art. 4, co. 1, secondo periodo, d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, consentiva, invece, alle pubbliche amministrazioni di operare “con i poteri del privato datore di lavoro” esclusivamente “nelle materie soggette alla disciplina del codice civile, delle leggi sul lavoro e dei contratti collettivi”. Una simile formulazione, priva del riferimento alla capacità del privato datore di lavoro, si rivelava potenzialmente limitativa delle prerogative datoriali, in quanto l'esercizio dei relativi poteri risultava condizionato alla verifica<sup>3</sup> dell'assoggettamento della fattispecie concreta alla disciplina lavoristica, legale o contrattuale collettiva<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> A sua volta frutto della modifica apportata, dall'art. 4, d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80, all'art. 4, d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, poi trasfuso, come art. 5 nel d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165.

<sup>2</sup> ALES, *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro. Un'interpretazione gius-lavoristica del rapporto tra indirizzo e gestione*, Giuffrè, 2002.

<sup>3</sup> ZOLI, *La dirigenza pubblica tra autonomia e responsabilità: l'attribuzione degli incarichi*, in *LPA*, 2005, p. 263 ss.

<sup>4</sup> ALES, *Le prerogative datoriali delle pubbliche amministrazioni e il loro doveroso esercizio*, in ZOPPOLI L., *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, 2009, p. 109;

Attraverso l'art. 5, co. 2 si afferma, invece, un'opzione di politica del diritto mossa dal dichiarato intento di funzionalizzare il completamento dell'integrazione della disciplina del lavoro pubblico con quella del lavoro privato alla realizzazione del "principio di separazione tra compiti di responsabilità di direzione politica e compiti e responsabilità di direzione delle amministrazioni".

Peraltro, la "capacità del privato datore di lavoro" risulta ignota, almeno *ex professo*, allo stesso diritto del lavoro, salvo poterne essere ricavata in via interpretativa.

Infatti, negli ordinamenti giuridici contemporanei nei quali la libertà di iniziativa economica privata è costituzionalmente tutelata e, al tempo stesso, sostanzialmente sottratta alle (pur teoricamente richiamate) ragioni dell'utilità sociale, il diritto del lavoro può essere visto come diritto dei limiti alle determinazioni imprenditoriali. Le sue norme, legali e contrattuali collettive, si pongono quali veri e propri argini al fluire, altrimenti incontrollato, di quelle determinazioni, le quali, rese concrete, nella maggior parte dei casi, dal ricorso al lavoro altrui, incidono direttamente sulle sorti delle persone che lo prestano.

Se si individua nella predisposizione di garanzie per la parte debole del rapporto l'obiettivo fondativo del diritto del lavoro quale corpo di norme legali e contrattuali collettive, non si può non sottolineare la sua capacità di influenzare le determinazioni imprenditoriali ispirate esclusivamente alla razionalità economica del soggetto che le assume e, dunque, potenzialmente indifferenti alle proprie ricadute sul piano sociale.

La dimensione datoriale dell'agire imprenditoriale si configura, quindi, in prima approssimazione, quale ambito in cui l'iniziativa economica è costretta dall'ordinamento ad assumere rilevanza sul piano giuridico in quanto chiamata a confrontarsi e a tenere in considerazione, nel proprio svolgersi, i diritti riconosciuti al contraente debole dal diritto del lavoro. Dunque, è il ricorso al lavoro altrui a fini produttivi che attiva la dimensione datoriale dell'agire imprenditoriale<sup>5</sup>.

La ricostruzione della dimensione datoriale risulterebbe tuttavia incompleta se operata nei soli termini della capacità, senza porre la dovuta enfasi sullo spazio riservato dal diritto del lavoro, fin dalle sue origini, ai poteri del datore<sup>6</sup>.

La fisiologica e necessaria presenza del *medium* negoziale ai fini dell'operatività concreta dei poteri datoriali pone in evidenza il loro essere funzionali alla realizzazione di un interesse che non può essere esclusivamente ricondotto alla dimensione imprenditoriale ma che risulta peculiarmente connotato dal ricorso organizzato a risorse umane quale elemento decisivo per l'assetto funzionale dell'impresa.

Al contrario di ciò che avviene per l'organizzazione degli altri fattori della pro-

v. anche RICCARDI, *L'organizzazione del lavoro nell'amministrazione pubblica. Interessi, tecniche regolative, tutele. Volume primo – Profili sostanziali*, Cacucci, 2011, p. 92.

<sup>5</sup> LISO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in CARINCI F., D'ANTONA (a cura di), *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*, Giuffrè, 2000, vol. I, p. 177 ss.

<sup>6</sup> ZOLI, *Subordinazione e poteri del datore di lavoro: pubblico e privato a confronto*, in DP, 1997, p. 369 ss. e, anche, ZOLI, *Subordinazione e poteri dell'imprenditore tra organizzazione, contratto e contropotere*, in LD, 1997, p. 241 ss.

duzione, infatti, l'organizzazione del lavoro altrui attiva la dimensione datoriale della sfera imprenditoriale in quanto l'esercizio dei poteri sulla persona che lavora si realizza nei limiti di una disciplina legale e contrattuale collettiva – il diritto del lavoro – che, come detto, condiziona l'utilizzo delle risorse umane al rispetto dei loro diritti.

Ciò significa che ogni determinazione imprenditoriale che incida sulla condizione dei lavoratori – la quasi totalità, potremmo dire – dovrà essere filtrata, a rischio di illegittimità o illiceità, attraverso una o più determinazioni datoriali assunte secondo le regole del diritto del lavoro<sup>7</sup> e che, viceversa, ogni determinazione datoriale avrà avuto come presupposto temporale e logico una determinazione imprenditoriale, auspicabilmente ma non necessariamente, rispettosa di dette regole.

D'altro canto il diritto del lavoro ha spesso fatto ricorso a disposizioni finalizzate a colpire, vanificandone gli effetti, determinazioni imprenditoriali attuate, nella dimensione datoriale, ignorando o aggirando le sue disposizioni.

La figura dominante che emerge dalla ricostruzione proposta è, dunque, quella del datore di lavoro, prodotto caratterizzante il diritto del lavoro, da intendersi quale soggetto dotato di poteri modellati in considerazione delle istanze di tutela dei diritti dei lavoratori.

Se si accetta una simile prospettiva ricostruttiva, è possibile sviluppare il ragionamento affermando che l'esercizio dei poteri datoriali, pur trovando il proprio antecedente logico nelle determinazioni imprenditoriali<sup>8</sup>, si distingue da esse per il suo dover essere vincolato a una *razionalità tecnica giuridificata* che, soprattutto sul piano organizzativo, ne condiziona l'esplicarsi. Così, l'obbligo di fondare l'assunzione delle determinazioni datoriali sul ricorrere di criteri obiettivi come le esigenze tecniche, organizzative e produttive e il consustanziale obbligo di esplicitarle, al fine di consentire la verifica della congruenza dei comportamenti reali dell'imprenditore con le stesse, portano a riconoscere al diritto del lavoro una funzione razionalizzante delle determinazioni imprenditoriali<sup>9</sup>.

Un simile atteggiamento porterà il datore di lavoro a distinguersi sia dall'imprenditore, inteso quale soggetto libero di esercitare prerogative strategiche e di allocazione dei mezzi di produzione, che dai lavoratori e dalle posizioni soggettive di cui sono riconosciuti titolari e ad assumere, se virtuoso, la funzione di primo garante della razionalità appena richiamata nella gestione delle risorse umane e nell'organizzazione del lavoro.

Peraltro, se nel caso del lavoro alle dipendenze dell'impresa, l'enucleazione di una dimensione datoriale derivante dall'applicazione del diritto del lavoro alla sfera imprenditoriale può essere annoverata tra le tante ipotesi interpretative che,

---

<sup>7</sup> ALES, *Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni*, Utet, 2007; PASCUCCI, *El viaje. Leggendo il libro di Edoardo Ales "Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni"*, in *LPA*, 2008, p. 143 ss.

<sup>8</sup> ZOLI, *Amministrazione del rapporto e tutela delle posizioni soggettive dei dipendenti pubblici*, in *DLRI*, 1993, p. 638 ss.

<sup>9</sup> PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore. Funzioni e limiti*, in *LD*, 2002, p. 397 ss. e, anche, PERULLI, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2005, p. 1 ss.

con maggiore o minore fortuna, si pongono l'ambizioso obiettivo di sistematizzare, in termini giuridici, il rapporto tra libertà e vincolo nell'esercizio dell'iniziativa economica privata, nel caso delle pubbliche amministrazioni il riconoscimento nel diritto positivo della capacità e dei poteri del privato datore di lavoro in capo agli organi preposti alla gestione consente di considerare inverata tale ipotesi e di affermare la presenza di due distinte sfere rilevanti sul piano giuridico<sup>10</sup>.

La prima definibile come datoriale in considerazione della funzione prevalentemente attuativa degli atti di indirizzo adottati dagli organi di governo e di vertice che caratterizza i soggetti a essa preposti, in quanto titolari esclusivi, *ex lege*, della funzione di gestione (art. 4, co. 2). Titolarità che li colloca in posizione diaframmatica tra organi di governo e di vertice, da un lato, e lavoratori e loro rappresentanti, dall'altro, risultando essi, al tempo stesso, interfaccia operativo degli uni e controparte degli altri, consentendo così di evitare contatti diretti tra le due parti e potenzialmente riducendo il rischio di riprodurre quelle "pratiche restrittive del lavoro"<sup>11</sup> o quelle "pratiche consociative"<sup>12</sup> comunque esiziali per l'efficienza e l'efficacia delle pubbliche amministrazioni.

La seconda cui si potrebbe estendere – nei limiti, ovviamente, della convergenza delle *esigenze gestionali* delle pubbliche amministrazioni con quelle dell'imprenditore privato quanto a realizzazione dell'interesse concreto *proprio* dell'organizzazione che lo persegue – la già utilizzata qualificazione di imprenditoriale, visto che in essa si concentrano, in forma esclusiva, le funzioni strategiche o, se si vuole, per le pubbliche amministrazioni, di indirizzo politico-amministrativo, consistenti nella definizione degli obiettivi e dei programmi da attuare, così come le funzioni di verifica della rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti (art. 4, co. 1).

La critica<sup>13</sup> alla quale è stata sottoposta la tesi qui sintetizzata e ampiamente illustrata in altra sede<sup>14</sup>, fornisce l'occasione per chiarire ulteriormente l'aspetto a nostro avviso cruciale dell'approccio innovativo adottato dal legislatore degli anni novanta alla questione della funzionalizzazione dell'organizzazione amministrativa al perseguimento dell'interesse generale.

Quest'ultimo, infatti, alla luce dell'assetto normativo consolidato all'esito delle

<sup>10</sup> MAZZOTTA, *Attribuzioni e poteri del dirigente sanitario*, in BOTTARI, TULLINI (a cura di), *La dirigenza sanitaria*, Maggioli, 2004, p. 137 ss.

<sup>11</sup> ROMAGNOLI, *Dieci tesi sul pubblico impiego*, in AA.VV., *Studi in onore di Tito Carnacini*, Giuffrè, 1983, I, p. 842 ss.

<sup>12</sup> D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle "leggi Bassanini"*, in DI VITTORIO, MATTEINI, TALAMO (a cura di), *Massimo D'Antona. Il lavoro delle riforme. Scritti 1996-1999*, Editori Riuniti, 2000.

<sup>13</sup> ZOPPOLI A., *La funzione di indirizzo politico-amministrativo*, in CARINCI F., ZOPPOLI L. (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, 2004, p. 985 ss.; PIOGGIA, *L'organizzazione degli uffici tra dirigenza e indirizzo politico nel libro di Edoardo Ales "Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni"*, in LPA, 2008, p. 163, richiamati da SPINELLI, *Il datore di lavoro pubblico. Autonomia organizzativa e poteri del dirigente*, Cacucci, 2012, p. 154.

<sup>14</sup> ALES, *La pubblica amministrazione quale imprenditore*, cit.

riforme degli anni novanta<sup>15</sup>, non può più essere inteso quale *astratto* e, pertanto, paradossalmente sottratto, nella definizione, all'amministrazione alla cui cura è affidato, ma, piuttosto come *interesse concreto* al perseguimento e alla realizzazione di obiettivi<sup>16</sup> che, all'interno di una più o meno stringente cornice legale, gli organi di governo e di vertice della stessa amministrazione sono chiamati a sostanziare.

In questi esclusivi termini l'*interesse pubblico concreto* può essere considerato alla stregua dell'interesse, privato, dell'imprenditore e, pertanto, nella prospettiva del rapporto individuale di lavoro, costituire uno dei parametri di valutazione della diligenza del prestatore ai sensi dell'art. 2104, co. 1, c.c.<sup>17</sup>.

Ciò permetterebbe, peraltro, di sottrarre a quello che è stato condivisibilmente definito "discutibile, quanto arbitrario, controllo giudiziale"<sup>18</sup>, l'interesse pubblico astratto, configurandosi l'intervento del giudice (del lavoro) non più come attività di concretizzazione di quell'interesse quanto, piuttosto, come vaglio della posizione soggettiva del dipendente rispetto alla mancanza di diligenza eventualmente contestata dall'amministrazione di appartenenza<sup>19</sup>.

Tutto ciò ci conferma nell'opinione secondo la quale l'utilizzo dell'espressione "imprenditoriale", nell'accezione sopra descritta, risulti congruo anche per le pubbliche amministrazioni<sup>20</sup> e che, nei loro confronti, sfera imprenditoriale e sfera datoriale corrispondano, rispettivamente, a indirizzo e gestione, nel senso che alla seconda spetta, in via esclusiva, il compito di attuare le determinazioni assunte nell'ambito della prima dagli organi di governo e di vertice<sup>21</sup>.

Nel far ciò, peraltro, i principi-obiettivo di efficienza, efficacia ed economicità ai quali l'azione delle pubbliche amministrazioni deve essere ispirata (art. 2, co. 1, lett. a) risultano significativamente integrati, da un lato, dalla funzione razionalizzante delle determinazioni imprenditoriali propria del diritto del lavoro, dall'altro, dalla sua capacità di distinguere, senza peraltro necessariamente separarli, gli interessi dell'imprenditore da quelli dei lavoratori e dei loro rappresentanti<sup>22</sup>, attivando, dunque, quei "circuiti di responsabilità"<sup>23</sup> che consentono di dare concreta attuazione al principio costituzionale del buon andamento<sup>24</sup>.

---

<sup>15</sup> D'ANTONA, *op. cit.*

<sup>16</sup> MARZUOLI, *Le privatizzazioni tra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in DP, 1995, p. 391 ss.

<sup>17</sup> VISCOMI, *Diligenza e prestazione di lavoro*, Giappichelli, 1997.

<sup>18</sup> GARILLI, *Profili dell'organizzazione e tutela della professionalità nelle pubbliche amministrazioni*, in DLRI, 2004, p. 115.

<sup>19</sup> PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa*, Giuffrè, 2004, p. 202.

<sup>20</sup> *Contra* CERBO, *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella pubblica amministrazione*, Cedam, 2007.

<sup>21</sup> ALES, *La pubblica amministrazione*, cit.

<sup>22</sup> PERSIANI, *Brevi riflessioni sulla privatizzazione dell'impiego pubblico*, in ADL, p. 624 ss.

<sup>23</sup> LISO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, cit.

<sup>24</sup> GHEZZI, *La legge delega per la riforma del pubblico impiego: prime osservazioni*, in RGL, 1992, III, p. 538 ss.

Se dall'individuazione, per distinzione dalla sfera datoriale, della sfera imprenditoriale delle pubbliche amministrazioni deriva, per gli organi di governo e di vertice delle stesse, una sorta di incapacità ad adottare determinazioni riguardanti la gestione delle risorse umane, risultando quelle di esclusiva competenza degli organi preposti alla gestione, dalla qualificazione privatistica della sfera datoriale discende l'assoggettamento al regime giuridico privatistico di qualsiasi determinazione unilaterale assunta nell'amministrazione del rapporto<sup>25</sup>.

L'attribuzione agli organi preposti alla gestione della capacità e dei poteri del privato datore di lavoro (art. 5, co. 2) si può, dunque, considerare quale antecedente logico tanto dell'applicazione delle norme del diritto del lavoro subordinato ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, quanto della contrattualizzazione degli stessi (art. 2, co. 2 e 3), la quale ultima, a sua volta, costituisce la conseguenza più rilevante del mutamento di regime giuridico.

## **2. Il potere di organizzazione nelle pubbliche amministrazioni: titolarità e contenuti**

Le osservazioni formulate nel paragrafo precedente consentono ora di affrontare uno degli aspetti più complessi della vicenda riformatrice del pubblico impiego per ciò che concerne l'esercizio delle prerogative manageriali da parte delle pubbliche amministrazioni ovvero la configurazione del loro potere di organizzazione. Il compito dell'interprete risulta ancora più arduo se la prospettiva nella quale deve essere assolto è quella del diritto del lavoro, da sempre refrattario a occuparsi di questo versante della dimensione imprenditoriale – datoriale, tradizionalmente ritenuto protetto dal principio di libertà di iniziativa economica privata sancito dall'art. 41, co. 1 Cost.

Un primo aspetto sul quale occorre riflettere è quello relativo alla titolarità del potere di (auto)organizzazione.

In estrema sintesi e sulla scorta di quanto più approfonditamente illustrato altrove<sup>26</sup>, si può affermare che, nell'impianto del d.lgs. n. 165/2001, la titolarità del potere organizzativo spetta sostanzialmente alle pubbliche amministrazioni e non al legislatore, il quale, teoricamente parlando, dovrebbe limitarsi a fissare principi generali e criteri sulla base dei quali le amministrazioni stesse, mediante atti organizzativi e secondo i rispettivi ordinamenti, dovrebbero, poi, procedere ad autoorganizzarsi (art. 2, co. 1)<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in DLRI, 1993, p. 477.

<sup>26</sup> ALES, *La pubblica amministrazione*, cit. e, anche, ALES, *Contratti di lavoro*, cit.

<sup>27</sup> ORSI BATTAGLINI, CORPACI, Sub art. 2, in CORPACI, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche (d.lgs. n. 3 febbraio 1993, n. 29). Commentario*, in NLCC, 1999, p. 1067.

Tuttavia, il generico riferimento alle “pubbliche amministrazioni” operato sia dall’art. 2, co. 1 che dall’art. 5, co. 1, non facilita l’interprete nell’individuazione dei soggetti effettivamente titolari del potere di autorganizzazione. L’unico dato certo è offerto dall’art. 5, co. 2, secondo il quale gli organi preposti alla gestione ovvero, *ex art.* 4, co. 2, i dirigenti che ne sono responsabili in via esclusiva, organizzano gli uffici.

Che, però, non sia possibile attribuire loro per intero la titolarità del potere di autorganizzazione, lo si evince dal richiamo testuale operato dallo stesso art. 5, co. 2, alle leggi e agli “atti organizzativi” di cui all’art. 2, co. 1, i quali fungono da cornice all’esercizio del potere di organizzazione da parte dei dirigenti sulle materie affidate alla loro autonoma determinazione. “Determinazioni per l’organizzazione degli uffici” la cui titolarità, stante il silenzio del legislatore in proposito, non può essere altro che rimessa agli organi di governo o di vertice della singola amministrazione, anche se, è bene ricordarlo, *per tabulas*, questi ultimi sarebbero titolari delle sole “funzioni di indirizzo politico-amministrativo” e di verifica “dei risultati dell’attività amministrativa e della gestione degli indirizzi impartiti” (art. 4, co. 1).

La titolarità del potere di autorganizzazione dipende, quindi, dall’ambito nel quale viene esercitato. Se si tratta delle materie indicate dall’art. 2, co. 1, essa dovrà essere riferita agli organi di governo o di vertice, se dell’organizzazione concreta degli uffici, ai dirigenti.

In particolare, ai dirigenti di uffici dirigenziali generali spetta l’adozione degli atti “relativi all’organizzazione degli uffici di livello dirigenziale non generale” (art. 16, co. 1, lett. *c*) nonché di tutti gli altri atti di organizzazione non espressamente riservati dalla legge agli organi di governo o di vertice.

Tra quelli riservati spiccano, per rilevanza dei loro riflessi sulla gestione delle risorse umane, la graduazione delle posizioni organizzative dirigenziali (art. 24, co. 1) e la ripartizione delle risorse umane tra gli uffici di livello dirigenziale generale (art. 4, co. 1, lett. *c*).

Ai dirigenti di uffici dirigenziali generali spetterà, invece, la ripartizione delle risorse umane negli uffici dirigenziali non generali che li compongono (art. 16, co. 1, lett. *b*), come pure la proposta delle risorse e dei profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti dell’ufficio cui sono preposti, anche al fine dell’elaborazione del documento di programmazione triennale del fabbisogno di personale (art. 16, co. 1, lett. *a bis*<sup>28</sup>).

Vi sono, dunque, due categorie di soggetti titolari del potere di adozione degli atti di autorganizzazione: gli organi di governo o di vertice e i dirigenti. Mentre, però, i primi li adotteranno, contestualmente agli atti di indirizzo politico, per concretizzare l’interesse proprio dell’amministrazione e garantire la struttura organizzativa più confacente alla realizzazione della missione affidatale dal legislatore

---

<sup>28</sup> Il d.lgs. 25 maggio 2017 n. 75 non ha coordinato il riferimento operato dall’art. 16, co. 1, lett. *a bis*, all’art. 6, il cui co. 4 *bis* risulta abrogato. Il Piano Triennale dei Fabbisogni di personale è tuttora previsto dall’art. 6, ma al co. 2.

e, dunque, nella sfera imprenditoriale, i secondi li adotteranno nell'ambito della sfera datoriale che il legislatore ha voluto estendere dalla gestione delle risorse umane all'organizzazione degli uffici.

L'esercizio del potere di organizzazione del dirigente costituisce, quindi, da un lato, la concreta attuazione degli atti di autorganizzazione posti in essere dagli organi di governo o di vertice; dall'altro, il presupposto dei singoli atti di gestione delle risorse umane che lo stesso dirigente è chiamato ad adottare.

A tale proposito occorre tuttavia sottolineare come, nella versione dell'art. 5, co. 2 introdotta dall'art. 34, co. 1, lett. *a*, del d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150, il legislatore delegato aveva enfatizzato, nell'esercizio di quelli che venivano definiti "poteri dirigenziali" e non datoriali, la dimensione gestionale del rapporto di lavoro, sottolineando come rientrasse, "in particolare", in detto esercizio, l'adozione delle "misure inerenti la gestione delle risorse umane (...), nonché la direzione, l'*organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici*". Proprio quest'ultimo riferimento era sembrato testimoniare<sup>29</sup> l'affermarsi di una visione del potere organizzativo dirigenziale concentrato piuttosto sulla dimensione funzionale (gestione delle risorse umane) che su quella strutturale (organizzazione degli uffici) del potere stesso.

Una simile tendenza, a sua volta inserita in una prospettiva di dialogo costruttivo tra dirigenza e organi di governo e di vertice, risultava confermata da numerose disposizioni introdotte dal d.lgs. n. 150/09, quali: *a*) l'art. 5, co. 1, che imponeva e impone tutt'ora, la consultazione dei dirigenti o dei responsabili delle unità organizzative nella fase di programmazione degli obiettivi da parte degli organi di indirizzo politico-amministrativo; *b*) l'art. 7, co. 2 lett. *c* (ora lett. *b* all'esito della modifica introdotta dall'art. 5, co. 1, lett. *b*, del d.lgs. 25 maggio 2017 n. 74), che coinvolge nella funzione di misurazione e valutazione della performance i dirigenti, generali e non; *c*) gli artt. 10, co. 5 e 11, co. 9, dai quali, implicitamente emerge il coinvolgimento dei dirigenti nell'adozione del Piano della performance e del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità, visto che essi subiscono pesanti conseguenze in caso di omissione o inerzia<sup>30</sup>; *d*) l'art. 35, co. 1, che introduceva il co. 4 *bis* all'art. 6 (ora, come detto, abrogato all'art. 4, co. 1, lett. *c*, d.lgs. 25 maggio 2017 n. 75), in forza del quale "il documento di programmazione triennale del fabbisogno di personale ed i suoi aggiornamenti (...) sono elaborati *su proposta dei competenti dirigenti* che individuano i profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti istituzionali delle strutture cui sono preposti."; *e*) l'art. 49, co. 1, che, nel novellare l'art. 30, co. 1, del d.lgs. n. 165/01, condizionava il trasferimento "in entrata" del dipendente al previo parere favorevole dei dirigenti responsabili dei servizi e degli uffici di assegnazione, sulla base della professionalità in possesso del lavoratore in relazione al posto da ricoprire.

L'affermarsi di una visione del potere organizzativo dirigenziale più attenta alla dimensione funzionale, collegata alla gestione delle risorse umane, che a quella

<sup>29</sup> ALES, *Le prerogative datoriali*, cit.

<sup>30</sup> MONDA, *Contratto di lavoro pubblico, potere organizzativo e valutazione*, Giappichelli, 2016.

strutturale, riferibile, invece, all'organizzazione degli uffici, risulta confermata nel nuovo testo dell'art. 5, co. 2, frutto delle interpolazioni apportate a quest'ultimo dall'art. 2, co. 1, lett. *a* e *b*, d.lgs. n. 75/17, interpolazioni che recuperano il senso dell'ultimo periodo del testo previgente, abrogato, invece, dall'art. 2, lett. *c*, d.lgs. n. 75/17.

La nuova versione dell'art. 5, co. 2, per quello che qui ci interessa, recita, dunque: "le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro, *nel rispetto del principio di pari opportunità, e in particolare la direzione e l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici* sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro (...).".

La disposizione, che si presenta difficoltosa dal punto di vista letterale, sembra, tuttavia, concentrare chiaramente l'esercizio dei poteri dirigenziali nell'ambito dalla gestione delle risorse umane e, più in particolare, nell'attività di direzione e di organizzazione del lavoro negli uffici, sulla falsariga di quanto già previsto dall'ultimo periodo della norma previgente<sup>31</sup>.

### **3. L'esercizio partecipato del potere di organizzazione: una nuova sfida alla contrattazione collettiva**

Se ciò è vero, un aspetto che merita di essere esaminato riguarda il coinvolgimento, a qualsivoglia titolo, nell'adozione degli atti di autorganizzazione, di soggetti diversi dagli organi preposti.

In linea di principio, i predetti atti devono essere considerati prodotto di una scelta unilaterale dell'amministrazione, titolare originaria del potere di organizzazione necessario a realizzare, dal punto di vista strutturale e funzionale, l'interesse pubblico concreto. Tuttavia, la stessa qualificazione del potere di organizzazione in termini di autorganizzazione determinerebbe, in linea di principio, la piena libertà del titolare dello stesso di coinvolgere nel suo esercizio qualsiasi soggetto ritenga possa contribuire alla migliore realizzazione dell'interesse pubblico concreto<sup>32</sup>, soprattutto se, come nel caso concreto, l'assetto organizzativo così determinato incide profondamente sulla posizione giuridica di almeno uno dei soggetti in questione ovvero i lavoratori. Ciò, a maggior ragione, laddove gli atti di autorganizzazione vengano assunti nell'esercizio di prerogative imprenditoriali e/o datoriali.

---

<sup>31</sup> "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.*"

<sup>32</sup> TREU, *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego. Ambiti e struttura*, in DLRI, 1994, p. 30 ss. V. anche, sebbene in diversa prospettiva, il nuovo ruolo riconosciuto dai cittadini nella valutazione della performance, chiaramente qualificabile come atto strumentale di organizzazione, dall'art. 7, co. 2, lett. *c* e dall'art. 19 *bis*, d.lgs. n. 150/09 come modificato dal d.lgs. n. 74/17.

In presenza di amministrazioni responsabili, la scelta se coinvolgere o meno e a quale titolo i lavoratori o i loro rappresentanti nell'esercizio del potere di autorganizzazione potrebbe essere rimessa alla verifica, di esclusiva pertinenza della singola amministrazione, della maggiore economicità, efficienza ed efficacia che essa potrebbe comportare in termini di azione amministrativa.

Non essendo questo il caso delle amministrazioni italiane, già nel 1998, il legislatore, pur investendo sul versante della loro responsabilizzazione, aveva adottato una serie di misure di tutela dell'amministrazione da se stessa riferite al sistema delle relazioni (collettive) con i dipendenti.

Il meccanismo prescelto si fondava, infatti, sul combinato disposto degli artt. 9 e 40, integrato, a seguito delle modifiche ad esso apportate dall'art. 34, d.lgs. n. 150/09, dall'art. 5, co. 2. Riguardando gli artt. 9 e 40, rispettivamente, partecipazione sindacale e contrattazione collettiva, il meccanismo mette bene in luce come sia il sindacato il soggetto il cui coinvolgimento potrebbe, in assenza di una corretta interpretazione della funzione imprenditoriale – datoriale da parte dell'amministrazione, porre a rischio l'esercizio del potere di autorganizzazione secondo economicità, efficienza ed efficacia.

Nella versione introdotta dal d.lgs. 4 novembre 1997 n. 396, l'art. 40 affermava che “la contrattazione collettiva si svolge su tutte le materie relative al rapporto di lavoro e alle relazioni sindacali”, mentre l'art. 9 ne puntualizzava l'ambito di operatività, specificando che “i contratti collettivi disciplinano i rapporti sindacali e gli istituti della partecipazione *anche* con riferimento agli atti interni di organizzazione aventi riflessi sul rapporto di lavoro”. Nulla era detto, invece, circa le modalità e i limiti dell'eventuale coinvolgimento dei rappresentanti dei lavoratori nell'esercizio del potere organizzativo e nella gestione delle risorse umane nell'art. 5, co. 2, così come modificato dal d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80.

Ciò, a nostro avviso<sup>33</sup>, significava che: *a)* le pubbliche amministrazioni *potevano* e, nel caso dei trattamenti economici e degli inquadramenti, *dovevano* sottoporre a contrattazione collettiva tutte le determinazioni inerenti le materie relative al rapporto di lavoro; *b)* *dovevano* concordare con le organizzazioni sindacali ammesse alla contrattazione collettiva forme di partecipazione *persino* con riferimento all'adozione di atti interni di organizzazione aventi riflessi sul rapporto di lavoro e, quindi, a maggior ragione, agli atti di gestione; *c)* *non potevano*, proprio in considerazione di quell'*anche* utilizzato dall'art. 9 e da noi letto come *persino*, subordinare all'esito della contrattazione collettiva l'esercizio del proprio potere di autorganizzazione, in quanto la condivisione di quest'ultimo con le organizzazioni sindacali non era consentita dal legislatore<sup>34</sup>.

La differenza, dunque, con la posizione dell'imprenditore privato per quanto concerne la valutazione della convenienza del coinvolgimento dei lavoratori nell'adozione di atti di organizzazione risiede nell'opzione di politica del diritto sot-

<sup>33</sup> ALES, *Contratti di lavoro*, cit.

<sup>34</sup> LISO, *La privatizzazione*, cit., p. 224 e la dottrina maggioritaria: vedila richiamata in BOSCATI, *Il dirigente dello Stato. Contratto di lavoro e organizzazione*, Giuffrè, 2006, p. 142.

tesa all'intervento del legislatore, la quale, per le pubbliche amministrazioni, consiste nell'evitare che il riconoscimento dei diritti di partecipazione consenta agli organi preposti di dismettere o riallocare il potere di organizzazione e, soprattutto, di gestione delle risorse umane, di cui risultano titolari. In questa prospettiva è facile comprendere le ragioni che hanno spinto il legislatore a tenere nettamente distinta la contrattazione dalla partecipazione, nel timore che, se poste in un *continuum* (peraltro, sempre possibile e, anzi, auspicabile nell'impresa privata), avrebbero finito per ri-legittimare i ben noti comportamenti di cogestione deresponsabilizzante che avevano caratterizzato l'esperienza della legge quadro.

Come condivisibilmente sottolineato in dottrina<sup>35</sup>, però, le pur significative cautele delle quali era stato circondato il coinvolgimento delle organizzazioni sindacali nell'esercizio delle prerogative datoriali delle pubbliche amministrazioni non si sono rivelate in grado di evitare il riproporsi dei comportamenti sopra richiamati.

Di qui la scelta, necessitata, da parte del legislatore delegato del 2009 di inasprire i vincoli a suo tempo imposti attraverso la già richiamata integrazione contenutistica dell'art. 5, co. 2, immediatamente produttrice di effetti sia sull'art. 9 che sull'art. 40.

Nella versione introdotta dall'art. 34, d.lgs. n. 150/09, esso, infatti, recitava: "(...) le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, *fatta salva la sola informazione ai sindacati, ove prevista nei contratti di cui all'art. 9*".

Alla versione 2009 dell'art. 5, co. 2, erano corrisposte sostanziali modifiche degli art. 9 e 40, apportate, rispettivamente, dagli art. 36 e 54, d.lgs. n. 150/09. Il primo, rimasto invariato anche all'esito del d.lgs. n. 75/17, recita: "*Fermo restando quanto previsto dall'art. 5, co. 2, i contratti collettivi nazionali disciplinano le modalità e gli istituti della partecipazione.*"; mentre, in forza del secondo, modificato solo marginalmente dall'art. 11, co. 1 *a*, d.lgs. n. 75/17, "*la contrattazione collettiva determina i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, nonché le materie relative alle relazioni sindacali. Sono [in particolare,] escluse dalla contrattazione collettiva le materie attinenti all'organizzazione degli uffici, quelle oggetto di partecipazione sindacale ai sensi dell'art. 9, quelle afferenti alle prerogative dirigenziali ai sensi degli artt. 5, co. 2, 16 e 17 (...).*".

Richiamando lo schema ricostruttivo utilizzato in precedenza, nella versione 2009 del combinato disposto artt. 5, 9 e 40 tutto questo significava che:

*a)* le pubbliche amministrazioni *dovevano* sottoporre a contrattazione collettiva tutte le determinazioni inerenti "i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, nonché le materie relative alle relazioni sindacali" *a condizione che* non rientrassero nell'esercizio necessariamente unilaterale delle pro-

---

<sup>35</sup> BELLAVISTA, *Contrattazione collettiva e lavoro pubblico*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT - 48/07.

gative datoriali-dirigenziali di cui agli artt. 5, co. 2, 16 e 17. Di conseguenza, poteva dirsi con sicurezza ricompresa tra le materie oggetto di contrattazione collettiva soltanto la definizione del trattamento economico fondamentale e accessorio (arg. ex artt. 2, co. 3 e 45, co. 1), quantunque nei limiti posti dal riferimento operato dagli stessi artt. 2 e 45 ai co. 3 *ter* e 3 *quater* dell'art. 40 (riformulati ora dall'art. 11, co. 1, lett. *d*, d.lgs. n. 75/17) e all'art. 47 *bis*;

*b*) le pubbliche amministrazioni *avrebbero potuto* assumere, in via negoziale, esclusivamente obblighi di informazione, preventiva o successiva, per ciò che concerneva l'adozione delle determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro, il che escludeva, di fatto, in linea di principio, il ricorso alla consultazione e/o concertazione quali forme di partecipazione "rinforzata".

Occorre ora interrogarsi se e eventualmente in che modo l'applicazione dello schema interpretativo proposto, produca risultati diversi alla luce delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 75 all'art. 5, co. 2, d.lgs. n. 165/01<sup>36</sup>.

In effetti, con riferimento al punto specifico del coinvolgimento della rappresentanza sindacale nell'esercizio del potere di organizzazione, la nuova versione dell'art. 5, co. 2 presenta una significativa diversificazione rispetto alla previgente. Per quel che qui ci interessa, essa, infatti, recita: "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, *fatte salve la sola informazione ai sindacati ovvero le ulteriori forme di partecipazione, ove previsti nei contratti di cui all'art. 9*".

Al di là dell'idiosincrasia del legislatore per le concordanze di genere (non si capisce perché "previsti" visto che i sostantivi sono tutti femminili), siamo chiaramente in presenza di un superamento del divieto di estendere le modalità del coinvolgimento al di là della sola informazione ("fatta salva la sola informazione ai sindacati": così il testo 2009) e del richiamo a (ulteriori) forme di partecipazione (sindacale: almeno così la rubrica dell'art. 9), così come (eventualmente) istituite e regolate dai contratti collettivi nazionali, ai sensi dell'art. 9.

Questo rinnovato impulso al coinvolgimento della rappresentanza sindacale nell'esercizio del potere di organizzazione, assume una particolare valenza nella prospettiva sopra richiamata dell'affermarsi di una visione del potere organizzativo dirigenziale più attenta alla sua dimensione funzionale, collegata alla gestione delle risorse umane, che a quella strutturale, riferibile, invece, all'organizzazione degli uffici.

In quella prospettiva, infatti, l'esercizio partecipato del potere di organizzazione sembra destinato a (ri)proporre *una gestione partecipata delle risorse umane* che

---

<sup>36</sup> La l. n. 124/15 non contiene uno specifico principio di delega rispetto alla modifica dell'assetto preesistente del potere di organizzazione ovvero sull'art. 5 d.lgs. n. 165/01. L'art. 16, co. 1, lett. *a*, indica, tuttavia, genericamente, tra i settori oggetto di decreti legislativi di semplificazione, quello "lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e connessi profili di organizzazione amministrativa".

rischia di mettere seriamente in discussione l'esercizio autonomo e indipendente delle prerogative datoriali, così come richiesto dall'art. 4, co. 2, d.lgs. n. 165/2001. Si è, evidentemente, di fronte a una radicale inversione di tendenza rispetto agli assetti disegnati nel 2009 e di un ritorno ad un modello che, nel passato, ha dato pessima prova di sé.

Se, tuttavia, con l'inguaribile ottimismo del cuore e non certo della ragione, si volesse volgere il rilievo in positivo, si potrebbe dire che, l'interpretazione del coinvolgimento nell'esercizio del potere organizzativo in termini di gestione partecipata delle risorse umane, carica la contrattazione collettiva nazionale dell'onere (e dell'onore) di costruire istituti e modalità di partecipazione "equilibrata", ovvero in grado di rendere i lavoratori e i loro rappresentanti interpreti e (pro)motori del raggiungimento di quella "funzionalità rispetto ai compiti e ai programmi di attività, nel perseguimento degli obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità" alla quale le pubbliche amministrazioni devono ispirare la loro organizzazione (art. 2, co. 1, lett. a).

Si tratta di una sfida "esistenziale" lanciata dal legislatore alla contrattazione collettiva nazionale, ancor prima che alla rappresentanza sindacale, entrambe, occorre ribadirlo, troppo spesso tristemente complici di modelli partecipativi egoistici, orientati al soddisfacimento "sbilanciato" di meri interessi personali o di piccoli gruppi fidelizzati, in presenza di una parte datoriale sempre più debole e sempre meno autorevole<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> L'ipotesi di Contratto Collettivo Nazionale relativo al personale del Comparto Funzioni Centrali per il Triennio 2016-2018, sottoscritto il 23 dicembre 2017, disciplina le relazioni sindacali specificando che esse, a livello decentrato, si articolano su due modelli relazionali: la partecipazione e la contrattazione integrativa. In particolare, per quel che qui ci occupa, la partecipazione è, a sua volta articolata in informazione, confronto e costituzione di organismi paritetici. L'informazione assume veste sempre preventiva ed è finalizzata all'instaurazione, su richiesta delle parti, del confronto, finalizzato a consentire ai soggetti sindacali coinvolti di "esprimere valutazioni esaustive e di partecipare costruttivamente alla definizione delle misure che l'amministrazione intende adottare." (art. 5 comma 1). Al termine del confronto è redatta una sintesi dei lavori e delle posizioni emerse (art. 5 comma 2). Un'ulteriore innovazione significativa è rappresentata dalla previsione, all'art. 6, dell'Organismo paritetico per l'innovazione, che "realizza una modalità relazionale finalizzata al coinvolgimento partecipativo delle organizzazioni sindacali (...) su tutto ciò che abbia una dimensione progettuale, complessa e sperimentale, di carattere organizzativo dell'amministrazione", che riguardino "innovazione, miglioramento dei servizi, promozione della legalità, della qualità del lavoro e del benessere organizzativo - anche con riferimento alle politiche formative, al lavoro agile ed alla conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, alle misure di prevenzione dello stress lavoro-correlato e di fenomeni di *burn-out* - al fine di formulare proposte all'amministrazione o alle parti negoziali della contrattazione integrativa.". Non è ben chiaro come l'Organismo paritetico per l'innovazione si relazionerà con il Comitato Unico di Garanzia per le Pari Opportunità, previsto dall'art. 57 d.lgs. n. 165/01, con il quale sembra avere in comune molte competenze. In linea generale, il nuovo sistema di partecipazione delineato dal CCNL sembra muoversi nella direzione, indicata dal legislatore, di una partecipazione equilibrata. Si attende, ovviamente, la prova dei fatti, per smentire chi, autorevolmente, ha, fin da subito evidenziato i rischi di una "perniciosa cogestione": CASSESE, *Tutto ma non la produttività. Quanti premi (troppi) agli statali*, in *L'Economia del Corriere della sera*, 2 gennaio 2018, p. 7.

Questa riflessione ne evoca un'altra conclusiva, relativa alla collocazione della dirigenza nel sistema della contrattazione collettiva così come già delineato dal d.lgs. n. 165/01, sistema che, come noto, si fonda su una chiara prevalenza del livello di comparto su quelli decentrati, non a caso definiti integrativi del primo (art. 40, co. 3). Nella materia del coinvolgimento, tale prevalenza trova conferma nell'indicazione esplicita dei contratti collettivi nazionali quale fonte esclusiva di disciplina degli istituti della partecipazione (art. 9). Ciò significa che solo i soggetti titolari del potere di negoziazione a detto livello sono in grado di determinare le forme della partecipazione stessa sia rispetto al livello nazionale che a quello integrativo di singola amministrazione<sup>38</sup>.

Appare evidente, quindi, come la dirigenza risulti esclusa dalla determinazione delle modalità e dei limiti della partecipazione e che, almeno in questo caso, essa si trovi a dover dare mera attuazione a quanto stabilito, in via generale, dalla contrattazione collettiva nazionale circa l'esercizio partecipato dei poteri organizzativi datoriali<sup>39</sup>.

Se, da un lato, l'impossibilità di formalizzare modalità di partecipazione *extra ordinem* ovvero non specificamente previste dalla contrattazione collettiva di comparto e addivenire, ad esempio, alla conclusione di accordi gestionali circa l'esercizio procedimentalizzato delle prerogative datoriali<sup>40</sup>, sembra costituire un'efficace "difesa contro se stessi", laddove esistano spinte all'auto-deresponsabilizzazione, dall'altro, detta impossibilità priva quei dirigenti che volessero assumere a tutto tondo le proprie responsabilità datoriali, di uno strumento centrale di gestione virtuosamente partecipata delle risorse umane, rischiando di trasformarli in meri sacerdoti di riti partecipativi imposti dall'alto, a prescindere dalla situazione di fatto della singola amministrazione e, dunque, sempre a rischio di risultare troppo o troppo poco incisivi rispetto all'esercizio delle prerogative datoriali nella prospettiva della realizzazione della missione di quella amministrazione.

---

<sup>38</sup> VISCOMI, *La partecipazione sindacale e la partecipazione all'organizzazione del lavoro*, in CARINCI F., ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 271.

<sup>39</sup> *Contra* RUSSO C., *Commento all'art. 4, co. 2*, in CORPACI, RUSCIANO, ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 1103.

<sup>40</sup> ALBANESE, *I poteri dei dirigenti pubblici nel decreto legislativo 29/1993 e il problema della loro negoziabilità*, in LD, 1996, p. 419 ss.

Gabriella Formica

## I limiti di carattere finanziario alla contrattazione

SOMMARIO: 1. Salario accessorio e sperimentazione. – 2. I sistemi informativi delle amministrazioni pubbliche sui trattamenti economici e le spese del personale.

### 1. Salario accessorio e sperimentazione

Il d.lgs. 25 maggio 2017 n. 75 – adottato in attuazione della legge delega del 7 agosto 2015 n. 124, meglio conosciuta come Legge Madia<sup>1</sup> – ha avviato il processo di riforma sul pubblico impiego apportando delle modifiche ed integrazioni alle norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche contenute nel d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165.

Tra gli argomenti trattati il citato d.lgs. n. 75/17 dedica una specifica attenzione al salario accessorio<sup>2</sup> con la disciplina contenuta nell'art. 23.

Detta disposizione prevede una progressiva armonizzazione dei trattamenti accessori del personale contrattualizzato delle pubbliche amministrazioni; a tal fine il co. 1 specifica che la contrattazione collettiva nazionale, per ogni comparto o area di contrattazione, opera, tenendo conto delle risorse annualmente destinate al trattamento accessorio, la graduale convergenza dei medesimi trattamenti anche mediante la differenziata distribuzione, distintamente per il personale dirigenziale e non dirigenziale, delle risorse finanziarie destinate all'incremento dei fondi della

---

<sup>1</sup> Sulla Riforma Madia in generale, v. ZOPPOLI L., *La "riforma Madia" del lavoro pubblico*, Il libro dell'anno del diritto, Treccani, 2018; BATTINI, *Al servizio della Nazione? Verso un nuovo modello di disciplina della dirigenza e del personale pubblico*, relazione tenuta al 62° Convegno di Studi amministrativi su "L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della Pubblica Amministrazione" – Varenna, 22, 23 e 24 settembre 2016.

<sup>2</sup> In tema di salario accessorio, cfr. GARGIULO, *La promozione della meritocrazia*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, 2009, p. 355 ss.; ROMA, *La retribuzione nel lavoro pubblico*, in CARABELLI, CARINCI M.T. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, 2010, p. 177 ss.; ID., *Merito e valutazione: dalla legge delega 15/2009 al decreto di attuazione*, in RUPA, 2009, p. 23 ss.; LUCIANI, *Il ruolo del dirigente nell'erogazione della retribuzione incentivante*, in SANTUCCI, VISCOMI (a cura di), *La dirigenza nelle autonomie locali dopo la riforma: problemi e prospettive*, Rubettino, 1998.