

Umberto Gargiulo

Specialità e contratto di lavoro pubblico*

Sommario: 1. Tempo di bilanci. 2. Un percorso che inizia lontano. 3. La prospettiva della “funzionalizzazione sintetica”. 4. La privatizzazione come trasformazione delle fonti. 5. Il moltiplicarsi di microsystemi normativi. I poteri “speciali” del datore di lavoro pubblico. 6. Nostalgie di ripubblicizzazione e sollecitazioni alla decontrattualizzazione. 7. Quale specialità?

1. *Tempo di bilanci*

A distanza di oltre tre decenni dal fenomeno noto come privatizzazione del pubblico impiego, si registrano ormai diverse riflessioni, chiamate a valutare quest’articolata e complessa esperienza, anche in una logica – destinata a sacrificare parzialmente l’analisi diacronica – di “messa a punto” della normativa vigente.

Tra le tante, possibili chiavi di lettura, chi scrive si è proposto¹ di partire da una rilettura delle ragioni teoriche di dialogo tra diritto del lavoro e diritto amministrativo: una “contaminazione” – come pure si è detto – che ha caratterizzato l’avvio della riforma e continua a segnare, con alterne vicende, la disciplina del lavoro pubblico.

Per quanto scontato, pare evidente che quando si discute di una relazione tra ambiti dell’ordinamento, questa interessi al contempo tanto le

* Il contributo, in una versione parzialmente differente, è stato destinato al *Liber Amicorum* per Lorenzo Gaeta. L’apparato bibliografico è necessariamente ridotto al minimo: quindi non ha – né potrebbe avere – alcuna pretesa di completezza.

¹ La riflessione nasce in realtà dalla sollecitazione proveniente da alcuni colleghi amministrativisti. Il testo, infatti, riprende e sviluppa la relazione dal titolo *La contaminazione nel settore del pubblico impiego, tra arroccamenti ideologici e dialoghi fecondi*, presentata al Convegno *Diritto amministrativo e diritto civile: alla ricerca delle ragioni teoriche di una reciproca contaminazione* (Università della Campania Luigi Vanvitelli, 31 marzo 2025).

norme, protagoniste della regolazione di una materia e oggetto di studio della stessa, quanto, a precedere e seguire le disposizioni normative, le branche del diritto che, con confini più o meno precisi ma in qualche modo artificiali, ne pongono le basi teoriche o indagano gli impatti applicativi.

E questa forse ovvia, ma indispensabile introduzione appare tanto più vera con riferimento ai momenti storici nei quali un'esigenza di riforma passa dal piano teorico a quello della realizzazione normativa per poi ribaltarsi sulle stesse discipline che l'hanno ispirata, secondo la più classica circolarità tra *fatti*, intesi come fenomeni oggetto d'indagine teorico-scientifica, e *regole*, in senso stretto, quali strumenti di normazione dei fenomeni considerati.

Questo contributo parte, allora, inevitabilmente dalla storia, cercando tuttavia di evitarne un uso “sostanzialmente strumentale: un tuffo mirato in un certo passato alla ricerca delle basi del presente per intuire meglio cosa potrà riservare il futuro”².

Volendo osservare ciò che è accaduto a prescindere da cosa possa essere “utile” al proprio ragionamento, si tenterà di rileggere, quindi, storicamente alcuni passaggi della “privatizzazione” del pubblico impiego per poi (ri)affrontare, sul piano del diritto positivo, uno snodo cruciale della contrattualizzazione del lavoro pubblico.

In questa prospettiva, prima ancora di esaminare per sintesi i tratti normativi di quel percorso riformatore, è utile rileggere (attraverso le lenti della storia, appunto) il dialogo tra le discipline del diritto amministrativo e del diritto del lavoro³ che conosce il suo apice e, insieme, un punto di non ritorno, a ridosso del periodo nel quale, all'inizio dell'ultimo decennio del secolo scorso, il legislatore – sulla spinta di indifferibili esigenze di razionalizzazione della spesa pubblica, imposta dall'accelerazione del processo di Unione euro-

² GAETA, *Metodo storico e diritto del lavoro*, in *Labor*, 2024, p. 53. Ma v. già GAETA, *I giuslavoristi davanti alla storia: alcuni pregiudizi e un paio di certezze*, in *DLRI*, 2007, p. 584 ss.

³ GAETA, *Le attrazioni cicliche tra lavoro pubblico e privato: qualche considerazione alla luce dei poteri datoriali*, in GAETA, TORCHIA (a cura di), *Lavoro privato e lavoro pubblico. È ancora attuale la distinzione?*, ESI, 1989, p. 61 ss., osservando i due settori prima della privatizzazione, negli anni immediatamente a ridosso del percorso riformatore, esamina le reciproche influenze tra i due ambiti (parlando talora di vera e propria “osmosi”: così a p. 68) proprio utilizzando come lente di lettura dei fenomeni l'esame dei poteri datoriali. L'Autore rimarca tuttavia le differenze connesse alle funzioni dei poteri nel lavoro pubblico e in quello privato, segnalando i tratti che, pur senza funzionalizzare il potere “privatistico” della Pubblica Amministrazione, dopo la riforma del 1993 richiederanno, poi, talora discipline regolative speciali.

pea, e dalle pressioni della società civile, a partire dalle organizzazioni di rappresentanza degli interessi dei lavoratori (anche quali cittadini-utenti dei servizi pubblici) – porta a compimento un percorso di convergenza tra impiego pubblico e lavoro privato da più parti ormai avvertito come indifferibile per dare una scossa all'azione amministrativa e, dunque, alla piena attuazione dell'art. 97 Cost.

Sono gli anni in cui si realizza il primo, principale nucleo di quella riforma nota come privatizzazione del pubblico impiego. Da allora sono passati più di trent'anni ed è iniziato già da un po' il momento dei bilanci. Probabilmente questi ultimi hanno senso se, come in economia aziendale, si scinde l'attività in due tempi: una fase di *rendiconto*, che guarda al passato per verificare il raggiungimento dei risultati e indagare gli ostacoli che si sono frapposti agli stessi, e una successiva ma stimolante fase di *preventivo*, nella quale, tenendo conto delle perdite sostenute e dell'esperienza acquisita, si progetta il futuro di quella medesima azione, incrociando risorse disponibili e obiettivi auspicati.

Sicché assume significato oggi ripercorrere l'epoca della privatizzazione e della temperie culturale nella quale ha visto la luce solo se da quella esperienza si vogliono trarre insegnamenti per evitare errori, correggere rotte, ridefinire scopi, piuttosto che per auto-legittimare una (ennesima) proposta di riforma.

2. *Un percorso che inizia lontano*

Il dialogo tra diritto amministrativo e diritto del lavoro, quest'ultimo a sua volta nell'ambito più ampio delle discipline privatistiche, inizia più indietro rispetto al “cuore” del periodo considerato.

Occorre arretrare lo sguardo di almeno una ventina d'anni, a quel decennio '70 nel quale il diritto del lavoro conosce, in convinta attuazione dei principi costituzionali, la sua prima e (forse) più feconda stagione. È un tempo in cui dal versante di chi osserva la pubblica amministrazione muoversi con la velocità di un bradipo, non senza lo spreco di ingenti risorse finanziarie pubbliche, inutilmente disperse come acqua potabile in una condotta idrica fatiscente, si guarda al diritto civile e, nello specifico, al diritto del lavoro come a una cura efficace per (iniziare ad) affrontare i mali atavici dell'amministrazione italiana e, di conseguenza, all'utilizzo della strumenta-

zione privatistica per scuotere l'impiego pubblico dall'inefficienza nella quale è impantanato a ormai un secolo dalla creazione di un'amministrazione unitaria nel Paese.

Ancora una volta si deve alla lucidità di Massimo Severo Giannini⁴ l'avvio di una riflessione che, dando atto della "contingenza" di talune scelte e ricostruendo le ragioni – storiche⁵ e teoriche al contempo – della separazione tra lavoro privato e impiego pubblico, quest'ultimo nelle sue variegate forme considera ormai maturi i tempi per un'evoluzione dell'ordinamento a favore di "una convergenza netta tra lo stato giuridico del lavoratore privato e quello del lavoratore pubblico". Quelle riflessioni saranno la base del noto "Rapporto Giannini"⁶ che, alla fine del decennio, pone le basi culturali e teoriche di questa esigenza di modernizzazione degli apparati della pubblica amministrazione.

Figlio di tale mutamento di approccio innanzitutto culturale è, peraltro, già l'art. 37 della l. 20 maggio 1970 n. 300, che prevede l'applicazione dello Statuto dei lavoratori "ai rapporti di impiego dei dipendenti dagli altri enti pubblici, salvo che la materia sia diversamente regolata da norme speciali": una previsione dal valore (non solo, ma anche) simbolico, se si pensa che la legislazione dell'impiego pubblico regolava istituti giuridici neppure paragonabili a quelli previsti dallo Statuto; sicché la normativa statutaria finisce per avere una capacità di penetrazione nel settore pubblico assai superiore a quella immaginata dallo stesso legislatore. Ma si è detto di un'efficacia prevalentemente simbolica, perché l'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori incide su un processo di avvicinamento del lavoro pubblico al lavoro privato⁷ che poi soltanto nei primi anni '90 troverà uno sbocco legislativo esplicito.

Di mezzo, tra gli altri interventi parziali e settoriali⁸, c'è l'esperienza

⁴ GIANNINI, voce *Impiego pubblico (teoria e storia)*, in *ED*, XX, 1970, p. 305.

⁵ La forma pubblica è stata così percepita per molto tempo come uno strumento per conservare "un assetto che, fondandosi sulle ragioni del soggetto (lo Stato portatore dell'interesse pubblico) trova i suoi (più congrui) riferimenti negli ordinamenti dello Stato precostituzionale": MARZUOLI, *Le privatizzazioni tra pubblico come regola e pubblico come soggetto*, in *DP*, 1995, p. 413.

⁶ *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, trasmesso alle Camere dal Ministro per la funzione pubblica (Massimo Severo Giannini) il 16 novembre 1979, in *FI*, 1979, V, c. 289 ss.

⁷ Per una ricerca del significato che la norma statutaria assume di fronte al vecchio sistema normativo dei rapporti di pubblico impiego, v. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, il Mulino, 1978, p. 20 ss.

⁸ Si tratta d'interventi legislativi timidi e pressoché inutili, già diretti a mutuare in qualche

della legge-quadro: è un momento di passaggio, che mostra da subito le crepe sul muro e accelera il processo di evoluzione che porterà, esattamente dieci anni dopo, all'approvazione della c.d. privatizzazione. La l. 29 marzo 1983 n. 93 si caratterizza per un singolare coinvolgimento delle grandi confederazioni sindacali, alle quali il legislatore essenzialmente chiede di condividere la responsabilità di razionalizzare il trattamento economico e normativo dei pubblici dipendenti nell'ambito di un più generale risanamento delle pubbliche amministrazioni, la cui azione è caratterizzata in quegli anni da un'inefficacia senza precedenti e con gravi ripercussioni di carattere finanziario sul bilancio dello Stato. Nel più classico degli scambi di natura politica, al sindacato confederale viene offerto il riconoscimento della presenza nel lavoro pubblico, anche attraverso l'attribuzione di una funzione negoziale, sebbene ancora mediata da un procedimento amministrativo.

Si tratta tuttavia, com'è stato detto, di mere "pulsioni privatistiche"⁹; un'esperienza nata male e proseguita peggio, perché contrassegnata da soluzioni ancora approssimative, che lasciano irrisolta la gran parte dei problemi. L'inevitabile fallimento del modello, in sostanza, è proprio causato dal tentativo d'introdurre alcune tra le dinamiche tipiche del lavoro privato (*in primis* legate alla contrattazione collettiva) nell'ambito di una costruzione dogmatica dell'impiego pubblico – anzitutto con riferimento ai diversi istituti del rapporto di lavoro – che però rimane invariata.

Quest'ambiguità non fa altro, allora, che accelerare il processo riformatore: un percorso che diviene inarrestabile e conduce, nell'ultimo decennio del secolo scorso, allo scardinamento del vecchio assetto normativo di stampo pubblicistico e all'inserimento a pieno titolo (di buona parte) del pubblico impiego nel diritto del lavoro.

È in questo contesto politico, culturale e, non ultimo, giuridico che s'infittisce il dialogo tra il diritto amministrativo e il diritto del lavoro o meglio tra studiosi di diritto amministrativo e di diritto del lavoro: o meglio ancora – perché non ci si confronta per categorie e gruppi scientifico-disciplinari, ma tra persone – tra quei singoli amministrativisti e giuslavoristi disposti entrambi a cedere qualcosa: quote di "sovranità", gli uni, e ad occuparsi di pub-

misura le dinamiche privatistiche: ne sono un esempio il d.P.R. 30 giugno 1972 n. 748, in tema di dirigenza, o le aperture al sindacato e a una sorta di negoziazione collettiva, iniziate già alla fine del decennio '70 nell'ambito di una legislazione di settore, che approderà poi in quello successivo alla citata "legge quadro".

⁹ RUSCIANO, *Lo Statuto dei lavoratori e il pubblico impiego*, in *LD*, 2010, p. 101 ss.

blico impiego abbandonando facili quanto innaturali prospettive unificanti, gli altri.

Il confronto di quegli anni conosce per vero inevitabili polarizzazioni, ma i risultati migliori sul piano scientifico e sul coevo versante delle proposte regolative, che poi diventano norme *de iure condito*, si ottengono sui terreni di confronto che emarginano difensori di ufficio e speculatori: i primi perché, come ci ricorda l'esperienza, spesso svogliati e impegnati in una difesa generica, per principi, poco disposta allo studio delle situazioni concrete; i secondi perché puntano a massimizzare il "profitto" senza una prospettiva di medio o lungo periodo.

In mezzo resta a discutere una generazione (forse più d'una) di studiosi convintamente disponibile a sperimentare un'integrazione dei saperi: una prospettiva innanzitutto interdisciplinare, oggi forse più scontata, ma che al tempo resisteva a varcare le colonne d'Ercole della separazione tra diritto pubblico e diritto privato.

Il dialogo sulla tematica della "privatizzazione" del pubblico impiego si caratterizza peraltro, da subito, per un significativo quanto culturalmente stimolante ribaltamento dei ruoli. Gli amministratori sono invitati ad accantonare alcune tradizionali posizioni della disciplina e a lavorare a una riforma che da ipotesi *de iure condendo* diverrà, nel giro di pochi anni, una tra le principali novità legislative dell'epoca: ad essi viene richiesto di superare un'idea dell'azione dell'amministrazione pubblica incarnata in singoli atti amministrativi, per sperimentare una prospettiva "privatistica" e – secondo alcuni, ma a mio avviso meno correttamente – "aziendalistica" (attributi che, in ogni caso, richiedono di essere entrambi opportunamente virgolettati), che consideri l'attività amministrativa in un'ottica olistica che ponga al centro l'organizzazione e attribuisca poi attenzione al risultato dell'azione medesima.

Anche i giuslavoristi, però, sono chiamati – e non tutti fanno e vogliono farlo – a leggere l'unificazione normativa tra lavoro privato e pubblico attraverso un'idea di applicazione "compatibile" del contratto nell'impiego pubblico: che cioè consideri l'utilità d'importare all'interno delle pubbliche amministrazioni la strumentazione di diritto privato e, innanzitutto, i poteri datoriali, considerando però che alla libertà dell'imprenditore, limitata nei termini di cui al capoverso dell'art. 41 Cost., nel lavoro pubblico si giustappone una serie di ulteriori, ineliminabili vincoli di limitazione (esterna) di quei medesimi poteri, destinati i primi a non snaturare i secondi, ma sicuramente a caratterizzarne l'utilizzo.

In questa prospettiva si è talvolta parlato di vera e propria “funzionalizzazione” dei poteri alla realizzazione dell’interesse pubblico¹⁰. Il tema è ovviamente complesso e travalica lo spazio di questa riflessione. Probabilmente, tuttavia, anche tale concetto richiede un preliminare chiarimento circa l’ampiezza del relativo perimetro e del suo reale contenuto; è vero, del resto, che come avvertiva proprio un compianto studioso del diritto amministrativo, “quando da molto tempo si discute usando le stesse parole è buona regola, di tanto in tanto, soffermarsi a riflettere se queste, per caso, nel mentre che si discuteva, non abbiano cambiato in tutto o in parte il loro significato e se dunque siano ancora idonee a rappresentare le cose (quelle stesse cose) di cui si discute”¹¹.

Sicuramente la contrattualizzazione dei rapporti di lavoro pone al cuore del dibattito il tema della specialità e le sue diverse declinazioni: un profilo al quale, per la sua centralità, si dedicherà qualche apposita riflessione nella parte finale di questo contributo.

La contaminazione tra materie, insomma, è preceduta dal confronto tra gli studiosi e le loro idee: quei dialoghi hanno, dunque, nomi e cognomi e da essi occorre far partire queste considerazioni.

2. La prospettiva della “funzionalizzazione sintetica”

Se l’accensione della miccia del dibattito va ricondotta, come visto, a Giannini, un’importanza indiscutibile nella discussione che porta alla privatizzazione e anche alle prime correzioni di rotta delle impostazioni iniziali va riconosciuta alla riflessione teorica di Andrea Orsi Battaglini, cui si deve, infatti, la prospettiva della *funzionalizzazione sintetica*, quella cioè richiesta, secondo l’autore, proprio dall’art. 97, co. 1, Cost. Per chiarire il concetto, lo studioso indica due diversi modelli attraverso i quali può essere soddisfatta la prescritta corrispondenza dell’organizzazione ai requisiti fissati dal precepto costituzionale: analitico ovvero sintetico. Nel primo “il fenomeno or-

¹⁰ Non si può dar conto dell’ampio (e acceso) dibattito sul punto. Con specifico riferimento al ruolo dell’autonomia collettiva, però, v. l’opinione (critica) di BARBIERI, *Problemi costituzionali della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico*, Cacucci, 1997, ma già MARESCA, *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, in DLRI, 1996, p. 183.

¹¹ ORSI BATTAGLINI, *Impiego pubblico e lavoro privato: per un nuovo statuto comune*, in LD, 1989, p. 571.

ganizzativo viene scomposto in una serie di unità elementari, ciascuna definita dalla legge in termini di atto amministrativo, dotato di una specifica regolamentazione quanto all'oggetto, al procedimento e al fine, e come tale sindacabile tanto in sede di controllo che di giurisdizione; questo modello si fonda sull'ipotesi che i caratteri che la Costituzione impone all'organizzazione possano essere meglio garantiti da una loro pervasiva presenza e incidenza in ogni momento rilevante del fenomeno e che il risultato finale sia dato, per così dire, dalla somma delle conformità ai citati fini di ogni singolo atto. Nel secondo modello l'ordinamento riferisce invece la valutazione dell'imparzialità e del buon andamento a complessi di vicende, o a risultati, intermedi o finali, liberando i singoli atti interni a ciascuna vicenda considerata dal carattere funzionale (e da quel che ne consegue), e quindi assumendo come oggetto di valutazione non più l'atto ma l'attività"¹². La scelta tra l'uno o l'altro dei modelli è ovviamente rimessa al legislatore, ma l'Autore esprime con chiarezza la propria preferenza per la seconda opzione, quella sintetica, della quale non manca di segnalare modernità e duttilità, proprio nella misura in cui consente d'individuare e perseguire gli obiettivi di realizzazione degli interessi pubblici affidati all'amministrazione, rinunciando alla regolazione normativa, puntuale e unilaterale, della gestione dei rapporti di lavoro, che viene invece affidata all'amministrazione stessa, incarnata dai suoi dirigenti, il cui ruolo rappresenta un "delicato snodo tra vari ordini di conflitti, possibile personificazione di un 'padrone' immediato nell'amministrazione e a sua volta subordinata e responsabile verso i 'padroni ultimi' della cosa pubblica"¹³.

È sulla base di questo approccio teorico che si giunge alla privatizzazione. Come ricordato di recente, proprio ricostruendo la relazione tra le scelte del legislatore e la teorica su cui fonda il disegno regolativo, "al fine di consentire a ciascuna amministrazione la fisiologica conduzione dell'organizzazione l'ordinamento rivede radicalmente un assunto di fondo: per due elementi cruciali, microrganizzazione e rapporti di lavoro, non si affida più alla 'regolazione' unilaterale, *in primis* legale e poi tramite regolamenti e circolari, propria del tradizionale assai rigido approccio del diritto pubblico e antitetica al concetto in sé 'dinamico' di organizzazione – estesa anche alle relazioni di lavoro in virtù della pervasiva concezione dell'immedesimazione

¹² ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto di impiego con enti pubblici*, in *DLRI*, 1993, pp. 470-471.

¹³ ORSI BATTAGLINI, *Impiego pubblico e lavoro privato*, cit., p. 579.

organica del dipendente/funziionario –, ma si rimette, in breve, alla ‘responsabilità’ dei soggetti che l’organizzazione conducono e ai relativi risultati. È il passaggio dalla funzionalizzazione *analitica* alla funzionalizzazione *sintetica*”¹⁴. In questa prospettiva, “quale che sia lo strumento (regolamentare/non regolamentare) usato, i contenuti degli atti organizzativi di che trattasi sono definiti in termini tali da escludere un eccesso di specificazione e analiticità”¹⁵. E leggendo il d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29 in combinato disposto con la l. 7 agosto 1990 n. 241, si rinvencono veri e propri “principi ostativi”¹⁶ all’adozione di una disciplina che assegni a una molteplicità di uffici diversi il compimento di attività giuridica a rilevanza provvedimentale o procedimentale, ponendo un divieto di aggravamento che non risulti giustificato da straordinarie e motivate esigenze istruttorie, in linea con i principi di economicità e semplificazione di tali normative.

4. *La privatizzazione come trasformazione delle fonti*

Alla luce di queste premesse, la riforma contenuta nella legge delega 23 ottobre 1992 n. 421 e nel d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29 può dirsi storica in quanto contiene (almeno) tre fattori d’integrale superamento della tradizionale regolazione dell’impiego pubblico: 1) l’applicazione del codice civile e delle leggi sul lavoro privato ai rapporti alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni; 2) l’introduzione nel lavoro pubblico di un vero e proprio sistema di relazioni sindacali e, in particolare, di contrattazione collettiva; 3) il (conseguente) trasferimento della cognizione delle controversie alla giurisdizione ordinaria.

La riforma del lavoro pubblico è, però innanzitutto una radicale revisione dell’assetto delle fonti¹⁷, un complesso regolativo che nel disegno del

¹⁴ ZOPPOLI A., *Sul nocciolo duro (ma incompiuto) della “privatizzazione” del lavoro pubblico*, in GARGIULO, ZOPPOLI A. (a cura di), *Il lavoro pubblico in trent’anni di riforme*, in QDLM, 16, 2024, p. 71.

¹⁵ ORSI BATTAGLINI, CORPACI, *Art. 2 (Fonti)*, I, in CORPACI, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dell’organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in NLCC, 5-6, 1999, p. 1068.

¹⁶ ORSI BATTAGLINI, CORPACI, *Art. 2 (Fonti)*, cit., p. 1069.

¹⁷ V., in argomento MARESCA, *Le trasformazioni dei rapporti*, cit., p. 183 ss.; RUSCIANO M., *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle fonti*, in DLRI, 1996, p. 245 ss.

legislatore del '93, ma forse ancor più di quello del '98, vede diritto amministrativo e diritto del lavoro convergere verso il medesimo obiettivo, con una demarcazione dei confini che pretende di essere chiara ed efficace. L'intreccio riceve l'autorevole avallo della Consulta (C. Cost. 16 ottobre 1997 n. 309), la quale precisa che l'art. 97 Cost. non impone uno statuto pubblicistico del rapporto d'impiego con le pubbliche amministrazioni, riconoscendo legittimità a un modello in cui la Corte vede "un equilibrato dosaggio di fonti", idoneo a "garantire, senza pregiudizio dell'imparzialità, anche il valore dell'efficienza contenuto nel precetto costituzionale".

Dopo la storica riforma del '92-'93, peraltro, il legislatore nazionale interviene almeno altre quattro volte per rivedere la materia, senza contare numerosi interventi settoriali: un lungo processo che, incidendo sul disegno originario, ne ha probabilmente alterato l'impianto. Il continuo susseguirsi di cambiamenti ha poi inevitabilmente impedito l'asestamento del sistema, tanto da farlo diventare, come si dice con metafora talora abusata, una sorta di cantiere aperto.

Nel passaggio dalla legge del 1993 alla c.d. seconda privatizzazione, ad esempio, la demarcazione tra l'area della (macro) organizzazione e quella della gestione dei rapporti di lavoro viene ad essere sancita con intensità e chiarezza crescenti, rese evidenti nella formulazione delle norme, gli artt. 2 e 5, co. 2, d.lgs. 29/93, giustamente definiti i "due disposti fondamentali della riforma"¹⁸. Così, tra i primi interpreti, vi è chi non teme di salutare con favore questa ripartizione di ruoli, rilevando del resto che "le norme riguardanti l'organizzazione degli uffici e quelle relative ai rapporti di lavoro nascono deputate alla realizzazione di finalità comuni: accrescimento dell'efficienza delle amministrazioni, razionalizzazione del costo del lavoro, integrazione graduale della disciplina del lavoro pubblico con quella del lavoro privato"¹⁹.

Tra gli autori che sostengono l'opportunità delle scelte del legislatore, si ritiene coerente con esse l'attribuzione di poteri privatistici all'amministrazione, caratterizzati da dinamiche peculiari per tutto ciò che attiene alle determinazioni operative e gestionali, ricondotte alla capacità di diritto privato e rimesse alle autonome valutazioni degli organi che assumono la veste

¹⁸ Così CARINCI F., *Una riforma "conclusa". Fra norma scritta e prassi applicativa*, in CARINCI F., ZOPPOLI L. (a cura di), *Il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commentario*, Utet, 2004, p. XLVII.

¹⁹ ORSI BATTAGLINI, CORPACI, *Art. 2 (Fonti)*, cit., p. 1065.

di parte datoriale, così come accade nel settore privato, inclusa la possibilità di scegliere l'impostazione di relazioni sindacali ritenuta più conveniente, fino alla conclusione di veri e propri accordi²⁰. Quest'ultimo approccio, poi, richiederà di essere rivisto a valle di non poche distorsioni applicative, che da una fisiologica scelta, rimessa alla dirigenza, dello strumento più conveniente alla gestione dei rapporti di lavoro, compresa la negoziazione con la controparte sindacale, degenera sovente in rinnovate prassi di cogestione che deresponsabilizzano il *management* pubblico senza alcuna positiva ricaduta in termini di efficienza del sistema.

Non è questa la sede per analisi di dettaglio che hanno appassionato gli studiosi e impegnato la giurisprudenza. Né appare utile aderire a letture manichee o a posizioni di arroccamento culturale, se non ideologico (talora pregiudiziale). Il giuslavorista è semmai chiamato a condividere l'approccio di chi, tra gli studiosi del diritto amministrativo, avverte prudentemente che “bisogna distinguere, in proposito, la posizione di quanti fin dall'inizio avevano avversato la riforma da quella di coloro i quali inizialmente l'avevano sostenuta o, comunque, guardata con interesse, ma poi sono stati delusi dagli esiti che essa ha avuto una volta passati dalle previsioni normative alla realtà applicativa e attuativa: è soprattutto con le osservazioni dei secondi che occorre fare i conti, in quanto non si tratta dell'espressione di opinioni affette da pregiudizi ideologici o 'ontologici', ovvero da nostalgia per una pregressa età dell'oro che non è mai esistita, ma della rilevazione e messa in evidenza di criticità che essi colgono nell'utilizzazione degli strumenti privatistico-contrattuali per la gestione delle risorse umane delle amministrazioni”²¹.

E in siffatta visuale le osservazioni critiche non devono necessariamente assurgere al ruolo di strumento di reazione alla contrattualizzazione²², bensì semmai di rivisitazione, sul piano ermeneutico, o di proposta di revisione, su quello – ben più complesso e delicato – *de iure condendo*, dei dispositivi utilizzati per realizzare quell'equilibrio tra le fonti che caratterizza la gestione dei rapporti di lavoro pubblico, senza aderire a logiche “passatiste” di ripri-

²⁰ RUSSO C., *Poteri, responsabilità e partecipazione nel lavoro pubblico*, Giappichelli, 1996. Una ricostruzione delle diverse posizioni che si sono confrontate nel tempo si può leggere ora in FERRARA, *Il sindacalismo nella pubblica amministrazione. Protagonismo, antagonismo e partecipazione*, Giappichelli, 2024.

²¹ D'ALESSIO, *Le ragioni e il valore della contrattualizzazione del lavoro pubblico*, in GARGIULO, ZOPPOLI A. (a cura di), *Il lavoro pubblico*, cit., p. 29.

²² In posizione assai critica, invece, CASSESE, *Dall'impiego pubblico al lavoro con le pubbliche amministrazioni: la grande illusione?*, in *GDA*, 2013, p. 313 ss.

stino delle soluzioni giuridiche previgenti, a prescindere da una seria verifica circa il funzionamento degli strumenti privatistici di gestione o dell'attualità "organizzativa" di quelli pubblicistici che li precedono.

A questo punto dell'indagine, però, occorre un ulteriore rilievo di carattere generale, anch'esso portato dell'osservazione diacronica dei fenomeni considerati.

Come si è in parte anticipato, la c.d. *prima* privatizzazione, quella dell'originario d.lgs. 29/93, appare come una combinazione di "innovazioni e compromessi"²³ e incontra pure resistenze, alcune delle quali, in una parte degli stessi soggetti impegnati nel primo percorso riformatore, hanno una specifica ragion d'essere: per tutte, la privatizzazione della dirigenza pubblica, che infatti ha luogo per approssimazioni successive. Ma anche la relazione tra legge e contrattazione collettiva, che della contrattualizzazione costituisce il cardine del nuovo assetto regolativo, ha luogo attraverso due passaggi.

In un primo momento, infatti, la devoluzione all'autonomia collettiva avviene entro confini tutt'altro che certi (si pensi ai problemi prodotti dall'iniziale elenco delle materie escluse) e viene affrontata dagli interpreti con approcci per nulla sintonici. Ne è conferma il dibattito, in effetti mai completamente sopito, circa la configurabilità di una funzionalizzazione (semmai parziale, anche) dell'attività negoziale alla realizzazione degli interessi generali affidati alla pubblica amministrazione: una tesi che vede, però, prevalere una prospettiva teorica e, poi, anche di politica del diritto che, pur consapevole del potenziale attrito tra gli artt. 39, co. 1, e 97 Cost., preferisce sottrarre l'autonomia collettiva a qualsivoglia ipotesi di limitazione dall'esterno dell'attività negoziale che sia riconducibile ai margini operativi posti alla sola parte pubblica dei rapporti individuali e collettivi.

Così la c.d. seconda privatizzazione, quella attuativa della legge delega "Bassanini" del 1997, spinge decisamente sull'acceleratore della contrattualizzazione, eliminando i potenziali fattori di ambiguità nonché gli ultimi argini di contenimento dell'attività negoziale collettiva e, quindi, anche del ruolo delle organizzazioni sindacali nella definizione delle regole del gioco come all'interno delle pubbliche amministrazioni.

Il decennio successivo, tuttavia, produce risultati non sempre lusinghieri, per svariate e non sempre convergenti ragioni, tra cui un mancato protago-

²³ D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle "leggi Bassanini"*, in *LPA*, 1999, p. 35.

nismo della dirigenza pubblica che, sebbene parzialmente rinnovata, fatica ad assumere un ruolo responsabile nella gestione delle risorse umane e finanziarie, e una produzione negoziale che, pur sperimentando nuovi modelli (ad esempio in materia d'inquadramento dei lavoratori o di definizione della complessa materia disciplinare), non riesce a lasciarsi alle spalle deleterie intromissioni del sindacato e sovente si mostra incapace di affiancare la controparte datoriale in un'efficace azione di razionalizzazione della spesa pubblica e di coeva valorizzazione meritocratica del personale.

La reazione a queste distorsioni è, pertanto, come sovente accade in questi casi, dura e in qualche modo quasi "emotiva". La riforma realizzata con il d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150 (la c.d. Riforma Brunetta), nata in un contesto politico-culturale del tutto differente, determina nei fatti e a prescindere dalla concreta attuazione – se si considera che alcuni tra i suoi istituti più emblematici (per tutti: le fasce di merito da utilizzare nella valutazione di *performance*) non entrano mai a regime – una reazione che però assume solo parzialmente i tratti di una controriforma: accanto all'intervento sulle fonti, che indubbiamente comprime gli spazi dell'autonomia collettiva in favore della legge, il legislatore al contempo accresce la posizione di potere del datore di lavoro pubblico, che viene sganciata dall'abbraccio (non sempre fisiologico, per vero) con la controparte sindacale.

Ciò detto, l'incremento del tasso di regolazione legislativa caratterizzante la disciplina del lavoro pubblico che vede la luce in quegli anni non pone in discussione il ruolo del contratto, ma ne ridisegna unilateralmente – e certo non è poco – confini e contenuti.

Eppure vi è chi, carsicamente, esamina questo moto di oscillazione del pendolo di regolazione del lavoro pubblico non tanto attraverso la verifica del tasso d'integrazione eteronoma del rapporto contrattuale, ma provando a porre agli estremi del suo movimento diritto amministrativo e diritto privato (del lavoro): tentando di leggere, cioè, gli interventi del legislatore come conferme e, forse, prove generali, di un necessario e quasi inevitabile ritorno all'alveo del diritto pubblico anche dei rapporti di lavoro nell'ambito delle amministrazioni pubbliche.

Si tratta di una conclusione che, a parere di chi scrive, prima ancora che discutibile sul piano teorico – ma saremmo ancora nell'area delle opinioni personali – appare contraddetta dall'esame empirico dei contenuti di tali interventi.

5. *Il moltiplicarsi di microsistemi normativi. I poteri “speciali” del datore di lavoro pubblico*

A valle del descritto, secondo moto di oscillazione pendolare, un fenomeno che, per essere correttamente valutato, va esaminato necessariamente in una prospettiva di sistema²⁴ (e non sembri una contraddizione) è, a partire dalla fine del primo decennio di questo secolo, il moltiplicarsi, nell’ambito della regolazione del lavoro pubblico, di veri e propri microsistemi normativi autoconclusi: segmenti di disciplina inerenti soprattutto al profilo individuale del rapporto. Tematica a sé, ovviamente, è la regolazione delle relazioni sindacali e della contrattazione collettiva: in tal caso il modello prescelto non rappresenta una deviazione rispetto ai perni della riforma (rinvenibili negli artt. 2 e 5 del d.lgs. 165/01), bensì pienamente coerente con il disegno della privatizzazione. Le specialità di disciplina in tema di misurazione della rappresentatività sindacale, procedimento di negoziazione, equilibrio tra livelli contrattuali ecc., rientra tra le opzioni principali del legislatore ed è funzionale alla riuscita del disegno riformatore. Anche tale sotto-sistema – centrale nell’assetto delle fonti e tutt’altro che “micro” – è stato destinatario di correttivi e di linee di politica del diritto non sempre convergenti rispetto alle scelte originarie, ma si tratta di un modello necessario ai fini della tenuta costituzionale della privatizzazione e che ha garantito, tutto sommato con successo, la sua riuscita, tanto da rappresentare un laboratorio cui si guarda con interesse quando si ragiona di possibili soluzioni alle problematiche che affliggono il diritto sindacale nel settore privato.

Ragioni di spazio impongono, però, di accantonare questo versante, che richiederebbe una riflessione a sé²⁵, lasciandolo sullo sfondo di alcuni tra gli ambiti tematici che verranno esaminati e dedicare, invece, i rilievi che seguono ai profili del contratto di lavoro.

²⁴ Ancora essenziale al riguardo il noto insegnamento di MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, p. 3 ss., sp. p. 34 ss.

²⁵ Sui profili di criticità del modello di relazioni sindacali nel lavoro pubblico, emersi soprattutto negli ultimi tempi, v. da ultimo: BAVARO, *La rappresentatività sindacale a fondamento dei diritti sindacali nella p.a.: note critiche sul “caso” CCNL Funzioni Centrali del 2025*, in *LPA*, 1, 2025, p. 41 ss.; FERRARA, *Partecipazione sindacale e legittimazione alla contrattazione collettiva integrativa nel lavoro pubblico tra indicazioni della legge, scelte della contrattazione e “aperture” giurisprudenziali*, in *LPA*, 1, 2025, p. 59 ss.; GARGIULO, *Le relazioni sindacali nel lavoro pubblico dinanzi alle prove della (im)maturità*, in *LPA*, 1, 2025, p. 24 ss.; RICCI M., *La “nuova” stagione delle relazioni sindacali nel lavoro pubblico: rischio di implosione del sistema?*, in *LPA*, 1, 2025, p. 2 ss.

Occorre provare a verificare se le indicate deviazioni dal disegno originario ne abbiano “contaminato” – e stavolta l’espressione perde la valenza conferitale sul piano metodologico descritto in premessa – la funzionalità ovvero se esse rappresentino l’unica strada percorribile per tenere in vita il sistema, garantendogli la coerenza con gli obiettivi costantemente ribaditi di efficienza, efficacia ed economicità dell’azione amministrativa.

La norma di salvaguardia delle esigenze di specialità regolativa (contenuta nell’art. 2, co. 2, d.lgs. 165/01) che consente al legislatore, attraverso la locuzione “fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto”, di limitare gli effetti di un principio di tendenziale unificazione normativa del lavoro pubblico e privato, nei fatti ha finito per trasformarsi in un grimaldello attraverso il quale la legge ha disegnato taluni contesti normativi autonomi nell’ambito del Testo Unico, grazie ai quali l’ibridazione in qualche modo auspicata e perseguita dalla privatizzazione ha finito per essere quasi messa in discussione.

Ed è significativo che ciò sia accaduto proprio nel contesto della regolazione dei principali “poteri del privato datore di lavoro” che il capoverso dell’art. 5, d.lgs. 165/01 attribuisce alla dirigenza pubblica e che rappresentano il fulcro del riassetto del pubblico impiego in chiave “privatistica”. È dunque emblematico che, con invadenza crescente, si sia avvertita l’esigenza di regolare separatamente proprio quei poteri che dovrebbero costituire la leva di un’assimilazione tra impresa privata e amministrazione pubblica sul piano della gestione dei rapporti di lavoro. Ma, soprattutto, colpisce che alla specialità regolativa si affianchino sovente innesti pubblicistici sul piano delle fonti della regolazione medesima e delle finalità che vengono attribuite alla disciplina di volta in volta rivisitata.

Se si eccettua il potere di controllo in senso stretto, ancora soggetto a una disciplina sostanzialmente comune – fatta eccezione per disposizioni di dettaglio, dettate per specifiche finalità di contrasto di prassi censurabili (si pensi, per tutte, al tentativo di estensione delle fasce di reperibilità²⁶ o alle conseguenze sanzionatorie specificamente connesse, ex art. 55-*quater*, all’alterazione dei sistemi di rilevazione delle presenze) – tanto il potere direttivo e di *jus variandi* quanto il potere sanzionatorio sono ormai regolati, pressoché integralmente, da discipline speciali, limitate ai soli dipendenti pubblici.

²⁶ Tanto da essere state dichiarate illegittime dal Giudice amministrativo: v. Tar Lazio 3 novembre 2023 n. 16305.

Il punto, però, non è tanto la specialità regolativa, che di per sé non pone in discussione né la matrice negoziale del rapporto di lavoro né i limiti, posti dalla legge o dal contratto, collettivo ovvero individuale, e valutabili dal giudice (ordinario) sempre in una prospettiva di verifica di legittimità dell'esercizio del potere nel contesto di un vincolo di natura contrattuale, quanto piuttosto la sua ibridazione con innesti, inerenti alle modalità di esercizio del potere o, ancor più, relativi alle finalità del potere medesimo, che travalicano il sinallagma negoziale per introdurre elementi ultranei rispetto all'oggetto della prestazione lavorativa e all'obbligazione al cui adempimento il lavoratore è vincolato.

Ad essere investiti, nel tempo, da un crescendo di regolazione legislativa e, comunque, unilaterale sono stati quindi principalmente il potere direttivo e quello disciplinare; occorre chiedersi allora se questi interventi abbiano modificato l'essenza stessa di quei poteri, addirittura ponendone in discussione la collocazione endocontrattuale.

Con riferimento al potere di direzione e alla connessa facoltà di modificazione dell'oggetto della prestazione pare di poter escludere siffatta evenienza: l'art. 52, d.lgs. 165/01, infatti, disegna in autonomia rispetto al lavoro privato, ma in parallelo ad esso, facoltà e limiti del datore di lavoro pubblico, confermandone, tuttavia, senza dubbio, il dispiegarsi all'interno di una dinamica contrattuale.

La norma è stato oggetto di diversi interventi di novella, alcuni sostanziali, altri essenzialmente di *restyling*: tuttavia, l'obbligo del datore di lavoro pubblico di adibire il prestatore di lavoro "alle mansioni per le quali è stato assunto", contenuto nel primo comma, ribadisce in maniera inequivocabile la natura negoziale del vincolo e, dunque, i confini entro i quali il potere di direzione del datore/dirigente può muoversi legittimamente. Il connesso *jus variandi*, del resto, si pone in continuità con l'esperienza privatistica, richiamando quale limite al legittimo esercizio di tale facoltà il principio di equivalenza contemplato dal previgente art. 2103 c.c., i cui potenziali effetti distorsivi vengono sterilizzati grazie al collegamento con "l'ambito dell'area di inquadramento".

Ad evitare il riprodursi delle distorsioni registrate in quasi mezzo secolo di applicazione della disposizione codicistica "sorella" ci ha pensato la giurisprudenza, ormai consolidata nell'affermare l'obbligo per il giudice di arrestarsi dinanzi alle determinazioni della contrattazione collettiva²⁷ e che –

²⁷ V. ESPOSITO M., *Ordinamento professionale e disciplina delle mansioni nel lavoro pubblico*, in

salvo l'ipotesi di totale svuotamento delle mansioni²⁸ comportante la mortificazione assoluta del patrimonio professionale del lavoratore – riconosce alla nozione di equivalenza prevista dall'art. 52, d.lgs. 165/01 una differenza “strutturale” rispetto a quella contemplata dal previgente art. 2103 c.c. e recepisce “un concetto di equivalenza ‘formale’, ancorato alle previsioni della contrattazione collettiva (indipendentemente dalla professionalità acquisita) e non sindacabile dal giudice”²⁹.

L'altro ambito nel quale la prospettiva contrattuale è soggetta a periodici, rilevanti tentativi d'ibridazione è quello sanzionatorio. Con il susseguirsi delle riforme, la regolazione del potere disciplinare del datore di lavoro pubblico ha infatti acquisito sempre maggiore autonomia, non soltanto rispetto all'omologa normativa del settore privato, ma nello stesso contesto normativo dei rapporti alle dipendenze di amministrazioni pubbliche.

Innanzitutto, l'assetto regolativo è caratterizzato da non pochi profili ricondotti alla matrice pubblicistica e indisponibile degli interessi vulnerati dalle condotte inadempienti dei dipendenti pubblici e, dunque, divergenti dalla omologa disciplina vigente nel lavoro privato: “un crogiuolo di disposizioni, riguardanti l'adempimento tecnico, ma anche comportamenti eticamente rilevanti, offerti all'opinione pubblica non senza suggestioni e talvolta simbolismi”³⁰, che hanno progressivamente inciso sul modello generale, in

CARABELLI, CARINCI M.T. (a cura di) *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, 2010, p. 167 ss.; LUCIANI V., *Mansioni, jus variandi e progressioni di carriera nel lavoro pubblico: le ambiguità del legislatore e le certezze della giurisprudenza*, in *LPA*, 2020, p. 3.

²⁸ Cass. 21 maggio 2009 n. 11835, in *Foro it.*, 2010, I, c. 78: “Tuttavia, se si può condividere, in via teorica, il rilievo di cui al motivo di censura sulla equivalenza formale delle mansioni nel pubblico impiego, questo concetto non può essere ampliato ed estremizzato al punto da consentire sostanzialmente lo svuotamento pressoché totale della attività lavorativa”. PECORARO, *La mobilità orizzontale nel lavoro pubblico, tra equivalenza formale e sostanziale*, in *LPA*, 2011, p. 219. Questo orientamento prende avvio da Cass. Sez. Un. 4 aprile 2008 n. 8740, in *FI*, 2008, I, c. 2534, la quale, seppure in estrema sintesi, aveva affermato che l'art. 52, a differenza dell'art. 2103 c.c., “impone nei confronti del prestatore di lavoro pubblico il mantenimento delle mansioni per le quali è stato assunto o di quelle “considerate equivalenti nell'ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi”, senza dare rilievo a quelle in concreto svolte”. V. anche, successivamente: Cass. 11 maggio 2010 n. 11405, in *RIDL*, 2011, II, p. 149; Cass. 5 agosto 2010 n. 18283, in *LPA*, 2010, p. 710; Cass. 25 novembre 2013 n. 26285, in *DJ*; Cass. 26 marzo 2014 n. 7106, in *DJ*; Cass. 23 ottobre 2014 n. 22535, in *FI*, 2015, I, c. 116.

²⁹ Così Cass. 21 maggio 2009 n. 11835, cit.

³⁰ Così ESPOSITO M., *Responsabilità disciplinare e reintegrazione*, in *Libro dell'Anno del Diritto 2018*, Treccani, 2018. Circa questa intenzione di “riformare con le sanzioni” v. le osservazioni di BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, in ZOPPOLI L. (a cura di),

attuazione di una politica del diritto in controtendenza rispetto alla (tendenziale) unificazione normativa, il cui cardine va tuttora rinvenuto nel richiamato primo capoverso dell'art. 2, d.lgs. 165/01.

Si registra, così, un'evidente divaricazione regolativa, che riduce gli spazi di contaminazione tra i due settori caratterizzante la prima fase attuativa della c.d. privatizzazione. Conferma di tale sensazione si rinviene nell'accentuata procedimentalizzazione dell'esercizio del potere sanzionatorio, che supera il previgente parallelismo tra i due sistemi procedurali, entrambi ispirati ai principi del contraddittorio e della tempestività della contestazione; ma soprattutto nella lievitazione del novero di fattispecie disciplinari esclusive del lavoro pubblico, talora tipizzate dalla legge, con uno spostamento del baricentro del sistema verso la fonte eteronoma, centrata sul ruolo del legislatore.

Eppure, il profilo di criticità non va rinvenuto nella fonte – astrattamente coerente con una tradizione, quella del diritto del lavoro, che nell'integrazione eteronoma del contratto, seppure per lungo tempo in un'ottica prevalentemente *pro labor*, rinviene uno dei suoi tratti genetici – quanto piuttosto nei contenuti e soprattutto nella *ratio* di tale regolazione, che nel corso degli anni ha attribuito al potere disciplinare valenze ad esso estranee, sovente eccedenti la tradizionale funzione punitiva/dissuasiva propria di qualunque facoltà sanzionatoria e, nello specifico, della reazione datoriale all'inadempimento della controparte.

Si assiste, insomma, a una parziale, ma significativa rilegificazione, che determina una torsione del processo di unificazione e un'alterazione che sembra travalicare la dimensione contrattuale: il riassetto delle fonti, tuttavia, seppure tra non poche contraddizioni³¹, porta ancora ad escludere una ri-pubblicizzazione della materia disciplinare e a ribadirne la contrattualizza-

Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico, Editoriale Scientifica, 2009, 404 ss.; BAVARO, *Il potere disciplinare*, in CARABELLI U., CARINCI M. T. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, cit., p. 223, secondo il quale: "In tal senso, l'organizzazione della p.a. appare più conformata sul controllo e sulla sanzione dei singoli dipendenti che sulla direzione e organizzazione dell'attività produttiva".

³¹ Il riassetto delle fonti, tuttavia, non determina, *ex se*, ripubblicizzazione della materia. Di questo avviso anche VOZA, *Fondamento e fonti del potere disciplinare nel lavoro pubblico*, in LPA, I, 2011, p. 647, secondo cui "neppure il sensibile restringimento dello spazio regolativo in precedenza riservato all'autonomia collettiva, in una materia indubitabilmente riconducibile alla sfera del rapporto di lavoro, vale a mutare la natura negoziale del procedimento disciplinare e del suo atto conclusivo la sanzione che non (ri)acquista la natura di atto amministrativo".

zione³², anche per effetto di un rallentamento di questa “deriva” con la c.d. Riforma Madia (la l. 25 maggio 2017 n. 75).

La dottrina lavoristica, a sua volta, continua a resistere alla descritta torsione pubblicistica sulla base di diverse considerazioni, particolarmente con riferimento ai profili dell’esercizio “obbligatorio” dell’azione disciplinare e alla previsione *ex lege* di sanzioni, soprattutto se indirizzate all’estinzione del rapporto³³, rilevando innanzitutto come non sia mai venuta meno, seppure notevolmente ridotta (anche ai sensi dell’art. 55, co. 1), la discrezionalità valutativa, *ex art. 2106 c.c.*, del soggetto che esercita il potere³⁴.

6. Nostalgie di ripubblicizzazione e sollecitazioni alla decontrattualizzazione

Utilizzando come angolo di osservazione i profili inerenti al perimetro e al contenuto dei poteri datoriali appare indubbio che il legislatore abbia optato, insomma, per un intervento progressivamente invasivo del profilo obbligatorio del rapporto di lavoro³⁵: che questo sia dovuto all’imporsi di

³² MAINARDI, *Profili della responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, in RGL, I, 2010, p. 615; MAINARDI, *Sanzioni disciplinari e (nuove) responsabilità dei dipendenti pubblici: dalla legge al contratto collettivo, e ritorno*, in CARINCI F., MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*, Ipsoa, 2011, p. 461.

³³ Al riguardo si è da più parti osservato che la giurisprudenza costituzionale e quella di legittimità escludono meccanismi sanzionatori automatici e ribadiscono la discrezionalità del titolare dell’azione disciplinare, anche alla luce dell’art. 2106 c.c., a decidere se applicare o meno la sanzione all’esito del procedimento.

³⁴ Al riguardo, si richiama il caso della l. 12 giugno 1990 n. 146 sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, nella quale nonostante non vi siano dubbi in merito alla doverosità dell’azione disciplinare (*ex art. 13 della legge*), si considera la presenza di elementi distonici e di deviazioni dalle ordinarie dinamiche di esercizio del potere disciplinare funzionale alla realizzazione del contemperamento tra diritto di sciopero e diritti dell’utenza; tuttavia non conduce a ipotizzare un’alterazione del potere privatistico sino a trasformarlo in potere di diritto pubblico. In argomento v. SANTORO PASSARELLI G., *Il “ruolo” della Commissione di garanzia e la natura del potere sanzionatorio ex art. 4, l. n. 146 del 1990, sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in ADL, 1995, p. 139 ss.; PASCUCCI, *Le sanzioni*, in ID., *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali. Legge 146/1990 (modificata dalla legge n. 83 del 2000)*, Ipsoa, 2000, p. 100 ss.; ZOPPOLI A., *Responsabilità per sciopero illegittimo e potere sanzionatorio della Commissione di garanzia*, in PINO (a cura di), *Diritti Fondamentali e regole del conflitto collettivo*, Giuffrè, 2015, p. 389 ss.; SANTONI F., *Le sanzioni*, in SANTONI F. (a cura di), *Le regole dello sciopero. Commento sistematico alla legge 83/2000*, Jovene, 2001, p. 177 ss.

³⁵ Si è parlato di iniziative che hanno fatto “rientrare il diritto amministrativo dalla finestra”: D’ORTA, *L’organizzazione delle P.A. dal diritto pubblico al diritto privato: il fallimento di una riforma*, in LPA, 2011, p. 391 ss.

una logica decisionista e, talora, moralizzatrice, di taluni governi ovvero a una sfiducia nel ruolo delle parti sociali e della fonte collettiva, è quesito che, a dire il vero, richiederebbe troppo spazio e forse poca rilevanza in questa sede. È invece denso di ricadute sul piano interpretativo e su quello sistematico continuare a indagare la persistenza di vincoli (di sistema, appunto) alla definizione unilaterale dell'area del debito del lavoratore pubblico e, a valle di una risposta anche solo parzialmente positiva, adottare gli opportuni correttivi ermeneutici.

Già in altre occasioni³⁶ ci si è chiesti se non sia in atto una surrettizia, strisciante de-contrattualizzazione del rapporto di lavoro pubblico: un movimento di progressiva, quasi sempre implicita, sottrazione di spazio negoziale, sia esso rimesso all'autonomia collettiva ovvero inerente al profilo individuale e, dunque, alle modalità e ai limiti di esercizio del potere datoriale; un'azione che ingenera più di un dubbio di opportunità, particolarmente quando s'inizia a scendere lungo la scala gerarchica delle fonti, passando da quella primaria a strumenti indubbiamente meno solidi quanto a legittimazione democratica e non certo esaltanti in termini di resa tecnica. E tema ancora diverso è se questo fenomeno abbia come possibile esito una ripubblicizzazione della materia³⁷.

Va tuttavia ribadito ancora una volta che, in base alla teorica del rapporto di lavoro subordinato, l'accentuazione delle aree di determinazione unilaterale non presuppone la negazione del contratto, ma anzi lo richiede come strumento idoneo a legittimare l'esercizio del potere datoriale da un lato e, al contempo, a limitarlo dall'altro.

Se, come poc'anzi rilevato, sono diversi gli ambiti di regolazione caratterizzati da veri e propri microsistemi normativi, l'alternativa opposta alla fonte contrattuale viene ad essere quella legislativa: sicché le differenze tra coloro che propongono modifiche al d.lgs. 165/01 si concentrano spesso sul grado di ampliamento o restringimento dello spazio d'intervento della legge, anzi dovremmo dire delle leggi (e degli altri atti normativi) rispetto a quello del contratto.

³⁶ Si consenta, sul punto, di rinviare a GARGIULO, *La prestazione lavorativa tra prescrizioni etiche e obblighi contrattuali. Fonti e contraddizioni nella delimitazione dell'area di debito del dipendente pubblico*, in *LPA*, 2014, p. 17 ss.

³⁷ Ripercorrono le ragioni di questo fenomeno, tra gli altri, già CARINCI F., *Una dichiarazione d'intenti: l'accordo quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*, in *RIDL*, 2009, I, p. 199 ss.; RUSCIANO, *A due anni dalla cd. riforma Brunetta*, in *DLM*, 2011, p. 187 ss.; FIORILLO, *Il primato della legge e il ruolo subalterno della contrattazione collettiva*, in *LPA*, 2012, p. 31 ss.

È, ad avviso di chi scrive, agevole la previsione che se la competenza del contratto, particolarmente quella rimessa all'autonomia collettiva, venisse limitata in maniera drastica, si registrerebbe soltanto una già sperimentata moltiplicazione delle norme legislative in materia di personale pubblico, con i connessi fenomeni di corporativizzazione delle discipline, di politicizzazione se non di vero e proprio clientelismo, con l'inevitabile incremento dei costi e la ulteriore contrazione dei livelli di efficienza delle amministrazioni e, dunque, della qualità dei servizi resi. Ma a prescindere da valutazioni che attengono all'efficacia di una tale (reale o temuta) attività di riequilibrio in favore della legge, c'è da chiedersi se ciò determini di per sé solo una ripubblicizzazione del rapporto di lavoro pubblico. Anche a tale domanda, però, pare si debba rispondere negativamente.

Le iniziative di parziale o pressoché integrale ri-regolazione legislativa di ambiti di disciplina prima rimessi all'autonomia collettiva o addirittura, al potere datoriale privatisticamente esercitato dalla dirigenza, incidono infatti esclusivamente sul *quantum* della disciplina rimessa alla fonte legislativa piuttosto che a quella negoziale, non sull'attribuzione della medesima all'area della gestione dei rapporti di lavoro "con la capacità e i poteri" del privato (art. 5, co. 2), e tanto meno alla riconduzione, anche di quelle discipline, a un sistema che, seppure ibridato, deve continuare (*ex art. 2, co. 2*) a essere disciplinato "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" speciali inserite nel d.lgs. 165/01 (o, quanto meno, strettamente collegate ad esso³⁸).

A meno che il legislatore, con il classico colpo di penna, non cancelli tutto l'assetto della privatizzazione, sostituendovi un sistema integralmente alternativo: uno scenario (per vero distopico, considerata la fattura tecnica e la "visione" sistematica delle riforme legislative degli ultimi anni) che però, francamente, non appare all'orizzonte.

Piuttosto, nel concludere il ragionamento, è opportuno domandarsi se la mole di interventi di novella succedutisi nel corso di trent'anni non abbia, di fatto, come pure si legge di tanto in tanto, costruito un rapporto nuovamente speciale, parallelo e distinto rispetto al contratto di lavoro subordinato incardinato nella fattispecie dell'art. 2094 c.c.

³⁸ V. già RUSCIANO, ZOPPOLI L., *Art. 2 (Fonti)*, II, in CORPACI, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dell'organizzazione*, cit., p. 1072.

7. *Quale specialità?*

Una volta escluso, per le ragioni dette, che si stia determinando un fenomeno di “ripubblicizzazione” – eventualmente anche in una forma, forse meno estrema ma più strisciante, di “decontrattualizzazione”³⁹ – resta da chiedersi se lo spostamento dell’asse della regolazione verso la determinazione unilaterale possa essere ricondotto comunque a una prospettiva che non neghi la *ratio* originaria della privatizzazione.

Il tema della specialità torna infatti carsicamente a riproporsi nel dibattito tra gli interpreti, ma per affrontarlo continua a essere necessario un chiarimento preliminare. L’opzione del legislatore del ‘92-‘93 verso l’adozione del modello del contratto, pur con tutte le contraddizioni rilevate, non pare messa in discussione *ab imis*. Ciò non vuol dire che non vi possano essere esigenze, più o meno ampie e, diciamolo con chiarezza, più o meno reali, di specialità regolativa: ma questo è un altro discorso. Sin dai primi anni della privatizzazione, anche tra gli studiosi di indiscutibile “osservanza privatistica”, si rilevava come “se non c’è ‘specialità’ del rapporto, c’è sicuramente ‘specialità’ di disciplina”⁴⁰, una singolarità regolativa⁴¹ – “non una specialità di causa del contratto e, quindi, non un rapporto di lavoro speciale”⁴² come è stato ricordato più di recente – assolutamente compatibile con la natura contrattuale del rapporto e con la prospettiva, anzitutto ermeneutica, che l’accompagna.

Pur con tutte le precisazioni e i tratti di peculiarità accennati appare fermo che nel lavoro pubblico, al pari che nel lavoro privato, il contratto rappresenti ancora “l’infrastruttura giuridica più adeguata a contemperare interessi organizzativo e tutele del lavoro”⁴³ e in effetti, l’art. 2, co. 2, d.lgs. 165/01

³⁹ GARILLI, BELLAVISTA, *Riregolazione legale e decontrattualizzazione: la neoibridazione normativa del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *LPA*, 2010, 1, p. 1 ss.

⁴⁰ RUSCIANO, ZOPPOLI L., *Art. 2 (Fonti)*, cit., p. 1072.

⁴¹ ZOLI, *Il contratto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni: dallo Statuto dei lavoratori alla riforma Madia e oltre*, in ESPOSITO M., LUCIANI V., ZOPPOLI A. (a cura di), *Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori*, *QDLM*, 10, 2021, p. 304, parla della “formazione di un diritto privato differenziato o di statuto speciale privatistico per i rapporti di lavoro pubblico”.

⁴² BOSCATI, *La specialità del lavoro pubblico. Fonti legali e fonti contrattuali nella progressiva evoluzione del sistema normativo tra organizzazione e disciplina del rapporto di lavoro*, in *LPA*, 3, 2018, p. 1 ss.

⁴³ ZOPPOLI L., *Le metamorfosi del lavoro pubblico in trent’anni di riforme: tra sterili miti e mostri fecondi*, in GARGIULO, ZOPPOLI A., *Il lavoro pubblico*, cit., p. 514.

valorizza l'autonomia contrattuale, tanto individuale quanto collettiva, come cardine dell'assetto regolativo del lavoro pubblico contrattualizzato. Da esso discendono gli obblighi strettamente legati alla posizione professionale rivestita e ne deriva la vincolatività degli obblighi assunti *ex contractu* che determinano, formalmente con la costituzione del rapporto, la delimitazione dell'area di debito del lavoratore: una delimitazione che va anticipata sin dalla fase di offerta del lavoro (*idest* il bando di concorso), impegnando l'amministrazione a specificare il contenuto della prestazione nell'instaurando programma negoziale, integrandovi sia le conoscenze tecniche che – oggi sempre di più – le competenze c.d. trasversali richieste⁴⁴ al dipendente.

Accanto al contratto individuale vi è il ruolo centrale della contrattazione collettiva, contemplata dal richiamato dispositivo di raccordo tra le fonti contenuto nell'art. 2, co. 2, d.lgs. 165/01, a mente del quale il contratto collettivo assume il ruolo di fonte preferenziale di regolazione del rapporto di lavoro pubblico (per taluni profili, quali quelli retributivi, una competenza pressoché esclusiva) e di matrice degli elementi di obbligo destinati a confluire nella relazione negoziale individuale.

Ciononostante, nel tempo si è assistito, come visto, a una revisione delle aree di competenza del contratto (soprattutto collettivo) rispetto alle fonti unilaterali, *in primis* ma non solo la legge. Si è trattato di un andamento tutt'altro che lineare e uniforme, sovente condizionato dagli orientamenti politici delle maggioranze di governo e dal clima di maggiore o minore fiducia nutrita nei confronti delle parti sociali e, dunque, del ruolo da riconoscere all'autonomia collettiva nella disciplina del lavoro pubblico, nonché della stessa dirigenza chiamata a incarnare il datore di lavoro nelle P.A. La linea di demarcazione tra negozialità e unilateralità non pare disegnata con geometrica precisione: sono sempre più numerosi, invero, gli ambiti regolativi caratterizzati da contorni sfumati, in relazione ai quali piuttosto che al concetto di confine appare opportuno ricorrere a quello di frontiera, contraddistinta da maggiore ampiezza e da una sorta di *no man's land*, nella quale i conflitti sono frequenti e gli strumenti di risoluzione degli stessi risultano connotati da fisiologica incertezza e basati più sui rapporti di forza che sulla cogenza delle regole.

⁴⁴ Esattamente in questi termini PINTO, *Concorsi pubblici e professionalità del dipendente*, in GARGIULO, ZOPPOLI A. (a cura di), *Il lavoro pubblico*, cit., p. 348, citando LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, 1982, pp. 52 e 57.

Sono peraltro ancora numerosi gli ambiti nei quali lavoro privato e impiego pubblico possono essere ricondotti a un unico *corpus* normativo. Semmai occorre ragionare, laicamente, dei margini di peculiarità regolativa di cui il lavoro pubblico effettivamente abbisogna, evitando invece, sulla base di critiche oscillanti tra il pregiudizio ideologico-culturale e una superficiale verifica di attuazione e di effettività degli istituti, il ricorso, sempre più frequente, ma non per questo meno a-sistematico, alla fonte di regolazione pubblicistica unilaterale; e neppure soltanto di rango primario.

C'è da chiedersi, ancora, se la possibilità d'integrare il contratto di lavoro perché esso sia in grado di rispondere – non *ex se*, ma (solo) nel contesto dell'organizzazione amministrativa nella quale è inserito – a finalità ulteriori, di volta in volta individuate e connesse all'interesse generale cui è diretta l'azione amministrativa, imponga di snaturare il contratto medesimo ovvero ipotizzarne una specialità causale e non piuttosto, come pare preferibile sul piano dell'efficacia e corretto su quello sistematico, considerarne “fisiologica” l'integrazione ad opera della fonte eteronoma, così com'è del resto sempre accaduto nel diritto del lavoro, che nasce e si sviluppa con una cifra di contenuto inderogabile *ex lege*⁴⁵ che ha pochi eguali nel nostro ordinamento.

A cambiare, rispetto al passato, sono semmai la *ratio* e l'oggetto di questo intervento di specializzazione della regolazione, funzionale in tal caso non ad assicurare, come nella tradizione della disciplina, la riduzione dell'asimmetria coesenziale al rapporto di lavoro, dunque come fattore di riequilibrio tra le posizioni delle parti e di limitazione del potere datoriale, bensì per consentire l'ingresso nel regolamento d'interessi – ma non nella causa del contratto (non essendo questo genere d'integrazione necessaria) – di profili che tengano conto di esigenze (pubbliche) esterne al rapporto di lavoro e connesse al ruolo e ai compiti dell'amministrazione rispetto ai destinatari dell'azione.

Sfuggendo tuttavia alla tentazione d'invocare un'attività di razionalizzazione ad opera del legislatore (che in questa materia è sempre un po' come suggerire l'apertura del vaso di Pandora...), ciò significa – allo stato – quanto meno evitare l'aggressione del sistema e, prima ancora, del modello organizzativo e regolativo sul quale è stata costruita la riforma del pubblico impiego, ma soprattutto porsi in un'ottica che, nella quotidiana attività interpretativa,

⁴⁵ Per tutti, ancora, DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, 1976.

si muova utilizzando quale strumento principale di lettura e di applicazione degli istituti del rapporto quella che fu definita la “norma chiave”⁴⁶ della riforma: il più volte richiamato art. 2, co. 2, d.lgs. 165/01 (allora d.lgs. 29/93).

Utilizzando questa prospettiva ermeneutica, pertanto, in carenza di disciplina speciale i vuoti regolativi andranno colmati ricorrendo alla normativa generale lavoristica – al codice civile e alle leggi sul lavoro nell’impresa privata, per dirla con il primo capoverso del citato art. 2 – e semmai pure all’analogia, ma nell’ambito ordinamentale al quale è ricondotta la disciplina del lavoro privato⁴⁷.

Ciò non vuol dire che non occorra una riflessione pacata, libera da ipocrisie, calcoli politici e opportunismi settoriali, sulla rilevanza, anzi la centralità, dello strumento del contratto nel lavoro pubblico. Probabilmente, salvo il ricorso imprescindibile alle categorie generali, necessario proprio nell’attività ermeneutica e funzionale a colmare i vuoti di disciplina o a risolvere le concrete problematiche applicative, occorre accantonare quelle letture relative al contratto che – strumentalmente per chi vuole aggredirlo, con poca convinzione in capo a chi lo difende “d’ufficio” – leggono la prospettiva contrattuale attraverso modelli semplicisticamente unificanti.

Uno sguardo attento agli altri ambiti dell’ordinamento che utilizzano ormai stabilmente lo strumento negoziale, porta ad affermare che, in un contesto normativo fisiologicamente pluralista e in una società caratterizzata dalla complessità, anche il contratto di lavoro vada ormai declinato al plurale.

Del resto, che vi siano ragioni di specialità (esclusivamente) di disciplina, non si può né vuole di certo negarlo, ma per rispondere a indiscutibili esigenze di differenziazione regolativa non è affatto necessario rinunciare al contratto e alla sua fisiologica dinamicità, piuttosto che limitarsi ad adattarlo a esse⁴⁸.

⁴⁶ ZOPPOLI L., *Il sistema delle fonti di disciplina del rapporto di lavoro dopo la riforma: una prima ricognizione dei problemi*, in RUSCIANO, ZOPPOLI L., *L’impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Giappichelli, 1993, p. 4.

⁴⁷ Di diverso avviso chi sottolinea come la specialità sia tale da portare alla negazione di una disciplina comune, per rinvenire nello stesso TUPI i principi-criteri di soluzione dei conflitti, prendendo le mosse dalla diversa *ratio* della disciplina. Mi sembra questa la posizione di CARINCI F., *Il diritto del lavoro pubblico è speciale?*, in *LPA*, 2023, p. 3 ss.

⁴⁸ In questa linea sembrerebbe anche la posizione di parte della dottrina amministrativistica: ad esempio MATTARELLA B. G., *Norme generali e norme speciali nella disciplina del pubblico impiego*, in GARGIULO, ZOPPOLI A. (a cura di), *Il lavoro pubblico*, cit., p. 45 ss., osserva: “La disciplina del pubblico impiego è una disciplina speciale, al pari di altre discipline che riguardano le pub-

Con uno sforzo di approfondimento concettuale e riprendendo quella spinta propositiva che caratterizzò la dottrina protagonista della stagione delle riforme, probabilmente siamo chiamati a un ripensamento teorico della regolazione del lavoro, e all'interno di esso, del lavoro pubblico, attraverso l'adozione di una prospettiva, come usa dire, *a geometria variabile*: cioè che, percorrendo l'asse della regolazione, vada dalla disciplina del lavoro privato nell'impresa a quella dell'impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, passando per il lavoro in favore di datori non imprenditori (come nel terzo settore) o per quello reso all'interno del variegato mondo delle aziende partecipate da enti pubblici: contesti, tanto i primi quanto i secondi, caratterizzati da inevitabili e, direi, fisiologiche ibridazioni ma pur sempre "varianti di un unico rapporto"⁴⁹.

bliche amministrazioni, come quella dei contratti pubblici e quella delle società pubbliche. Queste discipline derogano alle corrispondenti discipline generali – quella del lavoro privato, quelle codicistiche del contratto e delle società di capitali – o, più spesso, le integrano, per disciplinare aspetti che le discipline privatistiche non regolano (come, nel pubblico impiego, la selezione dei dipendenti, i loro doveri, le parti della contrattazione collettiva)". Mi trova meno d'accordo, però, il prosieguo della riflessione, quando si rileva che "le discipline speciali, compresa quella del pubblico impiego privatizzato, cercano di risultare conformi al diritto privato e di indurre o simulare le dinamiche privatistiche anche nel settore pubblico" (pp. 45-46); una cosa è infatti ragionare in termini di specialità di disciplina e d'integrazione di una disciplina generale, altro è valutare questi fenomeni in termini di *conformità* al diritto privato o addirittura di *simulazione* delle dinamiche privatistiche: concetti che sottolineano un'alterità del pubblico impiego rispetto al diritto privato (o, più correttamente, al diritto del lavoro privatistico), che in qualche modo contraddice la (semmai pure condivisibile) premessa. Si consenta dunque un più ampio rinvio a GARGIULO, *Il rapporto di lavoro pubblico dopo trent'anni: contratto, specialità e tentativi di ripubblicizzazione*, in GARGIULO, ZOPPOLI A. (a cura di), *Il lavoro pubblico*, cit., p. 307 ss.

⁴⁹ GIANNINI, voce *Impiego pubblico*, cit., p. 305.

Abstract

Il contributo esamina la relazione tra diritto amministrativo e diritto del lavoro nella regolazione dei poteri del datore di lavoro pubblico, differenziando le spinte verso la ripubblicizzazione dalla tendenza alla “decontrattualizzazione” del lavoro pubblico. Il saggio segnala anche la necessità di distinguere tra esigenze di specialità inerenti alla disciplina del lavoro pubblico e revisione del ricorso al modello negoziale per la disciplina dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni.

The contribution explores the relationship between administrative law and labour law in regulating the powers of public employer, differentiating the push towards republishing and the trend towards the “decontractualisation” in public employment. The essay underscores the importance of distinguishing between specific requirements related to the regulation of public employment and overhaul of the negotiation model used to manage labor relations in the public sector.

Keywords

Lavoro pubblico, poteri datoriali, legge, contratto, specialità.

Public employment, employer prerogatives, law, contract, specialty.