

Piccolo *requiem* per la flessibilità del lavoro
nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della L. 9 marzo 2006, n. 80*

Sandro Mainardi

1. Ultimo atto di legislatura o deriva normativa per il pubblico impiego?	177
2. Dalla Riforma Biagi alla l. n. 80/2006, passando per Leggi Finanziarie e provvedimenti <i>omnibus</i> .	179
3. L'anomala flessibilità: tra fonti privatistiche, ragioni dell'organizzazione e di contenimento della spesa.	184
4. L'art. 4 della l. n. 80/2006 e i nuovi limiti alla stipulazione dei contratti flessibili: a) i limiti nelle procedure concorsuali.	187
5. <i>Segue. b)</i> I limiti motivazionali.	189
6. <i>Segue.</i> Le flessibilità contrattuali come <i>extrema ratio</i> . Una promozione per l' <i>outsourcing</i> nelle p.a. e qualche problema di costituzionalità.	192
7. Conclusioni.	194

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 45/2006

1. Ultimo atto di legislatura o deriva normativa per il pubblico impiego?

Si sa. Difficilmente gli ultimi atti di una legislatura sono in grado di produrre provvedimenti normativi di respiro, capaci di essere ricordati per coerenza sistematica e capacità regolativa di lungo periodo. Spesso mancano le condizioni politico istituzionali per varare leggi destinate a produrre effetti importanti nella legislatura successiva; oppure, più semplicemente, una maggioranza che se ne va si limita a disporre della contingenza, consapevole delle imprevedibili ricadute, in termini di consenso, di interventi di maggiore portata.

Ciò è di ogni legislatura. Per stare alla materia del pubblico impiego è facile ricordare quanto avvenne al termine della XIV^a (Governo Amato), quando l'ambizioso e quanto mai opportuno progetto di codificazione di un "Testo Unico del Pubblico Impiego" (privatizzato) si trasformò, proprio in scadenza di mandato, nel ben più modesto intervento di rinumerazione del d.lgs. n. 29/1993, oggi consolidato nelle «Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche», di cui al d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165⁽⁴⁸¹⁾.

E così è stato anche per la XV^a legislatura appena giunta a termine (Governo Berlusconi), la quale, sempre per il pubblico impiego, ha abbandonato la scena con la conversione in legge del d.l. 10 gennaio 2006, n. 4⁽⁴⁸²⁾ da parte della legge 9 marzo 2006, n. 80⁽⁴⁸³⁾. Si tratta di un provvedimento spot assai eterogeneo, sin dalla sua intitolazione relativa a «Misure urgenti di organizzazione e funzionamento della pubblica amministrazione»⁽⁴⁸⁴⁾, misure che, in effetti, a seguito della conversione in legge, toccano solo marginalmente la disciplina del lavoro nelle pubbliche amministrazioni, al quale vengono dedicati 7 articoli su 34, a fronte dei 15 articoli della originaria versione del decreto n. 4/2006.

Il progetto iniziale destava interesse, specie per la disciplina di alcuni istituti di delicata portata applicativa, quali il comando (art. 3 d.l. n. 4/2006), i contratti a termine ed i contratti formazione e lavoro (art. 4), la mobilità volontaria e da eccedenza (artt. 9 e 11), la contrattazione collettiva per i segretari comunali e provinciali (art. 10), i contratti di collaborazione coordinata e continuativa (art. 13), gli incarichi dirigenziali a tempo determinato (art. 15), l'accesso alla qualifica di dirigente (art. 25).

Si sarebbe trattato, per la gran parte, di interventi solo manutentivi dell'esistente. Ma, nonostante ciò, a conferma del profilo basso scelto dal legislatore in sede di conversione, resta di tutto questo

⁽⁴⁸¹⁾ Sul c.d. Testo unico del pubblico impiego e sulla vicenda politica normativa che lo ha caratterizzato v. F. CARINCI, *Spes ultima dea*, in *LPA*, Supplemento al fasc. 2/2001, 1 e ss.

⁽⁴⁸²⁾ In G.U. n. 8 dell'11 gennaio 2006.

⁽⁴⁸³⁾ In G.U. n. 59 dell'11 marzo 2006.

⁽⁴⁸⁴⁾ La legge può essere catalogata nell'ambito dei c.d. provvedimenti "omnibus" che hanno caratterizzato gli interventi della legislatura in materia di organizzazione amministrativa e lavoro pubblico: tra i più recenti vanno ricordate la l. 16 gennaio 2003, n. 3 «*Disposizioni ordinarie in materia di pubblica amministrazione*»; la l. 29 luglio 2003, n. 229 «*Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione – Legge di semplificazione 2001*»; il d.l. 28 maggio 2004, n. 136, conv. in l. 27 luglio 2004, n. 186 «*Disposizioni urgenti per garantire la funzionalità di taluni settori della pubblica amministrazione*»; il d.l. 31 gennaio 2005, n. 7, conv. in l. 31 marzo 2005, n. 43 «*Disposizioni urgenti per l'università e la ricerca, per i beni e le attività culturali, per il completamento di grandi opere strategiche, per la mobilità dei pubblici dipendenti, e per semplificare gli adempimenti relativi a imposte di bollo e tasse di concessione, nonché altre misure urgenti. Sanatoria degli effetti dell'articolo 4, comma 1, del decreto-legge 29 novembre 2004, n. 280*».

un'unica rilevante disposizione, rappresentata dalla disciplina dell'articolo 4, il quale, seppure asetticamente intitolato al «Monitoraggio sui contratti a tempo determinato e la somministrazione a tempo determinato nelle pubbliche amministrazioni», nell'introdurre un nuovo comma 1-bis ad una norma chiave della riforma quale è l'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, reca invece importanti limiti generali all'utilizzo delle tipologie di lavoro flessibile e, in particolare, dei contratti a termine e di formazione e lavoro.

È piuttosto evidente, lo si anticipa, che la disciplina della legge n. 80/2006 rinviene la propria trama di politica legislativa nella necessità, ormai portata alle estreme conseguenze, di contenere la spesa per il personale, secondo un trend di carattere strutturale ben conosciuto e ben presente anche negli obiettivi del legislatore degli anni '90⁽⁴⁸⁵⁾ e di quelli che lo hanno preceduto.

Non è, quindi, la tenuta di questo imperativo categorico di carattere finanziario a destare preoccupazione. Piuttosto, preoccupa la sempre più frequente affermazione di una tecnica normativa disorganica, segnata da un iperattivismo della legislazione speciale, che cerca rimedi attraverso il progressivo allontanamento dai modelli dell'impresa, continuamente introducendo diversità di discipline, curvature di istituti, disimpegni di carattere formale e sostanziale rispetto al diritto privato del lavoro, inteso come fonte elettiva di regolamentazione secondo il principio cardine dell'art. 2, comma 1 del d.lgs. n. 165/2001 («i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto...»). Per restare al piano delle fonti, tale iperattivismo del legislatore contraddice in modo evidente anche l'investimento inizialmente fatto sulla contrattazione collettiva e sul ruolo della fonte contrattuale con riguardo alla disciplina dei rapporti di lavoro, al punto da sollecitare e rendere attuale il ricorso al meccanismo di deroga del contratto collettivo rispetto alla legge, definito dal primo comma dello stesso art. 2 del d.lgs. n. 165/2001.

Certo, si potrebbe sostenere che questa ripresa forte della regolamentazione di fonte legale costituisca una risposta alla pan-contrattualizzazione o all'«ingordigia contrattuale» della stagione appena precedente, foriera, secondo alcuni⁽⁴⁸⁶⁾, di una eccessiva compressione dei poteri dirigenziali e di una deresponsabilizzazione della dirigenza a favore della mediazione politico-sindacale nella gestione dei rapporti di lavoro⁽⁴⁸⁷⁾; ma è davvero dubbio che i micro-interventi legislativi

⁽⁴⁸⁵⁾ È ormai dato storiografico quello per cui la stessa riforma del pubblico impiego del biennio '92/'93, se è stata ispirata dal sindacato confederale al fine di un generale recupero di rappresentatività nel settore attraverso la diffusione del metodo contrattuale, abbia per contro immediatamente destato l'interesse del Governo, mosso da più pragmatiche e urgenti esigenze di razionalizzazione, contenimento e controllo del costo del lavoro: cfr. RUSCIANO, *Contributo alla lettura della riforma del pubblico impiego*, in Rusciano e L. Zoppoli (a cura di), *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1993, XVII; CARINCI F., *La c.d. privatizzazione del pubblico impiego*, in RIDL, 1993, I, 8.

⁽⁴⁸⁶⁾ V. in particolare CASSESE, *Potere ai sindacati*, in *Il Sole 24 Ore* del 21 febbraio 2001, e, più di recente ID., *La tenaglia del pubblico impiego*, in *Il Corriere della Sera* del 23 novembre 2004, che parla di «straripamento sindacale», di moltiplicazione degli interventi sindacali nelle decisioni amministrative e di materie regolate dal contratto collettivo che dovrebbero, invece, per legge, essere riservate alla decisione unilaterale dell'amministrazione pubblica; CARUSO, *La storia interna della riforma del pubblico impiego: dall'illuminismo del progetto alla contaminazione della prassi*, in LPA, 2001, 980; CARINCI F., *La dirigenza nelle amministrazioni dello Stato ex capo 11, titolo II d.lgs. n. 29 del 1993 (il modello universale)*, in ADL, 2001, 50.

⁽⁴⁸⁷⁾ Si veda, in questo senso, e a titolo di esempio, il comma 12-bis dell'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001 introdotto dall'art. 3, comma 1 della legge 15 luglio 2002, n. 145, il quale sottrae l'intera disciplina degli incarichi dirigenziali alla possibilità di deroga da parte dei contratti o accordi collettivi.

di cui è in discorso costituiscono effettivo deterrente rispetto alla espansiva presenza sindacale nei processi di organizzazione e gestione da parte del management pubblico.

2. Dalla Riforma Biagi alla l. n. 80/2006, passando per Leggi Finanziarie e provvedimenti *omnibus*.

Vale allora la pena di ripercorrere in breve questo iter normativo, non si sa quanto consapevole, che ha preso le distanze dagli schemi della c.d. privatizzazione; per verificare, poi, se si tratti di una vera e propria crisi di rigetto o di un semplice stallo nel percorso di riforma del lavoro pubblico.

Occorre naturalmente prendere le mosse dalla esclusione del datore di lavoro “pubblica amministrazione” dall’applicazione della legge delega n. 30/2003 (art. 6) e del decreto legislativo n. 276/2003 (art. 1, c. 2), sulla quale molto si è discusso, con accenti diversi, ma tutti sostanzialmente concordi nel ritenere che essa rappresenti una significativa, quanto irrazionale interruzione del cammino di avvicinamento tra le due discipline del lavoro subordinato, privato e pubblico⁽⁴⁸⁸⁾. Senza voler qui ripercorrere le ragioni di opportunità e le specifiche conseguenze delle esclusioni con riguardo a ciascun istituto interessato dalla riforma del 2003⁽⁴⁸⁹⁾, l’aver distanziato il lavoro nelle pubbliche amministrazioni dalle nuove regole del mercato del lavoro ha prodotto almeno due ricadute, diretta la prima, indiretta la seconda.

La prima consiste nell’aver di fatto inibito qualunque sviluppo della normativa legale (o contrattuale) che, alla lettera del d.lgs. n. 276/2003 (art. 86, c. 9), avrebbe dovuto occuparsi dei «profili di armonizzazione conseguenti all’entrata in vigore del decreto legislativo» per quanto riguarda i dipendenti delle pubbliche amministrazioni. Non si è mosso il legislatore e non si è mossa neppure la contrattazione collettiva⁽⁴⁹⁰⁾, consapevole, quest’ultima, di essere stata posta nelle condizioni di una ideale difesa del lavoro nelle p.a. da qualunque ipotesi di penetrazione della nuova normativa dettata per il settore privato, la quale si articola, in modo evidente, con riguardo alla disciplina delle tipologie dei lavori flessibili, secondo logiche e modelli di regolazione che possono mettere

⁽⁴⁸⁸⁾ Cfr., già sul progetto di legge delega, CARUSO, *La storia interna della riforma del pubblico impiego*, cit., 991; e poi GRAGNOLI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, in M.T. Carinci (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Milano, Ipsoa, 2003, 249; ZOPPOLI L. *Nuovi lavori e pubbliche amministrazioni (ovvero Beowulf versus Grendel, atto II)*, Intervento al Convegno “Sviluppo e occupazione nel mercato globale”, Napoli, 4-5 dicembre 2003; BELLAVISTA, *Alcune osservazioni sulla legge n. 30/2003*, in *LG*, 2003, 706; MAINARDI, *D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 e riforma del mercato del lavoro: l’esclusione del pubblico impiego*, in *LPA*, 2003, 1076; BORGOGELLI, *Finalità e campo di applicazione*, in Gragnoli e Perulli, *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova, Cedam, 2004, 15; ZOLI, *Commento all’art. 1*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro, Commento al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Bologna, Zanichelli, 2004, 8; CURZIO, *Introduzione*, in Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Bari, Cacucci, 2004, 20; CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti*, cit., 108;

⁽⁴⁸⁹⁾ Solo a titolo di esempio, e per quanto qui interessa, resta aperta la delicata questione della permanente applicabilità della l. n. 1369/1960 al lavoro nelle p.a. nonostante la esplicita abrogazione operata dall’art. 85, c. 1, lett. c) del d.lgs. n. 276/2003; oppure quella della disciplina concretamente applicabile in materia di part time per via della novella al d.lgs. n. 61/2000 (applicabile al p.i.) introdotta dall’art. 46 d.lgs. n. 276/2003 (non applicabile al p.i.).

⁽⁴⁹⁰⁾ Non vi è traccia, infatti, di norme in materia di flessibilità contrattuali, neppure di quelle “praticabili” come la somministrazione a termine, in alcuno dei contratti collettivi di comparto della tornata 2002-2005, tutti sottoscritti già alla luce del d.lgs. n. 276/2003. Essi hanno anzi confermato, in parte qua, le discipline dei Ccnl precedenti (1998/2001).

in discussione i delicati equilibri raggiunti nel settore pubblico nel rapporto legge – contratto collettivo – contratto individuale ⁽⁴⁹¹⁾.

La difesa dello status quo ha avuto la meglio anche sul primo intervento istituzionale, quello dell'Organismo di coordinamento dei Comitati di Settore, che in data 5 marzo 2004⁽⁴⁹²⁾ ha inviato, senza alcun seguito, una precisa direttiva all'Aran per dare corso ad una contrattazione di livello quadro, proprio con riguardo all'innesto ponderato delle regole della riforma Biagi nel lavoro alle dipendenze pubbliche amministrazioni.

La seconda conseguenza, questa volta indiretta, risiede nella profonda incertezza applicativa determinata dalla maldestra esclusione, rispetto ad istituti che le p.a. andavano lentamente ad applicare, per la prima volta, proprio sul modello costituito dalla regolamentazione privatistica, sì come recepita nelle c.d. "code contrattuali" della tornata 1998/2001: la sovrapposizione tra discipline (ad es. per l'utilizzo del tempo parziale) da una parte, ed il denso apparato di responsabilità poste a carico del dirigente in caso di erroneo utilizzo delle tipologie contrattuali (cfr. art. 36, c. 2, d.lgs. n. 165/2001) dall'altra, hanno anche qui indotto comportamenti di eccessiva ma giustificata prudenza nell'utilizzo delle flessibilità contrattuali.

La restante linea di politica legislativa per il settore del pubblico impiego è concentrata nelle discipline delle Leggi Finanziarie 2001-2005 ed in alcuni dei già citati provvedimenti "omnibus", tra i quali è senz'altro possibile catalogare anche la legge 9 marzo 2006, n. 80.

Per quanto riguarda le Leggi Finanziarie, un primo piano di intervento è rimasto costante per l'intero periodo ed è senz'altro rappresentato da una progressiva riduzione delle risorse destinate alla contrattazione collettiva nazionale ed integrativa.

Se la riduzione è avvenuta in via diretta per le amministrazioni statali, essa ha nondimeno interessato anche le amministrazioni con autonomia relativa di bilancio, quali gli enti pubblici non economici, le università, le regioni e le autonomie locali, gli enti del SSN, gli enti di ricerca e sperimentazione. La precisa quantificazione delle risorse spetta qui ai Comitati di settore, che esprimono gli indirizzi per la contrattazione⁽⁴⁹³⁾: in questa quantificazione le amministrazioni vengono tuttavia vincolate al rispetto dei tassi definiti per le amministrazioni statali, sia per la contrattazione nazionale, che per quella integrativa. La Finanziaria per il 2006 (*legge 23 dicembre 2005, n. 266*), nel ribadire tale meccanismo (cfr. art. 1, c. 189), ha previsto, per le amministrazioni dello Stato "allargato" (*Agenzie fiscali, enti pubblici non economici, università, enti di ricerca*) che i fondi destinati alla contrattazione integrativa, a decorrere dal 2006, non possano eccedere quelli previ-

⁽⁴⁹¹⁾ Cfr. BORGOGELLI, *Finalità*, cit., 21, la quale sottolinea appunto questo aspetto di impermeabilità del lavoro pubblico dal processo di marginalizzazione dell'autonomia collettiva a favore di quella individuale e dell'intervento governativo, proprio della recente riforma del mercato del lavoro.

⁽⁴⁹²⁾ L'atto di indirizzo, che porta la data del 13 febbraio 2004, in particolare individuava gli istituti disciplinati dal decreto che trovano applicazione nelle pubbliche amministrazioni; determinava, in base alla normativa attuale, i rispettivi ambiti di intervento, da un lato, della contrattazione collettiva e, dall'altro, della attuazione delle disposizioni legislative, pur non escludendo, a tale riguardo, adeguate forme di partecipazione sindacale; infine, relativamente agli ambiti rimessi alla contrattazione, formulava alcune indicazioni, per costituire, ai sensi dell'art. 47 del d.lgs n. 165 del 2001, un quadro di riferimento generale (accordo nazionale quadro) per la negoziazione del settore.

⁽⁴⁹³⁾ Per tali enti, la spesa sostenibile viene concretamente quantificata attraverso gli atti di indirizzo all'ARAN per la contrattazione collettiva, formulati prima di ogni rinnovo contrattuale dai comitati di settore, composti dalle istanze rappresentative o associative degli enti medesimi (art. 41, comma 3 del d.lgs n.165 del 2001).

sti nel 2004 e certificati dai revisori dei conti, si da cristallizzare, su una cifra formalmente consolidata, le risorse destinate alla negoziazione di secondo livello.

È indubbio, dunque, che la contrattazione collettiva per le amministrazioni non statali va finanziata con deliberazioni specifiche dei rispettivi organi di governo, ma è altrettanto certo che questa risulta indirettamente vincolata, a monte, mediante l'indicazione di rispetto, in capo ai Comitati di settore, nell'elaborazione degli atti di indirizzo, delle percentuali di crescita previste per le amministrazioni statali, sia per gli incrementi derivanti dalla contrattazione nazionale, che per quelli derivanti dalla contrattazione integrativa. Si è ben osservato come questa definizione in misura unica – per lo Stato e per il settore pubblico – dei limiti finanziari della contrattazione integrativa, rende «meno autonoma e meno “integrativa” la contrattazione di secondo livello»⁽⁴⁹⁴⁾, specie laddove tale negoziazione abbia ad operare nell'ambito delle amministrazioni dotate di più spiccata autonomia finanziaria e gestionale⁽⁴⁹⁵⁾.

Ma non è certo questo l'unico, e più penetrante, fattore di criticità che le norme delle Leggi Finanziarie producono con riguardo al sistema della contrattazione collettiva integrativa nelle pubbliche amministrazioni. I vincoli nella costituzione del fondo inducono infatti la contrattazione integrativa verso una difesa non virtuosa, ma a volte giustificata, degli elementi “stabili” del salario integrativo (risorse per le progressioni economiche; indennità di vario genere; retribuzione di posizione), operando di converso una riduzione o l'azzeramento delle risorse destinate, da un lato, all'incentivazione della produttività, delle flessibilità contrattuali e della mobilità; dall'altro, alle flessibilità organizzative che risultano a volte indispensabili per la stessa gestione in efficienza degli enti (ad es. risorse per lavoro straordinario o supplementare)⁽⁴⁹⁶⁾.

Il secondo piano di intervento ha invece accomunato Leggi Finanziarie e provvedimenti “omnibus”.

Si è anzitutto provveduto, da un lato, a rendere strutturale la principale leva di contenimento dei costi del personale quale rappresentata, in una con l'apposizione di limiti alle risorse per la contrattazione collettiva, dal controllo sulle assunzioni e sulle politiche di reclutamento del personale. Il modello utilizzato è quello del blocco delle assunzioni, con deroghe autorizzate o tipologicamente individuate, mentre, per le amministrazioni diverse dallo Stato, viene (ri)proposto il principio dell'adeguamento delle politiche di reclutamento del personale al criterio del contenimento della spesa attraverso la programmazione dei fabbisogni, ma con vincoli e controlli diretti costituiti, i primi, dalla richiesta coerenza di tali politiche con gli obiettivi fissati dai documenti di finanza pubblica; i secondi, dall'obbligo, in capo agli organi competenti ad adottare gli atti di programmazione del personale, di trasmettere annualmente tali atti al Ministero dell'Economia e al Dipartimento della Funzione pubblica.

⁽⁴⁹⁴⁾ TALAMO, *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego dopo la legge finanziaria per il 2002*, in GDA, 2002, 569.

⁽⁴⁹⁵⁾ Per i riflessi di carattere costituzionale di tali disposizioni v. SALOMONE, *Il diritto del lavoro nella riforma costituzionale. Esperienze, modelli e tecniche di regolazione territoriale*, Cedam, Padova, 2005, 171 e ss. Sulla contrattazione integrativa nelle amministrazioni pubbliche v. da ultimo e in generale VISCOMI, *La contrattazione integrativa*, in *Il Diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Commentario diretto da F. Carinci e L. Zoppoli, Torino, Utet, 2004, 402 ss.

⁽⁴⁹⁶⁾ Su questi, ed altri aspetti, v. MARAZZA, *Il contratto collettivo di lavoro all'indomani della privatizzazione del pubblico impiego*, in *Trattato di Diritto commerciale e pubblico dell'economia* diretto da Galgano, vol. XXXVIII, Padova, Cedam, spec. 125 e ss.

Tendenzialmente presente nella legislazione finanziaria degli anni '90, questo modello è stato aggiornato mediante un mix con il diverso strumento della programmazione dei flussi assuntivi in relazione ai fabbisogni, a suo tempo introdotto dall'art. 39 della l. n. 449/1997. Se tale legge, con la programmazione triennale, favoriva l'autonomia gestionale degli enti con riguardo agli obiettivi di efficiente utilizzazione delle risorse in una prospettiva di medio termine, oltre che una maggiore flessibilità nelle politiche di riduzione/assunzione del personale nell'ambito delle effettive disponibilità finanziarie⁽⁴⁹⁷⁾, la sua implementazione da parte dei più recenti provvedimenti di finanza pubblica risulta solo parziale e scarsamente produttiva rispetto alle esigenze di razionalizzazione e contenimento del numero dei dipendenti⁽⁴⁹⁸⁾.

Da un versante, infatti, quello relativo alla efficienza e modernizzazione della p.a., il blocco generalizzato impedisce qualunque seria programmazione delle risorse in relazione all'incremento o al potenziamento dei servizi: sottrarre a qualunque datore di lavoro, pubblico o privato, il controllo delle politiche di reclutamento, significa di fatto impedire il raggiungimento di obiettivi di politica attiva del lavoro, della formazione e dell'occupazione, che possono condurre, per altre e più virtuose vie, ad una ottimizzazione dei costi per il personale ed al recupero di efficienza dei servizi. Dall'altro versante, invece, quello del contenimento della spesa, l'ampiezza delle deroghe e l'allentamento dei vincoli per una cospicua serie di categorie di personale, vanifica ogni razionale ed efficace controllo dei flussi del personale in entrata⁽⁴⁹⁹⁾.

Naturalmente, a questi meccanismi si associa quello del potenziamento dei processi di mobilità del personale. Anche qui, però, si è assistito ad una mutazione morfologica e funzionale dell'istituto: da strumento di flessibilità organizzativa per la efficiente e razionale allocazione del personale, secondo lo schema seguito per tutto il decennio '90, con risultati a dire il vero piuttosto sconfortanti⁽⁵⁰⁰⁾, la mobilità costituisce ora, in primis, vincolo procedurale preventivo all'attivazione dei concorsi di assunzione.

In questa direzione, che riecheggia la normativa vincolistica, centralizzata e vagamente "sanzionatoria" della mobilità degli anni '80 (cfr. la l. n. 554/1998 ed il d.p.c.m. n. 328/1988 (c.d. decreto Pomicino), si sono mossi sia l'art. 7 della legge 16 gennaio 2003, n. 3, che ha introdotto l'art. 34 bis del d.lgs. n. 165/2001 in materia di precedenza obbligatorie costituite, nei processi di assunzione, per il personale collocato in disponibilità; sia l'art. 5, comma 1 quater del d.l. 31 gennaio

⁽⁴⁹⁷⁾ Cfr. MAINARDI, *Legge finanziaria per il 2000: le nuove norme su riduzione di personale e passaggio diretto*, in LPA, 2000, 151 e ss.

⁽⁴⁹⁸⁾ Si legga sul punto il Capitolo VII («Il Personale») della *Relazione della Corte dei conti al Parlamento sul rendiconto generale dello Stato per l'esercizio finanziario 2004*, pubblicato in LPA, 2005, 990 e ss., ove vengono segnalati i risultati del tutto insoddisfacenti del modello in discorso, che ha addirittura prodotto un aumento del personale pubblico dal 1998 al 2003 e solo una lieve flessione dello 0,2 per cento rispetto all'anno precedente nel 2004 (p. 1014). Criticamente, sulla questione dell'incremento dei dipendenti pubblici, CASSESE, *Intervista*, in *La Stampa* dell'11 maggio 2005.

⁽⁴⁹⁹⁾ Cfr. per una più approfondita analisi di questi temi, NIGLIO, *Le politiche di reclutamento nella p.a. negli anni '90 tra programmazione e blocco delle assunzioni*, in www.lexitalia.it; MASTINU, *Le acquisizioni di personale delle pubbliche amministrazioni nella legge finanziaria per il 2004*, in LPA, 2004, 25; MAINARDI, *Legge finanziaria e pubblica amministrazione (commento alla l. 24 dicembre 2003 n. 350): il personale*, in GDA, 2004, 249 e ss.

⁽⁵⁰⁰⁾ Sia ancora consentito il rinvio a MAINARDI, *Il passaggio diretto, il trasferimento del lavoratore ed il temporaneo servizio all'estero*, in *Diritto del lavoro. Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Commentario diretto da F. Carinci e L. Zoppoli, Torino, Utet, 2004, 709-710; NATULLO, *Gestione delle eccedenze di personale, collocamento in disponibilità e mobilità collettiva*, *ivi*, 755 e ss.; MANNA, *La mobilità nel pubblico impiego: ammortizzatore sociale e strumento di razionalizzazione delle risorse umane*, in D&L, 2001, 311 e ss.; CHIECO, *La disciplina delle eccedenze di personale nelle pubbliche amministrazioni*, in LPA, 1999, 327.

2005, conv. in l. n. 43/2005, che ha introdotto i commi 2 bis, ter e quater all'art. 30 del d.lgs. n. 165/2001 in materia di necessaria attivazione, per tutte le amministrazioni, delle procedure di mobilità per passaggio diretto prima di procedere all'espletamento di procedure concorsuali finalizzate alla copertura di posti vacanti in organico⁽⁵⁰¹⁾.

Infine, e dall'altro lato, Finanziarie e provvedimenti omnibus hanno avviato un'azione progressiva sul controllo (anche) delle flessibilità contrattuali.

Questa iniziativa, sempre per finalità di contenimento dei costi, si è articolata, dapprima, nella fissazione di limiti quantitativi di spesa, validi per tutte le amministrazioni, con riguardo all'utilizzo di contratti a tempo determinato, di formazione e lavoro, di collaborazione coordinata e continuativa o di altre forme di rapporto di lavoro flessibile o con convenzioni [cfr. art. 3, c. 65 l. n. 350/2003; art. 1, c. 116 l. n. 311/2004; art. 1, c. 187 l. n. 266/2005⁽⁵⁰²⁾]; nonché nella proroga, continuamente riproposta e quindi ormai sine die, dei contratti di formazione e lavoro soggetti a conversione in rapporti di lavoro a tempo indeterminato (art. 3, c. 63 l. n. 350/2003; art. 1, c. 121 l. n. 311/2004; art. 1, c. 243 l. n. 266/2005).

Dopodichè – e qui un modifica essenziale nell'approccio del legislatore – si è avuta l'introduzione di limiti questa volta sostanziali e procedurali all'utilizzo delle flessibilità contrattuali, anzitutto con riguardo al regime degli incarichi professionali e, seppure in misura minore, delle collaborazioni coordinate e continuative. Il lavoro autonomo è stato sottoposto ad una regolamentazione forte e vincolistica (cfr. art. 1, cc. 11 e 42 l. n. 311/2004) a seguito delle allarmate sollecitazioni della Corte dei conti circa l'abuso di tali tipologie contrattuali nelle p.a., spesso utilizzate per fare fronte ad ordinarie esigenze funzionali ed organizzative o, meglio, a vacanze di organico non qualificate⁽⁵⁰³⁾: a ben vedere, almeno per gli incarichi e le consulenze, il regime utilizzato appare più stringente rispetto a quello del lavoro a progetto ex art. 61 e ss. d.lgs. n. 276/2003, con oneri motivazionali da parte dell'ente, limiti di spesa, valutazioni di carattere finanziario, controlli esterni contabili e di legittimità, responsabilità disciplinari ed erariali previste in capo alla dirigenza in caso di violazioni⁽⁵⁰⁴⁾.

⁽⁵⁰¹⁾ Verrebbe da chiedersi, visto il noto orientamento delle Corti superiori, se l'obbligo di legge debba appunto valere anche per le progressioni verticali in carriera, sostanzialmente assimilate, a quanto pare, e non solo sotto il profilo del Giudice competente per le relative controversie, a concorsi di assunzione per la copertura di posti vacanti in organico. Per i termini del dibattito giurisprudenziale v. da ultimo SORDI, *Il giudice ordinario e le procedure selettive e concorsuali nel lavoro pubblico*, in *LPA*, 2005, 289.

⁽⁵⁰²⁾ Tale ultima norma prevede il limite di spesa solo per le amministrazioni dello Stato "allargato", e sancisce espressamente il principio per cui il mancato rispetto del limite «costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale». Per gli altri enti (comma 198), si prevede che essi concorrano alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica adottando misure necessarie a garantire che le spese di personale, non superino per ciascuno degli anni 2006, 2007 e 2008 il corrispondente ammontare dell'anno 2004 diminuito dell'1 per cento. A tal fine si considerano anche «le spese per il personale a tempo determinato, con contratto di collaborazione coordinata e continuativa, o che presta servizio con altre forme di rapporto di lavoro flessibile o con convenzioni».

⁽⁵⁰³⁾ Per una ricostruzione dei passaggi giurisprudenziali e normativi della vicenda, cfr. AURILO, *Il ricorso delle pp.aa. al lavoro autonomo nella giurisprudenza della Corte dei Conti*, in *LPA*, 2005, 882 e FILI, *Collaborazioni coordinate e continuative e pubbliche amministrazioni tra legalità (dover essere) e necessità (essere)*, in corso di pubblicazione in *LPA*, fasc. 1/2006.

⁽⁵⁰⁴⁾ L'art. 13 del d.l. n. 4/2006, poi non convertito, nel modificare l'art. 7 del d.lgs. n. 165/2001, estendeva, rafforzandole, le prescrizioni in materia di incarichi a tutti i rapporti di lavoro autonomo, occasionale o coordinati e continuativi, richiedendo coincidenza fra oggetto dell'incarico e attività istituzionale dell'ente; dimostrazione della oggettiva impossibilità di utilizzo di risorse umane interne disponibili; temporaneità della prestazione e sua alta qualificazione, predeterminazione di oggetto, durata, e compenso della collaborazione; previsioni, attraverso regolamenti interni, di procedure comparative per il conferimento degli incarichi. Ad oggi si deve

È di questa ultima stagione la norma dell'art. 4 del d.l. n. 4/2006, conv. in l. n. 80/2006, la quale, come tra poco si dirà, non si occupa più di contingentare quantitativamente l'uso dei contratti atipici, ma tocca al cuore dei meccanismi sostanziali e procedurali lo stesso accesso a tali forme di flessibilità, in deroga alla normativa utilizzata nel settore privato (cioè quella sino ad ora valida per il p.i.).

3. L'anomala flessibilità: tra fonti privatistiche, ragioni dell'organizzazione e di contenimento della spesa.

Lo scenario appena descritto circa la "manutenzione" legislativa della riforma del pubblico impiego successiva al decennio 1992/2002, se si fa salvo l'organico intervento in materia di dirigenza pubblica di cui alla l. n. 145/2002⁽⁵⁰⁵⁾, conduce in modo evidente ad una complessiva anche se disarmonica limitazione della flessibilità del lavoro nelle p.a.: sia con riguardo ai meccanismi di accesso e dunque alle flessibilità contrattuali; sia con riguardo alle flessibilità gestionali nell'ambito del rapporto di lavoro; sia, infine – ma ciò non rappresenta una novità per il settore pubblico – con riguardo alle flessibilità in uscita.

L'incongruenza è evidente appena si rifletta sul fatto che gli interventi del legislatore impattano in maniera forte con uno degli strumenti della "privatizzazione" ⁽⁵⁰⁶⁾ – gli istituti della «flessibilità» –, per i quali la riforma del p.i. non ha scelto di predisporre una disciplina privatistica speciale, ma ha rinviato integralmente alle regole presenti e future proprie del lavoro nell'impresa e alla loro implementazione da parte della contrattazione collettiva. Anzi, proprio l'iniezione sempre più consistente di flessibilità nella gestione del personale, con il rafforzamento della determinazione negoziale della dirigenza e dei poteri di conformazione della prestazione, costituisce in termini di recupero di efficienza e di contenimento del costo del lavoro pubblico, uno degli obiettivi della privatizzazione⁽⁵⁰⁷⁾ [cfr. la lettera c) dell'art. 1, c. 1 d.lgs. n. 165/2001 («realizzare la migliore utilizzazione delle risorse umane...curando la formazione e lo sviluppo professionale dei dipendenti...applicando condizioni uniformi rispetto a quelle del lavoro privato») in relazione agli obiettivi indicati dalle precedenti lettere a) e b) («accrescere l'efficienza»; «razionalizzare il costo del lavoro»)].

In questa direzione, la disciplina dell'art. 36 d.lgs. n. 165/2001, nel rendere accessibili alle p.a. datrici di lavoro le forme contrattuali flessibili praticate nel privato⁽⁵⁰⁸⁾, rappresenta una manifestazione della necessità di far avanzare il processo di confluenza tra discipline, salvaguardando, nel contempo, le specificità essenziali, spesso di derivazione costituzionale, che il lavoro pubblico

dunque ritenere che i limiti normativi di accesso al lavoro autonomo (in particolare gli artt. 7 del d.lgs. n. 165/2001 e 1, commi 11 e 42 della l. n. 311/2004) riguardino solo la materia degli incarichi e delle consulenze.

⁽⁵⁰⁵⁾ Sul quale v. da ultimo BOSCATI, *Il Dirigente dello Stato*, Milano, Giuffrè, 2006 ed *ivi* ampi riferimenti bibliografici

⁽⁵⁰⁶⁾ Cfr. D'ANTONA, *Part time e secondo lavoro dei pubblici dipendenti*, in *GDA*, 1997, 123.

⁽⁵⁰⁷⁾ D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassanini»*, in *LPA*, 1998, 57 e ora in *ID.*, *Opere*, vol. IV, *Scritti sul pubblico impiego e sulla pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2000, 255; DELL'OLIO, *Istituti di flessibilità: tempo parziale, tempo determinato, mansioni*, in De Martin (a cura di), *Il nuovo assetto del lavoro pubblico*, Milano, Angeli, 1999, 71; G. SANTORO PASSARELLI, *Flessibilità e rapporti di lavoro*, in *ID* (a cura di), *Flessibilità e diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 1997, 3.

⁽⁵⁰⁸⁾ Per un quadro delle forme contrattuali introdotte cfr. FIORILLO, *Flessibilità e lavoro pubblico, Le forme contrattuali*, Torino, Giappichelli, 2003.

ha conservato anche dopo l'avvenuta sottoposizione del rapporto alle regole del diritto privato⁽⁵⁰⁹⁾.

È vero, dunque, che il legislatore, nel decidere un'esplicita estensione alle pubbliche amministrazioni delle chances gestionali offerte nel settore privato, ha fissato nel contempo vincoli rigorosi sotto il profilo sia del rispetto del principio della selezione pubblica (cfr. art. 35 d.lgs. n. 165/2001), sia « sotto quello della (almeno parziale) "immunizzazione" delle stesse amministrazioni dalle conseguenze derivanti dal cattivo uso della risorsa contrattuale flessibile»⁽⁵¹⁰⁾, sottraendo le p.a. all'applicazione della regola civilistica della conversione del contratto di lavoro flessibile, in rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato (cfr. l'art. 36, c. 2 d.lgs. n. 165/2001, ma pure l'art. 86, c. 9 d.lgs. n. 276/2003 ove si estende la disciplina della somministrazione a termine alle p.a., ma senza la sanzione della conversione di cui all'art. 27, c. 1)⁽⁵¹¹⁾.

È anche vero, però, che le amministrazioni hanno bisogno delle flessibilità del rapporto di lavoro, nel tradizionale prisma delle fasi di ingresso, gestionale e di uscita. Privare gli enti delle forme contrattuali flessibili, e più in generale della medesima disciplina applicabile ai rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, «preclude alle pubbliche amministrazioni di operare con gli stessi modelli organizzativi, benché le esigenze di «efficienza», di «funzionalità» e di «ampia flessibilità» siano parimenti largamente sentite dalle amministrazioni ed anzi costituiscano veri e propri obiettivi che il legislatore ha loro posto ed ai quali esse devono ispirare la loro organizzazione»⁽⁵¹²⁾. Si potrebbe dire, di più, che questi spazi di flessibilità a tutto campo servono soprattutto alle amministrazioni che, slegate dalla tradizionale organizzazione determinata da un più stretto collegamento con gli organi politici e la loro attività (es. Ministeri, Enti territoriali), devono adattare continuamente le proprie organizzazioni, e così quella del lavoro, al mercato (globale) dei servizi, necessariamente ispirato ai modelli flessibili dell'impresa e alla sua capacità di rapido adattamento alle esigenze dei vari stakeholders (es. Università, Sanità, Scuola, Enti di ricerca).

Ecco perché, almeno dal punto di vista progettuale, l'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 sapeva coniugare bene questa esigenza: da un lato con i principi fondanti dell'accesso all'impiego; dall'altro, con una fondamentale parità di condizioni tra pubbliche amministrazioni e datori di lavoro privati rispetto agli strumenti della flessibilità, nel filtro determinato, sul piano delle fonti, dall'autonomia collettiva⁽⁵¹³⁾.

⁽⁵⁰⁹⁾ CARABELLI, *Lavoro flessibile e interessi pubblici differenziati nell'attività delle pubbliche amministrazioni*, Introduzione a *Flessibilità e piccoli comuni*, in www.flessibilitaelavoropubblico.it.

⁽⁵¹⁰⁾ ID., op. ult. cit.

⁽⁵¹¹⁾ Come noto la Corte Costituzionale ha sottoscritto la legittimità costituzionale di tale diversità di discipline, muovendo proprio dall'art. 97 Cost. come norma che, nel porre il principio del concorso a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento della p.a., impedisce una piena e totale assimilazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni a quello svolto alle dipendenze di datori di lavoro privati, soprattutto in riferimento al momento genetico del rapporto: cfr. Corte cost., 27 marzo 2003, n. 89, in *LPA*, 2003, 355, con nota di Greco e in *FI*, 2003, I, 2258.

⁽⁵¹²⁾ ZOLI, *Commento all'art. 1*, cit., 8

⁽⁵¹³⁾ Resta invece solo sullo sfondo il piano della tutela del dipendente, il quale, come noto, potrà al massimo aspirare, in caso di violazione delle norme, al risarcimento del danno ex art. 36, c. 2 d.lgs. n. 165/2001, ferme le diverse responsabilità amministrative, penali e disciplinari a carico dei dirigenti: cfr. per una rassegna dottrinale e giurisprudenziale sul punto BATTISTI, *Le tipologie flessibili*, in Amoroso, Di Cerbo, Fiorillo e Maresca (a cura di), *Il Diritto del Lavoro*, III, *Il Lavoro pubblico*, Milano, Giuffrè, 2004, 336 e ss.

Tuttavia molto è cambiato rispetto all'adozione di questo modello, ed il cambiamento si deve, in definitiva, alla rivalutazione di una vecchia, confusa e forse culturalmente errata presupposizione: quella per cui la flessibilità nel pubblico impiego, pur pensata quale ordinaria forma di gestione al fine di raggiungere l'obiettivo dell'efficienza delle p.a. nella soddisfazione di esigenze anche impreviste e non programmabili, è comunque destinata a produrre forme di precariato che, diversamente dal privato, saranno prima o poi consacrate alla stabilizzazione, con conseguente destabilizzazione degli equilibri finanziari dei vari enti.

Gli istituti della flessibilità si pongono dunque, al di là della regola del divieto di conversione, in termini di perdurante anomalia rispetto al settore privato.

Carlo D'Orta, dal suo osservatorio privilegiato, ebbe a suo tempo ad individuare un primo fondamentale ostacolo rispetto all'attuazione pratica delle forme flessibili di assunzione e di impiego del personale⁽⁵¹⁴⁾. Oltre all'impreparazione delle amministrazioni, spesso lente ad adottare nuovi moduli organizzativi; oltre al timore di parte sindacale che l'introduzione delle flessibilità avvenga a senso unico per creare risparmi di spesa, con mera sostituzione di quote di lavoro stabile con quote di lavoro precario; oltre a ciò, la principale ragione di difficoltà nell'affermazione del nuovo risiede in una mancata riflessione sul legame che deve intercorrere tra flessibilità delle funzioni e dell'organizzazione da un lato e flessibilità del lavoro dall'altro. La flessibilità delle funzioni è un prius logico cui adattare la flessibilità dell'organizzazione del lavoro, sicché la flessibilità del lavoro ha ragione di esistere solo rispetto a funzioni che, dal punto di vista normativo e tecnico, mutano o sono soggette a continua evoluzione⁽⁵¹⁵⁾.

A questa stimolante riflessione, non estranea, a ben vedere, anche al lavoro nel settore privato circa le "ragioni" e le "strategie" di accesso alle flessibilità⁽⁵¹⁶⁾, il legislatore e la contrattazione collettiva hanno dato una risposta estremamente parziale, riproducendo, in sostanza, i termini dell'anomalia. Come visto, gli interventi normativi hanno tutti perseguito l'obiettivo non di promuovere le flessibilità contrattuali e gestionali in chiave organizzativa, ma di limitare comunque l'uso di questi strumenti, salve le ipotesi in cui essi consentono un diretto ed immediato contenimento della spesa.

Paradigmatico è il caso del part time. I contratti di lavoro a tempo parziale sono ancora oggi una delle forme contrattuali alternative al contratto di lavoro standard di più antica e consolidata diffusione nelle pubbliche amministrazioni. Tuttavia la normativa del settore privato è stata qui introdotta con correttivi (specie per effetto della l. n. 662/1996) che hanno determinato una certa

⁽⁵¹⁴⁾ D'ORTA, *Introduzione ad un ragionamento sulla flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in LPA, 2000, 515 e ss.

⁽⁵¹⁵⁾ D'ORTA, *op. cit.*, 527. In questa logica virtuosa, secondo l'A., l'introduzione della flessibilità del lavoro può creare «occupazione aggiuntiva», in quanto lo strumento «non esclude, ove il flusso della funzione servita si stabilizzi, anche la stabilizzazione di rapporti di lavoro costituiti originariamente come precari ma, al contempo, evita che si verifichino irrazionali rigonfiamenti nell'organico permanente di un ente».

⁽⁵¹⁶⁾ Cfr. ad es., nella vasta letteratura di taglio economico sul tema, SPYROS ARVANITIS, *Modes of labor flexibility at firm level: Are there any implications for performance and innovation? Evidence for the Swiss economy*, in *Industrial and Corporate Change*, Vol. 14, 6, 993-1016; ANTONELLI, *Flessibilità e nuova economia reale*, in *C.i.do.s.pe.l.* (a cura di), *Flessibilità e lavoro*, Milano, Angeli, 2003; BADESCU, NOSVELLI, PAINI, PINI, *Contrattazione aziendale, premi variabili e flessibilità negoziale*, in Pini (a cura di), *Innovazione, relazioni industriali e risultati d'impresa. Un'analisi per il sistema industriale di Reggio Emilia*, Milano, Angeli, 2004. Per una recente riflessione in ambito giuslavoristico, ZAPPALÀ, *Tra diritto ed economia: obiettivi e tecniche della regolazione sociale dei contratti di lavoro a termine*, in RGL, 2006, 171 e ss.

rigidità di utilizzo dell'istituto⁽⁵¹⁷⁾, con riguardo soprattutto all'introduzione di un obbligo per la p.a. di accettare le richieste di trasformazione del rapporto provenienti dai dipendenti, qui incentivati dalla possibile deroga, con l'orario ridotto, al regime delle incompatibilità. Il part-time risulta quindi introdotto con un anomalo processo bottom-up: viene cioè subito dall'amministrazione che deve trovare soluzioni organizzative per fare fronte alle richieste di trasformazione da parte dei lavoratori. Sotto questo profilo si è osservato come i contratti collettivi della tornata 1998/2001 risultino «sin troppo rispettosi» dell'assetto legislativo⁽⁵¹⁸⁾, anche se emerge dai testi negoziali il disagio dell'automaticità della disciplina, con vistosa compressione dell'interesse organizzativo e gestionale delle p.a.

Non solo. Ma rispetto al cuore della disciplina del d.lgs. n. 276/2003, caratterizzata dalle regole "flessibilizzanti" in materia di clausole elastiche e flessibili, lavoro supplementare e lavoro straordinario, il pubblico impiego aveva già inviato segnali di natura contrapposta, espressi in sede di contrattazione collettiva. I contratti di comparto hanno infatti assunto sotto questo profilo una linea restrittiva rispetto al quadro legale, mancando sostanzialmente di dare attuazione proprio alle regole già presenti nel d.lgs. n. 61/2000 che consentono una maggiore flessibilità della tipologia da parte del datore di lavoro (clausole elastiche) ed attuando solo in parte, ed in via più favorevole per il lavoratore, il dettato legislativo sul lavoro straordinario e supplementare.

D'altra parte, e infine, nonostante questa normativa di particolare favore per i lavoratori a scapito delle esigenze dell'organizzazione, il part time non ha avuto quella diffusione che veniva auspicata ai fini della riduzione del costo del lavoro⁽⁵¹⁹⁾, anche sotto il profilo del controllo del fenomeno del doppio lavoro occulto⁽⁵²⁰⁾; così come non hanno, al momento, trovato spazio altre forme di flessibilità giocate sul tempo di lavoro (es. orario multiperiodale).

4. L'art. 4 della l. n. 80/2006 e i nuovi limiti alla stipulazione dei contratti flessibili: a) i limiti nelle procedure concorsuali.

In questa dimensione altra, o diversa, della flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni si inserisce coerentemente la norma dell'art. 4 della l. n. 80/2006. Ispirata al mero principio del controllo della spesa, essa viene a predisporre una serie di vincoli formali e sostanziali alla stipulazione dei contratti atipici, ponendoli, di fatto, in parallelo alle limitazioni generali già operate in materia di assunzioni: come a dire che l'amministrazione deve possibilmente non assumere, o assumere sotto stretta vigilanza, qualunque sia la forma giuridica del reclutamento.

Le ragioni del contenimento della spesa caratterizzano perciò in modo esclusivo la norma da cui prendono spunto queste considerazioni e la cartina di tornasole sta nel testo non convertito del

⁽⁵¹⁷⁾ SANTUCCI, *Contrattazione collettiva e lavori flessibili nelle pubbliche amministrazioni*, in *DRI*, 2003, 104; MISCIONE, *Il tempo parziale generalizzato nelle pubbliche amministrazioni*, in Brollo (a cura di), *Il lavoro a tempo parziale*, Milano, Ipsoa, 2001, 232.

⁽⁵¹⁸⁾ SANTUCCI, *op. cit.*, 104.

⁽⁵¹⁹⁾ I dati più recenti ricavabili dal Conto Annuale della Ragioneria Generale dello Stato relativo all'anno 2004 indicano, per quanto riguarda il personale delle p.a. in *part time* e l'incidenza sul totale dei lavoratori impiegati, un debole trend di crescita su percentuali davvero basse di utilizzo: 125.583 nel 2002 (3,7%); 136.201 nel 2003 (4,1%); 143.881 nel 2004 (4,3%). Lo stesso può dirsi per il personale a tempo determinato e con contratto di formazione e lavoro: 91.391 nel 2002 (2,7%); 102.863 nel 2003 (3,1%); 115.860 nel 2004 (3,4%), mentre una migliore crescita, ma su percentuali comunque assai basse di utilizzo si ha per il lavoro interinale: 5.482 nel 2002; 6.128 nel 2003; 7.310 nel 2004.

⁽⁵²⁰⁾ Cfr. ALAIMO e NICOSIA, *Il lavoro part time*, in *Dossier di Labour Web*, n. 4, 2000, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/dossier.htm.

d.l. n. 4/2006, tutto dedito, con ben più ampia capacità di controllo finanziario, nel monitorare e nel porre limiti a comandi, distacchi, fuori ruolo, situazioni di soprannumerarietà, co.co.co., eccedenze di personale ai fini della mobilità, collocamento obbligatorio ai sensi della l. n. 68/1999, ecc. L'art. 4 si pone addirittura in controtendenza rispetto alle recenti Leggi Finanziarie, laddove, come visto, alle limitazioni quantitative e procedurali poste per le assunzioni a tempo indeterminato corrispondeva una esenzione dai limiti appunto per la stipulazione dei contratti a termine.

L'azione ora predisposta tocca principalmente la flessibilità in entrata, attraverso un ennesimo doppio ritocco alle norme del d.lgs. n. 165/2001.

Il primo riguarda la norma generale sul reclutamento dell'art. 35, al quale viene aggiunto un comma 4-bis, il quale prevede, per le amministrazioni dello Stato "allargato", l'estensione delle prescrizioni già previste per l'avvio delle procedure concorsuali di assunzione a tempo indeterminato anche per le procedure di reclutamento di personale con contratto a termine, inclusi i contratti di formazione e lavoro, quando esse riguardino contingenti di personale superiori alle cinque unità. In particolare viene estesa la previsione, introdotta dall'art. 1, c. 104, della l. n. 311/2004 nel corpo del 4° comma dell'art. 35, per cui l'avvio della procedura concorsuale è subordinata all'emanazione di un apposito decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottato su proposta del Ministro per la Funzione pubblica di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze.

È noto che il ricorso alle tipologie flessibili di lavoro ai sensi dell'art. 36 non pone una deroga al principio del concorso pubblico per l'accesso⁽⁵²¹⁾; ma, a fronte della rigidità del principio, il recupero di flessibilità per le amministrazioni avviene sul piano dell'accelerazione e snellimento delle procedure selettive di cui all'art. 35, commi 1 e 3 del d.lgs. n. 165/2001⁽⁵²²⁾. Modalità selettive semplificate dunque, appunto per contratti a termine e di formazione e lavoro, che, insieme alla possibilità di attingere nel tempo da graduatorie già definite di personale per impiego a tempo determinato, consentono di fatto alle amministrazioni di fare fronte alla copertura di posizioni di lavoro contraddistinte dalla temporaneità dell'esigenza e comunque al momento precluse ad altre forme di accesso in pianta stabile.

L'obbligo per le amministrazioni dello Stato di sottoporre ad autorizzazione l'avvio delle procedure per assunzioni a termine comprime anche tale residua flessibilità ricavata all'interno del meccanismo concorsuale. È chiaro, infatti, che l'innesto di un momento autorizzatorio non può conciliarsi con la necessaria tempestività di esecuzione di procedure che devono rispondere ad esigenze caratterizzate se non proprio dall'urgenza, quanto meno dalla temporaneità di utilizzo del lavoratore. Ci si deve chiedere cioè come potrà un Ministero o un Ente di ricerca fronteggiare in modo efficace l'esigenza "sostitutiva" di lavoratori in malattia o in maternità, dovendo seguire un iter procedurale che, nel migliore dei casi, porterà l'amministrazione a selezionare la risorsa al momento del rientro del lavoratore sostituito.

⁽⁵²¹⁾ Cfr. LUCIANI, *Selezione del personale e contratto di lavoro pubblico e privato*, Napoli, Jovene, 2002, 123; PALLADINI, *Formazione e lavoro*, in *Il Diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Commentario diretto da F. Carinci e L. Zoppoli, Torino, Utet, 2004, 579-580.

⁽⁵²²⁾ In sede di contrattazione collettiva viene legittimato l'utilizzo di «procedure semplificate» ad esempio per la selezione di candidati destinatari dei contratti di formazione e lavoro (cr. Art. 21, c. 3 Ccnl Ministeri; art. 33, c. 3 Ccnl Sanità; art. 3, c. 3 Ccnl Regioni ed autonomie locali).

Inoltre, sempre alla lettera della norma del comma 4-bis, la verifica che porta all'autorizzazione da parte della Presidenza del Consiglio tiene conto non solo degli aspetti finanziari, ma anche «dei criteri previsti dall'art. 36», cioè, come subito si vedrà, di una precisa (pre)valutazione, posta in capo all'amministrazione che richiede la procedura, circa la natura dell'esigenza e l'impossibilità di ricorrere ad altre e diverse soluzioni di tipo organizzativo o contrattuale. Con buona pace dei managerial rights che avrebbero dovuto caratterizzare il nuovo modo di gestire le risorse umane nella p.a., si innesta un controllo di merito esterno, burocratico, centralistico e necessariamente meccanico circa le scelte gestionali ed organizzative, secondo un approccio che si colloca ormai a distanza siderale dalle logiche e dai modelli efficientistici propri dell'impresa privata.

5. Segue. b) I limiti motivazionali.

Il secondo ritocco al decreto legislativo n. 165/2001 da parte dell'art. 4 della l. n. 80/2006, riguarda direttamente la norma sulle «Forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale» di cui al più volte citato articolo 36.

Si introduce infatti un comma 1-bis, a norma del quale «Le amministrazioni possono attivare i contratti di cui al comma 1 solo per esigenze temporanee ed eccezionali e previo esperimento di procedure inerenti assegnazione di personale anche temporanea, nonché previa valutazione circa l'opportunità di attivazione di contratti con le agenzie di cui all'articolo 4, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, per la somministrazione a tempo determinato di personale, ovvero di esternalizzazione e appalto dei servizi».

Salta subito all'occhio l'ampiezza della nuova disposizione e la portata davvero generale dei vincoli posti in capo alle amministrazioni.

Essa riguarda infatti, con il rinvio ai contratti del 1° comma dell'art. 36, tutte le forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale «previste dal codice civile e dalle leggi sul lavoro subordinato nell'impresa», e dunque non solo le flessibilità in entrata, ma anche quelle di «impiego» dei lavoratori nell'ambito del rapporto di lavoro. Questo rilievo testuale, da un lato manda segnali preoccupanti circa la composizione tecnica della norma, perché, ad esempio, il rinvio al comma 1 riguarda anche i contratti di lavoro temporaneo di cui alla l. n. 196/1997, il cui utilizzo dovrebbe, secondo la norma, essere preceduto da una valutazione circa l'opportunità del ricorso alla somministrazione di lavoro tramite agenzia (sic!). Dall'altro lato, il rinvio così ampio induce una lettura restrittiva dell'elencazione dei tipi contrattuali di cui al primo comma dell'art. 36, laddove invece, fino a questo momento, proprio per allargare il panorama delle flessibilità, si era data a quell'elenco di norme, ora legislativamente superate, una interpretazione non tassativa⁽⁵²³⁾. La questione interessa in particolare il lavoro part time, appunto non ricompreso, quanto a rinvio legislativo, nell'elenco dell'art. 36, c. 1; sicché gli oneri di cui al nuovo comma 1-bis possono riguardare, in definitiva – esclusi con correttivo logico i contratti di somministrazione e con correttivo di ratio legislativa (il contenimento della spesa) i contratti a tempo parziale –, contratti a tempo determinato, contratti di formazione e lavoro e altri rapporti formativi.

Quanto, poi, all'ambito di applicazione "soggettivo", l'ampiezza del precetto viene confermata da un successivo comma 1-bis.1. (con stravagante sottoparagrafazione del comma che precede), a

⁽⁵²³⁾ Cfr. PROIA, *Forme di impiego flessibile nel lavoro pubblico*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, Milano, Ipsoa, 1998, 1722.

norma del quale «le disposizioni di cui al comma 1-bis costituiscono norme di principio per l'utilizzo delle forme contrattuali flessibili negli enti locali». Ciò significa, una estensione diretta dell'obbligo a tutte le amministrazioni anche non statali (es. amministrazioni del SSN), mentre per gli enti locali (Province, Comuni, Camere di commercio, ecc.) la norma, o è direttamente applicabile, oppure diviene vincolo "di principio" per una diversa regolamentazione statutaria o regolamentare della materia da parte degli enti: i "principi" affermati, che rendono imperativo il disposto di legge, sono quelli della restrizione della casistica di possibile ricorso alle flessibilità sotto il profilo causale e, in via subordinata, della ricerca di alternative praticabili nell'universo delle c.d. "esternalizzazioni".

L'obiettivo di disincentivare il ricorso alle flessibilità in entrata, già perseguito, come visto, per le Amministrazioni dello Stato, con il meccanismo autorizzatorio delle procedure di concorso, viene qui in primo luogo realizzato, per tutte le amministrazioni, attraverso una precisa delimitazione delle causali giustificative.

Si diceva, in apertura, della sempre più ricorrente deviazione del diritto del lavoro per le p.a. da quello affermato nel settore dell'impresa. Il diritto privato "parallelo" si manifesta ora attraverso una riproposizione forte, ed indefinita, del requisito di specialità sui contratti a termine, laddove, invece, il trend delle flessibilità contrattuali del settore privato (tempo determinato, ma anche somministrazione) è quello della liberalizzazione della causale giustificativa, non predeterminata dal legislatore o dalla contrattazione collettiva, con l'unica determinante appartenenza alle esigenze oggettive di ordine aziendale (art. 1, c. 1 d.lgs. n. 368/2001), insindacabili nel merito da parte del giudice e corrispondenti anche ad esigenze ordinarie dell'impresa (cfr. art. 20, c. 4 e 27, c. 3 d.lgs. n. 276/2003)⁽⁵²⁴⁾.

Nel richiedere che le esigenze utili a giustificare il ricorso ai contratti a tempo determinato debbano essere «solo» quelle «temporanee ed eccezionali», l'art. 4 della l. n. 80/2006, non solo pone una deroga al d.lgs. n. 368/2001, come noto interamente applicabile alle pubbliche amministrazioni, seppure con adattamenti interpretativi⁽⁵²⁵⁾ e fatta salva la sanzione della conversione del contratto; ma individua una disciplina più restrittiva, quanto al profilo causale, rispetto alla stessa vecchia legge n. 230/1962 e alle discipline recate dalla contrattazione collettiva ai sensi dell'art. 23 della l. n. 56/1987.

Inoltre, ed appunto, mentre le leggi del 1962 e del 1987 individuavano, attraverso le casistiche legali ed il rinvio a quelle contrattuali, precisi parametri per stabilire la temporaneità e/o l'eccezionalità dell'esigenza, la norma dell'art. 4 della legge 80 consegna invece all'interprete l'indagine circa "cosa" è da ritenersi "temporaneo" ed "eccezionale", visto che la congiunzione suggerisce la necessità cumulativa e non alternativa dei requisiti.

È evidente che l'eccezionalità e la temporaneità, in mancanza di ulteriori indicazioni, debbano essere valutate caso per caso, potendo ricondurre a queste caratteristiche situazioni che traggono la loro origine da vicende legate al lavoratore (ed es. assenze per maternità, per aspettative

⁽⁵²⁴⁾ Cfr. CARINCI M.T., *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Padova, Cedam, 2006, 71 e ss.

⁽⁵²⁵⁾ FIORILLO, *Flessibilità e lavoro pubblico*, cit., 29 e ss.; POTI, *Contratti a termine e lavoro pubblico: riflessioni a margine del d.lgs. n. 368/2001*, in *LPA*, 2001, 785 e ss.; DE ANGELIS, *Il contratto a termine con le pubbliche amministrazioni: aspetti peculiari*, in *D&L*, 2002, 45 e ss.; VOLTATTORNI, *La riforma del contratto a termine nel pubblico impiego*, in *LPA*, 2002, 365 e ss.; VINCENTI, *Le assunzioni a tempo determinato*, in Amoroso, Di Cerbo, Fiorillo e Maresca (a cura di), *Il Diritto del Lavoro*, III, *Il Lavoro pubblico*, Milano, Giuffrè, 2004, 360

giuridicamente qualificate quali mandato parlamentare, dottorato di ricerca ecc., lunghi periodi di malattia), o ad esigenze di tipo organizzativo (sperimentazione di nuovi servizi/attività richiesti dalla legge, inaspettato innalzamento dei carichi di lavoro) a questo punto mai legate ad esigenze in qualche modo “fisiologiche”, dal punto di vista qualitativo e quantitativo dell’organizzazione. Viene cioè a mente il consolidato orientamento dei giudici circa il requisito della «straordinarietà» od «occasionalità» dell’art. 1, lett. c) della legge n. 230/1962, il quale caratterizzava quelle opere o servizi che «pur potendo consistere in un’attività qualitativamente identica a quella normale esercitata dall’impresa, ne determinano un assai rilevante incremento non affrontabile da una sia pur funzionale ed efficiente organizzazione produttiva, il che può riconoscersi solo in dipendenza di eventi che a loro volta siano straordinari od occasionali e che cioè siano di carattere isolato e quindi eccezionale e di per sé non ripetibile negli stessi tempi e nelle stesse modalità»⁽⁵²⁶⁾.

Non solo, ma rispetto al contratto di formazione e lavoro, non si comprende come, se non stravolgendo completamente la ratio dell’istituto⁽⁵²⁷⁾, i requisiti della temporaneità ed eccezionalità dell’esigenza possano conciliarsi con le tipologie di cfl previste dalla legge e recepite dai Ccnl del pubblico impiego nelle c.d. code contrattuali 1998/2001, vale a dire quella finalizzata all’acquisizione di professionalità elevate e quella diretta ad agevolare l’inserimento professionale mediante una esperienza lavorativa che consenta un adeguamento delle capacità lavorative al contesto organizzativo.

È stato dunque riesumato, ed esasperato, un impianto di vincolatività delle ipotesi legali, ridotte di numero, che retrocede il contratto a termine e di formazione e lavoro ad una ipotesi di assoluta eccezione rispetto alla regola del contratto a tempo indeterminato, ponendosi la norma in netta antitesi rispetto alla lettera e alla ratio dell’art. 36, c. 1 del d.lgs. n. 165/2001 e dei suoi rinvii legislativi.

Al di là di una improbabile tenuta di questa silenziosa “controriforma” sul piano della compatibilità con il diritto comunitario, e, come si dirà, sullo stesso piano costituzionale, essa condiziona per l’immediato, come ovvio, anche e soprattutto l’autonomia collettiva. Uno dei caratteri fondamentali delle flessibilità nel settore pubblico era infatti costituito dal ruolo della contrattazione collettiva, chiamata a disciplinare, come fonte privilegiata, l’operazione di innesto della normativa legale privatistica. Pur nel rinvio forte dell’art. 36, c. 1, i contratti collettivi, che già hanno individuato causali di intervento del contratto a termine (e di formazione e lavoro) ⁽⁵²⁸⁾, non possono oggi prevedere ipotesi prive della combinazione dei due requisiti della temporaneità ed eccezionalità, con sopravvenuta illegittimità per contrasto a norma imperativa di legge delle causali ad essi non riconducibili⁽⁵²⁹⁾.

Da un lato, questo vulnus alle prerogative della contrattazione potrebbe avallare certe latenti

⁽⁵²⁶⁾ Cass., s.u., 29 settembre 1983, nn. 5740 e 5741, in *FI*, 1983, I, 2377, con nota di MAZZOTTA e in *GC*, 1983, I, 2870, con nota di PERA, *Gravi limiti al contratto di lavoro a termine*.

⁽⁵²⁷⁾ Si ricorda che, in forza dell’art. 86, c. 9 del d.lgs. n. 276/2003, la disciplina dei contratti di formazione e lavoro continua a trovare applicazione per il solo pubblico impiego.

⁽⁵²⁸⁾ La dottrina, seppur non unanimemente, considera ultrattive le clausole dei Ccnl stipulati prima del d.lgs. n. 368/2001, fra l’altro come detto integralmente confermati, *in parte qua*, dai contratti collettivi successivi. Per i termini del dibattito sull’ultrattività della casistica contrattuale dopo il d.lgs. n. 368/2001, v. FIORILLO, *op. cit.*, 30 e ss. ed *ivi* i rinvii ad altri Autori.

⁽⁵²⁹⁾ Ci si potrebbe interrogare ad esempio circa la sopravvivenza della causale di ricorso al tempo determinato «per lo svolgimento di attività stagionali», prevista da tutti i contratti collettivi di comparto (cfr. ad es. art. 7 Ccnl Regioni ed Autonomie locali del 14.9.2000).

resistenze sindacali all'introduzione dei contratti flessibili; dall'altro lato, però, in una più ampia prospettiva di tutela degli spazi consegnati all'autonomia collettiva nelle pubbliche amministrazioni, la vicenda sollecita il ricorso, da parte dei contratti, al meccanismo di deroga di cui all'art. 2, c. 2 del d.lgs. n. 165/2001, essendovi tutte le condizioni tecniche previste dalla norma (normativa riferita solo ai dipendenti pubblici, che si occupa del lavoro, senza riserve di "inderogabilità" successiva da parte dei contratti collettivi), per una (ri)appropriazione della materia da parte della fonte contrattuale.

6. Segue. Le flessibilità contrattuali come *extrema ratio*. Una promozione per l'*outsourcing* nelle p.a. e qualche problema di costituzionalità.

Ai vincoli causali la norma associa, infine, vincoli di procedura del tutto inediti, che si cumulano a quelli già previsti dalla legge e dalla contrattazione collettiva⁽⁵³⁰⁾, collocandosi, però, a monte dell'espletamento delle procedure concorsuali di assunzione e comunque della stipulazione del contratto di lavoro.

Il ricorso alle flessibilità deve infatti essere preceduto da «procedure» di assegnazione anche temporanea di personale e da una «valutazione» circa l'opportunità di attivare contratti di somministrazione, di esternalizzazione e appalto di servizi, sì da qualificare il ricorso alle flessibilità contrattuali diverse dalla somministrazione, per la consequenzialità del processo, come reale *extrema ratio* riguardo alle esigenze delle amministrazioni interessate.

Una riflessione, lasciando a dopo qualche profilo tecnico, può riguardare i motivi per i quali è stato introdotto questo onere procedurale.

Verrebbe da pensare, con qualche malizia, vista l'inaspettata promozione della somministrazione di lavoro nelle pubbliche amministrazioni rispetto ad istituti sino ad ora del tutto sottoutilizzati⁽⁵³¹⁾, ad una ben riuscita operazione da parte delle lobbies del lavoro temporaneo tramite agenzia. Tuttavia l'interprete deve limitarsi al dato esegetico e sistematico, dal quale emerge una immediata incoerenza interna della norma dal punto di vista, appunto, teleologico.

Se l'«esternalizzazione», che qui dobbiamo intendere come «trasferimento di attività ad altri soggetti pubblici e privati» ai sensi dell'art. 31 del d.lgs. n. 165/2001⁽⁵³²⁾, determina senz'altro un contenimento dei costi, ed anzi una possibile entrata finanziaria o una economia, determinati dalla cessione a terzi della funzione o del servizio, con relativo passaggio del personale addetto ai sensi dell'art. 2112 c.c.; se è vero questo, non altrettanto può dirsi per la somministrazione di manodopera tramite agenzia o per l'appalto di servizi, i quali, come noto, determinano costi maggiori per la p.a. rispetto all'utilizzo delle flessibilità contrattuali: la prima per il necessario ricavo dell'agenzia somministratrice da imputare al costo complessivo dell'utilizzo, ed entrambi per gli

⁽⁵³⁰⁾ Ad esempio con la previsione di procedure di concertazione sindacale per l'individuazione dei fabbisogni di personale da assumere con contratto a tempo determinato (cfr. art. 7, c. 2 Ccnl Regioni ed autonomie locali 14.9.2000).

⁽⁵³¹⁾ V. i dati riportati alla precedente nota 40.

⁽⁵³²⁾ Sul quale ci si permette di rinviare a MAINARDI e CASALE, *Trasferimento di attività della pubblica amministrazione e passaggi di personale*, in QDLRI, *Il trasferimento di azienda*, Torino, Utet, 2004 ed *ivi* ad ulteriori riferimenti bibliografici.

oneri del procedimento ad evidenza pubblica (gara) in ogni caso necessario alla p.a. nel dare corso a tali forme di outsourcing.

L'unica spiegazione potrebbe risiedere nel fatto che i costi della somministrazione e, ovviamente, dell'appalto di servizi, non vengono normalmente imputati ai costi per il personale⁽⁵³³⁾, ma a diversi capitoli di bilancio, quali, ad esempio, le forniture di beni o servizi. Ciò alleggerisce senz'altro i vari fondi di amministrazione destinati al personale e alle flessibilità contrattuali, ma, con evidenza, non determina affatto un risparmio diretto, in senso complessivo, per l'ente o amministrazione interessati.

Al di là di una incrinatura nella ratio di spesa che ha ispirato l'intero nuovo precetto e tra questo e le stesse norme della legge delega n. 421/1992 [(art. 2, c. 1: «...emanare decreti legislativi...diretti al contenimento, alla razionalizzazione e al controllo della spesa per il settore del pubblico impiego...») e del d.lgs. n. 165/2001 (art. 1, c. 1, lett. b): «razionalizzare il costo del lavoro pubblico, contenendo la spesa complessiva per il personale...»)], mi paiono emergere almeno due possibili profili di incostituzionalità della norma. Il primo, in relazione al principio di buon andamento ex art. 97, c. 1 Cost., consiste nell'irrazionale e non contingente imposizione ex lege alle amministrazioni di taluni modelli contrattuali in luogo di altri, in un ambito nel quale la p.a. opera «con i poteri e le capacità del privato datore di lavoro» e dunque con la relativa discrezionalità; il secondo, sempre in relazione al principio di buon andamento e ad altri principi di difesa dell'autonomia finanziaria e di spesa delle amministrazioni (art. 119, c. 1 Cost.), per l'imposizione di procedure e di valutazioni preventive all'accesso ad alcuni strumenti contrattuali che determinano, di per sé, un'incidenza sull'efficienza/efficacia e sulla spesa. Addirittura, per la esternalizzazione, si tratta di avviare valutazioni macro da parte delle p.a., che toccano processi strategici nell'organizzazione, quali sono quelli riguardanti la scelta di dismettere, cedere, o affidare ad altri soggetti la realizzazione di determinate attività o di parte di esse.

Si potrebbe sostenere, correttamente, che la somministrazione può determinare risparmi indiretti dal punto di vista organizzativo e gestionale; ma questo giustificherebbe senz'altro la promozione della somministrazione se non si fosse posta un'alternativa tra tipologie contrattuali – contratto a termine da una parte e somministrazione dall'altra – che possiedono, nella sostanza, la medesima struttura causale dal punto di vista delle ragioni che consentono il ricorso alla flessibilità. Non si capisce cioè, in definitiva, come potrà l'amministrazione dimostrare che non è opportuno ricorrere alla somministrazione a tempo determinato invece che al contratto a termine, quando la prima è sicuramente praticabile anche per esigenze «temporanee ed eccezionali» e con maggiore rapidità di intervento.

In ogni caso, sempre sul piano generale, la norma determinerà un necessario diverso approccio delle amministrazioni e delle oo.ss. rispetto alla somministrazione a termine e alle esternalizzazioni (che pongono poi il problema della gestione del personale in uscita ex art. 31 d.lgs. n. 165/2001). Poiché esiste un vincolo legislativo ad esplorare l'utilizzo di queste flessibilità in entrata ed in uscita, difficilmente potranno (ri)prodursi resistenze di tipo politico-sindacale, o anche solo amministrativo, circa la definitiva catalogazione di tali processi tra quelli di ordinaria, ma qui pregiudiziale, gestione organizzativa delle risorse umane di ciascun ente. Se si vuole dare una

⁽⁵³³⁾ DI LASCIO, *Il lavoro interinale nelle pubbliche amministrazioni dopo la sigla dell'accordo quadro: finalità ed ambiti di applicazione*, in *LPA*, 2000, 533; DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA, *Lavoro pubblico e flessibilità*, Soveria Manelli, Rubettino, 2002, 109.

lettura in positivo dell'art. 4 l. n. 80/2006, francamente l'unica possibile, si può dire che esso imporrà comunque una riflessione di carattere generale, estesa alle parti sociali, riguardo alle modalità e ai termini di gestione di servizi e attività, nonché agli strumenti disponibili per fronteggiare le relative esigenze.

Sotto il profilo tecnico, il processo è a cascata. L'amministrazione interessata dovrà anzitutto soddisfare l'esigenza tramite procedure di assegnazione temporanea di altro personale, e cioè attraverso le diverse forme di comando o distacco regolate dalla legge (artt. 56-57 t.u. imp. civ. Stato 1957) o da alcuni contratti collettivi⁽⁵³⁴⁾; ma, in ogni caso, occorrerà dare contezza, in sede di valutazione, delle ragioni per le quali non si procede all'utilizzo del lavoro somministrato, ovvero alle esternalizzazioni di attività o agli appalti.

Per dare un senso e una effettività alla norma, non potrà trattarsi di una mera ricognizione delle opportunità offerte dall'outsourcing, o del semplice avvio delle procedure di gara, ma di una precisa delibazione giustificativa del ricorso ai contratti flessibili in sé, e con riguardo alle altre flessibilità imposte dalla norma, divenendo tale step procedurale requisito di validità dello stesso contratto di lavoro a tempo determinato. L'espletamento effettivo dei suddetti oneri procedurali e motivazionali autorizza le p.a. ad utilizzare i contratti flessibili, i quali, diversamente, risulterebbero illegittimamente stipulati, con le conseguenze previste, sul piano delle responsabilità dirigenziali, dall'art. 36, c. 2 d.lgs. n. 165/2001 e, sul piano del rapporto di lavoro, dallo stesso art. 36 o dall'art. 2126 c.c.

7. Conclusioni.

Per tornare al quesito iniziale, questo processo dettato dalle ragioni di finanza costituisce una deriva normativa tutta particolare del pubblico impiego, la quale può condurre ad una crisi di rigetto con riguardo non al regime giuridico applicabile, quanto, piuttosto, rispetto ai principi e agli obiettivi generali della c.d. privatizzazione. Tutta particolare perché essa, diversamente dai timori inizialmente espressi verso le sempre presenti istanze di ri-pubblicizzazione⁽⁵³⁵⁾, avviene invece attraverso norme di diritto privato, un diritto privato che si espande in modo ipertrofico rispetto a quello del lavoro nell'impresa, alimentato dalla legge e dalla contrattazione collettiva.

L'esperienza non è nuova e ha lasciato il segno. Viene infatti da pensare a chi ha studiato il fenomeno della disciplina degli enti pubblici economici o della privatizzazione dei servizi esercitati da aziende ex pubbliche. Qui è dimostrato che la produzione e l'erogazione del servizio, specie dei servizi pubblici locali, può avvenire secondo le regole del diritto del lavoro privato (si pensi all'esperienza delle aziende municipalizzate). Ma, in queste località, il diritto del lavoro, il regime giuridico e giurisdizionale del contratto, soffre di profonde crisi di convivenza con logiche, spesso di origine e natura politica o politico-sindacale, che lo rendono troppo rigido, che lo obbligano ad

⁽⁵³⁴⁾ Cfr. ESPOSITO, *Comandi e fuori ruolo (mobilità temporanea tra amministrazioni diverse: comando, distacco e collocamento fuori ruolo)*, in *Il Diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Commentario diretto da F. Carinci e L. Zoppoli, Torino, Utet, 2004, 740 e ss.; KRASNA, *Personale di enti e amministrazioni in servizio presso altre amministrazioni e oneri di spesa per il relativo trattamento economico*, in *LPA*, 1999, 1259 e ss.

⁽⁵³⁵⁾ V. ad es. in questa direzione le critiche avanzate in dottrina già all'indomani della legge n. 145/2002 di riforma della dirigenza pubblica in *Dirigenza statale e dirigenze nella pubblica amministrazione*, in *LPA*, 2002, 837 e ss.

una gestione non manageriale degli organici e degli accessi, con dinamiche retributive e di carriera ancora troppo legate all'anzianità e decisioni societarie di trasformazione dei modelli organizzativi ancora condizionate da forte opposizione sindacale⁽⁵³⁶⁾. Con obiettiva frustrazione, in definitiva, dei motivi di efficienza e di economicità che avevano giustificato, anche sul piano delle relazioni di lavoro, la scelta privatistica.

L'intervento normativo che ha ispirato queste pagine avrebbe svolto una funzione, non si sa con quali risultati, se fosse stato circoscritto nel tempo, sì da porlo come eccezione contingente, imposta da ragioni di finanza pubblica, alla regola del pieno ed utile impiego delle flessibilità nelle amministrazioni. Invece si è scelta una collocazione non transitoria nel cuore della norma che, anche dal punto di vista simbolico, ha segnato il momento progettuale più alto, con riguardo ai temi dell'organizzazione del lavoro, della c.d. privatizzazione del pubblico impiego, perché in definitiva lanciava una sfida importante, in chiave di modernità ed efficienza del servizio pubblico, per chi ha i poteri di gestione, per gli attori sindacali e per i futuri interventi del legislatore.

Tante potrebbero essere le soluzioni di medio-lungo periodo per rendere feconda, in ogni direzione, l'osmosi di discipline e di modelli tra i due grandi settori del lavoro subordinato. L'impressione è, però, a quasi quindici anni dalla riforma, che l'impianto non riesca per il prevalere di logiche, prassi e resistenze tali da rendere ineffettivo anche il più illuminato dei progetti.

Non credo che l'*impasse* possa essere superato, se non con un'azione, eguale e contraria, anzitutto di razionalizzazione, da parte della legge o, in chiave di deroga, da parte della contrattazione collettiva. Ma sarebbe del tutto inutile, senza una complessiva riflessione ed un serio impegno, non solo normativo, circa le ragioni e l'utilizzo della flessibilità contrattuali nel settore del pubblico impiego.

⁽⁵³⁶⁾ L. ZOPPOLI, *Le trasformazioni dei servizi pubblici e il diritto del lavoro*, in *LD*, 1996, 87.