

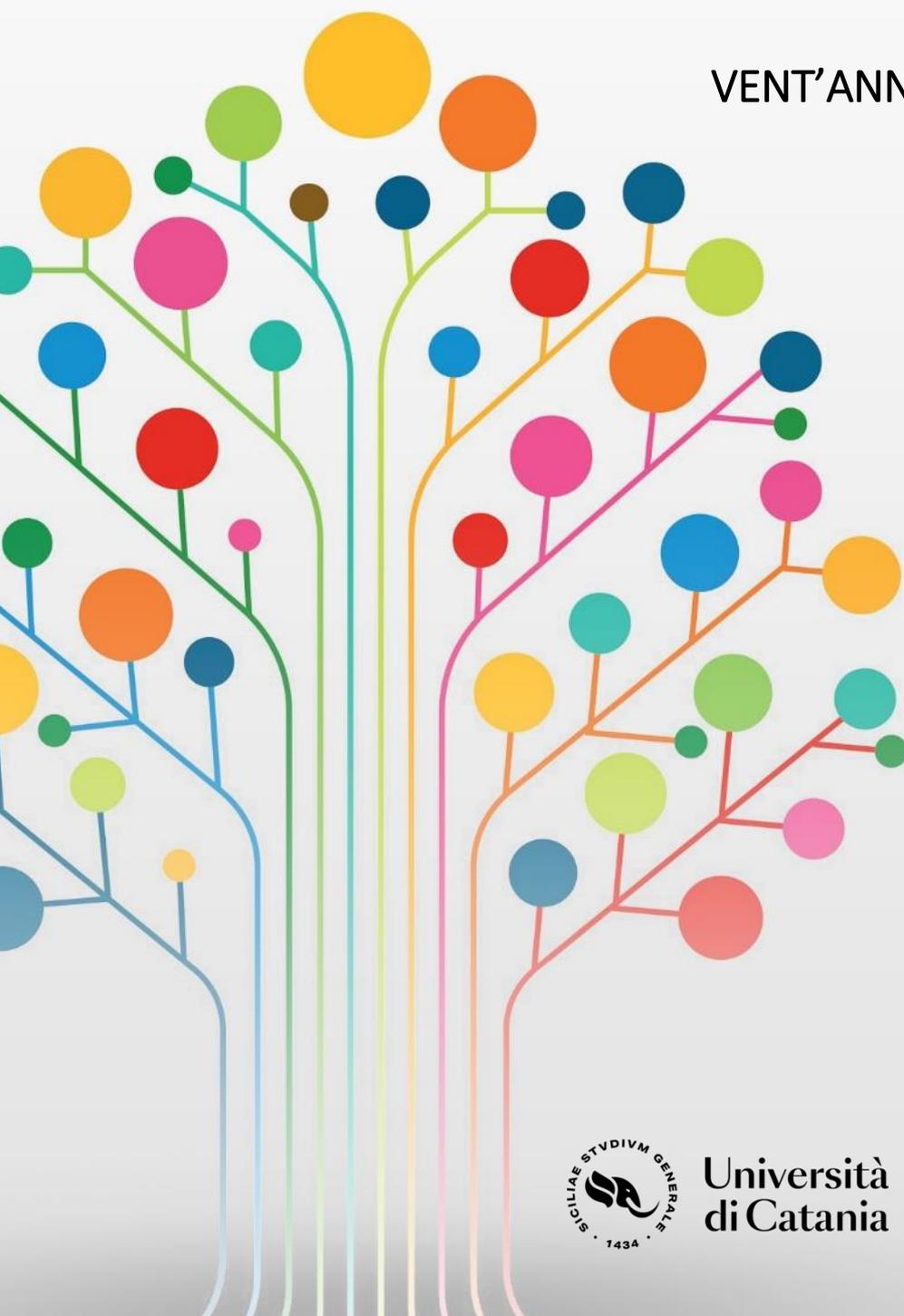
COLLECTIVE VOLUMES

20 20 Venti Maggio

BIBLIOTECA DEL CENTRO STUDI DI
DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO
"Massimo D'Antona"

IL LAVORO PUBBLICO A VENT'ANNI DALLA SCOMPARSA DI MASSIMO D'ANTONA

a cura di
Bruno Caruso



Università
di Catania



Centre for the Study of
European Labour Law
"MASSIMO D'ANTONA"

Con contributi di

BRUNO CARUSO, Università di Catania

LORENZO ZOPPOLI, Università di Napoli "Federico II"

ANNA ALAIMO, Università di Catania

ELISA D'ALTERIO, Università di Catania

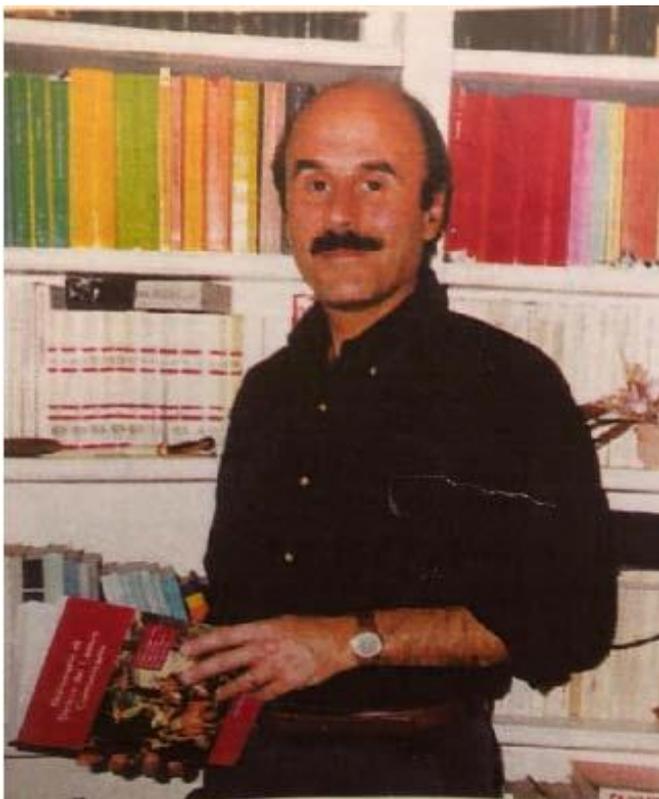
ANTONIO LO FARO, Università di Catania

MARIAGRAZIA MILITELLO, Università di Catania

VERONICA PAPA, Università di Catania

GIANCARLO RICCI, Università di Catania

LOREDANA ZAPPALÀ, Università di Catania



Il lavoro pubblico a vent'anni dalla scomparsa di Massimo D'Antona*

a cura di
Bruno Caruso

SOMMARIO

Presentazione	
Bruno Caruso	1
Le riforme e il lavoro pubblico: la 'legge Madia' e oltre Miti, retoriche, nostalgie e realtà nell'eterno ritorno' allo statuto speciale del lavoratore pubblico- A Massimo D'Antona, in memoria	
Bruno Caruso	6
Perché una quarta riforma del lavoro pubblico?	
Lorenzo Zoppoli	66
Dalla "riforma Madia" al "decreto dignità". Le (poche) novità e le (molte) aporie della disciplina del lavoro a tempo determinato e delle collaborazioni autonome nel settore pubblico	
Anna Alaimo	77
La valutazione della <i>performance</i> nelle pubbliche amministrazioni: stato dell'arte e nodi (ancora) da sciogliere	
Elisa D'Alterio	112
'Premiare stanca' La retribuzione incentivante tra riforme routinarie e limiti strutturali	
Antonio Lo Faro	125

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". Collective Volumes - 8/2019

Etica comportamentale, procedimento disciplinare e sanzioni. <i>L'homo novus</i> nel pubblico impiego?	
Mariagrazia Militello	138
Contrasto alla <i>maladministration</i> e segnalazione di irregolarità: il <i>whistleblowing</i> e la (ri)conversione etica dei dipendenti pubblici	
Veronica Papa	161
L'impatto della "riforma Madia" (e delle più recenti misure del governo "gialloverde") sulla dimensione macro-organizzativa: programmazione dei fabbisogni, concorsi, stabilizzazioni	
Giancarlo Ricci	187
La regolazione asintotica del licenziamento: <i>ratio</i> ed effetti della differenziazione tra lavoro pubblico e lavoro privato	
Loredana Zappalà	213

Presentazione

Bruno Caruso

Il 20 maggio di quest'anno ricorrono venti anni dalla morte di Massimo D'Antona. La sua memoria è ancora nitida in chi ha condiviso con lui il magistero universitario e non solo. La scuola catanese intende ricordarlo con un numero speciale dei quaderni di *Diritti Lavori Mercati*, di prossima pubblicazione, interamente rivolto al tema delle riforme del lavoro pubblico, notoriamente caro al Maestro e a Lui dedicato, di cui queste pagine costituiscono una presentazione.

Ci sono diverse ragioni per cui la figura di Massimo D'Antona può dirsi ancora presente e punto di riferimento della comunità dei giuslavoristi. Ci si riferisce, ovviamente, al suo pensiero perché la mancanza fisica - del suo volto, del suo sorriso, della sua voce, delle sue parole, dei suoi consigli - è sempre lancinante e incolmabile.

Massimo D'Antona, e i suoi scritti, ci dicono ancora molto su almeno quattro temi oggetto di dibattito scientifico, non solo nazionale. Sono questioni che non esauriscono ovviamente la sua elaborazione¹, trattandosi, quasi, di orizzonti di senso della disciplina, atti a sussumere interventi diversi e approfondimenti sparsi, ma tutti riconducibili a unità sistematica di pensiero. In questa chiave di lettura intendiamo ricordarli e riferirci a essi.

In primo luogo, Massimo D'Antona ci avverte della perdurante natura umanistica e personalistica del diritto del lavoro; anzi ci sollecita alla necessaria riscoperta e al rilancio di un tale approccio nell'epoca di rinnovato dominio della tecnica e di nuovi apparati in grado di stravolgere la morfologia novecentesca del lavoro che già si andava stagliando mentre scriveva. In tal senso non manca di rimarcare la natura assolutamente peculiare del diritto del lavoro come sistema di diritto fondato su solide infrastrutture ideali e filosofiche, prima ancora che economiche. Nessuna regola, nessun concetto, nessuna elaborazione dottrinale che riguardi uno strumento di mediazione sociale come questo diritto delle società complesse, può prescindere da un suo fondamento filosofico riconducibile all'essere un diritto a misura di persona, a cui le regole dell'economia devono se non piegarsi, almeno adattarsi e, comunque, tenerne conto. La natura di questo diritto, o di questo sottosistema, non serve a ridurre la complessità sociale, anzi, per certi aspetti, la aumenta e a questo devono rassegnarsi sociologi, economisti ma anche i cultori dell'analisi economica del diritto. Pensare il contrario significa limitare il diritto a mera "pertinenza dell'economia", al più, sottosistema dipendente dal mercato e ciò sarebbe un'operazione algida di strutturalismo o di funzionalismo retrò. La ripresa degli studi sul fondamento filosofico del diritto del lavoro, su regole giuridiche a misura della persona e delle sue capacità², sulla crisi della ideologia della ipostatizzazione e astrazione collettivistica e dei suoi simboli/strumenti tecnici

¹ Pochi giuslavoristi contemporanei hanno abbracciato una pluralità di temi e questioni anche apparentemente marginali, come ha fatto Massimo: la raccolta delle sue opere sta ancora a dimostrarlo. Massimo D'Antona *Opere*, a cura di Caruso e Sciarra, Milano, Giuffrè, 2000.

² Penso a recenti volumi collettanei come *Philosophical Foundations of Labor Law* a cura di Hugh Collins, Gillian Lester e Virginia Mantouvalou, OUP 2018; *The capability approach*, a cura di Brian Lagille, OUP, 2019.

(l'interesse collettivo, la norma inderogabile ecc.), possono solo giovare di tanti contributi di Massimo D'Antona.

Il secondo tema che lo ha a lungo occupato, e che si intende segnalare, è la costruzione dell'ordinamento giuridico Europeo, oggi oggetto di contesa politica prima ancora che scientifica. Ciò conferma come Massimo D'Antona abbia contribuito, insieme ad altri, ad aprire gli orizzonti nazionali e statualisti dei giuristi del lavoro in largo anticipo. La rivisitazione di questo spettro del suo articolato pensiero assume oggi una particolare valenza; si sta attraversando, infatti, un periglioso snodo della storica vicenda unitaria in cui all'utopia realistica di un grande contenitore non solo politico, giuridico, economico e sociale, ma anche ideale e culturale come l'Europa, si è tentati di rinunciare anche da parte di chi lo fa in nome del fumoso enunciato per cui occorrerebbe una "ben altra Europa o un'Europa diversa". Prima di aspirare, legittimamente, ad altro, a equilibri più avanzati, a forme più ambiziose di integrazione sociale e politica, bisogna pragmaticamente tenersi stretto l'*acquis* e difendere quel che si è costruito in più di mezzo secolo di storia; che è poi l'unico modo per continuare a riprendere il cammino di riforme europee, ancorché fatto di piccoli passi; l'alternativa non è certo cadere nella tentazione del *cupio dissolvi* che genera solo rimpianti successivi.

Il terzo luogo di condensazione teoretica, e di perdurante presenza e attualità del pensiero di Massimo D'Antona, è costituito dalle sue riflessioni sulla legge e sul soggetto sindacale. Massimo D'Antona non si è limitato a fiancheggiare l'organizzazione sindacale, in particolare la CGIL, come un qualunque militante (dalla sua collaborazione alla RGL, al suo ruolo preminente nella consulta dei giuristi); è stato animatore culturale e progettuale del movimento sindacale nella sua complessità e non solo di una parte; ha praticato l'unità sindacale nel senso che le sue riflessioni, se partivano dalla esperienza del sindacato di classe più che dal sindacato "agente negoziale", si aprivano a una visione moderna ma anche post moderna del suo ruolo e della sua funzione. I suoi scritti sulla crisi della rappresentanza e sulla necessità del rilancio dell'attore collettivo- anche attraverso una nuova stagione di regole che ne confermassero e ne esaltassero la sua natura di formazione sociale democratica, con al centro, anche qui, la persona e le sue istanze di partecipazione repubblicana- continuano a essere fonte inesauribile di ispirazione per chi si voglia confrontare con il tema. Non solo regole, ma anche ruolo e funzione del sindacato (chi rappresenta chi e cosa) costituiscono la sottile filigrana che tiene insieme gli scritti di Massimo sul tema. Quale debba essere il ruolo del sindacato nell'epoca del lavoro che si infratta, ma anche che si frantuma, si fessura, e si frastaglia come il delta di un fiume, è riflessione che Massimo D'Antona, con la sua attuale presenza, continua a sollecitare. Si vuole riproporre, a tale proposito, una sua bellissima frase che abbiamo rilanciato dieci anni fa come *leitmotiv* del congresso catanese dell'AIDLASS a lui dedicato, e che dimostra, una volta di più, la perdurante attualità del suo pensiero. Scriveva D'Antona: "La storica contrapposizione tra l'imprenditore e il lavoratore subordinato – portatore ciascuno di precise e monolitiche istanze – si stempera [...] in una serie di confronti tra una pluralità tipologica di imprenditori e soprattutto in una molteplicità di figure di lavoratori". Ogni parola è densa di contenuti e merita riflessione, nel senso che schiude altri significati e mette in moto ricorsivamente la ruota del pensiero attivo.

Infine, quarto e ultimo tema molto caro a Massimo D'Antona non solo come autore ma anche come ingegnere istituzionale e sociale riformista, prestato a prestigiosi incarichi di *grand commis d'état*: il lavoro pubblico e la sua riforma; tema al quale, come si diceva all'inizio, si è dedicato il fascicolo che si presenta. Si tratta di contributi che prendono spunto da un passato convegno ma

che si è deciso di riconsiderare e presentare in dimensione più strutturata proprio in funzione della sua dedica e della ricorrenza.

La questione del lavoro pubblico intrigava intellettualmente D'Antona anche perché la collocava nel più ampio contesto della riforma dello stato; questione nazionale notoriamente irrisolta negli anni di costruzione dello stato unitario e tutt'oggi perdurante. Una grande porzione dei mali atavici che frenano lo sviluppo non solo economico, ma anche culturale e civile del nostro paese (di cui l'ultima radiografia del Censis è la più nitida raffigurazione), derivano - secondo la condivisibile visione di D'Antona - dalle mancate (o dai ripetuti fallimenti delle) riforme della pubblica amministrazione e quindi, alla fine, dal controverso e irrisolto rapporto tra i cittadini e le proprie istituzioni pubbliche che altro non sono che condensati di lavoro umano, nel caso italiano, mal gestito e mal organizzato. È bene ricordare che la prima riforma, che prende il nome di Sabino Cassese, fu realizzata nella prospettiva di adesione all'Euro e del necessario salto di qualità che occorreva imprimere al sistema paese e alle sue istituzioni pubbliche, considerato presupposto del processo di adesione a un'Europa più integrata non solo nella sua economia ma anche nella efficienza degli apparati amministrativi nazionali.

Dopo quattro cicli di riforme forse un legislatore tecnicamente sprovveduto o politicamente ingenuo può ancora pensare che, con riguardo alle riforme amministrative, occorra demolire quel che si è fatto e ricominciare da capo. Le esperienze dei cicli di riforme pregresse dimostrano, come sottolineato da diversi degli autori dei saggi contenuti nel fascicolo, che un legislatore che immagini sé stesso come *deus ex machina* del processo di cambiamento delle prassi, dei comportamenti e dello stile amministrativo delle istituzioni italiane sia destinato solo a fallire. Le regole di natura legale possono accompagnare il cambiamento delle prassi, indirizzarle ma non determinarle e soprattutto devono avere chiaro l'orizzonte progettuale di un'amministrazione partecipata, proattiva, collaborativa, ove il lavoro dei dipendenti pubblici e l'attività manageriale e organizzativa dei dirigenti, costituisca la necessaria cerniera tra il funzionamento degli apparati e le domande e le esigenze dei cittadini, che si rivolgono alle pubbliche amministrazioni per riceverne soprattutto servizi e non prebende o prestazioni assistenziali.

I saggi del fascicolo si confrontano con la quarta riforma, quella che prende il nome dalla passata ministra Madia ma con un occhio al futuro prossimo venturo, quello segnato dal governo del cambiamento e dalla ministra Bongiorno. Il filo conduttore del volume è il ritorno al futuro, ma sulle spalle di un gigante quale fu appunto Massimo D'Antona e la sua originale elaborazione di pensiero riformista sul lavoro pubblico. Ritorno al futuro significa rilancio, in guise rinnovate, della idea forte dell'unità di regolazione tra pubblico e privato nel rispetto delle necessarie e sostenibili differenze regolative. Ma significa anche critica alle posizioni di chi consapevolmente incoraggia la messa in soffitta dell'unità regolamentare (dottrina, giudici e decisori politici) e di chi, pure tra le fila dei giuslavoristi appare dimentico della lezione di "riconosciuti maestri" (oltre D'Antona, Rusciano, Carinci, solo per citarne alcuni), finendo, più o meno consapevolmente, per accettare come un dato di fatto ineluttabile o la fine di una utopia il processo di ri-pubblicizzazione delle regole del lavoro.

Quel che più sorprende è la piattaforma teoretica di taglio metagiuridico che spiegherebbe e giustificerebbe il processo di specializzazione e che finisce pure per sostituire le teorie ottocentesche basate sull'interesse e sulla funzione dei poteri pubblici: vale a dire la pretesa cifra morale e etica di chi svolge un *munus* più che un lavoro presso le pubbliche amministrazioni, che finirebbe per distinguere ontologicamente il lavoro pubblico dal lavoro privato; ciò anche in virtù

di disposti costituzionali di segno morale e valoriale piuttosto che funzionale (la fedeltà alla nazione piuttosto che il buon andamento, l'imparzialità non come effettiva scelta dei migliori e quindi connessa al buon andamento, ma come obbligo di comportamento eticamente onesto).

I saggi che si presentano- e le analisi ivi contenute- vogliono pertanto essere uno stimolo culturale e un segnale di svolta a disposizione della dottrina, giovane e meno giovane, che intenda approcciarsi al lavoro pubblico nello spirito di Massimo D'Antona: non come ritorno al passato di una partizione speciale della disciplina generale, di competenza di una ristretta schiera di chierici amanti di astruserie concettuali, di regimi iperspeciali e di complesse alchimie regolative; ma come ritorno al futuro confronto con una delle tante arene della complessità sociale con cui deve misurarsi il diritto del lavoro- e la sua comunità scientifica – per dare risposte, anche regolative, all'altezza di tale complessità. Una disciplina, dunque, che rimane necessariamente articolata nelle sue partizioni perché si specchia, più di ogni altra, nel cambiamento sociale e istituzionale, ma pur sempre unitaria nei suoi principi e che comprende pure il lavoro pubblico.

I primi due saggi, a firma di Bruno Caruso- che è pure curatore del volume- e di Lorenzo Zoppoli- rispettivamente, *Le riforme e il lavoro pubblico: la 'legge Madia' e oltre. Miti, retoriche, nostalgie e realtà nell' 'eterno ritorno' allo statuto speciale del lavoratore pubblico* e *Perché una quarta riforma del lavoro pubblico?* - costituiscono la cornice generale su cui si innestano i saggi su specifici istituti.

Anna Alaimo, *Dalla "riforma Madia" al "decreto dignità". Le (poche) novità e le (molte) aporie della disciplina del lavoro a tempo determinato e delle collaborazioni autonome nel settore pubblico*, analizza i processi di inutile complessità e specialità degli sviluppi regolativi in materia di lavoro a termine e lavoro autonomo nelle pp.aa. (anche per effetto della legislazione successiva alla "riforma Madia") e sottolinea la mancanza di un ripensamento generale della disciplina della flessibilità in entrata nel settore pubblico e di un coordinamento con le regole vigenti nel settore privato. Elisa D'Alterio, *La valutazione della performance nelle pubbliche amministrazioni: stato dell'arte e nodi (ancora) da sciogliere*, si occupa criticamente del tema della valutazione, ritenendo l'ultima riforma ancora insufficiente a risolvere tutti i problemi. Antonio Lo Faro, *"Premiare stanca": la retribuzione incentivante tra riforme routinarie e limiti strutturali*, analizza i tratti salienti della riforma per interrogarsi su quanto da sempre ha costituito un punto critico delle precedenti esperienze: ovvero la piena equiparazione, o quantomeno la tendenziale comparabilità, tra le dinamiche della contrattazione di produttività nel settore privato e nella pubblica amministrazione. Mariagrazia Militello, *Etica comportamentale, procedimento disciplinare e sanzioni. L'homo novus nel pubblico impiego?*, affronta il tema della ri-specializzazione nel segno della pubblicizzazione del potere disciplinare; si tratta di un istituto che, più di altri, dà la cifra delle ultime riforme del lavoro pubblico all'insegna della "nuova etica comportamentale", che tanto sembra affascinare sia i giudici della Cassazione, sia i legislatori. Veronica Papa, *Contrasto alla maladministration e segnalazione di irregolarità: il whistleblowing e la (ri)conversione etica dei dipendenti pubblici*, si cimenta sul nuovo istituto, in modo critico e non meramente descrittivo, con una analisi in chiaroscuro, dedicata tanto alle potenzialità applicative quanto ai limiti regolativi della disciplina, evidenziandone anche i tratti che unificano l'ambiente di lavoro pubblico e privato (piuttosto che quelli di irragionevole specializzazione). Giancarlo Ricci, *L'impatto della "riforma Madia" (e delle più recenti misure del governo "gialloverde") sulla dimensione macro-organizzativa: programmazione dei fabbisogni, concorsi, stabilizzazioni*, si sofferma su quei segmenti di disciplina certamente più attratti dal versante pubblicistico della

regolazione (fase programmatoria delle assunzioni e concorsi), e tuttavia con una curvatura regolativa ora più marcatamente ispirata ai principi di buon andamento ed efficienza della p.a., cui tende ad adattarsi e, in qualche modo, ad integrarsi anche il principio di imparzialità. Loredana Zappalà, *La regolazione asintotica del licenziamento: ratio ed effetti della differenziazione tra lavoro pubblico e lavoro privato*, infine, si confronta con il tema della specializzazione della disciplina del licenziamento, sotto il duplice profilo della “tipizzazione” delle causali di licenziamento, ma anche e soprattutto del fondamento della tutela rimediale unica, che segna un ulteriore e delicato punto di divaricazione della regolazione fra lavoro pubblico e lavoro privato.

Le riforme e il lavoro pubblico: la 'legge Madia' e oltre
Miti, retoriche, nostalgie e realtà nell' 'eterno ritorno' allo statuto speciale del
lavoratore pubblico

A Massimo D'Antona, in memoria

Bruno Caruso

(I)

Premessa.	8
1. Il ciclo di riforme del lavoro pubblico: dalla riforma Cassese alla progettata riforma Bongiorno.	9
2. La persistente natura privatistica del lavoro pubblico: cinque principi basilari.	12
3. Una buona notizia per i cultori dello statuto speciale: la crisi (perdurante) del principio di unificazione del lavoro pubblico e del lavoro privato. Ma è vera crisi?	14
4. La tesi della ri-pubblicizzazione carsica: il lavoratore "etico", nuovo "Angelus Novus" della pubblica amministrazione italiana.	18
4.1. La ri-pubblicizzazione carsica come "tigre di carta": alcuni possibili argomenti controfattuali.	19
5. Per un riposizionamento concettuale della tesi della unificazione del lavoro pubblico e del lavoro privato. Tre possibili percorsi.	23
5.1. La persistenza della pubblica amministrazione come datore di lavoro dotato di poteri di gestione privatistici.	24
5.2. Logiche e metodi di gestione nelle imprese e nelle pubbliche amministrazioni: scopi e vincoli sempre più comuni.	26
5.3. Il nuovo diritto "comune" del lavoro: il <i>personal work nexus</i> e le <i>capabilities</i> del lavoratore pubblico come cerniera tra amministrazione e cittadini utenti.	29

(II)

6. Una nuova stagione di riavvicinamento del lavoro pubblico e del lavoro privato.	31
6.1. Differenziazioni postulate, improbabili e giustificate nei percorsi della Corte Costituzionale e del legislatore.	31
7. I percorsi della Corte Costituzionale: dalla originaria comprensione e difesa del progetto di unificazione, al suo offuscamento e... ritorno.	32
7.1. La fase della difesa ...	32

7.2. La fase dell'offuscamento: alcune sentenze "minori".	34
7.2.1. L'abbaglio (perdurante) sulle progressioni verticali.	36
7.3. Il ritorno... la sentenza n. 178/2015.	39
8. I percorsi del legislatore. Differenziazione e/o specializzazione di regimi regolativi del lavoro pubblico: necessaria, opportuna, superflua, illegittima.	41
8.1. Differenziazione normativa necessaria ad alto tasso di adattamento specificativo.	41
8.1.1. Vincoli di bilancio e contrattazione del salario.	41
8.1.2. L'accesso all'impiego pubblico e il regime delle incompatibilità.	42
8.2. Differenziazione opportuna a basso tasso di adattamento specificativo.	46
8.2.1. Orario e tempo di lavoro.	46
8.2.2. Retribuzione.	47
8.2.3. Conciliazione vita lavoro.	47
8.2.4. Tutela della persona e antidiscriminazione.	47
8.3. Differenziazioni a discreto tasso di adattamento specificativo: opportune e inopportune.	48
8.3.1. Licenziamento per ragioni soggettive.	48
8.3.2. Licenziamento per ragioni economiche e/o organizzative.	49
8.3.3. La mobilità funzionale e territoriale.	50
8.3.4. Il caso anomalo del contratto a termine: l'avvitamento regolativo e la 'saga' della convertibilità.	51
8.4. Differenziazioni inopportune e inutili. Il caso del potere disciplinare.	61
8.4.1. Il caso delle collaborazioni coordinate e continuative: la rinuncia (inutile e apparente) a tale forma di flessibilità.	62
8.5. Differenziazioni illegittime.	63
9. Conclusioni. La differenziazione sostenibile multilivello: unità dei principi, differenze delle regole. Per un (vero) Testo unico del lavoro pubblico.	64

(I)

Premessa.

Il saggio di introduzione al volume si suddivide in due parti: la prima fondativa del tema; la seconda di taglio analitico-dimostrativo. La distinzione in parti è di puro ordine del discorso, ma non ha refluenze sulla sua architettura, posto che il saggio è stato concepito unitariamente. Esso prende le mosse da un'analisi sincronica del processo di riforma del lavoro pubblico (§1). L'immagine che se ne trae non è quella del cantiere perennemente aperto, ma di una arena pubblica³ in cui i legislatori, di volta in volta intestatari della riforma, hanno inteso lasciare l'*imprinting* di una propria volontà (altro è la capacità) riformatrice, misurata più su modifiche normative che su effetti reali di buona amministrazione.

Tutto ciò nel segno di una continuità di principi basici, se non di regole (§2). Tra i principi che si ritengono, tuttavia, in crisi rispetto all'*incipit* identitario della riforma del lavoro pubblico, vi è sicuramente il principio di unificazione o di armonizzazione tra lavoro pubblico e lavoro privato (§3). Ciò ha prodotto una non celata soddisfazione da parte di un settore della dottrina giuspubblicistica e un corrispondente atteggiamento di delusione e di pessimismo della volontà, oltre che della ragione, di una larga parte della dottrina giuslavoristica. Il principio di unificazione introdotto con la prima riforma era stato considerato, non da tutta la cultura giuspubblicistica invero, non solo uno strappo alla tradizione, italica e nazionale, dello statuto speciale del lavoratore pubblico, ma un vero e proprio *vulnus* inferto ad alcuni principi costituzionali che segnerebbero una differenza ontologica tra lavoro pubblico e lavoro privato (gli artt. 28, 97, 54, comma 2, 98, comma 2, Cost.). L'obiettivo allontanamento e la riemergente divaricazione tra lavoro privato/privato e lavoro pubblico/privato sono stati invece considerati da una parte della dottrina giuslavoristica, se non proprio un tradimento o una corruzione dell'impianto originario, una inevitabile conseguenza di scelte legittime del legislatore. Ciò di fronte agli imperativi della crisi generale e del debito pubblico, della lotta alla corruzione e di una inarrestabile propensione alla complessità e alla specializzazione regolativa del settore pubblico, indotta certo dai legislatori, ma perseguita spesso anche dagli stessi attori sociali che, nello schema illuministicamente immaginato da Massimo D'Antona, avrebbero dovuto essere, invece, i protagonisti del processo di unificazione. Si veda, per esempio, l'opposizione dei sindacati della scuola nei riguardi di riforme tendenti a introdurre criteri meritocratici e di effettiva gestione manageriale e privatistica- i poteri datoriali dei dirigenti scolastici- in quel settore. Questa tendenza a fondare la differenza tra lavoro pubblico e lavoro privato su basi astrattamente etiche e sostanzialmente pre-giuridiche (l'"onestà" non come preconditione dell'amministrare, ma come viatico meccanico dell'efficienza sistemica del settore)⁴ è criticabile sia sul piano di principio sia soprattutto sul piano dei concreti risultati in termini di buona amministrazione (§4). Sono davanti agli occhi di tutti le incongruenze, i rischi e le irragionevolezza di micro statuti regolativi speciali del lavoro pubblico, aventi come obiettivo non la regolazione del lavoro ma l'imposizione dell'etica pubblica anti-corruttiva, a prescindere. E tuttavia il confronto con la realtà dei nuovi processi di differenziazione non va evitato o

³ L'immagine è ripresa da un importante saggio di S. Cassese, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *RTDP*, 2001,3, p. 601 ss.

⁴ Si vedano, a tale proposito, le pregnanti osservazioni di S. Cassese, *La svolta, Dialoghi sulla politica che cambia*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 253, rivolte all'ANAC ma generalizzabili.

minimizzato, ma affrontato razionalmente (§ 5) a patto che si tenga conto di tre linee di rifondazione argomentativa: la rivalutazione dei dati normativi che ancora fondano il potere di gestione del lavoro delle pp.aa. su basi privatistiche (§ 5.1.); la constatazione di processi di tendenziale e opportuna unificazione di logiche di gestione e di azione di impresa e pubblica amministrazione con riguardo al lavoro (§ 5.2.); la considerazione, infine, anche prescrittivamente fondata, che la persona, nella attualizzazione giuslavoristica (il *personal work nexus*, la teoria delle *capability*) diventa ancora più centrale nel contesto pubblico, posto che si pone come peculiare cerniera tra amministrazione/apparato e l'amministrazione come ente di erogazione di (buoni) servizi ai cittadini utenti (§ 5.3). In virtù di tale *background* teoretico si possono valutare più realisticamente quelli che possono intendersi come processi di strutturale differenziazione tra l'ambiente in cui si svolge il lavoro privato (l'impresa) e l'ambiente in cui si svolge il lavoro pubblico (l'organizzazione amministrativa); e quelli che si considerano, invece, processi di diversificazione mitici, retorici o nostalgici. Questa attività di separazione del "grano dal loglio" non può che avvenire, in concreto, nel confronto con i "differenziatori istituzionali" della storica vicenda italiana (§ 6): in primo luogo, la Corte costituzionale e la sua giurisprudenza e, in secondo luogo, il legislatore e i suoi micro ma soprattutto macro e bulimici interventi - a volte all'interno, a volte all'esterno del testo base, il d.lgs. n. 165/2001.

Da qui si dipana la seconda parte, analitico-dimostrativa, del contributo, nella quale non sarà oggetto di approfondimento, per ragioni di spazio, il tema teorico cruciale della riconsiderazione della pubblica amministrazione come datore di lavoro, e quindi della dirigenza e della sua mancata riforma, mentre ci si soffermerà sui percorsi della Corte costituzionale (§§ 7 ss.), tracciandone diacronicamente una possibile lettura ricostruttiva e critica. Saranno poi oggetto di analisi le differenziazioni di regolazione legislativa dei principali istituti del rapporto di lavoro privato/privato e pubblico/privato, all'insegna di una catalogazione non astratta o meramente percepita, ma di una griglia valutativa e interpretativa delle stesse: differenziazione necessaria, opportuna/inopportuna, illegittima (§§ 8 ss.). Tale analisi, senza alcuna pretesa di completezza, si concentra su istituti che si ritengono maggiormente rilevanti per la dimostrazione del filo conduttore della trattazione e della chiave ricostruttiva prescelta: la differenziazione irragionevole e la differenziazione sostenibile. La selezione degli istituti è a "campionamento significativo" e basata anche su contributi specifici di altri autori pubblicati nel volume, ai quali spesso si rinvia per l'analisi di dettaglio.

Nell'ultimo paragrafo (§9) si traggono alcune provvisorie conclusioni, anche nella prospettiva della prossima stagione degli studi giuslavoristici sul lavoro pubblico.

1. Il ciclo di riforme del lavoro pubblico: dalla riforma Cassese alla progettata riforma Bongiorno.

La riforma Madia è la quarta di un ciclo di riforme avviatosi a partire dagli anni '90⁵. Sul primo ciclo

⁵ La riforma Madia (legge delega 7 agosto 2015, n. 124) non ha riguardato soltanto il lavoro pubblico, come i precedenti cicli di riforma, ma aveva l'ambizione di collocare la riforma del lavoro pubblico nell'alveo più generale della riforma dell'organizzazione e dell'attività amministrativa, all'insegna dei canoni della semplificazione e del buon andamento ma anche dell'efficienza (il lavoro come parte del tutto); al di là dei risultati, per molti osservatori deludenti, i vari pezzi della riforma sembrano privi di un *focus* unificante malgrado il dichiarato filo conduttore; per un'analisi dei singoli pezzi si rinvia al volume a cura di B. Mattarella e E. D'Alterio, *La riforma della pubblica amministrazione*, ed. il Sole 24 ore, N&T, 2017; per una valutazione di insieme, anche se riferita ai singoli aspetti, si rinvia a B. Mattarella *Burocrazia e riforme. L'innovazione nella pubblica amministrazione*, il Mulino, 2017 che dedica il capitolo V a lavoro pubblico e dirigenza amministrativa. Dedicato specificamente alla parte lavoristica della riforma Madia (d. lgs. n. 74/2017 e n. 75/2017) il volume a cura di M. Esposito, V. Luciani, A. Zoppoli, L. Zoppoli, *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*,

sono stati versati fiumi di inchiostro e non è questa la sede per ritornarvi retrospettivamente⁶. L'impianto sostanziale della riforma originaria – avviata nella prima metà degli anni '90 (riforma Cassese) e consolidata nella seconda metà (riforma Bassanini/D'Antona) – non è cambiato nell'avvicinarsi dei cicli riformatori, nonostante la curvatura pan legislativa della terza riforma (Brunetta)⁷; a conferma del fatto che le grandi riforme, per essere effettivamente realizzate devono essere lunghe e pazienti, cioè durare nel tempo, oltre la legislatura in cui vengono varate, e possedere, di conseguenza, un carattere sostanzialmente *bipartisan*⁸.

Persino la già annunciata quinta riforma, quella del “governo del cambiamento”, per il quale la discontinuità dovrebbe costituire un *must* ideologico, si annuncia, se non proprio “banale”, comunque in continuità con quella del precedente governo.

Il c.d. “decreto concretezza”, annunciato con enfasi dalla nuova ministra, quasi con l'entusiasmo della neofita, dovrebbe contenere misure che si innestano in quelle della passata legislatura, senza alcun stravolgimento⁹. Esse si limitano, infatti, a completare e perfezionare la riforma Madia: la ripresa delle assunzioni già annunciate dal precedente governo, ma poi nuovamente rinviate con la legge finanziaria 2019¹⁰, secondo modalità concorsuali nuove e centralizzate¹¹. E poi l'accentuazione, con nuovi e più raffinati strumenti di controllo “da base militare”, del contrasto all'assenteismo fraudolento (rilevazioni biometriche e videosorveglianza per tutti e per i dirigenti in particolare: art. 2, comma 2, del ddl concretezza); misure, pertanto, che non riguardano

Giappichelli, Torino, 2018; i saggi contenuti nel n. 3, 2018, di LPA; i saggi contenuti nel fascicolo della RGL, 2016, 2, vol. 67; ad alcuni di questi numerosi contributi si farà riferimento di volta in volta.

⁶ Si veda L. Zoppoli, *Perché una quarta riforma del lavoro pubblico?*, in questo Volume; per considerazioni generali, ma riguardanti soprattutto la mancata riforma della dirigenza, cfr. G. Gardini, *La dirigenza pubblica in cerca di identità. Riflessioni alla luce di una riforma interrotta*, in *DP*, 2017, 1, p. 144 ss.; A. 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*, 2018, 3, p. 1 ss; R. Ruffini, *Le riforme riformate*, *RU*, 2016, 4/5, p. 1 ss.

⁷ Diversa la periodizzazione alla quale sembra aderire A. Pioggia, *La riforma dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni: i profili organizzativi, la dirigenza e le ulteriori riforme* in itinere, in L. Fiorillo e A. Perulli, *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 2013 che considera una stagione a sé la fase della introduzione delle regole sulla trasparenza e anticorruzione con i riflessi che esse hanno prodotto sulla differenziazione di *status* del lavoratore pubblico a partire dai codici di comportamento.

⁸ Si rinvia alle considerazioni del premio Nobel J. Tirole, *Economia del bene comune*, Milano, Mondadori, 2017, p. 1889: «(...) *Le riforme di ampio respiro sono possibili (...) Esse devono ispirarsi al criterio della continuità* (altrove, rispetto alla Francia n.d.a.) *l'opposizione ha sostenuto, più o meno apertamente, l'azione della maggioranza in carica di fronte a una causa comune di carattere nazionale (...) e l'opposizione, una volta al potere, ha ripreso il cammino delle riforme già avviato dalla precedenza maggioranza*”. In generale, si vedano le riflessioni critiche sull'amministrazione bloccata di S. Cassese, *La svolta*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 251 ss. Sulla contraddittorietà del ciclo delle riforme della pubblica amministrazione italiana e del lavoro in Italia, si veda l'introduzione di C. Dell'Aringa e G. Della Rocca nel volume curato dagli stessi autori, *Lavoro pubblico fuori dal tunnel?* Il Mulino, Bologna, 2017, p. 26-27. La tesi è ripresa pure nello stesso volume da R. Ruffini, *Percorsi di innovazione dell'organizzazione pubblica*, ivi p. 413 ss. Per questo profilo, forse, il limite maggiore della riforma Madia, riferita al lavoro pubblico, è di non aver corretto la rotta dopo la ubriacatura pan legislativa (più che pan pubblicistica) della riforma Brunetta; in tal senso si rinvia alle considerazioni di A. Boscati, *La specialità del lavoro pubblico*, cit. p. 14 ss. Sui cambiamenti rispetto alla riforma Brunetta con riguardo soprattutto alla riapertura di spazi alla contrattazione collettiva v. pure M. Ricci, F. Di Noia, *Relazioni sindacali e contrattazione collettiva nel settore pubblico dopo e la riforma Madia e i rinnovi contrattuali*, in *LPA*, 2017, numero unico, p. 1 e 21 ss. Si rinvia a A. Lo Faro, *“Premiare stanca”: la retribuzione incentivante tra riforme routinarie e limiti strutturali*, in q. Volume.

⁹ Si rinvia alle osservazioni sul ddl AC. N. 1433 *“Interventi per la concretezza delle azioni delle pubbliche amministrazioni e la prevenzione dell'assenteismo”* approvato dal Senato il 6 dicembre 2019, di Lorenzo Zoppoli, audizione Commissioni riunite Affari costituzionali e Lavoro pubblico e privato, 5 febbraio 2019. Secondo L. Zoppoli il ddl fa propria la *“condivisibile scelta di non tornare a regolare l'intera materia dell'organizzazione e del lavoro pubblico ... e appare opportunamente circoscritto quanto ai profili regolati, anche se ispirato da una eccessiva logica di legificazione, centralizzazione e repressione di patologie gestionali, spesso presunte”*.

¹⁰ E fatti salvi i ripensamenti non si sa se momentanei, dovuti alla priorità finanziaria concessa ad altri provvedimenti identitari dell'attuale compagine: reddito di cittadinanza e quota cento.

¹¹ In argomento, per maggiori approfondimenti, cfr. G. Ricci, *L'impatto della “riforma Madia” (e delle più recenti misure del governo “gialloverde”) sulla dimensione macro-organizzativa: programmazione dei fabbisogni, concorsi, stabilizzazioni*, in q. Volume.

l'assenteismo c.d. strutturale e che comunque dovranno fare i conti con la normativa sulla *privacy*, rischiando di ingenerare nuovo contenzioso¹². Si tratta del proseguimento, con altri mezzi, della lotta contro quel che si ritiene causa ed effetto insieme della inefficienza della pubblica amministrazione italiana, i c.d. "furbetti del cartellino"¹³.

La misura maggiormente innovativa annunciata è pure quella già più criticata¹⁴: riguarda la creazione del c.d. "micro sistema della concretezza", che si sostanzia nell'istituzione dell'omonimo nucleo¹⁵. Il connesso piano triennale, sempre volto alla concretezza – di cui si denuncia scarsa chiarezza operativa - si configura come l'ennesimo piano che si affianca a quelli della *performance*¹⁶, del fabbisogno di personale¹⁷, della trasparenza¹⁸ e del telelavoro¹⁹, di cui sono gravate le varie amministrazioni. La misura in commento si avvia peraltro a costituire, per quel che è allo stato possibile desumere, una sorta di generale specchio riflessivo di tutti gli altri: una sorta di mega piano mirato a un *benchmarking* istituzionalizzato di quel che si fa, di quel che non si fa e di quel che si dovrebbe invece fare, con una paventata ulteriore dose di neo centralismo e farraginosità burocratica da immettere nel sistema amministrativo italiano²⁰.

Pare ancora prematuro il momento di un giudizio definitivo, posto che si tratta di una riforma *in itinere*²¹, ma le premesse non vanno certamente nel senso del pur condivisibile obiettivo di incremento della "quarta qualità" dell'organizzazione amministrativa (oltre alla democraticità, alla funzionalità e all'imparzialità): l'effettività²².

¹² L. Zoppoli, *Audizione*, cit. Sulla confusione tra assenteismo come problema disciplinare e come problema organizzativo, che nulla ha a che vedere con l'allontanamento fraudolento dal luogo di lavoro durante l'obbligo di svolgimento della prestazione lavorativa, le puntuali osservazioni di Bavaro, *Note sul potere disciplinare nel lavoro pubblico fra aziendalismo e amministrativismo*, in *RGL*, 2018, I, 3, p. 510.

¹³ Secondo i dati riportati dal Corriere della sera, già i provvedimenti della passata legislatura e poi la legge Madia – che è intervenuta pesantemente su questo fenomeno, su cui cfr. L. Zappalà, *La regolazione asintotica del licenziamento: ratio ed effetti della differenziazione tra lavoro pubblico e lavoro privato*, in q. Volume – hanno prodotto effetti importanti: "la legge... inserita nel d.lgs. incomincia a produrre effetti: nel 2018 (dati registrati a novembre) si sarebbero già registrati 54 licenziamenti rispetto ai 3 del 2016 e 34 nel 2017, i procedimenti disciplinari sarebbero pure in netto aumento. "Arriva la stretta per i furbetti del cartellino: già 54 realizzati", F. Scaccia sul Corriere della Sera del 2 dicembre 2018.

¹⁴ Le previsioni sono introdotte quali articoli aggiuntivi al decreto legislativo n. 165 del 2001. Si vengono ad introdurre tre nuovi articoli: 60-bis ("Istituzione e attività del Nucleo della concretezza"), 60-ter ("Collaborazione tra il prefetto e il Nucleo della concretezza") e 60-quater (Personale del Nucleo della concretezza"). Oltre alle puntuali osservazioni di L. Zoppoli *supra* nt. 4, si rinvia all'arguto commento a caldo di Michele Ainis sulla Repubblica del 27 novembre 2018, *Concretezza per via burocratica*.

¹⁵ Si tratta del c.d. Nucleo della Concretezza, per il quale si paventano, di già, sovrapposizioni di funzioni con l'ispettorato per la funzione pubblica di cui si conservano le competenze malgrado il fatto che tale nucleo è allocato, anch'esso, presso il Dipartimento della funzione pubblica.

¹⁶ Cfr. art. 10, c. 1, lett. a d.lgs. n. 150/2009.

¹⁷ Cfr. art. 6 d.lgs. n. 165/2001 come novellato dall'art. 4 d.lgs. 75/2017.

¹⁸ Cfr. art. 10 d.lgs. n. 33/2013.

¹⁹ Cfr. art. 9, c. 7, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221 (c.d. Decreto Crescita 2.0).

²⁰ I vizi di neo centralismo gestionale derivano dal fatto che si intende coinvolgere le prefetture in funzione di amministrazioni di segnalazione- le prefetture come 'whistleblower istituzionali' - ma pure di controllo ispettivo (denunzianti e co-controllori). L'attività del nucleo, estesa su tutto il territorio italiano, dovrebbe concretizzarsi in sopralluoghi e visite, non si specifica se a campione, 'a tappeto' o solo su segnalazione (comma 3): il controllo, per far solo un esempio, è esteso a tutti i piccoli comuni che si rifiutano di fondersi o di mettere in comune le funzioni e le strutture malgrado gli obblighi legislativi? Il tema, ad altri scopi, è posto da F. Merloni, *Costituzione repubblicana, riforme amministrative e riforme del sistema amministrativo*, in *DP*, 2018, 1, p. 104 ss. Il comma 4, poi, procedimentalizza, burocratizzandola forse eccessivamente, una attività che dovrebbe pure contribuire a semplificare le attività di altre amministrazioni.

²¹ Per altri rilievi critici si rinvia a Zoppoli *supra*, nt. 4.

²² F. Merloni, *Costituzione repubblicana*, cit., p. 84, definisce l'effettività come tutte le misure che mettono in grado l'organizzazione amministrativa "di funzionare in modo effettivo, di raggiungere gli obiettivi fissati dalla legge e dall'indirizzo politico degli organi di governo(...) Senza un'amministrazione effettiva non c'è amministrazione".

Un ultimo cambiamento si condensa, infine, nell'annuncio della riforma della dirigenza, che sembrerebbe andare nello stesso senso di quella predisposta, ma non attuata, nella passata legislatura per il noto incidente costituzionale, per il sopravvenire delle vicende referendarie ma anche- secondo una certa lettura dei fatti- perché fortemente ostacolata dall'opposizione della burocrazia italiana, in veste di "signori del tempo perso"²³.

2. La persistente natura privatistica del lavoro pubblico: cinque principi basici.

Si conferma, dunque, che cinque grandi principi identificativi della regolazione italiana del lavoro pubblico rimangono sostanzialmente invariati con la riforma Madia ed è probabile che lo saranno anche con la riforma appena annunciata; ciò malgrado il fatto che alcuni specifici dispositivi regolativi sono stati adattati, perfezionati e integrati dai diversi legislatori e soggetti a modifiche marginali nei diversi cicli e che la crisi finanziaria del 2009, con il connesso recupero di centralità regolativa unilaterale dello Stato, abbiano messo in crisi alcuni corollari di tali principi²⁴.

I cinque principi basici del lavoro pubblico privatizzato possono essere così sintetizzati:

a. La contrattualizzazione del rapporto di lavoro: il contratto di lavoro prevale ancora sullo *status* di dipendente pubblico malgrado l'addensarsi, negli ultimi anni, di norme su doveri speciali dei pubblici dipendenti che determinano, per legge, l'estensione del debito contrattuale²⁵.

b. La gestione del personale attraverso atti datoriali di natura privatistica e non pubblicistica.

²³ È la tesi di F. Giavazzi e G. Barbieri, *I signori del tempo perso. I burocrati che frenano l'Italia e come provvedere a sconfiggerli*, Longanesi, Milano, 2017, versione digitale, che attribuiscono all'opposizione dei 'nuovi samurai' il mancato varo della riforma della dirigenza. La tesi che suona un po' unilaterale – tutti i mali provengono dalla burocrazia che ostacola il mercato – in un diverso contesto storico e in mutate condizioni politiche e sociali, richiama, per alcune suggestioni, il classico di Ludwig von Mises, *I fallimenti dello stato interventista*, nuova edizione, Rubettino, Milano, 2011. Sulla necessità e sulla mancata riforma della dirigenza nella legge Madia, si rinvia a G. Gardini, *La dirigenza pubblica in cerca di identità*, cit.; S. Battini, *La Dirigenza*, in B. Mattarella e E. D'Alterio, *La riforma della pubblica amministrazione*, cit.; Id., *Al servizio della Nazione? Verso un nuovo modello di disciplina della dirigenza e del personale pubblico*, Testo della relazione tenuta al 62° Convegno di Studi amministrativi su *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della Pubblica Amministrazione* - Varenna, 22, 23 e 24 settembre 2016. Id., *Cambiamento amministrativo, cambiamento giurisprudenziale, cambiamento costituzionale, Brevi note sulla sentenza n. 251 del 2016*, in DLM, 2017, 1, p. 121 ss., per un commento critico alla sentenza della Corte cost. n. 251/2016, alla quale questo autore tende a imputare il mancato varo della riforma della dirigenza prevista nella legge delega n. 124 del 7 agosto 2015; di diverso taglio, ma altrettanto critico nei confronti della sentenza, l'articolo di Magri, *Giurisprudenza costituzionale e fallimento della «riforma» del lavoro pubblico*, in LD, 2018, 1, p. 113 ss. Critiche alla sentenza della Corte pure in G. D'Auria, *Sull'incostituzionalità di alcune deleghe legislative ex l. 124/15 per la riforma della pubblica amministrazione*, in Foro it., 2017, 2, I, 451. Più adesivi, A. Poggi - G. Boggero, *Non si può riformare la p.a. senza intesa con gli enti territoriali: la Corte costituzionale ancora una volta dinanzi ad un Titolo V incompiuto*, in Federalismi.it, n. 25, 2016. Si v. pure B. Mattarella, *Burocrazia e riforme*, cit. p. 156 e ss.

²⁴ Si rinvia all'ampia e condivisibile analisi di L. Bordogna, *Il lavoro pubblico in Europa dopo la crisi. Un'analisi comparata*, in C. Dell'Aringa e L. Bordogna, *Lavoro pubblico*, cit. p. 50-54 che individua nel recupero della centralità dello Stato, dell'unilateralismo della regolazione e nella strisciante ri-centralizzazione delle relazioni contrattuali, fattori convergenti della messa in discussione della filosofia e della pratica riformista all'insegna del paradigma del *New public management*; paradigma che ha ispirato, in qualche modo, anche le riforme italiane della seconda metà degli anni 90 all'insegna della contrattualizzazione. Una puntuale ricostruzione della parabola di tale paradigma in S. Valaguzza, *Procuring for Value. Governare per contratto*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, p. 38 ss. e ivi ampi riferimenti alla letteratura straniera in particolare agli studi di Steven Kelman sull'amministrazione americana. Si veda pure l'analisi dei limiti del processo riformatore dell'organizzazione amministrativa in Italia in R. Ruffini, *Percorsi di innovazione dell'organizzazione pubblica*, cit. p. 420 punti a e b; per una sintesi della riforma Madia e della sua filosofia, B. Mattarella e E. D'Alterio, *La riforma della pubblica amministrazione e la sua attuazione*, in B. Mattarella e E. D'Alterio, a cura di, *La riforma della pubblica amministrazione*, cit.

²⁵ Il saggio più completo e sistematico che analizza tale tendenza è di V. Pinto, *Il lavoro pubblico nella transizione: dall'autogoverno responsabile delle pp.aa. al rinnovato protagonismo della legge*, in *Le riforme del diritto del lavoro. Politiche e tecniche normative*, a cura di M. P. Iadicicco e V. Nuzzo, ESI, Napoli, 2016 p. 107 ss. Si v. pure U. 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, I, p. 17 ss. E. D'Avino, *L'imperfetta contrattualizzazione del lavoro pubblico nel prisma della disciplina anticorruzione*, in LPA, 2015, 2, p. 285 ss.

c. La separazione tra atti di indirizzo politico e atti di gestione, con ricadute sul tema dell'individuazione dei soggetti della pubblica amministrazione quale datrice di lavoro e l'enfaticizzazione del ruolo della dirigenza pubblica e della sua autonomia dalla politica²⁶. La riforma annunciata dalla ministra Bongiorno intende anzi rafforzare tale principio, così come già avvenuto nella passata legislatura ma limitatamente a un settore specifico, quello sanitario²⁷. Il principio di separazione, tuttavia, non è notoriamente di per sé foriero di chiarezza nella struttura di *governance* della pubblica amministrazione e di efficacia operativa della sua strumentazione²⁸. A tale principio è ricollegabile la critica più forte dei teorici della *deregulation* amministrativa (a favore di una visione snella e minimalista dello Stato e di una maggiore rilevanza del mercato e delle privatizzazioni)²⁹.

d. La competenza esclusiva della contrattazione collettiva di diritto comune nella determinazione dei trattamenti economico/normativi dei dipendenti, ancorché sottoposta, dopo il 2009, prima a vincoli giuridici, con la riforma Brunetta, e poi a specifici e mirati vincoli macroeconomici in ragione della crisi economica (con la legislazione di blocco della contrattazione, sopravvissuta sino alla pronuncia della Corte costituzionale n. 178/2015) (*infra*, § 7.3). La centralità di questa fonte³⁰ è stata rilanciata dalla riforma Madia, con la modifica dell'art. 2, comma 2, del d.lgs n. 165/2001 che ha fatto parlare di ritorno allo spirito originario della riforma³¹.

e. La giurisdizione del giudice ordinario su tutti gli aspetti del rapporto di lavoro, con l'unica eccezione riguardante le regole assunzionali, ove rilevano controversie sulle procedure e non sul diritto all'assunzione, rimesse al giudice amministrativo, al quale sono devoluti pure gli atti di c.d.

²⁶ Retrospectivamente sul principio di separazione, F. Carinci, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo governo Berlusconi: dalla legge n.133/2008 alla l.d. n.151/2009*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 88/2009. Un'attualizzazione dell'applicazione del principio, in chiave sociologica, in S. Gasperini e P. Mastrogiuseppe, *La contrattualizzazione nel lavoro pubblico: i suoi risultati, le sue prospettive*, in *Lavoro pubblico fuori dal tunnel*, cit. Critiche al principio di separazione in generale e come attuato in Italia, in A. Orlandi-M. Bottari, *Rapporto tra politica e dirigenza pubblica nella riforma della pubblica amministrazione*, in *RU*, 2016,2, p.11 ss. F. Giavazzi e G. Barbieri, *I signori del tempo perso*, cit.; A. Bellavista, *Gli infiniti tormenti del lavoro pubblico*, in *LPA*, 2016, n. unico, p. 43.

²⁷ Si v. M. Borgo, *La nomina dei direttori delle aziende sanitarie*, in B. Mattarella e E. D'Alterio, *La riforma*, op. cit.; A. Pioggia, *Le nomine dei vertici della sanità*, in *GDA*, 2016, 6, p. 773; M. P. Monaco, *La dirigenza sanitaria: il "correttivo" rende effettiva la riforma*, in *GDA*, 2017, 6, p. 699 ss.; più di recente e per diverse considerazioni, L. Zappalà, *La proceduralizzazione bifasica delle nomine dei manager della sanità: problemi applicativi del nuovo dosaggio di fonti regolative dopo la riforma Madia*, di prossima pubblicazione in *LPA*, 2019, n. 1.

²⁸ Si v. A. Orlandi-M. Bottari, *Rapporto tra politica e dirigenza pubblica nella riforma della pubblica amministrazione*, cit.; con riguardo alla riforma Madia, G. Della Rocca e A. M. Ponzellini, *I dilemmi della riforma dell'organizzazione: adempimenti o risultati?*, in *DLM*, 2018,1, p. 179 parlano di "una idea 'opaca' di organizzazione in cui non è facile individuare una vera governance". Per rilievi generali in tal senso si rinvia a B. Caruso, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (Il ridisegno della governance nelle p.a. italiane)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT- 104/2010.

²⁹ Secondo i teorici della *deregulation* i mali strutturali della pubblica amministrazione italiana sarebbero riconducibili al mix di eccesso di regole e alla gestione monopolistica delle stesse da parte della burocrazia, a scopi spesso personali e non di interesse generale; il che genererebbe anche i diffusi fenomeni di corruzione che caratterizzano la gestione della cosa pubblica nell'ultima fase, quella post tangentopoli (basti pensare allo scandalo Roma Capitale o alla vicenda Anas), con protagonista più la burocrazia statale che la classe politica o la classe imprenditoriale (il c.d. "mondo di mezzo" F. Giavazzi e G. Barbieri, *I signori del tempo perso*, cit. Un'analisi più accurata dei problemi strutturali della pubblica amministrazione italiana, irrisolutamente a metà del guado tra cultura e prassi dei *goals* e dei *constraint* in S. Valaguzza, *Procuring for value*, cit. p. 38 ss.

³⁰ Si veda M. Delfino, *I nuovi "spazi negoziali"*, in M. Esposito, V. Luciani, A. Zoppoli, L. Zoppoli, (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 29 ss.; ivi pure, G. Natullo, *Tra legge e contratto l'"equilibrio instabile" del sistema delle fonti del lavoro pubblico*, p. 15 ss. E. Ales, *L'esercizio partecipato del potere di organizzazione*, ivi, 53. M. Ricci, F. Di Noia, *Relazioni sindacali e contrattazione collettiva*, cit.

³¹ L. Zoppoli, *La "riforma Madia" del lavoro pubblico*, in AA.VV., *Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2018, 349; Id. *La stagione delle riforme: pubblico e privato a confronto*, in *LPA*, 2016, fascicolo unico, p. 25 ss.

macro-organizzazione³².

3. Una buona notizia per i cultori dello statuto speciale: la crisi (perdurante) del principio di unificazione del lavoro pubblico e del lavoro privato. Ma è vera crisi?

I principi fondanti della privatizzazione rimangono tetragoni e non vengono, dunque, intaccati dalle riforme del lavoro pubblico che si sono succedute nel tempo (fatti salvi aggiustamenti e adattamenti congiunturali)³³, mentre, di certo, si è offuscato un altro principio, il sesto, affermato all'inizio del processo riformatore e forse il più rappresentativo dell'illuminismo razionalizzatore del legislatore degli anni '90³⁴: la tendenziale unificazione tra regolazione del lavoro pubblico e del lavoro privato, con il *driver* privilegiato di tale processo affidato alla fonte contrattuale, individuale e collettiva, quale caratteristica genetica e pietra angolare del sistema³⁵. In altri termini il progressivo processo di creazione di un "diritto comune del lavoro" pubblico e privato.

Giusto questo principio- e ferme restando le specificità regolative strutturali, in ragione della natura speciale del datore di lavoro (assunzioni, regime delle incompatibilità, regolamentazione amministrativa della macrostruttura, ecc.)- il *trend* regolativo, sui singoli istituti del rapporto di lavoro, avrebbe dovuto essere quello della progressiva omogeneizzazione. Il principio di unificazione è stato, invece, sottoposto a tensione su due opposti versanti: da un lato, le grandi riforme riservate al lavoro privato con esclusione esplicita dei lavoratori pubblici³⁶; dall'altro, le micro regolazioni normative riservate ai lavoratori pubblici mirate a specializzarne lo *status* professionale.

Così è avvenuto che, dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 165/2001, le grandi riforme del lavoro privato- legge Biagi e *Jobs Act* per citare solo le due più rilevanti e sistemiche³⁷- non si sono estese al settore pubblico, formalizzando legislativamente un processo di differenziazione strisciante, accentuato dalla terza riforma del lavoro pubblico (la riforma Brunetta) che ha dato un *input* decisivo al processo di divaricazione regolativa tra settore pubblico e settore privato³⁸.

D'altro canto, ragioni estrinseche alla regolazione del lavoro- la grande crisi del 2008 e le politiche di contrasto alla corruzione- hanno generato, in parallelo alla regolazione generale del rapporto di lavoro, microsistemi regolativi speciali per il lavoro pubblico; ciò con riguardo alla legislazione di contenimento del costo del lavoro e ai blocchi assunzionali³⁹ - e ai relativi vincoli alla

³² Per un'ampia rivisitazione della questione del riparto di giurisdizione in materia di conferimenti di incarichi e di concorsi, G. Sigismondi, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Jovene, Napoli, 2012, cap. I.

³³ Notoriamente la riforma Brunetta ha tentato di ridimensionare le competenze della contrattazione collettiva, ma più hanno potuto i provvedimenti di contenimento di spesa e il blocco della negoziazione collettiva.

³⁴ Cfr. art. 2, co. 1 lett. a) della legge delega del 23 ottobre 1992, n. 421.

³⁵ Il rinvio d'obbligo è agli scritti di Massimo D'Antona sul lavoro pubblico contenuti in *Opere*, vol. V, Giuffrè, 2000, a cura di Caruso e Sciarra. Sia consentito pure il rinvio a B. Caruso, *La storia interna della riforma del P.I.: dall'illuminismo del progetto alla contaminazione della prassi*, in *LPA*, 2001, 6, p. 973 ss.

³⁶ Si rinvia a A. Boscati, *La specialità del lavoro pubblico*, cit.; adde P. Tosi, *Le novelle legislative sul lavoro privato e pubblico privatizzato tra armonizzazione e diversificazione*, in *RIDL*, 2018, I, p. 17 ss.; pure L. Zoppoli, *La stagione delle riforme: pubblico e privato a confronto*, cit.

³⁷ Cfr. art. 1, co. 2 d.lgs. n. 276/2003; art. 1 d.lgs. n. 23/2015. Ma anche la l. n. 183/2010 (il c.d. collegato lavoro) e la l. n. 92/2012 si sono rivolte principalmente alla regolazione del settore privato.

³⁸ Si rinvia alle considerazioni di L. Zoppoli, *Bentornata realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica*, in *JUS*, 2013, 2, p. 259 ss.; B. Caruso, *Le dirigenze pubbliche*, cit.

³⁹ Per una analisi di merito dei provvedimenti si rinvia agli autori citati *supra* alla nota 23, soprattutto il saggio di Pinto, op. cit.

contrattazione collettiva⁴⁰ - per un verso, e alla normativa sulla trasparenza e anticorruzione, per l'altro⁴¹; in tale ultimo caso, peraltro, con qualche rilevante eccezione, a conferma della non sistematicità, scarsa consapevolezza e incoerenza del “disegno riformatore”. Con riguardo all'istituto del *whistleblowing*, per esempio, la regolazione è andata nel senso di una parziale ricomposizione unitaria (pubblico privato) della stessa, anche se con alcune ovvie e altre meno ovvie differenziazioni adattive nei due ambienti⁴². Rimangono ulteriori incongruenze in tale processo di ri-specializzazione se si guarda, per esempio, al perdurante ruolo della trattazione collettiva e della norma comune, l'art. 2106 del codice civile⁴³, nella regolazione dell'istituto che i teorici della ri-pubblicizzazione considerano, invece, il simbolo della restaurazione pubblicistica, vale a dire il potere disciplinare⁴⁴, con il corredo di principi e regole speciali⁴⁵.

E tuttavia pare indubitabile che l'ultima fase del ciclo di riforme del settore pubblico abbia implicato certamente una tendenza, ancorché contraddittoria e poco consapevole nel legislatore verso un ripristino del modello di pubblica amministrazione tradizionale, rispetto al modello di mercato o di *new public management*, obliterando del tutto o quasi, il modello collaborativo o di *new governance*⁴⁶. Con il risultato che, come è stato osservato, mentre «le esperienze d'innovazione organizzativa e gestionale per il miglioramento della produttività delle aziende private si ispirano innanzitutto ad una logica di tipo motivazionale e di coinvolgimento [...] la nuova normativa pubblica insiste in una logica per sanzioni»⁴⁷.

Altri mutamenti potrebbero, invece, far pensare a una opposta tendenza e cioè che, dietro l'increspatura di superficie, nel senso della diversificazione tendenziale dei due sistemi di

⁴⁰ Durante la crisi economica, gli interventi di blocco della spesa pubblica che hanno avuto impatto sulla trattazione collettiva nel settore pubblico hanno riguardato molti paesi europei; si rinvia a B. Caruso e G. Fontana, a cura di *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, il Mulino, Bologna, 2015 e ai saggi contenuti nella prima parte, *Contrattazione e retribuzione nel pubblico impiego*, del volume a cura di C. Dell'Aringa e G. Della Rocca, *Lavoro pubblico fuori dal tunnel*, cit. Sin d'ora pure, M. Barbieri, *Il sinallagma nei contratti di lavoro per le Pubbliche Amministrazioni: un percorso storico-critico*, Cacucci, Bari, 2018.

⁴¹ Per una descrizione analitico/evolutiva della normativa anticorruzione riguardante il lavoro, si rinvia a M. Martone *Rapporto di lavoro e corruzione*, in *LPA*, 2016, 5/6, p. 575 ss. id. *Rapporto di lavoro e prevenzione della corruzione: concorsi e prove selettive, incompatibilità, inconfiribilità degli incarichi e codici di comportamento*, in *ADL*, 2017, p. 1423 ss.; id. *La repressione della corruzione e la tutela dei Whistleblower alla luce della l. 30 novembre 2017, n.179*, in *ADL*, 2018, 1, p. 61 ss. Per un'analisi critica sistematica, V. Pinto, *op. cit.*

⁴² Pur nella tendenziale uniformazione disciplinare del *whistleblowing*, alcuni elementi non del tutto comprensibili di differenziazione regolativa pubblico/privato si segnalano nella difforme individuazione dei margini di precisione/determinatezza delle segnalazioni – le quali solo nel settore privato dovranno essere “circostanziate” e “fondate su elementi di fatto precisi e concordanti” – e nella diversa regolazione delle ipotesi di segnalazioni infondate effettuate con “dolo o colpa grave”. In argomento cfr. V. Papa, *Contrasto alla maladministration e segnalazione di irregolarità: il whistleblowing e la (ri)conversione etica dei dipendenti pubblici*, in questo Volume.

⁴³ A tale proposito L. Zoppoli, *La stagione delle riforme*, cit., parla di ‘tortuose convergenze’, p. 27 ss. ma *passim*.

⁴⁴ Il paladino di questa tesi è V. Tenore, *Le novità apportate al procedimento disciplinare nel pubblico impiego dalla riforma Madia (d.lgs. n.75 del 2017 e n.118 del 2017)*, in *LDE*, 2017, 1, p. 1, ma soprattutto, id. *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, Giuffrè, Milano, 2017, sul quale si concentrano le argute critiche di V. Bavaro, *Note sul potere disciplinare nel lavoro pubblico*, cit.

⁴⁵ Obbligo, a sua volta sanzionato, di azione disciplinare, fattispecie di infrazione determinate per legge, regolazione legale imperativa del procedimento, ecc.; si rinvia, a M. Militello, *Etica comportamentale, procedimento disciplinare e sanzioni*, cit.

⁴⁶ Per un'analisi sintetica, ma efficace, dei diversi modelli organizzativi della p.a. italiana e della relativa evoluzione, si rinvia a R. Ruffini, *Evoluzione “organizzativa” per la p.a. italiana ed evoluzione dei modelli di relazioni sindacali*, in *RU*, 2017, 1, p. 9 ss., ove l'individuazione di tre possibili modelli: tradizionale, di mercato o *new public management* e collaborativo, l'ultimo dei quali è il preferito dall'autore. Ampi riferimenti comparati ai modelli alternativi al modello del NPM in S. Valaguzza, *Procuring for value*, cit. ancorché riferiti al tema dei contratti pubblici.

⁴⁷ In tal senso, nitidamente G. Della Rocca e A.M. Ponzellini, *I dilemmi della riforma dell'organizzazione pubblica*, cit. p. 180. Sono evidenti le assonanze con il modello collaborativo di cui parla Ruffini, v. nota precedente. Di A.M. Ponzellini si v. pure, *Partecipazione dei lavoratori al miglioramento organizzativo* in C. Dell'Aringa e G. Della Rocca, a cura di, *Lavoro pubblico fuori dal tunnel?*, cit. p. 479 ss.

regolazione (pubblico/privato), il fiume carsico dell'unificazione regolativa – o quantomeno della regolamentazione osmotica – abbia continuato a scorrere impetuoso anche se non a letto unico ma a rivoli e canali intrecciati: è sufficiente far riferimento al sistema di rilevazione della rappresentatività sindacale⁴⁸ – secondo il metodo del *mix* di criteri di misurazione associativi ed elettorali – che, sperimentato con successo nel settore pubblico, continua a costituire il punto di riferimento per qualunque ipotesi di riforma nel settore privato. Basti pensare, poi, alla recente riforma legislativa nel settore privato del sistema di inquadramento contrattuale e alla riscrittura del principio di equivalenza professionale, che mette al centro le valutazioni autonome della contrattazione collettiva – e non più dei giudici (art. 3 comma 1 del d.lgs. n. 81/2015) – stimolando un meccanismo di inquadramento convenzionale a banda larga, secondo quanto ampiamente già realizzato nel settore pubblico. La regolazione del settore pubblico, in tal caso, ha finito per costituire uno stimolo per cambiamenti – tendenti all'omogeneizzazione – del settore privato.

Si pensi, ancora, al tema del *welfare* aziendale ed anche al lavoro agile, esteso al lavoro pubblico per espressa previsione legale, ancorché con relative cautele e diversificazioni adattive ragionevoli e sostenibili⁴⁹. (v. *infra* § 8.2.3.). E, infine, per citare un ulteriore ato in controtendenza rispetto al processo di diversificazione, si può far riferimento all'estensione alle pubbliche amministrazioni delle tutele a favore dei lavoratori autonomi nelle transazioni con le imprese, vuoi con riguardo ai ritardi nei pagamenti, vuoi con riguardo all'istituto dell'equo compenso⁵⁰.

Osservate nel complesso, queste ultime tendenze regolative rappresentano processi di reciproca interazione pubblico/privato (un meccanismo di regolazione osmotica), che confermano pure che i temi della qualità del lavoro e della conciliazione dei tempi, della garanzia del contraente, anche psicologicamente e non solo economicamente, debole nelle transazioni commerciali riguardano la dimensione esperienziale ed esistenziale della persona a prescindere dall'*habitat* - amministrazione o impresa privata- in cui si colloca o con cui entra in relazione la prestazione lavorativa.

Al contrario, le tendenze alla divaricazione normativa descritte *supra* palesano evidenti cortocircuiti e schizofrenie regolative, sistematiche e concettuali, evidenziati dalla dottrina più attenta⁵¹. Si tratta spesso di ibridazioni regolative non controllate e casuali⁵².

⁴⁸ Ancorché nel settore privato, si pone con specificità il tema della misurazione della rappresentatività datoriale, risolto, invece, nel settore pubblico, con la rappresentanza unica dell'ARAN.

⁴⁹ Art. 18, comma 3, l. 81/2017; per un commento si rinvia a L. Calafà, *Marginalità apparente: l'innovazione organizzativa della P.A. alle soglie delle XVIII, legislatura*, in *RGL*, 2018, l, 3, p. 474 ss.; pure C. Spinelli, *Il lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni*, 2018, l, 1, p. 127 ss.; M. Brollo, *Il lavoro agile nell'era digitale tra lavoro privato e pubblico*, in *LPA*, 2017, numero unico p. 119; S. Cairoli, *Prime questioni sulla fattispecie del lavoro in modalità agile alle dipendenze della pubblica amministrazione*, in *LPA*, 2018,1, p. 79 ss.

⁵⁰ La l. n. 81/2017 (cd. "Statuto del lavoro autonomo") ha esteso ai rapporti fra le pp.aa. e i lavoratori autonomi la tutela nelle transazioni commerciali apprestata a favore delle imprese (d.lgs. n. 231/2002). Il d.l. n. 148/2017, conv. (con modificazioni) in l. n. 172/2017 (art. 19-quaterdecies, co. 3), ha previsto che «la pubblica amministrazione, in attuazione dei principi di trasparenza, buon andamento ed efficacia delle proprie attività, garantisce il principio dell'equo compenso in relazione alle prestazioni rese dai professionisti in esecuzione di incarichi conferiti dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto».

⁵¹ L. Calafà, *Marginalità apparente*, cit. p. 476. Con riguardo al potere disciplinare V. Bavaro, *op. loc. cit.* parla, più che di ambiguità, di una vera e propria contraddizione: «da una parte, si è voluto impostare l'organizzazione del lavoro secondo modelli di gestione manageriale e aziendalista; dall'altra parte, però, gli istituti normativi sull'organizzazione del lavoro sono in gran parte regolati direttamente dalla legge, finendo per ingenerare il dubbio che la gestione del lavoro nelle p.a. sia finalizzata al perseguimento di un interesse pubblico amministrativo più che privato-organizzativo!». Si v. pure G. Della Rocca e A.M. Ponzellini, *op. loc. cit.* p. 176. *Adde*, nello stesso senso degli autori cit., R. Ruffini, *Riforme riformate*, cit. p. 3.

⁵² Si potrebbe aggiungere, la tendenza a fare riforme a rimorchio e su misura di casi eclatanti unicamente per dare risposte alle 'pulsioni di forca' - più che di un'opinione pubblica habermasianamente razionale- del popolo dei social, con l'occhio ai sondaggi elettorali; solo in tal modo si spiega una riforma del procedimento disciplinare- si rinvia a M. Militello, *Etica comportamentale, procedimento*

Da un lato, si promuovono, per legge, strategie di gestione del personale ispirate a relazioni fiduciarie e collaborative, con l'obiettivo di superare «il concetto della timbratura del cartellino e delle presenza fisica in ufficio»⁵³; dall'altra, si pone l'accento sull'esercizio dei poteri di controllo sulla prestazione lavorativa, rivisitando le norme sul procedimento disciplinare e sui controlli di malattia (così come previsto art. 55 e 55-septies del d.lgs. n. 165/2001, come modificati dal d.lgs. n. 75/2017)⁵⁴.

A voler tutto concedere, si potrebbe attribuire al legislatore della legge Madia, non la mancanza di un disegno riformatore unitario, e neppure una insanabile contraddizione; bensì la presa d'atto che non esiste "l'Amministrazione Pubblica", ma le "amministrazioni pubbliche" – ovvero amministrazioni a geometria gestionale variabile- caratterizzate da un pluralismo di *mission*, di assetto organizzativo e di modelli relazionali. Onde si giustificerebbero differenziati percorsi tutti in astratto perseguibili e per i quali il legislatore mette a disposizione strumenti e dispositivi tecnici diversi. Si potrebbero dunque collocare, semplificando, da un lato, le amministrazioni che hanno "risolto" il problema del "*command and control*", potendo andare oltre e guardare a orizzonti partecipativi dal basso, integrativi e relazionali, mirati al benessere organizzativo, sul modello delle amministrazioni scandinave. Dall'altro, le amministrazioni il cui problema primario è sostanzialmente quello "disciplinare" simboleggiato dal fenomeno dei c.d. 'fannulloni' ieri, dei 'furbetti' oggi.

Tale lettura del doppio binario – come benevola lettura della *ratio* politica delle ultime riforme – non esclude tuttavia la necessità di rilevare le aporie e le ambiguità dei diversi rivoli normativi che rischiano di aggrovigliare, anziché semplificare, il circuito gestionale: uno per tutti, l'errore metodologico – che nessun serio responsabile delle risorse umane di una impresa privata compirebbe mai – è illudersi che l'esercizio del potere disciplinare possa costituire uno strumento fisiologico, normale, di recupero di produttività ed efficienza gestionale⁵⁵.

disciplinare e sanzioni, cit.- per cui l'intero tempo devoluto da un dirigente alla gestione delle risorse umane e alla conduzione della struttura, dovrebbe essere dedicato, per evitare di essere a sua volta sanzionato, a scoprire e perseguire sistematicamente fatti disciplinarmente rilevanti. Il legislatore della Madia, in piena continuità con il legislatore della Brunetta, dimentica che la fisiologia di gestione della p.a., ancor più di una impresa, mette al centro del proprio operare – come già spiegava Sombart, *Il capitalismo moderno*, Torino, Utet, 1967, p. 503- la funzione tecnica gestionale, il cui corollario principale, con riguardo alle risorse umane, non è l'attività di sorvegliare e punire, ma di motivare e premiare.

⁵³ Direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri recante «*Indirizzi per l'attuazione dei commi 1 e 2 dell'art. 14 della legge 7 agosto 2015, n. 124, e Linee guida contenenti regole inerenti all'organizzazione del lavoro finalizzate a promuovere la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro dei dipendenti*». Si rinvia per commenti alle autrici citate alla nota 47.

⁵⁴ È noto, per altro, come i nuovi modelli organizzativi del segmento più avanzato dell'impresa privata puntino molto più su strumenti collaborativi e sull'ampia autonomia e libertà del dipendente piuttosto che sull'irrigidimento degli strumenti di *command and control*, per realizzare obiettivi di incremento della produttività e dell'efficienza. Più si punta sulle *skills* della risorsa umana, sulla fiducia, sulla reciproca buona fede, sull'intensità del contratto psicologico, sulla lealtà condivisa e non etero-imposta, in termini senniani, sulle *capabilities* della persona, meno si rende necessario e si giustifica il ricorso a strumenti di gestione coercitivi: è forse questa la regola di esperienza del settore privato, che sfugge al legislatore dei "furbetti del cartellino".

⁵⁵ Su questo efficacemente V. Bavaro, op. loc. ult. cit. p. 509. La letteratura sulle *human resources* è altrettanto chiara: St-Pierre, *Managing nurses through disciplinary power: a Foucauldian analysis of workplace violence* RN <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1365-2834.2007.00812.x> 2008; S. Deetz, *Disciplinary Power in the Modern Corporation*, in *Studying management critically*, edited by M. Alvesson and H. Willmott, 2003, Sage, p. 29. È ormai acquisito, sulla base della lezione foucaultiana che, a tutto concedere, nelle grandi organizzazioni, l'esercizio del potere è molto più frammentato e disperso rispetto a quel che si ritiene essere il *core* dello stesso, il potere di infliggere sanzioni. Si v. D. Sinclair, *Self-Regulation Versus Command and Control? Beyond False Dichotomies*, in *L&P*, 1997, Vol. 19, No. 4, October; v. pure M. Aalders and T. Wilthagen, *Moving Beyond Command-and-Control: Reflexivity in the Regulation of Occupational Safety and Health and the Environment*, in *L&P*, 2017, Vol. 19, No. 4, October 1997, p. 416 ss. Sull'ascesa e crisi del potere disciplinare, a favore di un maggiore esercizio di discrezionalità e autonomia individuale come strumenti di gestione privilegiata delle risorse umane nell'impresa privata, anche nella percezione dei giudici (più

4. La tesi della ri-pubblicizzazione carsica: il lavoratore “etico”, nuovo “Angelus Novus” della pubblica amministrazione italiana.

La storia delle riforme e il succedersi dei cambiamenti regolativi avrebbero così smentito l'assunto (e il principio) della tendenziale unificazione regolativa tra lavoro pubblico e privato, pur con le cautele da ultimo indicate. La già evocata tendenza alla differenziazione sembrerebbe, in tal modo, aver portato acqua al mulino della tesi pan-pubblicistica o pan-funzionalistica⁵⁶, giusta la quale la riaffermazione della differenziazione regolativa tra lavoro pubblico e lavoro privato altro non sarebbe che il segno del “richiamo della foresta” (dell'eterno ritorno, si potrebbe dire ripensando a Nietzsche)⁵⁷; vale a dire dell'ineludibile forza di attrazione del lavoro pubblico da parte del suo magnete naturale: lo Stato, i suoi principi e il suo diritto per eccellenza, il diritto amministrativo, inteso fondamentalmente come diritto legislativo⁵⁸. Gli ontologici principi pubblicistici, dichiarati dalla tavola della legge agli artt. 28, 97, 54, comma 2, 98, comma 2, della Costituzione, avrebbero, in qualche misura, legittimato e prodotto una sorta di ri-pubblicizzazione strisciante della regolamentazione del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione. Ciò sarebbe avvenuto attraverso la riproposizione di un vero e proprio *statuto speciale* del pubblico dipendente, connotato, fondamentalmente, dall'ampliamento del debito contrattuale sino a ricomprendere obblighi collegati a condotte morali, l'obbligo di essere onesto e moralmente irreprensibile e di comportarsi di conseguenza, intesi quali *obbligazioni speciali di status*: l'etica moralizzatrice dietro ai codici di comportamento disciplinarmente rilevanti⁵⁹, piuttosto che doveri di diligenza e accuratezza prestazionale. Si aprirebbe, in tal modo, una nuova era storica, nella pubblica amministrazione, che si lascerebbe indietro le macerie della contrattualizzazione, come l'Angelus Novus di Benjamin.

In una versione più olistica, i principi pubblicistici avrebbero comunque contribuito ad affermare un'ibridazione meccanica di entrambi gli obblighi, morali e prestazionali: “chi svolge il proprio compito onestamente lo fa pure necessariamente bene”.

agency che servant., si v. C. Mummé, *From Control Through Command to the Control of Discretion: Labour Time, Labour Property and the Tools of Managerial Control in Early Twentieth Century Ontario*, ILL, v. 45, n. 2, 2016 specie p. 197 ss.

⁵⁶ I termini utilizzati in coppia già da F. Carinci in una diversa e ormai lontana stagione, *Le fonti della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *Commentario* diretto da F. Carinci - M. D'Antona, *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, Milano, tomo I, 2000, p. LXXIII.

⁵⁷ Gli autori accomunati da tale indirizzo sono per lo più illustri giusamministrativisti: si v. i saggi raccolti nel volume a cura di F. Merloni e R. Cavallo Perin, *Al servizio della Nazione*, Milano, Franco Angeli, 2009; ivi il saggio di R. Cavallo Perin, *L'etica pubblica come contenuto di un diritto degli amministrati alla correttezza dei funzionari*, p. 147 ss.; R. Cavallo Perin - B. Gagliardi, *La dirigenza pubblica al servizio degli amministrati*, in *RTDP*, 2014, 2, p. 309 ss.; degli stessi autori, *Status dell'impiegato pubblico, responsabilità disciplinare e interesse degli amministrati*, in *DA*, 2009, 1, p. 53 ss.; R. Cavallo Perin, *Le ragioni di un diritto ineguale e le peculiarità del rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche*, in *DA*, 2002, 1, p. 119 ss. v. anche V. Cerulli Irelli, *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, in F. Merloni e L. Vandelli, a cura di, *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Passigli, Firenze, 2010, 89 ss.; M. Calcagnile, *Il rapporto di impiego con gli enti pubblici e la funzione amministrativa*, in *DA*, 2010, 1, p. 187 ss.

⁵⁸ Per una rilettura recente dello stato costituzionale e della trasformazione del principio di legalità e dello stato di diritto, G. Zagrebelsky, *Diritto allo specchio*, Einaudi, Torino, p. 132 ss.

⁵⁹ Oltre agli autori cit. alle note 23 e 39 si v., tra i tanti, a G. D'Alessio, *La legislazione anticorruzione: l'impatto sui rapporti di lavoro*, in *LPA*, 2017, fascicolo unico, p. 100 ss. Sulla nuova disciplina dei codici di comportamento contenuta nella legge n. 190/2012, si v. E. D'Alterio, *I codici di comportamento e la responsabilità disciplinare*, in B. Mattarella e M. Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, p. 11 ss.; E. Carloni, *Il nuovo Codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *IF*, 2013, 377 ss.; U. Gargiulo, *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici: atto terzo*, in *LPA*, 2012, p. 751 ss.; F. Merloni, *Codici di comportamento*, in Libro dell'anno del Diritto 2014, Roma, 2014. Sul codice di comportamento di cui al d.P.R. n. 62/2013 v. B. Mattarella, *Il nuovo codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, *Nota a d.p.r. 16 aprile 2013, n. 62*, in *GDA*, 2013, 927 ss.; Id, *Le nuove regole di comportamento dei pubblici funzionari*, in *Astrid Rassegna*, 2013, n. 22. La lettura della nuova stagione dei codici etici è certamente diversa nell'approccio giuslavorista e nell'approccio neo etico della dottrina pubblicista.

A seguire questa logica, neo-etica e moralistica, sino alle estreme conseguenze, si potrebbero avere effetti e casi di scuola a dir poco paradossali⁶⁰: sarebbe da considerarsi contrattualmente adempiente, e quindi inamovibile, il pubblico dipendente improduttivo perché relegato a compiti inutili, ma svolti con onestà, accuratezza e con ossequioso rispetto delle regole formali; sarebbe altrettanto tollerabile e non licenziabile (anche perché vincitore di concorso) il pubblico dipendente “onesto”, il cui scarso rendimento non derivi da inadempimento soggettivo, ma da sopravvenuta obsolescenza professionale. Ciò in quanto lo *status* di pubblico dipendente lo porrebbe al riparo da atti di gestione ispirati alla logica manageriale ed efficientista, in ragione della riscoperta natura non sinallagmatica del contratto di lavoro (prestazione utile v. retribuzione). Così come sarebbe invece immediatamente licenziabile il dipendente, in generale altamente produttivo, che fosse incappato occasionalmente in un’assenza non regolare, magari di pochi minuti, per un caffè al bar, se si dovesse interpretare il nuovo sistema⁶¹ nel senso di rigoroso automatismo e di indisponibilità giudiziale della valutazione di contesto⁶².

Riferito il paradosso più in generale alle organizzazioni e non ai singoli, si potrebbe affermare che se un’impresa si limitasse a rispettare le regole, senza raggiungere gli obiettivi dei soci o degli azionisti fallirebbe e dovrebbe smettere la propria attività; se invece un’amministrazione pubblica seguisse scrupolosamente e rigidamente tutte le regole ed i principi di diritto pubblico, pur non raggiungendo gli obiettivi che si era prefissata, la sua azione sarebbe considerata corretta, legittima e persino encomiata.

4.1. La ri-pubblicizzazione carsica come “tigre di carta”: alcuni possibili argomenti controfattuali.

La ri-pubblicizzazione del rapporto di lavoro – che nelle versioni estreme condurrebbe a paradossi come quelli evidenziati nel § precedente – malgrado le recenti tendenze regolative, non è tuttavia un fatto compiuto per vari ordini di ragioni.

Innanzitutto, recenti indagini storiche e sistematiche su istituti/cartina di tornasole della morfologia strutturale del rapporto di lavoro, come la retribuzione, mostrano la persistente e indelebile natura contrattuale del lavoro pubblico⁶³. Ma anche a voler accettare la tesi che tende a relegare la valenza contrattuale soltanto agli aspetti economico patrimoniali del rapporto – sostanzialmente orario e retribuzione – con il prevalere di un regime legale di *status* per tutto il resto, è da rilevare che la tesi della ri-pubblicizzazione carsica, o della “pubblicizzazione ontologicamente resistente”⁶⁴, non coglie processi più profondi dell’attività di regolazione che ha investito il lavoro pubblico negli ultimi cinque lustri.

⁶⁰ Per alcuni esempi di tali effetti paradossali, cfr. V. Bavaro, op. loc. cit., che li rileva a proposito del potere disciplinare.

⁶¹ Cfr. art. 55 *quater*, comma 1, come modificato dal d.lgs. n. 116/2016 e ulteriormente integrato dal d.lgs. n. 75/2017.

⁶² Ma già la Corte di Cassazione ha richiamato in generale il principio di proporzionalità ex 2106 c.c. contro ogni automatismo legale: Cass. 1° dicembre 2016, n. 24574, in *DRI*, 2017, I, p. 209.

⁶³ M. Barbieri, *Il sinallagma nei contratti di lavoro per le Pubbliche Amministrazioni*, relazione al Congresso AIDLASS “La Retribuzione”, tenutosi a Palermo dal 17 al 19 maggio 2018.

⁶⁴ La natura ontologica pubblica del lavoro nelle amministrazioni pubbliche teorizzata già nel celeberrimo parere del Consiglio di Stato con cui si confrontò criticamente Massimo D’Antona (D’Antona, *La neolingua del pubblico impiego riformato*, in *Opere*, cit. p. 83 ss., Id., *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassanini»*, ivi, p. 233 ss.). La tesi dell’ontologica natura pubblica si sostanzia nel negare che la «specialità altro non sarebbe che un predicato della disciplina e non della fattispecie» e nell’affermare che l’art. 97 conferirebbe al rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici un carattere necessariamente strumentale ai principi del buon andamento e dell’imparzialità con riguardo al raggiungimento della finalità dell’organizzazione amministrativa; così criticamente V. Pinto, *Il lavoro pubblico nella transizione*, cit. p. 119.

In primo luogo, non distingue tra principi e regole⁶⁵. Al di là di ogni riproposizione fuori tempo massimo della teoria della riserva costituzionale di regolamentazione amministrativa⁶⁶, sia le riforme dirette, sia le riforme indirette – i microsistemi normativi sul costo del lavoro e la legislazione anticorruzione che hanno dato luogo, insieme alla riforma Brunetta, alla c.d. “amministrazione attraverso la legge”⁶⁷ – non hanno stravolto, né intaccato la sostanza dei cinque principi identitari della privatizzazione. Le proposte di riforma in campo, con riguardo per esempio alla configurazione datoriale e imprenditoriale dell’alta dirigenza, non escludono un rafforzamento del principio di separazione tra politica e gestione⁶⁸ e del recupero di autonomia gestionale di tipo manageriale della dirigenza per risolvere l’atavico problema del sistema organizzativo pubblico italiano dell’identificazione della figura, reale e non formale (la *fictio iuris*) del datore di lavoro⁶⁹.

Quel che la tesi neo pubblicistica trascura, in secondo luogo, è che il problema lasciato irrisolto dai diversi cicli di riforma – anzi aggravato dalla riforma Brunetta e dai microsistemi normativi introdotti successivamente – è proprio il *deficit* di autonomia e capacità manageriale della dirigenza, reso ancor più acuto dal mancato varo della riforma nella passata legislatura⁷⁰.

La mancanza di un ceto di quella che – con un apparente ossimoro – potrebbe essere definita “la burocrazia imprenditoriale”, di altissimo livello qualitativo, con una specifica e accurata formazione interdisciplinare ricevuta in scuole *ad hoc*, in grado di passare disinvoltamente dalla gestione pubblica alla gestione di impresa e viceversa, di puntare il proprio futuro su un investimento reputazionale, secondo i canoni della nota scuola francese degli *Énarques*, è all’origine della crisi dei diversi cicli di tentate riforme e dei persistenti mali che affliggono le pubbliche amministrazioni italiane.

Come condivisibilmente denunciato⁷¹, dalla riforma Brunetta in poi, con l’affermarsi di una micro legislazione pervasiva e conformativa dei comportamenti gestionali e con lo scendere in campo di

⁶⁵ Sul “principalismo giuridico” contrapposto al normativismo classico, cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1997M; Id., *Diritto per: Valori, principi o regole?*, in *QF*, 2002, p. 865 ss., e ivi i riferimenti anche critici alla teoria di Dworking.

⁶⁶ Si rinvia all’ormai classico saggio di Massimo D’Antona *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, in *Opere*, cit. p. 130 ss., e all’altrettanto classico di Orsi Battaglini, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto di impiego con enti pubblici*, in *GDLRI*, 1993, p. 461 ss.

⁶⁷ V. Pinto, *op. loc. ult. cit.*, p. 116.

⁶⁸ I limiti allo *spoils system* inseriti con la riforma Brunetta sembrano limiti costituzionalmente invalicabili perché riflettono la giurisprudenza della Corte costituzionale.

⁶⁹ Il problema riproposto, puntualmente, da E. Ales, *L’esercizio partecipato del potere di organizzazione*, in *La riforma dei rapporti di lavoro*, a cura di M. Esposito, V. Luciani, A. Zoppoli, L. Zoppoli, cit. p. 41 ss.

⁷⁰ Oltre ai saggi di Battini, *op. cit.*, e Gardini, *op. cit.*, Mattarella, *op. loc. cit.*, si rinvia a G. D’Alessio, *La riforma della dirigenza pubblica*, in *Lavoro pubblico fuori dal tunnel*, cit., p. 441 ss.; A. Zoppoli, *La dirigenza pubblica tra mancata riforma e persistenti equivoci*, in *La riforma dei rapporti di lavoro*, cit. p. 317.

⁷¹ Si rinvia alle amare ma realistiche considerazioni di D’Orta, *25 anni di norme che hanno paralizzato la PA. Riconosciamo gli errori e proviamo a rilanciare il nostro paese*, in *LPA*, 5-6, p. 783 ss; Id. *L’organizzazione della PA dal diritto pubblico al diritto privato: il fallimento di una riforma*, in *LPA*, 2011, 3-4, p. 391 ss. Eclatanti pure le denunce di S. Cassese, sulla stampa, *Quando i dirigenti pubblici sono sotto assedio*, in il Corriere della sera del 30 ottobre 2017: «Il dirigente incorre in responsabilità se omette di pubblicare informazioni in materia di procedimenti amministrativi, se adotta tardivamente il provvedimento amministrativo, se non predispone il piano anticorruzione, se omette la pubblicazione di moduli e formulari per l’avvio di procedimenti, se non trasmette documenti via Pec (posta elettronica certificata) tra amministrazioni pubbliche, se omette la pubblicazione delle informazioni previste nella sezione «amministrazione trasparente» e non adotta il programma triennale per la trasparenza e l’integrità, se non comunica gli elementi necessari al completamento e all’aggiornamento dell’indice degli indirizzi delle pubbliche amministrazioni, la responsabilità di processo. E poi vengono i Tar e le Procure, che spesso dimenticano il senso delle proporzioni, seguono orientamenti diversi, senza coordinarsi, non rispettano l’«expertise» tecnica degli uffici e divengono i decisori di ultima istanza su ogni materia, con istruttorie troppo lunghe, decisioni sempre in ritardo. Se si sommano tutti questi condizionamenti, ci si rende conto che le amministrazioni pubbliche sono oggi cittadelle assediate, dove non c’è più discrezionalità, cioè possibilità di scelta, i burocrati sono preoccupati o addirittura spaventati e

altri decisori dotati legislativamente di penetranti poteri di controllo e di imputazione di responsabilità a vario titolo (penale, contabile, amministrativa: dall'Anac alle procure contabili e penali)⁷² e con il clima culturale di supporto, lo spazio gestionale e manageriale della dirigenza si è ridotto entro il limite – un tempo coerente con il sistema generale – segnato dalla conformità a leggi e regolamenti; vale a dire la conformità dell'atto gestionale alla regola formale, che è l'opposto del metodo del *management by objectives*⁷³.

Si è pertanto riproposto il metodo dell'agire all'ombra della legge con un controllo di legittimità occhiuto, pervasivo e istituzionalmente anomalo perché spesso non riservato, come in precedenza, a procedimenti e organi formalmente deputati a tale funzione⁷⁴. Si è affermato, invece, un controllo sistemicamente diffuso, frammentario, concorrenziale, erratico e pertanto imprevedibile; riservato, di volta in volta, agli organismi ministeriali di controllo di spesa (funzione pubblica e Mise), ad altre autorità di controllo, alle giurisdizioni amministrative e soprattutto contabili e penali. Tutto ciò ha finito per azzerare la funzione manageriale della dirigenza⁷⁵, trasformandola in attività di mera esecuzione – quanto più formalistica e deresponsabilizzata possibile – di norme di leggi, regolamenti e circolari ministeriali; con ricerca ossessiva della legittimità dell'atto (la c.d. amministrazione difensiva, che è l'opposto dell'amministrazione attiva o proattiva)⁷⁶, a prescindere da ogni valutazione di efficienza ed efficacia della scelta, rendendo di fatto l'attività di valutazione della dirigenza un vuoto simulacro (una procedura senza scopo e senza senso)⁷⁷.

L'effetto più evidente della celebrata ri-pubblicizzazione strisciante del lavoro pubblico è, dunque,

*preferiscono non decidere (ancor più con il recente allargamento di misure preventive — sequestro e confisca — ai reati contro la pubblica amministrazione), resta ben poco dell'arte di amministrare». Di amministrazione sotto assedio Cassese parla pure nel libro intervista, *La svolta*, cit. p. 251 ss. È evidente che tale situazione rende il mestiere di decidere, proprio della dirigenza pubblica, - già di per sé complesso nelle amministrazioni pubbliche richiedendo una specifica capacità gestionale riconducibile al 'coraggio' (si rinvia a S. Kelman, R. Sanders, G. Pandit, "I Won't Back Down?" *Complexity and Courage in Government Executive Decision Making*, in *PAR*, May-June, 2016, p. 465 ss.- ancor più difficile in Italia.*

⁷² Quel che è stata definita la babilonia dei controlli, Della Rocca, Ponzellini, *op. loc. cit.* p. 174, richiamando Giannini. Si v. pure Ruffini, *L'amministrazione pubblica è capace di apprendere?*, in *RU*, 2017, 6, p. 6, a proposito della responsabilità di processo che ha di fatto soppiantato la responsabilità di risultato.

⁷³ La citata analisi critica di Giavazzi e Barbieri, *I signori del tempo perso*, concentrata sulla dirigenza come causa di tutti i mali, coglie probabilmente più i sintomi che la radice dei mali della p.a. italiana.

⁷⁴ I Co.re.co. (Comitati regionali di controllo istituiti dalla legge 10 febbraio 1953, n. 62, in attuazione dell'art. 130 della Costituzione e aboliti per l'effetto dell'emanazione della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3), prima della loro abolizione in ragione del cambiamento dall'agire per procedure all'agire per obiettivi; si rinvia a E. D'Alterio, *I controlli sull'uso delle risorse pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2015.

⁷⁵ In tal senso pure L. Zoppi, *La stagione delle riforme*, cit. p. 36.

⁷⁶ È il fenomeno della c.d. buropatologia analizzato già da Victor Thompson nel 1964, citato da G. Regonini, *Capire le politiche pubbliche*, il Mulino, 2001, p. 402.

⁷⁷ Sulla crisi, *rectius* sul mancato decollo del sistema di valutazione E. D'Alterio in q. volume; P. Monda, *La valutazione della performance programmazione degli obiettivi e gestione del personale*, in *La riforma dei rapporti di lavoro*, cit. p. 370 ss. si v. pure P. Mastrogiuseppe, *Pubblica amministrazione tra valutazione esterna e interna*, in *Lavoro pubblico fuori dal tunnel?*, cit., p. 193 ss, che mette in rilievo le tre problematiche che affliggono la valutazione nella p.a. italiana: non utilizzo per le finalità ad essa attribuite; autoreferenzialità e ritualismo; P. Morigi, *La performance organizzativa riformulata dal d.lgs. n. 74/2017*, in *RU*, 2018, 1, p. 37 ss. Vale ricordare che gli studi sulla funzione imprenditoriale, e sulle figure che hanno fatto la storia dei grandi imprenditori, hanno dimostrato che la prerogativa primaria dell'imprenditore, quella tecnica tesa all'efficienza organizzativa, con tutti i corollari metodologici annessi, è in larghissima misura riscontrabile anche nelle funzioni del management pubblico (escludendo le altre due funzioni, prerogative dell'agire imprenditoriale, vale a dire la funzione commerciale e quella finanziaria, peculiarità ovviamente dell'impresa privata): si v. Berta, *L'enigma dell'imprenditore (e il destino dell'impresa)*, il Mulino, Bologna, 2018, p. 48, 82 ss. Teorici della dissoluzione della linea di confine tra l'organizzazione d'impresa e gli apparati amministrativi pubblici, sospinti verso una naturale commistione e sovrapposizione delle funzioni, furono, come è noto, Berle and Means nella loro imperitura opera *Società per azioni e proprietà privata*, Torino, Einaudi, 1966; per un rilancio dell'idea unitaria (pubblico-privato) della *public corporation* unificata dal concetto di *publicness* negli USA, si v. Cummings, *Benefit corporations: How to enforce a Mandate to Promote the Public interest*, in *CLR*, 2012, vol. 118:578.

una caduta drastica dell'efficienza organizzativa della macchina amministrativa e dell'efficacia delle sue funzioni al servizio dei cittadini, senza alcun miglioramento del "tasso etico" del paese⁷⁸.

Tale prassi amministrativa e gestionale, rigida e iper-regolata, finalizzata a obiettivi parziali, ha generato un modello di amministrazione senza autonomia e senza discrezionalità amministrativa, tecnica e gestionale ai suoi vertici; il *deficit* di autonomia costituisce un evidente ossimoro della funzione manageriale. La riduzione di spesa avrebbe dovuto essere evidentemente un fine contingente legato alla crisi del debito sovrano. Mentre la trasparenza e l'imposizione di comportamenti morali dovrebbero in generale essere precondizioni della gestione efficiente ed efficace, non il fine pervasivo dell'azione amministrativa e di una regolazione legislativa impositiva.

Recenti e accurate analisi di economisti⁷⁹ hanno, di contro, dimostrato come lo stato innovatore, per definizione, implica un *pool* di centri decisionali plurimi e indipendenti, che si assumono la responsabilità non solo di decidere, ma anche di innovare, rischiando pure l'errore senza l'incubo della responsabilità per esso. E la funzione di innovazione prescinde dal contesto organizzativo, pubblico o di impresa che sia, essendo un dato comune ad ogni organizzazione complessa⁸⁰.

La tesi neo-pubblicista non si confronta, infine, con un ulteriore dato di evoluzione ordinamentale e della dinamica regolativa: la possibilità di una prospettiva, come dimostrato dalla stessa dottrina gius-amministrativistica, volta a «individuare dei punti di contatto tra situazioni di potere, pubblico e privato, apparentemente in radicale contrasto, posta l'unitarietà del disegno, pur sviluppato secondo modelli diversi»⁸¹. Così come il diritto dei contratti pubblici – sulla base, in quel caso, dell'*input* comunitario – ha esteso regole dell'evidenza pubblica anche a soggetti imprenditoriali formalmente privati (le società in mano pubblica), a tutela della concorrenza nel e per il mercato, senza stravolgerne sostanzialmente la struttura di impresa e di datori di lavoro privati⁸², è avvenuto che le regole del lavoro privato siano state estese, per scelta di opportunità politica del legislatore, alle amministrazioni pubbliche, con alcune eccezioni relative a branche dell'amministrazione e a particolari lavoratori pubblici⁸³. Anche in tal caso senza stravolgerne struttura soggettiva e funzioni: la c.d. contrattualizzazione del rapporto di lavoro come strategia regolativa diversa dalla privatizzazione dell'amministrazione che rimane invece sostanzialmente e formalmente pubblica.

⁷⁸ Se qualcosa è aumentato in Italia, come dimostra il Censis, è il tasso di cattiveria e rancore diffuso tra la popolazione. Si veda il 52° rapporto del Censis sulla situazione sociale del paese, ove si parla di sovranismo psichico come dato sociologico caratterizzante l'Italia in questa fase.

⁷⁹ Il riferimento d'obbligo è alle ricerche di M. Mazzucato, *Lo stato innovatore*, Laterza, Bari, 2013. Id., *L'innovazione, lo Stato, i capitali pazienti*, in M. Mazzucato – M. Jacob, *Ripensare il capitalismo*, Laterza, Bari, 2017, p. 158 ss. Id., *Il valore di tutto*, Laterza, Bari, 2018, edizione digitale, il cap. La sottovalutazione del settore pubblico.

⁸⁰ Le analisi degli studiosi di scienza dell'amministrazione danno per scontato il fatto che le amministrazioni siano *species* di organizzazioni complesse, si v. G. Bonazzi, *Come studiare le organizzazioni*, il Mulino, Bologna, 2002. R. D'Amico, *L'analisi della Pubblica amministrazione. Teorie concetti e metodi*, Angeli, Milano, 2006.

⁸¹ Si v. l'interessante percorso di G. Sigismondi, *Eccesso di potere e clausole generali*, cit. p. 38 ss. e ivi gli esempi di diversi istituti positivi in cui si intrecciano, come equivalenti funzionali, l'utilizzo della categoria pubblicistica dell'eccesso di potere e della categoria privatistica della correttezza e della buona fede. In verità, anche la dottrina giuslavorista, e non solo la dottrina amministrativista, sembra ancorata, a volte, a un rigido e dogmatico dualismo categoriale: si veda il saggio, per altro concettualmente solido, di Riccardi, *Lavoro pubblico ed eccesso di potere*, in *LPA*, 2015, 1, p. 43 ss.

⁸² G. Sigismondi, *op. loc. cit.* p. 73. Si rinvia pure a C. Franchini, *Pubblico e privato nei contratti delle amministrazioni*, in *Una nuova pubblica amministrazione: prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, a cura di C. Franchini e F. Tedeschini, Torino, Giappichelli, 2009, p. 4

⁸³ Si vedano gli esempi di G. Sigismondi, *op. cit.*, cap. I. Per una impostazione diversa M. Barbieri, *Il sinallagma nei contratti di lavoro per le Pubbliche Amministrazioni*, relazione al Congresso AIDLAS, cit.

Nell'uno e nell'altro caso, il *corpus* di regole – dell'evidenza pubblica nel caso degli appalti, e del lavoro privato nel caso dei dipendenti delle p.a. – sono state "adattate"⁸⁴ per rendere il trapianto funzionale ed efficace, evitando pure fenomeni di rigetto.

Si potrebbe eccepire che nel caso del lavoro pubblico l'adattamento è stato così pervasivo e dettagliato da rendere irriconoscibile il *corpus* originario e basilico della regolamentazione privatistica⁸⁵ (si v. *infra* §§ 8.4, 8.4.1.). Ma vale ribadire che quel che si riscontra nel lavoro pubblico è un processo di lenta ma continua ibridazione di modelli e tecniche regolative che dovrebbe essere razionalmente e consapevolmente governato e non indotto da *input* emotivi che guardano più a capitalizzare consenso politico piuttosto che a razionalizzare i processi di *governance* pubblica.

Ibridazione regolativa che addirittura diventa sistemica e più consapevolmente perseguita con riguardo al c.d. *tertium genus*: il sistema delle società partecipate, oggetto anch'esso di un intervento ri-regolativo nella passata legislatura⁸⁶, certamente più razionale di quello che ha riguardato il settore pubblico primario, che meriterebbe un discorso a sé⁸⁷.

L'evoluzione della regolamentazione del lavoro pubblico, non esente dalle contraddizioni, schizofrenie, a-sistematicità sopra evidenziate, dimostra, dunque, anche una parziale incapacità dei tradizionali modelli concettuali, sia pubblicistici sia privatistici, di fornire una chiave di lettura unitaria per dar conto sistematicamente della disciplina positiva, posto che «l'applicazione coerente delle categorie conosciute conduce comunque a risultati irriducibili a sistema»⁸⁸.

L'ibridazione tra regole privatistiche e pubblicistiche, lungi dall'essere una deviazione da un modello ottimale, si presenta, pertanto, come soluzione evolutiva e dinamica di problemi tipici di sistemi e organismi complessi⁸⁹.

5. Per un riposizionamento concettuale della tesi della unificazione del lavoro pubblico e del lavoro privato. Tre possibili percorsi.

Al di là della rilevazione degli effetti controfattuali, la critica alla tesi della ri-specializzazione pubblicistica del lavoro pubblico, considerata necessaria o, in ogni caso, inevitabile, merita di essere riproposta e rifondata su argomentazioni in parte note, in parte bisognose di un certo restauro.

Nei paragrafi che seguono si presentano tre contro-argomenti a tale tesi: un primo argomento di

⁸⁴ Nel caso delle regole degli appalti di matrice comunitaria, per esempio, esse non si applicano o sono state alleggerite sotto una determinata soglia o sono state adattate nel caso di particolari tipologie di imprese o di servizi affidati (per esempio per i servizi sociali).

⁸⁵ Si rinvia all'ampia e dettagliata analisi di Tosi, *Le novelle legislative su lavoro privato*, op. cit. Di privatizzazione irrisolta, o addirittura fallita, parla E. Gragnoli, *Scuole, personale docente e rapporto di lavoro*, in *DML*, 2018 2, p. 240 ss. la cui analisi appare però condizionata da valutazioni che riguardano un settore particolarmente speciale come quello della scuola. Se un errore l'autore fa è di attribuire il medesimo pessimismo della ragione a L. Zoppoli, *Bentornata realtà*, op. cit.

⁸⁶ L'espressione *tertium genus*, riferita all'ampio settore delle imprese, a vario titolo, a partecipazione pubblica, recentemente regolato dal d.lgs. n. 175/2016, poi modificato dal d.lgs. n.100/2017, è di Tosi, op. loc. cit. p. 21.

⁸⁷ Si rinvia, per tutti, a G. Fontana, *Società pubbliche e rapporti di lavoro fra riorganizzazione e crisi di un modello*, in *ADL*, 2018, 2, p. 415 ss.

⁸⁸ Ancora G. Sigismondi, op. loc. cit., p. 97.

⁸⁹ L'idea dell'ibridazione di tecniche e metodologie appartenenti a diverse branche del diritto, ben oltre uno stereotipato approccio interdisciplinare, corre come un filo rosso nelle opere di un grande giurista contemporaneo, Mario Rusciano. Non a caso il suo omaggio a Massimo D'Antona: M. Rusciano, *Il pensiero di Massimo D'Antona sul diritto del lavoro*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 216/2014, p. 1 ss.

carattere giuridico positivo, gli altri di maggiore valenza concettuale e di carattere prescrittivo.

In particolare si sosterrà in sequenza: a) la persistente regolamentazione privatistica dei poteri di gestione del lavoro da parte delle amministrazioni pubbliche che, malgrado le numerose modifiche regolative, appare non solo immutata ma ancora giustificata; b) l'accentuazione di logiche di gestione del lavoro unitarie da parte delle imprese e delle pubbliche amministrazioni con riguardo alla dicotomia obiettivi e costrizioni; c) l'opportunità di una considerazione vieppiù unitaria del lavoro pubblico e del lavoro privato alla luce dei cambiamenti teorici di categorie fondanti e universali del diritto del lavoro che sembrano ancor meglio adattarsi al lavoro presso le pubbliche amministrazioni.

5.1. La persistenza della pubblica amministrazione come datore di lavoro dotato di poteri di gestione privatistici.

Al di fuori dal cono d'ombra dei micro-statuti regolativi speciali del lavoro pubblico, nessuno sembra oggi contestare non solo la *perdurante opportunità*, ma il fatto che l'attuale assetto organizzativo delle pubbliche amministrazioni italiane, sia ancora funzionalmente basato su "pratiche manageriali applicate alle risorse umane". Tale espressione altro non significa che il recupero del senso delle parole contenuto nell'art. 5, comma 2, del TUIP, secondo cui «le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro [...] sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro»⁹⁰. Del resto una delle norme/manifesto della terza riforma del 2009, la più discutibile perché la più contraddittoria, ha introdotto un riferimento diretto alla "cultura dell'organizzazione" che sembra tratto da un manuale di gestione aziendale, nella misura in cui richiama i canoni tipici dell'organizzazione di impresa per estenderli alla p.a.⁹¹

Come notava a suo tempo D'Antona «"l'unificazione normativa" tra lavoro pubblico e lavoro privato comporta la parità di diritti tra lavoratori pubblici e privati, ma anche la parificazione degli strumenti di gestione del lavoro a disposizione dei dirigenti e quindi l'unificazione normativa del potere del datore di lavoro privato o pubblico»⁹².

⁹⁰ Vale rammentare che tale disposizione già contenuta nel d.lgs n. 29/1993 all'art. 4, costituì il driver per la riforma successiva (la seconda privatizzazione) con riguardo al trasferimento alla giurisdizione del giudice del lavoro di tutte le controversie riguardanti il rapporto di lavoro, superando il sistema precedente che invece ripartiva la giurisdizione in ragione dell'elenco delle materie riservate alla fonte unilaterale pubblicistica dalla l. 421/1992, con rischio di duplicazione di giurisdizione laddove organizzazione degli uffici e gestioni dei rapporti di lavoro si intersecano. Si rinvia a D'Orta, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in Commentario diretto da Carinci e D'Antona, cit., p. 89; adde pure Liso, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, ivi, p. 177 ss.

⁹¹ Il riferimento è all'art. 3 del d.lgs. n.150/2009: "La misurazione e la valutazione della performance sono volte al miglioramento della qualità dei servizi offerti...attraverso la valorizzazione del merito e l'erogazione dei premi per i risultati conseguiti dai singoli...in un quadro di pari opportunità... di trasparenza dei risultati... Le amministrazioni pubbliche adottano modalità e strumenti di comunicazione che garantiscono la massima trasparenza delle informazioni...Le amministrazioni pubbliche adottano metodi e strumenti idonei a misurare, valutare e premiare la performance individuale...secondo criteri strettamente connessi al soddisfacimento dell'interesse del destinatario dei servizi...". Sulla tendenziale estensione, almeno per volontà del legislatore, della cultura aziendalista alle pubbliche amministrazioni (marketing dei servizi, *customer satisfaction* ricerca delle *best practices*) si v. AA.VV. (a cura di), *Analogie e differenze tra impresa e pubblica amministrazione nell'era della globalizzazione*, Scuola superiore dell'amministrazione dell'interno, s.d., p. 43 ss.

⁹² D'Antona, *Introduzione commentario*, in *Opere*, cit. LIV; si v. pure T. Treu-V. Ferrante, *Finalità della riforma*, in Commentario a cura di F. Carinci e M. D'Antona, cit. p. 5 ss.

Allorché, infatti, si gestiscono risorse umane, soprattutto in contesti labour intensive come gli uffici e i dipartimenti delle pubbliche amministrazioni, coloro che (nella funzione di “organi”)⁹³ sono dotati dei relativi poteri, al di fuori dei vincoli contenuti nelle disposizioni speciali del decreto si avvalgono di un regime di libertà di natura privatistica⁹⁴. Tale regime privatistico non riguarda soltanto i singoli atti di gestione qualificandone comunque la natura giuridica, sostanzialmente e non solo formalmente⁹⁵; ma informa complessivamente l’attività di gestione (la funzione tecnico/organizzativa di pertinenza di ogni manager)⁹⁶ secondo l’ampiezza tipica del potere direttivo datoriale: pianificazione, organizzazione, controllo e conformazione esecutiva del lavoro altrui⁹⁷. Era questa del resto l’intuizione oltre che di Massimo Severo Giannini⁹⁸ anche di un’altra autorevole dottrina giusamministrativistica allorché aveva distinto l’organizzazione pubblica come potere e come “ambito di lavoro”, con una considerazione del lavoro appunto, non soltanto come “regolamento giuridico dei singoli rapporti e delle singole prestazioni [...] ma come risultato complessivo” di un’attività non riconducibile all’esercizio del potere pubblico⁹⁹. La separazione che si assume è pertanto chiara: l’amministrazione come potere funzionalizzato e l’amministrazione come ambito di lavoro rispondono a logiche diverse, richiamando lo schema delle rette parallele: procedono insieme ma non si intersecano. Onde l’intera attività riferita all’“ambito del lavoro” – e non soltanto i singoli atti – è regolata da regole tecniche e regole giuridiche (quelle del diritto comune) che, salvo eccezioni giustificate dalla stretta e, si direbbe,

⁹³ L’uso del sostantivo “organo” è rappresentativo della stagione culturale dell’epoca della riforma, in cui l’innovazione sostanziale doveva far, comunque, dovuto uso del linguaggio tradizionale, che spesso si ripresentava in forma di ‘neolingua’. Tale nomenclatura organicista, utilizzata all’epoca anche dalla Corte cost. (sent. n. 88/1996), era ancora tributaria dell’assetto originario della riforma (quello delineato dalla l. delega n. 421/92 e d.lgs. di attuazione n. 29/93, la c.d. prima riforma), in cui l’intera organizzazione pubblica (senza la distinzione tra micro e macro organizzazione, che avverrà invece con la seconda riforma) era riservata alla legge, mentre soltanto i rapporti di lavoro erano riservati alla contrattazione collettiva.

⁹⁴ È sempre opportuno richiamare la norma pilastro dell’originaria riforma che, non a caso, non ha mai subito rimarginamenti o interpolazioni: l’art. 2 comma 2 che è pertanto vigente e produttiva di effetti sistemici: “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, che costituiscono disposizioni a carattere imperativo”.

⁹⁵ Capita purtroppo sempre più spesso di verificare nella pratica giudiziaria che tale confusione (tra atti di natura privatistica e atti di natura provvedimento amministrativa, e tra attività privatistica e amministrativistica) riguarda l’agire di molte procure della repubblica italiana, sia penale sia erariale. Si richiama, a tal proposito, un classico della dottrina amministrativista sull’organizzazione: G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Cedam, Padova, 1968, p. 447: «l’atto che si pone in funzione di una disciplina del lavoro non si pone mai come interpretazione di un interesse specifico e concreto, ma contempla l’interesse pubblico, generico ed astratto, allo scopo di adeguare ad esso il coordinamento delle prestazioni che si svolgono negli apparati. La diversità dei livelli su cui operano gli atti dell’una e dell’altra specie è perciò abbastanza netta e tale da togliere ogni dubbio sulla possibilità di individuarla anche in concreto».

⁹⁶ Si v. S. Bandera, *Quali competenze nell’era dell’incertezza*, in *RU*, 2017,1, p. 62.

⁹⁷ Si rinvia ad AA.VV., *Analisi e differenze tra impresa e pubblica amministrazione*, cit. p. 53 ss., in D’Orta. *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni*, op. cit. p. 91 che destruttura in quattro componenti strutturali – analoghe sia per le imprese, sia per le pp.aa. – il potere dirigenziale/datoriale: organizzazione dell’apparato (amministrativo o aziendale); organizzazione del lavoro; disciplina collettiva del lavoro; gestione individuale dei rapporti di lavoro

⁹⁸ M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, I, p. 336; utile pure la rilettura di un altro classico sull’organizzazione amministrativa con riguardo ai principi di buon andamento e imparzialità e il collegamento di tali principi con la categoria (non giuridica) dell’efficienza: M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 83 ss. ma passim, ove limpide pagine sulla catena concettuale efficienza, elasticità, autorganizzazione e sul rapporto tra efficienza (buon andamento) ed imparzialità (pp. 90-92). I *goals* e i *constraint* nella terminologia della scienza amministrativistica americana.

⁹⁹ G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit. pp. 416 – 448. La lettura di queste pagine rimane di grande utilità oltre che di attualità per riposizionare continuamente il discorso evolutivo, giuridico e di scienza dell’amministrazione, sul rapporto tra p.a. come organizzazione e lavoro umano: «si tratta di caratterizzare l’amministrazione anche come ambito di lavoro e l’organizzazione amministrativa anche come organizzazione di lavoro, mettendo in luce in tal modo dei profili che altrimenti rimarrebbero oscurati dalla sovrastante e per certi aspetti totalitaria presenza dell’amministrazione e dell’organizzazione giuridicamente intese». Aggiunge l’Autore a p. 419: «senza voler identificare ... la pubblica amministrazione con un’impresa, ci si può riferire alla struttura dell’impresa per ricavare degli indici di conoscenza del lavoro nella pubblica amministrazione».

inestricabile connessione con la funzione (il percorso delle rette si avvicina ma non fino al punto di toccarsi), rispondono alla logica propria di tale ambito¹⁰⁰.

Il modello gestionale, sussunto nella capacità e nei poteri del privato datore di lavoro, non può essere pertanto designato e conformato per legge: tale bislacco tentativo è stato frutto soltanto della hybris di un legislatore (la riforma Brunetta) probabilmente vittima dei propri stessi ossimori, a cui la riforma Madia non ha inteso o saputo rimediare per subornazione culturale alla precedente stagione.

Rimane, pertanto, probabilmente diffusa – tra coloro che si apprestano a varare la quinta riforma – l'illusione dei c.d. "enunciati performativi", per cui la semplice scrittura del testo normativo è in grado di trasformare la realtà¹⁰¹. È opinione altrettanto diffusa, invece, che i principi originari della riforma, riassumibili nel sintagma della contrattualizzazione, o se si preferisce, della privatizzazione del lavoro pubblico andrebbero soltanto rimessi a lucido, alleggeriti, dagli eccessi regolativi delle ultime stagioni e conseguentemente oleati rispetto ai vincoli, diretti o indiretti, che sono stati introdotti all'attività manageriale della dirigenza (la p.a. come datrice di lavoro), soprattutto ai suoi livelli di vertice.

5.2. Logiche e metodi di gestione nelle imprese e nelle pubbliche amministrazioni: scopi e vincoli sempre più comuni.

Con riguardo ai metodi di gestione del lavoro, autorevoli indagini internazionali confermano che le migliori pratiche del management pubblico, perché foriere di miglioramenti dei servizi e soddisfazione dell'utenza, si realizzano nei paesi in cui l'osmosi tra metodi di gestione dell'impresa privata e della pubblica amministrazione- soprattutto nei segmenti in cui si opera in condizioni di quasi mercato (istruzione, sanità, servizi alle persone)- è resa più fluida¹⁰². Tutto questo riguarda

¹⁰⁰ Scrive a tale proposito in maniera illuminante G. Berti, op. cit. p. 423: «Anche l'amministrazione come lavoro si applica intorno al pubblico interesse: questo è dunque l'oggetto delle applicazioni di lavoro degli apparati amministrativi. Ma lo è naturalmente in modo assai differente rispetto a come l'interesse stesso si presenta nel procedimento amministrativo e nell'atto che ne risulta. Mentre infatti, nei confronti di questi ultimi, l'interesse pubblico agisce come scopo e quindi come misura e viene ad essere conglobato nel potere, del quale rappresenta la concreta direzione; nell'ambito di lavoro lo stesso interesse, la cui presenza è pur determinante, funziona tuttavia da mero oggetto rispetto alle esplicazioni di energie lavorative». L'interesse pubblico nell'ambito del lavoro rileva, dunque, come mero oggetto nel senso che la regolazione ne deve tener conto, ma non come fine, nel senso che la regolazione del lavoro debba essere condizionata strutturalmente e finalisticamente; continua, infatti, l'Autore, p. 426-27: «...le prestazioni di lavoro intorno al pubblico interesse si valutano non tanto per i singoli risultati puntuali ma per la loro consistenza di energia intellettuale o materiali». «Negli apparati pubblici si condensa un primo momento in cui la coltivazione dell'interesse pubblico è affidata alle energie che scaturiscono dal lavoro combinato dei membri degli apparati stessi», ma il modo e le regole in cui tali energie si condensano, non è affatto condizionato dalla logica e dai meccanismi di regolazione del potere pubblico, ma dalle regole tipiche del rapporto di lavoro nell'impresa. Dal punto di vista degli apparati di lavoro, si tratta «... di adattare le esplicazioni di energie a esigenze di razionalità produttiva, che sono valide di per sé stesse, indipendentemente dal fatto che, nei singoli casi, esse consentano un buon risultato in funzione del perseguimento dello scopo mediante il procedimento giuridico» (p. 435). E così esemplifica: «un ufficio può essere ottimamente funzionante e, tuttavia, possono determinarsi deviazioni o scoordinamenti nelle relazioni con l'attività giuridica, per cui in pratica le risultanze dei processi lavorativi non vengano convenientemente utilizzate»; l'attività di lavoro all'interno della propria logica non può che essere rispondente che all'interesse pubblico, pur se la medesima attività non lo è nella logica dell'espletamento della funzione amministrativa e del suo fine (di interesse pubblico); «se si vuole riferire un principio di buon funzionamento agli apparati lavorativi, bisogna rinunciare a misurare questo criterio generale con i risultati che si apprezzano considerando l'attività giuridica volta alla realizzazione del pubblico interesse. Fra i due campi esiste uno iato»; ciò proprio perché «l'interesse pubblico, sotto forma di materia, è oggetto non fine dell'attività lavorativa... onde la bontà e la funzionalità del lavoro svolto e dei metodi applicati si apprezzano secondo un ordine di valutazione diverso da quelle che attengono alla rispondenza e all'opportunità dell'azione giuridico-amministrativa rispetto agli interessi da soddisfare» (p. 438). Onde l'autonomia delle regole del lavoro estese dalla II riforma non solo all'organizzazione del lavoro, ma anche alla c.d. micro-organizzazione.

¹⁰¹ Austin citato da R. Ruffini, *L'amministrazione pubblica è capace di apprendere?*, cit., p. 5.

¹⁰² Lo suggeriscono gli studi dell'OECD anche con riguardo alle migliori prassi ispirate al *World-Class Civil Service*- che altro non è che l'adattamento, al settore pubblico, del metodo gestionale del *World Class manufacturing*, applicato, con un certo successo, dalle

sia specifici metodi di lavoro sia l'organizzazione più comprensivamente intesa¹⁰³.

Ciò anche in ragione del fatto che i divari di performance, i processi di monitoraggio e valutazione, le logiche di azione e di organizzazione e, in parte, gli stessi obiettivi tra pubblico e privato (si pensi alla responsabilità sociale dell'impresa, o all'impresa benefit e agli obblighi di trasparenza e accountability imposti anche alle public company) si vanno riducendo, anziché crescere.

Di fronte all'incedere di tali modelli gestionali, reali e non formali, appare vagamente mitologico, e certamente con lo sguardo rivolto al passato, insistere oltre un certo limite sulle differenze tra logica di azione dell'impresa privata, tutta declinata all'interno del paradigma della libertà e della ricerca del profitto (art. 41, primo comma, Cost.) e logica di azione delle pubbliche amministrazioni, per intero declinata, invece, all'interno del vincolo di scopo a tutela di interessi pubblici e generali (art. 97 Cost., in ragione dei principi di imparzialità e buon andamento ivi formulati)¹⁰⁴.

imprese private manifatturiere più avanzate, e sviluppato poi dal settore 4.0- metodo mirato a incrementi di produttività ma secondo percorsi *bottom up*, vale a dire mediante: il coinvolgimento proattivo anche degli utenti, con incentivi motivazionali prima ancora che patrimoniali; la partecipazione dal basso dei dipendenti; l'attribuzione di premi per all'innovazione, ecc. (il metodo collaborativo nella profilazione proposta da Ruffini): OECD, "World Class" *civil service. Working party for the public employment and management*, April, 2015. Curristine, Lonti and Joumard, *Improving Public Sector Efficiency: Challenges and Opportunities*, OCDE Journal on Budgeting, 2007, 7, 1.

¹⁰³ Anche studi provenienti da agenzie di consulenza internazionale dimostrano che l'estensione, con relativi necessari adeguamenti, alla pubblica amministrazione dei metodi gestionali e dei canoni organizzativi tipici del *Kaizen* e della *lean production*, finiscono per generare casi di successo. Si v. N. Bhatia- J. Drew, *Applying Lean production to the public sector*, in *the McKinsey Quarterly*, 2006. In tale *report* si mette giustamente in discussione la bontà del metodo della esternalizzazione dei servizi di base delle aziende pubbliche (per es. gli ospedali), per abbassare i costi come utile ricetta per migliorare i servizi; e ciò vale sia per le aziende private sia per le pubbliche amministrazioni. In entrambi i contesti, l'obiettivo dell'efficacia (la vendita del prodotto, la soddisfazione dell'utente) si realizza, invece, attraverso interventi di micro miglioramenti che implicano (anche scontando maggiori costi) aumento degli *skills* dei dipendenti e della qualità della performance organizzativa. In Italia alla crisi di efficienza ed efficacia delle pp.aa. si è risposto, invece, tagliando gli investimenti in formazione. Per quanto riguarda l'Italia, oltre agli *study cases* riportati da A.M. Ponzellini, *Partecipazione dei lavoratori al miglioramento organizzativo*, cit., si possono evidenziare, come controtendenza rispetto al modello di organizzazione pubblica tradizionale che tende a essere reintrodotta a rimorchio della babilonia dei controlli, le nuove dimensioni della partecipazione sindacale di tipo cooperativo con il varo, in alcuni contratti di comparto, (CCNL Funzioni Locali, art. 6 e CCNL Sanità, art. 7) degli organi paritetici per l'innovazione. Il loro compito dovrebbe essere di "attivare relazioni aperte e collaborative su progetti di organizzazione e innovazione, miglioramento dei servizi, promozione della legalità, della qualità del lavoro e del benessere organizzativo - anche con riferimento alle politiche e ai piani di formazione, al lavoro agile ed alla conciliazione dei tempi di vita e di lavoro - al fine di formulare proposte all'Azienda o Ente o alle parti negoziali della contrattazione integrativa". Il condizionale è d'obbligo perché, come l'esperienza pregressa dimostra, l'introduzione di meccanismi di partecipazione sindacale nella p.a. italiana, ancorché sulla carta innovativi, può avere tre esiti divergenti: a) il recupero di vecchi schemi cogestivi con riguardo ai poteri di organizzazione di spetanza del *management* (pratiche cogestive o/collusive); b) riproposizione di schemi burocratici e rituali di partecipazione formale (inutili); c) coinvolgimento dal basso nell'innovazione organizzativa reale sia dei sindacati ma soprattutto dei dipendenti. I diversi esiti dipendono dalla qualità del *management*, vale a dire dalla innovativa e creativa capacità imprenditoriale e datoriale della dirigenza pubblica soprattutto di vertice.

¹⁰⁴ Come anche di recente la dottrina giuslavoristica finisce per fare; cfr. M. Barbieri, *Contratto collettivo e lavoro pubblico. Blocco salariale e blocco della contrattazione tra scelte legislative e giurisprudenza costituzionale*, in *RIDL*, 2015, I, p. 463. Come ricorda M. D'Orta, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni*, op. cit. p. 121, sarebbero quattro i vincoli di scopo che contraddistinguerebbero il potere organizzativo delle p.a., desumibili dall'art. 97, della Cost.: il primo, efficienza, efficacia ed economicità, con l'attività organizzativa ispirata al miglior rapporto obiettivi/risultati e al contenimento della spesa per l'organizzazione del personale. Tale vincolo è ovviamente ancor più stringente e sicuramente più rispettato per l'impresa. Il secondo vincolo, sempre secondo D'Orta, collegato al primo, sarebbe "l'insieme dei principi di razionale impiego delle risorse umane, dei fabbisogni di personale"; anche in tal caso non si vede come tale vincolo, in via di fatto, se non di diritto, non sia ancor più stringente per le imprese, se è vero che i fenomeni di "personale parcheggiato", perché assunto in eccesso o male utilizzato rispetto ai fabbisogni reali, sono tipici delle p.a. italiane e non certo delle imprese. Il terzo vincolo atterrebbe all'adattamento dell'organizzazione alle esigenze dell'utenza e della migliore cura dell'interesse pubblico con riguardo ai canoni "della semplificazione e intensificazione della comunicazione tra uffici, di interconnessione informatica e statistica tra amministrazioni"; canoni organizzativi ben noti e ampiamente sperimentati dalle imprese: si pensi alla *lean production*, al *just in time* e all'organizzazione in rete. Poi, il criterio organizzativo informato al rispetto dei principi della imparzialità e della trasparenza e al rispetto delle relative regole a cascata: dall'obbligo del concorso pubblico, di motivazione degli atti, degli istituti della incompatibilità, obbligo di astensione e ricusazione, ecc.; ma ognuno si

È vero che non è certamente possibile annullare le diversità di logiche di azione tra pubblico e privato: come prima rilevato, fanno capo esclusivamente all'impresa la funzione commerciale (di allocazione di beni sul mercato) e la funzione latamente finanziaria¹⁰⁵, mentre in gran parte comune tra impresa e pubblica amministrazione è la funzione tecnico/organizzativa, che ricomprende quasi per intero le politiche di gestione delle risorse umane, ancorché con relativi adattamenti. È però altrettanto evidente un avvicinamento attorno a nuclei di interessi comuni delle due logiche di azione: il buon andamento, declinato con i corollari dell'efficacia e dell'efficienza per le pubbliche amministrazioni, in ragione dell'interesse pubblico all'ottimizzazione dei servizi per gli utenti, costituisce un modo per guardare anche a quelle politiche di impresa, non più soltanto egoisticamente rivolte a beneficio immediato degli shareholders, ma anche agli interessi generali degli stakeholders (consumatori, interessi diffusi, lavoratori, comunità locali, ecc.)¹⁰⁶. Ciò non solo su base volontaria, ma anche in ragione di politiche, incentivate o imposte, di utilità sociale (ex art. 41, secondo comma, Cost.)¹⁰⁷. Detto altrimenti, il principio di libertà che sorregge la funzione imprenditoriale nel settore privato - con il relativo corollario dell'autonomia gestionale e organizzativa del manager - evolutivamente, tende a estendersi (anche perché pure incentivato da mirate politiche pubbliche) al perseguimento di fini non costrittivamente limitati dalla "logica speculativa"¹⁰⁸, potendo riguardare anche scopi sociali, strategicamente - non occasionalmente o solo formalmente - rivolti a tutela degli interessi degli stakeholders (tutto ciò che è, evocativamente, riconducibile alla responsabilità sociale dell'impresa contemporanea)¹⁰⁹.

avvede come tali canoni e principi si stiano estendendo, in parte, anche al mondo delle imprese. Sul piano giuridico il principio dell'obbligo di motivazione, come parametro di controllo dell'utilizzo corretto del potere, è considerato, in qualche misura, anche nell'impresa privata in ragione dell'obbligo di utilizzo leale e corretto del potere; in tal senso, si rinvia agli studi di C. Zoli, *Subordinazione e poteri del datore di lavoro: privato e pubblico a confronto*, in *DP*, 1997, I, p. 369 ss.; Id., *Amministrazione del rapporto e tutele delle posizioni soggettive dei dipendenti pubblici*, in *GDLRI*, 1993, 3-4, p. 632 ss. Infine, D'Orta considera come elemento finalistico, che qualifica il potere organizzativo delle p.a., il principio di pari opportunità; ma anche in tale caso risulta evidente la scarsa pregnanza discreta di tale canone, per distinguere il potere organizzativo della p.a. e dell'impresa: sia sufficiente fare riferimento alla legge sulle quote rosa nei consigli di amministrazione e nei collegi sindacali delle imprese: art. 1 l. n. 120/2011 (equilibrio tra i generi negli organi delle società quotate). Risulta, allora, evidente come i parametri indicati per evidenziare la specificità dei vincoli di scopo del potere organizzativo delle p.a. rispetto alle imprese, abbiano diluito, nel tempo, la loro portata discreta.

¹⁰⁵ Chi ha messo in evidenza le assimilazioni incombenti e le differenze perduranti tra logica organizzativa e attività dell'impresa che opera nel mercato, e della pubblica amministrazione, al di là dei discorsi su vincoli di scopo (profitto e finalità sociali), riconduce le seconde soprattutto alle dinamiche di formazione del prezzo: i prodotti dell'attività pubblica sono ceduti senza un diretto corrispettivo economico (prezzo) ovvero con corrispettivi (tariffe) che sono determinati in base a criteri diversi dalla remunerazione del capitale e rispondenti, piuttosto, a valutazioni di opportunità sociale ed economica.

¹⁰⁶ Anche in tal caso i riferimenti all'opera di Berti rimangono illuminanti, op. loc. cit., pp. 435-6.

¹⁰⁷ Si pensi alla problematica molto studiata in ambito internazionale dell'utilizzo strategico dei contratti pubblici per orientare socialmente l'agire economico delle imprese private. La letteratura sul tema è ampia; cfr., per tutti, C. McCrudden, *Buying Social Justice: Equality, Government Procurement, & Legal Change*, Oxford, 2007; S. Arrowsmith, P. Kunzlik (a cura di), *Social and Environmental Policies in EC Procurement. New Directives and New Directions*, Cambridge, 2009; R. Caranta, M. Trybus (a cura di), *The law of green and social Procurement in Europe*, Copenhagen, 2010; A. Wiesbrock, B. Sjöfjell (a cura di), *Sustainable Public Procurement Under EU Law: New Perspectives on the State as Stakeholder*, Cambridge, 2016.

¹⁰⁸ Come sembra pensare, con logica retrò, la Corte costituzionale nella sentenza n. 82/2003, ripresa dalla n. 146/2008, ove si afferma che "La pubblica amministrazione infatti conserva pur sempre - anche in presenza di un rapporto di lavoro ormai contrattualizzato - una connotazione peculiare (sentenza n. 275 del 2001), sotto il profilo - per quanto qui rileva - della conformazione della condotta cui essa è tenuta durante lo svolgimento del rapporto al rispetto dei principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento, cui è estranea ogni logica speculativa". Ricondurre alla logica speculativa il tratto differenziale tra logica di azione della p.a. e principi di governance dell'impresa, riflette una concezione a dir poco ottocentesca della azione e della cultura imprenditoriale che si riflette nell'*ethos* e nel sentimento anti imprenditoriale diffuso nel paese e all'origine, secondo una radicata opinione, della sua perdurante arretratezza anche civile: gli imprenditori come "prenditori".

¹⁰⁹ Insuperate le considerazioni di M. Libertini, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in *RDS*, 2009, p. 1 ss.

Così come al principio di imparzialità – con il corollario euro-unitario della trasparenza – nella logica di azione, ma anche di organizzazione, della pubblica amministrazione, fa da pendant l'evoluzione normativa che, parallelamente, richiede obblighi di comportamento trasparente e responsabile anche agli amministratori delle c.d. public company, fino a ricomprendere relative responsabilità penali riconducibili direttamente all'impresa¹¹⁰. Pare, pertanto, evidente che tale tendenza metta in discussione la tesi della ri-pubblicizzazione dello status del lavoratore pubblico, con il recupero nel sinallagma negoziale di doveri pubblicistici peculiari (l'onestà e fedeltà), con relativo allargamento del debito contrattuale: la tendenza è univoca e per così dire "societale", confermando che tali obblighi di comportamento, onesto e virtuoso, si collocano nella sfera delle obbligazioni pubblicistiche aventi rilevanza penale (fuori dal contratto), che precedono lo svolgimento del lavoro nel suo ambito (l'organizzazione) e prescindono dalla considerazione di status, pubblico o privato, di lavoratore, accedendo agli "obblighi di comportamento onesto del cittadino", la cui violazione espone a conseguenze penali. A dimostrazione che i comportamenti prestazionali moralmente ineccepibili non costituiscono elementi conformativi e specializzanti lo status giuridico del lavoro pubblico, ma precondizioni "neutre" rispetto alla regolazione del rapporto di lavoro, al debito contrattuale che ne scaturisce e all'individuazione della causa del contratto. Si tratta, per altro, di precondizioni che possono essere preservate da norme a tutela dell'interesse generale, secondo strumentazioni giuridiche adattate ai diversi contesti, vuoi con riguardo alla pubblica amministrazione, vuoi con riguardo all'impresa privata.

In conclusione, può allora legittimamente pensarsi che le logiche di azione, e le relative regole con riguardo alla gestione del lavoro possano convergere fino al punto massimo di raggiungimento del nucleo irreversibile e indefettibile di diversità strutturale; onde l'opportunità di una lettura dei principi costituzionali di riferimento (libertà e vincolo di scopo) che riduca, anziché accentuare, le divergenze- come invece tende a fare la criticata tendenza dottrinale pan-pubblicistica. Si tratta, infatti, di principi, che possono essere riletti collocando tale relazione non in una dimensione di distanza siderale e di consequenziale incomunicabilità, o riferibile all'attività considerata nel suo complesso e non ai singoli atti (come pensava Massimo D'Antona), ma di osmotica, reciproca influenza, ovviamente da governare con regole coerenti a tale approccio e dunque razionalmente dispiegate; principi, in ogni caso, da non considerare tanto distanti, da giustificare apparati regolativi, con riguardo soprattutto alla funzione di organizzazione ri-comprensiva della gestione del personale, totalmente differenziati se non addirittura antitetici.

5.3. Il nuovo diritto "comune" del lavoro: il *personal work nexus* e le *capabilities* del lavoratore pubblico come cerniera tra amministrazione e cittadini utenti.

¹¹⁰ Come è noto, la responsabilità ex d. lgs. n. 231/2001 si affianca alla responsabilità penale della persona fisica che ha commesso il reato. L'introduzione di questo nuovo e autonomo tipo di responsabilità consente di colpire direttamente il patrimonio degli enti che abbiano tratto un vantaggio dalla commissione di determinati reati da parte delle persone fisiche autori materiali dell'illecito penalmente rilevante che "impersonano" la società o che operano, comunque, nell'interesse di quest'ultimo. La l. n. 3/2019, abrogando il 5° comma dell'art. 2365 c.c., ha reso il reato di corruzione tra privati perseguibile d'ufficio e non più a querela della parte offesa, in ciò estendendo l'imputabilità dei fatti ivi descritti a chi nell'ambito organizzativo esercita funzioni direttive diverse da quelle di tali soggetti. Dal 2002, dunque, l'ordinamento italiano non guarda più al fenomeno corruttivo come a una patologia che attiene soltanto all'esercizio dei pubblici poteri. Anche nell'ambito del lavoro privato, l'anticorruzione diventa una delle possibili declinazioni dell'obbligo di fedeltà che sorge a carico del lavoratore per effetto dell'art. 2105 c.c. e, secondo alcuni, anche dell'obbligo di diligenza ex art. 2104 c.c., esaltando, la norma, i profili, invero ambigui, dell'interesse superiore della produzione nazionale.

Il dibattito sulla trasformazione del diritto del lavoro¹¹¹ tende a sottolineare la configurazione sempre più relazionale del contratto di lavoro anche nell'impresa privata. Più che gli aspetti scambistici e utilitaristici¹¹² il contratto di lavoro, nell'impresa tecnologicamente avanzata, serve a costruire geneticamente, a programmare funzionalmente e a organizzare strutturalmente una relazione collaborativa maggiormente paritaria tra lavoro e impresa, connotata dall'apporto autonomo e creativo del lavoro umano agli scopi dell'impresa che trascendono in parte il profitto¹¹³.

Come è stato evidenziato¹¹⁴ tale specificità del personal work nexus – inteso quale boundary concept in grado di mettere in collegamento luoghi diversi dell'esperienza del lavoro oltre l'impresa – trova terreno fertile nel lavoro pubblico.

In tale contesto si accentua, ancora più che nell'impresa, la relazione personale di lavoro che sta alla base del relativo contratto, che va inteso non più negativamente come cristallizzazione di rapporti di scambio e di potere sfavorevoli al lavoratore, bensì come complessa costruzione legale di una relazione personale di lavoro unitaria, anche se articolata, complessa e differenziata per diversi profili tipologici (uno dei quali certamente è costituito dal contratto di lavoro pubblico)¹¹⁵. All'interno di tale relazione collaborativa – che sul versante del lavoro implica il recupero di principi e di regole di tutela riconducibili alla dignità della persona, alla valorizzazione delle sue capacitazioni e alla stabilità¹¹⁶, ma anche l'enfatizzazione dei doveri di leale collaborazione – è evidente che non trovino spazio le suggestioni autoritative e le logiche di sottomissione gerarchica, oltre che di pervasivo controllo persino sul corpo della persona, che scaturiscono dalla ripresa dell'ideologia e della pratica dello statuto speciale di lavoratore pubblico¹¹⁷. In tale ultima concezione, inevitabilmente, si finisce per considerare il lavoratore, nell'antica caratterizzazione di monsù travet, o in quella più moderna del “ragionier Ugo Fantozzi”, come mero esecutore di ordini

¹¹¹ Il dibattito è molto intenso e in pieno svolgimento soprattutto nella comunità scientifica internazionale: si rinvia soltanto a volumi generali: B. Langille (a cura di), *The capability approach to Labour Law*, OUP, Oxford, 2019. G. Davidov & B. Langille, *The Idea of Labour Law*, OUP, Oxford, 2013. Id. (a cura di) *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, Hart, Oxford, 2006. G. Davidov, *A purposive Approach to Labour Law*, OUP, Oxford, 2016.

¹¹² La visione tradizionale del contratto di lavoro come scambio socialmente ineguale di prestazioni e obbligazioni lavorative - possibilmente ridotte al minimo nella visione *pro labour*- e controprestazioni economico/retributive, con la legge inderogabile e i diritti indisponibili in funzione di compensazione dell'ineguaglianza strutturale dello scambio, è stata per lungo tempo il pilone portante della concezione mainstream del giuslavorismo italiano e non solo. Le sue radici marxiste, con varie guise e adattamenti (l'incrocio con la teoria del pluralismo nelle relazioni industriali nella elaborazione riformista di Giugni e Kahn Freund) sono ancora presenti, anche se non più dominanti come nel secolo scorso; una critica a tale tradizionale narrazione in molti dei saggi contenuti nei volumi citati nella nota precedente. L'apparato teorico che sembra più in grado di superare, senza rinnegare, tale tradizione, è quello basato sulla teoria delle *capabilities* di A. Sen e M. Nussbaum: si rinvia al volume citato a cura di B. Langille, *The capability approach to Labour Law*, su cui un recente convegno fiorentino con relazioni di M. Barbera, B. Caruso, R. Del Punta, A. Perulli in corso di pubblicazione. Si v. pure il volume a cura di H. Collins- L. Lester- V. Mantouvalou, *Philosophical Foundations of Labour Law*, Oup, Oxford, 2018.

¹¹³ Sia consentito, a questo proposito, il rinvio a B. Caruso, *Strategie di flessibilità funzionale e di tutela dopo il Jobs Act: fordismo, post fordismo e industria 4.0*, GDRI, 2018, 1, p. 106 ss.

¹¹⁴ Il rinvio è all'ampia e analitica trattazione di M. Freedland e N. Kountoris, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oup, Oxford, 2011.

¹¹⁵ M. Freedland e N. Kountoris, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, cit. p. 34 ss. 140 ss. Sia consentito pure il rinvio a B. Caruso, *The Employment Contract is Dead! Hurrah for the Work Contract', A European perspective*, in *Rethinking Workplace Regulation, Beyond the standard contract*, a cura di K. Stone and H. Arthurs, Russel Foundation, New York, 2013.

¹¹⁶ M. Freedland e N. Kountoris, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, cit. pp. 369-382.

¹¹⁷ Nella concezione tradizionale pubblicistica del lavoro pubblico, a un *quid pluris* di soggezione impersonale nei confronti della amministrazione, faceva da *pendant*, non contraddittoriamente, uno status complessivamente privilegiato (inamovibilità, stabilità ecc.) in chiave quasi di compensazione; ciò originava da una evidente curvatura paternalistica delle *rationes* regolative dello statuto speciale. Se si osserva sincreticamente quel che è avvenuto di recente in Italia, la regolamentazione si è probabilmente in modo inconsapevole ispirata a questo canone: da un lato, un irrigidimento degli strumenti di controllo (potere e sanzioni disciplinari), d'altro, persistenza di grumi di tutela privilegiata rispetto al lavoro privato (la persistenza della reintegra piena o quasi in caso di licenziamento).

gerarchici, fedelmente assoggettato al potere dello Stato. Scompare la “persona attiva”. Ma proprio la maggiore stabilità, oggettivamente inerente al work profile del lavoratore pubblico, rispetto a profili di lavoro più caratterizzati da precarietà e insicurezza, consentirebbe, invece, il pieno dispiegamento della “relazione personale di lavoro” nella struttura organizzativa dell’amministrazione, in funzione di una consapevole e partecipata realizzazione dei fini di interesse generale al servizio dei cittadini utenti.

Tale rilevanza strutturale del personal work nexus nel lavoro pubblico consente anzi di considerare la valorizzazione della dignità e delle capacità personali (oltre la visione economicista e utilitarista implicita nel concetto di capitale umano) come la cerniera (intendendosi per tale la relazione personale di lavoro nel rapporto di lavoro pubblico) in grado di rompere il dualismo tra amministrazione e cittadini secondo le visioni più avanzate dell’amministrazione condivisa¹¹⁸.

(II)

6. Una nuova stagione di riavvicinamento del lavoro pubblico e del lavoro privato.

Una nuova stagione di riavvicinamento (dopo l’epoca dei grumi normativi speciali) può essere favorita – o secondo alcuni realizzata – solo in presenza di due pre-condizioni sistemiche: α) una responsabilizzazione manageriale forte delle dirigenze pubbliche – modulata in ragione delle diverse amministrazioni (centrali, locali, operanti in quasi mercati, ecc.), ma anche in ragione del diverso ambito di potere attribuito, con riguardo alla tipologia di incarico e di struttura coordinata (di vertice, complessa, semplice, professionale ecc.); b) una chiara individuazione metodologica della specialità e/o differenziazione regolativa ragionevole e sostenibile del lavoro pubblico, con riguardo ai diversi istituti, rispetto al lavoro nell’impresa, giuste le seguenti sfumature discreitive, a valutazione negativa incrementale: specializzazione necessaria, opportuna e a basso tasso di adattamento, superflua, illegittima. Impostata la questione su queste basi che si ritengono metodologicamente più corrette, andrebbe affermato il principio di opportunità legislativa (non certo di rilevanza costituzionale, data l’apertura dei disposti di riferimento), per cui la convergenza regolativa del lavoro pubblico e privato è la regola, la divergenza l’eccezione che deve essere di volta in volta giustificata e scrutinata come necessaria ovvero opportuna, in ragione di effettive e motivate esigenze di differenziazione, e non assunta, quindi, come attuazione di principi costituzionali che si vogliono ontologici. La prima questione (la riforma della dirigenza pubblica) necessita di una autonoma trattazione e, anche in ragione dei progetti di riforma in corso e la si rinvia, dunque, ad altra sede. Si rinvia pure il discorso, diverso ma parallelo, relativo all’individuazione dei diversi segmenti della dirigenza a cui competono funzioni datoriali e imprenditoriali¹¹⁹. In questa parte si tratterà invece analiticamente della seconda questione.

6.1. Differenziazioni postulate, improbabili e giustificate nei percorsi della Corte Costituzionale e del legislatore.

¹¹⁸ Si fa riferimento alle suggestioni di G. Arena, *L’amministrazione condivisa*, in *QRS*, 2005, p. 20ss. G. Arena – C. Iaione (a cura di), *L’eta della condivisione*, Carocci editore, Roma, 2015.

¹¹⁹ Su cui di recente è tornato E. Ales, *op. loc. cit.*

Nei paragrafi che seguono si prende in considerazione, in via esemplificativa, ciò che si ritiene razionale e ciò che non si considera tale nei percorsi di differenziazione regolativa nel rapporto di lavoro pubblico e privato.

La ricognizione critica sulla neo differenziazione pubblico/privato si concentrerà: (A) su alcuni percorsi seguiti dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, allorché è stata chiamata dalle giurisdizioni rimettenti a valutare la differenziazione regolativa con riguardo a micro istituti, singoli disposti normativi o macro istituti – per esempio, le progressioni verticali, o l'autonomia collettiva e la libertà negoziale; (B) sulla differenziazione ragionevole con riguardo ad alcuni macro istituti su cui si è posizionata la regolazione legislativa differenziatrice delle origini, ovvero a irragionevole differenziazione crescente, con gli interventi successivi.

7. I percorsi della Corte Costituzionale: dalla originaria comprensione e difesa del progetto di unificazione, al suo offuscamento e... ritorno.

L'attore che maggiormente ha contribuito a confermare le scelte originarie del legislatore nel senso dell'unificazione normativa tendenziale di *status* tra lavoro pubblico e lavoro privato – fatto salvo il nocciolo duro di specializzazione e differenziazione contenuto nella legge dedicata al primo – è la Corte Costituzionale.

Il percorso della Corte, in tal senso, non è tuttavia lineare: sono individuabili almeno tre fasi nel suo ragionamento¹²⁰: 1) la fase dell'affermazione e della difesa del principio di unificazione; 2) la fase dell'offuscamento – che raggiunge il suo culmine con le sentenze che considerano le progressioni verticali come accesso a “un nuovo posto” – e 3) la fase del ritorno alla sua difesa. Il discorso della Corte, osservato retrospettivamente, ha una sua autonomia di svolgimento, nel senso che non segue parallelamente o pedissequamente gli avvistamenti del legislatore.

7.1. La fase della difesa ...

Al di là dell'apparente ossequio al principio di osservanza dei propri precedenti, ci sono alcune sentenze che accompagnano e si ergono a barriera della prima e della seconda privatizzazione contro i cultori della “neolingua”: Tar, Consiglio di stato, Avvocati dello stato, dirigenti pubblici, nei diversi ruoli di ricorrenti, giudici rimettenti o elaboratori di pareri. Tali pronunciamenti – a prescindere dalla specifica norma di parificazione messa in discussione – sono stati l'occasione per una presa di posizione chiaramente a difesa della riforma e del suo senso ultimo.

Nella sentenza n. 88/1996, a fronte della rimostranza nei confronti dell'abolizione degli organi di rappresentanza del personale, la Corte difende il principio (teorizzato al tempo dalla dottrina giusamministrativistica pro riforma e dalla cultura giuslavorista *mainstream*) giusto il quale è costituzionalmente legittima una riforma che consideri compatibile la privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico in una organizzazione che rimane regolata in tutto e per tutto dalla legge; ancora non era andata in porto la seconda privatizzazione con la distinzione tra macro organizzazione pubblicistica e organizzazione del lavoro e micro organizzazione privatizzata.

Nella ordinanza che dette luogo alla sent. n. 313/1996, si sollevava la questione di costituzionalità

¹²⁰ In disparte, la considerazione se la Corte possa essere considerata un organismo unitario, a prescindere dall'avvicinarsi dei giudici che la compongono, portatori ognuno di un consolidato bagaglio di cultura e diversa sensibilità giuridica e umana. Per riflessioni dall'“interno”, non esenti da un approccio di realismo giuridico, si rinvia a S. Cassese, *Dentro la Corte. Diario di un costituzionalista*, il Mulino, Bologna, 2015.

della privatizzazione della dirigenza non generale, a fronte del diverso regime pubblicistico in cui al tempo veniva mantenuta quest'ultima. Si introduceva il tema della perdita di autonomia di una dirigenza esposta all'instabilità del recesso contrattuale privatistico; una sorta di anticipo della questione della relazione fiduciaria e della legittimità del regime di *spoils system* "all'italiana" ampiamente ripreso (e demolito) dalla Corte nel decennio successivo sotto l'influenza di Sabino Cassese¹²¹.

Nella sentenza, la Corte ribadisce la legittimità dell'abbandono dello statuto pubblicistico in favore «della regola (temperata da alcune eccezioni) del rapporto di lavoro subordinato privato ritenuta più idonea alla realizzazione delle esigenze di flessibilità nella gestione del personale sottesa alla riforma», pur in un *habitat* organizzativistico regolato dal diritto pubblico. Tale scelta veniva giustificata, teleologicamente, attraverso il riferimento a un concetto in gran voga nel periodo: la flessibilità del lavoro, considerato, all'epoca, una sorta di meta concetto, *passpartout* dell'efficienza e, quindi, invero del principio del buon andamento. Ma in tal caso si opera una chiara apertura rispetto alla precedente sentenza: si riconosce che, pur nell'ambito della riserva di organizzazione pubblicistica, la privatizzazione del rapporto di lavoro della dirigenza, ancorché con l'inserimento di una disciplina di merito e non di mero principio, costituisce un modo per attenuare l'*imprinting* pubblicistico dell'organizzazione: in altri termini, lo statuto privatistico della dirigenza (datore di lavoro) non può che avere effetti anche sull'organizzazione¹²², anche se l'orizzonte rimane pur sempre quello della prima riforma (l'intera organizzazione, "i rapporti di ufficio" nel linguaggio della Corte, rimane sotto l'egida della legge). Quel che rileva, nel discorso complessivo della Corte, è il nuovo bilanciamento tra imparzialità e buon andamento a favore del secondo, utilizzato proprio per giustificare e difendere la riforma¹²³.

La difesa della scelta della privatizzazione è tuttavia netta, e diventa di sistema, allorché la Corte è chiamata a difendere la riforma non su singoli disposti, ma a livello di scelta complessiva; si fa riferimento alla ormai celeberrima sentenza 309/97¹²⁴ che in qualche modo costituisce una sorta di disco verde per la seconda privatizzazione in cantiere, messa in discussione radicalmente e in via di principio dal Tar rimettente¹²⁵. In tal caso la Corte riprende la rassicurante visione del "dosaggio delle fonti regolatrici", posto che l'art. 97 Cost. – secondo la tesi della dottrina

¹²¹ Il riferimento è alle sentenze della Corte costituzionale del 16 giugno 2006, n. 233 e del 23 marzo 2007, n. 103 e 104, sullo *spoils system*.

¹²² «In questo quadro, la legge, in vista del rispetto anche degli altri principi posti dal medesimo art. 97 Cost., non rinuncia tuttavia a disciplinare nel merito - e sovente non soltanto con norme di mero principio - numerosi aspetti dei rapporti privatizzati più strettamente legati a profili organizzativi dell'attività dell'amministrazione: tra i quali, in particolare, quelli concernenti la dirigenza».

¹²³ Si legge infatti nelle motivazioni della pronuncia dei giudici costituzionali che l'imparzialità non deve essere "garantita necessariamente nelle forme dello statuto pubblicistico del dipendente, ben potendo viceversa trovare attuazione [...] in un equilibrato dosaggio di fonti regolatrici" (Corte Cost. 313/1996). Come si percepisce, il linguaggio è molto prudente e lo diventa ancor più, nel senso di ribadire la differenziazione di *status*, allorché la Corte (sent. n. 59/1997) è costretta ad accentuare il discorso della specialità per fronteggiare incursioni "stabilizzatrici di precari" del legislatore siciliano.

¹²⁴ Pubblicata su *LPA*, 1998, 1, p. 140 con nota critica di M. Barbieri, *Corte costituzionale e lavoro pubblico: un passo avanti e uno a lato*.

¹²⁵ Secondo il Tar remittente, nella ricostruzione che ne fa la Corte, il legislatore «non avrebbe potuto disporre "del tutto liberamente" la trasformazione del rapporto da pubblico in privato, (considerata N.d.A.) in particolare la ritenuta incompatibilità tra l'aspetto economico-privatistico e del conseguimento della prestazione, sotteso al rapporto di lavoro privato, e l'esercizio di pubbliche funzioni che può ricorrere nel pubblico impiego, nonché, più in generale ed anche in assenza di queste, l'assunto per cui il carattere pubblico degli interessi che la pubblica amministrazione persegue attraverso la propria azione con i discrezionali poteri di organizzarsi di cui essa gode (specialmente nello scegliere, distribuire e trasferire il personale) non sarebbe compatibile anche con le regole di mercato che governano la disciplina privatistica del lavoro».

amministrativistica allora *mainstream*¹²⁶ – non impone uno statuto integralmente pubblicistico: la riserva di legge non è riserva di regolazione amministrativistica. Quel che è importante in questa sentenza è che la Corte non richiama soltanto la contrattualizzazione del rapporto di lavoro con riguardo alle prestazioni sinallagmatiche come orizzonte massimo della privatizzazione, ma ritiene che sono legittimati anche gli strumenti gestionali privatistici, *lato sensu* intesi, con riguardo al potere organizzativo della pubblica amministrazione. Poteri che vengono considerati “strumental(i) rispetto al perseguimento della finalità del buon andamento”. Con ciò la Corte finisce per dare un chiaro avallo alla seconda privatizzazione, allora in cantiere, che spingeva decisamente oltre la mera contrattualizzazione del rapporto di lavoro; nel suo ragionamento si legittima pure la dimensione privatistica dell’organizzazione che il legislatore intanto parallelamente realizzava: completamento della riforma della dirigenza nel senso dell’accentuazione della separazione e dell’autonomia gestionale privatistica, micro-organizzazione attratta nella dimensione privatistica, trasferimento coerente alla giurisdizione del giudice del lavoro dell’intero rapporto di lavoro anche con riferimento a momenti organizzativi e non più per singole materie o grumi disciplinari¹²⁷. Avallo che si conferma con la sentenza n. 275/2001 che sancisce la legittimità del riparto di giurisdizione introdotto dalla seconda privatizzazione.

7.2. La fase dell’offuscamento: alcune sentenze “minori”.

Se si esclude il discorso sullo *spoils system* – che andrebbe inserito nella micro storia a sé stante della riforma della dirigenza – nel primo decennio del terzo millennio, la Corte intraprende una “navigazione a vista” sulla questione delle differenziazioni sostenibili.

Superata la necessità di difendere l’impianto complessivo della riforma, la Corte si limita ad interventi *spot*, quando viene compulsata su singole questioni. Si tratta di una giurisprudenza generalmente su micro casi, ai quali la Corte dà risposte a volte discutibili, più che nel merito, con riguardo alle motivazioni addotte.

Così, nella sentenza n. 82/2003, la Corte, chiamata a decidere sul diverso regime di rivalutazione dei crediti di lavoro, più favorevole per i lavoratori privati (a causa del divieto di cumulo di interessi e rivalutazione per i lavoratori pubblici), non accede all’unico argomento di differenziazione in astratto plausibile (i vincoli di spesa pubblica, argomento per altro sollevato dall’Avvocatura dello Stato), ma si avventura in un improbabile argomento di differenziazione strutturale derivante dalla diversa posizione della pubblica amministrazione come datore, rispetto all’impresa: la norma contestata (sul cumulo per i lavoratori privati) avrebbe avuto una *ratio* “anti-speculativa” che si sarebbe adattata all’impresa ma non alla pubblica amministrazione¹²⁸. Ove l’argomento appare, almeno, sovradimensionato (il classico cannone contro la formica) rispetto alla questione in gioco.

¹²⁶ Il saggio, pietra miliare della contrattualizzazione, di A. Orsi Battaglini, *Fonti normative e regime giuridico*, cit.

¹²⁷ L’appoggio della Corte costituzionale al processo riformatore in corso – leggi Bassanini su decentramento e semplificazione della p.a. e seconda privatizzazione del lavoro pubblico –, pur collocandosi al di fuori del perimetro del giudizio, è tuttavia esplicito: «La sostanziale conformità a Costituzione del mutamento operato nella natura giuridica del rapporto dei dipendenti pubblici può quindi essere affermata...anche avuto riguardo alle finalità di decentramento, snellimento e semplificazione di apparati e procedure, espresse dalla più recente legislazione. E ciò, in quanto quel rapporto sempre più si va configurando nella sua propria essenza di erogazione di energie lavorative, che, assunta tra le diverse componenti necessarie dell’organizzazione della pubblica amministrazione, deve essere funzionalizzata al raggiungimento delle finalità istituzionali di questa».

¹²⁸ «La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di cumulo di interessi e rivalutazione - relativamente al rapporto di lavoro privato - risulta decisamente fondata sulla constatazione che la norma impugnata poteva incentivare l’inadempimento del datore di lavoro, consentendogli di lucrare (con investimenti finanziari, pur privi di rischio) l’eventuale differenziale tra il rendimento

Ancora più discutibile la motivazione della pronuncia 376/2006, peraltro redatta da Sabino Cassese: in tal caso si faceva questione del diverso regime pubblico/privato riguardo alla riscattabilità, a fini pensionistici, della durata di un corso di studio (anni di frequenza all'Accademia delle belle arti). Al di là del merito della questione, quel che sorprende è la tesi – enunciata in una fase in cui da tempo imperversava il dibattito sociologico sull'economia cognitiva e sulla centralità del lavoratore della conoscenza nell'industria privata – giusta la quale mentre il titolo di studio per il pubblico dipendente sarebbe riscattabile solo se funzionale alla carriera lavorativa, nel lavoro privato lo sarebbe sempre, a prescindere dalla finalizzazione al lavoro, trattandosi, per il lavoratore privato, di una sorta di "titolo culturale": come se la preparazione professionale dei propri dipendenti fosse un carattere precipuo della pubblica amministrazione in ragione del vincolo costituzionale del buon andamento, mentre nell'industria privata – ancora informata probabilmente, secondo la Corte, ai dettami del fordismo e del taylorismo, con la centralità dell'operaio massa dequalificato – la conoscenza e il bagaglio formativo del lavoratore fossero *optional*, estrinseci alla produzione e alla produttività¹²⁹.

Con la sentenza n. 120/2012¹³⁰, riguardante un diverso regime di recupero del riposo in caso di coincidenza tra festività e giornata domenicale più favorevole normativamente ai lavoratori privati, la Corte prima fa proprio l'argomento, assiomatico e divenuto nel frattempo ritualistico, delle perduranti differenze strutturali tra pubblico e privato – che di per sé giustificerebbero, tautologicamente, le difformità di trattamento, sol perché asseverate dal legislatore¹³¹. Poi, molto più correttamente, legittima la differenziazione sulla base del principio dell'autonoma determinazione della contrattazione collettiva pubblica, che avrebbe regolato (e legittimato) la differenziazione di trattamento in virtù dei suoi autonomi e insindacabili percorsi¹³². Si tratta, in

dell'investimento ed il tasso di svalutazione. Siffatta ratio decidendi non può essere automaticamente estesa al datore di lavoro pubblico. La pubblica amministrazione infatti conserva pur sempre – anche in presenza di un rapporto di lavoro ormai contrattualizzato – una connotazione peculiare (sentenza n. 275 del 2001), sotto il profilo – per quanto qui rileva – della conformazione della condotta cui essa è tenuta durante lo svolgimento del rapporto al rispetto dei principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento, cui è estranea ogni logica speculativa”.

¹²⁹ «Le norme denunciate riconoscono il diritto di riscatto del corso legale di laurea a tutti i lavoratori privati iscritti al Fondo pensioni lavoratori dipendenti e alle gestioni speciali del Fondo per i lavoratori autonomi (...). In base a tali norme, la sussistenza del menzionato diritto del lavoratore privato dipende unicamente dalla circostanza che la legge consideri il titolo di studio come riscattabile presso l'INPS. Inoltre, per i dipendenti privati il titolo di studio non è necessario per l'immissione in servizio o la progressione in carriera (...). Diversa la posizione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni. Per questi, gli articoli (...) prevedono, come “condizione necessaria” per il riscatto, la strumentalità dei titoli riscattabili rispetto all'immissione in servizio o alla progressione in carriera. Tale strumentalità, come ha riconosciuto la Corte, è preordinata a garantire che la preparazione professionale riceva «ogni migliore considerazione ai fini di quiescenza», sia allo scopo di immettere nelle carriere direttive personale idoneo per preparazione e cultura, in armonia con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 della Costituzione, sia al fine di evitare la penalizzazione dei lavoratori che abbiano dovuto ritardare l'accesso alla carriera onde acquisire il titolo necessario per essere ammessi all'impiego».

¹³⁰ Corte cost. n.120/2012, in ADL., 2012, II, pag. 928, con nota di D. Mezzacapo, *La decurtazione stipendiale per i primi 10 giorni di assenza per malattia del pubblico dipendente è costituzionalmente legittima... ma qualche dubbio resta.*

¹³¹ «La stessa premessa da cui muove il rimettente non può ritenersi corretta dal momento che, malgrado la progressiva assimilazione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni con quello alle dipendenze dei datori di lavoro privati, sussistono ancora differenze sostanziali che rendono le due situazioni non omogenee. Questa Corte in più occasioni ha ammesso la possibilità di una disciplina differenziata del rapporto di lavoro pubblico rispetto a quello privato, in quanto il processo di omogeneizzazione incontra il limite «della specialità del rapporto e delle esigenze del perseguimento degli interessi generali» (...). La pubblica amministrazione, infatti, «conserva pur sempre – anche in presenza di un rapporto di lavoro ormai contrattualizzato – una connotazione peculiare», essendo tenuta «al rispetto dei principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento cui è estranea ogni logica speculativa» (...). «Anche con riferimento alla norma denunciata, relativa al compenso per la perdita di un giorno di riposo nel caso in cui la festività civile coincida con la domenica, non è possibile effettuare una comparazione tra la categoria dei lavoratori che prestano la loro attività nelle pubbliche amministrazioni e quella dei dipendenti dai datori di lavoro privati, non sussistendo quella omogeneità di situazioni normative che renderebbe ingiustificata la diversa regolamentazione adottata».

¹³² «Più in generale, va ribadito che le differenze ancora esistenti tra il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e il rapporto di lavoro alle dipendenze dei datori di lavoro privati rendono ingiustificata la pretesa di estendere, in

tutta evidenza, non di due argomentazioni complementari ma di argomentazioni ispirate a logiche divaricate.

7.2.1. L'abbaglio (perdurante) sulle progressioni verticali.

Sul sistema del riconoscimento della professionalità e delle promozioni nel lavoro pubblico la Corte contribuisce, certamente, a radicare una inopportuna, profonda, perdurante differenziazione sistemica tra lavoro pubblico e privato. Il riferimento è al trittico delle sentenze n. 1/1999; n. 194/2002; n. 373/2002.

Si tratta di tre pronunciamenti che sferrano un duro colpo non soltanto al meccanismo delle c.d. progressioni verticali - previsto da leggi pregresse sia per i ministeri sia per gli enti locali e delegificato dalla tornata contrattuale 1998/2001 - ma al principio di unificazione del lavoro, introducendo l'anomalia, poi legificata dalla riforma Brunetta - timidamente e transitoriamente ora contestata dalla legge Madia (art. 22, comma 15, del d.lgs. 75/2017) - per cui il sistema degli avanzamenti professionali nella pubblica amministrazione sarebbe talmente peculiare da dar luogo non a un avanzamento professionale ma a una nuova assunzione, da effettuarsi obbligatoriamente tramite l'unico strumento in grado di selezionare i migliori: il concorso pubblico¹³³.

nome del principio di eguaglianza, l'attribuzione di una singola disposizione, quale quella oggetto di censura, senza tenere conto del quadro complessivo del trattamento economico-normativo dei dipendenti della pubblica amministrazione, quale risulta a seguito dell'applicazione delle procedure di contrattazione collettiva previste dal legislatore».

¹³³ Per il periodo considerato si potrebbe aggiungere la sent. n. 218/2002 sulle camere di commercio, ma non ha il medesimo rilievo sia di fattispecie, sia di principio delle altre tre citate in testo. Il principio per cui ciò che nell'impresa è un normale processo di mobilità funzionale verso l'alto, riservato alla discrezionale gestione manageriale del lavoro, si trasforma, nella pubblica amministrazione, in un procedimento amministrativo di accesso dall'esterno a un nuovo posto resosi vacante (un fatto meramente organizzativo), è ribadito in successive decisioni: sentt. n. 150 e 169 del 2010; n. 293 del 2009; n. 205 del 2004; n. 68 del 2011; n. 90 del 2012, n.137/2013. Si tratta, quasi sempre, di pronunciamenti che contestano leggi regionali, molte di stabilizzazioni di precari, in violazione del principio del concorso pubblico con riserva eccedente il 50% per le promozioni verticali degli interni. Come è noto, il sistema di inquadramento professionale pubblico è basato su aree o fasce ampie (ora mutuato anche nel settore privato) pur se con rilevanti differenze tra i comparti che si limitano a individuare i profili delle varie aree – EELL Sanità- e quelli che individuano posizioni a responsabilità graduate e crescenti (una volta Ministeri ora amministrazioni centrali). È altrettanto noto che i contratti di comparto distinguono fra progressioni verticali (tra un livello e un altro) e orizzontali (meramente economiche all'interno dello stesso livello). Tale distinzione ha prodotto conseguenze anche in ordine alla giurisdizione – giusto quanto stabilito da Cass. SU n. 15403/2003 – che ha riservato alla giurisdizione amministrativa le controversie sulle progressioni verticali, trattandosi di concorsi assunzionali, e alla giurisdizione del lavoro le progressioni orizzontali, trattandosi di questioni di inquadramento con risvolti di trattamento contrattuale (orientamento ancora attuale: cfr. Cass. SU n.8995/2018). Già questa distinzione di giurisdizione su un sistema di inquadramento concepito unitariamente, molto dice sull'artificialità della differenziazione e sulle irragionevoli conseguenze della tesi della progressione come occupazione di nuovo posto. La Cassazione, prima su corrette posizioni (l'esercizio dello *ius variandi* come atto gestionale: Cass., sez. un., 27 febbraio 2002, n. 2954; Cass. sez. un., 26 giugno 2002, n. 9334; Cass., sez. un., 21 febbraio 2002, n. 2514; Cass., sez. un., 11 giugno 2001 n. 7859; Cass., sez. un., 22 marzo 2001, n. 128; Cass., sez. un., ord. 23 novembre 2000, n. 1203), è notoriamente arrivata a tale conclusione perché costretta a ripiegare dal fuoco concentrico di giurisprudenza amministrativa (per tutte Tar Lazio sent. n. 12370/2003, ma anche di recente Cons. di Stato n.3284/2015; si veda pure il parere dell'adunanza della Commissione speciale Pubblico impiego del 9 novembre 2005) e soprattutto della Corte costituzionale. La tesi giusta la quale una nuova posizione nella scala professionale costituisce un nuovo posto di lavoro, si potrebbe giustificare al più nel lavoro pubblico non contrattualizzato basato ancora su carriere tradizionali; per esempio nel passaggio dalla prima alla seconda fascia di professore universitario (il cui sistema concorsuale non ha garantito tuttavia notoriamente il merito, al contrario che nei sistemi dove il sistema di cooptazione non concorsuale ha garantito l'effettiva selezione dei migliori) o dal ruolo di ricercatore a quello di professore, dove le funzioni sono effettivamente diverse come ha riconosciuto la stessa Corte Cost. (ma non si capisce, a questo proposito, perché allora in magistratura l'accesso alle posizioni direttive avvenga solo per anzianità e per assegnazione del CSM e non per concorso pubblico potendosi opinare che anche in quel caso trattasi di nuovo posto); ovvero, nel lavoro pubblico contrattualizzato, nel passaggio da un ruolo a un altro (per esempio, da funzionario a dirigente). La Corte costituzionale con la sua rigida posizione finisce, in tal modo, per obliterare il tema propriamente giuslavoristico dell'arricchimento professionale; ciò anche perché indotta dagli scivolamenti di massa voluti dai sindacati e poco ostacolati dall'ARAN, dal management pubblico e dai vari legislatori regionali, che andavano abusando delle stabilizzazioni e su cui l'estesa critica della opinione pubblica (si vedano, a questo proposito, i riferimenti ai duri e polemici articoli sul Sole 24 ore a firma di Sabino Cassese, notoriamente molto critico, in quella fase – fine degli anni '90 del decennio scorso - verso la seconda privatizzazione

In questo caso la Corte produce un vero e proprio *vulnus* al principio di unificazione pubblico privato criticato in modo tanto lucido, quanto inascoltato, da Mario Rusciano¹³⁴.

Sul piano strettamente tecnico-giuridico, la Corte confonde le nuove responsabilità soggettive connesse alla promozione e l'esercizio dello *ius variandi*, con conseguente novazione oggettiva del rapporto – vicenda tutta interna al contratto di lavoro e al suo sinallagma – con la modifica dell'organizzazione amministrativa, intesa, in tal caso, in senso volutamente statico (la pianta organica)¹³⁵.

Concentrare gli strali, come fa la Corte, soltanto sui problemi di imparziale accesso dall'esterno, sull'individuazione di limiti alla stabilizzazione di precari, sulla necessaria presenza di un titolo di studio legittimante e sul controllo della spesa pubblica, sembra operazione giustificata negli obiettivi, ma strabica, con riguardo allo strumento, in un contesto di privatizzazione del rapporto di lavoro: a quale manager, che gestisce organizzazioni complesse, verrebbe mai da pensare che l'inquadramento contrattuale superiore rispetto a quello posseduto in precedenza da un dipendente, ancorché con assegnazioni di mansioni e responsabilità differenti, possa porsi in totale discontinuità con la precedente vicenda lavorativa e contrattuale al punto da costituire una nuova assunzione e un nuovo contratto? Solo nella realtà virtuale degli adepti della "neo lingua" questo è possibile. Nella realtà delle organizzazioni, pubbliche o private che siano, è vero proprio il contrario: le promozioni si giustificano solo in ragione della continuità della prestazione e dell'unicità del rapporto di lavoro. La progressione verticale sancisce, infatti, una continuità di percorso non una discontinuità lavorativa ed esperienziale. La Corte, per questo profilo, ignora che il contratto di lavoro, anche quello dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, è un contratto relazionale il cui oggetto si modifica nel tempo, pur rimanendo immutato l'atto genetico (*supra* § 5.3.). In effetti, i vincoli alle progressioni verticali sotto forma di enfattizzazione del concorso pubblico, come unico strumento legittimante, altro non rappresentano – anche guardando alla circostanza che diede luogo alla questione: le progressioni verticali massive e

e le riforme Bassanini, in V. Talamo, *Il concorso pubblico nella giurisprudenza costituzionale*, commento a Corte Cost. n.1/1999 in GDA n.6/1999, p. 538 ss.). La Corte trascura, cioè, il tema della gestione della professionalità allo scopo di aumento della produttività, ma anche del riconoscimento del merito e della *expertise* soggettiva acquisita lavorando. Una spiegazione di tale rigida posizione della Corte - applicando un approccio giusrealistico - potrebbe essere anche la sua composizione, nel periodo in cui si è consolidato l'orientamento, ove era pressoché dominante la componente accademica a background giuspubblicistico, con coeva mancanza di giudici con background, se non proprio giuslavoristico, almeno giusprivatistico.

¹³⁴ In un magistrale editoriale, pubblicato nella rivista Lavoro nella Pubblica Amministrazione, *Carriera per concorso del dipendente pubblico: «imparzialità» o «buon andamento»?* 1999, 2, pp. 215 ss. M. Rusciano commenta la prima sentenza del tritico, la n.1/1999, evidenziandone tutti i limiti concettuali e gli effetti controintuitivi: disincentivazione dei dipendenti con frustrazione della naturale vocazione al progresso professionale e dello stimolo alla collaborazione al raggiungimento degli obiettivi; venir meno, in capo ai dirigenti, di uno strumento fondamentale della gestione del personale quale la gestione delle promozioni; inadeguatezza del concorso pubblico, rimedio peggiore del male al quale si vuol rimediare (e cioè porre un freno alle logiche corporative e clientelari e alle lobby interne alle burocrazie); concorso pubblico, per altro foriero di inutili complicazioni burocratiche e non in grado di garantire l'imparzialità; artificio logico e inconfigurabilità materiale del passaggio a un superiore livello come accesso a un nuovo impiego; visione dell'organizzazione del lavoro «concentrata su 'posti' in organico più che sulla effettiva collaborazione dei dipendenti con incentivo a una pianificazione astratta delle statiche esigenze amministrative, formalmente definite, piuttosto che sulle dinamiche, concrete e mutevoli esigenze organizzative» ecc. A fronte di tali solide argomentazioni, si staglia la pochezza delle argomentazioni, per lo più tautologiche, contrarie: per tutti L. Olivieri, *Le concrete indicazioni operative derivanti dalla sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2002, n. 373, tra miraggi e riflussi*, Lex Italia, 2002. Su posizioni sostanzialmente anodine, V. Talamo alla nota prima citata, che si limita a porre il problema, a sua opinione insanabile, tra funzionalizzazione dell'attività amministrativa propria della macro organizzazione e profilo scambistico della prestazione lavorativa, op. cit., p. 545.

¹³⁵ Andrebbe fatta oggi, ma non in questa sede, una riflessione sulla compatibilità di tale assetto con il concetto di fabbisogno concreto come stella polare delle politiche di inserimento del personale, che attraversa la legge Madia; sul punto si rinvia a G. Ricci, *L'impatto della "riforma Madia" (e delle più recenti misure del governo "gialloverde") sulla dimensione macro-organizzativa*, cit., e ivi ulteriori riferimenti.

incontrollate – che costituiscono un tipico esempio di iato tra struttura e funzione di un istituto giuridico. Con il criticato indirizzo interpretativo si è, in realtà, finito per imporre, disfunzionalmente, il concorso pubblico, estendendolo ai percorsi interni di carriera, come rimedio a un vizio strutturale delle pubbliche amministrazioni, ovvero la congenita incapacità gestionale dei suoi vertici politici e amministrativi (il *mismanagement*), aggravato da pratiche cogestive e clientelari con le organizzazioni sindacali. Attraverso l'uso pervasivo del concorso pubblico quel che la Corte ritiene di ottenere è un condivisibile obiettivo di *policy* pubblica, sacrificando tuttavia la razionalità giuridica formale e la tenuta sistemica del principio di unificazione alla base della riforma originaria¹³⁶.

Se l'obiettivo è in sé astrattamente giustificato, esso finisce dunque per sacrificare troppo – sull'altare della rigidità e dell'astrattezza del principio affermato – un postulato fondamentale della gestione privatistica del lavoro: il potere datoriale discrezionale di promuovere i migliori e sollecitare in tal modo un maggiore impegno di tutti. L'effetto di tale orientamento, ormai consolidato, è il contributo della Consulta alla perdita progressiva di produttività del lavoro pubblico senza alcun effetto benefico sul fronte dell'imparzialità¹³⁷.

L'effetto è che l'intero sistema degli avanzamenti professionali, perno fondamentale della gestione datoriale privatistica in quanto tipico atto di gestione dirigenziale del personale (lo *ius variandi*), è tornato sotto il cono d'ombra della regolazione pubblicistica e sotto il controllo delle giurisdizioni contabili e amministrative¹³⁸: qui davvero si è innanzi a una differenziazione regolativa eccessiva, pernicioso e per molti versi inutile, con effetti controintuitivi con riguardo agli stessi principi di buon andamento e imparzialità. È notorio, infatti, che la moltiplicazione del sistema dei concorsi in termini assoluti e relativi – da bandire per posizioni in misura doppia anche nel caso di necessità di una sola promozione¹³⁹ – a parte la farraginosità del sistema, abbia notevolmente fatto lievitare i costi di transazione, legati notoriamente all'accumulo di passaggi contrattuali connessi a costose procedure concorsuali.

Se la pubblica amministrazione non era in grado di gestire il personale con logiche premiali e/o in funzione dei fabbisogni organizzativi reali, come un qualunque datore di lavoro privato e con la logica discrezionale di impresa¹⁴⁰, non era detto che l'esito necessitato fosse la vera e propria

¹³⁶ «Si è ripetutamente osservato che, se il principio dettato dall'art. 97 Cost. può consentire la previsione di condizioni di accesso intese a consolidare pregresse esperienze lavorative maturate nella stessa amministrazione, occorre, tuttavia, che l'area delle eccezioni alla regola del concorso sia rigorosamente delimitata e non si risolva in una indiscriminata e non previamente verificata immissione in ruolo di personale esterno attinto da bacini predeterminati»: così la recente sent. della Corte cost. n. 113/2017.

¹³⁷ Un vero *losing game*: nella teoria dei giochi una *lose-lose situation*.

¹³⁸ Si v., esemplificativamente, Corte dei Conti Umbria, sent. 2016, n. 51, con commento di adesione al sistema di Virga, *Dalla Corte dei Conti arrivano i primi chiarimenti sull'applicazione dell'istituto delle progressioni verticali*, *Lentepubblica.it* 19 aprile 2018; Cons. Stato, n. 3284/2015; n. 3418/2013.

¹³⁹ *L'obbligo di concorso aperto, con riserva di posti al 50%, è ormai sanzionato legislativamente dall'art. 24 1° comma, del d.lgs. n.150/2009. La copertura al 50% deriva dal principio affermato dalla sentenza della Corte cost. n. 234/1994.*

¹⁴⁰ Nella legislazione riguardante originariamente gli EELL, il principio era tutt'altro che irrazionale: i concorsi esterni solo in caso di nuove posizioni, progressioni verticali invece nel caso in cui occorresse inquadrare professionalità interne su posizioni esistenti; l'articolo 6, comma 12, della legge n. 127/1997, poi abrogato dal TU degli EELL, stabiliva che gli enti locali, non in situazioni strutturalmente deficitarie, potevano prevedere concorsi interamente riservati al personale dipendente, in relazione a particolari profili o figure professionali caratterizzati da una professionalità acquisita esclusivamente all'interno dell'ente. La stessa disposizione si applicava altresì alle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, alle allora aziende sanitarie locali e alle aziende ospedaliere.

finzione giuridica della progressione verticale come accesso al posto in organico vacante, tramite concorso aperto all'esterno e con la complicazione della riserva di posti¹⁴¹.

Non era questo affatto un esito imprescindibile della vicenda. Allo stesso fine, sarebbe stato sufficiente ribadire il sistema di promozione, certamente più funzionale, in vigore da decenni presso le aziende pubbliche e gli enti pubblici economici: procedure selettive interne di natura privatistica; rispetto degli obblighi di correttezza e buona fede, specificati dagli obblighi di trasparenza e motivazione a supporto della scelta, come elementi di ragionevole e sostenibile specificazione dei percorsi professionali nel rapporto di lavoro pubblico¹⁴².

A tale anomalia ha in parte rimediato la riforma Madia con una disposizione che sembra però più una parziale e congiunturale concessione alla pressione delle organizzazioni sindacali che un coraggioso aggiustamento sistemico. La legge Madia¹⁴³ reintroduce infatti transitoriamente – senza modificare il d.lgs. n. 165/2001 – la facoltà di ricorrere al sistema delle progressioni verticali riservate al personale interno, con una norma temporanea, solo per il triennio 2018-2020 e con una portata limitata anche con riguardo alle risorse disponibili¹⁴⁴. Si tratta di una giustapposizione, ad effetti limitati, del modello sindacale a quello pan-concorsuale disegnato dalla riforma Brunetta e propugnato dalla Corte, che certo non contribuisce a costruire sistematicamente un meccanismo di differenziazione ragionevole del sistema delle progressioni verticali nel lavoro pubblico rispetto al lavoro privato.

7.3. Il ritorno... la sentenza n. 178/2015.

¹⁴¹ Scrive la Corte citando sé stessa, nella sent. n.194/2002: «Nella disciplina delle procedure di riqualificazione in esame permangono ancora, nonostante le modificazioni introdotte (n.d.a. si fa riferimento alle disposizioni della finanziaria che riguardavano sempre i dipendenti del Ministero delle Finanze) alcune lesioni dei principi costituzionali in materia di organizzazione dei pubblici uffici. In particolare va ricordato che, secondo la consolidata giurisprudenza costituzionale, il passaggio ad una fascia funzionale superiore comporta "l'accesso ad un nuovo posto di lavoro corrispondente a funzioni più elevate ed è soggetto, pertanto, quale figura di reclutamento, alla regola del pubblico concorso" (cfr. per tutte: sentenza n. 320 del 1997, sentenza n. 1 del 1999), in quanto proprio questo metodo offre le migliori garanzie di selezione dei soggetti più capaci. Il pubblico concorso è altresì un meccanismo strumentale rispetto al canone di efficienza dell'amministrazione, il quale può dirsi pienamente rispettato qualora le selezioni non siano caratterizzate da arbitrarie forme di restrizione dei soggetti legittimati a parteciparvi; forme che possono considerarsi non irragionevoli solo in presenza di particolari situazioni, che possano giustificarle per una migliore garanzia del buon andamento dell'amministrazione.»

¹⁴² Si rinvia a C. Zoli, *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Giuffrè, Milano, 1988; P. G. Allea, *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 143 ss.

¹⁴³ Il regime ordinario è costituito dal art. 52 comm1, 1 bis, 1 ter, d.lgs. n.165/2001; come modificato dagli artt. 24 e 62 comma 1, d.lgs. n.150/2009. Il comma 15 dell'art. 22 del d.lgs. n. 75/2017 si è limitato ad integrare o, se si vuole, a derogare temporaneamente la disposizione: «Per il triennio 2018-2020, le pubbliche amministrazioni, al fine di valorizzare le professionalità interne, possono attivare, nei limiti delle vigenti facoltà assunzionali, procedure selettive per la progressione tra le aree riservate al personale di ruolo, fermo restando il possesso dei titoli di studio richiesti per l'accesso dall'esterno. Il numero di posti per tali procedure selettive riservate non può superare il 20 per cento di quelli previsti nei piani dei fabbisogni come nuove assunzioni consentite per la relativa area o categoria. In ogni caso, l'attivazione di dette procedure selettive riservate determina, in relazione al numero di posti individuati, la corrispondente riduzione della percentuale di riserva di posti destinata al personale interno, utilizzabile da ogni amministrazione ai fini delle progressioni tra le aree di cui all'articolo 52 del decreto legislativo n. 165 del 2001. Tali procedure selettive prevedono prove volte ad accertare la capacità dei candidati di utilizzare e applicare nozioni teoriche per la soluzione di problemi specifici e casi concreti. La valutazione positiva conseguita dal dipendente per almeno tre anni, l'attività svolta e i risultati conseguiti, nonché l'eventuale superamento di precedenti procedure selettive, costituiscono titoli rilevanti ai fini dell'attribuzione dei posti riservati per l'accesso all'area superiore.»

¹⁴⁴ Il numero di posti per tali procedure selettive riservate non può superare il 20 per cento di quelli previsti nei piani dei fabbisogni come nuove assunzioni consentite per la relativa area o categoria; sul punto cfr. G. Ricci, *L'impatto della "riforma Madia" (e delle più recenti misure del governo "gialloverde") sulla dimensione macro-organizzativa: programmazione dei fabbisogni, concorsi, stabilizzazioni*, cit.

Con la sentenza n. 178/2015¹⁴⁵ la Corte ritorna, con maggiore coerenza, all'originaria posizione di comprensione e difesa del progetto di privatizzazione e unificazione del lavoro pubblico e privato.

La Corte, in questo caso, anche in ragione alla materia del contendere – la libertà negoziale sindacale e la dinamica retributiva nel lavoro pubblico vs. i vincoli delle politiche di austerità e il conseguente blocco salariale – accede a una posizione di *differenziazione ragionevole* tra lavoro pubblico e privato¹⁴⁶. Ciò le consente di respingere le considerazioni del giudice rimettente, basate sull'art. 3 della Costituzione, e in forza delle quali il Tribunale di Ravenna aveva stigmatizzato le restrizioni retributive dettate per via legale nel settore pubblico, in ragione della crisi, con provvedimenti che non trovavano riscontro nel settore privato e «non governati dalla logica del contratto», incompatibili, pertanto, con il principio paritario.

Secondo la Corte, le ragioni di sostenibilità finanziaria e di tutela del bilancio pubblico giustificano politiche di blocco salariale, purché contingenti ed eccezionali. Le medesime esigenze “eccezionali” di contenimento della spesa pubblica giustificano pure, allorché sia in gioco «la “salvaguardia di superiori interessi generali”, la compressione della libertà tutelata dall'art. 39, primo comma, Cost.». Il che aveva peraltro già consentito storicamente alla Corte di postulare limitazioni anche con riguardo al settore privato¹⁴⁷.

La normativa di blocco salariale nel settore pubblico, conseguente alle politiche di austerità come risposta alla crisi epocale, connota le medesime misure in “senso solidaristico”, ma il suo perdurare, oltre un limite temporale “ragionevole”, produce potenzialmente un *vulnus* al principio di proporzionalità della retribuzione ex art. 36 Cost. e, a cascata, alla valorizzazione del merito (affidata alla contrattazione collettiva) come concretizzazione del principio di buon andamento nella pubblica amministrazione. In questo passaggio la Corte formula un collegamento, di tutto rilievo, tra principio proporzionalistico, funzione della contrattazione collettiva e buon andamento (produttività del lavoro), valevole, in chiave di unificazione, sia per il lavoro pubblico sia per il lavoro privato. Tale importante considerazione, tuttavia, non consente alla Corte di accogliere il rilievo di costituzionalità del rimettente per questo profilo (il principio di proporzionalità della retribuzione) in ragione della limitatezza del periodo di blocco e di altre condivisibili ragioni. Superati con argomentazioni ineccepibili (di merito e di differenziazione ragionevole e sostenibile tra lavoro pubblico e privato) altri profili di illegittimità, la Corte ribadisce, nel merito dell'accoglimento, l'unità sistemica del principio di libertà negoziale nel settore pubblico e nel settore privato.

Tale posizione è certamente, come si diceva, agevolata dai valori costituzionali in gioco: il blocco perdurante della libertà contrattuale “sulla determinazione delle condizioni di lavoro, che attengono immancabilmente anche alla parte qualificante dei profili economici”, oltre i limiti di ragionevolezza, lo rende illegittimo perché non eccezionale; la sua “vocazione [...] strutturale”, infatti, lo pone in contrasto con “il principio di libertà sindacale sancito dall'art. 39, primo comma, Cost.”. Tale principio, la Corte non lo dice ma lo pensa, costituendo un diritto sociale fondamentale non soggetto a limiti, adattamenti o manipolazione alcuna, è causa e bussola, insieme, di

¹⁴⁵ Si veda il commento moderatamente critico, o parzialmente a sostegno (non è chiaro), di M. Barbieri, *Contratto collettivo e lavoro pubblico: blocco salariale e blocco della contrattazione collettiva tra scelte legislative e giurisprudenza costituzionale*, in RIDL, 2015, I, p. 453 ss.

¹⁴⁶ In ciò agevolata anche dal *background* giuslavoristico della giudice relatrice, Silvana Sciarra. Anche in tal caso la Corte richiama tuttavia le «*perduranti ancorché attenuate differenze*».

¹⁴⁷ Cfr. Corte cost. 124/1991 sulla sterilizzazione dell'indennità di contingenza.

unificazione perdurante delle dinamiche del lavoro, a prescindere da ogni differenziazione di *status* e di settore.

8. I percorsi del legislatore. Differenziazione e/o specializzazione di regimi regolativi del lavoro pubblico: necessaria, opportuna, superflua, illegittima.

Sin qui il percorso del Giudice delle leggi, contestabile in alcuni snodi fondamentali, ma non privo di sviluppo coerente.

Ben più frammentato, illogico e contraddittorio il percorso del legislatore. Il processo di differenziazione, come si è prima rilevato, ha proceduto per grumi di discipline speciali a intensificazione crescente. Pur senza riuscire a inficiare l'assetto complessivo della riforma e i suoi punti cardine, sono stati tuttavia introdotti progressivamente elementi spuri e opachi che hanno in alcuni punti compromesso l'originaria chiarezza e coerenza del progetto riformatore, in altri rischiato di stravolgerlo. Come accennato, sul lavoro pubblico si annunciano ulteriori processi di riforma per cui il giudizio complessivo su di essi va rinviato (*supra* § 1).

Si analizzerà di seguito, a scopi di mera esemplificazione, quanto delle originarie disposizioni, e delle modifiche poi apportate, possa essere annoverato tra le differenziazioni o specializzazioni necessarie, opportune, superflue o a rischio di illegittimità. Tale sommaria catalogazione potrà costituire una griglia analitica per esaminare criticamente e costruttivamente le riforme in cantiere e pensare a un possibile sviluppo razionale della regolamentazione del lavoro pubblico (*infra* § 9).

8.1. Differenziazione normativa necessaria ad alto tasso di adattamento specificativo.

8.1.1. Vincoli di bilancio e contrattazione del salario.

All'interno delle opzioni di differenziazione normativa necessaria si collocano certamente gli interventi di diversificazione che hanno avuto come presupposto il controllo della spesa pubblica. Innanzitutto con riguardo al sistema di contrattazione collettiva che, notoriamente, ha subito un processo di accentuata divaricazione dal settore privato, nel senso di una maggiore legificazione e relativo irrigidimento, con la riforma Brunetta.

Le pubbliche amministrazioni subiscono tetti, etero imposti, di spesa per il personale (sanciti anche dalla Costituzione) e non auto determinati da libere valutazioni di mercato e di investimento. Tale tendenza si è ovviamente accentuata in concomitanza con la crisi dei debiti sovrani e la recessione che hanno avuto inizio nel 2008. Si tratta di tetti, peraltro, su cui insiste un regime pubblico di controllo da parte delle autorità di spesa: dal Mef, alla Ragioneria generale dello Stato, al Dipartimento della funzione pubblica, all'Aran, alla Corte dei conti, agli organismi di revisione a livello amministrativo decentrato. La discrezionalità dei centri di spesa autonomi e degli attori negoziali di aggiungere risorse proprie al processo negoziale decentrato è oggi praticamente annullata, non potendo devolversi al personale non solo nuova spesa pubblica ma neanche risparmi gestionali¹⁴⁸; nel settore privato al contrario – ed è questa una differenza strutturale – la contrattazione di secondo livello ha come suo volano (in effetti, non pienamente dispiegato in Italia) la libera redistribuzione, per via di contrattazione integrativa, degli incrementi di produttività aziendale. Ciò spiega: il regime di regolamentazione e di controllo della legge sulla

¹⁴⁸ Sul punto si rinvia ad A. Lo Faro, "Premiare stanca", cit.

contrattazione collettiva nel settore pubblico, soprattutto di secondo livello¹⁴⁹; il rigido accentramento delle politiche salariali per via legale con i vincoli alla struttura contrattuale (fortemente centralistica); nonché le conseguenze giuridiche e contabili in caso di sfioramento dei limiti di spesa, con l'effetto di sostituzione automatica di clausole difformi¹⁵⁰; giustifica la valenza, ancor più minimalista che nel settore privato, del contratto individuale come fonte di regolazione del rapporto con riguardo alla retribuzione.

Può pertanto dirsi che la contrattazione collettiva pubblica, differentemente da quella privata, sia variabile dipendente dei meccanismi di finanza statale e dei relativi flussi, che ne conformano non soltanto le dinamiche quantitative, ma anche le regole funzionali a garantirne l'effettiva attuazione.

In altri termini, la contrattazione collettiva del settore pubblico è vincolata nello scopo, non tanto in ragione di generici interessi pubblici, quanto di più prosaici ma certamente solidi vincoli economico-finanziari: l'obbligo costituzionale, ormai di matrice europea, di equilibrio di bilancio e sostenibilità del debito pubblico ex artt. 81 e 97, comma 1, Cost. Tali vincoli, che sostanziano una differenziazione basica con il sistema contrattuale privato, onde un *gap* di autonomia decisionale e discrezionalità degli attori collettivi, trovano comunque un controlimite esterno – sancito dalla Corte costituzionale nella già citata sentenza 178/2015 – nel principio di libertà negoziale: nella misura in cui la differenziazione travalichi il limite costituito dal principio di libera contrattazione, essa, da necessaria, diventa illegittima.

È da aggiungere, tuttavia, che tale differenza strutturale non impedirebbe un processo di avvicinamento tra i due settori della regolamentazione legale - con un contenuto leggero di differenziazione adattiva - del sistema di rappresentanza e rappresentatività sindacale, giusto quanto a suo tempo sostenuto da D'Antona che considerava il modello pubblico il *benchmarking* della riforma. Tale processo non ancora realizzato, è ormai ritenuto maturo da tutte le parti sociali e manca soltanto dell'*imprinting* del legislatore¹⁵¹.

8.1.2. L'accesso all'impiego pubblico e il regime delle incompatibilità.

Altro elemento di differenziazione necessaria e, nei limiti che si diranno, strutturale, già presente nella prima e seconda contrattualizzazione e sempre confermato nei cicli di riforma successivi, attiene al principio del pubblico concorso come criterio tendenzialmente unico di accesso alla pubblica amministrazione (art. 97, comma 4, Cost.); fatte salve eccezioni che dovrebbero essere,

¹⁴⁹ Articoli 40 e 40 bis d. lgs. n. 165/2001.

¹⁵⁰ Il meccanismo della nullità e della sostituzione automatica delle clausole negoziali (su cui V. Talamo, *Gli effetti della contrattazione integrativa dopo il d.lgs. n. 150 del 2009 e la finanziaria d'estate: ratio di una riforma*, in WP C.S.D. L.E. "Massimo D'Antona", n. 110/2010; Id. *La contrattazione integrativa dopo il d.lgs. n. 150/2009. Le prime applicazioni giurisprudenziali*, in GDA, 2012, 4, p. 435 ss.) ha ingenerato la responsabilità contabile per gli amministratori che ne siano artefici anche come negoziatori; la Corte di Cassazione tende a escludere tale responsabilità in capo agli esponenti sindacali in delegazione trattante, responsabilità sostenuta invece dalla Corte dei Conti (Sezione Lombardia, sentenza n. 372 del 14 giugno 2006). Con ordinanza n. 14689/2015 la Suprema Corte ha negato la giurisdizione della Corte dei Conti escludendo la configurabilità di una responsabilità contabile in capo alle rappresentanze sindacali, dal momento che queste operano nell'interesse dei soli lavoratori (interesse antagonista di quello della pubblica amministrazione datore di lavoro) in una relazione contrattuale di diritto privato, ponendo così termine alla *querelle*.

¹⁵¹ Negli ultimi anni, l'urgenza della predisposizione di criteri legali della misurazione della rappresentatività (sindacale e datoriale) è stata accentuata dai fenomeni di moltiplicazione di contratti categoriali siglati da soggetti di dubbia rappresentatività, con i connessi effetti di frammentazione del sistema contrattuale (e di *dumping* normativo-salariale). Di recente, sul tema, v. V. Papa, *Dieci anni di (auto)regolazione sindacale della rappresentanza negoziale: traiettorie autonome e prospettive regolative eteronome*, paper presentato nel corso della Conferenza Annuale Giovani dell'Associazione Italiana di Studi sulle Relazioni Industriali (AISRI), su *Il ruolo dello Stato nelle relazioni industriali*, tenutasi a Trento, il 29 marzo 2019.

come dice da tempo la Corte costituzionale, limitate e giustificate da un pubblico interesse superiore. A tale elemento di differenziazione strutturale si può affiancare anche il regime variegato delle incompatibilità, direttamente derivante dal principio di fedeltà di cui all'art. 98, comma 1¹⁵², e 54, comma 2, Cost.¹⁵³ e oggi incidente anche sull'ampia materia del conflitto di interessi connesso ad incarichi e che si interseca con l'ampia platea degli interventi anticorruzione¹⁵⁴.

Anche a non voler considerare, in questa sede, la proposta di ripristino del giuramento, al momento del reclutamento, come (malinteso) elemento di ri-pubblicizzazione e di recupero, anche per via simbolica, dei valori giudaico cristiani (Dio, Patria e Famiglia), di cui si parla nel nuovo disegno di legge in discussione, qualcosa va detto a proposito del pubblico concorso come elemento strutturale di differenziazione tra lavoro pubblico e lavoro privato.

Occorre subito sgombrare il campo da false rappresentazioni, retoriche, miti e pseudo concetti.

Innanzitutto il postulato della rigida connessione tra pubblico concorso e principio del buon andamento della pubblica amministrazione¹⁵⁵. L'interesse a selezionare i migliori non è affatto monopolio o pertinenza esclusiva del datore di lavoro pubblico, anzi: la prassi ci dice che nel settore privato si seguono pratiche di selezione meritocratica sicuramente più efficaci rispetto al settore pubblico. Basti confrontare l'operato degli uffici di selezione del personale delle *big corporation*, ma anche di una media impresa, e persino il sistema del "passa-parola" tra piccoli imprenditori, rispetto agli esiti, spesso insoddisfacenti, di qualunque concorso pubblico italiano basato su prove formali e verifica di bagagli di nozioni astratte, per appurare la differenza in termini di risultati, intesi come effettiva capacità di selezione dei migliori. In altri termini, la selezione dei migliori per le imprese è un elemento reale, sostanziale ed effettivo; per le pubbliche amministrazioni un dato meramente astratto, formale e procedurale. Più una questione di principio, come si affaticano a spiegare le alti Corti, piuttosto che una questione di realtà.

Nei paesi anglosassoni è notorio, inoltre, che, per lunga tradizione, il concorso pubblico è sostanzialmente la scelta insindacabile di qualcuno: i valutatori fanno un colloquio con ciascun candidato e scelgono quello che li convince di più; non sarà forse oggettivamente lo strumento migliore, ma sarà quello che è stato ritenuto più adatto e certamente funziona meglio del pubblico concorso italiano.

Infine il sistema di concorso pubblico in Italia non si salva neppure accedendo al luogo comune di non essere un metodo ottimale, ma comunque il meno peggio perché meno arbitrario di altri. Il concorso pubblico, storicamente, non ha neppure garantito la selezione del meno peggio; ha, di frequente, prodotto risultati talmente arbitrari da aver generato una monumentale

¹⁵² I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione.

¹⁵³ I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti alla legge. Il principio di fedeltà del pubblico impiegato è disciplinato, nella legislazione ordinaria, dagli artt. 53, commi 2, 3 bis e 5, del d.lgs. n. 165 del 2001; 1, comma 58 bis, della l. n. 662 del 1996.

¹⁵⁴ Si rinvia per una esposizione analitica al documento del Dipartimento della funzione pubblica "*Le incompatibilità e gli incarichi vietati ai dipendenti pubblici*" <http://www.funzionepubblica.gov.it/lavoro-pubblico-e-organizzazione-pa/rapporto-di-lavoro-pubblico/incompatibilita-cumulo-di-impieghi-e->; Martone *Rapporto di lavoro e prevenzione della corruzione: concorsi e prove selettive, incompatibilità, inconfiribilità degli incarichi e codici di comportamento*, cit. Ramajoli, *Inconfiribilità e incompatibilità di incarichi nelle pubbliche amministrazioni*, RDP, 2014, 3, p. 577 ss; Marinelli, *Incompatibilità ed incarichi*, in *GI*, 2018, aprile, p. 1014 ss.

¹⁵⁵ Tende a sganciare la rigida connessione tra principio del buon andamento e principio dell'accesso tramite concorso, ma per confermare il principio di non convertibilità del contratto di lavoro a termine anche nel caso di accesso a esso tramite selezione pubblica, Cass. n. 8671/2019 ordinanza, sul quotidiano EELL del sole 24 ore, del 29 marzo 2019.

giurisprudenza amministrativa che, spesso e sempre più, rappresenta (elemento ancor più arbitrario) il trasferimento della funzione sostanziale, anche se non formale, di selezionatore esperto al giudice amministrativo, che non possiede certamente l'*expertise* per valutare¹⁵⁶.

Vero è invece che le imprese, non obbligate al sistema del concorso pubblico aperto a tutti, non solo hanno attratto, ma storicamente tendono a selezionare effettivamente i migliori, non potendo correre il rischio o permettersi il lusso di sbagliare¹⁵⁷.

Oltre tutto, anche concettualmente, il concorso pubblico ha costituito una remora e un elemento di vischiosità rispetto al fisiologico ricambio, ovvero al controllo meritocratico della *performance* nella pubblica amministrazione italiana. Si è, ad esempio, teorizzato che assunzione concorsuale e licenziamento per scarso rendimento si collocano in relazione ossimorica: chi è stato dichiarato meritevole, capace e dunque formalmente vincitore del posto (non di un concorso) non può risultare non più tale nella verifica di effettività ed essere conseguentemente licenziato perché incapace: i fatti devono piegarsi alla forma.

Va aggiunto che la giurisprudenza della Corte di giustizia nelle ipotesi di uso abusivo del contratto a termine nel settore pubblico, pur accettando che la previsione costituzionale dell'obbligatorietà del pubblico concorso possa essere impeditiva della sanzione della conversione, come avviene invece nel settore privato, tende a ricondurre tale diverso regime, non a una differenza ontologica di *status* di lavoratore nei due settori, ma a una diversa tecnica sanzionatoria (il risarcimento del danno anziché la conversione del rapporto); il che non le impedisce di considerare unitariamente, nel pubblico e nel privato, la fattispecie dell'abuso del contratto a termine (*infra* 8.3.4.). La prassi delle ricorrenti stabilizzazioni di precari per via legislativa (per ben tredici diverse categorie di impiegati pubblici, solo di recente)¹⁵⁸, a cui stenta a porre un freno la Corte costituzionale, dimostra poi l'ipocrisia tutta italiana del rigore formale e del lassismo sostanziale.

Sgombrato il campo dal "mito" del concorso pubblico come strumento a garanzia del buon andamento della pubblica amministrazione, rimane certamente il tema del pubblico concorso come presidio dell'imparzialità (anche con riguardo al principio di eguaglianza formale *ex art. 3* comma 1 Cost.). Un imprenditore può permettersi, in astratto, di assumere "il proprio figlio

¹⁵⁶ Si rinvia, come mero esempio, alla vicenda delle abilitazioni dei professori universitari che, pur non essendo concorsi di merito in senso proprio, sono proceduralmente assimilabili. La sentenza del Cons. St., sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, con sofisticati argomenti tecnici sull'estensione del giudicato amministrativo e sulla sua effettività, arriva ad annullare la discrezionalità tecnica dei docenti universitari che per ben tre volte (in tre distinte commissioni) avevano negato l'abilitazione a un candidato. Si tratta di un esempio del progressivo straripamento del controllo di legittimità delle procedure selettive in una valutazione, di fatto, di merito, onde il giudice avoca a sé un ruolo di super-esperto, concedendo, in questo caso, direttamente l'abilitazione (*rectius* ordinando al ministero di concederla e annullando ogni spazio di discrezionalità amministrativa della p.a. nell'ottemperanza). Un sintomo, per altro, non solo della crisi del sistema universitario italiano, ma di un fenomeno più ampio, definibile della delegittimazione della *expertise* e della competenza tecnica; si rinvia a T. Nichols, *La conoscenza e i suoi nemici*, Luiss University Press, Roma, 2018. Sul tema della crisi della democrazia per incompetenza o per invasione di competenze altrui, come nel caso della sentenza del Consiglio di Stato, si rinvia a J. Brennan, *Contro la democrazia*, Luiss University Press, Roma, 2018.

¹⁵⁷ Basterebbe confrontarsi con la storia interna di alcuni grandi complessi industriali italiani e monitorarne le politiche di reclutamento.

¹⁵⁸ Dipendenti a tempo determinato della Corte costituzionale; del Quirinale; lavoratori socialmente utili con mansioni di collaboratori scolastici sottratti ad una potenziale manovalanza delinquenziale; lavoratori pubblici assunti attraverso procedure selettive che hanno maturato i 36 mesi di servizio anche non continuativi, compreso il personale con qualifica dirigenziale; docenti a tempo determinato dei Conservatori Afam; lettori universitari, ora collaboratori ed esperti linguistici di lingua madre; dipendenti precari delle Fondazioni lirico-sinfoniche; docenti inseriti nelle graduatorie provinciali ad esaurimento della scuola pubblica; funzionari a tempo indeterminato con inquadramento C/3 con incarico dirigenziale presso l'amministrazione penitenziaria; docenti scolastici con incarico dirigenziale a termine; segretari comunali e provinciali a tempo indeterminato; a suo tempo i vice pretori onorari ecc. Si tratta non di singoli o ristretti nuclei di lavoratori ma di decine di migliaia di assunzioni senza concorso. L'elenco è contenuto nella questione pregiudiziale europea, non accolta dalla Corte di Cassazione (ord. n. 8671/2019), sollevata dalla difesa dei lavoratori nel relativo giudizio.

impreparato o indolente”, la pubblica amministrazione non può tollerare assunzioni se non filtrate e controllate dalla procedura del pubblico concorso, ovvero, come prevede l’art. 35 del d.lgs. n. 165/2001, dall’avviamento tramite i centri per l’impiego.

Ma anche in tal caso la differenza è meno rilevante di quel che artificiosamente si è inteso sostenere; al di fuori dei casi particolari delle imprese familiari, nella *public company*, il *manager*, nel suo ruolo di direttore del personale, non può certamente assumere liberamente suo fratello o un politicamente raccomandato: a parte che anche il tal caso ricorrerebbero eventuali profili penali (corruzione tra privati, o corruzione elettorale in caso di voto di scambio), le pratiche assunzionali nel settore privato sono sottoposte a controlli rigorosi sia nelle procedure sia, molto più che nel settore pubblico, nei risultati: una scelta assunzionale errata può costare cara a chi l’ha gestita; un pubblico concorso formalmente ineccepibile, vinto da un soggetto che si riveli non all’altezza delle aspettative, non produce responsabilità alcuna.

Fatte queste dovute precisazioni per rendere meno astratta e di principio la differenza strutturale tra il momento assunzionale nel settore pubblico e nel settore privato, resta il fatto che tale differenza sussiste e, nel quadro dell’ordinamento costituzionale italiano, pare pure giustificata.

Il tema dell’evidenza pubblica come insieme dei principi di imparzialità, pubblicità e trasparenza (esplosi nell’art. 35 comma 3 del d. lgs 165/2001 ed estesi alle partecipate)¹⁵⁹ va sottoposto alla prova dei fatti, vale a dire al suo necessario collegamento con il principio del buon andamento; il che implicherebbe riscrivere e aggiornare l’ampio apparato delle regole burocratiche e formali utilizzate dalle pubbliche amministrazioni, utilizzando come modelli pratici i metodi di selezione, certamente più efficaci, adottati dalle imprese private.

Il principio dell’imparzialità non si riduce al pubblico concorso e alle sue regole rigide e stantie, ma, se letto in combinato disposto con quello del buon andamento, implica la contaminazione delle regole di reclutamento pubbliche con le metodologie di selezione, effettivamente meritocratiche, mutate dal settore privato (imprese e agenzie del lavoro), secondo uno schema intuito ma non realizzato pienamente dal legislatore della legge Madia¹⁶⁰. Per cui, quel che appare una differenza strutturale, alla fine della disamina, lo appare meno; non si tratta di una distanza incolmabile e va comunque opportunamente relativizzata; tutto ciò nella misura in cui si consideri necessario un processo di avvicinamento del sistema di reclutamento pubblico a quello, certamente più efficace, del settore privato: rimane la diversità strutturale consistente nell’obbligo legale, di origine costituzionale, nelle pubbliche amministrazioni di procedure di evidenza pubblica.

Con riguardo al regime di incompatibilità occorre segnalare che, sin dalla prima riforma, ha costituito un elemento di differenziazione di *status* ancor più marcato se si guarda al regime del lavoro pubblico non contrattualizzato (al quale si applica per intero la normativa del D.P.R. n. 3/1957, art. 60). Tale differenza si è anzi accentuata nella misura in cui il regime di incompatibilità ha subito specializzazioni dirette (la più ampia disciplina sull’incompatibilità e inconfiribilità degli incarichi nel solco della legislazione anticorruzione) e indirette (nella misura in cui sul regime delle incompatibilità insiste il diverso regime, a sua volta ulteriormente specializzato, del potere

¹⁵⁹ Tali principi si applicano anche al sistema di reclutamento nel settore delle partecipate (art. 19, comma 2, d.lgs. n. 175/2016).

¹⁶⁰ Si rinvia a G. Ricci, *L’impatto della “riforma Madia” (e delle più recenti misure del governo “gialloverde”) sulla dimensione macro-organizzativa: programmazione dei fabbisogni, concorsi, stabilizzazioni*, cit.; B. Mattarella, *Il lavoro pubblico*, in *La riforma della pubblica amministrazione*, cit. p. 327 ss.

disciplinare)¹⁶¹. In tal caso la differenza strutturale sta nel fatto che il lavoratore subordinato privato è tenuto unicamente all'osservanza degli obblighi di diligenza e di fedeltà (artt. 2104 e 2105 c.c.) mentre il dipendente pubblico ha l'obbligo di esclusività, essendo al servizio esclusivo della nazione, giuste le norme sopra richiamate, da cui l'obbligo sanzionato di incompatibilità.

Tale vincolo di esclusività tuttavia non ha un valore assoluto, non attiene ovviamente a una dimensione di insopprimibile differenziazione ontologica dello *status* di lavoratore pubblico, se è vero che ha subito nel tempo significative attenuazioni sia con il sistema delle autorizzazioni per i dipendenti a tempo pieno sia con il regime generale (non considerando il regime speciale per i professori universitari e il regime di *intramoenia* per i medici del SSN), che ha legittimato la deroga all'obbligo di esclusività e quindi la possibilità di svolgimento continuativo e professionale di lavoro autonomo al lavoratore pubblico che chieda (e ottenga, quasi sempre, secondo prassi) il *part-time* (con riduzione di orario almeno al 50%: art. 1, co. 56 ss., della l. n. 662/1996). Onde il regime di esclusività è meno questione di *status* di quel che si suole sostenere, nella misura in cui ammette contaminazioni tra lavoro per la pubblica amministrazione e lavoro privato, anche nell'interesse della pubblica amministrazione e non solo del dipendente pubblico (se non altro per la riduzione del costo che implica, oltre che per l'utile contaminazione di esperienze). La disciplina delle incompatibilità come regime speciale per il lavoro pubblico tuttavia mantiene una forte caratterizzazione che va però correttamente individuata non in un generico e retorico dovere di fedeltà alla nazione, ma in una ben più concreta esigenza di evitare perniciosi e non ammissibili conflitti di interesse tra l'attività privata del pubblico dipendente e la sua appartenenza alla pubblica amministrazione, con riguardo ai compiti in concreto svolti; esigenza anche semplicemente riferita all'esatto, scrupoloso e diligente adempimento degli stessi: in tal caso il rigore del divieto nel settore pubblico non potrà mai essere valutato come eccessivo.

8.2. Differenziazione opportuna a basso tasso di adattamento specificativo.

Detto sin qui delle differenziazioni necessarie, strutturali e giustificate, va precisato che il rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici e dei dipendenti privati ha subito un tendenziale processo di unificazione con riguardo a fondamentali istituti del rapporto di lavoro.

8.2.1. Orario e tempo di lavoro.

I regimi di orario, legali e contrattuali, tendono a uniformarsi e non più a divergere; così come in larga parte comuni ai due settori sono le esigenze di flessibilizzazione in ragione dell'adeguamento alle domande dei consumatori e degli utenti. Da tempo il *part-time* è stato regolato con opportune specificazioni anche nel settore pubblico, pur svolgendo in tale settore una funzione precipua e differente rispetto al settore privato (non solo flessibilizzazione e conciliazione, ma anche risparmio di spesa e attenuazione del regime di incompatibilità).

¹⁶¹ Si rinvia a M. Militello, *Etica comportamentale, procedimento disciplinare e sanzioni*, cit.; si v., da ultimo, Cass. n. 8722/2017 con nota condivisibilmente critica di A. Tamperi, *Violazione dell'incompatibilità, permanenza dell'illecito disciplinare e acquiescenza dell'amministrazione*, RIDL, 2017 II, p. 854, secondo il quale l'interferenza tra disciplina dell'incompatibilità e regole sull'esercizio del potere disciplinare non può spingersi sino ad annullare il principio di tempestività della sanzione disciplinare per cui il legislatore ha rigorosamente individuato il termine di 120 gg, pena la decadenza dal potere disciplinare. In senso difforme Trib. Venezia ord. 2 dicembre 2014 con nota, a sua volta critica, di M. Della Casa, *Le incompatibilità del pubblico dipendente tra decadenza e licenziamento disciplinare*, in *LG*, 2015, 6, p. 609 ss.

8.2.2. Retribuzione.

Tende a convergere pure la dinamica della retribuzione. La dinamica retributiva e la struttura della retribuzione, rispetto alla fase delle micro leggende, della giungla retributiva e incontrollata ha subito un processo di salutare e tendenziale razionalizzazione e uniformazione attraverso una gestione contrattuale controllata e tendenzialmente uniforme nei due macro settori. Uniformità sia nella dinamica quantitativa (la retribuzione sociale), sia nella struttura (la retribuzione corrispettivo). Vanno considerate sostenibili le differenze di regolazione del sistema di contrattazione collettiva (*supra* § 8.1.1), e anche tipici del solo settore privato i problemi di tutela dei *working poors*, di copertura contrattuale e di salario minimo legale. La struttura della retribuzione è certamente più codificata e omogenea nei diversi comparti pubblici (anche in ragione del fatto che, per legge, sono vietati elementi di retribuzione individualizzati, il c.d. *wage drift*); ciò in ragione di un maggior controllo centralizzato della dinamica salariale e degli istituti incentivanti (retribuzione di posizione e di risultato). Nel settore privato il sistema degli incentivi è certamente più articolato e vario in ragione delle sue autonome dinamiche di livello aziendale, laddove attecchisce la negoziazione di secondo livello, obbligatoria invece nel settore pubblico¹⁶². Vanno, pertanto, scontate alcune diversità di strumenti e tecniche retributive e una differenziazione di efficacia incentivante degli stessi nei due settori. Così come vanno qualificate come derive o illusioni, i tentativi, nel settore pubblico (la legge Brunetta), di regolare o imporre per legge rigide dinamiche retributive premianti.

8.2.3. Conciliazione vita lavoro.

Comuni le dinamiche di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, con i processi di progressivo adattamento, anche per via legislativa (differenziazione per adattamento, opportuna oltre che ragionevole) di istituti quali il lavoro agile, il telelavoro, il *welfare* aziendale, con ampio spazio, in tal senso, alla contrattazione collettiva e in certi limiti anche all'autonomia individuale anche nel settore pubblico. Pure in tal caso solo con fisiologici adattamenti che nulla hanno a che vedere ovviamente con lo *status* di lavoratore, ma semmai con comprensibili esigenze di diverso assetto organizzativo dell'impresa e della pubblica amministrazione. Le esigenze di differenziazione, per questo aspetto, appaiono fisiologiche e per altro sono presenti anche all'interno del settore privato: si pensi agli strumenti specifici adottati per favorire lo sviluppo del welfare contrattuale nelle piccole imprese¹⁶³.

8.2.4. Tutela della persona e antidiscriminazione.

Ovviamente comune e con effetti uniformatori la normativa antidiscriminatoria e gli strumenti giuridici di tutela della persona: norme e politiche di contrasto al *mobbing* e allo *straining*, che non tollerano differenziazioni se non di precipi strumenti e relativi adattamenti (*ex artt.* 7, comma 1, e 57 d.lgs. 165/2001: i criticati comitati unici per le pari opportunità e sul mobbing, oggi *Comitati unici di garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni, C.U.G.*).

¹⁶² Si rinvia ai saggi di T. Treu, *La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione collettiva*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT-386/2019; F. De Novellis e S. Signorini, *Occupazione e salari dei dipendenti pubblici negli anni dell'aggiustamento fiscale*, in *Lavoro pubblico fuori dal tunnel*, op. cit. p. 63 ss.; P. Sestito, *Carriera, incentivi e ruolo della contrattazione*, ivi, p. 115 ss.

¹⁶³ Si rinvia a B. Caruso, *Recenti sviluppi normativi e contrattuali del welfare aziendale. Nuove strategie di gestione del lavoro o neo consumismo?*, in *RIDL*, 1, 3, p. 369 ss.

8.3. Differenziazioni a discreto tasso di adattamento specificativo: opportune e inopportune.

8.3.1. Licenziamento per ragioni soggettive.

La disciplina di tutela contro il licenziamento per ragioni soggettive nel settore pubblico ha subito un processo di differenziazione e di adattamento specificativo con la legge Madia (art. 63, comma 2, d.lgs. 165/2001) di cui non è facile trovare un fondamento giuridico razionale, anche in termini di opportunità. L'effetto di differenziazione insiste sull'istituto aumentando ulteriormente il numero dei regimi rimediali nell'ordinamento italiano; in particolare, con riguardo alla differenza pubblico/privato, reintroduce una differenziazione settoriale che era stata superata e che si colloca accanto ad altre: alcune risalenti nel tempo (piccola e grande impresa), altre più recenti (lavoratori assunti prima dell'entrata in vigore del *Jobs act* e lavoratori assunti dopo). Tale rinnovata differenziazione regolativa a sfavore dei lavoratori privati, per non risultare illegittima (perché in violazione dell'art. 3 Cost.), può trovare una giustificazione non tanto nel logoro argomento giusto il quale il lavoratore pubblico licenziato ingiustamente deve essere necessariamente reintegrato perché, avendo superato comunque un pubblico concorso, va proficuamente riutilizzato in ragione di una presunzione di utilità pubblica della sua prestazione (la reintegra può avvenire anche per un vizio formale). Se fosse vera questa tesi, portandola sino alle estreme conseguenze, non potrebbe mai giustificarsi concettualmente il licenziamento per ragioni riorganizzative del dipendente vincitore di concorso, in quanto in situazione di *job property* per meriti concorsuali.

Tale debolezza argomentativa, per altro, getta luce sulla complessiva irrazionalità, per non dire schizofrenia, del legislatore della Madia- ma non solo- in materia del licenziamento soggettivo, che finisce per illuminarne i prevalenti aspetti simbolico/propagandistici, piuttosto che di razionale sistemazione: da un lato, si differenzia rispetto al privato già sul piano della fattispecie, allungando e specificando la lista delle ipotesi di licenziamento legale oltre il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo e "fatte salve le ulteriori ipotesi previste dal contratto collettivo" (ben 10 ormai, tra cui quelle, a loro volta plurime, espressamente previste dai codici di comportamento: art. 55-quater, comma 1, lett. a-f, e 55-quinquies): un vero e proprio fuoco d'artificio di fattispecie legali e convenzionali. Dall'altro, si predispone un rimedio unitario e di maggior favore rispetto al privato, nel caso in cui la batteria delle fattispecie dovesse sparare a salve.

Detto questo, appare più ragionevole accedere a una spiegazione più pragmatica della differenziazione pubblico privato in materia di licenziamento per ragioni soggettive: evitare i costi eccessivi per la pubblica amministrazione del licenziamento ingiustificato senza un corrispettivo prestazionale (una sorta di danno erariale legittimato dalla legge). Oggi, nel settore privato, per i rapporti di lavoro a cui si applica il contratto a tutele crescenti, sino a 36 mesi di retribuzione per il combinato disposto del decreto dignità e della sentenza della Corte Costituzionale n. 194/2018¹⁶⁴; ovvero nel caso di reintegra ex art. 18, comma 4, o art. 3, comma 2, d.lgs. 23/2015, potenzialmente sino a 27 mensilità (fino a 12 di risarcimento, più 15 in caso di esercizio dell'opzione a favore dell'indennità sostitutiva della reintegra). Ma se questo fosse vero, e qui si incisa una ulteriore irrazionalità, non si spiega il diverso regime di risarcimento in caso di reintegra: sino a 24 mensilità per il lavoratore pubblico, e solo sino a 12 per quello privato (fatto

¹⁶⁴ Art. 3 d.lgs. n. 23/2015 come modificato dal d.l. n. 87/2018 convertito in l. n. 96/2018, modificata dalla l. n.145/2018.

salvo il licenziamento discriminatorio, ritorsivo o altrimenti nullo). In realtà, si è di fronte a una differenziazione che tende ad essere attratta nel novero delle differenziazioni inopportune se non addirittura illegittime¹⁶⁵.

8.3.2. Licenziamento per ragioni economiche e/o organizzative.

Il licenziamento per ragioni economiche non è espressamente contemplato nel settore pubblico nelle sembianze del licenziamento per giustificato motivo oggettivo¹⁶⁶, né con riguardo alla sua dimensione collettiva che fa seguito a un processo di riduzione o trasformazione di attività¹⁶⁷. La ragione è intuitiva: il licenziamento per ragioni economiche è fattispecie ricorrente nel settore privato come espressione della libertà di impresa tutelata dall'art. 41 primo comma della Costituzione. Si tratta della c.d. logica speculativa di cui parla la Corte costituzionale e alla quale corrisponde il licenziamento legittimato dal profitto, secondo i più recenti indirizzi della Corte di cassazione (fatti salvi gli obblighi di *repêchage*)¹⁶⁸.

Il che non esclude che anche nelle pubbliche amministrazioni, così come sono possibili cessioni di attività che possono dar luogo a fenomeni di trasferimento dei lavoratori con applicazione della normativa del settore privato¹⁶⁹, sia possibile attivare procedure di eccedenze di personale e di mobilità collettiva (ma non il licenziamento individuale o plurimo per giustificato motivo oggettivo) per "esigenze funzionali" o "in relazione alla situazione finanziaria"¹⁷⁰. Il che può condurre: a una procedura *ad hoc* di gestione degli esuberi tramite coinvolgimento delle organizzazioni sindacali; all'individuazione di misure alternative¹⁷¹; alla gestione di processi di mobilità all'interno della medesima pubblica amministrazione o presso altre amministrazioni e, in caso di impossibilità di ricollocazione, al collocamento in disponibilità (un sistema di simil cassa integrazione ma a carico del bilancio della pubblica amministrazione di appartenenza¹⁷², e con possibilità di demansionamento per favorire la ricollocazione)¹⁷³ e, dopo 24 mesi di godimento di tale indennità, al licenziamento¹⁷⁴.

La differenza regolativa tra pubblico e privato è sorretta, tuttavia, dalla medesima logica funzionale delle procedure di licenziamento collettivo e di attivazione degli ammortizzatori sociali del settore privato: salvaguardare nei limiti del possibile l'occupazione e il reddito, concertare sindacalmente la procedura, governare l'esubero anche con misure alternative. L'intento è un adattamento normativo alla specifica organizzazione delle pubbliche amministrazioni, e alle sue regole di bilancio, pienamente compatibile con il progetto di unificazione; il che non esclude, per altro, ma non rende neppure irragionevole un regime di maggior favore che rende il licenziamento

¹⁶⁵ Si rinvia a L. Zappalà, *La regolazione asintotica del licenziamento*, in q. Volume.

¹⁶⁶ Chi ha avuto modo di studiare diacronicamente la disciplina del lavoro pubblico ha rilevato storiche disposizioni che invece prevedevano, anche in tale ordinamento speciale, disposizioni del tutto analoghe al giustificato motivo oggettivo di licenziamento; si rinvia a E. Ales, *L'utilizzo temporaneo del lavoro subordinato nelle pubbliche amministrazioni: un'analisi genealogica*, in R. Del Punta e R. Romei (a cura di) *I rapporti di lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 417 ss.

¹⁶⁷ Artt. 4 e 24 della l. n. 223/1991.

¹⁶⁸ Cass. n. 25201/2016; indirizzo poi più volte ribadito (cfr. sent. 13015/2017; 10699/2017).

¹⁶⁹ Art. 2112 del c.c. richiamato dall'art. 31 del TUPI.

¹⁷⁰ Art. 33 comma 1 del TUPI.

¹⁷¹ Art. 33 comma 5 del TUPI.

¹⁷² Art. 34 4 comma del TUPI.

¹⁷³ L. 11 agosto 2014, n. 114 di conversione del D.L. n. 90/2014.

¹⁷⁴ Comma 8 dell'art. 33 e comma 4 dell'art. 34 TUPI. L'art. 33 nell'attuale versione è stato modificato dalla l. n.183/2011 e dalla l. n. 135/2012 (*spending review*), varata dal governo Monti nel pieno della crisi, al fine di rendere più effettivi i processi di mobilità collettiva.

per esubero nel settore pubblico, davvero, una *ultima ratio*¹⁷⁵; differenza storicamente spiegabile con una tradizione politico-sindacale, e persino culturale e di immaginario collettivo, di maggiore stabilità occupazionale. Per cui la differenziazione formale appare opportuna.

Detto questo, va rilevata una differenza sostanziale, riconducibile alla prassi più che alle regole, questa sì probabilmente poco giustificata in termini di opportunità: le procedure di licenziamento collettivo sono all'ordine del giorno nel settore privato, scaturendo, con nesso di consequenzialità diretto, dalla congiuntura economica, dalle esigenze di ristrutturazione tecnologica e dalla crisi; nel settore pubblico, invece, l'obbligatoria e burocratica procedura di verifica delle eccedenze¹⁷⁶, che quasi mai produce gestione di esuberanti¹⁷⁷, spesso si limita a una mera ricognizione formale della mancanza di lavoratori in soprannumero o in eccedenza (di fatto un adempimento dovuto in sede di adozione del piano del fabbisogno per poter procedere a stabilizzazioni di personale precario)¹⁷⁸. Una situazione reale e dichiarata di eccedenza di personale, al limite produce blocco delle assunzioni, ma quasi mai conduce a mobilità collettiva o addirittura a licenziamenti di blocchi di lavoratori in esubero, come nel settore privato.

Ciò, al contrario che in altri contesti europei, non è avvenuto neppure nel pieno della crisi del debito sovrano che ha colpito il sistema italiano al volgere del decennio scorso e neppure come conseguenza delle politiche di austerità e di *spending review*¹⁷⁹ che hanno prodotto una messa a punto delle misure normative sugli esuberanti, ma non la loro implementazione diffusa e generalizzata. Non si è ricorso a procedure di riduzione degli esuberanti neppure dopo l'annunciata e poi, per le note vicende referendarie, non realizzata - abolizione delle province regionali¹⁸⁰.

8.3.3. La mobilità funzionale e territoriale.

Si è detto che i sistemi di inquadramento a banda larga sperimentati e varati nel settore pubblico¹⁸¹ hanno costituito un *benchmarking* per le esperienze più avanzate del settore privato. A tale sistema si è ispirato il legislatore con l'abolizione dell'equivalenza funzionale nel settore privato, intesa quale criterio di legittimazione della mobilità orizzontale, sostituito dall'equivalenza convenzionale: l'art. 3 del d. lgs. 81/2015 (nuovo art. 2103, primo comma, c.c.) ha accorciato

¹⁷⁵ Si veda pure l'art. 34 sulla gestione del personale in disponibilità e sulle procedure di ricollocazione anche in deroga all'art. 2103 c.c. (art. 34 comma 6, come modificato dal d.l. 24 giugno n. 90 del 2014 convertito con modificazioni dalla l. n. 114/2014).

¹⁷⁶ La mancata attivazione di tali procedure è valutabile ai fini della responsabilità disciplinare (art. 33, co. 3 d.lgs. 165/2001) ed erariale (art. 33, co. 1 *bis*, introdotto dall'art. 50 d.lgs. n.150/2009) del dirigente responsabile.

¹⁷⁷ Nelle pp.aa. si differenzia la situazione di soprannumerarietà, eccedenza ed esubero; si v. la circolare della Presidenza del Consiglio Dipartimento della Funzione Pubblica n. 4 del 24.04.2014 ai sensi della quale s'intende per: a) "soprannumerarietà" la situazione per cui il personale in servizio (complessivamente inteso e senza alcuna individuazione nominativa) supera la dotazione organica in tutte le qualifiche, le categorie o le aree; b) "eccedenza" la situazione per cui il personale in servizio (inteso quantitativamente e senza individuazione nominativa) supera la dotazione organica in una o più qualifiche, categorie, aree o profili professionali di riferimento. Si differenzia dalla soprannumerarietà, in quanto la disponibilità di posti in altri profili della stessa area o categoria, ove ricorrano le condizioni, potrebbe consentire la riconversione del personale; c) "esubero" la individuazione nominativa del personale soprannumerario o eccedentario, con le procedure previste dalla normativa vigente. Il personale in esubero è quello da porre in prepensionamento, ove ricorrano le condizioni, o da mettere in disponibilità ai sensi dell'articolo 33 del d. lgs. n. 165/2001.

¹⁷⁸ Simili procedure, previste anche per le società partecipate, hanno sortito effetti numerici molto limitati con riguardo a quest'ultime, se si guarda ai risultati prodotti dalle procedure di mobilità ad hoc previste dalla norma transitoria di cui all'art. 25 del d.lgs. n.175/2016 e relativo Decreto interministeriale del 9 novembre 2017, i cui termini sono stati per altro prorogati senza che il quadro di scarsa effettività mutasse.

¹⁷⁹ Si rinvia alla analisi di A. Alesina, C. Favero, F. Giavazzi, *Austerità*, Rizzoli, 2019, specie p. 3368 dell'e-book.

¹⁸⁰ Tranne in qualche clamoroso caso, come in Sicilia, di effetto più mediatico che reale. Ha fatto scalpore l'annuncio del sindaco della città metropolitana di Messina di procedere alla chiusura dell'ex provincia e alla minaccia di licenziamento di tutti i lavoratori subito rientrata. Circa 20 lavoratori sono stati licenziati nel libero consorzio (ex provincia) di Trapani.

¹⁸¹ Anche in ragione della previsione legale di cui all' art. 52, comma 1 TUP1.

ulteriormente le distanze, collocando il sistema legale degli inquadramenti, nel raffronto pubblico/privato, nella casella della differenziazione opportuna, a basso tasso di adattamento specificativo (*supra* 8.2.).

Rimangono invece elevate le differenze regolative concernenti il sistema di mobilità funzionale verso l'alto e discrete le differenze di prassi con riguardo alla mobilità geografica.

Del sistema delle progressioni verticali nel settore pubblico e dell'irrazionalità dell'equiparazione all'accesso a un nuovo posto¹⁸² si è detto (*supra* § 7.2.1.). Si tratta di una differenza tanto elevata quanto poco opportuna. Qualcosa va precisato, invece, non tanto sul sistema di assegnazione di mansioni superiori, anche questo a basso tasso di differenziazione adattiva rispetto al settore privato¹⁸³; quanto sul divieto di promozione automatica nel settore pubblico, previsto invece nel settore privato¹⁸⁴. Qui la differenza è alta, ma non tale certamente da far sostenere una diversità strutturale di *status*: si tratta di una differenza funzionale, inevitabile anche in ragione dell'obbligo generalizzato del concorso aperto al pubblico con riserva del 50% per l'accesso al livello superiore, che non tollera ovviamente alcun automatismo. Meccanismo operante come rimedio alla debolezza storica e non affidabilità del datore di lavoro pubblico, che finisce per imporre il divieto legislativo di automatismo come supplenza. Pare evidente, infatti, che un regime liberalizzato di promozione automatica, conseguente al mero passare del tempo in mansioni superiori, renderebbe incontrollato il sistema degli avanzamenti, per debolezza manageriale alle pressioni politico-sindacali a utilizzare le promozioni automatiche come strumento fisiologico, non meritocratico e formale, di sviluppo di carriera. Per cui il divieto costituisce, alla fine, una differenziazione regolativa ad alta densità, ma anche opportuna.

Una differenza anche questa non strutturale ma inopportuna riguarda invece la mobilità geografica. Un lavoratore privato a fronte di comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive può essere trasferito dalla sede aziendale a un'altra senza limiti di chilometraggio¹⁸⁵ se non previsti dal contratto collettivo, mentre il pubblico dipendente è praticamente inamovibile se non per mobilità volontaria¹⁸⁶ stante la disapplicazione di fatto dell'art. 30, comma 2 (che fissa per altro un limite di 50 km dalla sede a cui si è adibiti) che concerne il diverso istituto della mobilità nell'interesse della pubblica amministrazione. Qui siamo ovviamente di fronte a una diversità di regimi protettivi (e regolativi) non giustificata da elementi di *status* o esigenze strutturali, ma che trova fondamento nella tradizione di privilegio e tutela corporativa dei pubblici dipendenti e nelle tradizionali resistenze delle organizzazioni sindacali con relative coperture politico/legislative; situazione, peraltro, ulteriormente aggravata dall'ineffettività della norma. Lo stato di ineffettività della disposizione induce a considerare, pertanto, tale differenziazione regolativa, nel complesso, inopportuna e irrazionale in quanto foriera di una diversità di trattamento tra lavoratore pubblico e lavoratore privato del tutto ingiustificata.

8.3.4. Il caso anomalo del contratto a termine: l'avvitamento regolativo e la 'saga' della convertibilità.

Un caso a sé, difficilmente collocabile nella griglia concettuale prescelta, differenziazione

¹⁸² Ormai formalizzato nell'art. 52 comma 1 bis del TUIP.

¹⁸³ art. 52, commi 2 e 3, TUIP.

¹⁸⁴ art. 3, comma 7, d.lgs. n. 81/2015.

¹⁸⁵ art. 3, comma 8, d.lgs. n. 81/2015.

¹⁸⁶ art. 30, comma 1, TUIP.

necessaria, opportuna, inopportuna, illegittima, è quello del contratto a termine. L'iniziale differenziazione a discreto e opportuno tasso di adattamento, si è via via avvitata in un groviglio regolativo e di contese giudiziarie in cui è difficile trovare un senso e un filo conduttore unitario. E tuttavia pare appropriato collocare l'analisi del contratto a termine – che per la sua oggettiva complessità deve essere più approfondita – nella categoria della differenziazione a discreto tasso di adattamento specificativo e, nei limiti e con le cautele di cui si dirà, anche opportuna.

Il tema del lavoro flessibile¹⁸⁷, e del suo istituto statisticamente più utilizzato nel lavoro pubblico (il contratto a termine)¹⁸⁸, costituisce certamente una sorta di specchio di una coevoluzione normativa irrisolta¹⁸⁹: all'origine orientata dall'obiettivo della tendenziale unificazione, poi man mano abbandonato – soprattutto a partire dalla terza riforma¹⁹⁰ – ma senza che fosse imboccata una chiara e consapevole direzione di marcia alternativa.

Il risultato di questo processo di ri-specializzazione non è certamente nel senso di una differenziazione ragionevole e sostenibile; piuttosto di una frammentazione in micro e macro sistemi, di cui è difficile seguire logiche e senso¹⁹¹, con una sensazione di magma e caos regolativo come unico dato impressionistico chiaro ed evidente¹⁹². La regolazione della flessibilità e del contratto a termine si presenta, dunque, come una sorta di saga legislativa e giudiziaria ancora in corso di cui è difficile mettere a fuoco i tratti di uniformità e/o di differenziazione ragionevole e sostenibile.

Con riguardo al travagliato *iter* legislativo, gli ultimi atti sono costituiti dalla modifica dell'art. 36

¹⁸⁷ In dottrina cfr. ampiamente ed efficacemente A. Alaimo, *Dalla "riforma Madia" al "decreto dignità"*, cit., e ivi ulteriori richiami. L'istituto, in prospettiva di ricostruzione storico-normativa, è stato studiato da E. Ales, *L'utilizzo temporaneo del lavoro subordinato nelle pubbliche amministrazioni*, op. cit., ove si mette opportunamente in evidenza il dato saliente del mancato coordinamento della normativa sul contratto a termine, in continua evoluzione in entrambi i settori, neppure dopo la postulata unificazione, p. 455 ss. Da un certo momento in poi la distinzione dei due sistemi non riguarda soltanto il principio di divieto di conversione ma altri profili dettati da logiche correttive di cattive prassi, che hanno finito per entrare in contraddizione con gli stessi principi ispiratori della riforma, onde il ginepraio normativo: tale sequela di interventi, consapevolmente o inconsapevolmente, aventi comunque il risultato di opacizzare e inquinare la chiarezza dei principi è chiave di lettura che non riguarda soltanto il lavoro a termine ma praticamente tutti gli istituti del rapporto di lavoro pubblico (il groviglio di norme, reciprocamente interrelate spesso transeunti, di cui parla Ales, a proposito del contratto a termine).

¹⁸⁸ Tale centralità dell'istituto del contratto a termine, ma anche della somministrazione a termine (il ricorso allo staff leasing è vietato nel settore pubblico) nella galassia delle forme flessibili utilizzati dalla p.a, sembra ora confermata anche formalmente dalla nuova rubrica dell'art.36 del TUPi così riformulata "*Personale a tempo determinato o assunto con forme di lavoro flessibile*" in luogo della precedente "*Utilizzo di contratti di lavoro flessibile*".

¹⁸⁹ In tal senso soprattutto A. Alaimo, *Dalla "riforma Madia" al "decreto dignità"*, cit.; si v. pure V. Pinto, *Flessibilità e precarietà nel reclutamento delle amministrazioni pubbliche*, in *LPA*, 2018,1, p.1; antecedentemente alle ultime stagioni di riforma, dello stesso autore, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche*, Cacucci, Bari, 2013.

¹⁹⁰ Cfr. gli autori e i lavori citati alla nota precedente.

¹⁹¹ Ultima in ordine di tempo è la vicenda del precariato scolastico e nel settore Afam con l'introduzione (ex art. 1, c. 131 l. n. 107/2015: riforma della buona scuola) del limite dei trentasei mesi a seguito della condanna da parte della Corte di Giustizia dell'UE con la sentenza Mascolo del 26.11.2014 (cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13) e della sentenza della Corte costituzionale n. 187/2016. Tale limite è stato poi nuovamente rimosso con il "Decreto Dignità" (art. 1 d.l. n. 87/2018, convertito con modificazioni dalla l. n. 96/2018), che, contemporaneamente, ha introdotto il vincolo delle causali nel settore privato e abbassato il termine massimo di durata a 24 mesi. Si tratta di una norma che probabilmente riporterà un nuovo contenzioso presso la Corte di Giustizia, dinnanzi alla quale già pende una questione pregiudiziale per i precari delle Accademie e dei Conservatori dove non è stato mai introdotto il limite temporale (cfr. C-494/17 *Fabio Rossato c. Conservatorio di Musica F.A. Bonporti* la cui sentenza è attesa per Maggio 2019). La vicenda è ricostruita nei dettagli da A. Alaimo, *Dalla "riforma Madia" al "decreto dignità"*, cit., la quale adombra alcune spiegazioni per questa retromarcia legislativa.

¹⁹² Impresione condivisa da tutti gli osservatori e dagli autori prima citati.

del Tupi ad opera della legge Madia nel settore pubblico, dalle norme del *Jobs Act*¹⁹³ e del decreto dignità sul contratto a termine nel settore privato, con reciproci e poco chiari rinvii.

Tali interventi hanno ribadito in astratto – o se si vuole in apparenza – il principio dell'unità di regolazione dell'istituto¹⁹⁴; il che non ha impedito che la regolamentazione in concreto finisse per accentuare progressivamente la differenziazione tra i due macro settori (pubblico/privato) e, al loro interno, di procedere con adattamenti micro settoriali a volte eccessivi, con il risultato di una "balcanizzazione regolativa" via via più accentuata.

A discreto tasso di uniformità regolativa sono rimasti, invero, i meccanismi regolativi minori: gli intervalli, le proroghe e la durata massima, i termini di impugnazione (almeno sino al decreto dignità), i limiti percentuali non cumulabili con la somministrazione; con l'ulteriore dato, anche questo uniforme nei due macro settori, di opportuni rinvii alla funzione adattiva della contrattazione collettiva per questi aspetti. E tuttavia anche per questi profili regolativi minori, come si diceva, il decreto dignità ha prodotto differenziazioni di cui non è possibile cogliere il senso in termini di opportunità, se non con riguardo alla fretta dell'intervento e alla relativa approssimazione tecnica del coordinamento effettuato¹⁹⁵.

Il sistema delle causali ha seguito, invece, percorsi *random*, con alternanza di momenti di avvicinamento e momenti di divaricazione, che, in astratto, potrebbero essere pure considerati ragionevoli e opportuni.

Il contratto a termine è, infatti, istituto multifunzionale. Nel settore privato, strumento di primo accesso al lavoro, di prova lunga, di risposta congiunturale alla variabilità del ciclo economico o semplicemente alle punte di attività, ovvero di adattamento della provvista di personale a una strutturale stagionalità del ciclo o a fasi di avvio di attività o di sua intensificazione straordinaria: notoriamente, il gioco delle causali, più o meno rigido, incide sulla propensione delle imprese a utilizzare l'istituto. L'eliminazione della causale, come avvenuto, con il decreto Poletti e il *Jobs Act*, ha coinciso statisticamente con la stagione di maggiore utilizzo dell'istituto da parte delle imprese. Il ciclo si potrebbe invertire con la reintroduzione, ad opera del decreto dignità, delle causali dopo 12 mesi (come in effetti sembrano mostrare i primi dati INPS)¹⁹⁶.

Il contratto a termine nel settore pubblico è, invece, strumento per far fronte a esigenze

¹⁹³ Secondo A. Alaimo, *Dalla "riforma Madia" al "decreto dignità"*, cit., le norme della Riforma Madia sulle forme flessibili del rapporto di lavoro costituirebbero un intervento di ritocco quasi di cesello nello spirito complessivo di manutenzione straordinaria dell'intera riforma, messo in luce dalla dottrina ma anche dal parere del Consiglio di Stato dell'11 aprile del 2017.

¹⁹⁴ In questo senso cfr. ancora CGUE *Mascolo*, cit., punto 67; *Fiamingo e a.*, del 3 luglio 2014, (cause riunite C-362/13, C-363/13 e C-407/13); EU:C:2014:2044, punti 28 e 29. A questo proposito occorre ricordare che, come già dichiarato dalla Corte più volte, dallo stesso dettato della clausola 2, punto 1, dell'accordo quadro si evince che la sfera di applicazione di quest'ultimo è concepita in modo ampio, di modo che essa concerne in maniera generale i «lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge, dai contratti collettivi o dalla prassi in vigore di ciascuno Stato membro». Inoltre, la definizione della nozione di «lavoratore a tempo determinato» ai sensi dell'accordo quadro, enunciata nella clausola 3, punto 1, di quest'ultimo, include tutti i lavoratori, senza operare distinzioni basate sulla natura pubblica o privata del loro datore di lavoro (sentenze *Adeneler e a.*, EU:C:2006:443, punto 56; *Della Rocca*, EU:C:2013:235, punto 34, nonché *Márquez Samohano*, EU:C:2014:146, punto 38) e a prescindere dalla qualificazione del loro contratto in diritto nazionale (sentenza *Angelidaki e a.*, da C-378/07 a C-380/07, EU:C:2009:250, punto 166).

¹⁹⁵ Per una analisi dettagliata della disciplina sul punto, cfr. A. Alaimo, *Dalla "riforma Madia" al "decreto dignità"*, cit.

¹⁹⁶ I dati comparati (gennaio 2018 gennaio 2019, in il sole 24 ore del 22 marzo 2019, articolo di C. Tucci, *Inps: tornano a crescere Cigs e domande di disoccupazione*) dicono contemporaneamente di una diminuzione dei contratti a termine e del ricorso alla somministrazione a tempo determinato, a fronte di un lieve incremento dei contratti stabili; il tutto, però, nel contesto preoccupante dell'aumento dei percettori di Naspi e del ricorso alla CIGS. L'effetto ossimorico di un aumento della stabilità dei rapporti in un più generale clima di incertezza e soprattutto insicurezza.

sostitutive (come nel privato); alla variabilità di carichi di funzioni e attività amministrative; ma pure strumento di flessibilizzazione dell'offerta di servizio pubblico in relazione a fasi di necessaria intensificazione o di avvio di un nuovo servizio; di attuazione di progetti di innovazione con finanziamenti limitati nel tempo (per esempio nel settore della ricerca); di gestione regolata dei flussi di ingresso (come nella scuola o nell'università); di garanzia di continuità dell'erogazione del servizio in attesa dello svolgimento di, a volte, farraginose procedure concorsuali (come nella sanità); di alternativa contingente a blocchi assunzionali dovuti a instabilità dei bilanci pubblici; più prosaicamente e peculiarmente¹⁹⁷ di attuazione di politiche di *patronage*, ecc.

Tale marcata differenziazione funzionale, intrinseca allo strumento, ha giustificato un utilizzo del *device* limitativo "causale" a geometria variabile nei due settori, in ragione di diversi contesti- e fasi temporali- di mercato e di organizzazione amministrativa.

Non deve, dunque, destare meraviglia il fatto che la regolazione delle causali, nella coevoluzione normativa del settore pubblico e del settore privato, abbia seguito itinerari non paralleli. Le diverse logiche funzionali dello strumento- e a monte le scelte dei decisori istituzionali- hanno pertanto giustificato (almeno in astratto, altro il modo in cui si è realizzato) percorsi adattivi di regolazione della causale, addirittura differenziati non solo tra i macro settori pubblico/privato, ma, a loro interno, tra diversi *sub* settori¹⁹⁸.

Il pendolarismo causalità/a-causalità è risultato, così, storicamente molto più accentuato nel privato che nel pubblico, pur dovendosi registrare in tale ultimo settore il paradosso- uno dei vari frammenti della costellazione dell'irrazionalità regolativa- di una perdurante, nel tempo, causalità forte (solo per ragioni temporanee o eccezionali), a fronte di un diffuso utilizzo di fatto dell'istituto anche per esigenze ordinarie e stabili; ciò in ragione di blocchi assunzionali formali o anche del tutto irrazionali. Da cui, come conseguenza, rilevante sia politicamente sia socialmente, le ricorrenti stagioni di stabilizzazioni massive (almeno tre se non quattro) di cui le ultime con la "buona scuola" e la legge Madia.

In sintesi, la differenziazione del *modus* di regolazione della causale nel contratto di lavoro a termine non inerisce a una struttura differente del rapporto di lavoro pubblico e privato, dato che entrambi i settori sono uniformati- anche per *input* proveniente da diritto euro-unitario- dal principio tendenziale di sfavore del ricorso a tale istituto e di contrasto al suo abuso (e la causale, secondo il diritto euro-unitario, è uno dei possibili modi di contrastare l'abuso, non l'unico possibile). Essa si connette invece a differenziate modulazioni funzionali che ne dettano calibrature regolative diverse nei vari contesti e nelle varie fasi storiche, a prescindere dalla natura pubblica o privata del rapporto di lavoro e al netto delle irrazionalità e contraddittorietà alla base del suo uso disfunzionale in entrambi i settori¹⁹⁹.

Una divaricazione regolativa strutturale dell'istituto nei due settori ha avuto storicamente oggetto, invece, il regime sanzionatorio. In tal caso, molto più che per le causali, la differenziazione regolativa ha dato luogo a un frastuono di voci dissonanti, non rispondenti neppure ai canoni

¹⁹⁷ Enfatizza molto questo punto E. Ales, *op. loc. ult. cit.*

¹⁹⁸ La scuola, la sanità, gli enti di ricerca, le fondazioni sinfoniche nel pubblico, gli aeroporti, il settore dello spettacolo, l'agricoltura con la disciplina della stagionalità nel privato.

¹⁹⁹ Da una parte, eccesso di ricorso nel privato legittimato dal *Jobs Act* che aboliva il sistema delle causali e allo stesso tempo incoraggiava il contratto a tempo indeterminato con incentivi e la modifica dell'art. 18 l. 300/1970 e spinta uguale e contraria del "Decreto Dignità"; e, dall'altra parte, ricorso massivo di fatto a causale rigida, quasi immutata nel tempo, nel settore pubblico.

pantonali della dodecafonia.

Sin dalla prima riforma, la regolazione del settore pubblico ha escluso la riparazione dell'abuso attraverso la tipica sanzione in forma specifica (o reale), vale a dire la trasformazione del rapporto a termine illegittimo in contratto a tempo indeterminato. Nel settore privato vale esattamente, dal 1962 almeno, la regola sanzionatoria e rimediabile contraria: la conversione a tempo indeterminato *iussu iudicis*, in caso di violazione del precetto (*rectius* dei precetti: forma scritta, violazione della causale, limiti di durata e di percentuale, proroga e rinnovo illegittimi, ecc.).

Tale diversità strutturale non è andata esente da critiche: una parte ancorché minoritaria della giurisprudenza di merito²⁰⁰ ha tentato, sinora inutilmente, di picconare il muro della ineludibile connessione tra principio costituzionale dell'accesso tramite concorso pubblico e impossibilità di sanzionare l'abuso del contratto a termine con la sanzione/rimedio della conversione *iussu iudicis*, come invece, da inveterata prassi regolativa, nel settore privato.

Tale muro non ha, infatti, impedito un contenzioso diffuso in tutto il paese e nelle varie amministrazioni pubbliche coinvolte nel fenomeno ossimorico dell'*"abuso del precariato strutturale o di necessità"*²⁰¹. Tale ossimoro è alla base di quel vero corto circuito regolativo, prevalentemente italiano, di cui la saga giudiziaria, ancora in corso, è evidente testimonianza.

Saga che ha avuto come attore principale l'intero sistema giudiziario europeo nelle sue diramazioni centrali e periferiche. Per questo profilo, si tratta forse di un esempio, anche positivo, di europeizzazione giudiziaria del diritto sociale e di *cross fertilization*²⁰² attraverso il dialogo tra le corti: dal giudice di merito, come giudice di base di tale ordinamento, passando per le alti Corti nazionali, in funzione di nomofilachia interna e di controllo di costituzionalità dei disposti, fino alla CgUe²⁰³ come arbitro del conflitto giudiziario interno attraverso il vaglio di conformità al diritto europeo del diritto interno²⁰⁴.

Gli ultimi atti della saga al momento in cui si scrive (in ordine cronologico ma non probabilmente definitivi) possono essere considerati le più recenti ordinanze di rimessione dei giudici di merito di Trapani e di Foggia²⁰⁵, la sentenza n. 5072/2016 delle SS.UU. della Corte di Cassazione²⁰⁶ (vera

²⁰⁰ Trib. Trapani 12.12.2012; Trib. Siena 27.9.2010, Trib. Siena 13.12.2010.

²⁰¹ La questione cruciale è come faccia un fenomeno necessario ad essere pure abusivo. Piace immaginare che la sottile domanda - a monte delle più pertinenti e tecniche questioni pregiudiziali sollevate dai giudici italiani rimettenti - abbia arrovellato le notti insonni di decine di giudici e avvocati europei alle prese con i casi dei precari italiani della scuola, della sanità, degli enti locali, delle fondazioni sinfoniche, dei conservatori musicali.

²⁰² Cfr. B. Caruso, M. Militello, *L'Europa sociale e il diritto: il contributo del metodo comparato*, in L. Nogler e L. Corazza (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Milano, Franco Angeli, 2012.

²⁰³ Il tema è stato oggetto anche di confronti tra la giurisprudenza interna spagnola e greca e la Corte di Giustizia (cfr. CGUE, *Adeneler e a.*, 4 luglio 2006, C-212/04).

²⁰⁴ Un discorso a parte, andrebbe condotto in chiave di realismo giuridico o di sociologia del diritto - ma non è certo questa la sede -, con riguardo al complesso degli attori protagonisti della tragicommedia italiana sul contratto a termine: i governi che si sono succeduti, l'Avvocatura dello Stato, la Commissione Europea, i giudici e gli avvocati generali europei, i collegi di difesa dei ricorrenti che hanno acquisito una *expertise* europea particolare, con un ruolo anche di divulgazione del diritto europeo, sostanziale e processuale, che ha probabilmente costituito una rivoluzione culturale nel senso della creazione di una avvocatura nazionale in grado di utilizzare le dinamiche di tutela sovranazionali. Un vero e proprio sdoganamento giudiziale del diritto sociale europeo che dà un senso di distanza siderale dalle enunciazioni di Federico Mancini sulla natura socialmente algida e frigida del diritto e delle istituzioni europee, ora in *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, il Mulino Bologna, 2004, 259 ss.

²⁰⁵ Cfr. ord. Trib. Foggia del 26 ottobre 2016 sulla quale la Corte costituzionale si è pronunciata con la sentenza del 27 dicembre 2018, n. 248; e ord. Trib. Trapani del 5 settembre 2016 che ha originato la sentenza della Corte di Giustizia del 7 marzo 2018, *Santoro*, C-494/16.

²⁰⁶ Si v. pure, in seguito all'indirizzo varato dalle SS.UU., le ordinanze conformi della Corte di Cassazione n. 2511/2017; n. 7864/2017 e, da ultimo, la già citata n. 8671/2019.

e propria pietra miliare per la sua capacità ricostruttiva e di sistemazione anche diacronica della vicenda); la sentenza 148/2018 della Corte costituzionale (preceduta dalla pronuncia n. 187/2016)²⁰⁷ e le ultime due sentenze della Corte di giustizia su questioni pregiudiziali sollevate da giudici italiani: la Santoro e la Sciotto²⁰⁸ (mentre si attende il giudizio sui dipendenti AFAM)²⁰⁹.

Senza poter entrare nel merito di decisioni complesse, spesso riguardanti normative settoriali e specifiche, l'assetto attuale conformato e confermato dal giudice europeo – non è dato predire se stabile o provvisorio – è nel senso di considerare le differenziazioni dei meccanismi anti abusivi e sanzionatori/rimediali tra settore pubblico e privato sostenibili e ragionevoli soltanto nella misura in cui, settore per settore, a prescindere dalla natura pubblica o privata del datore di lavoro²¹⁰, siano garantite misure equivalenti oltre che proporzionate. Ciò in ragione dell'effetto di unificazione e conformazione del diritto europeo che regola la materia²¹¹.

Nel giudizio astratto di equivalenza allo scopo della uniformazione, secondo la CgUe²¹², ma anche secondo le SS.UU. - opinione condivisa da una parte della dottrina italiana²¹³ - andrebbero considerate anche le misure *stricto sensu* anti fraudolente che colpiscono direttamente l'autore dell'illecito: nel sistema italiano le misure dell'art. 36, comma 5, e 5 quater che pongono a carico del dirigente una serie di anfibie misure di responsabilità (fondamentalmente dirigenziali ed erariali non disciplinari)²¹⁴.

Al di là del giudizio di effettività di tale sistema di micro responsabilità e della sua capacità compensativa rispetto a una minore effettività rimediale del sistema italiano, certamente esso

²⁰⁷ Ma ora anche la sent. n. 96/2019 su una normativa speciale della Regione siciliana, che ha dichiarato inammissibile l'ordinanza di rimessione del Trib. di Termini Imerese confermando, in modo forse troppo sbrigativo, i propri precedenti. In effetti, la motivazione rapida e tranchant della sentenza della Corte si spiega anche in ragione della debolezza dell'ordinanza di rimessione che non richiama neppure l'unico reale motivo di probabile illegittimità costituzionale della disciplina siciliana, vale a dire il contrasto con l'art. 117 comma 2 lett. l, vale a dire la competenza esclusiva dello stato in materia di ordinamento civile. L'ordinanza di rimessione richiama invece in modo poco chiaro l'art. 117 primo comma. Lo stesso Tribunale aveva per altro rigettato, in precedenza, ricorsi dei precari siciliani, sent. 6 febbraio 2013, utilizzando argomenti sul rapporto tra ordinamento costituzionale e sovranazionale più che di taglio tecnico di tipo ideologico/sovranista.

²⁰⁸ Cfr. CGUE Santoro, cit. e CGUE Sciotto, 25 ottobre 2018, C-331/17. Secondo alcune ipotesi, la sentenza Sciotto avrebbe riaperto i giochi sulla possibile conversione del rapporto di lavoro, ma l'ipotesi è stata già espressamente smentita da Cass. 8671/2019 cit.

²⁰⁹ La domanda pregiudiziale è stata proposta dalla Corte di Appello di Trento (Italia) il 14 agosto 2017 (Causa C-494/17, *Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca c. MIUR/Fabio Rossato, Conservatorio di Musica F.A. Bonporti*); sul punto cfr. A. Alaimo, *Dalla "riforma Madia" al "decreto dignità"*, cit.

²¹⁰ In tal senso, da ultimo, si veda CGUE Sciotto, cit.

²¹¹ Più specificamente, tali misure anti abusive non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano "situazioni analoghe di natura interna" (principio di equivalenza). Devono essere efficaci nel garantire l'attuazione del diritto eurounitario; ma pure dissuasive e deterrenti nei confronti di chi pone in essere l'abuso; in grado, infine, di tutelare effettivamente, anche compensativamente e non necessariamente in forma specifica, chi ha subito l'abuso; ciò nel senso di non "rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività)". Cfr. CGUE, 26 novembre 2014, *Mascolo e a.*, (C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13. EU:C:2014:2402), punto 77/79, richiamata da CGUE Santoro, 7 marzo 2018 (C-494/16 punto 30-31), in RIDL, 2018, II, p. 883 con nota di F. Siotto, *La via giurisprudenziale europea per la tutela risarcitoria dei precari pubblici*, p. 693 ss.

²¹² La stessa Corte di giustizia nella sentenza Santoro, cit., al punto 52 – e conformemente l'Avvocato Generale Szpunar nelle Conclusioni, ripreso da A. Alaimo, *Dalla "riforma Madia" al "decreto dignità"*, cit. – cita le misure sanzionatorie previste dall'art. 36 d.lgs. n. 165/2001 a carico dei dirigenti, per confutare la tesi del giudice di Trapani rimettente circa la incapacità preventiva in senso antibusivo della legge italiana.

²¹³ Soprattutto G. Bolego, *Tecniche di prevenzione e rimedi contro l'abuso dei contratti a termine nel settore pubblico*, in *Labor*, 2017, 1, p. 22 ss.; ma anche E. Ales, *Contratti a termine e pubbliche amministrazione*, quousque tandem, in *RIDL*, 2014, II, p. 86 ss.

²¹⁴ Si tratta di una normativa notoriamente sovrabbondante, sciatta e non coordinata, oltre che poco effettiva: obbligo di recupero delle somme corrisposte a titolo di risarcimento nei confronti dei dirigenti responsabili (responsabilità erariale), responsabilità dirigenziale ex art. 21 d.lgs. 165/2001, obbligo di tenere conto di tal *mismanagemnt* in sede di valutazione, perdita dell'indennità di risultato: un meritorio, ma oggettivamente vano, tentativo di rilettura sistematica in Pasqualetto, *I molteplici profili di responsabilità del dirigente pubblico nell'ipotesi di illegittimo utilizzo dei contratti non standard*, in *LPA*, 2014, 17, p. 41 ss.

costituisce una differenziazione regolativa strutturale tra sistema pubblico e sistema privato: sarebbe certamente impossibile, nella logica di impresa, pensare di ridurre il ricorso di fatto al contratto a termine illegittimo punendo il singolo manager autore dell'illecito civile, a fronte magari di una pronuncia giudiziale di conversione e di condanna ai danni.

Nel settore pubblico, invece, con una caparbia a cui non corrisponde analoga lucidità regolativa, il dirigente pubblico autore dell'atto amministrativo illegittimo "abuso di contratto a termine"²¹⁵ viene pluri-sanzionato²¹⁶.

Tale microsistema di responsabilità dei dirigenti, per intrinseche debolezze e oggettive contraddizioni, è rimasto non operativo e si colloca nell'ampia congerie italiana di norme teuberianamente rigettate dal sistema.

Il filo rosso dell'unificazione dell'istituto tra settore pubblico e settore privato, per *input* regolativo del diritto euro-unitario e dei suoi interpreti istituzionali, si è, dunque, concentrato, in ragione delle questioni pregiudiziali sollevate, sulla regolazione degli effetti rimediali conseguenti all'utilizzo abusivo, piuttosto che sul suo utilizzo funzionale normale.

In tal senso, il punto di equilibrio che si ritiene raggiunto, almeno con il trittico composto dalle sentenze: Santoro della CgUe, n.148/2018 della Corte Costituzionale, e n. 5072/2016 della Cassazione (la pronuncia nomofilattica delle SS.UU.), sembrerebbe fissare una differenziazione marcata, ma sostenibile, tra settore pubblico e settore privato.

L'abuso nel settore pubblico, in assenza di specifiche determinazioni legislative, è risarcibile con danni punitivi (danno comunitario) tra un minimo (invero irrisorio) di 2,5 e un massimo di 12 mensilità²¹⁷, oltre al risarcimento dei danni ulteriori da perdita di *chance* (la cui prova può essere agevolata dal sistema delle presunzioni semplici). Come chiarito dalle SS.UU., il danno comminabile non può neppure evocare, per la sua determinazione quantitativa, la perdita del posto di lavoro (il suo valore), dato che il lavoratore precario di qualunque settore pubblico, "ontologicamente", non può essere mai risarcito di una perdita illegittima del posto di lavoro non avendolo mai guadagnato sul campo, con il concorso che non c'è mai stato (ragionamento tante volte affermato dalle alte corti italiane che alla fine, secondo il noto proverbio latino, *gutta cavat lapidem*, ha finito per far breccia ed essere accettato come ragione oggettiva anche dalla Corte di giustizia)²¹⁸.

La questione sembra dunque aver raggiunto un punto di sutura nel dialogo tra le corti che non ha tuttavia sopito il dibattito dottrinario, né probabilmente porrà fine alla saga.

²¹⁵ Ma qual è l'atto che concreta l'abuso? La determina dirigenziale, la firma in concreto del contratto di assunzione illegittimo, la partecipazione comunque al procedimento di assunzione normalmente complesso che vede coinvolti, di solito, più soggetti, non ultimi i membri delle commissioni di selezione? L'aver tollerato corvivamente il superamento del termine massimo di durata a fronte dell'impossibilità di fare altrimenti per non interrompere il pubblico servizio o non bloccare la normale attività dell'ente?

²¹⁶ Ma come e in quale sede? Non certamente su iniziativa dello stesso dirigente che ha posto in essere l'abuso; ma allora, in sede di valutazione dopo il contraddittorio a iniziativa dell'amministrazione- e del suo nucleo di valutazione- che ha, al contempo, usufruito dell'abuso spesso legittimato dal legislatore stesso? Automaticamente? Successivamente ad una indagine dell'Anac su denuncia del responsabile anticorruzione o di un whistleblower? In seguito a una indagine della Corte dei conti ma avviata dalla stessa amministrazione di cui il dirigente fa parte e che ha utilizzato, sistematicamente per necessità e senza possibilità di alternativa alcuna, nuclei consistenti di lavoratori precari?

²¹⁷ Se è certo l'*an*, infatti, è incerto il *quantum* perché rimesso alla determinazione del giudice di merito in relazione alla gravità dell'abuso accertato.

²¹⁸ Cfr. CGUE, 20 settembre 2018, *Motter*, C- 466/17.

Senza poter approfondire la questione come meriterebbe si segnalano alcuni punti di caduta che possono essere oggetto di riflessione anche in vista di possibili futuri interventi di razionalizzazione da parte del legislatore.

a) Con la sentenza 194/2018, in materia di licenziamento e di tutele crescenti, la Corte costituzionale si è confrontata con la prospettiva del diritto rimediabile (il diritto a un rimedio effettivo)²¹⁹, sancendo l'illegittimità di una disposizione legislativa in ragione della "modestia" dell'indennità. Si può riflettere allora sul fatto se tale pronunciamento, che denuncia l'ineffettività di un rimedio risarcitorio irrisorio, avrà un ambito circoscritto al licenziamento ovvero, in prospettiva sistemica e ordinamentale, se qualche riflesso possa averlo per la diversa questione dell'abuso del contratto a termine nel settore pubblico. Nel sistema rimediabile, messo a punto dal tritico delle sentenze citate, il dipendente pubblico che subisce l'abuso, potrebbe, in linea teorica, essere indennizzato anche soltanto con 2,5 mensilità (si è propensi a ritenere più di scuola che reale l'ipotesi del risarcimento da perdita di *chance*). Ciò a fronte del dipendente privato che, per una tipologia di abuso a medesimo tasso di gravità, può ottenere come rimedio le medesime 2,5 mensilità, ma in più la conversione. Qualunque ragionamento tecnico si voglia articolare, resta il fatto che, dal punto di vista rimediabile, non è una differenza da poco. Ciò malgrado i sottili sforzi delle SS.UU. finalizzati a spiegare la differenza di natura dell'indennità di risarcimento, avente valore "contenitivo" (del danno) nel settore privato e "agevolativo" (della prova) nel settore pubblico; diversità di natura che giustificerebbe, alla fine, l'adeguamento del sistema normativo italiano, per come integrato dal diritto vivente giurisprudenziale, al canone dell'equivalenza dei due diversi rimedi settoriali. Più esplicitamente, la natura agevolativa (danno punitivo e presunzioni semplici per il danno ulteriore) del risarcimento nel settore pubblico, a fronte della natura meramente contenitivo/riduttiva del medesimo risarcimento nel settore privato (per non onerare eccessivamente il datore di lavoro della lunghezza del processo), "compenserebbe", secondo le SS.UU., la mancata conversione nel settore pubblico, resa impossibile dal vincolo costituzionale del concorso pubblico come unico viatico assunzionale.

Si tratta certamente di un argomento giuridicamente sottile e sofisticato, ma che lascia qualche dubbio soprattutto qualora si assuma la prospettiva rimediabile della Corte Costituzionale che è propria della sentenza 194/2018: quando un rimedio è irrisorio rimane tale anche se ha natura agevolativa; tale qualificazione non ne aumenta il *quantum* ma riflette soltanto una maggiore facilità giuridica di percepire una somma che può rimanere comunque irrisoria. La natura contenitiva dell'indennità nel settore privato, poi, non può essere considerata a prescindere dalla circostanza che essa si aggiunge al ben più efficace rimedio in forma specifica della conversione.

E tuttavia occorre riconoscere che, ad autorevole sostegno della posizione delle SS.UU., è intervenuta la stessa Corte costituzionale con la sentenza 248/2018 sul precariato sanitario; tale pronuncia (punti 9, 9.1. e 10)- utilizzando come una clava (per il giudice rimettente, il Tribunale di Foggia) la sentenza CgUe Santoro- sembra aver chiuso il discorso sul sistema rimediabile nel settore pubblico e sulla sua asserita (dai giudici di merito) ineffettività. Rimane tuttavia la sensazione che la posizione del giudice delle leggi non elimini tutte le scorie e le possibili aporie, posto che l'assetto raggiunto aggrava, non attenua, una sensazione di asimmetria rimediabile e, dunque, di differenziazione regolativa che non può, con assoluta certezza, definirsi opportuna.

²¹⁹ Sul diritto al rimedio effettivo come una delle possibili declinazioni del principio di effettività si rinvia a Libertini, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *EDP*, 2018,4, p. 1071 ss.

Occorre, infatti, rammentare che, nella precedente pronuncia sul precariato scolastico (Corte cost. 187/2016), i giudici costituzionali si erano spinti sino ad affermare che, allorquando il legislatore decide di eliminare tutto o parte del precariato, che ha generato con le sue stesse leggi, con un processo di stabilizzazione massivo, tale rimedio legislativo è talmente efficace da rendere totalmente assorbita ogni prospettiva ulteriore di risarcimento del danno per via giudiziale. Ovviamente, in controluce a tale motivazione, si intravede l'obiettivo di chiudere ogni possibile coda di contenzioso risarcitorio nel comparto scuola, finanziariamente destabilizzante per il bilancio pubblico.

E tuttavia nella stessa pronuncia la Corte sembra riconoscere, anche se non esplicitamente, che il rimedio in forma specifica è certamente il più efficace anche nel pubblico impiego con riguardo al danno da irragionevole precarietà e incertezza occupazionale; sembra cioè riconoscere che risarcimento per equivalente e risarcimento in forma specifica, quando si tratta porre rimedio a una situazione di incertezza conseguente a una situazione di precariato lungo e colpevole, non sono la stessa cosa²²⁰. Un simile riconoscimento, certamente, secondo la Corte costituzionale, si inserisce pur sempre all'interno di un percorso decisionale che appartiene al decisore pubblico per antonomasia, vale dire il legislatore, e non alla giurisprudenza. Onde il legislatore, e solo lui, può agire con il rimedio in forma specifica in deroga all'accesso tramite pubblico concorso e pur sempre nei limiti acclarati di ragionevolezza e di interesse pubblico posti a base della norma di deroga²²¹. Per le situazioni in cui il legislatore non ha, invece, predisposto una stabilizzazione costituzionalmente sostenibile, il rimedio equivalente alla conversione resta, normalmente e obbligatoriamente, il risarcimento monetario.

Questo è l'assetto giurisprudenziale e normativamente consolidato con riguardo all'istituto e la dottrina non può che prenderne atto.

Rimane a questo punto uno spazio, ancorché ridotto, per una riflessione in forma genuinamente e non retoricamente interrogativa.

Se il rimedio astrattamente più efficace anche per la Corte costituzionale è quello in forma specifica - in disparte, per un momento, la necessaria curvatura anti-conversione derivante dal vincolo obbligatorio del pubblico concorso e tenendo presente la direttiva di sistema della sentenza 194/2018 sulle tutele crescenti - un parametro di equivalenza risarcitoria ispirato al principio di effettività potrà ancora essere ancorato a un minimo di 2.5 mensilità? Può dirsi, cioè, che tale limite verso il basso dello spettro quantitativo del rimedio comminabile, anche se certamente non soggetto ad automatismo alcuno come nel caso delle tutele crescenti, si ponga comunque in linea con il diritto a un rimedio effettivo, come declinazione del più generale principio di effettività?

²²⁰ L'argomento è peraltro presente nei ragionamenti della Corte di Cassazione (Cass. n. 22552/2016, come correttamente fa notare A. Alaimo, *Dalla "riforma Madia" al "decreto dignità"*, cit.

²²¹ Così la Corte Costituzionale sent. n. 187/2016: *"Per i docenti, si è scelta la strada della loro stabilizzazione con il piano straordinario destinato alla «copertura di tutti i posti comuni e di sostegno dell'organico di diritto» (...) In tal modo vengono attribuite serie e indiscutibili chances di immissione in ruolo a tutto il personale interessato, secondo una delle alternative espressamente prese in considerazione dalla Corte di giustizia. La scelta è più lungimirante rispetto a quella del risarcimento, che avrebbe lasciato il sistema scolastico nell'attuale incertezza organizzativa e il personale in uno stato di provvisorietà perenne; una scelta che – va sottolineato – richiede uno sforzo organizzativo e finanziario estremamente impegnativo e che comporta un'attuazione invero peculiare di un principio basilare del pubblico impiego (l'accesso con concorso pubblico), volto a garantire non solo l'imparzialità ma anche l'efficienza dell'amministrazione (art. 97 Cost.)"*.

Certamente la risposta positiva potrebbe essere agganciata, come ritengono in effetti le SS.UU., ai margini di adattamento del *quantum* sino a 12 mensilità, più l'accertamento di danno ulteriore da perdita di *chance* se richiesto e provato; e in tal senso potrebbe ritenersi pure soddisfatta l'istanza rimediale che la Corte Costituzionale ha posto nel caso, non simile, delle tutele crescenti (ove la Corte ha contestato, come è noto, anche la riduzione del potere di adattamento giudiziale del rimedio al caso concreto in ragione dell'automatismo dell'anzianità di servizio della norma dichiarata incostituzionale).

E tuttavia, in una prospettiva di effettività rimediale, potrebbe osservarsi che, sia nel contratto a termine abusivo del settore pubblico, sia nel caso delle tutele crescenti e del rimedio contro l'abuso del contratto a termine nel settore privato, in gioco ci sia sempre e comunque il medesimo bene: il diritto a una occupazione stabile, la sicurezza occupazionale e la stabilità del contratto psicologico. Certamente, nel licenziamento, l'obiettivo è di non consentire irragionevoli o mancanti cause di risoluzione del contratto; nel contratto a termine abusivo, invece, si ha una declinazione diversa della protezione dello stesso bene, vale a dire l'irragionevolezza della perdurante incertezza in entrata. E tuttavia, la norma principio che collega in filigrana le diverse fattispecie, nel settore pubblico e nel settore privato, con riguardo al bene tutelato, è il diritto al lavoro, possibilmente stabile e sicuro (art. 4 Cost). Orbene, il quadro di insieme che vien fuori giustapponendo e incrociando diverse fattispecie è certamente quello di una vistosa – che non vuol dire irragionevole – asimmetria rimediale: tutela forte del dipendente privato nel contratto a termine, tutela debole del dipendente pubblico (ipo-tutela); tutela rafforzata del dipendente pubblico nel licenziamento (iper-tutela); tutela più debole del dipendente privato (ancorché rafforzata dopo l'intervento congiunto della Corte costituzionale e del decreto dignità) nel licenziamento ingiustificato.

Il tema che lascia spazio alla riflessione non è, tuttavia, la differenziazione in sé considerata dei diversi regimi rimediali, che potrebbe essere in teoria anche giustificata sulla base di solidi e ragionevoli principi; ma il fatto che tale asimmetria rimediale è tutta caricata sulle spalle di una norma come l'art. 97 comma 4 Cost. (l'accesso tramite pubblico concorso) che si lascia apprezzare più per benemerienze simboliche (come i vecchi titoli nobiliari decaduti) che per la sua capacità di indurre, in concreto (*supra* § 8.1.2.), comportamenti virtuosi e moderni nelle procedure di accesso al lavoro pubblico, all'insegna del buon andamento e dell'imparzialità. Non è infatti per caso che i giudici europei, pur alla fine accettando la mistica italiana del pubblico concorso quasi con una scrollata di spalle, abbiano avuto nei confronti di tale istituto un atteggiamento ben più laico e pragmatico rispetto all'ossequioso atteggiamento di rispetto delle alte corti italiane.

Se ciò è vero, verrebbe quasi da riconoscere che più razionali, pragmatici e meno mistici appaiono gli argomenti che fondano l'asimmetria rimediale e il *favor* legislativo per le pubbliche amministrazioni italiane in materia di abuso del contratto a termine su altri principi, di natura economico finanziaria (il nuovo comma 1 dell'art. 97 e l'art. 81 Cost.) o di razionale programmazione delle politiche degli organici e quindi non solo "l'ambito genetico" del rapporto ma anche il principio del buon andamento, come si è apprestata a precisare la Corte di Cassazione con l'ordinanza 8671/2019²²².

E si potrebbe, comunque, porre il tema se – qualunque fosse il fondamento dell'asimmetria

²²² In tal senso pure A. Alaimo, *Dalla "riforma Madia" al "decreto dignità"*, cit.

rimediale nel contratto a termine illegittimo nel settore pubblico – una pista ragionevole di riforma possa essere di adeguare legislativamente il danno risarcitorio minimo (oggi di misura oggettivamente irrisoria) a parametri più adeguati di equità sociale e di corrispettività rimediale rispetto al bene protetto, senza per questo destabilizzare necessariamente le finanze pubbliche.

Con un *caveat* conclusivo. Un nuovo elemento normativo contenuto nell'art. 36 del TUpi potrebbe rappresentare un potenziale fattore in grado di rimettere in discussione l'equilibrio faticosamente raggiunto: nella misura in cui la mancata conversione del rapporto di lavoro nel settore pubblico è stata giustificata dal diaframma dell'art. 97, comma 4, Cost. - e sul suo sovraccarico argomentativo e funzionale - ha ancora una ragione d'essere la demonizzazione di tale rimedio, considerando che il legislatore stesso ha generalizzato l'accesso tramite selezione pubblica ex art. 35 del TUpi per ogni tipo di contratto flessibile²²³?

La questione è ovviamente aperta²²⁴; ma se la possibile risposta negativa – “non ha più ragione d'essere” - fosse condivisa dalla giurisprudenza²²⁵ (fermi restando i forti e forse insuperabili argomenti di logica economica finanziaria e di buon andamento) ne conseguirebbe - e si tratterebbe di un vero paradosso tipicamente italiano - che proprio la specificità regolativa del lavoro pubblico dell'accesso tramite procedura selettiva, una volta generalizzata per ogni tipo di rapporto e non solo per il lavoro standard, potrebbe diventare lo strumento per ovviare ad una perdurante differenziazione rimediale, pubblico/privato, in termini di conseguenze dell'uso abusivo del contratto a termine: vale a dire l'estensione anche alle pubbliche amministrazioni della sanzione della conversione. Ciò potrebbe dar luogo a una lettura nel senso di contorte vie dell'unificazione lavoro pubblico lavoro privato del modello italiano, in assenza di solide e coerenti coordinate teoriche e in presenza di una navigazione a vista.

8.4. Differenziazioni inopportune e inutili. Il caso del potere disciplinare.

Di differenziazioni meramente inopportune già si è detto con riferimento alla disciplina delle progressioni verticali (*supra* § 7.2.1.).

In tale categoria di inquadramento va pure ricondotta gran parte della più recente legislazione che si propone di accentuare il fondamento pubblicistico del potere disciplinare delle pubbliche amministrazioni, con indurimento e specializzazione normativa del relativo apparato sanzionatorio: il volto “arcigno e ringhioso dello Stato” o il “bastone ben oltre la carota”, per mutuare il *refrain* di un *past* ministro della funzione pubblica. Senza necessità di dilungarsi, è sufficiente rinviare alle pertinenti ed efficaci analisi di dettaglio di autori come Bavaro e Militello²²⁶ che, con dovizia di argomenti, dimostrano la prevalente inutilità di molte delle norme che riproducono e legificano inopportunamente, aggravandone il tasso di confusione, poteri già di pertinenza dell'amministrazione come privato datore di lavoro. Una inutile curvatura pubblicistica

²²³ «(...) Le amministrazioni pubbliche possono stipulare i contratti di cui al primo periodo del presente comma soltanto per comprovate esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale e nel rispetto delle condizioni e modalità di reclutamento stabilite dall'articolo 35 (...)» (art. 36, co. 2).

²²⁴ Cfr. A. Riccobono, *Lavoro pubblico e regime sanzionatorio nel settore pubblico: un'antologia infinita per una «tigre di carta»?*, nota a Tribunale di Velletri 14, marzo, 2017, in *ADL*, n. 4-5, p. 1238 e ivi nota 35.

²²⁵ Un giudice potrebbe ragionare – come è già accaduto in Cass. n. 25728/2918 – nel senso di non poter negare la stabilizzazione a chi comunque ha fatto un concorso, nella misura in cui lo stesso legislatore ha riconosciuto, seppur transitoriamente e a certe condizioni, tale possibilità (art. 20, comma 1, d.lgs. n. 75/2017). Ma *contra* recisamente la ordinanza della Cass. n. 8671/2019 cit. che cita il costante orientamento contrario (Cass. S. U. 15 marzo 2016, n. 5072 e, tra le molte, Cass. 2 agosto 2016, n. 16095; Cass. 6 aprile 2017, n. 8927; Cass. 19 febbraio 2019, n. 4801).

²²⁶ *Op.loc. cit.*

del fondamento contrattuale del potere disciplinare. Con effetti, a volte, nefasti e controintuitivi di irrigidimento, ingorgo regolativo e alla fine minore efficacia complessiva del sistema disciplinare²²⁷.

Si può soltanto aggiungere, per completezza e arricchimento cognitivo, che il legislatore e i teorici dell'iper-specializzazione pubblicistica del potere disciplinare della pubblica amministrazione²²⁸ sembrano aver dimenticato la lezione di un gius-amministrativista che aveva a suo tempo messo in guardia contro la regolamentazione e l'uso "speciale" del potere disciplinare nelle amministrazioni pubbliche²²⁹. Un legislatore che finisce per offuscare tale differenza non rende certamente un adeguato servizio alla causa del buon andamento e, anzi, espone al rischio di trasformare la pubblica amministrazione in una versione aggiornata del *panopticon* benthamiano, pericolo non storicamente astratto, ma che sembra individuarsi in alcune evoluzioni di ordinamenti statuali ispirati all'ossimoro della democrazia illiberale.

8.4.1. Il caso delle collaborazioni coordinate e continuative: la rinuncia (inutile e apparente) a tale forma di flessibilità.

Nel novero delle differenziazioni ad alto tasso di inopportunità va collocato pure il caso delle collaborazioni coordinate e continuative²³⁰. Il ricorso a tale strumento, certamente di flessibilità organizzativa a prescindere dal contesto pubblico o privato in cui viene utilizzato, è stato, in ragione dell'abuso che se ne è fatto, osteggiato sia nel settore privato sia nel settore pubblico. Ma mentre nel settore privato il legislatore del *Jobs act* si è attestato su un compromesso accettabile che incomincia a produrre effetti anche positivi - in termini di tutele selettive sulla base di una filosofia rimediabile, discutibile ma indubbiamente efficace²³¹ - nel settore pubblico la soluzione è stata quella del divieto assoluto di utilizzo delle collaborazioni c.d. etero-organizzate. Tale drastica differenziazione regolativa è apparsa subito irragionevole e insostenibile, al punto che il legislatore stesso ne ha dovuto prendere atto. La soluzione apprestata è stata, tuttavia, tipicamente italiana, vale a dire la proroga apparentemente *sine die* dell'entrata in vigore del draconiano divieto. Come

²²⁷ Come scrive M. Militello, *Etica comportamentale, procedimento disciplinare e sanzioni. L'homo novus nel pubblico impiego?*, in q. Volume, in un passaggio particolarmente efficace: «Il legislatore prende ad esempio condotte che giudica riprovevoli e dannose, questa volta per l'efficienza della Pubblica Amministrazione, e le riversa nelle fattispecie descritte creando, di fatto, delle disposizioni difficilmente applicabili che, nel tentativo di colpire comportamenti ben precisi, costruiscono delle "gabbie definitorie" che mal si conciliano con la variabilità delle condotte umane, più facilmente controllabili attraverso le previsioni della contrattazione collettiva. In ultima analisi, dunque, l'unico effetto evidente che consegue alla tipizzazione di queste fattispecie sanzionatorie è la loro cristallizzazione con relativo irrigidimento dei presupposti applicativi, nell'intento di creare un sistema di irrogazione automatica della sanzione destinato a cedere dinnanzi all'incertezza della formulazione, da una parte, e all'inevitabile applicazione del principio di proporzionalità, dall'altra; oltre all'ennesima occupazione "militare" di terreni prima governati interamente dalla contrattazione collettiva».

²²⁸ V. Tenore, *op. loc. cit. supra* nt. 42.

²²⁹ Come scriveva Berti, *op. loc. cit.*, p. 447, «il dipendente è tenuto per definizione ad uniformarsi, nelle sue prestazioni, alle regole tecniche che gli vengono impartite. Così è ovvio che l'incidenza di tali norme nella sfera individuale del dipendente (limitazioni della libertà, ecc.) non possa mai superare i limiti consentiti in sede di ordinamento generale, concretati nella specie attraverso le norme sui rapporti di servizio. Questi non possono infatti sopportare che quella parte del loro contenuto, corrispondente all'obbligo di osservare la disciplina tecnica del lavoro, si traduca in una modificazione dei termini legali loro propri e in un aggravamento, al di là di tali termini, della posizione del dipendente»

²³⁰ Su cui ampiamente A. Alaimo, *Dalla "riforma Madia" al "decreto dignità". Le (poche) novità e le (molte) aporie della disciplina del lavoro a tempo determinato e delle collaborazioni autonome nel settore pubblico*, in q. Volume.

²³¹ Cfr. Corte App. Torino n. 26/2019 sul diritto dei *riders* alla retribuzione prevista dal CCNL del settore della logistica, in base ad una interpretazione orientata dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015. Sul punto, v. A. Perulli, *La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 365/2018; B. Caruso, *I diritti dei lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 146/2018.

segnala Alaimo²³² il divieto delle collaborazioni etero-organizzate nel settore pubblico²³³ - ma non di quelle meramente “coordinate”, con l’apertura, in via di fatto, a gravi disfunzioni organizzative - è stato più volte rinviato. Una sorta di pentimento non dichiarato con una ri-regolazione carsica e surrettizia (si sospende il termine di entrata in vigore di una disposizione di cui solo *ex post* si avverte l’irragionevolezza), avendo rinunciato a un governato e consapevole adattamento di un istituto universale di flessibilità organizzativa alle specificità delle pubbliche amministrazioni.

8.5. Differenziazioni illegittime.

Si è accennato (*supra* § 7.3.) alle differenziazioni illegittime, stigmatizzate dalla Corte costituzionale, con la pronuncia 178/2105, con riguardo al blocco, per irragionevole durata, della contrattazione collettiva nel settore pubblico. Sempre con riguardo a profili di differenziazione illegittima, si può fare riferimento anche alla pronuncia dei giudici costituzionali n. 20/2019²³⁴. Con tale decisione la Corte ha ritenuto illegittimo l’obbligo, per la dirigenza pubblica, di pubblicazione dei dati patrimoniali nella dimensione ampia richiesta ai titolari di cariche politiche (con riguardo ai dati patrimoniali dei congiunti e ai proventi extra retribuzione). Al regime riguardante i titolari di cariche politiche sono infatti assimilabili soltanto i vertici apicali della dirigenza ministeriale (segretari generali e direttori generali di strutture articolate a loro interno in uffici dirigenziali generali). Per l’intera dirigenza l’obbligo di trasparenza²³⁵, inteso come viatico del controllo del cittadino di tipo “conoscitivo e partecipativo”, può ritenersi assolto soltanto con riguardo agli emolumenti, alle spese di viaggio e alle missioni. Secondo la Corte, allorché la specializzazione regolativa si presenta eccessiva – perché tale è la normativa della trasparenza applicata alla complessiva situazione patrimoniale della dirigenza pubblica, non solo agli emolumenti – essa diventa pure illegittima: nella specie la normativa sulla trasparenza è entrata in rotta di collisione con il principio di proporzionalità che deve governare la legittima limitazione di altri diritti (nel caso, il diritto alla riservatezza)²³⁶.

²³² Scrive A. Alaimo, *Dalla “riforma Madia” al “decreto dignità”*, cit.: “*Gli slittamenti del dies a quo del divieto sono stati tanto numerosi da attraversare due legislature e un paio di leggi di bilancio: il termine del 1 gennaio 2017 – inizialmente fissato dal d. lgs. n. 81/2015 (art. 2) – è stato dapprima spostato al 1° gennaio 2018 (dal d.lgs. n. 75/2017[3]), poi al 1° gennaio 2019 (dalla legge di bilancio per il 2018[3]) e, infine, al 1 luglio 2019 (dall’ultima legge di bilancio)*”.

²³³ Nuovo comma 5 bis dell’art. 7 del TUIP.

²³⁴ Si rinvia, oltre alla lettura della lunga e accurata motivazione del Giudice relatore Zanon, a A. Corrado, *Gli obblighi di pubblicazione dei dati patrimoniali dei dirigenti alla luce delle indicazioni della Corte Costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 5/2019; G. Bronzini, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all’orientamento della Corte di giustizia?*, in *QG*, <http://questionegiustizia.it/articolo/la-sentenza-n-202019-della-corte-costituzionale-it-04-03-2019.php>, più con riguardo alla correzione di rotta rispetto all’*obiter* della sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017 relativamente ai poteri di controllo di conformità delle norme interne alla Carta di Nizza. Su tale profilo, pure, A. Ruggeri, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto intero con una pronuncia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019)*, in *Consultaonline*, 23 febbraio 2019. Nel merito del contenuto della sentenza si v. O. Pollicino, F. Resta, *Trasparenza amministrativa e riservatezza, verso nuovi equilibri: la sentenza della Corte costituzionale*, in *Agenda Digitale*, 24 febbraio 2019.

²³⁵ Che non vale ovviamente per la dirigenza privata, neppure per i CEO con retribuzioni milionarie e, dunque, costituisce un meccanismo differenziale ragionevole rispetto alla dirigenza privata.

²³⁶ Nella specie il giudice Zanon, al punto 5.3.1., opportunamente richiama la giurisprudenza della Corte EDU - direttamente in inglese per dare particolare enfasi al passaggio – in particolare la sentenza 8 novembre 2016, *Magyar c. Ungheria*, ove la Corte europea ha osservato “*come l’interesse sotteso all’accesso a dati personali per fini di interesse pubblico non può essere ridotto alla “sete di informazioni” sulla vita privata degli altri («The public interest cannot be reduced to the public’s thirst for information about the private life of others, or to an audience’s wish for sensationalism or even voyeurism»: § 162)*”.

9. Conclusioni. La differenziazione sostenibile multilivello: unità dei principi, differenze delle regole. Per un (vero) Testo unico del lavoro pubblico.

L'analisi condotta ha inteso dimostrare che il processo di differenziazione regolativa del lavoro pubblico possa avere esiti diversi: o una diversificazione fisiologica di adattamento sostenibile della legislazione comune ai diversi contesti, pubblico o privato. Ovvero, una diversificazione frammentaria, regolativamente caotica, frutto spesso di risposte politiche simboliche, dettate da impulsi contingenti, a volte irrazionali, senza strategia di insieme e visione sistemica. Una differenziazione che non si giustifica qualunque siano le ragioni che ne stanno alla base, anche le più nobili: la *spending review* il contrasto alla corruzione e ai contestabili comportamenti di nuclei sparsi di lavoratori pubblici.

Tale processo di differenziazione appare, per altro, una increspatura di superficie, soprattutto se lo si osserva nel prisma di correnti più profonde di cambiamento della regolazione del lavoro che riguardano sia l'impresa sia le pubbliche amministrazioni (*supra* §§ 5 ss.). Si tratta, come si è rilevato, di cambiamenti di prassi e di idee del diritto del lavoro e della stessa funzione della pubblica amministrazione, che mettono al centro la persona, i suoi *empowerment* e le sue capacitazioni (*supra* § 5.3.). Anzi la pubblica amministrazione si presenta, ancor più della impresa privata, come terreno particolarmente adatto per sperimentazioni organizzative più avanzate con al centro il *personal work nexus* e le sue ricadute concettuali, ricostruttive e regolative. In tal senso, come già negli anni '90 del secolo scorso, i grandi processi di cambiamento in corso consentono una intensificazione del dialogo scientifico tra chi si occupa di pubblica amministrazione dal punto di osservazione dell'organizzazione e del diritto amministrativo e chi se ne occupa dal punto di osservazione giuslavoristico

Il principio di unificazione lavoro pubblico e lavoro privato, appunto per essere un principio e non una regola, non è stato mai inteso da suoi originari propugnatori, tra i quali Massimo D'Antona²³⁷, come il viatico per un meccanico trapianto delle regole di un settore all'altro. Anche le originarie riforme all'insegna di quel principio, presupponevano un corposo apparato di regole di adattamento in forma di Testo unico. E del resto che la norma lavoristica a struttura inderogabile, e non soltanto quella, possa subire adattamenti e diversificazioni situazionali per renderla effettiva e sinuosa, attraverso una fonte diversa equipollente ma flessibile perché di natura convenzionale e pattizia (il contratto collettivo), è principio basilico della teoria delle fonti nel diritto del lavoro.

Il problema non è pertanto la differenziazione regolativa come *fatto*; la diversificazione della regolamentazione, anche in funzione di adattamento, è corollario attuativo di un principio forte degli stati di diritto moderni: il pluralismo giuridico. Anzi, la diversificazione regolativa multilivello, che ha come vettore anche la fonte legale, ma non solo, si è accentuata nell'ordine economico globale e accompagna e fluidifica la complessità di sistemi e sottosistemi sociali e giuridici; si pensi, solo per fare un esempio, all'impulso alla dimensione regolativa multilivello e all'articolazione del sistema delle fonti, indotte dalla costruzione dell'ordinamento giuridico europeo.

Il tema è, invece, la *qualità giuridica della diversificazione* e la sua sostenibilità, che è una variabile direttamente dipendente dal modo in cui essa viene governata dai decisori istituzionali. La diversificazione regolativa, nel sottosistema giuridico del lavoro pubblico, diventa sostenibile

²³⁷ Ma non soltanto; si pensi a giuristi come Franco Carinci, Mario Rusciano, Mario Giovanni Garofalo e la scuola napoletana, incominciando da Lorenzo Zoppi, ma anche giusamministrativisti prematuramente scomparsi, come Orsi Battaglini.

allorché essa sia politicamente *opportuna* e giuridicamente *razionale*. Una tale valutazione, per altro, non potrà mai scaturire da una comparazione tra regole tecnicamente algida e neutrale. Il principio costituzionale del buon andamento che governa certamente e, in qualche modo, sussume il principio di unificazione della regolamentazione del lavoro, non può, infatti, essere considerato in modo astrattamente funzionalistico; va riletto in combinato disposto con altri principi personalistici presenti nella Costituzione, che mettono al centro il lavoro non solo come esperienza esistenziale fondamentale della persona, ma, nel contesto delle amministrazioni pubbliche, come risorsa al servizio del benessere collettivo.

Nell'*excursus* che si è presentato le caratteristiche di opportunità e razionalità delle regole di differenziazione non sono sempre presenti. Anzi gli ultimi cicli di riforme – inclusa la riforma Madia, ma, si teme, anche quella che si annuncia – comprensivi dei micro interventi contingenti (a cui è stata costretta anche la giurisprudenza delle alte Corti), hanno determinato un'accentuazione del groviglio regolativo e della differenziazione caotica, non governata e non orientata a un consapevole progetto di ottimizzazione del lavoro umano e dei servizi pubblici che ne scaturiscono. Come nel trapasso del secolo, anche oggi si presenta, dunque, la necessità di dare ordine sistematico alla materia del lavoro pubblico, recuperando l'idea di testo unico, ma prescrittivamente fondato sulla centralità del lavoro umano e dei suoi corollari: la conoscenza, l'intelligenza e la creatività della persona. Il soggetto che lavora nella pubblica amministrazione italiana, si presenta, infatti, più come una risorsa ancora da liberare che come una entità da sottomettere in nome di principi di ordine morale e di fondamento ontologico.

L'occasione di una vera unificazione del lavoro, a partire da un testo unico del lavoro pubblico che sancisse differenziazioni regolative razionali e opportune, al tempo fu mancata anche perché venne a mancare uno degli artifici del progetto a cui questo contributo è dedicato. Il che non significa che le ragioni alla base di quell'esigenza, non solo non siano rimaste del tutto intatte, ma siano addirittura accresciute.

Perché una quarta riforma del lavoro pubblico?

Lorenzo Zoppoli

1. Quali e quanti “perché”.	67
2. Una riforma dovuta alle “solite” ragioni “funzionali”.	67
3. Una riforma del sistema punitivo/premiale.	68
4. Una riforma per rivedere la “privatizzazione”.	69
5. Una riforma per andare oltre “la Brunetta”.	70
6. Una riforma per uscire dall’“imbroglio delle riforme amministrative”.	72
7. Culture giuridiche e quarta riforma del lavoro pubblico.	74

1. Quali e quanti “perché”.

Il titolo allude naturalmente alla riforma basata sulla legge delega 124/2015 e culminata, con gran fatica, nei d.lgs. 74 e 75 di giugno 2017 (c.d. riforma Madia). La domanda conseguente può sembrare ingenua, soprattutto in una stagione in cui si riforma di tutto di più. Però la si può formulare e leggere in modo profondamente consapevole: e allora si tratta di una domanda molto impegnativa. Quasi ogni parola utilizzata – sostantivo o aggettivo che sia – può infatti dar luogo a sotto-interrogativi che meriterebbero di essere approfonditi. Siamo sicuri che si tratti della “quarta” riforma? Da quando cominciamo a “contare” la sequenza delle riforme del lavoro pubblico? È poi una “riforma”? O almeno è una “riforma” nel senso in cui lo furono le precedenti (tutte simili?²³⁸)? Infine, quanto all’ambito, stiamo riformando “il lavoro pubblico”? O parte di esso e, nel caso, quale parte?²³⁹ E quanto di “pubblico” c’è, o torna, nell’ultima riforma?

Se provassi a dar risposte a queste domande, probabilmente dovrei occupare tutto lo spazio tematico, se non fisico, previsto dagli organizzatori per lo svolgimento dell’intero convegno odierno. Quindi non lo farò, anche perché già altrove ho risposto o incoraggiato a dar risposte, raccogliendo nel volume citato in nota 1, analisi specifiche e articolate, nonché, giustamente, differenziate nelle valutazioni globali di genesi e approdi della quarta riforma. Mi concentrerò invece sulle ragioni complessive di questa riforma senza scendere troppo in dettagli, provando a fare una ricognizione delle molte risposte che ho letto e sentito in giro o che credo si possano dare. Mi concentrerò su cinque possibili risposte, sapendo bene che ognuna contiene una parte, più o meno grande, di verità.

2. Una riforma dovuta alle “solite” ragioni “funzionali”.

Prima risposta, la più in voga: si riforma ancora il lavoro pubblico perché le pubbliche amministrazioni italiane non funzionano bene, sono inefficienti, arretrate tecnologicamente, poco efficaci nel soddisfare le richieste di cittadini, imprese e utenti in genere. In questa risposta c’è molto delle argomentazioni di sempre. Le pubbliche amministrazioni italiane sono un universo di enormi dimensioni e in continua trasformazione, volte ad affrontare le esigenze più disparate. Ci sarà sempre un motivo per giustificare una riforma²⁴⁰, anche se poi ci si dovrebbe chiedere se la via migliore sia quella di riforme per legge e con taglio generalista. Probabilmente la risposta dovrebbe essere negativa in via di principio: e, a ben guardare, anche le riforme più recenti sono solo in apparenza generali, lasciando ampie problematiche a riforme di settore. Non si dovrebbe mai dimenticare che quando si dice lavoro pubblico, circa due terzi (oltre il 66%) è costituito da

²³⁸ Il testo riproduce, con alcune successive integrazioni, la relazione tenuta al convegno “*La IV Riforma del lavoro pubblico (tra buon andamento, imparzialità ed efficienza della Pubblica Amministrazione)*”, svoltosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli studi di Catania, il 16 marzo 2018.

²³⁹ Profondi “distinguo” in M. Rusciano, *A due anni dalla cd riforma Brunetta*, in *DLM*, 2011, p. 187 ss.; L. Zoppoli, *Bentornata realtà: il lavoro pubblico dopo la fase onirica*, in *Jus*, 2013; V. Pinto, *Il lavoro pubblico nella transizione dall’autogoverno responsabile delle pubbliche amministrazioni al rinnovato protagonismo della legge*, in *DLM*, Quaderno n. 2, 2016; M. Esposito, Luciani, A. Zoppoli, L. Zoppoli (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. n. 74 e 75 del 25 maggio 2017 (c.d. Riforma Madia)*, Giappichelli, 2017, spec. p. 2-11. Invece fanno di tutta l’erba un fascio: D’Orta, *L’organizzazione delle P.A. dal diritto pubblico al diritto privato: il fallimento di una riforma*; Talamo, *Relazioni collettive e dirigenza pubblica: prove di legislazione al test della Consulta (ad ancora alla ricerca di un assetto ragionevole)*, entrambi in *LPA*, risp. 2011, p. 391 ss. e 2016, p. 297 ss.; Tosi, *Le novelle legislative sul lavoro privato e pubblico privatizzato tra armonizzazione e diversificazione*, in *RIDL*, 1, 2018.

²³⁹ La dirigenza, ad esempio, alla fine è rimasta fuori: fa lo stesso?

²⁴⁰ L’ultima proposta proviene da un gruppo informale denominato “Giardino dei semplici”: v. *Riformare la PA per crescere. Proposta per riorganizzare una struttura che spende quasi la metà del Pil*, né il *Sole 24 ore* del 3 marzo 2018.

scuola (31,20%), sanità (21,41%) e autonomie locali (14,40%)²⁴¹: tutte amministrazioni oggetto di interventi di riforma, anche legislativa, specifici o che meriterebbero rielaborazioni legislative molto mirate²⁴².

Un esempio per tutti: uno dei capisaldi delle prime tre riforme del lavoro pubblico (1993, 1998, 2009) è che la macro-organizzazione resta affidata a principi e regole pubblicistiche, mentre la micro-organizzazione è affidata ad atti privatistici e a poteri analoghi a quelli dei datori di lavoro privato. Nella sanità non è affatto così: basti dire che l'atto organizzativo delle ASL ha per legge natura di atto di diritto privato (v. art. art. 3 c. 1bis del d.lgs. 502/92). Se poi però si va a verificare la coerenza tra qualificazione legislativa e disciplina complessiva per l'adozione dell'atto – con tutti i vincoli procedurali e finanziari che scaturiscono dalle interrelazioni tra gli enti competenti e i vertici politico/burocratici dei diversi enti – ci si rende conto che la qualificazione formale dell'atto organizzativo è piuttosto lontana dalla realtà operativa²⁴³. Questo aspetto ad una riforma generalista come quella germinata dalla l. 124/15 sfugge. Poco male, si potrebbe dire, una lacuna come un'altra. Forse sì. Ma poiché siamo proprio nell'area più rilevante per dettare regole finalizzate a migliorare efficienza, efficacia, modernità delle amministrazioni, lacune come questa fanno seriamente dubitare che la ragione determinante della c.d. quarta riforma sia quella di migliorare la funzionalità delle amministrazioni, pure invocata a gran voce. Se fosse davvero la ragione principale, si sarebbe prestata attenzione assai maggiore a soluzioni molto calibrate sulle caratteristiche dei diversi comparti e forse anche più analitiche.

3. Una riforma del sistema punitivo/premiale.

Seconda risposta: si riforma per la quarta volta il lavoro pubblico perché non ci sono ancora strumenti adatti a punire/premiare i dipendenti pubblici. Questa risposta, che sembra molto più specifica e delimitata, a mio parere ha in realtà molti intrecci con la precedente. Essa infatti presuppone una diagnosi di scarsa funzionalità generale delle amministrazioni pubbliche e si differenzia dalla prima perché individua nelle regole su premi e sanzioni del personale il vero nodo problematico su cui agire per migliorare la funzionalità delle amministrazioni. Anche questa risposta però ha ben poco di originale. In fondo la terza riforma del 2009 – quella varata all'insegna della meritocrazia – nasceva proprio dall'attacco *bipartisan* (allora si era anche in un sistema politico bipolare) ai "nullafacenti". Se dunque si volesse prendere questa risposta come la più vera radice della quarta riforma, occorrerebbe illustrare meglio altre due motivazioni: a) quella indicata con riferimento alla prima risposta e cioè se, per migliorare una funzionalità che genericamente si assume carente, il modo migliore sia intervenire con leggi e prescrizioni astratte e generali; b) quella che si affronterà tra poco con riguardo alla quarta risposta: perché la terza riforma (2009) non è bastata?

Approfondendo nel frattempo le vicende che sembrerebbero avvalorare l'assunto secondo cui una quarta riforma serve per rafforzare il sistema punitivo/premiale del lavoro pubblico, mi è capitato sott'occhio il caso dell'ospedale di Salerno Ruggi D'Aragona. Pur col beneficio d'inventario con cui vanno affrontate analisi casistiche, non può non colpire che grazie ai primi

²⁴¹ V., da ultimo, Mef-Ragioneria Generale dello Stato, *Commento ai principali dati del conto annuale del periodo 2007-2016*, raccolta di dati aggiornati al 16 novembre 2017 a cura del Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, p. 9-10.

²⁴² V. i contributi di Russo, *Il personale del servizio sanitario*, e Preteroti, *Il personale scolastico*, nel volume citato in nota 1, risp. p. 415 ss. e 422 ss.

²⁴³ V. Corte d'Appello di Catanzaro 14 novembre 2017, in *LPA*, 2018, 1, con nota di L. Zoppoli.

“prodotti” della quarta riforma del lavoro pubblico sul versante punitivo – cioè il c.d. decreto contro i furbetti del cartellino – sono state avviate molte iniziative per colpire l’odioso fenomeno della timbratura falsa o artefatta del badge, volta a coprire assenteismi di varia natura. Nel citato ospedale il fenomeno sembrava davvero dilagare, al punto che la stessa direzione ha favorito, se ho ben capito, l’apertura di circa mille procedimenti penali, originati dall’aver constatato che in una decina di casi effettivamente alcuni dipendenti avevano manomesso il *badge* per fare i comodi propri. Ciò sembrerebbe confermare la necessità di supplenze esterne per colpire il malcostume dei dipendenti pubblici e punirli adeguatamente. Senonché la stragrande maggioranza di tali procedimenti si sta concludendo in questi giorni nel senso che molti dipendenti incriminati in realtà erano regolarmente al lavoro – senza perdere neanche un minuto della loro prestazione e senza danneggiare nessun paziente – e che anzi avevano dovuto marcare irregolarmente il cartellino proprio per erogare normalmente la propria prestazione viste le notevoli disfunzioni nei sistemi di controllo delle entrate dell’ospedale (scarse postazioni frequentemente fuori servizio con notevoli file in ingresso). Tant’è che molti provvedimenti di archiviazione del Gup stanno rilevando che i comportamenti segnalati configurano tutt’al più delle infrazioni disciplinari non gravi (irregolarità puramente formali) da accertare ed, eventualmente, punire con le regole e i procedimenti già in uso presso l’azienda ospedaliera, guardando allo specifico contesto in cui certi comportamenti sono maturati²⁴⁴. Insomma inutile giocare a rimpiattino o tergiversare sull’idoneità degli strumenti esistenti. Quel che occorre è far funzionare ciò che esiste dando il massimo risalto all’interesse dell’organizzazione a punire effettivamente comportamenti dannosi per gli utenti.

Con questo non si vuol dire che non sia necessario registrare sempre regole e procedure in materia disciplinare e curarne il complicato raccordo con i procedimenti penali²⁴⁵. Però – se non si vuole far oscillare il pendolo tra ipergarantismo e caccia alle streghe – non può essere questo il fulcro di una riforma legislativa del lavoro pubblico né la sua principale motivazione. E altrettanto discutibile è che possa esserlo solamente il sistema premiale, inteso come l’altra faccia della medaglia. In ogni caso entrambi avevano fin troppo ispirato la riforma del 2009.

4. Una riforma per rivedere la “privatizzazione”.

La terza risposta pure aleggia da tempo: la quarta riforma si è resa necessaria perché la privatizzazione degli anni ’90 non ha funzionato ed è ormai da tempo un’incompiuta o un aborto vero e proprio. Questa risposta a mio parere coglie di più nel segno. Infatti non c’è dubbio alcuno che dalla fine degli anni ’90 – cioè dalla riforma progettata e realizzata con Massimo D’Antona – molta acqua sia passata sotto i ponti e gli assestamenti realizzati con il d.lgs. 165/01 – pure parziali e largamente insoddisfacenti – siano stati superati dagli sviluppi successivi della legislazione sul lavoro privato e pubblico, nonché dalla complessiva evoluzione degli ordinamenti istituzionali e delle politiche economiche (basti pensare alle riforme costituzionali approvate o abortite nonché alle misure, spesso assai radicali, per sopravvivere alla grande crisi degli anni 2008-2013). Quindi un aggiornamento della riforma del 2001 era di sicuro necessaria. Ma la quarta riforma a mio parere non si lega tanto alla privatizzazione degli anni ’90, rispetto alla quale molti, forse troppi ponti erano stati recisi da tempo: a partire dal 2003 – con la riforma Biagi per il lavoro privato, già

²⁴⁴ V. *il Mattino* del 27 febbraio 2018.

²⁴⁵ V. i contributi di Quaranta, *Illeciti rilevanti e tipologia di sanzioni*; Gargiulo, *Il licenziamento disciplinare*, e Cordella, *Il procedimento disciplinare*, nel volume cit. in nota 1, risp. p. 233 ss., 249 ss., 269 ss.

molto divaricante rispetto al progetto di unificazione con il lavoro pubblico - passando per la riforma Brunetta sul lavoro pubblico del 2009 – che tradiva profondamente uno dei cardini della “privatizzazione” del precedente decennio, cioè la delegificazione - per poi giungere al blocco della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico nel periodo 2010-2017 – cioè la sostanziale eliminazione della fonte principale della regolazione dei rapporti di lavoro individuali e collettivi nel pubblico e nel privato - e infine alle riforme Monti-Fornero e Renzi del lavoro privato, rispettivamente del 2012 e del 2015, che evitano accuratamente di affrontare con chiarezza la scelta di far convergere o divergere disciplina di pubblico e privato, lasciando a interpreti e, *in primis*, alla giurisprudenza una bella patata bollente²⁴⁶.

Non si può dunque dire che la quarta riforma interviene per affrontare il fallimento della privatizzazione degli anni '90. Invece interviene meritoriamente per riaprire la questione delle scelte di sistema regolativo nel lavoro pubblico, scelte da troppo tempo date per scontate o rivisitate all'insegna di un'emergenza soprattutto economico-finanziaria.

Al riguardo molto significativo è quanto accaduto nel lavoro pubblico nel lasso di tempo 2010-2017. Mentre tutta l'Europa era alle prese con la questione del contenimento della spesa pubblica (anche) per il personale, non tutti gli Stati europei hanno messo mano alle regole sul lavoro pubblico, confondendo strumentazione giuridica con contenimento dei costi del lavoro. Tutti hanno adottato misure di *wage cutting* o *freezing*. Pochi invece hanno confuso l'efficienza con l'efficacia o, meglio, hanno abdicato alla cura dell'ottimizzazione dei risultati delle amministrazioni pubbliche. In Italia invece si è proceduto al più marcato *downsizing* del settore pubblico degli ultimi vent'anni, tagliando personale (essenzialmente con il blocco del turnover)²⁴⁷ e paralizzando - di fatto o, meglio, anche di diritto, ma in modo congiunturale e con decisioni anno per anno - la contrattazione collettiva nazionale²⁴⁸. La riforma degli anni '90 era stata in sostanza abbandonata a sé stessa tanto dal legislatore quanto dalle diverse regie del sistema amministrativo ormai policentrico. Anche perché la correzione/rivisitazione operata dalla terza riforma del 2009 – già di non facile decifrazione in tabula - era sostanzialmente rimasta sulla carta tanto per il riassetto delle relazioni sindacali quanto per il cuore della strumentazione meritocratica²⁴⁹.

Questa situazione era ben sintetizzata dal titolo di un articolo di Antonio Viscomi di qualche anno fa: la privatizzazione era “*lost in transition*”²⁵⁰. Bisognava ricostruirne le tracce e riaprire sentieri infestati da erbacce e ostacoli di ogni tipo. Per questo una quarta riforma era indispensabile. Ma sarebbero stati necessari contenuti molto ben progettati e solidamente impiantati in un tessuto normativo nuovo di zecca.

5. Una riforma per andare oltre “la Brunetta”.

La quarta risposta al perché della quarta riforma suona allora così: si riforma per la quarta volta perché la terza riforma (2009) non ha funzionato per niente. Naturalmente questa risposta è altamente insoddisfacente. Occorre anzitutto prendere una posizione sul perché la terza non ha

²⁴⁶ V. M. Esposito, *I giudici e il lavoro pubblico: dalla contrattualizzazione alla c.d. “riforma Madia”*, in LD, 2016, p. 871 ss.

²⁴⁷ V. i dati riportati nel documento di cui alla nota 3.

²⁴⁸ L. Zoppoli, *Le fonti del lavoro pubblico: dinamiche recenti e prospettive*, in G. Santoro-Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Utet, 2017, p. 2695 ss.

²⁴⁹ V. L. Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale scientifica, 2011.

²⁵⁰ A. Viscomi, *Lost in transition: la contrattazione integrativa nelle pubbliche amministrazioni tra riforme incomplete e crisi emergenti*, in LPA, 2013, p. 249 ss.

funzionato, se per la contingenza economica sfortunata o perché era intimamente sbagliata o per difetti specifici nella normativa poi varata tra delega e decreti delegati. E, in secondo luogo, decidere come andare oltre la terza riforma del 2009: riprendendola o profondamente correggendola?

La quarta riforma risulta invece assai carente sia nella diagnosi sul fallimento della riforma del 2009 sia nella chiarezza dei percorsi da riprendere. Ad essere generosi, la delega del 2015 sembra più che altro approvata per dovere d'ufficio – quasi una riforma senz'anima²⁵¹ – con un evidente cedimento alle mode politiche del momento in cui sembrano prevalere intenti punitivi verso i dipendenti pubblici e marcate tendenze alla disintermediazione. Per di più con una notevole confusione di concetti e strumenti nei quali sembra si voglia sottoporre ad una disciplina molto vincolistica la dirigenza pubblica – specie in ordine a reclutamento e assegnazione degli incarichi – attribuendole al contempo poteri espansivi di stampo aziendalistico sulle scelte di sanzionare o premiare i lavoratori. Tutto all'insegna di un marcato ridimensionamento del ruolo sindacale, in cui si staglia una diffusa indifferenza per le sorti della contrattazione collettiva nazionale – data per spacciata – e una velleitaria intenzione riduttiva e funzionalizzatrice della contrattazione decentrata.

Questo impianto ha però mostrato subito la corda. Sia dinanzi ai più complessi circuiti istituzionali, fatti valere dalla Corte costituzionale nell'imminenza del referendum sulla riforma costituzionale del dicembre 2016 (la cui approvazione era data per scontata dalla l. 124/15) al punto da bloccare definitivamente il grosso della riforma della dirigenza²⁵². Che dunque è rimasto un incolmabile buco nero della quarta riforma. Sia dinanzi alla residua forza sociale e politica del sindacalismo pubblico, che, nell'imminenza del referendum del 4 dicembre, è tornato ad essere un soggetto istituzionale con un peso reale, stipulando il 30 novembre 2016 un'intesa sulle modalità di attuazione della legge delega del 2015 con l'ormai timoroso Governo Renzi (i sondaggi sul referendum costituzionale cominciavano a segnalare burrasca).

Con quelle torsioni tipiche di un'Italia consociativa ufficialmente negata, la quarta riforma del lavoro pubblico cambia dunque natura e contenuti. Deludendo quanti volevano che fosse una sorta di incrocio tra uno *zombie* sopravvissuto alla riforma Brunetta e una propaggine del *Jobs Act* nel lavoro pubblico. La quarta riforma, a ben guardare, serve invece soprattutto a ottemperare alla sentenza della Corte costituzionale del 2015 n. 178, di poco successiva alla delega. Il suo prodotto più visibile è il rilancio della contrattazione nazionale, sia nei rapporti con la legge sia come sistema contrattuale di fatto. Tanto è vero che – anche per l'imminente stagione elettorale – in men che non si dica si rinnovano tutti e quattro i contratti nazionali relativi ai nuovi comparti, definiti proprio sulla falsariga della parte della riforma Brunetta che pareva meno vitale. E inoltre si chiarisce l'annosa questione dell'applicabilità dell'art. 18 nel lavoro pubblico, avvalorando, con significativi adattamenti, quella che ormai era divenuto l'orientamento prevalente nella giurisprudenza della Cassazione²⁵³.

²⁵¹ V. un mio primo commento in *Economia e sviluppo regionale*, 2016, n. 1.

²⁵² V. i commenti di A. Alaimo, *La "Riforma Madia" al vaglio della Corte costituzionale. Leale collaborazione e intese possono salvare la riforma della pubblica amministrazione*, e S. Battini, *Cambiamento amministrativo, cambiamento giurisprudenziale, cambiamento costituzionale. Brevi note sulla sentenza n. 251 del 2016 della Corte costituzionale*, in *DLM*, 2017, p. 121 ss.

²⁵³ Un riepilogo con relative indicazioni bibliografiche in Luciani, *Il licenziamento illegittimo del dipendente pubblico e la tutela reintegratoria "universale"*, in M. Esposito, V. Luciani, A. Zoppoli, L. Zoppoli (a cura di), cit., p. 397 ss.

In definitiva una riforma nelle parti di maggiore impatto scritta più dalle Alte corti che dal legislatore²⁵⁴. Che, per parte sua, lascia irrisolti molti dei nodi lasciati aperti dall'interruzione della privatizzazione: dirigenza, snellezza nei reclutamenti, rapporti flessibili, relazioni sindacali nei luoghi di lavoro²⁵⁵. Invece prova a tirare le fila dei sistemi punitivo/premiali, in parte seguendo le orme della Brunetta e in parte riprovando a far partire il complesso meccanismo della valutazione delle performance.

La quarta riforma dunque vale senz'altro a superare la terza rimasta sulla carta e trova in quel blocco una delle sue più convincenti ragioni d'essere. Però l'impressione è che, restando su un piano di normative generali e astratte, non sia risolutiva.

6. Una riforma per uscire dall'"imbroglio delle riforme amministrative".

La più profonda al perché della l. 124/2015 è forse, però, la quinta risposta: si riforma ancora perché in questa materia, come in altre, non si riesce a uscire "dall'imbroglio delle riforme amministrative"²⁵⁶. L'espressione – come avverte l'autore citato – è polisensa: groviglio, intrico, inganno, raggiro e persino "l'imbroglio superiore e supremo: la "distrazione" ...l'uso delle riforme amministrative per distrarre l'attenzione dall'inerzia e, peggio, dai "misfatti", dalle cattive azioni dei governanti"²⁵⁷.

Però non è tanto questo versante della quinta risposta che attinge ai livelli di maggiore profondità. A leggere per intero il libello di Merusi vien fuori qualcosa di più interessante proprio sul piano della cultura giuridica in cui affonda le sue radici questa quarta riforma, una cultura da cui proviene sia linfa vitale sia veleno mortifero. Una volta tanto però ad essere sul banco degli accusati non è la cultura giuslavoristica. Merusi infatti sostiene che l'errore sta nel continuare a produrre "leggi zibaldone" in cui non si scioglie il nodo di fondo che divide dagli anni '50 gli studi giuridici in materia di pubblica amministrazione. Si deve risalire al convegno di Varenna (Como) del 1955 in cui Gianfranco Miglio- noto costituzionalista, allora ben lontano dall'approdo leghista, e fondatore, con Feliciano Benvenuti, dell'ISAP, Istituto per la Scienza dell'Amministrazione Pubblica- e Massimo Severo Giannini cercarono di fare i conti con l'insegnamento di Vittorio Emanuele Orlando. Questi, sancendo il divorzio tra scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo, portò al trionfo dei giuristi dell'amministrazione (contrapposti ai "contabili") secondo cui una sola misurazione è possibile dell'attività amministrativa: la conformità degli atti di organizzazione e di gestione al diritto amministrativo, cioè il controllo di legittimità degli atti. L'eminente giurista siciliano concludeva una delle sue opere di teoria generale sostenendo che "tutto ciò che costituisce il contenuto economico o sociale dell'amministrazione ...resterà quindi una scienza eminentemente sociale e non giuridica". Merusi invoca un ritorno "sul lago di Como del 1955" (p. 42) ovvero un ritorno alla "convivenza" tra diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione verificando fino in fondo quanto sia possibile "misurare l'attività delle pubbliche amministrazioni anche con criteri economico-aziendali" (ivi). Senza però imboccare

²⁵⁴ Lo intuisce già M. Esposito, *I giudici e il lavoro pubblico*, cit., p. 873 ss.

²⁵⁵ V. i contributi di A. Zoppoli, *La dirigenza pubblica tra mancata riforma e persistenti equivoci*; Nicosia, *I soggetti della valutazione (percorsi di apprendimento organizzativo)*; M. D'Onghia, *Organizzazione degli uffici e superamento delle dotazioni organiche*; Casillo-Tufo, *Il lavoro agile*; G. Gentile, *Il reclutamento del personale pubblico*; R. Santagata de Castro, *La somministrazione*; L. Menghini, *I contratti a tempo determinato*; Fiorillo, *La stabilizzazione del personale precario*; M. Pallini, *Il lavoro parasubordinato e autonomo*; P. Saracini, *L'apprendistato e il contratto di formazione e lavoro*; Monda, *Il lavoro occasionale*, tutti nel volume citato in nota 1.

²⁵⁶ F. Merusi, *L'"imbroglio" delle riforme amministrative*, Mucchi editore, 2016.

²⁵⁷ F. Merusi, cit., p. 8.

scorciatoie – come la creazione di soggetti giuridici in mano pubblica, ma con una configurazione giuridica interamente privatistica (come le pp.ss. degli anni '50, appunto) – o ingessare in norme e procedure rigide i manuali di scienza dell'organizzazione. Due strade minacciose che rendono assai stretta la strada per riforme amministrative che non siano “leggi zibaldone”.

Mentre Miglio e Giannini escono sconfitti nel 1955 e di lì a poco entra in vigore il testo unico sull'impiego statale del 1957- frutto della cultura giuridica divenuta maggioritaria nella prima metà del Novecento anche grazie alla giurisprudenza amministrativa²⁵⁸- per Merusi negli anni '90 si era trovato il modo di disegnare un ampio spazio “privatistico” di gestione manageriale delle amministrazioni (emblematico per lui è proprio l'art. 5 comma 2 del d.lgs. 165/01: v. p. 43). Poi però il diritto prodotto dal “riformatore” del nuovo millennio ha esagerato sia nel sostituirsi alla managerialità reale sia nell'incorporare le regole di economia aziendale, riportando tutto ad unità sotto il segno della legificazione. Di qui l'inevitabilità di una quarta riforma.

In effetti occorre riconoscere che la soluzione non è affatto semplice. Merusi giustamente insiste sulla necessità di perseverare lungo una strada da battere con massima accuratezza, affrontando tante specifiche insidie, impossibili da risolvere una volta per tutte. Occorre piuttosto mantenere un equilibrio tra lo “spazio giuridico”, proprio delle norme legislative di indirizzo, e lo “spazio socio-aziendale”, le cui dinamiche organizzative vanno plasmate su obiettivi e risultati da definire in relazione a ciascun contesto. Un notevole intrico che non ammette distrazioni.

E invece la quarta riforma aveva preso le mosse proprio all'insegna di una certa distrazione, tanto che la l. 124 non è immune dalla qualifica di “legge zibaldone”²⁵⁹. Non riprende con decisione la strada della delegificazione e della valorizzazione di un approccio veramente aziendalistico alla misurazione dei risultati perseguiti da ciascuna amministrazione.

Però il nodo che il legislatore non può mai trascurare è che negli apparati pubblici la scienza dell'amministrazione va in qualche modo “protetta” dal dilagare della politica. Si tratta purtroppo di un crescente paradosso. Infatti sono ovviamente i politici che possono e devono produrre le leggi, ma sono gli stessi politici che sempre meno hanno a che fare con la scienza e con le tecniche dell'organizzazione, dovendosi preoccupare innanzitutto di ottenere il consenso elettorale e di conservarlo il più a lungo possibile²⁶⁰. È un paradosso quasi inscindibile dalla democrazia rappresentativa²⁶¹. Però non si può ignorare quanto abbiamo sotto gli occhi. Più la politica diviene appannaggio della spettacolarità personalizzata e della sloganistica viscerale più si divaricano i canali della legittimazione del potere legislativo rispetto a quelli delle dirigenze burocratiche. L'imbroglio delle riforme amministrative si fa sempre più inestricabile. La terza riforma del 2009 ha dato un buon contributo a confondere i percorsi, grazie soprattutto ad una marginalizzazione della cultura giuridica *tout court* (la fecero soprattutto economisti, di professione o dilettanti).

La quarta riforma – intervenuta dopo un lungo dominio delle pure logiche economiche-finanziarie di tipo macro anche nel campo delle riforme amministrative- ha visto di nuovo scendere in capo la cultura giuridica: però soprattutto quella amministrativistica, ancora alle prese con le sue

²⁵⁸ V. Rusciano, *L'impiego pubblico in Italia*, il Mulino, 1978.

²⁵⁹ F. Merusi, cit., p. 44.

²⁶⁰ La questione è nota da secoli: v. la brillante sintesi di S. Cassese, *L'ideale della buona amministrazione. Il principio del merito e la stabilità degli impiegati*, Editoriale scientifica, 2007.

²⁶¹ V., da ultimi per sviluppi ancor più inquietanti, Deneault, *Mediocrasia. La rivincita dei mediocri*, Neri Pozza, 2016; Pankaj Mishra, *L'età della rabbia. Una storia del presente*, Mondadori, 2018.

antiche contraddizioni e con molti pregiudizi (vecchi e nuovi). Comunque, almeno non manca una buona notizia: le riforme si sono rimesse in moto.

7. Culture giuridiche e quarta riforma del lavoro pubblico.

Voglio alla fine pormi un'ultima domanda che non riguarda la genesi, ma gli sviluppi della quarta riforma del lavoro pubblico: quale spazio ha avuto e può avere in questa nuova fase la cultura giuslavoristica?

Anzitutto bisogna rilevare che, cacciata dalla porta (pochissimi i tecnici esperti di diritto del lavoro che hanno collaborato alla delega e ai progetti di decreti fino all'autunno 2016), è rientrata dalla finestra (almeno con consultazioni più ampie nei mesi antecedenti all'adozione dei decreti 74 e 75). Anche se *in extremis*, è stato così corretto un errore iniziale. La cultura giuslavoristica non è un "male in sé" – come pensano alcuni – ma comunque è "un male necessario"; com'è necessario che le riforme legislative si facciano con un decisivo apporto di esperti del diritto contemporaneo, sempre più complesso. Anche se la linea dovrebbe essere quella di ridurre al minimo la disciplina legislativa – rigida per eccellenza – questo risultato si può realizzare solo con il pieno coinvolgimento dei giuristi più accorti e abituati ad un uso parco della etero-regolazione.

Per il coinvolgimento dei giuslavoristi nelle riforme del lavoro pubblico c'è poi una necessità in più: la cultura aziendalista si sviluppa su un terreno che è più congeniale ai lavoristi che agli amministrativisti²⁶². Tanto è vero che i giuslavoristi conoscono virtù e vizi della cultura aziendalista e sanno che anche quella cultura non è omogenea né linearmente diretta a coniugare tutte le dimensioni delle moderne organizzazioni: a cominciare dal sindacato. Comunque la si pensi a quest'ultimo riguardo, non si possono ignorare le dinamiche della rappresentanza collettiva nelle organizzazioni pubbliche. Esse anzitutto –piaccia o no- sono parte ineliminabile della realtà sociale e culturale del lavoro odierno; e non si può pensare di riportarle in luce a intermittenza secondo le convenienze e le contingenze politiche nazionali o locali. Insomma anche il sindacato nel lavoro pubblico va regolato come uno degli *stakeholder* dell'organizzazione da coinvolgere nella realizzazione dei risultati utili ai cittadini che, sovente, sono i medesimi lavoratori che aderiscono ai sindacati.

Ciò detto, la cultura giuridica lavoristica non è meno dilaniata al suo interno di quella amministrativistica. Magari le divaricazioni sono più recenti e anche più condizionate dalla politica; ma ormai da vent'anni i giuslavoristi parlano di cambio di paradigma in svariate salse sia nel lavoro pubblico sia nel lavoro privato senza appodare a modelli ben definiti. Quindi non c'è da attendersi da nessuna parte risposte già confezionate, certezze da tradurre in norme o prassi. Anche per questo non è affatto un caso che la "guida" delle riforme venga assunta dalla giurisprudenza, specie da quella delle Alte Corti che – facendo risaltare le antinomie regolative- deve sciogliere le incertezze esegetiche del caso concreto con qualche plausibile ricostruzione sistematica, magari improntata alla valorizzazione di un principio che in un altro caso non può avere la medesima valenza.

Le riforme naturalmente non possono però attendere che la dottrina giuridica componga le sue fratture, che probabilmente mai si comporranno del tutto. Un riformatore accorto deve allora

²⁶² V. al riguardo per qualche fraintendimento di matrice pubblicistica delle moderne dinamiche organizzative aziendali L. Zoppi, *Reclutamento e ruolo unico: filosofie organizzativo-istituzionali e tecniche regolative*, in *LPA*, 2016, p. 43 ss.

saper utilizzare un approccio pluralista e soprattutto diffidare da un uso della legge che - dinanzi a istanze oggettive di rapido adeguamento delle regole e delle strutture organizzative ad una realtà economica e tecnologica soggetta a mutamenti sempre più veloci - irrigidisca invece di promuovere dinamismo gestionale. Un contributo possono e devono darlo tutti i giuristi responsabili, senza distinzione di settore disciplinare. Consapevoli che le novità richiedono chiarezza di principi, ma anche pragmatismo nelle soluzioni legislative.

Nella quarta riforma alla fine qualche tentativo interessante di non arretrare anche nelle sfide teoriche e pratiche che il lavoro pubblico pone da mezzo secolo alla regolazione giuridica a mio parere c'è. Forse più nel d.lgs. 74 che nel d.lgs. 75. Mi riferisco alle innovazioni nel sistema di valutazione delle *performance* e nel rilancio della *customer satisfaction*. Quanto meno si continua a dire a chiare lettere che l'universo delle pubbliche amministrazioni non può vivere dei soli controlli di legittimità. E si fa qualche passo in avanti nello strutturare soggetti che in ciascun contesto organizzativo possano far progredire una cultura dei risultati misurabili secondo parametri di efficienza, efficacia, qualità dell'azione amministrativa. Insomma, per dirla ancora con Merusi, riemerge una tensione pratica a garantire la "buona amministrazione".

Però mi pare che siamo lontani da un assetto soddisfacente. Se qualche rigidità legale viene eliminata, cedendo il passo ad una regolazione più duttile di matrice contrattuale (v. novella dell'art. 19 del d.lgs. 150/09), tutto il ciclo delle *performance* resta fortemente legificato. Anche la *Customer satisfaction* – un po' alleggerita rispetto alla stagione delle carte di servizio – appare configurata come un adempimento burocratico, in fondo tanto facile da impostare formalmente quanto difficile da utilizzare come effettivo criterio di misurazione dell'efficacia amministrativa²⁶³.

Soprattutto poco attrezzato pare il legislatore per soddisfare la fondamentale esigenza di dotare l'organizzazione burocratica di una *leadership* altamente professionalizzata e indipendente dalla politica. Eclatante è l'abito della riforma della dirigenza; ma anche la rete dei valutatori – migliorata rispetto al passato - non appare impiantata in modo da porla al riparo dai condizionamenti politici²⁶⁴. E ben poco curato appare il versante della c.d. "valutazione esterna" delle *performance* che ancora molto tira in ballo procedure di verifica continua dei risultati complessivi dell'organizzazione sottoponendo i politici a giudizi di tipo non solo elettorali e gli utenti a funzioni di cittadinanza attiva molto impegnative²⁶⁵.

La riapertura delle dinamiche contrattuali fa sì che un pezzo – seppure non decisivo - di questa quarta riforma possa ancora essere completata dalla contrattazione collettiva. Si tratta, a mio parere, di un potenziale pregio, una potenzialità per correzioni o miglioramenti, anche se meno omogenei e diffusi di quanto avrebbe potuto fare una legge generale. In concreto c'è da analizzare quali contributi vengono dai contratti di comparto appena firmati²⁶⁶. Forse però si rischia di caricarli di eccessive aspettative: in fondo si è dovuta recuperare una vacanza contrattuale quasi decennale e il loro arco di vigenza è assai breve, scadendo alla fine di quest'anno. Ciononostante

²⁶³ V. Baldassarre, *Customer satisfaction e riforme del lavoro pubblico*, nel volume di cui alla nota 1, p. 356 ss.

²⁶⁴ V. G. Nicosia, *op.cit.*, e P. Monda, *La valutazione delle performance: programmazione degli obiettivi e gestione premiale*, sempre nel volume di cui in nota precedente, risp. p. 329 ss. e 370 ss.

²⁶⁵ V. A. Zoppoli, *op.cit.*, nel volume citato in nota 1, spec. p. 325-328.

²⁶⁶ Particolare rilievo assumono ad esempio le regole sulle "nuove" relazioni sindacali nelle organizzazioni e quelle sulla differenziazione dei premi individuali (per le seconde si vedano le scelte – tutte sostanzialmente uguali, ma meritevoli di attenta valutazione – contenute negli artt. 82 per la sanità; 20 per il comparto istruzione e ricerca; 78 per il comparto Funzioni centrali; 69 per il comparto Funzioni locali);

si riapre una dinamica che avrà il suo seguito nelle contrattazioni decentrate, per le quali sembrano esserci più risorse economiche. C'è da chiedersi se ci saranno anche più risorse professionali sul versante datoriale per caratterizzare al meglio i contenuti dei nuovi contratti decentrati. Sarebbe invero solo un miracolo se ciò accadesse in modo consistente, visto che sul punto i nuovi decreti legislativi fanno poco o nulla²⁶⁷.

Probabilmente non si può concludere diversamente questa sintetica analisi dei perché della quarta riforma se non constatando che- mentre altrove si digitalizza tutto (v. il modello estone, forse enfatizzato però²⁶⁸ perché attiene all'aspetto documentale dell'azione amministrativa, non a quello dell'erogazione dei servizi alle persone)- siamo ancora nel pieno imbroglio delle riforme amministrative, in uno scenario dove – per quanto riguarda la cultura giuridica, cioè il profilo che più ci tocca come studiosi (certo anche una *legacy*, ma su cui è fondamentale riuscire a incidere) - ancora si contendono il campo Vittorio Emanuele Orlando, da un lato, e Miglio/Giannini dall'altro; e con i giuslavoristi che provano solo a tenere aperto il campo di gioco. Le parti negoziali – da poco riammesse al gioco- ricominciano appena a farci udire i loro balbettii di sempre. Nulla di entusiasmante. Se non la certezza di un grande lavoro di riflessione e di gestione, fondamentale per non perdere il filo delle riforme del lavoro pubblico che, siamo certi, non si fermeranno alla quarta.

²⁶⁷ V. M. Delfino, *I nuovi "spazi negoziali"*, e G. N. Formica, *I limiti di carattere finanziario alla contrattazione*, nel volume di cui alla nota 1, risp. p. 29 ss. e 55 ss.

²⁶⁸ Almeno a livello giornalistico: v. *il Venerdì di Repubblica* del 9 marzo 2018.

Dalla “riforma Madia” al “decreto dignità”.
Le (poche) novità e le (molte) aporie della disciplina del lavoro a tempo de-
terminato e delle collaborazioni autonome nel settore pubblico

Anna Alaimo

(I)

1. La flessibilità in entrata nel settore pubblico: autonomia dell'apparato regolativo e frammentazione della disciplina come presupposti a-sistematici delle esigue novità della “riforma Madia”. 78

2. Limiti all'uso del lavoro flessibile e superamento del precariato. Dalla delega al d. lgs. n. 75/2017: stabilizzazioni e divieto di instaurazione di ulteriori rapporti di lavoro flessibile. 82

(II)

3. La disciplina sostanziale della flessibilità in entrata: incarichi individuali di lavoro autonomo e divieti di collaborazioni etero-organizzate: l'art. 7 del d. lgs. n. 165/2001 dopo la novella del 2017 (art. 5, d. lgs. n. 75/2017). 84

3.1. (segue) Le regole di conferimento degli incarichi: nulla di nuovo sotto il sole dopo la riforma. *Le garanzie dei compensi nella* disciplina del lavoro autonomo (l. n. 81/2017 e d.l. n. 148/2017 conv. in l. n. 172/2017). 86

4. I contratti a termine, il nuovo art. 36 e l'esclusione delle pp.aa. dall'ambito di applicazione della disciplina del lavoro a termine novellata dal “decreto dignità” 88

4.1. La soppressione del limite di durata massima dei contratti a termine nella scuola e la mancanza di analogo limite nel settore AFAM. 94

(III)

5. La disciplina sanzionatoria. Le conseguenze dell'uso illegittimo dei contratti a termine... 96

5.1. (segue) ... e la loro estensione ai settori scolastico e AFAM. 102

5.2. Le conseguenze sanzionatorie dell'uso illegittimo delle collaborazioni. 103

6. Questioni aperte e questioni comuni al lavoro a termine e alle collaborazioni. Il futuro è (ancora) nelle mani delle stabilizzazioni o dei dirigenti responsabili? 106

(I)

1. La flessibilità in entrata nel settore pubblico: autonomia dell'apparato regolativo e frammentazione della disciplina come presupposti a-sistematici delle esigue novità della "riforma Madia".

È un dato certo che il recupero di funzionalità e la flessibilità organizzativa degli apparati amministrativi non sono stati affidati dal legislatore della "riforma Madia" ad un ripensamento generale della disciplina dei rapporti di lavoro flessibili²⁶⁹.

Le novità riguardanti le forme flessibili di assunzione mostrano un legislatore più preoccupato di riparare guasti passati²⁷⁰ che di innovare, in modo significativo, la disciplina della flessibilità in entrata nel settore pubblico, benché numerosi nodi interpretativi formati in decenni di contenzioso avrebbero richiesto un intervento più meditato e regole più organiche, meglio coordinate anche con quelle del settore privato.

Anche ad una rapida lettura delle nuove disposizioni ci si accorge, invece, di essere di fronte ad un intervento di ritocco, quasi "di cesello", che si limita ad incidere le poche novità del d. lgs. n. 75/2017 nel Testo Unico (d. lgs. n. 165/2001, da qui in poi: T.U.), in linea con le caratteristiche generali di una riforma che, in quasi tutti gli ambiti, è di «manutenzione straordinaria», «non introducendo nuovi e autonomi plessi normativi», ma novellando leggi esistenti²⁷¹.

Immediata è anche l'impressione che le nuove disposizioni si leghino ad aspetti "altri" della quarta riforma del lavoro pubblico, enfatizzando la centralità della nuova normativa sulla pianificazione dei fabbisogni (i nuovi "piani triennali dei fabbisogni di personale": PTFP), il reclutamento e i concorsi.

Con queste premesse, riflettere sul nesso fra la "riforma Madia" e i rapporti di lavoro flessibili spinge a porsi, innanzitutto, alcuni interrogativi.

²⁶⁹ Sul nesso tra finalizzazione dell'azione amministrativa a risultati ed obiettivi, organizzazione flessibile delle strutture e strumenti di gestione flessibile del lavoro, sempre attuale la lettura di M. D'Antona, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle "leggi Bassanini"*, in *Opere, Scritti sul pubblico impiego e sulla pubblica amministrazione*, Giuffrè, 2000, vol. V, 233 (già in *LPA*, 1998, I, 35). Il tema del collegamento tra organizzazione flessibile degli uffici (ex art. 2, co.1, lett. b, d. lgs. n. 165/2001) e organizzazione flessibile del lavoro, emerso soprattutto nella seconda fase di riforma del lavoro pubblico, è ripreso da E. Ales, *L'utilizzo temporaneo del lavoro temporaneo nelle pubbliche amministrazioni: un'analisi genealogica*, in R. Del Punta, R. Romei (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Giuffrè, 2013, sp. 447-448 (ove ulteriori riferimenti al dibattito di quella stagione di riforma). Più in generale, sulla "funzionalità" come sinonimo di "buon andamento" e qualità indefettibile delle amministrazioni (assieme a democraticità, imparzialità ed effettività) v., da ultimo, F. Merloni, *Costituzione repubblicana, riforme amministrative e riforme del sistema amministrativo*, DP, 2018, 81; per una diversa declinazione del principio di buon andamento e delle sue componenti (efficacia, efficienza, economicità, pubblicità e trasparenza) v. I. Sigismondi, *Il principio del buon andamento tra politica e amministrazione*, Jovene, 2011 (sp. cap. II).

²⁷⁰ L. Menghini, *I contratti a tempo determinato*, in M. Esposito, V. Luciani, A. Zoppoli, L. Zoppoli, *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2019) con particolare riferimento ai d. lgs. nn. 74 e 75 del 25 maggio 2017 (c.d. riforma Madia)*, Giappichelli, 2018, 144; tale limite di prospettiva della riforma, visibile sin dalla legge delega n. 124/2015, veniva messo in luce anche in alcuni contributi precedenti la sua attuazione (v. M. D'Aponte, *Ancora sulla «stabilizzazione (anzi forse)» dei precari nel pubblico impiego: la Corte costituzionale «salva» la riforma della c.d. buona scuola*, *LPA*, 2016, 175).

²⁷¹ Si mutuano le espressioni da B.G. Mattarella, *Burocrazia e riforme. L'innovazione nella pubblica amministrazione*, Il Mulino, 2017, 101. Per un'analoga valutazione della "riforma Brunetta" del 2009 e degli interventi immediatamente successivi (i quali, lungi dall'affrontare il problema della ri-regolazione organica del lavoro pubblico, si sono piuttosto configurati «come un aggregato di interventi micro-sezionali su singoli aspetti del sistema») v. l'editoriale di M. Rusciano, *A due anni dalla cd. riforma Brunetta*, *DLM*, 2011, 187.

Il primo e più immediato è: quanto e come la riforma ha inciso sulle forme flessibili di impiego?

Il secondo può essere formulato come segue: le nuove norme sulla flessibilità in entrata sono sorrette da una *ratio* collegata alla visione d'insieme della riforma?²⁷²

Ed infine, un terzo tipo di interrogativi rinvia all'annosa questione della convergenza/divergenza della regolazione del lavoro nel pubblico e nel privato²⁷³. La disciplina delle forme flessibili di assunzione nel settore pubblico, anche alla luce delle novità legislative sul lavoro a tempo determinato sopravvenute nella legislatura successiva a quella della "riforma Madia" (d.l. n. 87/2018 conv. in l. n. 96/2018, cd. "decreto dignità"), avvicina o allontana il lavoro pubblico da quello privato? Cosa resta dell'idea cardine della seconda stagione di riforma del lavoro pubblico (1997/98), che, nel pensiero di Massimo D'Antona, era quella di far convergere la disciplina del lavoro pubblico e del lavoro privato?²⁷⁴ E cosa di quella fase di «esaltazione della flessibilità»²⁷⁵ nella quale l'art. 36 del T.U. prevedeva che «*le pubbliche amministrazioni (...) si avvalgono delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa*»? (art. 36, co. 7, d. lgs. n. 165/2001, nel testo novellato dall'art. 22 del d. lgs. n. 80/1998).

Rispondere alla prima domanda – se e come la riforma ha inciso sulle forme flessibili di impiego – esige una considerazione che, di fatto, ne anticipa la risposta.

La storia normativa delle forme di lavoro flessibili nelle pubbliche amministrazioni non coincide con le quattro fasi di riforma del lavoro pubblico²⁷⁶, né è esclusivamente legata ai testi legislativi che lo disciplinano. Anche una sommaria analisi retrospettiva svela una storia molto più articolata, legata sia all'avvicendamento delle riforme del mercato e della flessibilità del lavoro nel settore privato, sia ad interventi più rapidi e rapsodici, quasi sempre necessitati dall'equilibrio dei bilanci pubblici, compiuti in occasione delle annuali leggi finanziarie e dunque raramente sorretti da disegni organici di disciplina²⁷⁷.

²⁷² Sulla problematica individuazione delle ragioni complessive della "quarta riforma", L. Zoppoli, *Perché una quarta riforma del lavoro pubblico*, WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT – 366/2018; fra le altre riflessioni generali sulla riforma è possibile vedere, oltre all'introduzione di B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico: la "legge Madia" e oltre (Miti, retoriche, nostalgie e realtà nell' "eterno ritorno" allo statuto speciale del lavoratore pubblico)*, in q. Volume; A. Pioggia, *La riforma dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni: i profili organizzativi, la dirigenza e le ulteriori riforme in itinere*, in L. Fiorillo, A. Perulli, *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 3.

²⁷³ Sulla quale, oltre a B. Caruso, *Le riforme e il lavoro*, cit., v., da ultimi, A. Boscato, *La specialità del lavoro pubblico. Fonti contrattuali nella progressiva evoluzione del sistema normativo tra organizzazione e disciplina del rapporto di lavoro*, LPA, 2018, n. 3, 1; P. Tosi, *Le novelle legislative sul lavoro privato e pubblico privatizzato tra armonizzazione e diversificazione*, LPA, 2018, 17; L. Zoppoli, *La stagione delle riforme: pubblico e privato a confronto*, in Atti della XIII edizione dei Seminari di Bertinoro – Bologna, 6-7 dicembre 2017, «La quarta riforma del lavoro nelle pa (D.Lgs. 25 maggio 2017, n. 75 – D.Lgs. 25 maggio 2017, n. 74)», LPA, 2017- numero unico, 25.

²⁷⁴ M. D'Antona, *La disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni dalla legge al contratto*, in *Opere, Scritti sul pubblico impiego e sulla pubblica amministrazione*, Giuffrè, 2000, vol. V, 175 (già in S. Battini, S. Cassese, *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, 1997, 1), Id., *Lavoro pubblico e diritto del lavoro*, cit. Per una rilettura di quel pensiero, a dieci anni dalla scomparsa, F. Carinci, *Massimo D'Antona e la "contrattualizzazione" del pubblico impiego: un tecnico al servizio di un'utopia*, GDLRI, 2009, 25.

²⁷⁵ G. Fontana, *La strana storia delle stabilizzazioni dei lavoratori precari nel settore pubblico*, LPA, 2018, 2, 22.

²⁷⁶ Com'è noto, le tre fasi precedenti la "riforma Madia" (2015-17) sono state quelle delle riforme Amato/Cassese (1992-93); Bassanini (1997-98) e Brunetta (2009). Per una diversa periodizzazione, che valorizza la recente fase della introduzione delle regole anticorruzione (l. n. 190/2013), v., tuttavia, A. Pioggia, *La riforma*, cit.

²⁷⁷ Di una valenza spesso totalizzante di tali ragioni parla V. Pinto, *Flessibilità e precarietà nel reclutamento delle amministrazioni pubbliche*, in Atti della XIII edizione dei Seminari di Bertinoro – Bologna, 6-7 dicembre 2017, «La quarta riforma del lavoro nelle pa (D.Lgs. 25 maggio 2017, n. 75 – D.Lgs. 25 maggio 2017, n. 74)», LPA, 2018, I, 1.

A riprova di quanto affermato, è sufficiente considerare pochi esempi; pensare alla disciplina del *part-time* nelle pp.aa., mai inserita nel T.U. e veicolata dalle leggi che ne hanno regolato l'uso nel settore privato²⁷⁸ o da disposizioni specifiche²⁷⁹ riguardanti anche (e soprattutto) la materia delle trasformazioni²⁸⁰; o, per venire ad esempi più prossimi, ricordare che l'estensione della disciplina dei contratti di prestazione occasionale e del lavoro agile alle pp.aa.²⁸¹ è stata disposta da provvedimenti legislativi pensati *in primis* per il settore privato²⁸².

In generale i testi legislativi che regolano – o hanno regolato – i contratti di lavoro flessibili nel “privato” si sono quasi sempre dotati di disposizioni sull'applicabilità, o meno, al settore pubblico. Basti pensare alla più nota e lapidaria norma di esclusione delle pp.aa. dall'ambito applicativo della riforma del mercato del lavoro del 2003 (art. 1, c. 2, d. lgs. n. 276/2003)²⁸³, alle esclusioni contenute nella più recente codificazione di disciplina dei rapporti *part-time* e a termine (d. lgs. n. 81/2015, artt. 12 e 29) e alle ultime e discutibili esclusioni disposte dal cd. “decreto dignità” (d.l. n. 87/2018, conv. in l. n. 96/2018: v., *infra*, § 4). Tali norme di esclusione, diventate sempre più numerose all'indomani dell'apice del processo di parificazione normativa (d. lgs. n. 80/1998), hanno quasi sterilizzato, nella disciplina dei rapporti flessibili, il rinvio al diritto del lavoro privato sostenuto dal principio generale contenuto nell'art. 2, c. 2, d. lgs. n. 165/2001 e ripreso dal co. 7 dell'art. 36, nel testo novellato nel 1998 (d. lgs. n. 80/1998)²⁸⁴. Al punto che, anche in materia di lavori flessibili, «due contrapposti diritti del lavoro» sembrano ormai fronteggiarsi, senza che si giunga ad una coerente sintesi fra i due, sicché, a dispetto degli originari propositi di armonizzazione, ciò a cui ormai si assiste è il loro inarrestabile allontanamento²⁸⁵.

Tutto ciò è avvenuto anche perché la disciplina delle forme flessibili di assunzione si è costruita, nel tempo, come apparato regolativo autonomo, con tratti fisionomici e sviluppi propri (si pensi alla “riforma Biagi” del 2003 e alla codificazione operata, con il *Jobs Act*, dal d. lgs. n. 81/2015) e ha finito per intersecare entrambe le aree- lavoro privato e lavoro pubblico – introducendo, per il settore pubblico e/o per suoi sotto-settori, frequenti disposizioni di esclusione e/o norme speciali.

²⁷⁸ Art. 10, d. lgs. n. 61/2000.

²⁷⁹ *In primis* la l. n. 662/1996, tuttora vigente pur a seguito di importanti successive modifiche. Per un primo commento, anche nell'ottica della flessibilità organizzativa delle pp.aa., M. D'Antona, *Part-time e secondo lavoro dei dipendenti pubblici (Commento alla L. 23 dicembre 1996, n. 662)* in *Opere, Scritti sul pubblico impiego e sulla pubblica amministrazione*, Giuffrè, 2000, vol. V, 195 (già in *GDA*, 1997, 2, 123).

²⁸⁰ Cfr. l'art. 73, d.l. n. 112/2008, conv. in l. n. 133/2008 (di modifica dell'art. 1, commi 56-59, l. n. 662/1996); l'art. 16, l. n. 183/2010 e gli artt. 20, l. n. 488/1999 e 39, l. n. 449/1997.

²⁸¹ Benché quest'ultimo rappresenti una semplice modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato, utile per ottenere flessibilità “funzionale” o “interna” (piuttosto che “esterna” e in entrata), resta comunque inalterata la tecnica estensiva adoperata dal legislatore in occasione di provvedimenti e riforme riguardanti la flessibilità del lavoro nel settore privato.

²⁸² Art. 54-bis, d.l. 24.4.2017 n. 50, conv. in l. 21.6.2017, n. 96 (*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, recante disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo*) e art. 18, l. n. 81/2017 (*Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato*).

²⁸³ «Il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale» (art. 1, co. 2, d.lgs. n. 276/2003). Per quanto qui interessa, l'esclusione delle pp.aa. dall'ambito di applicazione della cd. “legge Biagi” riguardava soprattutto la disciplina delle collaborazioni a progetto, mentre l'art. 86, co. 9 aveva esteso alle pp.aa. la nuova normativa sulla somministrazione a tempo determinato.

²⁸⁴ In ossequio ai principi e criteri direttivi della legge delega Bassanini (art. 11, co. 4, lett. a, l. n. 59/1997: *completare l'integrazione della disciplina del lavoro pubblico con quella del lavoro privato e la conseguente estensione al lavoro pubblico delle disposizioni del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro privato nell'impresa*), la formulazione dell'art. 36 era diventata quella prima ricordata nel testo: «*le pubbliche amministrazioni, nel rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale [...], si avvalgono delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa*».

²⁸⁵ E. Gragnoli, *Scuole, personale docente e rapporto di lavoro*, *DLM*, 2018, 243-244.

Anche per tale ragione, il “difetto di esaustività” del d. lgs. n. 165/2001 – denunciato per i contenuti e le caratteristiche generali del T.U. e, di certo, non eliminato dalla riforma²⁸⁶- appare più evidente per l’ambito di disciplina riguardante la flessibilità del lavoro.

In materia, la normativa continua ad essere frammentata e suddivisa in numerosi provvedimenti legislativi; si aggiunga – circostanza di non poco conto- che interi settori usufruiscono di discipline speciali: la scuola²⁸⁷, le istituzioni dell’Alta Formazione Artistica, Musicale e Coreutica (AFAM)²⁸⁸, la sanità²⁸⁹, le fondazioni lirico-sinfoniche²⁹⁰, gli enti pubblici di ricerca²⁹¹ (e, come questi ultimi, l’INAIL e l’ANPAL²⁹²).

Una disciplina della flessibilità già di per sé “scomposta” – in quanto organizzata, da una parte, alla stregua di apparato regolativo autonomo, dall’altra, specializzata per interi settori pubblici- ha preceduto, dunque, la riforma del 2015/2017 ed è anche per tale presupposto sistematico (o meglio a-sistematico) che la riforma – per rispondere alla prima domanda- ha inciso poco sulle forme flessibili di impiego, operando solo ritocchi di disciplina, concentrati sugli artt. 7 (*infra*, § 3) e 36 del T.U. (*infra*, §§ 4-5).

In ragione di tale premessa, non essendo possibile esaminare tutte le fattispecie flessibili di lavoro e le diverse discipline settoriali, ci si limiterà, in questo contributo, ad un’analisi delle norme di applicazione tendenzialmente generale (*in primis* quelle del T.U.), con qualche approfondimento relativo alle specificità – legislative e giurisprudenziali- dei settori scolastico e AFAM.

Ci si concentrerà, inoltre, sui contratti a tempo determinato e sugli incarichi individuali con contratti di lavoro autonomo.

²⁸⁶ Come da più rilevato (v., per tutti, L. Zoppoli, *La “riforma Madia” del lavoro pubblico*, Treccani. *Il libro dell’anno del diritto*, 2018), la “riforma Madia” non ha infatti operato il previsto riordino della normativa (v., fra le deleghe di semplificazione, quella in materia di «*lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e connessi profili di organizzazione amministrativa*» prevista dall’art. 16, co. 1, lett. a), l. n. 124/2015).

²⁸⁷ Si ricorda che l’art. 29, co. 2, lett. c), d. lgs. n. 81/2015 (*Esclusioni e discipline specifiche*) esclude dal campo di applicazione della disciplina dei contratti a termine i «*contratti a tempo determinato stipulati con il personale docente ed ATA per il conferimento delle supplenze e con il personale sanitario, anche dirigente, del Servizio sanitario nazionale*», mentre il nuovo co. 5-*quinquies* dell’art. 36 sottrae il personale docente, educativo e amministrativo, tecnico e ausiliario (ATA) delle scuole *statali* e degli *enti locali* - assieme al personale del settore AFAM- alle regole poste dal medesimo articolo, salva l’applicabilità delle misure sanzionatorie previste dal co. 5 (*v. infra*, § 5). In argomento v. C. Russo, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella scuola statale*, in P. Saracini e L. Zoppoli (a cura di), *Riforme del lavoro e contratti a termine*, Editoriale Scientifica, 2017, 281; M. Gissi, *Il nuovo precariato della scuola pubblica*, in M. Cerreta, M. Riommi, *Le recenti riforme dei rapporti di lavoro delle pubbliche amministrazioni e della scuola pubblica*, Giappichelli, 2016, 105; F. De Cuià, *La buona scuola nella legge n. 107/2015*, *ibidem*, 205.

²⁸⁸ Nel settore, dopo la legge di riforma delle Accademie, degli Istituti superiori per le industrie artistiche, dei Conservatori di musica e degli Istituti musicali pareggiati (l. n. 508/1999), è intervenuto il d.l. n. 104/2013, conv. in l. n. 128/2013. Tanto la legge del 1999, quanto il successivo d.l. n. 104/2013 avevano previsto l’emanazione di un Regolamento per la programmazione e il reclutamento del personale docente e tecnico-amministrativo delle Istituzioni AFAM, la cui adozione, preannunciata alla fine del 2017 dalla circolazione di una bozza, per quel che consta, non è ancora avvenuta (v. lo *Schema di Decreto del Presidente della Repubblica concernente Regolamento recante le procedure e le modalità per la programmazione e il reclutamento del personale docente e del personale amministrativo e tecnico del comparto AFAM*). Disposizioni specifiche sulle graduatorie nazionali e sulle stabilizzazioni del personale docente e tecnico-amministrativo del settore sono state, invece, introdotte dalla legge di bilancio per il 2018 (l. n. 205/2018, art. 1, co. 653 e 655).

²⁸⁹ Sulla flessibilità in entrata nel settore sanitario, v. per tutti, F. Liguori, A. Zoppoli, *La sanità flessibile*, Ed. scientifica, 2012; più specificamente, sul contratto a tempo determinato, E. D’Avino, *Il comparto sanità: uno stress test per la disciplina del contratto a termine nel lavoro pubblico*, *LPA*, 2018, n. 2, 43; E. D’Avino, M. Esposito, *Il contratto a termine nella sanità pubblica*, in P. Saracini e L. Zoppoli (a cura di), *Riforme del lavoro*, cit., 257.

²⁹⁰ Si ricorda pure che in base all’art. 29, c. 3 «*al personale artistico e tecnico delle fondazioni di produzione musicale di cui al decreto legislativo 29 giugno 1996, n. 367, non si applicano le disposizioni di cui all’articolo 19, commi da 1 a 3, e 21*».

²⁹¹ Interessati dal d. lgs. n. 218/2016 ed indicati dal suo art. 1, co. 1.

²⁹² Entrambi soggetti alla medesima disciplina degli enti pubblici di ricerca, ex art. 19, co. 4, d. lgs. n. 218/2016.

Come nel “privato”, lavoro a termine e collaborazioni autonome sono stati strumenti privilegiati anche dalle pp.aa. per incrementare la flessibilità in entrata, tanto è vero che nella fase iniziale del processo di privatizzazione ne erano stati uniformati alcuni aspetti di disciplina, primo fra tutti, il divieto di prestazioni superiori a tre mesi²⁹³.

Nei decenni successivi, tanto l’impiego di lavoratori assunti con contratti a tempo determinato, quanto il coinvolgimento di collaboratori esterni sono stati utilizzati “a piene mani” in tutti i settori pubblici, anche per fronteggiare vuoti di organico e necessità strutturali²⁹⁴. La macroscopica alterazione funzionale dei due istituti e la “precarizzazione” di personale che ne è derivata sono state causa di una forte e ripetuta domanda di stabilizzazione, che, come si vedrà, ha fortemente condizionato anche i contenuti dell’ultima riforma.

2. Limiti all’uso del lavoro flessibile e superamento del precariato. Dalla delega al d. lgs. n. 75/2017: stabilizzazioni e divieto di instaurazione di ulteriori rapporti di lavoro flessibile.

Per provare a rispondere al secondo interrogativo- esiste o no un nesso fra la disciplina della flessibilità e altre parti della riforma- occorre partire dalle indicazioni della delega.

Il legislatore delegante aveva chiaramente dichiarato due intenti: limitare l’uso del lavoro flessibile e ridurre il precariato. L’intenzione era ben scolpita nei criteri direttivi delle lett. a) e o) del co. 1 dell’art. 17, l. n. 124/2015, disposizione dedicata al *Riordino della disciplina del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, dalla cui combinazione potevano trarsi, in sintesi, due indicazioni: (1) introduzione di un modello di procedure concorsuali contraddistinto da «*meccanismi di valutazione finalizzati a valorizzare l’esperienza professionale acquisita da coloro che hanno avuto rapporti di lavoro flessibile con le amministrazioni pubbliche*»²⁹⁵; (2) individuazione di «*limitate e tassative fattispecie*» di lavoro flessibile²⁹⁶.

Se si prova ad immaginare una traiettoria che percorre il d. lgs. n. 75/2017, attraversandone alcune delle disposizioni principali, possono scorgersi quattro segmenti, che, in sequenza, collegano l’art. 4 (di modifica della disposizione del T.U. riguardante l’organizzazione degli uffici e i fabbisogni di personale: l’art. 6 d. lgs. n. 165/2001) e l’art. 20 – disposizione, quest’ultima, sganciata dalla novella del T.U. e specificamente dedicata al *Superamento del precariato nelle pubbliche amministrazioni* e cioè, in sostanza, alle procedure di stabilizzazione²⁹⁷. Ognuno di tali

²⁹³ Art. 3, co. 23, l. n. 537/1993. Per entrambe le fattispecie il divieto verrà rimosso (con l’abrogazione della richiamata disposizione) dall’art. 43, co. 4, d. lgs. n. 80/1998.

²⁹⁴ Cfr. i dati Aran relativi all’impiego di personale a tempo determinato e con contratto di collaborazione coordinata e continuativa nelle pp.aa.- serie 2014-2016, dati aggiornati al 3/09/2018 (<https://www.aranagenzia.it/statistiche-e-pubblicazioni/dati-statistici.html>) -, dai quali emerge che l’impiego delle collaborazioni si è soprattutto concentrato, in quegli anni, nei settori del SSN, di Regioni/enti locali e dell’Università.

²⁹⁵ Si riporta per intero il testo della lett. a): «*previsione nelle procedure concorsuali pubbliche di meccanismi di valutazione finalizzati a valorizzare l’esperienza professionale acquisita da coloro che hanno avuto rapporti di lavoro flessibile con le amministrazioni pubbliche, con esclusione, in ogni caso, dei servizi prestati presso uffici di diretta collaborazione degli organi politici e ferma restando, comunque, la garanzia di un adeguato accesso dall’esterno*».

²⁹⁶ Si riporta per intero il testo della lett. o): «*disciplina delle forme di lavoro flessibile, con individuazione di limitate e tassative fattispecie, caratterizzate dalla compatibilità con la peculiarità del rapporto di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e con le esigenze organizzative e funzionali di queste ultime, anche al fine di prevenire il precariato*».

²⁹⁷ In argomento v. L. Fiorillo, *La stabilizzazione del personale precario*, in M. Esposito, V. Luciani, A. Zoppoli, L. Zoppoli, *La riforma*, cit.; G. Ricci, *L’impatto della “riforma Madia” (e delle più recenti misure del governo “gialloverde”) sulla dimensione macro-organizzativa: programmazione dei fabbisogni, concorsi, stabilizzazioni*, in q. Volume; G. Fontana, *La strana storia*, cit.; A. Garilli, *Misure di contrasto al precariato e stabilizzazioni del personale*, in Atti della XIII edizione dei Seminari di Bertinoro – Bologna, 6-7 dicembre 2017, «La

segmenti rappresenta, per così dire, un “punto di caduta” dei criteri indicati dalle lett. a) e o) dell’art. 17 della l. n. 124/2015.

Il primo è contenuto nella nuova disciplina della organizzazione degli uffici e dei fabbisogni di personale e consiste nella necessità che le pp.aa. definiscano la loro organizzazione adottando i PTFP, allo scopo di «*ottimizzare l'impiego delle risorse pubbliche disponibili e perseguire obiettivi di performance organizzativa, efficienza, economicità e qualità dei servizi ai cittadini (...) in coerenza con la pianificazione pluriennale delle attività e della performance*» (art. 4, c. 2); il secondo segmento è costituito dalla disciplina delle due procedure di stabilizzazione riservate ai lavoratori a termine (art. 20, co. 1, cd. stabilizzazione “automatica”) e ai lavoratori titolari di un contratto di lavoro flessibile (art. 20, co. 2, cd. stabilizzazione “tramite concorso riservato”); entrambe le procedure sono finalizzate a «*superare il precariato, ridurre il ricorso ai contratti a termine e valorizzare la professionalità acquisita dal personale con rapporto di lavoro a tempo determinato*» (art. 20, c. 1)²⁹⁸. Il terzo segmento è il divieto di instaurare ulteriori rapporti di lavoro flessibili per le professionalità interessate dalle procedure di stabilizzazione fino al termine delle procedure (art. 20 co. 5); il quarto coincide, infine, con la possibilità di prorogare i rapporti di lavoro flessibile con i soggetti che partecipano alle procedure di stabilizzazione fino alla loro conclusione e, dunque, anche oltre i 36 mesi (art. 20 co. 8)²⁹⁹.

È evidente che all’insieme di queste disposizioni viene assegnato il compito di bonificare dai molti sedimenti di precariato la vasta area delle pp.aa., rivelatesi, in tutti i settori, incapaci di (o impossibilitate a) gestire in modo fisiologico le forme contrattuali di lavoro flessibile. Per far ciò il legislatore ha richiesto di garantire, innanzitutto, una efficace e consapevole politica del personale, attraverso (a) adeguate programmazioni dell’attività complessiva (e degli obiettivi di *performance* organizzativa) e (b) una organizzazione degli uffici basata sui PTFP, finalizzati proprio ad ottimizzare l’acquisizione e la distribuzione delle risorse umane. Ha stabilito che, «*nell’ambito del piano, le pp.aa. curino l’ottimale distribuzione delle risorse umane, attraverso la coordinata attuazione dei processi di mobilità*»³⁰⁰ e che, «*in coerenza con il piano triennale dei fabbisogni*», le medesime avviino le procedure di stabilizzazione (art. 20, co. 1, d. lgs. n. 75/2017). Né va dimenticato- sebbene non si tratti di disposizione nuova- che, al fine di prevenire il precariato, le pp.aa. devono sottoscrivere i «*contratti a tempo determinato con i vincitori e gli idonei delle*

quarta riforma del lavoro nelle pa (D.Lgs. 25 maggio 2017, n. 75 – D.Lgs. 25 maggio 2017, n. 74)», LPA, 2017 – numero unico, 84, ove anche riferimenti alle precedenti esperienze di stabilizzazione.

²⁹⁸ Si ricorda che sono due le tipologie di stabilizzazione previste dall’art. 20, commi 1 e 2: (a) assunzione a tempo indeterminato di dipendenti a tempo determinato, in servizio al 28 agosto 2018, che abbiano maturato, negli ultimi otto anni, tre anni (anche non continuativi) alla data del 31 dicembre 2017, a condizione che si tratti di soggetti reclutati con concorso (art. 20, co. 1); (b) concorsi con riserva di posti (sia pure limitata al 50%) ai titolari di rapporti di lavoro flessibili con almeno tre anni di contratto sempre negli ultimi otto anni (art. 20, co. 2). Chiarimenti sulla applicazione delle due procedure di stabilizzazione agli enti pubblici di ricerca e al SSN, nonché- sul versante dei lavoratori- ai lavoratori socialmente utili, nella Circ. del Dipartimento della Funzione Pubblica n. 3 del 23 novembre 2017.

²⁹⁹ Non sembra pertanto ipotizzabile un eccesso di delega, astrattamente prospettato da A. Garilli, *Misure di contrasto al precariato* cit., 93; gli indicati criteri direttivi appaiono più che un semplice “appiglio” per il legislatore delegato e le norme del d. lgs. n. 75/2017 sulle stabilizzazioni.

³⁰⁰ Cfr. l’art. 6 (come modificato dall’art. 4 del d. lgs. n. 75/2017), gli artt. 30 ss. del d. lgs. n. 165/2001 e, in questo fascicolo, il contributo di G. Ricci, *L’impatto della “riforma Madia”*, cit., nonché i commenti di M. D’Onghia, *Il fabbisogno del personale pubblico e le politiche di reclutamento tra nuove sfide e riduzione dei costi*, RGL, 2018, I, 435; Ead., *Organizzazione degli uffici e superamento delle dotazioni organiche*, in M. Esposito, V. Luciani, A. Zoppoli, L. Zoppoli, *La riforma*, cit., 77; G. Gentile, *Il reclutamento del personale pubblico*, *ibidem*, 95; A. Riccobono, *La nuova disciplina sugli organici tra opportunità e occasioni mancate*, in AA.VV., *Il lavoro alle dipendenze della p.a. dopo la “Riforma Madia”*, Cedam, 2018, 21.

proprie graduatorie vigenti per concorsi pubblici a tempo indeterminato» (art. 36, co. 2, d. lgs. n. 165/2011).

Per rispondere, dunque, alla seconda domanda, appare evidente che nella sequenza immaginata il tema del lavoro flessibile- declinato nell'art. 20 (commi 5 e 8) in termini di divieti e possibilità di proroghe – è intrecciato a quello della previsione dei fabbisogni, della efficacia delle procedure di reclutamento, dei concorsi e delle stabilizzazioni. Sembra chiaro che il legislatore delegato ha considerato i rapporti di lavoro flessibili alla luce di altri obiettivi generali della riforma: il corretto funzionamento dei PTFP e l'affidamento, per così dire, predittivo che ne dovrebbe conseguire in termini di risorse umane necessarie al funzionamento dell'amministrazione; le nuove procedure concorsuali, contraddistinte anche da meccanismi finalizzati a valorizzare l'esperienza professionale di coloro che hanno avuto rapporti di lavoro flessibile con le pp.aa. ed, infine, le stabilizzazioni; tutto ciò a valle di (e in coerenza con) una efficace attività di programmazione complessivamente intesa.

Le risposte ai primi due interrogativi danno già il senso di una riforma complessivamente modesta nella disciplina dei lavori flessibili, innovata solo per frammenti – in realtà una “non riforma”, come si vedrà- che lascia rilevanti lacune su profili cruciali della disciplina.

(II)

3. La disciplina sostanziale della flessibilità in entrata: incarichi individuali di lavoro autonomo e divieti di collaborazioni etero-organizzate: l'art. 7 del d. lgs. n. 165/2001 dopo la novella del 2017 (art. 5, d. lgs. n. 75/2017).

Su queste basi, è possibile entrare nel vivo dell'analisi delle disposizioni che il d. lgs. n. 75/2017 ha “inciso” nel T.U., esaminando, innanzitutto, le modifiche apportate (dall'art. 5 del d. lgs. n. 75/2017) ai commi dell'art. 7 del T.U. che riguardano gli incarichi individuali con contratti di lavoro autonomo³⁰¹.

Per fugare immediatamente un equivoco, occorre chiarire che le novità della riforma non sono quelle diffuse dalla stampa all'indomani dell'approvazione del d. lgs. n. 75/2017. Non è vero che la “riforma Madia” ha posto (e ha posto subito) fine all'utilizzo delle cdd. collaborazioni autonome nel settore pubblico.

Innanzitutto, e in linea con quanto già stabilito dall'art. 2, u.co., del “codice dei contratti” (d. lgs. n. 81/2015)³⁰², il d. lgs. n. 75/2017 ha solo previsto il divieto delle collaborazioni autonome *etero-organizzate*.

Un nuovo comma – il co. 5-bis – dell'art. 7 del T.U. ha infatti ribadito l'impossibilità che le pp.aa. stipulino contratti di collaborazione che si concretino in «prestazioni di lavoro esclusivamente

³⁰¹ Tali commi, sino alla riforma del 2015-2017, andavano dal 6 al c. 6-*quater* mentre sono oggi anticipati dal (nuovo) c. 5-*bis*.

³⁰² Art. 2, co. 4, d. lgs. n. 81/2015: «Fino al completo riordino della disciplina dell'utilizzo dei contratti di lavoro flessibile da parte delle pubbliche amministrazioni, la disposizione di cui al comma 1 non trova applicazione nei confronti delle medesime. Dal 1° gennaio 2017 è comunque fatto divieto alle pubbliche amministrazioni di stipulare i contratti di collaborazione di cui al comma 1».

personali, continuative e le cui modalità di esecuzione siano organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro».

Il divieto non investe, dunque, tutti i rapporti di collaborazione, ma unicamente quelli in cui il lavoro del collaboratore è “etero-organizzato”.

È infatti noto che l’ordinamento definisce ormai due tipi di collaborazione personale e continuativa, entrambi di natura autonoma: (a) le collaborazioni «organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro”- collaborazioni etero-organizzate³⁰³ che, nel settore privato e dal 1° gennaio 2016, si avvantaggiano della disciplina del rapporto di lavoro subordinato – e (b) quelle semplicemente coordinate, nelle quali le modalità del coordinamento sono «stabilite di comune accordo dalle parti» ma «il collaboratore organizza autonomamente l’attività lavorativa»³⁰⁴.

Se il divieto interessa, dunque, le sole collaborazioni etero-organizzate, rimangono lecite le collaborazioni nelle quali è assente qualsivoglia potere organizzativo del committente/p.a., come si è affrettata a chiarire la circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica adottata all’indomani dell’entrata in vigore del d. lgs. n. 75/2017³⁰⁵.

Non è vero, inoltre, che la riforma ha posto subito fine all’utilizzo delle collaborazioni etero-organizzate nel settore pubblico.

Gli slittamenti del dies a quo del divieto sono stati tanto numerosi da attraversare due legislature e un paio di leggi di bilancio: il termine del 1 gennaio 2017 – inizialmente fissato dal d. lgs. n. 81/2015 (art. 2) – è stato dapprima spostato al 1° gennaio 2018 (dal d.lgs. n. 75/2017³⁰⁶), poi al 1° gennaio 2019 (dalla legge di bilancio per il 2018³⁰⁷) e, infine, al 1 luglio 2019 (dall’ultima legge di bilancio³⁰⁸).

Se è possibile che questi slittamenti siano stati disposti per permettere, attraverso la proroga dei contratti già stipulati, la maturazione del requisito temporale richiesto per la partecipazione alle procedure di stabilizzazione³⁰⁹, l’impressione è che sia venuta meno la risolutezza con la quale il legislatore, sia del Jobs Act che della “riforma Madia”, aveva pensato di porre fine alle collaborazioni etero-organizzate nelle pp.aa. A dispetto del perentorio tenore letterale del co. 5-bis dell’art. 7, di fatto, è ancora consentito alle pp.aa. di stipulare contratti di collaborazione

³⁰³ Art. 2, co. 1, del d. lgs. n. 81/2015: «A far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro».

³⁰⁴ Nel solco dell’intervento realizzato dal legislatore del Jobs Act (con l’art. 2 del d.lgs. n. 81/15), a distanza di meno due anni, la l. n. 81/2017 ha introdotto una nuova norma sulle collaborazioni coordinate e continuative; il legislatore del 2017 ha infatti aggiunto un periodo all’art. 409, n. 3, c.p.c., che, nel testo novellato, segue le parole «anche se non a carattere subordinato». Il segmento normativo aggiunto prevede che «la collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l’attività lavorativa». Per richiami all’amplissima dottrina di commento alle disposizioni richiamate alle note 32 e 33, si rinvia ad A. Alaimo, *Lo “Statuto dei lavoratori autonomi”: dalla tendenza espansiva del diritto del lavoro subordinato al diritto dei lavori. Verso una ulteriore diversificazione delle tutele?*, *NLCC*, 2018, 3, 589.

³⁰⁵ Circ. cit. alla nota 30.

³⁰⁶ Art. 22, co. 8.

³⁰⁷ Art. 1, co. 1148, lett. h), l. n. 205/2017.

³⁰⁸ Art. 1, co. 1131, lett. f), l. n. 145/2018.

³⁰⁹ Lo suggerisce A. Garilli, *Misure di contrasto al precariato*, cit., 92. Si ricorda, infatti, che – a fronte di una disposizione che, per via del suo tenore letterale, sembrava consentire la stabilizzazione dei soli lavoratori *subordinati* - il Ministro della Funzione pubblica ha fornito un’interpretazione estensiva dell’art. 20 del d. lgs. n. 75/2017, chiarendo che la cd. stabilizzazione a domanda può essere goduta anche dai collaboratori (circ. nn. 3/2017 e 1/2018). In argomento v. G. Fontana, cit.

contraddistinti anche da profili di etero-organizzazione, a condizione che non venga, ovviamente, superato il confine dell'autonomia e che, dunque, le modalità di svolgimento del rapporto non riversino la fattispecie nell'area della subordinazione.

3.1. (segue) Le regole di conferimento degli incarichi: nulla di nuovo sotto il sole dopo la riforma. *Le garanzie dei compensi nella disciplina del lavoro autonomo* (l. n. 81/2017 e d.l. n. 148/2017 conv. in l. n. 172/2017).

Cosa cambia invece nella disciplina delle collaborazioni autonome semplicemente *coordinate*, già regolate dal comma 6 dell'art. 7 T.U.?

Sinteticamente può dirsi che cambia poco.

Alla disposizione che già dal 1993 disciplina gli incarichi individuali³¹⁰ vengono, oggi, apportati alcuni cambiamenti lessicali, il più significativo dei quali rinvia alla già richiamata distinzione tra collaborazioni (autonome ma) *etero-organizzate* e collaborazioni (autonome ma) semplicemente *coordinate*.

Viene soppressa l'espressione «*contratti di lavoro autonomo di natura occasionale o coordinata e continuativa*», presente sin dal 2006 nel co. 6 dell'art. 7, alla quale si sostituisce quella di «*incarichi individuali con contratti di lavoro autonomo*», locuzione che rende meno equivoca l'afferenza degli incarichi all'area del lavoro autonomo.

Viene inoltre cancellato l'obbligo di indicare nel contratto il "luogo" della collaborazione; soppressione necessaria a rimarcare la differenza fra le collaborazioni *coordinate*, nelle quali l'autonomia del lavoratore consiste anche nella scelta del luogo e del tempo della prestazione, e le vietate collaborazioni *etero-organizzate*, nelle quali la predeterminazione del luogo e del tempo della prestazione da parte del committente costituiscono elementi centrali della etero-organizzazione³¹¹.

Per il resto, permangono sia la necessità che le pp.aa. disciplinino e rendano pubbliche, per il conferimento degli incarichi individuali con contratti di lavoro autonomo, procedure comparative (art. 7, c. 6-*bis*), sia il generale presupposto di tipo soggettivo, per cui gli incarichi devono essere conferiti dalle pp.aa. ad «*esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria*» o, altrimenti, a «*professionisti iscritti in ordini o albi o con soggetti che operino nel campo dell'arte, dello spettacolo, dei mestieri artigianali o dell'attività informatica nonché a supporto dell'attività didattica e di ricerca, per i servizi di orientamento, compreso il collocamento, e di certificazione dei contratti di lavoro (...) ferma restando la necessità di accertare la maturata esperienza nel settore*» (art. 7, co. 6).

³¹⁰ L'espressione «*incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, di natura occasionale o coordinata e continuativa*», al pari dell'elenco dei presupposti (soggettivi e non) di legittimità degli incarichi vengono inseriti per la prima volta nel co. 6 dal d.l. 4 luglio 2006, n. 223 conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248 (art. 32) e mantenuti dalle modifiche apportate all'art. 7 dalle successive leggi n. 244/2007 (art. 3, c. 76) e n. 133/2008, di conv. del d.l. n.112/2008 (art. 46).

³¹¹ Per una spiegazione dei tratti caratteristici dell'intervento "organizzativo" del committente proprio in termini di organizzazione di *tempo* e *luogo* della prestazione v. A. ZOPPOLI, *La collaborazione etero-organizzata: fattispecie e disciplina*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" IT – 296/2016, al quale si rinvia anche per riferimenti alla molto discussa differenza fra il potere organizzativo del committente, ex art. 2, co. 1, d. lgs. n. 81/2015, e il più "globale" potere direttivo datoriale, tipico, invece, della subordinazione (art. 2094 c.c.). Per una posizione più scettica rispetto alla possibilità di distinzione fra etero-direzione ed etero-organizzazione, v. G. Santoro Passarelli, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409 n. 4 c.p.c.*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 278/2015

Invariati rimangono anche i quattro presupposti di legittimità indicati dalle lettere a), b), c), d) del co. 6 dell'art. 7.

a) «L'oggetto della prestazione deve corrispondere alle competenze attribuite dall'ordinamento all'amministrazione conferente, ad obiettivi e progetti specifici e determinati e deve risultare coerente con le esigenze di funzionalità dell'amministrazione conferente»;

b) «l'amministrazione deve avere preliminarmente accertato l'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane disponibili al suo interno», sicché prima di avviare l'iter procedimentale per l'affidamento di un incarico esterno, la medesima dovrà effettuare una puntuale ricognizione per verificare l'assenza di strutture organizzative e/o professionalità interne in grado di far fronte all'esigenza sottesa all'incarico³¹²;

c) «la prestazione deve essere di natura temporanea e altamente qualificata; non è ammesso il rinnovo; l'eventuale proroga dell'incarico originario è consentita, in via eccezionale, al solo fine di completare il progetto e per ritardi non imputabili al collaboratore, ferma restando la misura del compenso pattuito in sede di affidamento dell'incarico»;

d) devono essere, infine, preventivamente determinati durata (non più lungo), oggetto e compenso della collaborazione³¹³.

A questo proposito si ricorda che la l. n. 81/2017 (cd. "Statuto del lavoro autonomo") ha esteso ai rapporti fra le pp.aa. e i lavoratori autonomi la tutela nelle transazioni commerciali apprestata a favore delle imprese (d.lgs. n. 231/2002); transazioni definite (sia nel decreto in parola che nella trasposta dir. 2000/35/CE sulla lotta contro i ritardi di pagamento), infatti, come «*contratti, comunque denominati, tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni, che comportano, in via esclusiva o prevalente, la consegna di merci o la prestazione di servizi contro il pagamento di un prezzo*» (art. 2, co. 1, lett. a, d.lgs. n. 231/02).

La principale tutela che per questa via è dunque estesa ai rapporti fra lavoratori autonomi e pp.aa. riguarda il pagamento dei compensi, i quali, in base al d.lgs. n. 231/02, dovranno essere effettuati entro 30 giorni dall'emissione della fattura (o, al massimo e su diverso accordo scritto fra le parti, entro 60)³¹⁴, mentre, in caso di ritardato pagamento, gli interessi di mora decorreranno automaticamente, senza che sia necessaria la costituzione in mora (art. 4, comma 2°, d.lgs. n. 231/02)³¹⁵.

³¹² V., fra le tante, Corte Conti, Sez. centr. contr. n. SCCLEG/11/2016/PREV del 25.8.2016; Corte Conti, Sez. contr. Piemonte n. 194/2014/SRCPIE/VSGO del 26.9.2014.

³¹³ Vanno anche ricordati gli obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi di collaborazione o consulenza dettati dal "decreto trasparenza" (d. lgs. n. 33/2013, art. 15), in base al quale le pubbliche amministrazioni sono tenute a pubblicare le informazioni relative ai titolari di incarichi di collaborazione o consulenza, mantenendo aggiornati, sui rispettivi siti istituzionali, gli elenchi dei propri consulenti ed indicando l'oggetto, la durata e il compenso degli incarichi. È previsto, in particolare, l'obbligo di pubblicare le seguenti informazioni: estremi dell'atto di conferimento dell'incarico; *curriculum vitae*; dati relativi allo svolgimento di incarichi o la titolarità di cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dalla pubblica amministrazione, o lo svolgimento di attività professionali; i compensi, comunque denominati, relativi al rapporto di consulenza o di collaborazione, con specifica evidenza delle eventuali componenti variabili o legate alla valutazione del risultato (art. 15, co. 1). Gli obblighi di pubblicazione e comunicazione costituiscono condizioni per l'acquisizione di efficacia dell'atto e per la liquidazione dei relativi compensi (art. 15, co. 2). Sulle conseguenze disciplinari di tali obblighi, v. *infra*, il § 5.2.

³¹⁴ Si ricorda, inoltre, che il d. lgs. n. 231/02 (all'art. 7) prevede, in ogni caso, la nullità dell'«accordo sulla data del pagamento, o sulle conseguenze del ritardato pagamento» che «risulti gravemente iniquo in danno del creditore».

³¹⁵ Sulle ulteriori regole – sostanziali e processuali – che favoriscono il soddisfacimento e il recupero dei crediti si rinvia ad A. Alaimo, *Lo "Statuto dei lavoratori autonomi"*, cit., 610-611; A. Perulli, *Il Jobs Act degli autonomi: nuove (e vecchie) tutele per il lavoro autonomo non imprenditoriale*, RIDL, 2017, I, 173.

Anche la recente disciplina dell'equo compenso dei *professionisti* è stata estesa, infine, ai rapporti che gli stessi intrattengono con le pp.aa. Il d.l. n. 148/2017, conv. (con modificazioni) in l. n. 172/2017 (art. 19-*quaterdecies*, co. 3), ha infatti esplicitato che «*la pubblica amministrazione, in attuazione dei principi di trasparenza, buon andamento ed efficacia delle proprie attività, garantisce il principio dell'equo compenso in relazione alle prestazioni rese dai professionisti in esecuzione di incarichi conferiti dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto*».

Entrambe le estensioni (tutela nelle transazioni commerciali e disciplina dell'equo compenso dei *professionisti*) appaiono apprezzabili, innanzitutto da un punto di vista sistemico, dal momento che l'apparato protettivo *del lavoro autonomo* è ormai unico, sia nei confronti dei committenti privati che dei committenti/pp.aa., come unica è la garanzia dell'equo compenso per i lavoratori autonomi *professionisti*.

Certo, l'ordinamento ha lasciato una lacuna che difficilmente potrà essere colmata con riguardo alle sole pp.aa. Le disposizioni sull'equo compenso sono, infatti, esclusivamente riferite al lavoro autonomo *professionale* sicché, al di là del suo impatto mediatico, la disciplina contenuta nella l. n. 172/2017 ha poco a che vedere con una generalizzata garanzia di compenso – minimo ed equo – a favore di *tutti* i lavoratori autonomi che intrattengono rapporti con i datori di lavoro pubblici (oltre che privati, ovviamente).

Se però si pensa che sono proprio le pp.aa. le principali responsabili di gravi prassi di ritardi nei pagamenti e di inadeguatezza dei compensi³¹⁶, l'estensione delle due garanzie (tutela nelle transazioni commerciali ed equo compenso dei *professionisti*) anche alle pp.aa. rappresenta, comunque, un passo avanti nella razionalizzazione e nella disciplina anti-elusiva della flessibilità in entrata nelle pa.aa.

4. I contratti a termine, il nuovo art. 36 e l'esclusione delle pp.aa. dall'ambito di applicazione della disciplina del lavoro a termine novellata dal "decreto dignità"

L'ennesima riscrittura dell'art. 36 del T.U. è oggi anticipata da una nuova rubrica: *Personale a tempo determinato o assunto con forme di lavoro flessibile*³¹⁷.

A dispetto della nuova veste, nel corpo della disposizione non si scorgono, tuttavia, grossi cambiamenti. Si è già visto che le novità più significative si legano al circuito delle stabilizzazioni e sono contenute nell'art. 20 (co. 5 e 8) del d. lgs. n. 75/2017; non si tratta, dunque, di innovazioni della disciplina generale, che, solo in quanto tali, avrebbero meritato l'innesto nell'art. 36 T.U.

³¹⁶ Si ricorda che sono recentissime le pressioni per porre fine alle prestazioni professionali gratuite o sottopagate nelle pp.aa. Di poche settimane fa è la petizione "*#iononlavorogratis*" di Confprofessioni, Acta, Apiqa Cgil e vIVAce con la quale si è chiesto di dare immediata attuazione (possibilmente con il prossimo Documento di Economia e Finanza) alla norma sull'equo compenso, che è «sistematicamente disattesa dalle Pubbliche amministrazioni» in quanto, ad avviso dei proponenti, «ministeri, regioni, comuni, enti centrali e locali continuano (...) ad affidare incarichi ed emanare bandi in cui il lavoro gratuito dei professionisti è la regola» (G. Parente, *L'equo compenso entra anche nel Def. Al via il confronto, Il sole24ore*, 4.4.2019).

³¹⁷ Nel sostituirsi alla precedente rubrica – *Utilizzo di contratti di lavoro flessibile* – l'attuale reca, come unica novità, il riferimento esplicito al lavoro a tempo determinato e sottolinea, con ciò, la centralità del lavoro a termine e della somministrazione a tempo determinato fra le forme flessibili di impiego utilizzate dalle pp.aa.

Resta immutato, dunque, il principio dell'assunzione «esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato» (co.1)³¹⁸. Il principio e il suo possibile collegamento alle nuove norme sui PTFP (art. 6 T.U.) lasciano ben intendere che l'elemento caratteristico del reclutamento pubblico è il fabbisogno ordinario, che, attraverso il “piano”, dovrà esprimersi in un coefficiente quantitativo e qualitativo delle risorse umane necessarie allo svolgimento degli ordinari compiti e funzioni delle singole amministrazioni.

Malgrado la riscrittura del comma 2 dell'art. 36, rimane invariata anche la necessità di stipulare contratti di lavoro flessibile «soltanto per comprovate esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale e nel rispetto delle condizioni e modalità di reclutamento stabilite dall'articolo 35»³¹⁹.

Sulla falsariga della precedente versione, ma con alcune sottrazioni³²⁰, vengono inoltre indicate, nell'incipit del 2° comma, tre forme contrattuali flessibili – i contratti a tempo determinato, i contratti di formazione e lavoro e i contratti di somministrazione di lavoro a tempo determinato³²¹ - e posti due rinvii al codice dei contratti (d. lgs. n. 81/2015): «i contratti di lavoro subordinato a tempo determinato possono essere stipulati nel rispetto degli articoli 19 e seguenti del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81»; «i contratti di somministrazione di lavoro a tempo determinato sono disciplinati dagli articoli 30 e seguenti del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, fatta salva la disciplina ulteriore eventualmente prevista dai contratti collettivi nazionali di lavoro».

Limitando il discorso al lavoro a termine, si sottolinea subito ciò che il rinvio lascia immaginare e cioè una parificazione normativa fra privato e pubblico. Si tratta, tuttavia, di un'idea ingannevole poiché- non da ora- sono molti i profili di divergenza della disciplina del lavoro a termine nei due settori e che neanche le più recenti riforme – la “Madia” e il “decreto dignità” – hanno allineato le normative, che ancora rimangono distanti sia nei precetti che nelle sanzioni (v., infra, § 5).

La prima grossa differenza riguarda le regole che governano l'accesso ai contratti a termine, per via della presenza, nel “pubblico”, della regola della causalità, che si contrappone alla tendenziale - seppure ormai ridotta- a-causalità nel privato.

È noto che nel lavoro pubblico l'applicazione dell'art. 36, co. 2, d.lgs. n. 165/2001 esige, secondo la già richiamata formulazione, che i rapporti a termine si instaurino per «esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale», mentre nel settore privato, dal cd. “decreto Poletti”

³¹⁸ Si riporta la formulazione attuale del comma 1: «Per le esigenze connesse con il proprio fabbisogno ordinario le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato seguendo le procedure di reclutamento previste dall'articolo 35».

³¹⁹ Sino al decreto dell'agosto 2013 del Governo Letta (d.l. n. 101/2013, conv. in l. n. 125/2013) il legislatore ammetteva l'utilizzo delle tipologie flessibili in presenza di «esigenze temporanee ed eccezionali», mentre da quel momento in poi la formulazione è diventata «esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale». Sull'ampliamento dell'uso della flessibilità attribuibile alla nuova formulazione per il passaggio dalla congiunzione “e” alla disgiuntiva “o” v., per tutti, V. De Michele, *Le ordinanze pregiudiziali Ue della Corte costituzionale e dei Tribunali di Aosta e Napoli sugli abusi permanenti del legislatore nella successione delle discipline che dovrebbero regolare i contratti a tempo determinato*, http://www.europeanrights.eu/public/comments/Commento_De_Michele_copy_1.pdf, 23; L. Menghini, *Lavoro pubblico e contratti flessibili dopo i decreti e le clamorose pronunce del 2013: con risorse insufficienti continuano i colpi di scena*, *DLM*, 2013, 524; da ultimo, A. Garilli, *Misure di contrasto al precariato*, cit., 91. Poco rilevante sembra invece l'aggiunta, da parte della “riforma Madia”, dell'attributo “comprovate”, dato che, anche in precedenza, la dimostrazione dei requisiti necessari all'utilizzo delle tipologie flessibili era a carico delle pp.aa.

³²⁰ La formulazione precedente la novella del 2017 faceva infatti riferimento agli “altri rapporti formativi” e al lavoro accessorio, oltre che ai contratti a tempo determinato, alla somministrazione di manodopera e ai contratti di formazione lavoro.

³²¹ Il breve elenco, peraltro, non tiene conto che al CFL non si adatta la limitazione delle esigenze di carattere temporaneo o eccezionale (P. Saracini, *L'apprendistato e il contratto di formazione e lavoro*, in M. Esposito, V. Luciani, A. Zoppoli, L. Zoppoli, *La riforma*, cit., 197).

(d.l. n. 34/2014 conv. in l. n. 78/2014) al “decreto dignità” (art. 1 d.l. n. 87/2018, conv. in l. n. 96/2018), l’assetto regolativo della materia è rimasto incentrato sulla regola della “a-causalità”³²².

È vero che le innovazioni recentemente apportate alla disciplina dei contratti a termine nel “privato” moderano, anche in questo settore, la precedente possibilità di ricorrere a contratti a termine a-causali (rendendo le causali necessarie nei contratti di durata superiore ai 12 mesi e, comunque, in occasione dei rinnovi di contratti di durata inferiore) e che ciò crea un apparente avvicinamento delle discipline. Ma è anche vero che si tratta di un avvicinamento più apparente che reale, smentito dalle stesse disposizioni del “decreto dignità”. Non tanto per le diverse formule usate dal suo art. 1 per declinare le (nuove) cause giustificative nel “privato” - «esigenze temporanee e oggettive, estranee all'ordinaria attività, ovvero esigenze sostitutive di altri lavoratori; b) esigenze connesse a incrementi temporanei, significativi e non programmabili, dell'attività ordinaria» (nuovo co. 1, lett. a e b dell'art. 19, d. lgs. n. 81/2015) – le quali, pur differenziandosi dalla più sintetica causale dell'art. 36 del T.U., non generano, alla fin fine, una discrepanza eccessiva tra il settore privato e quello pubblico³²³; quanto per effetto delle consuete norme di esclusione, inserite da un legislatore forse troppo frettoloso nel “decreto dignità”.

In coda alle modifiche apportate agli artt. 19, 21 e 28 del d. lgs. n. 81/2015, nell'art. 1, co. 3, del d.l. n. 87/2018, conv. in l. n. 96/2018, è stata infatti inserita una norma di esclusione in base alla quale i nuovi artt. 19, 21 e 28 del d. lgs. n. 81/2015, al pari degli artt. 2 e 3 del d.l. n. 87/2018 (rispettivamente contenenti le nuove norme sulla somministrazione e l'indennità di licenziamento) «non si applicano ai contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni, ai quali continuano ad applicarsi le disposizioni vigenti anteriormente alla data di entrata in vigore del presente decreto»³²⁴.

Da una parte, dunque, l'art. 36, co. 2, nel testo novellato dalla “riforma Madia”, continua a rinviare al d. lgs. n. 81/2015; dall'altra il “decreto dignità”, con disposizione dal tradizionale tenore “esclusivo”, neutralizza il rinvio per numerosi profili di disciplina.

Il risultato è un groviglio interpretativo, dal momento che l'(apparente) effetto di parificazione generato dal rinvio dell'art. 36 alla disciplina dei rapporti a tempo determinato contenuta negli artt. 19 e seguenti del d.lgs. n. 81/2015 è, in parte, disattivato dalla norma di esclusione testé richiamata.

Ciò fa nascere, innanzitutto, una perplessità di ordine giuridico: il legislatore della più recente riforma del lavoro a termine nel settore privato ammette che norme implicitamente abrogate (i vecchi artt. 19, 21 e 28 del d. lgs. n. 81/2015, il cui testo viene riscritto da disposizioni successive

³²² Com'è noto, il principio di causalità, che subordinava la conclusione del contratto a tempo determinato alla sussistenza di «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo» (vecchio art. 1, c. 1, d. lgs. n. 368/2001) è venuto meno a seguito delle riforme operate, prima dalla l. n. 92/2012 (cd. legge Fornero), poi dal d.l. n. 34/2014 (conv. in l. n. 78/2014), provvedimenti con i quali si è dato ampio spazio alla stipulazione di contratti a tempo determinato cdd. a-causali. Sulle novità di quella fase v., per tutti, M. Miscione, *I contratti di lavoro “acausali”, a termine ed interinali*, LG, 2014, fasc. 12- Suppl., 5.

³²³ Analogamente a quanto ormai previsto nel settore privato, la “temporaneità” del “pubblico” impone che ricorrano ragioni temporalmente limitate ed esclude, dunque, situazioni di normale andamento dell'attività amministrativa; in quanto tale, essa può, riguardare, inoltre, qualsiasi ipotesi di sostituzione di lavoratori assenti. Mentre la “eccezionalità” dell'art. 36 richiama la straordinarietà dell'attività o dell'evento, in termini anche di imprevedibilità e occasionalità (così V. Speciale, *Lavoro a termine*, in *Enc dir.*, Annali, Giuffrè, 2016, 525), e, pertanto, appare simile alle ragioni indicate dal nuovo co. 1, lett. b, art. 19, d. lgs. n. 81/2015.

³²⁴ La disposizione (art. 1, co. 3, d.l. n. 87/2018) è equivalente all'omologa disposizione “esclusiva” sui limiti dell'indennizzo previsto per il licenziamento ingiustificato; è inoltre in linea con le esclusioni riguardanti settori specifici della p.a., già contemplate dall'art. 29, co. 2, lett c) e co. 3, d. lgs. n. 81/2015.

e cioè dall'art. 1 del d.l. n. 87/2018) possano produrre effetti e siano pertanto applicabili ad un intero settore, quello pubblico³²⁵. La tecnica legislativa – che tiene in vita due diverse versioni delle medesime disposizioni di legge³²⁶ – è discutibile ed è probabile che sia anche il prodotto della fretta con cui è stato adottato il “decreto dignità”, che in qualche modo interrompe la direzione di marcia proseguita³²⁷ dalla “riforma Madia”, frenando l’ennesimo tentativo di convergenza di regole del “pubblico” e del “privato”.

Per venire al piano delle discipline, ciò significa che nel settore pubblico continuano ad essere ammessi, per «esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale», contratti a termine fino a trentasei mesi³²⁸ con possibilità di cinque proroghe (ovviamente, entro l’indicato limite di durata massima); mentre nel privato la necessità di causali scatta dopo i primi dodici mesi, la durata massima dei contratti è, in ogni caso, pari a ventiquattro mesi e il numero massimo di proroghe, nell’arco di ventiquattro mesi, è pari a quattro, con conversione ex lege del rapporto in rapporto a tempo indeterminato dalla quinta proroga. Ai contratti stipulati dalle pp.aa. non si applica, inoltre, il nuovo (e, anche in tal caso, più favorevole per il lavoratore) termine di impugnazione previsto dall’art. 28 del d. lgs. n. 81/2015 (centottanta – anziché centoventi- giorni dalla cessazione del contratto).

Non solo. Per effetto della norma di esclusione testé richiamata (art. 1, co. 3, d. l. n. 87/2018) alle pp.aa. non si applica il nuovo art. 31, co. 2, del d. lgs. n. 81/2015, che, nella versione novellata dall’art. 2 del “decreto dignità”, pone un limite percentuale cumulativo³²⁹ o congiunto³³⁰ che riguarda sia i contratti a tempo determinato che i lavoratori somministrati a termine (il 30%). Mentre nel settore privato tale limite si aggiunge a quello disposto dall’art. 21 del d. lgs. n. 81/2015 per i contratti a tempo determinato (il 20% o il diverso limite contrattualmente previsto), nel “pubblico”, il datore di lavoro non è gravato dal doppio limite e rimane, dunque, svincolato dalla necessità di conteggiare cumulativamente i contratti a tempo determinato e le somministrazioni a termine³³¹.

Per finire, la “riforma Madia” ha previsto la possibilità di prorogare i rapporti di lavoro flessibile con i soggetti che partecipano alle procedure di stabilizzazione anche oltre i 36 mesi (d. lgs. n. 75/2017, art. 20, c. 8); il regime delle proroghe – stabilmente differenziato dal d. l. n. 87/2018 in ragione dei rivitalizzati effetti del precedente testo dell’art. 21, co.1 (cinque proroghe e non

³²⁵ Come osserva L. Oliveri, *Riforma del contratto a termine: non si applica alle p.a., ItaliaOggi* 6.7.2018, «si tratta di una scelta piuttosto ardita», mentre più opportuno sarebbe «produrre una norma nuova e diversa, ripetitiva del contenuto di quella abrogata».

³²⁶ G. Pagliarini, *Decreto dignità e pubblico impiego: problemi di coordinamento del quadro normativo*, in M. Menegotto, P. Rauseri, P. Tomassetti, *Decreto dignità. Commentario al d.l. n. 87/2018 convertito dalla l. n. 96/2018*, Adapt, e-book series, 2018, 43.

³²⁷ Rinvii alle leggi sui rapporti di lavoro flessibili erano presenti anche nel precedente co. 2 dell’art. 36.

³²⁸ L’espressa applicabilità al lavoro pubblico del periodo massimo di utilizzo dei rapporti a termine, in misura pari a 36 mesi, (come dell’intero d. lgs. n. 368 /2001, eccezione fatta per le disposizioni derogate) è stata sancita – come si ricorderà – dal d.l. n. 101/2013 (art. 4, c.1, lett. b) benché, anche in precedenza, l’estensione della disciplina del d. lgs. n. 368/2001 al settore pubblico potesse desumersi dalla generale regola sulle fonti dettata dall’art. 2, c.2, d. lgs. n. 165/2001.

³²⁹ F. Scarpelli, *Convertito in legge il “decreto dignità”: al via il dibattito sui problemi interpretativi e applicativi*, *Giustizia civile.com*, 3 settembre 2018.

³³⁰ P. Passalacqua, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT*, 2018.

³³¹ Rimane, ovviamente, possibile che sia la contrattazione collettiva di comparto a fissare limiti cumulativi, come già prima del “decreto dignità” era avvenuto, del resto, in molti settori privati (*Id.*, 24).

quattro, come nel “privato”)- è stato, pertanto, anche “specializzato” dal d. lgs. n. 75/2017 in ragione dei contingenti obiettivi della “riforma Madia” (le stabilizzazioni)³³².

Inutile dire che, per superare ogni dubbio e fugare ogni perplessità di ordine giuridico, occorrerebbe che il legislatore tornasse sulla disciplina generale del lavoro pubblico flessibile, come del resto aveva suggerito il Consiglio di Stato nel Parere espresso sullo schema di decreto³³³; considerazione che rende quanto mai vera l’affermazione che il d. lgs. n. 75/2017 è «un punto di arrivo incompleto e precario»³³⁴ e lo è ancor di più per la disciplina dei lavori flessibili, specie dopo il groviglio generato dal “decreto dignità”.

Con nuove disposizioni si potrebbe pure replicare il contenuto di quelle che, nel d. lgs. n. 81/2015, precedevano la riforma del 2018 (trentasei mesi con possibilità di cinque proroghe), benché sarebbe più coerente con lo spirito delle novità introdotte nel “privato” (e con la storica ratio dell’art. 36 T.U.) una modifica nel segno dell’equiparazione almeno della durata massima (dodici mesi) e del numero di proroghe (quattro). È vero, infatti, che l’art. 36 del T.U. è ancora più risoluto del d. lgs. n. 81/2015 (e delle sue ultime modifiche) nell’imporre il lavoro a tempo indeterminato come modello prevalente di rapporto di lavoro; pertanto, non si comprende la ragione per cui nel settore pubblico possa essere tollerato un precariato di estensione maggiore rispetto a quello possibile nel privato³³⁵.

È certo, invece, che, per tali aspetti, la diversità di regole esula dall’ambito della «differenziazione regolativa ragionevole»³³⁶ fra i due settori e che almeno in quest’ambito occorrerebbe una convergenza.

Nessuna parificazione normativa dunque? O il rinvio all’art. 19 e ss. del d.lgs. n. 81/2015 segnala, comunque, un persistente tentativo di avvicinamento da parte della “riforma Madia”, non del tutto compromesso dal “decreto dignità”?

A dire il vero, prevale la sensazione che la convergenza sia uno sforzo al quale il legislatore abbia ormai rinunciato³³⁷, benché vi siano disposizioni del d. lgs. n. 81/2015 che il “decreto dignità” non ha incluso nel novero di quelle che «non si applicano ai contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni» e che, per effetto del rinvio, continuano validamente ad operare (anche) nel settore pubblico. Si pensi alle regole sulla continuazione del rapporto oltre la scadenza del termine (art. 22) e ai limiti quantitativi legali disposti dall’art. 23 (il 20%).

³³² Il meccanismo (stabilizzazioni e possibilità di proroga dei contratti anche oltre i 36 mesi) riproduce il sistema delle proroghe selettive (sino al 31 dicembre 2016) e delle stabilizzazioni sperimentato dalla legge di stabilità per il 2013 (l. n. 228/2012, art. 1, co. 400); in quel caso le proroghe richiedevano, però, l’intervento del sindacato (il «previo accordo decentrato con le organizzazioni sindacali rappresentative del settore interessato»). Su quella sperimentazione v. L. Menghini, *Lavoro pubblico e contratti*, cit., 501.

³³³ Come si leggeva nel *Parere* formulato dall’Adunanza della Commissione speciale del Consiglio di Stato dell’11 aprile 2017, «un rilevante profilo di asistematicità dell’intervento riformatore si coglie nella carenza di un puntuale raccordo, che sarebbe stato necessario, oltre che semplicemente auspicabile (stante il puntuale criterio di delega di cui all’art. 17, comma 1, lett. o), concernente la «disciplina delle forme di lavoro flessibile, con individuazione di limitate e tassative fattispecie, caratterizzate dalla compatibilità con la peculiarità del rapporto di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e con le esigenze di organizzative e funzionali di queste ultime, anche al fine di prevenire il precariato», con le parallele riforme del lavoro privato (in primo luogo la c.d. legge Fornero, l. n. 92 del 2012, e quelle di cui al c.d. Jobs act, in particolare, d. lgs. n. 23 del 2015 e il d. lgs. n. 81 del 2015). Si suggerisce di porre in essere, sul punto, adeguati interventi normativi».

³³⁴ L. Menghini, *I contratti*, cit., 165.

³³⁵ L. Oliveri, *Riforma del contratto a termine*, cit.

³³⁶ B. Caruso, *Le riforme e il lavoro*, cit., *passim*.

³³⁷ Lo pensa anche V. Pinto, *Flessibilità e precarietà*, cit., 2; cfr. pure A. Boscato, *La specialità del lavoro pubblico*, cit. Sull’impatto sistemico di tale rinuncia, che va di pari passo con una spiccata tendenza alla ri-pubblicizzazione e ri-specializzazione del lavoro pubblico si tornerà nel § 6.

A voler ancora concedere qualcosa all'idea della convergenza, può leggersi il rinvio dell'art. 36 all'art. 19 e ss. del d. lgs. n. 81/2015 in termini di necessaria integrazione della contrattazione collettiva nel sistema delle fonti di disciplina generale dei contratti a tempo determinato.

Ed infatti, mentre la complementarietà della fonte contrattuale collettiva rispetto alla fonte legale è una tradizionale caratteristica della disciplina del lavoro a termine nel "privato", nel nuovo co. 2 dell'art. 36 è venuto a mancare, dopo il d. lgs. n. 75/2017, quell'esplicito richiamo ai contratti collettivi che era presente nel precedente testo³³⁸.

Pertanto, il rinvio alla disciplina del settore privato, contenuto nel co. 2 dell'art. 36, ha anche la funzione di rinsaldare il ruolo regolativo della contrattazione collettiva nella disciplina del lavoro a termine nei comparti pubblici³³⁹.

Tutto ciò non solo può essere letto in coerenza con altri aspetti della riforma, che, novellando per la terza volta l'art. 2, co. 2 d. lgs. 165/01, riapre, in molti ambiti³⁴⁰ (benché non in tutti), gli spazi dell'autonomia collettiva³⁴¹, riposizionandola al centro del sistema di regolazione del lavoro pubblico³⁴². Ma è anche in linea con l'atto di indirizzo del Dipartimento della funzione pubblica del luglio 2017- che, come si ricorderà, riguardava la riapertura dei tavoli negoziali nel settore pubblico – nonché col modo in cui la contrattazione di comparto svoltasi nel 2018 ha disciplinato il lavoro a tempo determinato, occupando i tradizionali spazi regolativi: (a) individuazione delle esigenze di carattere temporaneo o eccezionale che, una volta chiusa la fase delle stabilizzazioni, potranno legittimare il ricorso ai contratti a termine; (b) individuazione dei limiti quantitativi massimi di personale utilizzabile a termine, nel rispetto del 20% (art. 23 del d. lgs. 81/15); (c) previsione di deroghe a tali limiti, aggiuntive rispetto a quelle individuate dal d.lgs. n. 81/2015; (d) individuazione dei casi in cui è possibile derogare al limite di durata massima dei 36 mesi; (e) riduzione della durata minima degli intervalli tra un contratto a termine ed un altro (da 10 a 5 e da 20 a 10 nei contratti dell'ultima tornata)³⁴³.

³³⁸ In quella versione il rinvio alla fonte contrattuale collettiva precedeva, anzi, quello al d. lgs. n. 368/2001 e agli altri testi legislativi di disciplina dei rapporti di lavoro flessibili. La soppressione del riferimento ai contratti collettivi nazionali nel co. 2 sembra, tuttavia, compensata dal nuovo co. 2-bis, nel quale il legislatore della riforma ha rimarcato che «i rinvii operati dal decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, ai contratti collettivi devono intendersi riferiti, per quanto riguarda le amministrazioni pubbliche, ai contratti collettivi nazionali stipulati dall'ARAN». Il chiarimento è utile se si considera una precedente prassi amministrativa, che consentiva, in materia, anche interventi derogatori dei contratti collettivi *decentrati*; su tale prassi v. V. Pinto, *Le assunzioni a termine nelle pubbliche amministrazioni: specialità della disciplina e criticità irrisolte*, in P. Saracini, L. Zoppoli (a cura di), *Riforme del lavoro e contratto a termine*, cit., 236-237.

³³⁹ Con l'avvertenza – lo si ribadisce – che i contratti collettivi sono i soli contratti nazionali stipulati dall'Aran, come il legislatore della riforma si è affrettato a precisare nel co. 2-bis.

³⁴⁰ Si pensi al recupero del ruolo predominante della contrattazione collettiva nazionale in materia di produttività/premialità ex art. 19, nuovo testo, d. lgs. n. 150/2009, che elimina le graduatorie e affida alla contrattazione la definizione di criteri e modalità di distribuzione degli importi individuali.

³⁴¹ Sul ruolo pervasivo della legge in altri ambiti, *in primis* in quello della disciplina degli illeciti e delle sanzioni disciplinari, v., in q. Volume, M. Militello, *Etica comportamentale, procedimento disciplinare e sanzioni. L'homo novus nel pubblico impiego*.

³⁴² G. Natullo, *Rapporto tra le fonti e ruolo della contrattazione*; Treccani. *Il libro dell'anno del diritto*, 2018; *Id.*, *Tra legge e contratto: l'"equilibrio instabile" del sistema delle fonti del lavoro pubblico*, in M. Esposito, V. Luciani, A. Zoppoli, L. Zoppoli, *La riforma*, cit., 15. Sul rapporto legge-contrattazione dopo la riforma, v. anche M. Ricci, F. Di Noia, *Relazioni sindacali e contrattazione collettiva nel settore pubblico dopo la riforma Madia e i rinnovi contrattuali*, in Atti della XIII edizione dei Seminari di Bertinoro – Bologna, 6-7 dicembre 2017, «La quarta riforma del lavoro nelle pa (D.Lgs. 25 maggio 2017, n. 75 – D.Lgs. 25 maggio 2017, n. 74)», cit., 1.

³⁴³ V. gli artt. 54 del CCNL 2016-2018 del comparto Funzioni centrali, 50 del CCNL 2016-2018 del comparto Funzioni locali, 53 del CCNL 2016-2018 del comparto Istruzione e ricerca – sez. Università e Aziende ospedaliere-universitarie, 57 del CCNL 2016-2018 del comparto Sanità.

4.1. La soppressione del limite di durata massima dei contratti a termine nella scuola e la mancanza di analogo limite nel settore AFAM.

Un altro forte segnale di scollamento dei settori pubblici dalle regole di utilizzo del contratto a termine nel settore privato proviene ancora dal d. l. n. 87/2018. Nella legge di conversione del decreto è stata infatti inserita una sorprendente novità, contenuta nell'art. 4-bis del decreto convertito, recante «*modifica in materia di contratti a termine nel settore dell'insegnamento scolastico*»³⁴⁴.

Nell'impossibilità di soffermarsi sulle complesse vicende che hanno interessato le assunzioni a termine del personale scolastico, ma per comprendere il (non-) senso della novità, basterà ricordare che, nonostante la permanenza di un sistema speciale di reclutamento (art. 70, co. 8, d. lgs. n. 165/2001)³⁴⁵ e di una controversa normativa di settore riguardante anche i rapporti a tempo determinato³⁴⁶ - un vero e proprio (altro) diritto del lavoro "scolastico"³⁴⁷ - la "legge sulla buona scuola" del 2015 (l. n. 107/2015) aveva introdotto, nel settore, due importanti novità, per porre fine all'imponente contenzioso sul precariato scolastico di lungo corso³⁴⁸.

Oltre a disporre l'assunzione in ruolo di gran parte del personale precario, attraverso apposite procedure di stabilizzazione, la legge aveva esteso al personale docente, educativo, amministrativo, tecnico e ausiliario delle istituzioni scolastiche ed educative statali il limite di durata complessiva massima di trentasei mesi per i rapporti a termine; limite già valevole per il settore privato e per la maggior parte dei settori pubblici³⁴⁹.

Nel tentativo di stabilire, anche in tal caso, una convergenza di regole, l'art. 1, co. 131, della l. n. 107/2015 aveva così previsto che «*a decorrere dal 1° settembre 2016, i contratti a tempo determinato stipulati con il personale docente, educativo, amministrativo, tecnico e ausiliario presso le istituzioni scolastiche ed educative statali, per la copertura di posti vacanti e disponibili, non potessero superare la durata complessiva di trentasei mesi, anche non continuativi*».

Lo stesso limite – giova rimarcarlo – non era previsto né per il personale delle scuole non statali, né per quello del settore AFAM.

Si ricorda, per inciso, che le previsioni generali della l. n. 508/1999 riguardanti il personale docente delle istituzioni AFAM, non sono mai state affiancate dalla stessa garanzia di durata temporale massima degli incarichi³⁵⁰, nonostante che le condizioni in cui, per anni, si sono trovati a prestare

³⁴⁴ Cfr. M. Bontempi, G. Cicchetti, *Il precariato della scuola: nuovi sviluppi di una storia senza fine?*, LPA, 2018, n. 4, 166.

³⁴⁵ La disciplina del rapporto di lavoro è contenuta nella l. n. 124/1999, recante «*Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico*», operante in combinato disposto con il d. lgs. n. 297/1994 (*Testo unico delle disposizioni legislative in materia di istruzione*). Per una recente ricostruzione della disciplina riguardante il personale scolastico contenuta nel d.lgs. n. 297/1994 e nella l. n. 124/1999 v. M. Bontempi, G. Cicchetti, *Il precariato della scuola*, cit.

³⁴⁶ Già ai sensi dell'art. 29, c. 2, lett. c) del d. lgs. n. 81/2015, il personale scolastico è escluso dalla disciplina "privatistica" del contratto a termine in quanto soggetto alla disciplina del conferimento degli incarichi di supplenza a termine contenuta nell'art. 4 della l. n. 124/1999.

³⁴⁷ E. Gagnoli, *Scuole, personale docente*, cit.

³⁴⁸ V., in argomento, A. Preteroti, *Il personale scolastico*, in M. Esposito, V. Luciani, A. Zoppoli, L. Zoppoli, *La riforma*, cit., 422.

³⁴⁹ M. Miscione, *La fine del precariato pubblico ma non solo per la scuola*, LG, 2016, 8/9, 745.

³⁵⁰ Mentre ai sensi dell'art. 2, co. 6, l. n. 508/1999, «*il rapporto di lavoro del personale (...) è regolato contrattualmente ai sensi del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 e gli incarichi di insegnamento non devono avere durata superiore al quinquennio, ma sono rinnovabili, la bozza di Regolamento sulla programmazione e il reclutamento*, cit. a nota 20, prevedeva che l'attribuzione di contratti di insegnamento di durata annuale, rinnovabili soltanto per altri due anni accademici, potesse avvenire solo per sopperire temporaneamente ad esigenze didattiche non fronteggiabili con il personale di ruolo (art. 5). Una peculiarità tipica del settore è peraltro rappresentata dal conferimento di incarichi di insegnamento relativi a specifici moduli didattici a professionisti ed esperti di

lavoro i precari delle Accademie, dei Conservatori e delle altre istituzioni del settore fossero simili a quelle del personale docente delle scuole.

Non è un caso che l'ultimo rinvio pregiudiziale alla CgUe in materia di precariato pubblico (tuttora in attesa di giudizio) sia nato da una fattispecie di reiterazione di contratti a termine nel settore AFAM e, segnatamente, in un conservatorio di musica, nel quale il ricorrente – docente di fisarmonica- aveva lavorato come docente precario per più di dieci anni³⁵¹.

Ebbene, a dispetto della garanzia finalmente offerta dalla l. n. 107/2015 ad una significativa sacca di quel precariato – il personale docente ed ATA delle scuole statali-, l'art. 4-bis del "decreto dignità" ha soppresso il limite massimo dei trentasei mesi, disponendo che «*il comma 131 dell'articolo 1 della legge 13 luglio 2015, n. 107, è abrogato*».

Non sono chiare le ragioni per le quali nella corrente legislatura si sia deciso di sopprimere così drasticamente e senza indugi una disposizione che aveva richiesto anni di contenzioso per venire alla luce³⁵². Forse il legislatore non è rimasto insensibile alle pressioni e alle esigenze emerse nel vasto serbatoio di docenti precari: prima fra tutte, quella di non "mettere nell'angolo", dopo anni di servizio prestato nelle istituzioni scolastiche statali, soggetti che, avendo superato il limite dei 36 mesi, avrebbero dovuto necessariamente attendere l'espletamento delle procedure concorsuali per continuare a lavorare nei ranghi dell'amministrazione scolastica (con immaginabili quanto gravi ripercussioni economiche e professionali)³⁵³.

Oppure – più semplicemente – il legislatore ha inteso porre un freno alle pretese risarcitorie (oltre che ad alcune acrobatiche operazioni giurisprudenziali di conversione³⁵⁴), riducendo, a monte, l'area degli illeciti collegati alla stipulazione di contratti a termine illegittimi.

Quel che è certo è che la soppressione del limite ripropone il problema della difformità della disciplina italiana dei contratti a tempo determinato nella scuola rispetto ai principi della Direttiva 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato (e, segnatamente, alla clausola 5 "di prevenzione degli abusi" dell'accordo quadro allegato). Un gigantesco passo indietro che riporta l'assetto regolativo della materia alla fase pre-Mascolo³⁵⁵, riproponendone, a piè pari, le condizioni di contrasto con la direttiva europea. E che, ovviamente, rende assai forte e concreto il rischio di una incontrollabile riapertura di contenziosi e rinvii alla Corte costituzionale e alla CgUe³⁵⁶.

riconosciuta esperienza e competenza; una prassi diffusa, che la bozza di *Regolamento sulla programmazione e il reclutamento* avrebbe voluto ricondurre (peraltro, non del tutto correttamente) all'art. 2222 c.c. e, dunque, al contratto d'opera.

³⁵¹ C-494/17 *Fabio Rossato c. Conservatorio di Musica F.A. Bonporti*.

³⁵² Si ricorda che la sent. della Corte Cost. n. 187/2016 (sulla quale v., *infra*, § 6), riferendosi al co. 131 dell'art. 1 della l. n.107/2015, aveva affermato che proprio da questa disposizione e dal piano straordinario di assunzione dei docenti, parimenti previsto dalla l. n. 107/2015, dipendeva la "cancellazione" della violazione del diritto comunitario. Proprio quella innovazione legislativa aveva anche determinato la chiusura della procedura di infrazione che la Commissione europea aveva aperto nel 2010, nei confronti dell'Italia, per il mancato rispetto della dir. 99/70/CE da parte della disciplina delle assunzioni a termine del personale docente ed ATA della scuola pubblica; la procedura era stata chiusa benché per il personale ATA non fosse stato previsto alcun piano straordinario di assunzione.

³⁵³ F. De Cuia, *La buona scuola*, cit., 213.

³⁵⁴ V. *infra*, § 5, testo e nota 99.

³⁵⁵ CgUe 26.11.2014, cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13. Fra i numerosi commenti alla sentenza Mascolo si richiamano G. Santoro Passarelli, *Contratto a termine e temporaneità delle esigenze sottostanti Corte Giust. Ue*, *ADL*, 2015, 189; M. Aimò, *Presupposti, confini ed effetti della sentenza Mascolo sul precariato scolastico*, *RGL*, 2015, II, 177; L. Calafà, *Il dialogo multilevel tra le Corti e la "dialettica prevalente": le supplenze scolastiche al vaglio della Corte di giustizia*, *RIDL*, 2015, II, 336; R. Nunin, *"Tanto tuonò che piovve": la sentenza "Mascolo" sull'abuso del lavoro a termine nel pubblico impiego*, *LG*, 2015, 2, 146; L. Menghini, *Sistema delle supplenze e parziale contrasto con l'accordo europeo: ora cosa succederà?* *RIDL*, 2015, II, 343.

³⁵⁶ Paventano e articolano tali rischi anche M. Bontempi, G. Cicchetti, *Il precariato della scuola*, cit., 179-182.

(III)

5. La disciplina sanzionatoria. Le conseguenze dell'uso illegittimo dei contratti a termine...

Il secondo profilo di mancata parificazione delle discipline dei rapporti flessibili, soprattutto di quelli a tempo determinato, riguarda le sanzioni.

Anche dopo la "riforma Madia", il co. 5 dell'art. 36, stabilisce che «*la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato*».

Per come formulata, la disposizione non consente di incardinare in modo coattivo nell'organico delle amministrazioni lavoratori che abbiano illegittimamente intrattenuto con queste ultime rapporti di lavoro flessibili, diversamente da quanto accade nel privato, ove la conseguenza sanzionatoria tipica della violazione delle disposizioni che limitano l'uso dei contratti a tempo determinato è la loro trasformazione in contratti a tempo indeterminato³⁵⁷.

Anche l'altra disposizione sanzionatoria, il co. 5-*quater* - il cui inserimento nell'art. 36 risale, come si ricorderà, al d.l. n. 101/2013 e per la quale i contratti posti in essere in violazione dell'art. 36 sono nulli e determinano responsabilità (erariale e dirigenziale) dei dirigenti - è rimasta sostanzialmente immutata, se si eccettua il ritocco consistente nella eliminazione del (precedente ed esclusivo) riferimento ai contratti a tempo determinato, sostituito, ora, dal più ampio richiamo a (tutti) «*i contratti di lavoro posti in essere in violazione*» dell'art. 36³⁵⁸.

Le variazioni apportate dall'art. 9 del d. lgs. n. 75/2017 all'art. 36 del T.U. non hanno, dunque, sciolto il nodo più grosso della disciplina, riguardante le conseguenze dell'uso illegittimo dei contratti flessibili e, per quanto qui interessa, dei contratti a termine, lasciando sostanzialmente immutati i commi 5 e 5-*quater* dell'art. 36.

Vale la pena di ricordare che le due disposizioni – per effetto di una stratificazione normativa iniziata nel 1993³⁵⁹, proseguita con la "seconda privatizzazione"³⁶⁰ e conclusasi negli anni 2012 e 2013³⁶¹ – prevedono, sostanzialmente, due distinti meccanismi sanzionatori: (1) il risarcimento del danno - al quale si accompagna il divieto di conversione – unito alle responsabilità del dirigente, erariale e dirigenziale, ex art. 21 (art. 36, co. 5); (2) la nullità e le (medesime)

³⁵⁷ Il principio è stabilito, oltre che per i contratti a tempo determinato, per la somministrazione di lavoro posta in essere al di fuori dei limiti e delle condizioni previsti dagli articoli 31, co. 1 e 2, 32 e 33, co. 1, lett. a), b), c) e d) (art. 38, co. 2 e 4, d. lgs. n. 81/2015) ed è stato recentemente confermato anche dalla disciplina delle prestazioni occasionali, in base alla quale solo il superamento, «*da parte di utilizzatore diverso da una pubblica amministrazione*», dei limiti di corrispettivo di 5000 e 2500 euro annui o del limite di durata della prestazione di 280 ore annue comporta che il rapporto di prestazione occasionale si trasformi in rapporto a tempo pieno e indeterminato: art. 54-*bis*, co. 20, d.l. 24-4-2017 n. 50 (conv. in l. 21-6-2017, n. 96).

³⁵⁸ Se ne riporta integralmente il testo: «*I contratti di lavoro posti in essere in violazione del presente articolo sono nulli e determinano responsabilità erariale. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono, altresì, responsabili ai sensi dell'articolo 21. Al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato*» (art. 36, co. 5-*quater*).

³⁵⁹ Art. 36, co. 4, d.lgs. 29 marzo 1993 n. 29, nel testo modificato dall'art. 7 d.lgs. 23 dicembre 1993 n. 546.

³⁶⁰ Art. 22, c. 8, d. lgs. n. 80/1998.

³⁶¹ D.l. n. 112/2008 (art. 49) e d.l. n. 101/2013, conv. in l. n. 125/2013 (art. 4, co. 1, lett. b). Per una dettagliata analisi dell'evoluzione legislativa riguardante l'apparato sanzionatorio previsto dall'art. 36, si rinvia a L. Menghini, *Lavoro pubblico e contratti flessibili*, cit., 505 ss.

responsabilità dirigenziali, alle quali si aggiunge l'espressa previsione della impossibile erogazione della retribuzione di risultato (art. 36, co. 5-*quater*).

Mentre il secondo meccanismo è *limitato alle violazioni* delle disposizioni dell'art. 36 (per es., assunzioni di personale a tempo determinato per fronteggiare esigenze stabili e ordinarie), il primo è riferito alla violazione di *qualsiasi* disposizione imperativa riguardante l'assunzione o l'impiego: superamento del limite dei trentasei mesi o dei limiti percentuali (legali o contrattuali collettivi), mancato rispetto delle causali previste dai contratti collettivi o degli intervalli temporali minimi fra un contratto ed un altro e ogni altra violazione del d. lgs. n. 81/2015.

Infine, prima della "riforma Madia" il co. 5-*quater* e, con esso, le sanzioni della nullità e delle responsabilità della dirigenza erano riferite soltanto ai contratti a tempo determinato (*rectius*: ai contratti a tempo determinato posti in essere in violazione dell'art. 36).

Tutto ciò aveva, giustamente, condotto ad una ricostruzione del rapporto tra le due disposizioni (il co. 5 e il co. 5-*quater*) in termini di disciplina *generale e speciale*³⁶².

La possibile applicazione del secondo meccanismo sanzionatorio a *tutti* i contratti flessibili (e non solo ai contratti a tempo determinato) - disposta oggi dalla riforma - rende più incerta tale ricostruzione, dal momento che la *specialità* del secondo gruppo di sanzioni non può più essere agganciata *all'ambito (più ristretto) dei contratti* interessati dal secondo meccanismo sanzionatorio, ma, tutt'al più, *al diverso ambito delle violazioni* (tutte le violazioni di norme imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori alle quali l'ordinamento giuridico non ricollegli specifiche conseguenze, *ex co. 5; le sole violazioni dell'art. 36, ex co. 5-*quater**).

Senza addentrarsi troppo in questioni interpretative che certamente meriterebbero sedi e spazi diversi per essere adeguatamente trattate, vale la pena di sottolineare che l'unica novità della riforma - l'estensione del co. 5-*quater* a *tutti* i contratti di lavoro «*posti in essere in violazione dell'art. 36*» - ha il pregio di livellare le sanzioni - nullità e responsabilità dei dirigenti - per ogni tipo di contratto flessibile stipulato in violazione dell'art. 36, rendendo applicabile, ad ognuno di essi (e così, per esempio, anche alla somministrazione), gli effetti retrospettivi dell'art. 2126 c.c.³⁶³. Ne consegue che ogni rapporto "flessibile" instaurato in violazione delle regole poste dall'art. 36 produce effetti retributivi e ogni altro effetto giuridico ed economico collegato alle prestazioni lavorative rese.

Non viene sciolto, invece, il dubbio relativo alla possibile nullità dei contratti stipulati in violazione di *altre* disposizioni imperative - ricavabile, secondo certa interpretazione³⁶⁴ (non da tutti condivisa³⁶⁵) - dal tenore letterale del co. 5; quest'ultimo, nel riferirsi alla violazione di norme di natura imperativa rinvierebbe, infatti, secondo l'interpretazione richiamata, all'art. 1418, co. 1, c.c., con conseguente e necessaria applicazione - anche in questo caso - dell'art. 2126 c.c.

³⁶² Di specialità del co. 5-*quater*, riferito soltanto ai contratti a termine, rispetto al co. 5, riferito, invece, ad ogni «*violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni*» aveva giustamente parlato V. Pinto, *Lavoro subordinato flessibile*, cit., 85.

³⁶³ *Ibidem*.

³⁶⁴ Per richiami di dottrina favorevole a ricavare la nullità dal co. 5 v. V. Pinto, *Lavoro subordinato flessibile*, cit., 86.

³⁶⁵ Si veda, in particolare, la contraria argomentazione di V. Pinto, *Lavoro subordinato flessibile*, cit., sp. 88-89 il quale ritiene che tale interpretazione priva di concreto valore precettivo il co. 5, dato che non avrebbe senso stabilire l'inapplicabilità del rimedio della conversione di rapporti di lavoro che dovrebbero essere dichiarati nulli già in applicazione dell'art. 1418, co. 1, c.c.

Il tratto più controverso dell'apparato sanzionatorio resta, in ogni caso, quello del co. 5, ovvero il binomio «*divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato*»/«*diritto al risarcimento del danno*».

Sono note le ragioni per le quali la mancanza di parificazione normativa fra “privato” e “pubblico”, nell'area degli apparati sanzionatori, ha generato, per anni, difficoltà e incertezze, rimesse, in sede di contenzioso, a valutazioni non omogenee della giurisprudenza del lavoro.

Per la maggior parte dei giudici (comprese le alte corti), la trasformazione dei rapporti di lavoro illegittimamente stipulati dalle pp.aa. in rapporti a tempo indeterminato è impedita dal principio dell'accesso agli impieghi pubblici mediante concorso (art. 97, co. 4, Cost.)³⁶⁶.

Peraltro, secondo diversa, benché minoritaria, interpretazione, tale principio, pur essendo stato incardinato nel T.U. attraverso l'art. 35, non ha carattere fondamentale, non costituisce un diritto inalienabile della persona e potrebbe, dunque, cedere di fronte al diritto euro-unitario, al cui cospetto (non esistendo sanzione risarcitoria di fatto equivalente alla conversione) il giudice nazionale sarebbe vincolato dall'obbligo di disapplicazione (dell'art. 36, d. lgs. n. 165/2001) e potrebbe, pertanto, trasformare il rapporto³⁶⁷.

La verità è che è il fondamento costituzionale del divieto di conversione va rinvenuto più negli artt. artt. 81 e 97, co. 1, che nell'art. 97, co. 4, dovendo ritenersi che la *ratio* del divieto sia più legata a ragioni di pianificazione e controllo della spesa pubblica - e, cioè, all'esigenza di non alterare in modo incontrollabile il costo del lavoro pubblico³⁶⁸ - che al principio del concorso e, cioè, alla necessità di accedere agli impieghi nelle pp.aa. tramite procedure di reclutamento pubbliche. Tanto più che il legislatore della “ *riforma Madia*” ha esplicitato, ancor più a chiare lettere, che anche i lavoratori flessibili vengono impiegati « *nel rispetto delle condizioni e modalità di reclutamento stabilite dall'articolo 35*»³⁶⁹; circostanza che rende poco pertinente il richiamo dell'art. 97, co. 4, a sostegno del divieto di conversione dei rapporti.

In ogni caso, anche in ragione della richiamata divergenza di vedute (il principio del concorso è principio fondamentale e ostativo / il principio non è tale ed è dunque “cedevole” rispetto al diritto

³⁶⁶ Lo ha sottolineato tanto la Corte costituzionale, sia nel 2003 (Corte cost. 27.3.2003, n. 89), che nella più recente pronuncia del 2018 (Corte cost. 27.12.2018, n. 248), quanto il Consiglio di Stato (cfr., da ultimo, Cons. di Stato 6.10.2018, n. 5720).

³⁶⁷ In questo senso V. Pinto, *Lavoro subordinato flessibile*, cit., 102 e, più problematicamente, V. Speciale, *Lavoro a termine*, cit., 526. Fra le pronunce favorevoli alla conversione del rapporto si ricordano le prime eclatanti sentenze del Tribunale di Siena (Trib. Siena 27.9.2010, Trib. Siena 13.12.2010, *RIDL*, 2011, II, 360 ss. con nota di F. Siotto, *Una breccia nel muro del lavoro pubblico: la disapplicazione del divieto di conversione del contratto di lavoro a termine*) e del Trib. Livorno 25.1.2011, con nota di A. Federici, *La conversione del contratto a termine nel pubblico impiego è una ipotesi sempre meno isolata*, *RGL*, 2011, II, 418; con riguardo, al personale scolastico ATA, Trib. Napoli, 16.6.2011, *LPA*, 2011, 491, con nota di M. Ferretti, *Contratto a tempo determinato nel pubblico impiego e regime sanzionatorio: i rimedi «creativi» della giurisprudenza di merito*. Su tale filone giurisprudenziale, A. Perrino, *Lavoro pubblico a termine, divieto di conversione, risarcimento e stabilizzazione*, *RGL*, 2011, I, 522-524.

³⁶⁸ Sulla opportunità di valorizzare, come norma ostativa, l'art. 81 Cost., piuttosto che l'art. 97 Cost. v. V. Pinto, *Le assunzioni a termine*, cit., 244, testo e note (al quale si rinvia per ulteriori indicazioni di posizioni favorevoli); l'opinione è ribadita da Id., *Flessibilità e precarietà nel reclutamento delle amministrazioni pubbliche*, *LPA*, 2018, 1, 15; conf. anche A. Perrino, *Lavoro pubblico a termine*, cit. Convince l'argomentazione secondo cui soltanto rinvenendo nell'art. 81 e 97, co. 1, il fondamento del divieto di conversione è possibile ritenere costituzionalmente legittimo l'art. 36, co. 5, della cui legittimità costituzionale si potrebbe invece dubitare pensando ai possibili casi di instaurazione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato senza concorso (si pensi al reclutamento tramite richiesta numerica) o ai rapporti a termine instaurati con soggetti vincitori (o idonei a seguito) di già espletati concorsi a tempo indeterminato. In senso adesivo, in q.to fasc., anche B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit., per il quale ciò che più lascia perplessi non è tanto la differenziazione, che potrebbe anche essere giustificata da solidi e ragionevoli principi, quanto «il fatto che tale asimmetria rimediale sia tutta caricata sulle spalle di una norma come l'art. 97 comma 4 Cost.».

³⁶⁹ Art. 36, co. 2, secondo periodo (testo novellato dal d. lgs. n. 75/2017).

euro-unitario), il contenzioso sul regime sanzionatorio differenziato pubblico/privato non accenna a risolversi, tant'è che i ripetuti rinvii dei giudici nazionali alla Corte europea di Lussemburgo hanno dato vita ad uno dei dialoghi più serrati tra le Corti nazionali – comprese le alte Corti- e la CgUe.

Né il superamento del vaglio di costituzionalità (nel 2003)- per i profili di compatibilità con il principio di uguaglianza³⁷⁰-, né il positivo esito dell'esame di conformità all'ordinamento europeo (nel 2006)- per gli aspetti di compatibilità con la clausola 5 dell'Accordo allegato alla Direttiva 99/70/CE³⁷¹- sono bastati a immunizzare l'apparato sanzionatorio del settore pubblico dal rischio di ricaduta in successivi contenziosi.

Né ad impedire che la questione del risarcimento del danno a favore del lavoratore interessato formasse oggetto di prolungati contrasti giurisprudenziali, solo parzialmente risolti dalla interpretazione "adequatrice" (all'ordinamento europeo) delle SS.UU. della Corte di Cassazione nel 2016 (sent. n. 5072/2016)³⁷² ; né, ancora, ad impedire che, di lì a poco, il cerchio delle pronunce sulle misure di prevenzione degli abusi e sulle sanzioni nel settore pubblico si richiudesse verso le alte Corti, tornando alla CgUe (CgUe 8.3.2018; CgUe 25.10.2018³⁷³) e alla Corte costituzionale (sentt. n. 248/2018 e n. 96/2019).

Chiamate a misurare l'equivalenza e l'effettività dell'apparato sanzionatorio che tutela il lavoratore pubblico illegittimamente assunto a termine, le SS.UU. hanno così trasposto dal settore privato al settore pubblico il canone di danno presunto previsto dall'art. 32, co. 5, della l. n. 183 del 2010 (oggi art. 28, c. 2, d. lgs. n. 81/2015) e denominato "danno comunitario"³⁷⁴. È stato così chiarito che il risarcimento del danno a favore del lavoratore pubblico illegittimamente impiegato a tempo determinato debba essere disposto, con esonero dall'onere probatorio, nella misura pari ad un'indennità onnicomprensiva variabile tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto (e cioè nella misura e nei limiti di cui all'art. 32, c. 5, l. n. 183/2010, oggi art. 28, d. lgs. n. 81/2015). L'eventuale ulteriore danno da perdita di *chance* è risarcibile e può essere liquidato solo se si accerta che il lavoratore, rimasto confinato in una situazione di precarietà, ha perso occasioni di lavoro stabile, circostanza che va interamente provata dal lavoratore³⁷⁵.

La posizione delle SS.UU. è stata ripresa dalla CgUe nella causa Santoro (CgUe 8.3.2018) nella quale la Corte europea, ancora chiamata a valutare la proporzionalità, l'effettività e l'equivalenza dell'apparato sanzionatorio del settore pubblico (rispetto alle misure sanzionatorie del settore

³⁷⁰ Corte cost. 27 marzo 2003, n. 89.

³⁷¹ CgUe 7 settembre 2006, C-53/04, *Marrosu e Sardino c. Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate*; CgUe 7 settembre 2006, C-180/04, *Vassallo c. Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate*. Conf. anche le successive ordinanze CgUe 12 dicembre 2013, C-50/13, *Papalia c. Comune di Aosta*; CgUe 1 ottobre 2010, C-3/10, *Affatato c. Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza*.

³⁷² La pronuncia delle SS.UU. conclude i gradi del giudizio instaurato dai famosi cuochi Marrosu e Sardino, dipendenti dall'Azienda Ospedaliera San Martino di Genova, nel maggio 2003, nel corso del quale era stato aperto l'incidente di pregiudizialità comunitaria che aveva condotto alla sentenza della CgUe 7 settembre 2006 cit. alla nota precedente.

³⁷³ CgUe 25.10.2018, C-331/17, *Martina Sciotto c. Fondazione Teatro dell'Opera di Roma*.

³⁷⁴ In argomento v., *ex plurimis*, L. Tria, *Il dialogo incessante tra le Corti europee e la Corte suprema di Cassazione sui rapporti privatizzati di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni: il cd. danno comunitario*, in M. Cerreta, M. Riommi, *Le recenti riforme*, cit., sp. 64 ss.

³⁷⁵ Il lavoratore assunto ripetutamente a termine per soddisfare esigenze durevoli potrebbe così sostenere che l'amministrazione, violando l'obbligo di cui al co.1 (che le imporrebbe, in tal caso, di bandire concorsi per assunzioni definitive), gli precluda una *chance* di lavoro stabile (G. Franza, *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento*, Giuffrè, 2010, 390-391).

privato), ne ha ribadito la conformità alla direttiva europea, enfatizzando il carattere equivalente ed effettivo dei rimedi e l'adeguatezza degli importi indennitari dovuti al lavoratore, specialmente in ragione del favorevole regime probatorio stabilito dalle SS.UU.

Anche la sentenza Santoro ha dunque considerato: (1) equivalente, effettivo e sufficientemente dissuasivo l'apparato sanzionatorio pubblico, (2) idonea la liquidazione di un'indennità compresa tra da 2,5 e 12 mensilità ed infine (3) possibile il risarcimento integrale del danno a condizione che il lavoratore dimostri, «*mediante presunzioni, la perdita di opportunità di trovare un impiego o il fatto che, qualora un concorso fosse stato organizzato in modo regolare, egli lo avrebbe superato*».

Per finire, anche la Corte costituzionale, nella penultima pronuncia sulla presunta incostituzionalità delle misure sanzionatorie del settore pubblico (sent. n. 248/2018) - segnatamente, del divieto di conversione - ha ribadito «*l'impossibilità per tutto il settore pubblico di conversione del rapporto da tempo determinato a tempo indeterminato*», nel chiaro intento di non smentire la precedente e «*pacifica giurisprudenza euronitaria e nazionale*», come tale richiamata dalla Consulta nel punto finale (n. 10) della sua decisione³⁷⁶.

Per tornare alla "riforma Madia", sorge allora spontanea una domanda: il legislatore sarebbe stato più accorto se, sulla falsariga di quanto previsto nel privato (art. 28, d. lgs. n. 81/2015), avesse integrato il co. 5 dell'art. 36?³⁷⁷ Se avesse espressamente affrontato la questione del risarcimento, sostituendo alle risposte giurisprudenziali³⁷⁸ un'esplicita enunciazione dei criteri di quantificazione del risarcimento?³⁷⁹

Certamente sì, ma a due condizioni, che andrebbero tenute presenti anche nell'ipotesi di un eventuale e futuro intervento legislativo.

Innanzitutto e a partire dal presupposto che nel privato l'indennità compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità ristora sì e «*per intero il pregiudizio subito dal lavoratore comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso tra la scadenza del termine e la pronuncia con la quale il giudice ha ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro*» (art. 28, c. 2, d. lgs. n. 81/2015), *ma si aggiunge* alla conversione, la predeterminazione, nel "pubblico", di un'indennità forfettizzata esigerebbe una differenziazione, dovendo attestarsi su livelli superiori

³⁷⁶ La più recente Corte cost. 18.4.2019, n. 96 è una sentenza che dichiara inammissibile, per erronea ed incompleta ricostruzione del quadro di riferimento nazionale ed europeo, la questione di legittimità costituzionale (sollevata dal Tribunale di Termini Imerese) dell'art. 77, co. 2, della l. reg. Sicilia 24.12.2004, n. 17, in relazione all'art. 117, co. 1, Cost. e in riferimento alla Dir. n. 1999/70/CE. La disposizione regionale escludeva dall'ambito di applicazione del d. lgs. n. 368/2001 - e quindi del meccanismo sanzionatorio della trasformazione in rapporti a tempo indeterminato - i «contratti a termine volti alla stabilizzazione dei soggetti destinatari del regime transitorio dei lavori socialmente utili».

³⁷⁷ L'espresso richiamo dell'art. 28, d. lgs. n. 81/2015 era suggerito nel Parere emesso dal Consiglio di Stato sullo schema di decreto (Parere n. 00916/2017, Adunanza della Comm. spec. dell'11.4.2017, punto 3.2.6.5.); in senso adesivo, C. De Marco, *Tipologie contrattuali flessibili e stabilizzazione del personale precario*, in AA.VV., *Il lavoro alle dipendenze della p.a.*, cit. 44-45.

³⁷⁸ Sui diversi criteri di quantificazione del danno impiegati dalla giurisprudenza del periodo precedente la sentenza delle SS.UU. del 2016 v. ancora V. Pinto, *Lavoro subordinato flessibile*, cit., 100-101; Id., *La flessibilità del lavoro subordinato*, cit., 253, testo e note; V. Speciale, *Lavoro a termine*, cit., 527 ss.; da ultimi, N. Frasca, *La flessibilità nel pubblico impiego: la "giusta tutela" per l'utilizzo abusivo del contratto a termine*, ADL, 217, sp. 515 ss.; F. Siotto, *Abuso di contratti a tempo determinato nel lavoro pubblico: «il danno è altro» dal licenziamento illegittimo ovvero un «un altro danno per la precarizzazione illegittima»*, Labor, 2016, 3-4, 258.

³⁷⁹ Di un prolungato e «colpevole silenzio del legislatore su problemi cruciali, che vengono scaricati sui giudici» parla, al riguardo, L. Menghini, *I contratti*, cit., 145.

per eguagliare le garanzie del lavoratore privato e rendere effettiva la tutela del lavoratore pubblico³⁸⁰.

In tempi in cui si è tanto discusso di adeguatezza dei risarcimenti e di discrezionalità del giudice nella loro determinazione³⁸¹, è probabile che prevedere stretti margini per il risarcimento, contenendo l'indennizzo o, come fa la Cassazione a SS.UU., limitandolo a poche mensilità (da 2,5 a 12), produca una asimmetria rimediabile eccessiva fra "pubblico" e "privato" e renda, in definitiva, inidoneo il meccanismo di repressione degli abusi dei contratti a termine nel settore pubblico. Tanto più che l'eventualità di un risarcimento irrisorio «incide anche sulla dissuasività della sanzione "interna" del (non) recupero delle somme erogate a titolo di risarcimento da parte dell'amministrazione nei confronti dei dirigenti che abbiano agito con dolo o colpa grave»³⁸². E che l'esposizione finanziaria di questi ultimi è esclusa, per l'appunto, nelle ipotesi di colpa *non* grave e così, per esempio, nel caso in cui il dirigente, pur consapevole della non ricorrenza delle condizioni richieste per la stipulazione di un contratto flessibile, si sia trovato, in qualche modo, costretto a procedere ugualmente alla stipula per impedire *impasse* nel funzionamento dell'ufficio³⁸³.

La conclusione non cambia se si considera che le mensilità di ristoro sono dovute anche in assenza di prova del danno subito³⁸⁴, tanto più se si pensa che il risultato raggiunto dalla pronuncia delle SS.UU. è di lasciare ad una difficile prova la possibilità che il risarcimento si espanda quantitativamente e che tale difficoltà accompagna anche i casi di precariato storico.

Se è vero che in questo campo la partita si gioca, allora, tra giudici e legislatore, è anche vero che l'inadeguatezza della soluzione offerta dalle SS.UU. – tanto più evidente se si considera che la quantificazione giudiziale degli indennizzi ben può attestarsi sul minimo (2,5 mensilità)- avrebbe dovuto spingere il legislatore ad intervenire, proprio in occasione della delega contenuta nella l. n. 124/2015, al fine di specificare e articolare un apparato sanzionatorio più efficace.

³⁸⁰ Lo notava già V. Speciale, *Lavoro a termine*, cit., 529, richiamando la precedente Cass. - sez. lavoro – 21.8.2013, n. 19371; conf. M. De Luca, *Il giusto risarcimento per illegittima apposizione del termine a contratti privatizzati di pubblico impiego*, in LG, 2016, 12, 1053 ss. per il quale un utile parametro di misurazione del «valore del posto di lavoro» potrebbe essere l'indennità sostitutiva della reintegra; M. Biasi, *La stabilizzazione "indiretta" ed il risarcimento del "danno comunitario" da illecita reiterazione di rapporti di lavoro a termine*, nota a Cass. 30.3.2018, n. 7982, LPA, 2018, 4, 111.

³⁸¹ È implicito il riferimento all'ampio dibattito apertosi sia prima che dopo la nota sentenza della Corte cost. 26.9. 2018, n. 194, sul regime sanzionatorio dei licenziamenti privi di giusta causa o di giustificato motivo, applicabile (ex art. 3, co. 1, d. lgs. n. 23/2015), ai soggetti assunti dopo il 7 marzo 2015. Per un approccio al dibattito, non sintetizzabile in questa sede, v. i recenti commenti di A. Bollani, A. Maresca, P. Tosi, A. Tursi, L. Zoppoli pubblicati sull'ultimo numero di *DRI*, 2019, n. 1. *Osservatorio di giurisprudenza italiana, La sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018: opinioni a confronto*, 214 ss.

³⁸² E. Ales, *L'utilizzo temporaneo*, cit., 470.

³⁸³ E. Pasqualetto, *I molteplici profili di responsabilità del dirigente pubblico nelle ipotesi di illegittimo utilizzo dei contratti non standard*, LPA, 2015, 49.

³⁸⁴ Tale circostanza, nell'escludere che il lavoratore debba dimostrare il pregiudizio, conferma la natura di sanzione pecuniaria del risarcimento (una sorta di penale *ex lege* a carico del datore di lavoro pubblico che ha apposto un termine illegittimo al contratto). Sulla sostanziale trasformazione del danno in sanzione pecuniaria, V. Pinto, *La flessibilità del lavoro subordinato nelle amministrazioni pubbliche e il lavoro autonomo*, in U. Carabelli, M.T. Carinci, *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, 2010, sp. 253; cfr. F. Siotto, *Abuso di contratti*, cit., 265.

Tralasciando ogni valutazione relativa alla (probabile) insostenibilità dei costi per le pp.aa.³⁸⁵, sembra certo che solo in presenza di (1) un tetto massimo superiore ai 12 mesi³⁸⁶ (entro il quale dovrebbe ancora operare l'esonero dall'onere probatorio); (2) margini ampi di apprezzamento valutativo; (3) possibilità, per il lavoratore, di ottenere una espansione del risarcimento, la tutela sanzionatoria anti-abusiva del settore pubblico potrebbe effettivamente considerarsi equivalente a quella del settore privato e produrre reali effetti dissuasivi.

Se anche adesso si volesse intervenire per via legislativa, sarebbe dunque opportuno non sacrificare, sull'altare di una maggiore chiarezza del quadro giuridico, discrezionalità e margini di apprezzamento valutativo dei giudici, che appaiono imprescindibili per una determinazione del risarcimento "equa" e capace di tener conto delle circostanze del caso concreto (durata dell'abuso, natura della violazione da parte della p.a., per es.), soprattutto nei casi di lungo precariato e di gravi lesioni.

5.1. (segue) ... e la loro estensione ai settori scolastico e AFAM.

A dispetto della specialità dei sistemi di reclutamento e della normativa sulle assunzioni a termine, un'altra significativa novità del d. lgs. 75/2017 è consistita nella estensione delle misure sanzionatorie contemplate dal co. 5 dell'art. 36 (divieto di conversione, risarcimento e responsabilità dei dirigenti) ai settori della scuola e dell'AFAM.

L'estensione è disposta attraverso l'introduzione di un nuovo co. 5-*quinqüies* nell'art. 36 e si affianca alla più significativa norma di *esclusione* dei due settori dall'ambito di applicazione dell'intera disciplina contenuta nell'art. 36; l'ennesima previsione di contenuto "negativo/esclusivo" riguardante la disciplina sostanziale.

«Il presente articolo, fatto salvo il comma 5, non si applica al reclutamento del personale docente, educativo e amministrativo, tecnico e ausiliario (ATA), a tempo determinato presso le istituzioni scolastiche ed educative statali e degli enti locali, le istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica», si legge infatti nel comma aggiunto. Come dire: ai settori in questione non si applica la generale disciplina *sostanziale* dei rapporti di lavoro flessibili e, segnatamente, quella del lavoro a tempo determinato, ma si applica la disciplina sanzionatoria generale e, segnatamente, il tratto dell'apparato sanzionatorio costituito dal binomio «*divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato*»/«*diritto al risarcimento del danno*».

Giova infatti rimarcare che non compare, nel comma aggiunto, un analogo rinvio al co. 5-*quater* dell'art. 36 e, dunque, alla disposizione sanzionatoria *speciale* dedicata alla nullità e alle responsabilità dei dirigenti.

³⁸⁵ Come ricordava qualche anno fa L. Menghini, *Lavoro pubblico e contratti flessibili*, cit., 511, se tutti i lavoratori precari chiedessero in giudizio anche un importo minimo, pari a 2,5 mensilità, l'impegno finanziario per le pp.aa. sarebbe insostenibile. A fronte di tale affermazione, vi è chi ha astrattamente ipotizzato di poter riconoscere al lavoratore un risarcimento pari alle retribuzioni che il lavoratore avrebbe percepito sino al pensionamento (!), dato che tale criterio di quantificazione del danno sarebbe quello più vicino al rimedio della conversione (V. Speciale, *Lavoro a termine*, cit., 529; conf., nella giurisprudenza di merito, Trib. Trapani 12.12.2012, con nota di C. Marranca, *La tutela dei contratti a termine illegittimi con la p.a.: sul risarcimento del danno resta aperto il torneo tra i Tribunali di merito*, ADL, 2014, 743).

³⁸⁶ Lo suggerisce anche l'Avv. Gen. Maciej Szpunar nelle *Conclusioni* presentate il 26 ottobre 2017 nella causa Santoro (C-494/16), notando che «qualora l'abuso raggiunga una certa portata, la sanzione si scontra con un limite massimo». «Tale standardizzazione delle sanzioni, invece di consentire di evitare la recidiva, potrebbe favorirla, a causa dell'esistenza di un limite massimo universale che non può essere superato, nonostante il carattere reiterato degli abusi» (punto 65 Conclus.).

Se si aggiunge che per effetto della novità richiamata nel precedente paragrafo è anche venuto meno il limite dei trentasei mesi per i contratti a termine del personale docente ed ATA delle scuole statali, si ha la netta sensazione che le due riforme, nonostante l'avvicinarsi delle legislature, abbiano guardato a settori normalmente esclusi dall'ambito di applicazione della disciplina generale delle assunzioni a tempo determinato (la scuola e l'AFAM), avendo a cuore un solo obiettivo: escludere perentoriamente ogni possibile rigurgito di soluzioni favorevoli alla conversione giudiziale dei rapporti a tempo determinato dei lavoratori dei due settori³⁸⁷.

Ancora una volta, si è finito, così, per affidare la soluzione del problema dei risarcimenti ai giudici e quello, più generale, del superamento del precariato alle procedure di stabilizzazione.

5.2. Le conseguenze sanzionatorie dell'uso illegittimo delle collaborazioni.

Ma veniamo ai possibili abusi e alle sanzioni relativi agli incarichi con contratti di lavoro autonomo.

Va premesso che, in quest'area, gli abusi possibili sono essenzialmente riconducibili a due ambiti.

(1) Il primo è quello degli incarichi che formalizzano rapporti caratterizzati, di fatto, dalla subordinazione (ipotesi di "falso lavoro autonomo"): incarichi più volte prorogati, per esempio, che realizzano un inserimento stabile dei soggetti incaricati nella struttura amministrativa³⁸⁸ o contraddistinti dall'assoggettamento al potere direttivo e di controllo del datore di lavoro/p.a. Allo stesso ambito sono riconducibili le eventuali collaborazioni etero-organizzate (ormai vietate dal co. 5-*bis* dell'art. 7), nelle quali vi sia stata, per esempio, una puntuale predeterminazione di tempi, orari e luogo di svolgimento delle prestazioni³⁸⁹.

(2) Un secondo ambito di abusi consiste, invece, nella *violazione dei presupposti di legittimità o dei divieti* indicati dal co. 6 dell'art. 7 per la stipulazione dei contratti di incarico: incarichi conferiti per il soddisfacimento di esigenze permanenti o, per esempio, senza il previo accertamento della impossibilità di utilizzare risorse interne o, ancora, incarichi rinnovati (in violazione del divieto di rinnovo)³⁹⁰.

Benché non si tratti di un vero e proprio abuso, ma di un'ipotesi di condotta dirigenziale illecita, si può aggiungere la violazione dell'obbligo di pubblicare sul sito istituzionale dell'amministrazione gli estremi degli atti di conferimento degli incarichi³⁹¹; violazione in presenza della quale *«il pagamento del corrispettivo al collaboratore determina la responsabilità disciplinare del dirigente*

³⁸⁷ Ripropone la possibilità di conversione alla luce della recente sent. della CgUe 25.10.2018 sui rapporti a termine instaurati con le fondazioni lirico-sinfoniche (settore in relazione al quale, non essendo prevista la misura sanzionatoria del risarcimento, la CgUe ha potuto affermare che «*la clausola dell'accordo quadro deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, in forza della quale le norme di diritto comune disciplinanti i rapporti di lavoro, e intese a sanzionare il ricorso abusivo a una successione di contratti a tempo determinato tramite la conversione automatica del contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato se il rapporto di lavoro perdura oltre una data precisa, non sono applicabili al settore di attività delle fondazioni lirico-sinfoniche, qualora non esista nessun'altra misura effettiva nell'ordinamento giuridico interno che sanzioni gli abusi constatati in tale settore*») V. De Michele, *La sentenza Sciotto della Corte Ue e la conversione a tempo indeterminato nel pubblico impiego nel nuovo scontro con la Consulta e nel recente dialogo con la Cassazione*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 383/2019

³⁸⁸ Cfr. l'emblematico caso dello psicologo utilizzato da una ASL per un periodo di oltre nove anni per via della sottoscrizione di quattro convenzioni e due contratti di collaborazione coordinata e continuativa (più volte prorogati) deciso da Corte app. L'Aquila, 5.2.2015.

³⁸⁹ Si tratta di un'ipotesi che, se pur diversa da quella precedentemente considerata, è comunque ascrivibile alla stessa categoria di abusi, di fatto consistenti nello svolgimento delle collaborazioni con modalità illegittime.

³⁹⁰ Per analogia schematizzazione v. V. Pinto, *Lavoro subordinato flessibile*, cit., 256.

³⁹¹ V. *retro*, nota 45.

che l'ha disposto, accertata all'esito del procedimento disciplinare, e comporta il pagamento di una sanzione pari alla somma corrisposta» (art. 15, co. 3, d. lgs. n. 33/2013).

Tenendo, di fatto, sullo sfondo le diverse tipologie di abusi, il legislatore (pre e post-riforma) ha organizzato l'apparato sanzionatorio in maniera non proprio lineare e per molti versi lacunosa.

Cominciando dalle novità, il d. lgs. n. 75/2017 ha creato, innanzitutto, la norma-sanzione del divieto di collaborazioni etero-organizzate e lo ha fatto riprendendo, a piè pari, il co. 5-*quater* dell'art. 36. Si legge, infatti, nel secondo periodo del nuovo co. 5-*bis* dell'art. 7 che *«i contratti posti in essere in violazione del presente comma sono nulli e determinano responsabilità erariale. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente comma sono, altresì, responsabili ai sensi dell'articolo 21 e ad essi non può essere erogata la retribuzione di risultato».*

Le stesse sanzioni sono stabilite- ma lo erano anche prima della riforma- per il secondo ambito di abusi e, cioè, *per le violazioni dell'intero co. 6*, sostanzialmente per i casi di stipulazione dei contratti di incarico in mancanza dei presupposti di legge o in violazione del divieto di rinnovo. Ciò, questa volta, avviene in virtù dell'espresso rinvio al co. 5-*quater* dell'art. 36; rinvio contenuto nel co. 6 dell'art. 7 (ult. periodo) e mantenuto dal decreto di revisione del T.U., per effetto del quale le sanzioni sono, anche in tal caso, la nullità, la responsabilità erariale e dirigenziale (*ex art. 21*), l'impossibile erogazione della retribuzione di risultato. Vi si aggiunge il divieto di conversione: *«in ogni caso di violazione delle disposizioni di cui al presente comma [nda: co. 6 dell'art. 7], fermo restando il divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato, si applica quanto previsto dal citato art. 36, comma 5-*quater*».*

Infine, con formula sintetica, di non agevole lettura, il (terzo periodo del) co. 6 dell'art. 7 stabilisce che il *«ricorso ai contratti di cui al presente comma per lo svolgimento di funzioni ordinarie o l'utilizzo di soggetti incaricati ai sensi del medesimo comma come lavoratori subordinati è causa di responsabilità amministrativa per il dirigente che ha stipulato i contratti»*³⁹².

Sono diversi i problemi che si annidano in tali disposizioni e che il legislatore della riforma ha trascurato di affrontare.

Innanzitutto, il divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato non è esplicitato per le ipotesi di "falso lavoro autonomo", né per le violazioni del divieto di collaborazioni etero-organizzate, ma è espressamente previsto per i soli casi di violazione dei presupposti di legittimità (o dei divieti) indicati dal co. 6 dell'art. 7. Benché la giurisprudenza non esiti, anche nelle prime ipotesi, a farne uso- anche perché ragionevolmente ritiene, in tali casi, che, trattandosi di rapporti a termine di fatto subordinati, si entri nel campo di applicazione dell'art. 36, d. lgs. n. 165/2001, e dunque del diritto al risarcimento (*ex co. 5*)- opportuna sarebbe stata una esplicitazione del divieto (anche) con riguardo ai casi di rapporti che di fatto assumono modalità di svolgimento coincidenti con la subordinazione (o con la etero-organizzazione, se e quando opererà il divieto); casi nei quali sono, peraltro, più frequenti e ipotizzabili le richieste di conversione.

³⁹² Sul significato da attribuire alla "responsabilità amministrativa" alla quale fa riferimento la disposizione *de qua*, si rinvia ancora a V. Pinto, *Flessibilità e precarietà*, cit., 257, per il quale il legislatore, con tale formula riassuntiva, avrebbe fatto riferimento alle diverse forme di responsabilità già previste da specifiche disposizioni di legge (responsabilità disciplinare, erariale, possibile responsabilità *ex art. 21* d. lgs. n. 165/001); in termini più dubitativi F. Borgogelli, *Il lavoro autonomo nelle pubbliche amministrazioni*, in R. Del Punta, R. Romei (a cura di), *I rapporti di lavoro*, cit., 522.

In secondo luogo, nessuna delle norme sanzionatorie richiamate³⁹³ fa riferimento al risarcimento del danno a favore del collaboratore che abbia illegittimamente intrattenuto un rapporto di collaborazione con la p.a. e che sia stato, dunque, interessato da un "abuso"³⁹⁴.

Nel contenzioso riguardante le co.co.co. nelle pp.aa. il problema è emerso soprattutto nei casi in cui la richiesta di risarcimento non fosse stata avanzata in giudizio, avendo il collaboratore richiesto la sola conversione del rapporto di collaborazione in rapporto a tempo indeterminato³⁹⁵. In tali casi, le incertezze hanno riguardato sia il riconoscimento del diritto al risarcimento, sia l'individuazione del tipo di responsabilità risarcitoria (contrattuale, pre-contrattuale, extracontrattuale?) gravante sull'amministrazione, sia, infine, la quantificazione del risarcimento.

E benché il diritto al risarcimento possa desumersi dal co. 5 dell'art. 36, tale soluzione appare lacunosa, non tanto perché il co. 5, a differenza del 5-*quater*, non è espressamente richiamato dall'art. 7, quanto perché il medesimo può essere tutt'al più utilizzato, come si è appena chiarito, nei casi di "falso lavoro autonomo" e non nei casi di abuso legato alla violazione dei presupposti di legittimità o dei divieti (per esempio, rinnovo o proroga dell'incarico per un'altra attività; indeterminata dell'oggetto dell'incarico, i.e. dell'obiettivo e/o del progetto).

La questione sembra pertanto destinata a riproporsi con soluzioni che resteranno rimesse all'interpretazione giudiziale.

Un'altra soluzione potrebbe essere quella di ricavare il diritto del collaboratore ad un ristoro economico- *diverso* dal risarcimento- dall'art. 2126 c.c., benché si tratti, anche in tal caso, di disposizione utilizzabile nelle sole ipotesi di collaborazioni che mascherano prestazioni subordinate. Ed infatti, l'eventuale riqualificazione giudiziale di un rapporto falsamente autonomo in uno subordinato e il suo svolgimento per un tempo comunque determinato, potrà condurre a dichiarare nullo il rapporto e ad utilizzare l'art. 2126 c.c. L'amministrazione potrà così essere condannata alla corresponsione del trattamento retributivo e previdenziale che, per tutto il tempo della collaborazione, sarebbe spettato al lavoratore-parte di un regolare rapporto di impiego.

Quanto appena chiarito è ripetutamente affermato dalla Corte di Cassazione nei casi di collaborazione coordinata e continuativa avente i caratteri della subordinazione; fattispecie che per la Corte di legittimità, «*non può mai determinare la conversione del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, potendo il lavoratore conseguire una tutela in termini meramente risarcitori, nei limiti di cui all'articolo 2126 c.c., qualora il contratto di collaborazione abbia la sostanza di rapporto di lavoro subordinato, con conseguente diritto anche alla ricostruzione della posizione contributiva previdenziale*»³⁹⁶.

³⁹³ Né il nuovo co. 5-*bis* dell'art.7, né il co. 5-*quater* dell'art. 36, richiamato, come si è visto, dalla parte finale del co. 6 dell'art. 7, né, infine, il terzo periodo del co. 6.

³⁹⁴ L'unica eccezione è contenuta nel già richiamato art. 15, co. 3, del d. lgs. n. 33/2013 che, nel prevedere, in caso di violazione dell'obbligo di pubblicazione, la responsabilità disciplinare del dirigente e il pagamento, a carico del medesimo, di una sanzione pari alla somma corrisposta, fa salvo «*il risarcimento del danno del destinatario ove ricorrano le condizioni di cui all'articolo 30 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104*».

³⁹⁵ Come ha anche recentemente affermato la Corte di Cassazione (Cass. 8.2.2017, n. 3384), la richiesta di risarcimento dev'essere oggetto di apposita domanda. Nel caso di specie, per es., il ricorrente non aveva proposto una domanda risarcitoria, ma solo una domanda di conversione, che viene, pertanto, rigettata sia nei gradi di merito che in Cassazione.

³⁹⁶ Sempre Cass. 8.2.2017, n. 3384. Conf. la più recente Cass. 5.2.2019, n. 3315 (ord.). Per un precedente di merito parzialmente difforme perché contrario al riconoscimento del diritto alla ricostruzione della posizione previdenziale v. Trib. Bologna 3.5.2007, LPA, 2009, 5, 855, con nota di D. Comandè, *Collaborazione mascherata nelle pp.aa. e tutela risarcitoria: retribuzione da dipendente con previdenza da parasubordinato?*

Diversamente, nel caso in cui l'illegittimità dell'incarico derivi da una violazione delle disposizioni del co. 6, la nullità del medesimo – che è *realmente* un incarico di lavoro autonomo- non potrà richiamare l'art. 2126 c.c., difettando la natura subordinata della prestazione. Sicché in assenza di disposizioni specifiche, potrà tutt'al più farsi applicazione delle norme del codice civile sull'arricchimento senza causa della p.a. (art. 2041 c.c.) e, ove ne ricorrano le condizioni, dell'art. 2043 c.c.³⁹⁷.

La distinzione fra fattispecie e rimedi relativi agli incarichi aventi i caratteri della subordinazione, da una parte, e agli incarichi conferiti in violazione delle disposizioni del co. 6, dall'altra, non è però così nitida nella giurisprudenza, come emerge da un'altra recente pronuncia del Supremo Collegio, nella quale il contratto di collaborazione era stato stipulato *al di fuori dei presupposti di legge*; circostanza in presenza della quale la Corte richiama e applica, comunque, l'art. 2126 c.c.³⁹⁸.

Perciò sarebbe stato opportuno che anche su tali profili si spendesse almeno qualche norma in occasione della "riforma Madia" e della modifica dell'art. 7.

Anche il legislatore della riforma del 2015/2017 sembra essersi mostrato, invece, poco consapevole dei problemi che da tempo affollano il contenzioso relativo alle collaborazioni. Ha infatti mantenuto e ampliato le disposizioni che prevedono le (varie forme di) responsabilità dei dirigenti e, così facendo, ha continuato ad organizzare i dispositivi sanzionatori trascurando di chiarire le conseguenze sostanziali degli abusi.

Anche in tal caso, non è stata puntellata la tutela effettiva (anche se compensativa) di chi ha subito l'abuso ed è rimasta irrisolta (e rinviata alla giurisprudenza) la questione del quali/quantificazione del risarcimento e dell'individuazione del tipo di responsabilità gravante sull'amministrazione³⁹⁹.

6. Questioni aperte e questioni comuni al lavoro a termine e alle collaborazioni. Il futuro è (ancora) nelle mani delle stabilizzazioni o dei dirigenti responsabili?

Per spostarsi dall'esegesi delle disposizioni ad un tentativo di ricomposizione, in chiave critico-valutativa, del quadro delle discipline, si può partire dalla considerazione che, in entrambi gli ambiti normativi (lavoro a termine e collaborazioni), la "riforma Madia" ha ripercorso la strada delle tradizionali sanzioni: la nullità dei contratti, le responsabilità dei dirigenti, il risarcimento del danno per il lavoratore, il divieto di conversione.

Anche per effetto dei diversi intrecci e rimandi esaminati nei paragrafi precedenti, le misure sanzionatorie antecedenti la riforma sono state complessivamente avvalorate, anzi estese ad un più ampio ambito di violazioni: al divieto di collaborazioni etero-organizzate (nuovo co. 5-*bis* dell'art.7); ai settori della scuola e dell'AFAM (nuovo co. 5-*quinqies* dell'art. 36); a *tutti* i contratti di lavoro posti in essere in violazione dell'art. 36 (nuovo co. 5-*quater* dell'art. 36).

In entrambi gli ambiti, infine, il legislatore ha omesso di affrontare la questione del diritto e della quantificazione del risarcimento, lasciando incerta la tutela effettiva di chi ha subito abusi. Nel

³⁹⁷ V. Pinto, *Lavoro subordinato flessibile*, cit., 256-257; F. Borgogelli, *Il lavoro autonomo*, cit., 527.

³⁹⁸ Cass. 6.11.2018, n. 28251. Di fatto, in quella fattispecie, l'assenza dei presupposti di legge dipendeva dall'utilizzo *non temporaneo* della lavoratrice e dalla sua adibizione a mansioni *rientranti nei compiti istituzionali* dell'Agenzia-datore di lavoro (nel caso di specie, l'Agenzia regionale per la tutela dell'ambiente-ARTA/Abruzzo) ed era quindi coincidente con l'assenza della subordinazione. Ciò nonostante, la distinzione compiuta nel testo, concettualmente rilevante anche e soprattutto sul piano degli effetti, non è resa chiara ed esplicita dalla sentenza.

³⁹⁹ Lo notava già V. Pinto, *Lavoro subordinato flessibile*, cit., 256, prima della riforma.

caso delle collaborazioni, è anche rimasto aperto il problema del divieto di conversione, la cui applicazione viene ancora lasciata alla giurisprudenza.

Di certo, il legislatore della “riforma Madia” ha scelto, più o meno consapevolmente, di non misurarsi con le più gravose questioni che da anni affaticano gli interpreti e incrementano i contenziosi.

Il filo del ragionamento sin qui dipanato si riannoda, così, alle considerazioni iniziali di questo contributo: decenni di contenzioso non sono stati sufficienti a rendere la quarta riforma del lavoro pubblico una buona occasione per un ripensamento generale della disciplina della flessibilità in entrata, meglio coordinata anche con le regole vigenti nel settore privato; ciò suona quasi come una resa rispetto alla sfida dell’unificazione della stagione di riforma ispirata da Massimo D’Antona.

È un dato di fatto, invece, che l’applicazione del divieto di conversione è stato compensato dal ricorso alle stabilizzazioni, che hanno chiuso il cerchio delle (deboli) protezioni accordate al personale “avventizio” delle pp.aa.

Anche la “riforma Madia” ha finito per confermare un’inveterata prassi: le stabilizzazioni costituiscono un canale alternativo di accesso ai ruoli⁴⁰⁰ e, addirittura, facoltizzano la proroga dei rapporti di lavoro flessibile per coloro che partecipano alle procedure di stabilizzazione (art. 20, co. 8)⁴⁰¹.

In tale contesto possono comprendersi, ma non condividersi, le ragioni per le quali, in occasione tanto della quarta riforma del lavoro pubblico, quanto della successiva riforma dei contratti di lavoro a tempo determinato, l’attenzione legislativa non si sia concentrata su nuove e più coordinate regole sull’uso della flessibilità in entrata, né sulle sanzioni (né, specificamente, sui risarcimenti), ma sulle stabilizzazioni.

Quel che è certo è che sono prevalse contingenti preoccupazioni di riduzione del precariato storico e che tale circostanza ha collocato l’opzione di politica legislativa messa in campo in occasione della “riforma Madia” nel solco di esperienze settoriali recenti, prima fra tutte quella della stabilizzazione e del piano straordinario di assunzioni dei docenti precari, disposti dalla “legge sulla buona scuola” (l. n. 107/2015).

Si tratta di una opzione che sia la Corte costituzionale (Corte cost. n. 187/2016⁴⁰²) che la Corte di Cassazione (Cass. n. 22552/2016) hanno, fra l’altro, sostenuto, anch’esse a scapito delle conseguenze sostanziali degli abusi (e, in particolare, dei risarcimenti), ritenendo che la misura della stabilizzazione sia idonea a riparare, in forma specifica, i danni subiti dal personale precarizzato ammesso ad usufruirne.

⁴⁰⁰ Su tale prassi, da ultimo, G. Fontana, *La strana storia*, cit. Oltre alle stabilizzazioni previste dalla legge di stabilità per il 2013 (v. *retro*, nota 64), vanno almeno ricordate quelle disposte nel periodo immediatamente successivo alla pubblicazione delle due sentenze della CgUe del 2006 sui casi Marrosu e Sardino e Vassallo e previste dalle leggi n. 296/2006 e 244/2007.

⁴⁰¹ Cfr. *retro*, nota 64.

⁴⁰² Si ricorda che la sent. n. 187/2016 sui precari della scuola ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 4, commi 1 e 11, della l. 124/1999, nella parte in cui autorizzava, in mancanza di limiti di durata massima totale dei rapporti di lavoro a termine, il rinnovo potenzialmente illimitato dei contratti per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti nonché di personale ATA, pur avendo, al tempo stesso, chiarito che l’illecito comunitario era cancellato dal diritto sopravvenuto (l. n. 107/2015).

Giova infatti ricordare che la Consulta ha affermato, sia pure incidentalmente, che la scelta della stabilizzazione «è più lungimirante rispetto a quella del risarcimento»⁴⁰³ e costituisce un adeguato ristoro per il personale interessato. Analogamente, la Cassazione, nella nota sentenza sul precariato scolastico, ha dichiarato che «si tratta al contempo di una sanzione e, sotto il versante del beneficiario, di una riparazione in linea di principio la più ragionevole e soddisfacente», «una misura ben più satisfattiva di quella per equivalente», sicché, «in tal guisa l'abuso perpetrato e l'illecito commessi sono stati, rispettivamente, oggettivamente represso e tendenzialmente riparato»⁴⁰⁴.

Per tale limite di prospettiva, la “riforma Madia”, al pari della rivisitazione della disciplina del lavoro a termine operata nella corrente legislatura – per effetto della quale sono rimaste senza seguito le norme di esclusione delle pp.aa. dall’ambito applicativo delle più significative nuove regole-, appare non solo come una riforma interrotta, ma anche come un intervento che ha smarrito il filo che avrebbe dovuto legarlo alle prime due stagioni di riforma. Ciò che in quest’ultimo tratto del percorso riformatore sembra essersi smarrito è il “principio di unificazione” tra regolazione del lavoro pubblico e del lavoro privato⁴⁰⁵, non solo in ragione delle svariate norme di esclusione richiamate nei §§ precedenti (e della esistenza di molteplici microsystemi regolativi speciali), ma anche del rafforzamento di un apparato sanzionatorio diverso, basato, oltre che sul risarcimento, sulle responsabilità dei dirigenti⁴⁰⁶.

E tuttavia, l’idea che, in caso di violazione dei divieti, queste ultime possano efficacemente funzionare come elemento della “totalità del sistema delle misure sanzionatorie”, rendendo, in ultimo, equivalente, effettivo e dissuasivo l’apparato sanzionatorio del settore pubblico, è stata avvalorata anche dal contenzioso sui contratti a termine che ha investito la CgUe. L’idea, suggerita nelle Conclusioni dell’Avv. Gen. Maciej Szpunar nella causa Santoro⁴⁰⁷, è stata raccolta dalla CgUe, la quale, in un rapido ma significativo passaggio della sentenza, ha proprio richiamato, fra le altre misure destinate a prevenire e sanzionare il ricorso abusivo ai contratti a tempo determinato, la

⁴⁰³ Quest’ultimo, per riportare le parole della Corte costituzionale garantisce «all’intera massa di docenti precari la possibilità di fruire di un accesso privilegiato al pubblico impiego fino al totale scorrimento delle graduatorie ad esaurimento, secondo quanto previsto dal comma 109 dell’art. 1 della legge n. 107 del 2015, permettendo loro di ottenere la stabilizzazione grazie o a meri automatismi (le graduatorie) ovvero a selezioni blande (concorsi riservati)». Si ricorda ancora che la decisione de qua la Corte costituzionale ha escluso, in via interpretativa, il risarcimento per i soggetti coinvolti nella stabilizzazione.

⁴⁰⁴ Più precisamente, secondo Cass. 7.11.2016, n. 22552, la misura della stabilizzazione è idonea misura risarcitoria in forma specifica nei seguenti tre casi: «nel caso di concreta assegnazione del posto di ruolo»; «nella ipotesi della certezza di fruire, in tempi certi e ravvicinati, di un accesso privilegiato al pubblico impiego, nel tempo compreso fino al totale scorrimento delle graduatorie ad esaurimento, secondo quanto previsto dal comma 109 dell’art. 1 della legge n. 107 del 2015» (punto 89 della sentenza); nella stabilizzazione «assicurata ai docenti attraverso precedenti strumenti concorsuali o selettivi diversi da quelli contenuti nella citata legge 107/2015» (punto 90 della sentenza), mentre al di fuori di queste ipotesi il docente ha diritto al risarcimento del danno, nel rispetto dei criteri di quantificazione affermati dalla stessa Cass. nella sent. n. 5071, pronunciata dalle SS. UU, il 15.3.2016.

⁴⁰⁵ Sul punto *amplius* B. Caruso, *Le riforme e il lavoro*, cit. L’opportunità di omologare la regolazione del lavoro pubblico a quella del lavoro privato, anche con riguardo alla disciplina dei contratti a termine, è ribadita dal *Rapporto sulle pubbliche amministrazioni in Italia- Reinventare lo Stato*, a cura dell’Associazione Amici di Marco Biagi, 2018, sp. 21-22.

⁴⁰⁶ Sul tema v. E. Pasqualetto, *I molteplici profili di responsabilità*, cit.

⁴⁰⁷ Nelle Conclusioni l’Avv. gen. suggeriva infatti che «la valutazione dell’effetto deterrente delle misure sanzionatorie dovrebbe essere effettuata tenendo conto non solo di quelle previste a favore dei lavoratori vittime dell’utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato, bensì anche della totalità delle misure disponibili» (Conclus. § 71). Per questo aspetto l’Avv. gen. invitava i giudici- e il giudice del rinvio in particolare – a verificare, con particolare rigore, se, nella prassi, la condizione richiesta dal c. 5 del 36 – che è quella del “dolo o colpa grave” del dirigente- consenta ai responsabili di sottrarsi sistematicamente alle sanzioni (Conclus. § 72).

responsabilità amministrativa – per dolo o colpa grave- del dirigente “abusante” e la possibilità di non erogare al medesimo la retribuzione di risultato⁴⁰⁸.

Una rinnovata enfasi sulle responsabilità dei dirigenti sembra posta da altri recenti pronunciamenti: dalla decisione emessa dalla CgUe nel caso Sciotto⁴⁰⁹, alla decisione del Consiglio di Stato sui richiami in servizio del personale volontario della Croce Rossa⁴¹⁰.

E se pure, ad oggi, non si conoscono azioni di responsabilità nei confronti dei dirigenti (anche perché gli abusi spesso dipendono dalle scelte degli esponenti politici, i quali tendono ad evitare lo scontro con i dirigenti⁴¹¹), anche le riflessioni scientifiche non si sottraggono al fascino di quella che ancor oggi potrebbe definirsi «la neolingua del pubblico impiego riformato». «Si scrive che i dirigenti operano con le capacità e i poteri del privato datore di lavoro, ma si legge che sono responsabili per ogni indebito ricorso a forme di impiego flessibili (e che questo è il punto di forza del sistema sanzionatorio del settore pubblico)», si potrebbe dire riprendendo provocatoriamente il tono delle intitolazioni di Massimo D’Antona.

Si rimarca, così, che le responsabilità di chi sceglie e pone in essere le decisioni di assunzione non dovrebbero più essere “tutte teoriche” perché prive di riscontri nella realtà⁴¹²; che le medesime dovrebbero funzionare come strumento di attivazione, da parte delle amministrazioni, di dispositivi virtuosi di “auto-correzione”⁴¹³ (e, cioè, come leva in grado di scardinare le pressioni provenienti dagli organi di governo e di vertice in favore dell’abuso della flessibilità) e, infine, che la dirigenza dovrebbe, opportunamente, innescare tale leva «per salvare sé stessa»⁴¹⁴.

Sin qui una neolingua che ri-accentua le differenze fra “pubblico” e “privato”.

E che ci pone di fronte ad un’ultima domanda: le opzioni compiute in occasione della quarta riforma sono condivisibili? le stabilizzazioni e le responsabilità dei dirigenti basteranno a sanare l’uso abusivo dei contratti a termine e delle collaborazioni? O, una volta chiusa l’ennesima fase di stabilizzazioni, si ripresenteranno le condizioni per il formarsi di sacche di personale avventizio e fuori ruolo, preludio di nuove ondate di stabilizzazione?

È probabile che, al pari delle stabilizzazioni, anche l’enfasi che il legislatore ha posto sulle responsabilità dei dirigenti - peraltro in linea con un esasperato ritorno alle sanzioni per il

⁴⁰⁸ Nella parte finale della sentenza si legge infatti che «dal fascicolo a disposizione della Corte si evince che la normativa nazionale prevede altre misure destinate a prevenire e sanzionare il ricorso abusivo a contratti a tempo determinato. Difatti, l’articolo 36, comma 5, del decreto legislativo n. 165/2001 dispone che le amministrazioni sono tenute a recuperare, nei confronti dei dirigenti responsabili, le somme pagate ai lavoratori a titolo di risarcimento del danno sofferto a causa della violazione delle disposizioni relative al reclutamento o all’impiego, quando detta violazione sia dovuta a dolo o colpa grave. Una siffatta violazione dovrebbe essere inoltre presa in considerazione ai fini della valutazione dell’operato di detti dirigenti i quali, a causa della citata violazione, non potrebbero ottenere un premio di risultato».

⁴⁰⁹ CgUe 25 ottobre 2018, C-331/17, *Martina Sciotto c. Fondazione Teatro dell’Opera di Roma*. Nella sentenza si sottolinea, infatti, che spetta al giudice del rinvio verificare se la chiamata in causa delle responsabilità dei dirigenti rivesta un carattere sufficientemente effettivo e dissuasivo tale da garantire la piena efficacia delle norme adottate in applicazione dell’accordo quadro (punto 63).

⁴¹⁰ Cons. di Stato 6 ottobre 2018, n. 5720. Un’enfasi quasi maggiore, rispetto al risarcimento, viene a porsi proprio sulla responsabilità dei dirigenti che, nella menzione dei rimedi che contraddistinguono l’apparato sanzionatorio del settore pubblico, è anteposta al risarcimento («l’effettività dell’apparato che sanziona l’abuso nel rinnovo dei contratti a tempo determinato è assicurato non solo dalla responsabilità amministrativa cui sono sottoposti i dirigenti che violano la disciplina imperativa dei collaborazioni flessibili con la pubblica amministrazione, ma anche dallo speciale regime risarcitorio che assicura al lavoratore pubblico un danno minimo presunto»).

⁴¹¹ Lo nota L. Menghini, *I contratti*, cit., 170.

⁴¹² Tali le definisce L. Menghini, *I contratti*, cit., 146.

⁴¹³ V. Pinto, *Lavoro subordinato flessibile*, cit., 15.

⁴¹⁴ E. Ales, *L’utilizzo temporaneo*, cit., 486.

lavoratore pubblico⁴¹⁵ - accentui solo le distanze regolative sistemiche tra pubblico e privato, piuttosto che ridurle, come si sarebbe potuto (e si potrebbe ancora) fare in una logica ispirata ad una differenziazione regolativa opportuna e sostenibile⁴¹⁶.

Ed è altrettanto probabile che porre l'accento sulle conseguenze che, in termini punitivi, scaturiscono, per i responsabili, dall'indebito ricorso a forme di impiego flessibili risponda ad una «concezione formalistica e cartolare della legalità, in tutto e per tutto ignara di obiettivi e vincoli di efficienza»⁴¹⁷, non contribuendo a migliorare l'efficacia delle decisioni organizzative e, fra queste, delle determinazioni sulla consistenza e la composizione degli organici⁴¹⁸ che richiederebbero, piuttosto, una più convinta diffusione di culture e *pratiche manageriali applicate alle risorse umane*⁴¹⁹.

L'ultima riflessione riguarda allora la possibilità di rinvenire, fra le pieghe della riforma del 2015/2017, dispositivi virtuosi che agevolino, a monte, un buon uso della flessibilità e che pertanto consentano un bilancio meno negativo della riforma.

Con un certo ottimismo della volontà, è in effetti possibile rintracciare nelle novità del 2015/2017, una serie di meccanismi – alcuni richiamati già all'inizio di questo contributo – che, malgrado il mancato ripensamento della disciplina generale degli usi e abusi della flessibilità, potrebbero garantire un utilizzo più sano e fisiologico dei contratti di lavoro flessibili, agevolando una gestione più efficiente e manageriale di ciò che tale risorsa può offrire al funzionamento degli apparati.

Si può immaginare, per esempio, che una “sana flessibilità”, come principio di macro-organizzazione collegato ad una corretta programmazione strategico-gestionale delle risorse umane, possa essere favorita dal virtuoso funzionamento dei PTFP.

⁴¹⁵ M. Militello, *Etica comportamentale*, cit.

⁴¹⁶ B. Caruso, *Le riforme e il lavoro*, cit.

⁴¹⁷ M. D'Antona, *La disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni dalla legge al contratto*, in *Opere, Scritti sul pubblico impiego e sulla pubblica amministrazione*, Giuffrè, 2000, vol. V, 190, già in S. Battini, S. Cassese, (a cura di), *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, 1997, 1.

⁴¹⁸ In linea, peraltro, con l'ancora vigente co. 2 dell'art. 5 T.U. per il quale competono ai dirigenti - i quali operano «con le capacità e i poteri del privato datore di lavoro» - «le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro». I poteri decisionali relativi alla consistenza e alla composizione degli organici sono riconducibili altresì agli artt. 16 e 17 del T.U., in particolare, alla lett. a-bis del co. 1 dell'art. 16 (per cui dirigenti «propongono le risorse e i profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti dell'ufficio cui sono preposti anche al fine dell'elaborazione del documento di programmazione triennale del fabbisogno di personale di cui all'articolo 6, comma 4») e alla lett. d-bis del co. 1 dell'art. 17 (per cui i dirigenti «concorrono all'individuazione delle risorse e dei profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti dell'ufficio cui sono preposti anche al fine dell'elaborazione del documento di programmazione triennale del fabbisogno di personale di cui all'articolo 6, comma 4»). Sulla parificazione dei poteri di gestione del personale nel “privato” e nel “pubblico” e all'indomani della seconda privatizzazione, v. ancora M. D'Antona, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro*, cit.

⁴¹⁹ In questi termini ancora B. Caruso, *Le riforme e il lavoro*, cit., ma v. sp. i capp. dedicati alla *Responsabilità politica e dirigenziale: la quadratura del cerchio* e alla *Educazione permanente dei dirigenti e dei dipendenti nel Rapporto sulle pubbliche amministrazioni*, cit., nei quali si insiste sulla opportunità di una formazione manageriale dei dirigenti pubblici e si sottolinea, riprendendo il pensiero di C. Deodato, che «il contesto ordinamentale sanzionatorio nel quale si muove il dirigente pubblico presenta rilevanti profili di indeterminatezza, atipicità e imprevedibilità, per eccesso della proliferazione di fattispecie indefinite di responsabilità (come tali violative delle esigenze minime dello Stato di diritto), che inducono, nella psicologia del dirigente, uno stato di preoccupazione e che rischiano di provocare, di conseguenza, la paralisi dell'azione amministrativa. La recente legislazione ha moltiplicato gli adempimenti formali e burocratici estranei alla *mission* della struttura, producendo, ad esempio, una nuova burocrazia dell'anticorruzione (...) Il dirigente, al quale va restituito un rinnovato e credibile profilo di *civil servant*, deve essere messo nelle condizioni di assumersi le sue (doverose) responsabilità istituzionali: deve, cioè, poter lavorare senza temere conseguenze sfavorevoli, imprevedibili, potendo dedicare la maggior parte del suo tempo all'assolvimento dei compiti dell'ufficio, con dotazioni organizzative adeguate e in un quadro normativo chiaro e scevro da ambiguità» (111-112).

Questi ultimi- come già chiarito dalle prime *Linee di indirizzo* (D.M. 8 maggio 2018)- dovranno indicare, oltre alle assunzioni a tempo indeterminato previste nel triennio, «ogni forma di ricorso a tipologie di lavoro flessibile nel rispetto della disciplina ordinamentale di cui agli articoli 7 e 36 del d. lgs. n. 165/2001».

In una visione più generale, i “piani” dovrebbero consentire, non solo una più oculata programmazione delle risorse- con un’indicazione puntuale di quelle che si intendono acquisire con forme contrattuali flessibili-, ma anche una rimodulazione annuale- qualitativa e quantitativa - della necessaria provvista di personale e, dunque, di per sé, una maggiore adattabilità/flessibilità organizzativa.

Altro strumento al quale potrebbe agganciarsi l’effettività della disciplina sui contratti flessibili e gli incarichi è il controllo esterno esercitato dagli OIV, dai nuclei di valutazione e dal Dipartimento della Funzione pubblica; soggetti ai quali è affidata l’attività di monitoraggio, a sua volta legata all’obbligo delle pp.aa. di trasmettere annualmente il rapporto informativo sulle tipologie di lavoro flessibile utilizzate nell’anno solare precedente⁴²⁰. Sia la trasmissione del rapporto che l’attività di controllo esterno dovrebbero, ovviamente, assumere più una funzione di rendicontazione e verifica di sana e virtuosa flessibilità che di auto-controllo e stigmatizzazione di abusi per evitare un inutile incremento della “babilonia dei controlli”⁴²¹.

La presenza di tali dispositivi lascia sperare che un corretto impiego della flessibilità in entrata nei settori pubblici possa essere garantito - oltre che da precetti (che richiederebbero solo “adempimenti”) e sanzioni- dalla concreta capacità delle amministrazioni di pianificare in modo adeguato la propria attività e i propri fabbisogni⁴²² (puntando più sui “risultati”), come il legislatore della riforma sembra in effetti aver richiesto (v. *retro*, § 2)⁴²³.

A non voler essere troppo ingenerosi verso la riforma del 2015/2017, può dirsi che il corretto funzionamento dei nuovi meccanismi generali di programmazione delle attività e organizzazione degli uffici (in sinergia con i dispositivi di monitoraggio e verifica della gestione delle risorse umane) potrebbe riportare l’uso delle flessibilità nelle pp.aa. nell’alveo dei valori dell’etica pubblica⁴²⁴ e del principio costituzionale del buon andamento, determinando un vero “cambio di passo” delle amministrazioni e una riemersione della «tensione pratica a garantire la “buona amministrazione”»⁴²⁵.

⁴²⁰ Cfr. l’art. 36, co. 3 e l’art. 7, co. 6, ult. periodo, contenente rinvio alla prima disposizione. A tale obbligo si aggiunge l’obbligo informativo sulle consulenze richiamato *retro* alla nota 45. Sul “peso” del controllo esterno contro l’abuso delle forme flessibili v. già, dopo gli interventi del 2008-2013 sull’art. 36, E. Ales, *Contratti a termine e pubbliche amministrazioni: quousque tandem...*, nota a Cass. 21 agosto 2013, n. 19371 e 2 dicembre 2013, n. 26951, *RIDL*, 2014, II, sp. 93-94.

⁴²¹ G. Della Rocca, A. M. Ponzellini, *I dilemmi della riforma dell’organizzazione pubblica: adempimenti o risultati?*, *DLM*, 2018, 173, i quali riprendono E. D’Alterio, *I controlli sull’uso delle risorse pubbliche*, Giuffrè, 2015.

⁴²² V. Pinto, *Lavoro subordinato flessibile*, cit., 13.

⁴²³ Sulla opportunità di abbandonare, nell’organizzazione delle pp.aa., la logica per sanzioni a vantaggio di logiche di tipo motivazionale e di coinvolgimento e di stili di *management* pubblico più vicini a quelli delle imprese private v. ancora G. Della Rocca, A. M. Ponzellini, *I dilemmi della riforma*, cit.

⁴²⁴ V. Cerulli Irelli, *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative in La corruzione amministrativa. Cause, prevenzioni e rimedi*, F. Merloni, L. Vandelli (a cura di), Firenze, 2010, 90; P. Piras, *Il buon andamento nella pubblica amministrazione tra etica pubblica e corruzione: la novella del nemico immortale, Il diritto dell’economia*, 2015, 1, 35.

⁴²⁵ L. Zoppoli, *Perché una quarta riforma*, cit., 13 (il quale richiama F. Merusi, *L’“imbroglio” delle riforme amministrative*, Mucchi editore, 2016). Ma in tema v. sp. S. Cassese, *Relazione alla “Giornata sul diritto alla buona amministrazione” per il 25° anniversario della legge sul “Sindic de Greuges” della Catalogna, Barcellona, 27 marzo 2009*.

La valutazione della *performance* nelle pubbliche amministrazioni: stato dell'arte e nodi (ancora) da sciogliere

Elisa D'Alterio

1. Introduzione.	113
2. Le “ragioni” della valutazione dei dipendenti pubblici.	113
3. Lo stato dell'arte: i problemi di partenza.	115
4. I contenuti principali della riforma.	117
5. I nodi (ancora) da sciogliere.	118
6. Quali prospettive?	121

1. Introduzione.

Intorno al tema della valutazione della performance nelle pubbliche amministrazioni ruotano almeno tre questioni principali, così sintetizzabili: in primo luogo, a che cosa serve la valutazione della performance nel settore pubblico? Perché, in altri termini, è prevista una tale attività nel nostro (e non solo) sistema amministrativo?

In secondo luogo, se è vero che la valutazione “serve” teoricamente a qualcosa, sta realmente “servendo” allo stato dei fatti? Perché e come è intervenuta su questo tema la quarta riforma del lavoro pubblico?

Infine, in quale misura l'intervento di questa riforma è stato esaustivo? Vi sono ancora aspetti migliorabili o le principali disfunzioni sono destinate a rimanere insolute?

A questi tre gruppi di domande il presente contributo prova a dare, nell'ordine, una risposta.

2. Le “ragioni” della valutazione dei dipendenti pubblici.

Il modello della valutazione della performance, applicato attualmente nel settore pubblico, proviene, in larga misura, dal settore privato-aziendale⁴²⁶. In quest'ultimo contesto, il modello funziona in modo abbastanza agevole. A ogni dipendente sono attribuiti determinati obiettivi di performance in base alle caratteristiche della propria attività; il dipendente guadagna al mese un certo importo fisso ma ha la possibilità di incrementare il proprio guadagno sulla base del raggiungimento degli obiettivi, valutati a fine anno o semestralmente (il premio viene erogato sempre a posteriori, sulla base di una precisa rendicontazione curata da un apposito ufficio). La valutazione è preceduta da una misurazione e ha il fine sia di incentivo nei confronti del singolo, sia (soprattutto) di impulso alla produzione, sia di remunerazione.

Nel settore pubblico, la valutazione, pur essendo stata sempre principalmente associata al giudizio sui singoli dipendenti (o più correttamente sui dirigenti: si ricorda il d.lgs. 30 luglio 1999, n. 286), assolve finalità, in larga misura, diverse da quelle che caratterizzano il settore privato⁴²⁷. La differenza di base, come è noto, riguarda le origini delle risorse: mentre nel settore privato esse vengono create attraverso il lavoro dei dipendenti e costituiscono esse stesse il parametro principale di valutazione, nel settore pubblico le risorse non sono create/prodotte dalle amministrazioni ma sono, per così dire, “calate dall'alto”, in quanto oggetto di una precisa predeterminazione e allocazione stabilita dalla programmazione economico-finanziaria nazionale ed europea.

Ad esclusione della produzione di beni e servizi pubblici finali (ormai in larga misura esternalizzata), le pubbliche amministrazioni, generalmente, non producono nuove risorse o profitto (una nota teoria riconosce, semmai, la produzione di c.d. “valore pubblico”)⁴²⁸ ma hanno

⁴²⁶ Il testo riproduce, con alcune successive integrazioni, la relazione tenuta al convegno “La IV Riforma del lavoro pubblico (tra buon andamento, imparzialità ed efficienza della Pubblica Amministrazione)”, svoltosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Catania, il 16 marzo 2018.

⁴²⁷ L'applicazione di modelli privatistici-aziendalistici nel settore pubblico ai fini della gestione delle risorse umane è stato – ed è in parte tuttora – oggetto dell'ampia letteratura sul c.d. *New Public Management*. Tra le tante opere sul tema a livello internazionale, si cfr. J. Kooiman, M. Van Vliet, *Governance and Public Management*, in K.A. Eljassen e J. Kooiman (a cura di), *Managing Public Organizations: Lessons from Contemporary European Experience*, Sage, London, 1993, *passim*.

⁴²⁸ V. Talamo, *Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, 469.

⁴²⁸ M.H. Moore, *Creating Public Value. Strategic Management in Government*, Harvard University Press, 1997, *passim*.

il problema di controllare se le risorse (economiche, strumentali, umane), che sono loro assegnate dal bilancio, siano utilizzate correttamente e, in termini più generali, nell'interesse della collettività.

In questa prospettiva, la valutazione non serve – e ciò potrebbe sembrare un paradosso – a “valutare” (nel senso di dare un giudizio) e, nemmeno, a remunerare o premiare: la valutazione della performance serve, primariamente, a controllare se l'uso delle risorse pubbliche (ampiamente intese) sia avvenuto in modo efficiente ed efficace⁴²⁹. Tale attività esprime, dunque, una funzione più ampia, che è quella di controllo sulle pubbliche amministrazioni e, conseguentemente, sull'operato del governo⁴³⁰.

Questa definizione richiede di evidenziare almeno quattro aspetti.

In primo luogo, la valutazione della performance è un controllo gestionale (ben distinto dai controlli di legittimità o di regolarità amministrativa e contabile, che sono controlli di conformità), il cui oggetto corrisponde alla c.d. “performance amministrativa”. Questa espressione, “codificata” per la prima volta con il d.lgs. n. 150/2009 (c.d. riforma Brunetta), indica “il contributo che l'organizzazione (o unità organizzativa o gruppo di individui o singolo individuo) apporta al raggiungimento delle finalità e degli obiettivi assegnati e, in ultima istanza, alla soddisfazione dei bisogni per i quali l'organizzazione stessa è stata costituita”⁴³¹.

La nozione di performance non identifica un oggetto preciso del controllo (può essere un atto, un contratto, un conto, un rendiconto, un comportamento, ecc.) ma tende ad includere qualsiasi tipo di attività (generalmente intesa) e comportamento rilevanti sul piano dell'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa⁴³².

In secondo luogo, mezzi ed effetti del controllo sono molto particolari. I mezzi corrispondono a parametri tecnici e metodi, a loro volta collegati alla predefinizione di obiettivi, indicatori, livelli attesi (ormai contenuti negli atti di programmazione – piani della performance, documenti unici di programmazione, piani esecutivi di gestione, ecc. – ma anche nei sistemi di misurazione e valutazione delle performance)⁴³³.

Per quanto riguarda gli effetti, alla valutazione consegue la determinazione di “premierità” da corrispondere ai singoli dipendenti (a partire dalla definizione della componente della retribuzione accessoria correlata alla c.d. “produttività”), ma anche la possibile irrogazione di sanzioni (fino, persino, al licenziamento disciplinare)⁴³⁴.

⁴²⁹ Sui limiti del collegamento tra la valutazione delle *performance* e il sistema delle remunerazioni nel settore pubblico, cfr. A. Weibel, K. Rost K e M. Osterloh, *Pay for Performance in the Public Sector—Benefits and (Hidden) Costs*, in *Journal of Public Administration Research and Theory*, n. 20, 2009, 387 ss.

⁴³⁰ Sul punto, si consenta di rinviare a E. D'Alterio, *Il controllo sull'uso delle risorse pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2015, *passim* e a Id., *Il lungo cammino della valutazione nelle pubbliche amministrazioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5, 2017, 570 ss.

⁴³¹ Tale definizione è tratta dalla delibera Civit, n. 112/2010. La definizione è stata ripresa anche nelle più recenti linee guida del Dipartimento della funzione pubblica (*Linee guida per il Piano della performance. Ministeri*), n. 1, giugno 2017.

⁴³² L. Hinna e G. Valotti (a cura di), *Gestire e valutare la performance nella p.a. Guida per una lettura manageriale del d.lgs. n. 150/2009*, Maggioli, Rimini, 2010, *passim*.

⁴³³ Si v. gli articoli 7 e 10 del d.lgs. n. 150/2009.

⁴³⁴ Si v., in particolare, il c.d. “licenziamento per scarso rendimento” (art. 55 *quater*, comma 1, lett. f *quinquies*, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165). Da queste precisazioni si ricava come la previsione di c.d. premi e l'irrogazione di sanzioni vadano più correttamente considerati come possibili effetti delle attività di valutazione ma non come fini.

In terzo luogo, come ogni attività di controllo, anche la valutazione ha i suoi controllori. Ogni amministrazione ha un proprio Organismo indipendente di valutazione-Oiv (o anche Nucleo di valutazione), con il compito generale di garantire il corretto funzionamento dell'intero ciclo di gestione della performance. Tale Organismo svolge anche attività di valutazione, dovendo sia valutare la performance organizzativa dell'amministrazione, sia proporre la valutazione della performance individuale dei vertici amministrativi⁴³⁵. La valutazione, invece, della performance individuale del resto del personale (dirigenziale e non) si basa su un meccanismo c.d. "a cascata", per cui, in estrema sintesi, il livello sovraordinato valuta quello sottordinato. L'imparziale svolgimento dell'attività di valutazione in questo caso dovrebbe essere, comunque, garantito dall'obbligo, da parte del valutatore, di attenersi ai metodi, parametri e schede di valutazione prestabilite nei sistemi di misurazione e valutazione della performance e dal controllo generale dell'Oiv.

Infine, la finalità generale del controllo è verificare e garantire la gestione efficiente ed efficace delle risorse (strumentali, umane, ecc.) secondo gli indirizzi del governo (obiettivi politico-strategici) e, al contempo, far valere la responsabilità dello stesso governo e della burocrazia in ordine al rispetto dei predetti indirizzi.

In particolare, con riferimento al governo, i controlli gestionali hanno il fine di garantire che lo stesso, nella formulazione degli indirizzi nell'uso delle risorse, sia vincolato al rispetto di metodologie e parametri oggettivi (indicatori, target, mappature dei rischi, standard), sulla base dei quali dovrebbe essere possibile valutare le politiche di gestione e di spesa realizzate e far valere le responsabilità.

Rispetto all'amministrazione, invece, l'esercizio di questi controlli permette di verificare specificamente l'attuazione degli indirizzi impartiti dai vertici politici (attraverso le attività di misurazione e valutazione) e di far valere le responsabilità dell'amministrazione in ordine agli stessi (tanto dei dirigenti, quanto ormai del personale non dirigente).

Tali finalità indicano "ciò a cui serve", primariamente, la valutazione delle performance nel settore pubblico e costituiscono le ragioni complessive (ma non esclusive) della previsione di tale attività nel nostro sistema amministrativo⁴³⁶.

3. Lo stato dell'arte: i problemi di partenza.

In fase di attuazione delle previsioni sia del d.lgs. n. 286/1999 (c.d. riforma Bassanini), sia del successivo d.lgs. n. 150/2009 (già citata riforma Brunetta), sono emersi molteplici profili problematici⁴³⁷. Volendo riassumerne i principali, è possibile evidenziare le seguenti questioni.

Una prima questione attiene allo scarso coordinamento della disciplina della valutazione con altre "confinanti", con cui si sono create eccessive sovrapposizioni e, quindi, inutili adempimenti per le amministrazioni. Vi sono problemi di coordinamento, ad esempio: tra la disciplina del controllo di gestione e quella della valutazione della performance; tra il sistema dei controlli gestionali previsto

⁴³⁵ Si v. l'art. 14, comma 4, lett. e), d.lgs. n. 150/2009.

⁴³⁶ Questa finalità principale delle attività di misurazione e valutazione nelle pubbliche amministrazioni non esclude, naturalmente, altri rilevanti fini, quali quelli del miglioramento organizzativo e del più efficiente uso delle risorse pubbliche (includere quelle umane).

⁴³⁷ Si cfr. F. Fracchia, *I fannulloni pubblici e l'irritazione di Brunetta*, Editoriale scientifica, Napoli, 2011, *passim*. Sulla precedente riforma, C. D'Orta, *I dirigenti pubblici: custodi della legalità o managers?*, in Aa.Vv., *Miti e paradossi della riforma della burocrazia*, Mondadori, Milano, 2005, *passim*.

dal Testo unico degli enti locali⁴³⁸ e la disciplina applicata a livello nazionale anche sulla base degli indirizzi del Dipartimento della funzione pubblica; tra il predetto sistema dei controlli e il ciclo economico-finanziario; tra i contenuti della valutazione della performance e la qualità dei servizi pubblici⁴³⁹.

Con particolare riferimento al rapporto con la programmazione economico-finanziaria, va altresì notato che il legislatore ha mostrato nel tempo un approccio contraddittorio. Nonostante con il d.lgs. n. 74/2017 si sia cercato di rafforzare – come si esaminerà più avanti – il legame tra i due cicli di programmazione (economico-finanziaria e gestionale), un precedente intervento legislativo del 2016 ha eliminato dalla disciplina delle note integrative al bilancio dello Stato (art. 21, legge n. 196/2009) il riferimento ai sistemi di valutazione della performance, così compromettendo il predetto legame⁴⁴⁰.

Una seconda rilevante questione riguarda il ruolo dell'Oiv. Si tratta di un ruolo – come evidenziato dalla Corte dei conti⁴⁴¹ – caratterizzato da una diffusa “indifferenza istituzionale”. L'Oiv è scarsamente considerato dal vertice politico dell'amministrazione (che, in genere, sottovaluta la rilevanza della programmazione strategico-gestionale, ritenendola un adempimento formale e tecnico), ma anche dai vertici amministrativi e dalla amministrazione nel suo complesso, rispetto a cui tale Organismo ha poteri poco incisivi.

Anche in questo caso emerge una contraddizione. Da una parte, è avvertita l'esigenza di garantire la massima imparzialità e indipendenza dell'Oiv (obiettivo, quest'ultimo, che la riforma ha parzialmente centrato), dall'altra, l'Organismo continua, in taluni (ma sempre più rari) casi, ad essere impropriamente configurato come un ufficio di staff del vertice politico (peraltro, in molte ipotesi, composto da soggetti interni alla stessa amministrazione), in analogia al precedente regime dei Secin (Servizi di controllo interno dei ministeri).

A questo paradosso ha, in verità, parzialmente contribuito lo stesso d.lgs. n. 150/2009, nella parte in cui sia ha disposto la mera sostituzione dei Secin con gli Oiv, lasciando quindi – erroneamente – intuire l'esistenza di una continuità (art. 14, comma 2), sia ha permesso che soggetti interni potessero esserne componenti, così compromettendo di fatto la reale “indipendenza” dell'Organismo (quindi, solo nominale) e l'effettiva “piena autonomia” nell'esercizio dei propri poteri (sempre art. 14, comma 2).

Altra questione ancora è lo scarso rilievo attribuito al collegamento tra la performance organizzativa dell'ufficio/struttura e la performance individuale del titolare. A questo

⁴³⁸ Si v. gli articoli 147 ss. del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

⁴³⁹ L'art. 8, comma 1, lett. g), del d.lgs. n. 150/2009 identifica, tra gli ambiti di misurazione e valutazione della *performance* organizzativa, “la qualità e la quantità delle prestazioni e dei servizi erogati”. Di conseguenza, a livello almeno normativo, il coordinamento tra le due discipline è previsto. Tuttavia, a livello attuativo, gli indirizzi impartiti al riguardo sono rappresentati da una sola e datata delibera della Civit (n. 88/2010), a cui non sono seguiti ulteriori indicazioni e aggiornamenti. Al momento, con la trasformazione della Civit in Anac (2014), non è chiaro quale sia l'istituzione pubblica preposta ad emettere indirizzi in questo ambito. Ciò rappresenta una grave lacuna dell'ordinamento.

⁴⁴⁰ Originariamente, l'art. 21, comma 11, lett. a) della legge n. 196/2009 stabiliva che la nota integrativa “indica le risorse destinate alla realizzazione dei predetti obiettivi e riporta gli indicatori di realizzazione ad essi riferiti, nonché i criteri e i parametri utilizzati per la loro quantificazione, evidenziando il collegamento tra i predetti indicatori e parametri e il sistema di indicatori e obiettivi adottati da ciascuna amministrazione per le valutazioni previste dalla legge 4 marzo 2009, n. 15, e dai successivi decreti attuativi”. Attualmente, l'art. 21, riformato dalla legge 4 agosto 2016, n. 163, non prevede più il rinvio o riferimento alla valutazione delle *performance*.

⁴⁴¹ Corte dei conti, sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, delibera n. 14/2012/G, *Indagine sulla riorganizzazione dei controlli interni ai sensi del d.lgs. 150/2009: ritardi applicativi e difficoltà operative*, approvata con delibera depositata il 22 novembre 2012, 5 dicembre 2012.

contribuiscono, specialmente, l'assenza di coordinamento tra obiettivi formulati nel piano della performance e quelli stabiliti nei contratti e incarichi dei singoli dirigenti e l'assenza di indicatori che, nella valutazione individuale, tengano conto dei risultati della struttura.

Infine, la legge non prevede effettive forme di “responsabilizzazione” degli organi di vertice politico e amministrativo in ordine sia al corretto svolgimento dei controlli-valutazioni, sia ai loro risultati.

4. I contenuti principali della riforma.

La quarta riforma del lavoro pubblico (attuata, in materia di valutazione, con il d.lgs. 25 maggio 2017, n. 74) interviene su alcune delle predette questioni. In particolare, si riportano di seguito i punti di maggiore rilievo⁴⁴².

Innanzitutto, la riforma non stravolge il precedente assetto ma modifica direttamente alcuni specifici aspetti, anche alla luce della esperienza maturata in fase di attuazione del d.lgs. n. 150/2009. L'obiettivo è quello di correggere le principali disfunzioni del precedente sistema, senza creare nuove discipline o meccanismi, evitando in questo modo di disorientare le amministrazioni e di produrre nuovi oneri⁴⁴³.

Tra gli interventi più significativi, rileva il generale rafforzamento del ruolo e dei poteri dell'Oiv. Ad esempio, in merito all'attività di vigilanza, una prima modifica attiene all'attribuzione all'Oiv sia dell'attività di verifica dell'andamento delle performance (precedentemente assegnata all'organo di indirizzo politico), sia dell'attività di proposta di correzione degli obiettivi e indicatori in corso di esercizio (art. 6, d.lgs. n. 150/2009). Viene poi introdotto il parere preliminare dell'Oiv sull'adozione del Sistema di misurazione e valutazione della performance (art. 7, comma 1, d.lgs. n. 150/2009). A tale parere è riconosciuta, per la prima volta, una natura vincolante. Altre integrazioni riguardano l'art. 14 ed hanno il fine di rafforzare l'indipendenza dell'Organismo. In questo senso, la modifica centrale riguarda l'impossibilità di nominare come componenti dell'Organismo i dipendenti della amministrazione in cui dovrà operare l'Organismo stesso (comma 8, art. 14, d.lgs. n. 150/2009). Nel citato articolo 14, viene altresì introdotto il comma 4 ter, che stabilisce il potere dell'Oiv di accedere a tutti gli atti e ai documenti in possesso dell'amministrazione, utili all'espletamento dei propri compiti, e di richiedere la collaborazione ad altri organi di controllo⁴⁴⁴.

In secondo luogo, rilevano le modifiche all'art. 9 del d.lgs. n. 150/2009, relativo alla valutazione della performance individuale. In modo particolare, è riconosciuto un “peso prevalente” agli indicatori di performance organizzativa dell'ambito organizzativo di diretta responsabilità nella valutazione complessiva individuale dei dirigenti e del personale responsabile di unità organizzativa in posizione di autonomia e responsabilità. Questo comporta, come indicato anche nella norma, un necessario collegamento tra obiettivi individuali del contratto dirigenziale e gli obiettivi strategico-gestionali del Piano.

⁴⁴² Vi sono anche altre norme del d.lgs. n. 150/2009 che sono state oggetto di revisione; tuttavia, in questa sede, si presta attenzione alle modifiche con maggiore impatto. Per un'analisi complessiva, si cfr. il recente lavoro di M. Esposito, V. Luciani, A. Zoppoli e L. Zoppoli (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 2018, 329 ss.

⁴⁴³ Rimane quindi in vigore il d.lgs. n. 150/2009, con i “ritocchi” operati dal d.lgs. n. 74/2017.

⁴⁴⁴ Con la riforma del 2017 è stato, altresì, introdotto l'art. 14 bis, che “codifica” l'Elenco nazionale dei componenti degli Organismi indipendenti di valutazione, già istituito con il d.P.R. 9 maggio 2016, n. 105.

In terzo luogo, viene ridefinita la tempistica collegata all'adozione del Piano della performance (art. 10, d.lgs. n. 150/2009): è stabilito che il Piano debba essere predisposto a seguito della presentazione alle Camere del Documento di economia e finanza (Def), lasciando comunque come termine ultimo di adozione il 31 gennaio di ogni anno. In questo modo, le amministrazioni dovrebbero essere indotte a preparare per tempo la programmazione strategico-gestionale (avviando la predisposizione già intorno ad aprile) e a svilupparla parallelamente alla determinazione della programmazione economico-finanziaria. Per gli enti locali, è prevista una semplificazione, stabilendo che la relazione sulla performance possa essere unificata con il rendiconto della gestione disciplinato dal Tuel.

In quarto luogo, viene completamente riformulato l'art. 19 del d.lgs. n. 150/2009. In sostanza, c'è un ritorno al ruolo predominante della contrattazione collettiva (nazionale), che è chiamata a definire non soltanto l'ammontare complessivo dei fondi del trattamento accessorio (come già accadeva, sebbene sempre nei limiti quantitativi fissati dalla legge, sulla base del precedente sistema) ma anche "quanto" dovrà essere destinato alla produttività/premialità e "come". Riguardo al primo punto (il "quanto"), vigeva in passato un c.d. principio di prevalenza da riferirsi ai risultati della performance individuale (in altri termini, la quota prevalente dell'accessorio doveva premiare chi aveva ottenuto i migliori risultati di performance individuale); riguardo al secondo aspetto (il "come"), la precedente versione prevedeva le c.d. graduatorie di performance, redatte dagli Oiv sulla base dei risultati della valutazione. La nuova norma elimina le graduatorie e affida alla contrattazione la definizione di criteri e modalità di distribuzione di tali importi.

Infine, il nuovo articolo 19 bis del d.lgs. n. 150/2009 prevede, per la prima volta, la partecipazione della collettività nel processo valutativo della performance organizzativa. I cittadini, anche in forma associata, partecipano al processo di misurazione delle performance organizzative, anche comunicando direttamente all'Oiv il proprio grado di soddisfazione per le attività e i servizi erogati, secondo le modalità stabilite dallo stesso Organismo.

5. I nodi (ancora) da sciogliere.

Delle principali disfunzioni emerse in passato, in merito all'attuazione del d.lgs. n. 150/2009, la riforma considera e prova a risolvere soprattutto i seguenti profili: il problema della "debolezza" degli Oiv, rafforzandone il ruolo e i poteri; la questione dello scarso collegamento tra la performance organizzativa dell'ufficio/struttura e la performance individuale del titolare, stabilendo che la prima debba avere un peso prevalente sulla seconda; la difficoltà del coordinamento con il ciclo economico-finanziario, rivedendo alcuni termini almeno per le amministrazioni statali.

Tuttavia, ancora varie questioni rimangono insolute.

Ad esempio, la riforma avrebbe potuto, una volta per tutte, abrogare l'ormai superato d.lgs. n. 286/1999, la cui sopravvivenza crea molta confusione e sovrapposizione di adempimenti (si pensi, ad esempio, all'adozione della direttiva ministeriale ex art. 9 del d.lgs. n. 286/1999 ormai sovrapponibile con i contenuti del piano della performance ex art. 10 del d.lgs. n. 150/2009).

Anche sul piano del rafforzamento dell'Oiv, il quadro normativo attuale non garantisce ancora pienamente il possesso di effettive competenze e l'indipendenza da parte dell'Organismo.

Per quanto riguarda le competenze, è stato istituito – prima della riforma⁴⁴⁵ – un Elenco nazionale dei componenti degli Oiv, la cui iscrizione è sottoposta a un vaglio di tipo formale da parte del Dipartimento della funzione pubblica⁴⁴⁶. Tale vaglio ha ad oggetto la sussistenza dei requisiti stabiliti dal d.m. 2 dicembre 2016, tra i quali prevale, in modo particolare, il numero di anni maturati come componente di Oiv o di nuclei di valutazione o, in alcuni (arbitrari) casi, di altri organismi anche non propriamente assimilabili a quelli appena menzionati.

Il predetto criterio, che senz'altro è corretto considerare come parametro di valutazione, è però riconosciuto come determinante e prevalente rispetto ad altri parametri, volti ad attestare, invece, l'effettiva preparazione e qualità delle competenze dell'aspirante iscritto. Inoltre, manca del tutto una effettiva prova di queste competenze, non essendo previsto alcun esame o colloquio con il candidato, come invece stabilito per l'iscrizione in altri albi ed elenchi (come, ad esempio, per l'iscrizione all'albo dei revisori legali). Tali carenze si spiegano proprio in ragione della natura prevalentemente "burocratica" del vaglio, che condiziona l'accesso all'Elenco.

Va precisato che la prevalenza del suddetto parametro è determinata dallo stesso d.m. del 2016: il decreto prevede una suddivisione degli iscritti in tre fasce, in cui l'appartenenza ad una o ad altra fascia dipende, per le due più elevate (la seconda e la terza), proprio dalla circostanza di avere fatto parte in passato di un Oiv o Nucleo di valutazione per almeno tre anni. A sua volta, l'appartenenza ad una fascia invece che ad un'altra condiziona la possibilità di candidatura e, dunque, di accesso a Oiv monocratici o alla posizione di presidente in quelli collegiali⁴⁴⁷.

Questo sistema presenta due grandi anomalie, una di tipo formale, l'altra di tipo sostanziale.

Il vizio formale riguarda la previsione di una classificazione per fasce da cui discendono limitazioni ed effetti ostativi ai fini dell'accesso a una posizione pubblica. Tale previsione e relative restrizioni, infatti, non erano contemplate nella fonte contenente la sub-delega all'adozione dello stesso decreto ministeriale (ossia il d.P.R. n. 105/2016)⁴⁴⁸ e anche il successivo d.lgs. n. 74/2017, all'art. 14 bis, stabilisce come condizione di accesso a qualsiasi Oiv, in qualsiasi posizione, la semplice iscrizione all'Elenco, rinviando alle modalità definite nel citato d.P.R. Da questo punto di vista, emergerebbe il sospetto di illegittimità del d.m. 2 dicembre 2016 nella parte in cui ha introdotto alcune disposizioni che "innovano" il sistema di accesso agli Oiv rispetto a quanto stabilito nel d.P.R. del 2016, operando una ingiustificata – e di conseguenza illegittima – diversificazione e compressione dei diritti di una serie di soggetti validamente iscritti all'Elenco.

Il vizio sostanziale è collegato, invece, alla ratio della riforma. Sia i rapporti del Comitato tecnico scientifico presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, relativi all'attuazione del d.lgs. n. 286/1999, sia i monitoraggi della Civit sull'attuazione del d.lgs. n. 150/2009, hanno costantemente segnalato il problema della scarsa competenza degli organi interni alle amministrazioni deputati allo svolgimento dei controlli gestionali. Sul punto, proprio la Civit aveva lamentato la prassi di

⁴⁴⁵ Art. 6, co. 3 e 4, d.P.R. n. 105/2016.

⁴⁴⁶ Le verifiche sono affidate agli uffici del Dipartimento e non, invece, a una commissione qualificata o ad esperti o valutatori.

⁴⁴⁷ Art. 5 del d.m. 2 dicembre 2016.

⁴⁴⁸ Si v. spec. l'art. 6, comma 4, del d.P.R. n. 105/2016, a sua volta adottato ai sensi dell'art. 19, comma 10, d.l. 24 giugno 2014, convertito in legge 11 agosto 2014, n. 114, in parziale attuazione del criterio direttivo concernente la «conseguente revisione della disciplina degli Oiv» (lett. e). L'espressione «conseguente» è chiaramente riferita al requisito dell'indipendenza della valutazione, a cui si fa cenno nel criterio direttivo indicato alla lettera d) dello stesso comma 10. Tuttavia, né il d.P.R., né il d.m., adottati in attuazione di tali criteri, si preoccupano di garantire l'indipendenza degli Oiv (aspetto che è stato poi, invece, parzialmente considerato nel d.lgs. n. 74/2017).

molte amministrazioni ministeriali consistente nel rinnovo dei componenti dei Secin nell'ambito dei nuovi Oiv, così compromettendo quella discontinuità che la riforma del 2009 voleva, invece, attuare. Quale senso ha, quindi, oggi continuare a privilegiare tale continuità, se proprio questa ha costituito una delle problematiche principali relative al funzionamento degli Oiv?

Per quanto concerne l'indipendenza dell'Oiv, all'Elenco sono iscritti, allo stato attuale, ben 4190 nominativi⁴⁴⁹. Tuttavia, sono sempre gli organi di vertice politico a scegliere dall'Elenco chi nominare nell'Organismo. L'affidamento all'organo politico (e, dunque, al soggetto controllato) della scelta di chi deve essere il controllore è, all'evidenza, un meccanismo esposto a fenomeni sia di c.d. "selezione avversa", sia di c.d. "cattura". La riforma in esame ha, almeno, imposto lo svolgimento di procedure pubbliche selettive ai fini della nomina dell'Organismo da parte delle amministrazioni, ma è evidente che ciò potrebbe non bastare.

Altra questione sempre aperta riguarda le responsabilità. Non sono ancora previste specifiche responsabilità nei casi di cattiva formulazione di obiettivi e indicatori, né è chiaro su chi ricada la responsabilità, invece, nei casi di distribuzione del trattamento accessorio sulla base di valutazioni svolte non correttamente o fasulle. Va poi aggiunto che la classe dirigenziale, principalmente destinataria degli obiettivi, è in verità ormai priva di vere responsabilità, essendoci la tendenza ad accentrare i poteri (e le responsabilità) in capo a direzioni/direttori generali, attuando di fatto forme di commissariamento lato sensu della macchina amministrativa⁴⁵⁰.

Va notato che in merito ai casi di cattiva formulazione di obiettivi e indicatori (Piano-programmazione), l'organo di indirizzo politico, pur non essendo obbligato a divenire un esperto del tema, ha comunque il dovere di adoperarsi affinché obiettivi e indicatori siano formulati correttamente e con cura, il che dovrebbe avvenire proprio attraverso una attenta selezione dei componenti dell'Oiv, chiamati, a tal fine, a offrire il proprio supporto tecnico.

Relativamente, invece, al secondo punto (valutazioni non corrette o fasulle), non va trascurato che una buona formulazione e applicazione del Sistema di misurazione e valutazione (che, per ricordare, contiene anche la definizione dei metodi e delle schede di valutazione) e lo svolgimento di possibili verifiche a campione sulle modalità di valutazione (magari proprio da parte dell'Oiv) rappresenterebbero il modo per evitare che la valutazione sia rimessa alla totale discrezionalità del valutatore o sia, al contrario, un mero esercizio di stile (come avviene in vari casi).

Tuttavia, la "deresponsabilizzazione progressiva" della dirigenza (specialmente di II fascia, ossia la maggioranza) è un fenomeno rispetto a cui, al momento, non esistono efficaci freni e che rischia di produrre gravi effetti⁴⁵¹. In tema di valutazione, l'effetto più evidente riguarda l'attribuzione degli obiettivi che, in numerosi casi, corrispondono a meri adempimenti o compiti strumentali (e, dunque, non a veri obiettivi), rendendo così la valutazione sul loro raggiungimento una mera verifica sull'assolvimento o meno di un obbligo.

Un'altra annosa questione attiene all'uso degli esiti dei controlli. La legge collega a tali esiti, nel complesso, premi e (possibili) sanzioni. In merito a questo collegamento esiste un esteso dibattito sulle ragioni per cui la valutazione non possa servire soltanto a premiare o sanzionare (in tal senso,

⁴⁴⁹ Dato aggiornato al 14 gennaio 2019.

⁴⁵⁰ In tema di dirigenza pubblica, si cfr. in termini generali G. D'Alessio, *Gli incarichi di funzioni dirigenziali*, in F. Carinci e M. D'Antona (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giuffrè, Milano, 2000, 761.

⁴⁵¹ Molti di questi effetti sono esaminati nel volume di B.G. Mattarella, *Burocrazia e riforme. L'innovazione nella pubblica amministrazione*, il Mulino, Bologna, 2017, 141 ss.

premi e sanzioni sono un possibile effetto della valutazione e non il fine). Ad ogni modo, tale collegamento ha sempre rappresentato il “tallone di Achille” dell’intera disciplina. Come è noto, la c.d. privatizzazione del pubblico impiego negli anni Novanta ha determinato l’applicazione, al rapporto di lavoro presso le pubbliche amministrazioni, di regimi e modelli privatistici. Mentre però nell’azienda il collegamento avviene in modo dettagliato e rendicontabile, nelle pubbliche amministrazioni l’assenza di alcuni profili tipici dei contesti aziendali e di mercato rende il compito assai arduo (ad esempio, si pensi ai criteri di definizione delle indennità di risultato dei dirigenti).

Tale complessità porta a un generale scoramento rispetto alla possibilità di definire forme e modi di collegamento efficaci (la precedente versione dell’art. 19 del D.Lgs. n. 150/2009 ne è una dimostrazione) e a una resa rispetto alle pretese delle rappresentanze sindacali di regolare in toto questi meccanismi, come avvenuto con la nuova versione del citato art. 19, salutato con favore da alcuni ma visto con un certo timore da altri. Tale timore è quello di un andamento al ribasso, ossia di una permanente esposizione al rischio del blocco dei sistemi di valutazione e dell’affermazione di forme di distribuzione non basate sull’effettivo merito e selezione⁴⁵².

Infine, sempre in merito agli esiti di tali controlli, le istituzioni (spec. il Parlamento) continuano a disinteressarsi dei risultati non solo delle valutazioni ma anche dei controlli più in generale (si pensi alla scarsa utilizzazione dei referti della Corte dei conti). Ancora oggi, uno dei principali nodi in materia di controlli attiene all’annosa questione dell’assenza di un effettivo controllo del Parlamento sul governo e sulla pubblica amministrazione, che dovrebbe avvenire attraverso i dati forniti dagli esiti delle molteplici attività di controllo attuate nell’ordinamento (a partire proprio dai controlli gestionali).

6. Quali prospettive?

Il più recente programma del governo di riforma della pubblica amministrazione, che troverà attuazione con l’adozione della legge contenente «Interventi per la concretezza delle azioni delle pubbliche amministrazioni e la prevenzione dell’assenteismo»⁴⁵³ ed esercizio delle «deleghe al Governo per il miglioramento della pubblica amministrazione»⁴⁵⁴, contiene riferimenti al tema della valutazione.

In particolare, nel disegno di delega sono proposti (art. 3): l’istituzione di un sistema nazionale di valutazione della performance coordinato dal Dipartimento della funzione pubblica, finalizzato anche all’individuazione e condivisione delle buone pratiche in materia di gestione del ciclo della performance; il coinvolgimento di utenti in rapporto diretto con l’amministrazione; l’utilizzazione di soggetti, anche estranei alla pubblica amministrazione, nei processi di valutazione; lo sviluppo di indicatori comuni in tema di performance organizzativa; il divieto di assunzione nei casi di mancata o non adeguata gestione del ciclo di gestione della performance; il divieto di erogare, in tutto o in parte, la retribuzione di risultato nelle ipotesi di mancata applicazione da parte del personale dirigenziale delle disposizioni in materia di misurazione e valutazione della performance, ivi compreso di quelle relative all’obbligo di procedere ad un’adeguata

⁴⁵² Sul punto, inoltre, la Corte costituzionale (sent. n. 178/2015), nell’ordinare al governo di riavviare la contrattazione collettiva dopo il blocco pluriennale che perdurava dal 2010, ha anche evidenziato come la contrattazione collettiva “coinvolga una complessa trama di valori costituzionali”, fra cui quelli del buon andamento, che viene conseguito soprattutto attraverso l’erogazione selettiva dei trattamenti accessori e, dunque, la valorizzazione del merito.

⁴⁵³ Il disegno di legge, approvato in Senato, è in esame alla Camera (aggiornamento al dicembre 2018).

⁴⁵⁴ Consiglio dei ministri, 21 dicembre 2018.

differenziazione delle valutazioni; il coordinamento con la disciplina sui controlli di cui al d.lgs. n. 286/1999; la revisione della disciplina degli Oiv, anche prevedendo l'adeguamento dell'organizzazione delle attuali strutture tecniche permanenti; infine, lo svolgimento di concorsi per titoli ed esami riservati al personale dipendente con le valutazioni migliori nell'ultimo triennio.

È presto per esprimersi in merito ai contenuti di questa ultima riforma, ancora, infatti, in fase di gestazione. Si possono, tuttavia, evidenziare alcuni pericoli in cui sarebbe bene non cadere, per non ripetere vecchi errori o commetterne dei nuovi.

Iniziando dai vecchi errori, è bene tenere a mente che, se si vogliono introdurre nuove norme in tema di valutazione, i benefici dovrebbero superare i costi. Questi ultimi si producono quando le nuove norme cancellano l'esistente per riproporre modelli e regimi di valutazione equivalenti a quelli precedenti (o persino peggiori), o quando le stesse ripetono quanto è già previsto, creando così confusione e sovrapposizione di disposizioni.

Ad esempio, l'istituzione di un sistema nazionale di valutazione coordinato dal Dipartimento della funzione pubblica, che favorisca anche la condivisione delle buone pratiche, è già prevista dal d.P.R. n. 105/2016 (si pensi all'art. 3 sulle funzioni del Dipartimento della funzione pubblica e all'art. 7 sulla c.d. Rete nazionale). Anche il coinvolgimento degli utenti dei servizi intermedi e finali è già stabilito nell'art. 19 bis del d.lgs. n. 150/2009, introdotto nel 2017. In entrambi i casi, al posto di nuove norme, sarebbe quindi preferibile concentrarsi sull'attuazione di quelle esistenti, identificando semmai misure e indirizzi precisi.

Nel merito poi delle previsioni, va notato il perdurante riconoscimento in capo al governo (Dipartimento della funzione pubblica-Presidenza del Consiglio dei ministri) del ruolo di indirizzo e controllo in tema di valutazione (controlli gestionali). Questo, in realtà, dovrebbe essere un ambito in cui garantire la massima imparzialità non soltanto dei controllori ma anche dei soggetti deputati ad emettere gli indirizzi e a svolgere i monitoraggi sui controllori stessi. I controlli gestionali, nell'esercizio della più generale funzione di controllo, dovrebbero servire, infatti, a controllare le pubbliche amministrazioni e i loro vertici governativi⁴⁵⁵; per questa ragione, tali funzioni dovrebbero essere più correttamente svolte – come del resto avviene nei sistemi anglosassoni – da istituzioni pubbliche indipendenti dal governo (come era originariamente previsto, con l'istituzione della Commissione indipendente per la valutazione la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche - Civit, sulla base della prima versione del d.lgs. n. 150/2009)⁴⁵⁶. A partire invece dal 2014, c'è stata una inversione di tendenza, che costituisce un punto di debolezza dell'intero sistema che, dunque, sembra persistere e, anzi, perpetuarsi.

Esiste, ad ogni modo, una forma di compensazione del deficit di indipendenza sopra evidenziato, basata sulla natura indipendente degli organismi di controllo (Oiv), che operano presso le amministrazioni. A questo fine, il d.lgs. n. 74/2017 ha provato a rafforzare tale indipendenza, stabilendo il divieto che gli Oiv siano composti da dipendenti interni all'amministrazione presso cui opera l'organismo. Questa previsione rappresenta una conquista molto rilevante della quarta riforma, che andrebbe altresì valorizzata attraverso la previsione di modalità e criteri più selettivi di accesso all'Elenco nazionale (si v. supra, par. 5).

⁴⁵⁵ E. D'Alterio, *Il controllo sull'uso delle risorse pubbliche*, cit., spec. 435 ss.

⁴⁵⁶ L'art. 19 del d.l. n. 90/2014 ha disposto il trasferimento delle funzioni in materia di misurazione e valutazione della performance dall'Anac (ex Civit) al Dipartimento della funzione pubblica. Per quanto riguarda l'originario progetto, si cfr. P. Ichino e B.G. Mattarella, *Proposta per un progetto di legge-delega per l'istituzione dell'Authority sul pubblico impiego*, in *Astrid Rassegna*, n. 42, 2007, *passim*.

In termini ancora non molto chiari, il recente programma di riforma fa riferimento al coinvolgimento di “soggetti esterni”: il disegno di delega prevede, più precisamente, «l'utilizzazione di soggetti, anche estranei alla pubblica amministrazione, in possesso di una comprovata competenza in materia di organizzazione amministrativa e di gestione delle risorse umane: nel processo di elaborazione degli obiettivi dell'amministrazione e di quelli assegnati al personale dirigenziale anche in relazione alla verifica della loro effettiva qualità, coerenza e significatività; nella fase di accertamento del conseguimento degli obiettivi di performance organizzativa e individuale del personale dirigenziale; nella valutazione delle competenze del personale, dirigenziale e non; nella valutazione dell'efficienza, dell'efficacia e dell'economicità dell'azione e dell'organizzazione amministrativa»⁴⁵⁷.

Soggetti esterni potrebbero essere, quindi, coloro che compongono gli Oiv, secondo le modalità già stabilite dalla legge (essendo ormai gli stessi, senz'altro, soggetti “estranei” all'amministrazione di riferimento); oppure altri soggetti, comunque terzi e separati dall'amministrazione considerata.

La partecipazione di troppi attori, tuttavia, nell'ambito della valutazione può avere alcune controindicazioni, soprattutto se questi nuovi attori fossero, ad esempio, società o organismi privati. Rispetto a tali soggetti diventerebbe, infatti, molto difficile poter prevenire possibili conflitti di interesse o forme di interferenza politica. Il rischio di un “mercato della valutazione” è, altresì, evidente.

Al contempo, l'esternalizzazione delle attività di valutazione potrebbe porre evidenti problemi, non solo sul piano dei costi per le casse pubbliche (il coinvolgimento di tali soggetti non potrebbe avvenire se non attraverso procedure ad evidenza pubblica, regolate dal complesso Codice dei contratti pubblici), ma soprattutto sul piano della compatibilità con alcuni precetti costituzionali, sulla base dei quali sarebbero inammissibili forme di esternalizzazione (o anche cogestione) delle funzioni di indirizzo strategico e controllo gestionale delle pubbliche amministrazioni⁴⁵⁸.

Ragionevole e senz'altro più percorribile in termini giuridici la strada del coinvolgimento degli stessi Oiv nel processo di elaborazione degli obiettivi, a monte del ciclo di gestione della performance⁴⁵⁹. È questa, del resto, la fase più delicata e più determinante per il funzionamento dell'intero sistema di valutazione. Sarebbe, dunque, sufficiente stabilire un potere di validazione tecnica o un parere vincolante dell'Oiv sugli obiettivi e sul Piano della performance, tale da obbligare l'organo di indirizzo politico alla revisione degli stessi in caso di giudizio negativo

⁴⁵⁷ Agg. al dicembre 2018. In tal senso, si cfr. anche la relazione del Ministro Giulia Bongiorno tenuta in occasione dell'incontro plenario con le pubbliche amministrazioni, *L'avvio del ciclo della performance 2019-2021*, Roma, 11 dicembre 2018.

⁴⁵⁸ L'art. 95 Cost. attribuisce al Presidente del Consiglio dei ministri la responsabilità dell'indirizzo politico e amministrativo; i ministri sono individualmente responsabili degli atti dei loro dicasteri. Nelle amministrazioni statali, tale indirizzo non può essere affidato o anche cogestito o, in altro modo, condizionato da soggetti privati. Su questi aspetti basilari, si v. tra tutti S. Cassese, *Le basi costituzionali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Parte generale, t. II, Milano, Giuffrè, 2003, 175 ss., nonché A. Massera, *Parlamento, Governo e Pubblica Amministrazione*, in *Il Parlamento e i rapporti istituzionali*, 2007, e disponibile su www.astrid.it.

⁴⁵⁹ Sulla base delle norme vigenti, l'Oiv non ha alcun potere sulla definizione degli obiettivi nel Piano della performance, anche in virtù del citato art. 95 Cost., che assegna le funzioni di indirizzo della P.A. al governo (e non ad altri soggetti). A differenza però di società o organismi privati, gli Oiv, pur essendo corpi tecnici e indipendenti dal vertice politico, sono, comunque, organismi pubblici, incardinati presso le amministrazioni, collegati a queste ultime da uno specifico rapporto di controllo. Pertanto, l'ipotetico riconoscimento di un loro potere di validazione tecnica o consultazione nella fase di predisposizione del Piano potrebbe, con le dovute accortezze e i rigorosi limiti, rientrare, eventualmente, nell'esercizio della più generale funzione di controllo sul funzionamento del ciclo di gestione della performance.

dell'Organismo o, al contrario, all'assunzione di specifiche responsabilità amministrative nel caso di adozione di un obiettivo in contrasto con il giudizio dell'Organismo⁴⁶⁰.

Responsabilizzazione dei vertici politici nel processo di programmazione e valutazione, nonché potere dell'organismo di controllo già in fase di definizione degli obiettivi, costituiscono, ancora oggi, gli anelli mancanti dell'intera disciplina, che tuttavia nemmeno il più recente programma di riforma sembra voler vedere o considerare. Eppure basterebbero pochi interventi “mirati” (a costo zero) per rendere il sistema più coerente e robusto (fermo restando che il suo buon funzionamento dipende sempre da chi, nel concreto, lo attua)⁴⁶¹.

A questo proposito, appare calzante il monito che Santi Romano, nella sua nota prolusione del 1909, dedicata allo studio delle istituzioni politiche e alla crisi dello Stato moderno, rivolgeva in questi termini: “gli uomini non vedono mai ciò che sta ad essi vicino e cade sotto i loro occhi”⁴⁶². I problemi e i nodi insoluti in tema di valutazione e controlli nelle pubbliche amministrazioni sono ormai da decenni, in verità, sotto gli occhi di tutti; è però ancora di là da venire il tempo in cui i governi vorranno effettivamente vederli e risolverli in modo serio⁴⁶³.

⁴⁶⁰ Tale responsabilità potrebbe, per ipotesi, insorgere quando, in rapporto all'obiettivo (o a più obiettivi o all'intero Piano) non validato dall'Oiv, venissero corrisposte indennità di risultato e premialità. Naturalmente, la responsabilità dovrebbe essere, comunque, accertata dalla Corte dei conti, sulla base dei generali presupposti previsti dalla legge.

⁴⁶¹ Già in sede di predisposizione del d.lgs. n. 74/2017, era stata proposta l'introduzione di norme che riconoscessero uno specifico potere di controllo e validazione tecnica dell'Oiv sul Piano della *performance* e forme di responsabilità degli organi di indirizzo politico in rapporto alla formazione degli obiettivi e al processo di valutazione. Tuttavia, queste proposte, insieme anche ad altre, non sono state accolte.

⁴⁶² S. Romano, *Lo stato moderno e la sua crisi. Discorso inaugurale per l'anno accademico 1909-910*, Annuario- R. Università di Pisa, 1910, pp. 11-40.

⁴⁶³ Tale visione richiederebbe, del resto, un governo disponibile a prevedere e rafforzare il sistema di controlli sul proprio operato (e su quello, di conseguenza, dei governi successivi). In questi termini, soltanto un c.d. “governo tecnico” potrebbe trovarsi nella condizione ottimale per formulare una riforma realmente efficace in questo senso.

'Premiare stanca'
La retribuzione incentivante tra riforme routinarie e limiti strutturali

Antonio Lo Faro

1. La valutazione non deve morire.	126
2. A volte ritornano.	127
3. Sine pecunia ne cantantur missae.	129
4. La differenziazione premiale, ovvero l'ottimismo.	131
5. Il fascino discreto delle progressioni.	134
6. Niente di (veramente) nuovo sul fronte della valutazione.	136

1. La valutazione non deve morire.

Sebbene per certi versi ancora ristretto tra gli incensi di chi lo considera fondamento di una amministrazione “ideale”⁴⁶⁴ e gli strali di chi pervicacemente “Rifiuta il premio”⁴⁶⁵, il principio del merito sembra comunque aver preso il sopravvento sui suoi “oppositori”⁴⁶⁶, se non altro per quel che concerne la sua incidenza sulla conformazione della struttura retributiva dei dipendenti pubblici. Questo è almeno quanto sarebbe doveroso concludere stando alle intenzioni di un legislatore che, dalla prima alla quarta riforma del pubblico impiego, ha incessantemente cercato di valorizzare di quel principio non tanto la componente “etica” tanto cara a chi erge la meritocrazia a valore fondativo della intera organizzazione sociale⁴⁶⁷, quanto piuttosto la sua mera funzionalizzazione rispetto agli obiettivi di efficienza della azione amministrativa.

Non che - nell’approccio dei protagonisti del sistema, prima ancora che nelle disposizioni del legislatore - i dilemmi strutturali che affliggono la piena realizzazione di ogni sistema di retribuzione incentivante siano stati del tutto superati: la tensione “ontologica” tra individualizzazione dei trattamenti retributivi e logica dell’azione collettiva⁴⁶⁸, e una malcelata resistenza alla differenziazione delle retribuzioni derivante dalla fedeltà ai canoni dell’uguaglianza e della parità di trattamento⁴⁶⁹, costituiscono infatti vincoli di sistema che a tutt’oggi ostacolano una compiuta metabolizzazione da parte degli attori degli input provenienti dal legislatore. E tuttavia, non è revocabile in dubbio che nei sistemi di retribuzione premiale dei pubblici dipendenti (oltre che nelle policrome responsabilità dei pubblici dirigenti) anche l’ultimo legislatore abbia continuato ad individuare uno strumento atto a coltivare quell’intuizione dei primi riformatori - Massimo D’Antona *in primis* - secondo i quali il mutamento in senso efficientistico della pubblica amministrazione presuppone l’introduzione di nuove tecniche di gestione e di motivazione del personale che vi lavora. Tra queste, un ruolo primario assume la differenziazione in funzione incentivante dei trattamenti retributivi, le cui modalità operative sono state dal legislatore costantemente rinnovate, rimodulate, adeguate e riviste in quella che è stata definita una vera e propria “pedagogia della valutazione”⁴⁷⁰ incessantemente riproposta dal legislatore nel tentativo di addivenire finalmente all’obiettivo perseguito ormai da oltre un quarto di secolo.

Immutato l’obiettivo, molteplici sono stati peraltro nel corso degli anni gli strumenti prospettati per conseguirlo, così come rivela una seppur rapida rassegna delle quattro privatizzazioni sin qui succedutesi, nell’ambito delle quali è dato osservare come la regolazione in materia di salario accessorio variabile abbia proceduto lungo un percorso non sempre lineare segnato da continue oscillazioni: tra legge e contrattazione collettiva; tra contrattazione nazionale e decentrata; tra

⁴⁶⁴ CASSESE S. *L’ideale di una buona amministrazione. Il principio del merito e la stabilità degli impieghi*, Napoli: Editoriale Scientifica Italiana, 2007.

⁴⁶⁵ Il riferimento è all’evocativo slogan (“lo rifiuto il premio”) utilizzato da alcuni settori del sindacalismo di base per contestare i meccanismi di retribuzione premiale introdotti nel comparto scuola dalla l. n. 107/2005.

⁴⁶⁶ MATTARELLA B., *Il principio del merito e i suoi oppositori*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3/2007, p. 641 ss.

⁴⁶⁷ Il riferimento è al dibattito acceso a seguito del volume di ABRAVANEL, *Meritocrazia. Quattro proposte concrete per valorizzare il talento e rendere il nostro paese più ricco e più giusto*, Milano: Garzanti, 2008. Sul punto, v. da ultimo il saggio di APPIAH, *Contro la meritocrazia*, pubblicato sulla *New York Review of Books* e pubblicato in italiano in *Internazionale* del 14-10 dicembre 2018).

⁴⁶⁸ SESTITO, *Carriera, incentivi e ruolo della contrattazione collettiva*, in DELL’ARINGA e DELLA ROCCA (a cura di), *Lavoro pubblico fuori dal tunnel. Retribuzioni, produttività, organizzazione*, Bologna: il Mulino, 2017.

⁴⁶⁹ DELL’ARINGA, *Contrattazione collettiva e ruolo dei dirigenti*, in DELL’ARINGA e DELLA ROCCA (A CURA DI), *op. cit.*

⁴⁷⁰ LOVO, *La valutazione dei dipendenti pubblici: novità della riforma “Madia” e questioni aperte*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 3/2018, p. 111.

performance individuale e collettiva; tra retribuzione incentivante e progressioni di carriera; tra universalità e selettività dei riconoscimenti premiali.

2. A volte ritornano.

Se dovessimo prendere per buona la rappresentazione comune secondo la quale l'efficacia di una disciplina di legge è inversamente proporzionale al contenzioso giudiziale che essa determina, con riferimento alla retribuzione premiale nel pubblico impiego si potrebbe evocare il titolo, divenuto idiomatico, di una nota canzone degli anni trenta: "Va tutto bene Madama la marchesa", vista la pressoché totale assenza di un contenzioso in materia che non sia quello avviato in sede di magistratura contabile per il recupero di somme indebitamente erogate.

In realtà, come il titolo di quella canzone notoriamente evoca, si tratterebbe di una valutazione minimizzante e palesemente errata: la assenza di contenzioso in materia non è infatti indicativa di una effettiva ed efficace applicazione dei sistemi di incentivazione retributiva nel settore pubblico, quanto semmai del suo esatto contrario; ovvero della sua scarsa attitudine a creare i presupposti per azionare pretese in giudizio: se le risorse sono modeste e la loro distribuzione è generalizzata, i motivi per ricorrere in giudizio non possono che essere limitati⁴⁷¹.

Preceduta da annosi dibattiti su produttività e merito che avevano spesso prodotto prassi di erogazioni a pioggia, la riforma Brunetta aveva in effetti provato ad introdurre draconiani meccanismi di differenziazione retributiva su base premiale che - ove attuati - avrebbero probabilmente incrementato il tasso di contenzioso in materia. Ma le innegabili forzature darwinistiche insite nel sistema di classificazione del personale nelle tre fasce di merito (e demerito) sono state come noto travolte dal venir meno delle risorse destinate ad alimentarle, e non sono state riproposte dal legislatore del 2017, il quale ha provato a delineare i tratti di un sistema che i primi, e un po' affrettati, rinnovi contrattuali del 2018 non hanno per la verità contribuito a rendere ancora maturo.

Si tratta dunque di verificare - sebbene attraverso brevi note, limitate ad alcuni profili di regolazione - se la quarta disciplina degli incentivi retributivi dei pubblici dipendenti prospettata dalla c.d. Riforma Madia presenti innovazioni tali da modificare quelli che nell'esperienza applicativa delle precedenti riforme erano apparsi i limiti più evidenti.

Un primo dato che non può non essere evidenziato è certamente costituito dal ritorno del pendolo della fonte di regolazione dei trattamenti accessori di natura premiale, dalla legge verso la contrattazione collettiva⁴⁷². Scelta, questa, maturata a ridosso delle contingenze economico finanziarie che avevano invece impedito l'attuazione degli "Ukase legislativi"⁴⁷³ che caratterizzavano la riforma precedente.

È stato infatti proprio in occasione della rimozione del blocco delle dinamiche retributive dei pubblici dipendenti che la Corte costituzionale ha avuto modo di ribadire l'ineludibile funzione della autonomia collettiva "su ogni aspetto riguardante la determinazione delle condizioni di

⁴⁷¹ Con l'eccezione del contenzioso in materia di progressioni; materia questa, di cui però può essere revocata in dubbio - malgrado le intenzioni del legislatore e delle parti sociali - la riconducibilità all'idea di premialità (v. *infra* §. 5).

⁴⁷² ZOPPOLI L., *Il rapporto tra legge e contratto collettivo e il nuovo modello di relazioni sindacali 'partecipate'*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 3/2018, p. 408.

⁴⁷³ Così definiti da SESTITO, *Carriera, incentivi...* op. cit., a p. 116.

lavoro, che attengono immancabilmente anche alla parte qualificante dei profili economici⁴⁷⁴, evidenziando così che più che i principi di uguaglianza (rispetto ai dipendenti privati) e di sufficienza e proporzionalità retributiva di cui agli art. 3 e 36 della Costituzione, il problema dei blocchi retributivi nell'impiego pubblico debba essere valutato alla luce del principio sancito dal primo comma dell'art. 39. Non si vuol certo dire che la riforma Madia abbia accantonato l'invenzione brunettiana delle fasce di merito normativamente etero-determinate solo perché la Consulta ha rimosso il blocco dei salari pubblici, ma certo nel richiamo della Corte alla contrattazione collettiva "come fattore propulsivo della produttività e del merito" può individuarsi uno dei fattori che - insieme all'Accordo concluso tra Governo e sindacati sul finire del 2016 - ha indirizzato gli esiti della riforma.

È dunque su questo pregresso che si innesta la riforma Madia, con la cui adozione viene in primo luogo superato quell'iconico *"solo qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge"* che dal 2009 limitava drasticamente gli spazi derogatori della contrattazione collettiva rispetto alle materie oggetto di normazione da parte del legislatore⁴⁷⁵. Con riferimento alle materie oggetto del presente contributo, tuttavia, la disposizione in oggetto non assume il ruolo dirimente che essa è suscettibile di assumere in altri contesti. Non tanto perché in materia di retribuzione premiale un ruolo primario assume la contrattazione integrativa, la quale non è considerata tra i livelli negoziali abilitati a derogare la legge. O perché, in un probabile errore di coordinamento tra terza e quarta riforma, è rimasto pienamente vigente l'art. 29 del Decreto 150/2009, il quale tutt'ora stabilisce che (tutte) le disposizioni su Merito e premi contenute nel Titolo III "hanno carattere imperativo, non possono essere derogate dalla contrattazione collettiva e sono inserite di diritto nei contratti collettivi ai sensi e per gli effetti degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile". Quanto e soprattutto perché *"Nelle materie relative [...] alla valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, la contrattazione collettiva [tutta, anche quella nazionale di comparto] è consentita nei limiti previsti dalle norme di legge"*⁴⁷⁶.

La disposizione da ultimo richiamata è rimasta immutata; ciò che è cambiato sono invece "i limiti previsti dalle norme di legge", che in materia di retribuzione premiale sono stati come noto drasticamente ridotti. Da qui, l'espandersi del ruolo affidato alla contrattazione collettiva, non in deroga, ma in funzione complementare alla legge, secondo un modello di integrazione tra fonti che, almeno in apparenza, non diverge troppo da quello tradizionalmente riscontrabile nell'ambito dell'impiego privato.

Si tratta di vedere dunque se ad una siffatta apparente "normalizzazione" degli spazi di intervento attribuiti alla fonte negoziale collettiva, corrisponda una effettiva possibilità di prospettare quella che da sempre costituisce la *vexata quaestio* di ogni discussione sui sistemi di retribuzione incentivante nell'impiego pubblico: ovvero la piena equiparazione, o quantomeno la tendenziale comparabilità, tra le dinamiche della contrattazione di produttività nel settore privato e nella pubblica amministrazione.

⁴⁷⁴ Corte Cost. n. 178/2015.

⁴⁷⁵ V. art. 2, c. 2 del D. Lgs. 165/2001, dal cui testo è stata espunta la formula indicata nel testo.

⁴⁷⁶ Art. 40, c. 1 D. Lgs. 165/2001, dal quale è stato espunto il riferimento alle progressioni economiche.

3. Sine pecunia ne cantantur missae.

Un primo punto di evidente frizione tra pubblico e privato, ricorrentemente evidenziato dagli studiosi dei processi organizzativi della pubblica amministrazione, attiene in primo luogo alla individuazione delle risorse disponibili per l'implementazione di politiche volte a compensare il merito e la performance dei dipendenti.

Al riguardo - nell'ottica di una analisi che, come la presente, è indirizzata essenzialmente alla verifica dei presupposti di funzionamento del sistema - rilievo primario assumono due disposizioni "manifesto" del decreto 75/2017, una soltanto delle quali è stata inserita nel corpus del Testo unico. Si tratta del nuovo comma 4^{ter} dell'art. 40 TUPI, secondo cui al fine di perseguire obiettivi di semplificazione e miglioramento della produttività, la contrattazione collettiva nazionale riordina e razionalizza le regole in materia di dotazione e utilizzo dei fondi riservati alla contrattazione integrativa. Nonché dell'art. 23 del decreto 75/2015, giusta il quale la contrattazione collettiva nazionale, opera la differenziata distribuzione, delle risorse finanziarie destinate all'incremento dei fondi per la contrattazione integrativa di ciascuna amministrazione.

Le disposizioni ora evocate danno luogo ad una sorta di minisistema normativo le cui linee-guida appaiono per certi versi contraddittorie.

Da una parte, con l'art. 40, c. 4^{ter} del TUPI, si dichiara infatti una ambiziosa volontà di rivedere le regole di costituzione del fondo risorse decentrate, nell'esplicita ottica di funzionalizzarlo agli obiettivi di "valorizzazione degli apporti del personale, nonché di miglioramento della produttività"; anche tenuto conto che non è stato cancellato l'auspicio legislativo - sempre peraltro rimasto tale - introdotto dalla riforma Brunetta, che obbligava la contrattazione nazionale a destinare "apposite risorse [...] per premiare il merito e il miglioramento della performance dei dipendenti"⁴⁷⁷, disponendone altresì "le modalità di utilizzo" da parte della contrattazione integrativa⁴⁷⁸.

Dall'altra, con l'art. 23 del Decreto 75/2017, si ribadiscono i vincoli di contenimento delle risorse stabili assegnate alla sede decentrata, la cui misura non può eccedere i limiti dell'importo determinato per l'anno 2016⁴⁷⁹. Orbene, ove si consideri che con quelle risorse, invariate rispetto al 2016, l'amministrazione deve provvedere anche al finanziamento delle voci "non premiali" del salario accessorio, il cui ammontare risulta aumentato a seguito dei rinnovi della contrattazione di comparto, ne deriva inevitabilmente che le risorse concretamente utilizzabili in sede decentrata per incentivare e premiare il merito sono indubbiamente piuttosto ridotte. Anche perché è consolidato nella giurisprudenza contabile l'orientamento che espressamente considera la quota del Fondo risorse decentrate destinata ad obiettivi di incentivazione e la rimanente quota dello stesso Fondo destinata a finanziare indennità fisse, come "un sistema di vasi comunicanti" nel quale un'eventuale crescita dell'una può essere compensata dalla diminuzione dell'altra⁴⁸⁰ al fine ultimo di non superare il tetto complessivo delle risorse destinate al trattamento accessorio.

⁴⁷⁷ Art. 45, c. 3^{bis} D. Lgs. 165/2001.

⁴⁷⁸ Art. 40, c. 3^{quinq} D. Lgs. 165/2001, anch'esso introdotto dalle riforme del 2009.

⁴⁷⁹ Con la differenza, rispetto alla precedente la principale novità, del venir meno dell'obbligo di ridurre la dotazione del Fondo in proporzione alle avvenute cessazioni.

⁴⁸⁰ Così da ultimo Corte dei Conti, Sez. Reg. contr. Puglia, Deliberazione n. 27/2019/PAR del 21 febbraio 2019. Nel medesimo senso, Corte dei Conti, Sez. Reg. contr. Lombardia n. /54/2018/PAR, ove si ribadisce che nel computo del tetto di spesa previsto dall'art. 23 del D. Lgs. 75/2017 devono intendersi ricomprese tutte le risorse destinate al trattamento accessorio del personale, ivi incluse quelle che il 3° comma dell'art. 23 prevede che regioni ed enti locali possano destinare alla componente variabile del salario accessorio.

La opportuna distinzione concettuale tra regole di costituzione e regole di utilizzo del Fondo risorse decentrate per il salario accessorio, non può dunque impedire di evidenziare come, su un piano di fatto, le due dimensioni inevitabilmente si intersechino, con effetti mortificanti per quella quota di salario accessoria destinata a finanziare le politiche di incentivazione e premialità. Non prevedere in fase di costituzione del fondo un efficace e consistente vincolo di utilizzo dello stesso per finalità di premialità, lascia infatti pressoché immutata una realtà nella quale in sede decentrata i fondi disponibili continuano ad essere utilizzati per finanziare forme di salario accessorio che in realtà nulla hanno a che vedere con la premialità, essendo invece dirette a compensare prestazioni o caratteristiche della prestazioni comunque ricorrenti, come le indennità di turno o reperibilità, le progressioni economiche, le indennità di comparto e le posizioni organizzative.

In definitiva, il finanziamento della retribuzione di produttività nel pubblico impiego continua a scontare il peso di problemi che in quello privato nemmeno si pongono⁴⁸¹. Nel settore privato infatti, la retribuzione di produttività “si finanzia da sola”, nel senso che ciò che viene distribuito sotto forma di premio ai dipendenti è una parte degli incrementi dei profitti eventualmente derivanti dal mercato. In questo senso, nel settore privato la premialità esiste solo se ci sono le risorse per finanziarla, e non si pone dunque un problema di predisposizione a monte di risorse da distribuire con funzioni di incentivazione: o il mercato ha premiato l’azienda creando risorse che essa distribuisce; oppure il mercato non produce alcuna risorsa aggiuntiva e dunque non si procede ad alcuna distribuzione.

Nel settore pubblico, al contrario, non vi sono meccanismi di mercato in grado di finanziare eventuali redistribuzioni di quote di profitto a favore dei dipendenti meritevoli. Ne consegue che, se davvero si vuole garantirne l’effettività, le politiche di incentivazione e premialità costantemente promesse e promosse dal legislatore devono poter contare su una quota di risorse certe, dedicate e non distraibili a favore di altri emolumenti, in assenza delle quali nessuna politica di incentivazione e premialità, per quanto normativamente promossa, potrebbe avere luogo.

Non sufficientemente vincolante - anche alla luce dei primi rinnovi contrattuali post-riforma del 2018⁴⁸² - sembra in questo contesto la nuova disposizione introdotta dal novellato art. 19 del Decreto 150/2009, giusta la quale il contratto collettivo nazionale “stabilisce la quota delle risorse destinate a remunerare, rispettivamente, la performance organizzativa e quella individuale”. Predeterminare soltanto la ripartizione “interna” delle risorse premiali disponibili tra performance individuale e organizzativa, senza tuttavia specificare quanta parte del trattamento economico accessorio complessivo debba essere riservata alla premialità, rischia di perpetuare inercialmente una situazione nella quale, come detto, la gran parte del fondo risorse decentrate rimane assorbita da emolumenti privi di ogni connessione con la retribuzione incentivante.

Né può dirsi che all’uopo soccorra il comma 3bis dell’art. 40 TUIP, che pure impone alla contrattazione integrativa di destinare alla premialità “una quota prevalente delle risorse finalizzate ai trattamenti economici accessori comunque denominati”. Tale disposizione, infatti, solo apparentemente devolve alla retribuzione incentivante la maggior parte delle risorse

⁴⁸¹ In questo senso, già TALAMO, *Gli interventi sul costo del lavoro nelle dinamiche della contrattazione collettiva nazionale ed integrativa*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 3-4/2009, p. 497.

⁴⁸² Sui quali v. assai criticamente, OLIVERI, *Contratto collettivo poco innovativo: costituzione del fondo e produttività*, in *BlogOliveri* 03.02.2018 (<https://luigioliveri.blogspot.com/2018/02/contratto-collettivo-poco-innovativo.html>)

disponibili in sede decentrata, ove si consideri che- con precisazione di cui francamente non si sentiva il bisogno- la novella del 2017 ha specificato che “La predetta quota è collegata alle risorse variabili determinate per l’anno di riferimento”, ovvero ad una parte limitata ed aleatoria delle risorse disponibili⁴⁸³. Seppur non chiarissima, la precisazione sembra circoscrivere la grandezza su cui misurare la quota prevalente, alla sola parte variabile del Fondo, lasciando invece immune da vincoli di destinazione la parte stabile.

Non sembra conseguentemente che la nuova disciplina di legge riesca a garantire un deciso mutamento di rotta rispetto alla situazione pregressa, come del resto dimostra la “timidezza” dei primi rinnovi contrattuali post-riforma, rispetto ai quali la Corte dei Conti non ha avuto esitazione - in sede di certificazione dell’ipotesi di contratto collettivo del comparto Funzioni centrali- a giudicare il testo “complessivamente deludente [visto che] le risorse disponibili risultano utilizzate pressoché esclusivamente per corrispondere adeguamenti delle componenti fisse della retribuzione⁴⁸⁴.

Certo, predeterminare una quota di risorse vincolandole a fini di premio di una produttività che, a posteriori, potrebbe anche non concretizzarsi, è circostanza che esclude ogni tendenziale assimilazione tra pubblico e privato. Ma in assenza di meccanismi di mercato che premino una efficienza già prodottasi, le pubbliche amministrazioni non possono che affidarsi ad una produttività promessa o auspicata, predisponendo le risorse destinate a premiarla. Riservandosi semmai la possibilità di non impiegarle ove l’auspicio di una maggiore produttività non dovesse realizzarsi.

4. La differenziazione premiale, ovvero l’ottimismo.

“Una politica salariale che include una logica premiale è quasi per definizione foriera di differenziazioni retributive”, ha notato di recente un protagonista del dibattito economico sui temi della valutazione⁴⁸⁵. Ed in effetti- sebbene per alcuni indigesta e per altri semplicemente inutile, se non dannosa, rispetto ai fini motivazionali (del personale) ed efficientistici (dell’organizzazione) ad essa sottesi⁴⁸⁶- l’idea di una necessaria differenziazione dei compensi elargiti con finalità di premio o incentivo, ricorre significativamente più volte nel linguaggio di un legislatore che dimostra di aver ben presente il rischio di perpetuare la stagione della elargizioni a pioggia; o, come è stato detto, “a pioggerellina”⁴⁸⁷, vista la misura ridotta degli importi elargiti (al di fuori dell’area dirigenziale) nel contesto della premialità.

Di una “significativa differenziazione” *dei giudizi* nella valutazione dei propri collaboratori parlano l’art. 9 del Decreto 150/09, indicandola quale parametro di valutazione della performance

⁴⁸³ La parte variabile del Fondo è alimentata da cessioni di servizi, risparmi derivanti dai piani di razionalizzazione di cui all’articolo 16 del d.l. 98/2011, sponsorizzazioni, risorse per l’attivazione di nuovi servizi, sanzioni per le inosservanze del codice della strada.

⁴⁸⁴ Corte dei Conti, *Rapporto di certificazione sulla ipotesi di contratto collettivo nazionale di lavoro relativo al personale del comparto Funzioni centrali triennio 2016-2018 del 23 marzo 2018*. In termini simili le osservazioni di Giuseppe Travaglini in un articolo pubblicato su *La Repubblica* del 5 marzo 2018, ove si stigmatizzano le previsioni del CCNL del comparto scuola “dove il contratto è stato in parte finanziato con risorse inizialmente destinate alla premialità”.

⁴⁸⁵ SESTITO, *op. cit.*, p. 125.

⁴⁸⁶ PASTORELLO, *Ambivalenze della valutazione individuale. Vie di uscita*, in DELL’ARINGA e DELLA ROCCA (a cura di), *Lavoro pubblico fuori dal tunnel*, *op. cit.*

⁴⁸⁷ M. RICCI - DI NOIA, *Relazioni sindacali e contrattazione collettiva nel settore pubblico dopo la riforma Madia e i rinnovi contrattuali*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 1-6/2017, p. 26.

individuale dei dirigenti⁴⁸⁸, nonché l'art. 14 del medesimo testo, che considera la differenziazione quale elemento centrale dei processi di misurazione e valutazione affidati agli organismi interni di valutazione⁴⁸⁹. Così come una distribuzione indifferenziata *degli incentivi e dei premi* risulta oggetto dell'esplicito divieto posto dal successivo art. 18, c. 2 del medesimo testo. Le "due differenziazioni" - di giudizi e di premi- sono infine poste in connessione dal nuovo art. 19, il quale sostituisce il precedente discusso sistema delle fasce obbligatorie di merito con una previsione che affida al contratto collettivo nazionale il compito di fissare "criteri idonei a garantire che alla significativa differenziazione dei giudizi [...] corrisponda un'effettiva diversificazione dei trattamenti economici correlati".

Alla luce del richiamato quadro normativo- e tenuto conto della norma base introdotta dalla riforma Brunetta e non modificata dall'ultima riforma, giusta la quale "La contrattazione collettiva integrativa si svolge sulle materie, con i vincoli e nei limiti stabiliti dai contratti collettivi nazionali"⁴⁹⁰ – è dunque il contratto collettivo nazionale la fonte deputata a definire il tasso di intensità della differenziazione retributiva premiale, con una marginalizzazione della contrattazione integrativa che già dalla riforma del 2009, ed anche in quella del 2017, ha presumibilmente trovato la sua ragione d'essere in prassi non proprio commendevoli che negli anni precedenti avevano visto la sede decentrata come fonte di trattamenti premiali non esattamente selettivi⁴⁹¹.

La negoziazione nazionale viene dunque evidentemente percepita come una sede meno esposta a tentazioni di distribuzione indifferenziata; il che impone di estendere l'analisi dalla legge ai primi contratti collettivi di comparto stipulati nel post-riforma Madia, al fine di verificarne la rispondenza rispetto ai descritti auspici formulati dal legislatore⁴⁹².

Si conferma in primo luogo una evidente compressione delle risorse destinate alla premialità individuale, dal momento che la già ricordata correzione legislativa del 2017- la quale precisa che la "quota prevalente" delle risorse destinate ai trattamenti accessori di cui parla il comma *3bis* dell'art. 40 TUPi debba essere misurata solo sulla parte variabile del Fondo (v. *supra* §. 3)- viene ulteriormente declinata dal contratto collettivo di comparto, il quale prevede⁴⁹³ che con riferimento alla performance individuale l'aggettivo "prevalente" non debba essere interpretato in termini assoluti (ovvero il 50,1% delle risorse, variabili, disponibili) ma solo in termini relativi, dovendosi destinare ad essa "almeno il 30% di tali risorse". Compatibile con questa lettura rimane peraltro la possibilità che la quota delle risorse utilizzate per premiare la performance- individuale e organizzativa - diventi davvero prevalente ove ai trattamenti correlati alla performance

⁴⁸⁸ Art. 9, c. 1, lett. d) D. Lgs. 150/09

⁴⁸⁹ Art. 14, c. 4, lett. d) D. Lgs. 150/09, così come modificato dalla riforma Madia

⁴⁹⁰ Art. 40, c. *3bis* D. Lgs. 165/2001.

⁴⁹¹ V. comunque l'opinione di L. ZOPPOLI, *Il rapporto tra legge e contratto...*, op. cit., il quale non esclude significativi spazi di intervento della contrattazione decentrata, obiettando che "sarebbe riduttivo interpretare come tassativo il riferimento alla contrattazione nazionale contenuto nel nuovo art. 19 del d. lgs. 150/2009. Più in generale, sia l'Autore prima citato sia DELFINO, *I 'nuovi spazi' negoziali*, IN ESPOSITO - LUCIANI - A. ZOPPOLI - A. ZOPPOLI, a cura di, *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2018, tendono a relativizzare la marginalizzazione della contrattazione integrativa, rilevando che il suo insopprimibile ruolo nel sistema di relazioni sindacali non può che sopravvivere anche alle più recenti innovazioni legislative. Sul punto v. anche BELLAVISTA, *Contrattazione collettiva e partecipazione sindacale nella riforma Madia*, in *Giurisprudenza italiana*, aprile 2018, p. 1005.

⁴⁹² V. per una prima analisi G. RICCI - CUTTONE, *Performance e strumenti premiali*, in AMOROSO - DI CERBO - FIORILLO - MARESCA, a cura di, *Il lavoro pubblico*, Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, di prossima pubblicazione

⁴⁹³ Ma si dovrebbe dire "i quali prevedono", visto che, sul punto, le rispettive previsioni sono identiche in tutti e quattro i nuovi CCNL, con qualche peculiarità nel comparto Sanità.

organizzativa sia destinato almeno un 20,1% delle risorse, in modo tale che la somma delle risorse destinate ai due tipi di performance integri la soglia della prevalenza, intesa in termini assoluti.

Quanto alla differenziazione, i nuovi CCNL declinano un siffatto imperativo- tale da considerarsi alla luce del novellato art. 19 del decreto 150- in un senso per così dire “inclusivo”, che supera le asprezze del precedente meccanismo delle fasce nella misura in cui non prevede più un’area di dipendenti ineluttabilmente esclusi da ogni trattamento premiale (il “restante” venticinque per cento collocato nella terza fascia di merito di cui parlava il vecchio art. 19), ma che tutto sommato mantiene dalla riforma Brunetta l’idea di un “superpremio” riservato ad un’area di “eletti” che caratterizzava il sistema precedente.

Disponendo infatti che ai dipendenti che conseguano le valutazioni più elevate sia attribuita una maggiorazione del premio individuale comunque non inferiore al 30% del valore medio dei premi attribuiti al personale valutato positivamente⁴⁹⁴, la contrattazione collettiva di comparto in buona sostanza non esclude che attraverso il livello decentrato - cui spetta la definizione sia della percentuale di maggiorazione del superpremio, sia della cerchia di eletti cui esso spetta- si giunga ad una situazione esattamente identica a quella divisata dal vecchio art. 19: ovvero, in ipotesi, che al venticinque per cento del personale spetti l’attribuzione del cinquanta per cento delle risorse. Anche se pare alquanto improbabile, per la verità, che ciò possa avvenire in una sede- quella decentrata- che sin qui non si è certo dimostrata particolarmente coraggiosa o innovativa sul punto. Un maggiore protagonismo del contratto nazionale forse non avrebbe guastato, anche se il timore di riprodurre in sede negoziale un meccanismo selettivo non troppo dissimile alla riforma Brunetta ha probabilmente giocato un ruolo non secondario⁴⁹⁵.

Il sistema “base” della differenziazione premiale viene poi completato- ai due poli estremi della valutazione- da due ulteriori elementi di disciplina.

A favore di coloro che conseguono una valutazione di eccellenza è previsto, anzi mantenuto, un bonus annuale delle eccellenze, la cui determinazione, quanto ai destinatari e alla misura del beneficio, è ancora una volta affidata dall’art. 21 del decreto 150/2009 alla contrattazione collettiva nazionale. Sul punto, tuttavia, la prima contrattazione di comparto post-riforma non ha raccolto il rinvio del legislatore, rimanendo in materia del tutto silente. Essendo stati ormai abrogati i puntuali riferimenti contenuti nella precedente versione dell’art. 21- secondo cui il bonus delle eccellenze era assegnato, tra i dipendenti collocati nella prima fascia di merito, a non più del 5% del personale- e in mancanza di regolazione collettiva di comparto, è fortemente revocabile in dubbio che il bonus possa essere allo stato attribuito, “poiché la legge non attribuisce spazi diretti al livello integrativo, che quindi, a rigore, non potrebbe intervenire”⁴⁹⁶.

All’estremo opposto della differenziazione, si pone invece una previsione del tutto nuova introdotta dalla riforma Madia, che in qualche modo può essere considerata una sorta di surrogato della disposizione “punitiva” che in precedenza sanzionava con l’esclusione da

⁴⁹⁴ Art. 78 CCNL Funzioni centrali, ed in termini identici artt. 69 CCNL Funzioni locali; 20 Ccnl Istruzione e ricerca e 82 CCNL Sanità.

⁴⁹⁵ Non mancano comunque voci che hanno fatto notare come la definizione dei criteri di differenziazione, del personale e dei premi, non possa che avvenire a livello decentrato, laddove “ciascuna amministrazione può calare le voci retributive collegate alla produttività nel concreto della propria vicenda organizzativa, modellandole in modo da erogare un servizio efficace ed efficiente” (MONDA, *La valutazione delle performance: programmazione degli obiettivi e gestione premiale*, in ESPOSITO - LUCIANI - A. ZOPPOLI - L. ZOPPOLI, a cura di, *La riforma dei rapporti...op. cit.*).

⁴⁹⁶ Così DELFINO, *I ‘nuovi spazi’ negoziali...op. cit.*, che riferisce invero questa valutazione alle previsioni generali contenute nell’art. 19 del decreto 150/2009. L’osservazione può peraltro essere applicata anche al bonus per le eccellenze regolato dall’art. 21.

qualunque trattamento premiale il personale collocato nella terza fascia di (de)merito (l'abrogato art. 19, c. 1, lett. c) del Decreto 150/2019). Con disposizione "anti-elusiva" che non può non ricordare la celebre clausola anti-assenteismo dell'accordo di Pomigliano, il nuovo comma 4bis dell'art. 40 introduce un contenuto obbligatorio dei contratti collettivi di comparto, obbligando le parti sociali a prevedere apposite clausole che impediscano di incrementare le risorse destinate ai trattamenti accessori- tutti, non solo quelli a carattere di premialità, sembrerebbe- allorquando le assenze siano concentrate in periodi in cui è necessario assicurare continuità nell'erogazione dei servizi o che siano collocati a ridosso di giornate festive e di riposo settimanale.

Non si può dire che sul punto la contrattazione collettiva nazionale abbia assunto scelte particolarmente trancianti, avendo previsto⁴⁹⁷ che ove ricorrano le circostanze normativamente previste "sono proposte misure finalizzate a conseguire obiettivi di miglioramento". E solo se tali proposte non hanno sortito l'effetto desiderato, le risorse dell'anno successivo non potranno essere incrementate rispetto all'anno precedente. Sarebbe quindi affrettato ed anzi errato concludere che in caso di assenteismo patologico non si attribuiscono premi: vero è, invece, che se c'è assenteismo patologico, e sempre che nell'anno successivo non si migliori, le risorse per i premi non aumentano. Davvero un "minimo sindacale", si direbbe; anche perché la scomoda individuazione degli effetti di tali previsioni sulla premialità individuale, auspicabilmente degli assenteisti e non di tutti i dipendenti dell'amministrazione interessata, è stata rinviata alla contrattazione integrativa.

5. Il fascino discreto delle progressioni.

"I premi" - è stato recentemente scritto- "possono essere sostitutivi o complementari rispetto alle più generali prospettive di carriera offerte ai dipendenti pubblici. Non ha perciò senso parlare di premialità senza considerare questi effetti e queste interazioni"⁴⁹⁸.

Sulla indubbia connessione sussistente tra premi retributivi e progressioni gli approcci e le opinioni possono essere diverse, sia con riferimento alla diversa ottica- solo organizzativa o anche giuridica- nella quale la si valuta; sia rispetto alla diversa configurazione giuridica e contabile delle progressioni verticali rispetto a quello orizzontali.

Sulla stessa opportunità di qualificare una progressione, economica o di carriera, come "compenso" di una verificata qualità della performance individuale, i pareri divergono già sul piano della mera funzionalità organizzativa: a chi si dichiara apertamente a favore, osservando che finalizzare la valutazione dei dipendenti a progressioni economiche o di carriera "in un'ottica di tipo più olistico" è preferibile "rispetto alla mera e immediata misurazione di un singolo aspetto della performance cui agganciare, in automatico, premi salariali"⁴⁹⁹, si oppone chi nota che "in un sistema nel quale la progressione di carriera è considerato un nuovo accesso agli impieghi, non appare corretto attribuirle il valore di strumento per premiare il merito"⁵⁰⁰, essenzialmente perché la determinazione dei fabbisogni di personale risponde o dovrebbe rispondere alle esigenze delle amministrazioni, e non a quelle dei dipendenti.

⁴⁹⁷ All'art. 79 del CCNL Funzioni centrali e nelle rispettive norme gemelle per gli altri comparti.

⁴⁹⁸ SESTITO, *Carriera, incentivi...*cit., a p. 127.

⁴⁹⁹ SESTITO, *Carriera, incentivi...*cit., a p. 127

⁵⁰⁰ ALESIO, *Le progressioni verticali: dalla 'espropriazione contrattuale' alla riforma Madia*, in *Comuni d'Italia*, 4-5/2018, p. 17.

Mentre la prima osservazione, proveniente da un'economista, può indistintamente riferirsi alle progressioni economiche e a quelle verticali, la seconda si riferisce com'è evidente solo alle progressioni verticali e va rapportata alle disposizioni contenute nell'art. 22, c. 15 del Decreto 75/2017, da considerare una sorta di erede, piuttosto somigliante, dell'ormai abrogato art. 24, c. 3 del Decreto 150/2009. La precedente disposizione, che considerava titolo rilevante ai fini della progressione la collocazione dei dipendenti nell'abrogata prima fascia di merito per tre anni consecutivi o cinque anche non consecutivi, è stata infatti riproposta pressoché integralmente dalla più recente riforma, da una parte limitando il requisito ai soli tre anni consecutivi e dall'altra rimpiazzando la collocazione nella non più esistente fascia di merito alta con un più generico e potenzialmente esteso riferimento ai dipendenti che abbiano conseguito una "valutazione positiva".

Vista tuttavia attraverso il prisma che forse più di ogni altro incide sulla effettività delle politiche retributive incentivanti e premiali- ovvero, secondo quanto in precedenza detto, la disponibilità di adeguate risorse (v. *supra* §. 3)- la disposizione in oggetto non pare tuttavia poter condizionare più di tanto le interazioni tra processi di valutazione della performance e progressioni in carriera. Non solo perché ciò che la norma prevede è solo una facoltà dell'amministrazione e non un diritto del dipendente, o perché si tratta di una norma destinata a trovare applicazione soltanto nel triennio 2018-2020; quanto e soprattutto perché questo genere di "progressioni premiali", se mai vi saranno, non attingeranno ai fondi disponibili per il trattamento accessorio, quanto semmai alla ordinaria spesa per il personale, incidendo dunque sul bilancio degli enti e sui relativi vincoli assunzionali, ma non sulla dotazione finanziaria del Fondo risorse decentrate.

Più evidente- e in un certo senso maggiormente "pericoloso" nella prospettiva di una piena attuazione delle politiche di premialità retributiva promosse dal legislatore - è invece la connessione tra valutazione della performance e progressioni orizzontali, o per meglio dire economiche.

Occorre innanzitutto ricordare al riguardo come il Decreto 150/2009 espressamente includesse, e tuttora includa, le progressioni economiche nel novero degli strumenti tipicamente finalizzati a premiare il merito e la professionalità (Art. 20, c. 1, lett c), specificando al successivo art. 23 che il relativo riconoscimento deve avvenire "in modo selettivo [...] per una quota limitata di dipendenti [...] sulla base di quanto previsto dai contratti collettivi nazionali e integrativi di lavoro". Anche in questo caso, peraltro, l'abrogazione del sistema delle fasce e della relativa disposizione che considerava titolo prioritario per l'accesso alle progressioni economiche la collocazione nella prima fascia di merito per tre anni consecutivi o cinque non consecutivi⁵⁰¹, rende l'applicazione del principio di selettività assai più incerta, essendo l'individuazione della "quota limitata" di beneficiari rimessa alla contrattazione collettiva, anche integrativa, la quale non ha fornito al riguardo alcuna indicazione, nemmeno in occasione della più recente tornata di rinnovi.

Ma quel che più importa evidenziare nella prospettiva sopra indicata, è che le risorse devolute alle progressioni economiche "premiali" sono tratte, secondo una previsione ribadita dai recenti CCNL⁵⁰²- dal Fondo risorse decentrate, con il conseguente rischio che, in sede di contrattazione integrativa, le risorse disponibili siano pressoché interamente prosciugate da un tipo di premialità - la progressione economica- che in quanto concretizzantesi in un beneficio "stabile" non sembra

⁵⁰¹ L'abrogato comma 3 dell'art. 23 del Decreto 150/2009.

⁵⁰² V. per tutti l'art. 77, c. 2, lett. e) del CCNL Funzioni centrali

del tutto coerente con l'idea di un processo di valutazione continuo e i cui esiti possono essere diversi in ognuno dei diversi cicli di performance nei quali esso si articola. In altri termini, mentre la logica del premio attribuito ad esito di un ciclo di misurazione e valutazione della performance è quella di un beneficio *un tantum* che compensa il raggiungimento di un obiettivo riferibile ad "un arco temporale delimitato, di norma corrispondente ad un anno" (art. 5, c. 2, lett. d) Decreto 150/2019), il riconoscimento di una progressione economica cristallizza in maniera irreversibile un merito che con il passare del tempo potrebbe anche venire meno.

In questo senso, a rigore, non solo le progressioni economiche hanno poco a vedere- visto il loro carattere "stabile" - con una politica di premialità che si vuole informata ai canoni della "definizione e assegnazione degli obiettivi annualmente validati", del "monitoraggio in corso di esercizio e attivazione di eventuali interventi correttivi", della "misurazione" e della "rendicontazione"⁵⁰³. Ma soprattutto rischiano - se le parti in sede decentrata dovessero largheggiare nella definizione di cosa debba intendersi per "quota limitata" e "selettività" - di svuotare il Fondo destinato a finanziare i trattamenti accessori, o meglio la sua parte stabile, che in tal modo non potrebbe in alcun modo contribuire al finanziamento della retribuzione premiale. Fermo restando che dovrebbero soccorrere, in una evenienza siffatta, gli stringenti meccanismi di controllo della contrattazione integrativi introdotti dalla riforma del 2009, che autorizzano il Dipartimento della funzione pubblica ad accertare, e a trasmettere alla Corte dei Conti, "la concreta definizione ed applicazione di criteri improntati [...] a parametri di selettività, *con particolare riferimento alle progressioni economiche*" (art. 41bis, c. 3 TUIPI).

Per concludere sul punto, se è forse vero che- in una prospettiva gestionale- potrebbe essere utile svincolare la premialità da valutazioni annualmente parcellizzate che impediscono valutazioni più meditate e complessive del merito dei dipendenti, resta d'altra parte caratterizzata da ambiguità la possibilità- consentita dalle incertezze legislative e con ogni probabilità perseguita in sede di contrattazione integrativa⁵⁰⁴- di impiegare la gran parte delle risorse disponibili per determinare effetti stabili come le progressioni economiche. Riemerge qui, dunque, uno dei punti di evidente attrito tra settore pubblico e settore privato, nel cui ambito sarebbe difficile pensare di impiegare le risorse destinate a compensare la produttività per finanziare avanzamenti stabili di inquadramento normativo o anche solo retributivo.

6. Niente di (veramente) nuovo sul fronte della valutazione.

Pur concentrandosi solo su alcuni profili della disciplina ritenuti maggiormente qualificanti nell'ottica di una valutazione complessiva della riforma in tema di premialità retributiva – risorse disponibili, differenziazione selettiva, rapporto tra premi e progressioni- l'esposizione che precede ha inteso in buona sostanza evidenziare, senza alcuna pretesa di esaustività, le perduranti aporie di un sistema normativo di misurazione della performance a finalità premiali le cui ultraventennali incertezze non sembrano essere state superate dai più recenti interventi del legislatore.

Ciò che di certo al legislatore non si può rimproverare è la coerenza teleologica con la quale da un quarto di secolo continua a perseguire con incrollabile fiducia la compiuta realizzazione dell'idea

⁵⁰³ Tutte espressioni contenute nell'art. 4 del Decreto 150/2009.

⁵⁰⁴ Come ricorda MAINARDI, *La valorizzazione delle risorse umane nelle P.A. Trattamenti accessori e fondi per la contrattazione integrativa*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 3/2018, p. 453 citando anche pronunce della giurisprudenza contabile, "l'istituto è stato utilizzato per riconoscere aumenti economici che si consolidano nel trattamento dei dipendenti pubblici senza il ricorso a strumenti veramente selettivi".

di fondo che sin dall'inizio ne ha sotteso l'azione regolativa in materia: ovvero che l'introduzione di modelli valutazione e premialità dei pubblici dipendenti costituisca un *mezzo* in grado di migliorare la qualità dei servizi forniti all'utenza, ma anche un *fine* in sé, nella misura in cui il solo fatto di essere sottoposti ad una valutazione determinerebbe un miglioramento qualitativo della prestazione dei pubblici dipendenti, anche a prescindere dal raggiungimento di risultati o obiettivi specifici.

Eppure, il trapianto di sistemi retributivi incentivanti e/o premiali dal settore privato- dove tutto sommato si è dimostrato che funzionano- a quello pubblico, continua a scontare ritardi ormai troppo cronicizzati per poter essere imputati ad uno o più difetti specifici delle discipline succedutesi nel corso di cinque lustri e quattro riforme.

Si tratterebbe di allora verificare, in una ideale prosecuzione della ricerca, se quelle incertezze ed aporie non *superate* dalla quarta riforma fossero invero *superabili* da un legislatore il quale, piuttosto che limitarsi ad un'opera di routinario maquillage, si fosse dimostrato più accorto, innovativo o temerario di quanto non abbia fatto introducendo discipline di dubbio rilievo, come quella relativa alla partecipazione degli utenti al processo di valutazione (nuovo art. 19bis Decreto 150/2019). Magari interrogandosi su alcune opzioni di fondo che sembrano a tutt'oggi ancora irrisolte. Solo per enunciarne alcune, nella maniera più problematica e meno assertiva possibile: a) È davvero praticabile o ragionevole continuare a fare affidamento su una iper-regolazione quasi parossistica, frutto di successive stratificazioni normative che hanno dato luogo ad un sistema decisamente complesso e di non agevole implementazione da parte degli attori?⁵⁰⁵ b) Come si può riuscire a trovare un ragionevole compromesso tra due esigenze che paiono inevitabilmente contrapposte, ovvero il superamento di un modello unitario di valutazione e premialità difficilmente adattabile alla pluralità delle amministrazioni, e la perdurante diffidenza nei confronti dell'unica fonte in grado di introdurre i necessari adattamenti rispetto alle singole amministrazioni, ovvero la contrattazione integrativa? c) È possibile che non si riesca a fornire una adeguata risposta ai fenomeni di "cattura" della controparte datoriale indotta da quanto Talamo rilevava già dieci anni fa, ovvero "l'interesse della politica all'acquisizione di un consenso "concentrato" come quello sindacale (rappresentativo di oltre tre milioni e mezzo di dipendenti pubblici-elettori), rispetto a quello "diffuso" al buon funzionamento della macchina amministrativa"?⁵⁰⁶

L'elenco potrebbe certamente continuare con altre e più puntuali domande, attraverso le quali provare ad individuare i tasti sui quali varrebbe la pena di battere nel tentativo di conseguire se non l'obiettivo finale di incrementare l'efficienza della azione amministrativa, quantomeno l'obiettivo intermedio, funzionale al primo, di premiare davvero, e in misura significativa, i dipendenti migliori. Cosa che, fino ad ora, la quarta riforma del pubblico impiego non sembra in grado di assicurare, perpetuando un modello regolativo nel quale la gestione della premialità è sovente percepita dagli attori come poco più che un fastidioso adempimento: premiare stanca.

⁵⁰⁵ Osserva DELFINO, *I 'nuovi spazi' negoziali*, op. cit., a p. 33, citando GASPARRINI - MASTROGIUSEPPE, *La contrattualizzazione nel lavoro pubblico: i suoi risultati, le sue prospettive*, in DELL'ARINGA - DELLA ROCCA (a cura di), *Lavoro pubblico fuori dal tunnel...op. cit.*, che anche dopo la riforma Madia rimangono in piedi le preoccupazioni secondo le quali esiste una 'complessa regolazione che presiede alla definizione delle risorse che alimentano i fondi per la contrattazione integrativa, complicatasi sempre più negli anni, che ha creato (e sta creando) non poche difficoltà agli enti sul piano amministrativo'.

⁵⁰⁶ TALAMO, *Gli interventi sul costo del lavoro...*, op. cit.

**Etica comportamentale, procedimento disciplinare e sanzioni.
L'homo novus nel pubblico impiego?**

Mariagrazia Militello

1. Cenni sull'evoluzione dell'etica comportamentale del pubblico dipendente e del potere disciplinare.	139
1.1. La nuova etica e i doveri di comportamento come estensione dell'oggetto della prestazione lavorativa. Il codice di comportamento.	141
1.2. La responsabilità disciplinare in caso di inefficienza del dipendente pubblico.	144
2. Il ruolo della legge nella definizione delle fattispecie di illecito disciplinare e la marginalizzazione della contrattazione collettiva.	146
3. L'esercizio del potere disciplinare tra discrezionalità e obbligatorietà.	148
4. Il procedimento disciplinare. Tra nuove semplificazioni e vecchie questioni interpretative.	152
4.1. Gli effetti del procedimento disciplinare in caso di trasferimento e cessazione del rapporto di lavoro.	156
4.2. Rapporto tra procedimento disciplinare e procedimento penale.	157
5. La Riforma Madia tra comportamenti imposti e inefficienze irrisolte.	158

1. Cenni sull'evoluzione dell'etica comportamentale del pubblico dipendente e del potere disciplinare.

Il tema della responsabilità disciplinare del dipendente pubblico (e, conseguentemente del potere e del procedimento disciplinare) costituisce un elemento cruciale nel quadro della regolazione dell'agire della Pubblica Amministrazione poiché non incide soltanto sull'organizzazione interna alla Pubblica Amministrazione ma è intimamente connesso – soprattutto in tempi recenti – alla rappresentazione che di essa si ha, e che di essa si intende fornire, all'esterno. Tanto che, sovente – come peraltro accaduto in ultimo in occasione del c.d. decreto sui “furbetti del cartellino”⁵⁰⁷ – le modifiche legislative sono servite a ripulire l'immagine della PA sull'onda dell'emotività indotta da fenomeni di malcostume e illegalità balzati agli onori della cronaca, restituendo agli interpreti degli interventi che, non a torto, sono stati definiti emergenziali⁵⁰⁸.

Sul punto, lo stesso Consiglio di Stato ha avuto occasione di mettere in evidenza come «il fenomeno dell'assenteismo fraudolento, la cui incidenza sulla produttività reale è difficile da misurare, si rifletta negativamente sulla produttività percepita del sistema pubblico da parte dei cittadini e quindi sulla fiducia che la società civile ripone nell'efficienza dello stesso»⁵⁰⁹. Ragione per la quale il tentativo di un recupero etico-comportamentale all'interno della pubblica amministrazione come elemento funzionalmente connesso ai profili di organizzazione amministrativa è assurdo a tematica centrale nell'azione degli ultimi Governi; e, di conseguenza, il potere disciplinare si è tramutato in uno strumento di miglioramento dell'efficienza organizzativa e del rendimento dei lavoratori⁵¹⁰.

Sembra, anzi, – come è stato sostenuto – che «la legge reperi l'efficienza della p.a. anche come un derivato dell'attività individuale di ciascun dipendente da sottoporre a controllo e sanzione», puntando più sul controllo e la sanzione che sulla direzione e organizzazione dell'attività produttiva⁵¹¹.

Questa inestricabile connessione tra efficienza e responsabilità ha indotto il legislatore a configurare la scarsa efficienza come fattispecie legale sanzionatoria, prevedendo una sanzione per il dipendente nel caso in cui, a causa della violazione degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa, la p.a. sia condannata al risarcimento del danno⁵¹², ovvero quando il comportamento posto in essere in violazione degli obblighi contrattuali determini il cattivo funzionamento della stessa (cfr. più approfonditamente *infra* § 1.2).

⁵⁰⁷ Cfr. d.lgs. 20 giugno 2016, n. 116 in materia di licenziamento disciplinare, su cui cfr. L. Zappalà, *La regolazione asintotica del licenziamento: ratio ed effetti della differenziazione tra lavoro pubblico e lavoro privato*, in q. Volume.

⁵⁰⁸ Come significativamente ha scritto S. Cassese «Pochi malati hanno avuto dattorno tanti medici quanto la Pubblica Amministrazione italiana». E che la Pubblica Amministrazione sia considerata un malato da curare – d'urgenza peraltro – è vero da tempo. Parla di interventi di regolazione emergenziale M. Quaranta, *Illeciti rilevanti e tipologia di sanzioni*, cit.

⁵⁰⁹ Cfr. parere del Consiglio di Stato sulla bozza di decreto 116/2016 (Cons. Stato, comm. spec., 5 aprile 2016, n. 864).

⁵¹⁰ Parla di un nesso tra la perdita di competitività del sistema produttivo italiano e la debolezza del personale pubblico, B. Mattarella, *Il diritto dell'onestà. Etica pubblica e pubblici funzionari*, in il Mulino, 2007, 1, p. 35.

⁵¹¹ In questi termini, cfr. V. Bavaro, *Il potere disciplinare*, in Carabelli, M. T. Carinci (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, Bari, 2010, p. 215 ss. Sul legame tra sanzioni disciplinari e produttività, cfr. Tullini, *L'inadempimento e la responsabilità disciplinare del dipendente pubblico: tra obblighi giuridici e vincoli deontologici*, in *W.P. CSDLE “Massimo D'Antona.IT*, n. 229, 2014; Avio, 2017.

⁵¹² La riforma Madia ha peraltro previsto un inasprimento della sanzione che diventa come minimo la sospensione da graduare in base all'entità del risarcimento, salvo che ricorrano i presupposti per l'applicazione di una più grave sanzione disciplinare (art. 55-sexies, co. 1); mentre la precedente formulazione indicava la sospensione come sanzione salvo che non ricorressero i presupposti per l'applicazione di un'altra sanzione che, dunque, avrebbe potuto essere più lieve.

E se l'art. 55, fino alla Riforma Brunetta, rappresentava – come è stato scritto – la norma simbolo del processo di convergenza del potere disciplinare nel lavoro pubblico e nel lavoro privato⁵¹³; con la terza e la quarta riforma⁵¹⁴, esso diventa invece il simbolo di un processo inverso caratterizzato:

a) dal tentativo di ritorno ad un'etica comportamentale che ricorda quella delle origini, con l'introduzione di un'obbligazione di "essere" accanto a quella di "fare" che amplia così l'oggetto della prestazione lavorativa (§ 1.1);

b) dal ruolo pervasivo della legge che disciplina, delineandole, alcune fattispecie di illecito e relative sanzioni applicabili, effetto anch'esso dell'inversione nel rapporto tra fonte legale e fonte contrattuale (§1.3);

c) e dal tentativo di rendere obbligatorio l'esercizio dell'azione disciplinare attraverso la indisponibilità della sanzione disciplinare e la responsabilizzazione di coloro i quali devono esercitare il potere disciplinare con conseguente sanzione per mancata sanzione⁵¹⁵, che rende il potere disciplinare obbligatorio un fisiologico strumento di gestione del personale (§1.4).

Bisogna, però, prima di procedere, fare qualche precisazione. Non si intende, in questa sede, mettere in discussione il fondamento contrattuale del potere disciplinare nel pubblico impiego⁵¹⁶ – come, al contrario, cerca di fare buona parte della dottrina amministrativista⁵¹⁷ –, quanto, piuttosto, evidenziare tutti quegli elementi – introdotti in occasione degli ultimi interventi legislativi in materia – che tendono ad ibridare l'essenza e la funzione propria del potere disciplinare, rendendolo lo strumento principale – quando non l'unico – di lotta contro l'assenteismo e l'inefficienza della pubblica amministrazione.

Del resto, ancora di recente, il DDL n. 920/2018 (c.d. d.d.l. "concretezza") approvato qualche giorno fa dalla Camera⁵¹⁸, ha previsto un'ulteriore – e ancora più pervasiva – misura "per il contrasto all'assenteismo" (art. 2) che consiste nell'introduzione di sistemi di verifica biometrica dell'identità e di videosorveglianza per i dipendenti delle amministrazioni pubbliche, destinata a sostituire i sistemi di rilevazione automatica attualmente in uso. Si può facilmente immaginare come questo inciderà sull'intero sistema della responsabilità disciplinare, nell'unico senso – ancora una volta – di inasprire viepiù gli strumenti di controllo, con la (eventuale) conseguenza di avere, nella prospettiva più rosea (qualora, cioè, i nuovi sistemi dovessero funzionare più dei

⁵¹³ Così M. Quaranta, *Illeciti rilevanti e tipologia di sanzioni*, in M. Esposito, V. Luciani, A. Zoppoli, L. Zoppoli (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2018, 234.

⁵¹⁴ Sui motivi per cui si è resa necessaria una quarta riforma del lavoro pubblico, cfr. Zoppoli in questo Volume.

⁵¹⁵ Cfr. H. Bonura, B. Caruso, *La nuova disciplina della responsabilità disciplinare del dipendente pubblico e la lotta all'assenteismo*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT- 105/10.

⁵¹⁶ Sul punto si registra ampia dottrina; cfr., da ultimo, V. Bavaro, *Note sul potere disciplinare nel lavoro pubblico fra aziendalismo e amministrativismo*, in RGL, 2018, 507 ss. Sull'importanza della contrattualizzazione il cui fulcro è la "(...) riconduzione della pubblica amministrazione alla posizione contrattuale di parte del rapporto con i propri dipendenti", e sui rischi derivanti dalla "neolingua" che continua ad insidiare la regolazione dei rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni, si veda l'indimenticabile saggio di Massimo D'Antona (*La neolingua del pubblico impiego riformato*), il quale avvertiva altresì del fatto che l'aspetto della contrattualizzazione maggiormente complesso da metabolizzare fosse rappresentato proprio dalla posizione paritaria dell'amministrazione "quando esercita i poteri del datore di lavoro, il potere direttivo, il potere disciplinare, il potere di controllo" (M. D'Antona, *La contrattualizzazione del rapporto di lavoro con la Pubblica Amministrazione*). Entrambi i saggi si trovano ora in *Opere*, a cura di Caruso e Sciarra, vol. IV, *Scritti sul pubblico impiego e sulla pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2000, rispettivamente p. 83 ss. e p. 221 ss.

⁵¹⁷ Cfr., tra gli altri, V. Tenore, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, Giuffrè, Milano, 2017 e altri autori citati alla nt. 26.

⁵¹⁸ Il DDL "Concretezza" è stato approvato in seconda lettura dalla Camera il 10 aprile con 272 voti a favore, 182 contrari e una astensione; e tornerà all'esame del Senato che si dovrà pronunciare in terza lettura.

precedenti), dipendenti presenti – perché più controllati e, quindi, maggiormente soggetti a sanzione – ma non per questo più efficienti.

1.1. La nuova etica e i doveri di comportamento come estensione dell'oggetto della prestazione lavorativa. Il codice di comportamento.

Il primo degli elementi che segnano il processo di divergenza tra pubblico e privato è rappresentato dalla ricerca di una nuova etica comportamentale che il legislatore sembra voler trapiantare con forza nel corredo valoriale del dipendente pubblico, attraverso la precisa individuazione dei comportamenti da assumere.

Si tratta di un intendimento già evidente nella riforma Brunetta, la cui *ratio* giustificatrice, come noto, era stata individuata nell'esigenza di reprimere fenomeni patologici quali la scarsa efficienza, l'assenteismo e l'illegalità nelle pubbliche amministrazioni, in modo tale da indurre un *trend* che andasse in senso contrario (cfr. art. 67, L. 15/2009).

Con la nuova stagione riformatrice, gli obblighi del dipendente pubblico vengono ancor di più specificati nel senso di una estensione dei "doveri morali". Depone chiaramente in tal senso il rinnovato art. 54⁵¹⁹ in base al quale i dipendenti non hanno più soltanto l'obbligo di adempiere la prestazione lavorativa ma devono informare il loro comportamento «al rispetto dei doveri costituzionali di diligenza, lealtà, imparzialità e servizio esclusivo alla cura dell'interesse pubblico» (co. 1). La violazione dei doveri di comportamento, la cui definizione è demandata ad un codice di comportamento – approvato con D.P.R. 62/2013 – costituisce di per sé illecito disciplinare, e le violazioni gravi e reiterate comportano l'applicazione della sanzione del licenziamento (art. 54, co. 3)⁵²⁰.

Invero, già prima dell'intervento della l. n. 190/2012, l'art. 54 contemplava la necessità di un codice di comportamento che fosse definito «(...) in relazione alle necessarie misure organizzative da adottare al fine di assicurare la qualità dei servizi (...)» (co. 1), ma esso aveva un carattere meramente interpretativo ed un rilievo disciplinare residuale⁵²¹, delineando modelli di comportamento che però non si configuravano come obbligo contrattuale⁵²².

Nella nuova formulazione, invece, ad ulteriore dimostrazione del legame instaurato dal legislatore tra efficienza e doveri comportamentali, le finalità legate alla qualità dei servizi vengono integrate⁵²³ da quelle del rispetto dei doveri costituzionali di diligenza, lealtà e imparzialità; muta, poi, la fonte stessa del codice⁵²⁴, la cui principale novità risiede nel necessario rilievo disciplinare

⁵¹⁹ L'ultimo intervento di modifica dell'art. 54 si deve all'art. 1, co. 45 l. 6 novembre 2012, n. 190 che ha determinato l'adozione del D.P.R. 62/2013, dopo il decreto della Funzione pubblica adottato nel marzo del 1994 e il D.M. 28 novembre 2000. Cfr. Galbiati C., *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, in DRI, 2013, 4, 1181.

⁵²⁰ Tale previsione renderebbe di fatto inutile la nuova lettera f-bis dell'art. 55 *quater*; così Tampieri, *Il licenziamento disciplinare nelle disposizioni di legge*, in LPA, 2018, 2, 7 ss. Sul licenziamento disciplinare, v. L. Zappalà, *La regolazione asintotica del licenziamento*, cit.

⁵²¹ Il co. 3 dell'art. 1 del DM 28 novembre del 2000, infatti, stabiliva che le disposizioni del codice di comportamento trovano immediata e diretta applicazione in tutti i casi in cui non siano applicabili altre disposizioni di legge o regolamento che regolino e sanzionino i comportamenti dei dipendenti. Così Oliveri L., *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, in *Comuni in rete*, 2001, 12. Sulla natura di ausilio interpretativo del codice di comportamento, cfr. B. Mattarella, *Il diritto dell'onestà*, cit., 43.

⁵²² I comportamenti descritti nei codici di cui all'art. 54 erano suscettibili di divenire giuridicamente vincolanti per i dipendenti solo grazie all'esplicito rinvio operato dai contratti collettivi nelle norme del codice disciplinare; così V. Bavaro, *Il potere disciplinare*, in U. Carabelli, Carinci (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, 2010, 216.

⁵²³ Così Galbiati, cit.

⁵²⁴ Gargiulo U., *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici: atto terzo*, in LPA, 2012, 5, 751.

delle sue violazioni⁵²⁵. Ciò implica che, anche in mancanza di un'apposita previsione dei contratti collettivi, cui è demandato il potere di definire illeciti e sanzioni disciplinari, la violazione del codice di comportamento è di per sé fonte di responsabilità disciplinare⁵²⁶. Depone in tal senso, peraltro, la previsione esplicita per la quale le violazioni gravi e reiterate del codice comportano l'applicazione della sanzione del licenziamento, che pone – tra le altre cose – diversi problemi interpretativi riguardanti il rispetto del principio di proporzionalità nell'irrogazione della sanzione rispetto all'entità dell'infrazione⁵²⁷.

Questa interpretazione – invero non unanimemente condivisa⁵²⁸ – determina un ulteriore scardinamento nel sistema delle fonti di regolazione della responsabilità disciplinare e la conferma della progressiva attrazione della materia nella sfera di regolazione legislativa unilaterale. Pare difficile negare, infatti, che l'art. 54 intenda attribuire rilievo disciplinare autonomo al codice di comportamento, malgrado questa lettura rischi di dar vita ad un quadro sistematico delle fonti poco coerente⁵²⁹, dal momento che sottrae alla contrattazione collettiva buona parte del potere di definire le infrazioni e le sanzioni applicabili.

Il tentativo – tanto chiaro quanto maldestro – è quello di ri-mettere al centro dell'agire della Pubblica Amministrazione un dipendente “al servizio” di due datori di lavoro⁵³⁰ – l'amministrazione e la cittadinanza –, chiamato a produrre non per fini economici ma per il bene pubblico e l'interesse collettivo⁵³¹, in quanto parte di un rapporto di lavoro *speciale* dal quale discendono direttamente obblighi non più e non soltanto contrattuali, ma anche etici e morali⁵³².

Doveri informati a contenuti etici che non rientrerebbero più soltanto nella sfera del dover essere del dipendente pubblico ma sarebbero ormai destinati ad ampliarne l'oggetto della prestazione lavorativa, restituendo all'interprete, ma non solo, l'immagine di un dipendente pubblico soggetto ad un potere che torna a colorarsi di connotazioni sempre più pubblicistiche⁵³³.

⁵²⁵ B. Mattarella, *Il nuovo codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, 927.

Cfr. art. 16, co. 1 del DPR n. 62/2013 per cui “La violazione degli obblighi previsti dal presente Codice integra comportamenti contrari ai doveri d'ufficio. Ferme restando le ipotesi in cui la violazione delle disposizioni contenute nel presente Codice, nonché dei doveri e degli obblighi previsti dal piano di prevenzione della corruzione, dà luogo anche a responsabilità penale, civile, amministrativa o contabile del pubblico dipendente, essa è fonte di responsabilità disciplinare accertata all'esito del procedimento disciplinare, nel rispetto dei principi di gradualità e proporzionalità delle sanzioni”.

⁵²⁶ Così ancora B. Mattarella, cit., 929; S. Kranz, *Il nuovo codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, Azienditalia, v. Il Personale, n. 7, (2013), pp. II-XX.

⁵²⁷ Il DPR n. 62/2013 contiene un generico riferimento al rispetto dei principi di gradualità e proporzionalità delle sanzioni (art. 16, co. 1).

⁵²⁸ Cfr. Gargiulo, cit., p. 764, il quale ritiene che una interpretazione che desse rilievo disciplinare autonomo al codice di comportamento sarebbe incompatibile con il ruolo assegnato alla contrattazione collettiva in tema di responsabilità disciplinare.

⁵²⁹ Parla del legislatore come di un “guidatore della domenica” Gargiulo, cit., p. 768.

⁵³⁰ B. Mattarella, *Controllo della corruzione amministrativa e regola di etica pubblica*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000, n. 5, 1029.

⁵³¹ U. Buratti, *Amministranti. Lavoro, Etica e Pubblica Amministrazione*, Cisl Funzione Pubblica, 2011, n. 15.

⁵³² Parla, a tal proposito, di consolidamento della specialità delle regole disciplinari, A. Pioggia, *La riforma dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni: i profili organizzativi, la dirigenza e le ulteriori riforme in itinere*, in L. Fiorillo e A. Perulli, *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 2013, 8 ss.

⁵³³ La letteratura in argomento, per lo più amministrativista, è assai ampia, e decisa nell'affermare “l'irriducibilità della figura del funzionario nelle maglie di una dimensione esclusivamente privatistica (...) di una regolazione eminentemente contrattuale del rapporto”. In questo senso, Carloni E., *Il nuovo codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, 2013, 2, 377; E. Carloni, *I codici di comportamento “oltre” la responsabilità disciplinare*, in *LPA*, 2017, 158 ss; v. anche, tra gli altri, Cavallo Perin, Gagliardi, *Status dell'impiegato pubblico, responsabilità disciplinare e interesse degli amministrati*, in *Dir. Amm.*, 2009, 53; M. Calcagnile, *Il rapporto di impiego con gli enti pubblici e la funzione amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2010, 1, 187 ss.

In altre parole, un ritorno al passato, alla rigida regolamentazione del comportamento in servizio dei pubblici dipendenti, tra il dovere di servire la Nazione e quello di tenere una condotta conforme alla dignità delle proprie funzioni anche fuori dall'ufficio⁵³⁴; principi intimamente connessi a quelli sanciti dall'art. 97 della Costituzione⁵³⁵, – e, secondo alcuni, per molto tempo trascurati⁵³⁶ –, il cui esplicito recupero⁵³⁷ rimette al centro del corretto funzionamento della pubblica amministrazione il tema dell'etica del funzionario pubblico⁵³⁸.

In realtà, da un punto di vista formale, ciò non costituisce una grossa novità; molto rumore per nulla, insomma. Già nel 1993, infatti, in occasione della proposta di un codice di comportamento da parte dell'allora Ministro della funzione pubblica, qualcuno ebbe a sostenere che il codice non costituiva una novità ma era ciò nonostante indispensabile⁵³⁹. E anche oggi, come allora, la previsione puntuale di doveri di comportamento per il dipendente pubblico non è una novità, anche se sembra essere diventata più che mai indispensabile per ricreare un'immagine pulita ed efficiente della Pubblica Amministrazione.

Diversamente, però, dai tentativi del passato, i doveri oggi individuati dal codice di comportamento si caratterizzano rispetto a quelli contenuti nei contratti collettivi non tanto per il fatto di essere marcatamente orientati a garantire la trasparenza dell'azione amministrativa attraverso la prevenzione della corruzione, come dimostrano i diversi articoli che regolamentano la condotta del dipendente dinnanzi a regali ovvero in caso di conflitti di interesse, prevedendo obblighi di astensione e trasparenza⁵⁴⁰.

La novità risiede, piuttosto, nel fatto che tali comportamenti – che, per natura, si pongono al di fuori del contratto⁵⁴¹ – siano attratti entro l'area degli obblighi del lavoratore, nel tentativo di recuperare un'immagine di dipendente pubblico ormai appartenente al passato.

Questo *amarcord* – pur non mettendo in discussione il fondamento privatistico del rapporto di lavoro – rischia sulla carta di creare varie disfunzioni⁵⁴²; il legislatore, infatti, nel perseguimento

⁵³⁴ Cfr. art. 13 DPR 10 gennaio 1957, n. 3, Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato.

⁵³⁵ Che il pubblico funzionario non debba limitarsi a rispettare la Costituzione e le leggi ma deve adempierle con disciplina e onore è una idea presente nell'art. 54 Cost.; cfr. in questo senso B. Mattarella, *Le nuove regole di comportamento dei pubblici funzionari*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 2014, 1, 497.

⁵³⁶ Carloni, cit., 382.

⁵³⁷ Si parla, infatti, di "servizio esclusivo alla cura dell'interesse pubblico", dovere di servire la Nazione "con disciplina e onore".

⁵³⁸ Il dipendente deve, quindi, "osservare, rispettare, assicurare, dimostrare, astenersi, segnalare, utilizzare, non usare, non accettare, non offrire, non sfruttare, non ritardare"; cfr. Galbiati, cit., 1185; F. Riva, *Riprendersi la dignità. Democrazia, etica, pubblica amministrazione*, in U. Buratti, *Amministranti. Lavoro, etica e pubblica amministrazione*, Cisl Funzione Pubblica, 2011, n. 15.

⁵³⁹ Già con riferimento al codice di comportamento proposto nel 1993 dal Ministro della funzione pubblica, Sabino Cassese, era stato affermato che "il catechismo di Cassese relativo al comportamento che devono tenere i pubblici dipendenti non contiene novità, (...), ma è un indispensabile richiamo alla coscienza di coloro che operano nella e per la pubblica amministrazione", così Onorato Sepe, magistrato della Corte dei Conti nella Relazione di sintesi, in *La pubblica amministrazione nella Costituzione. Riflessioni e indicazioni di riforma*, Atti del XXXIX Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione, Milano, Giuffrè, 1993, 219.

Sull'efficacia e la rilevanza dei codici di comportamento nel tempo cfr. D'Alterio, *I codici di comportamento e la responsabilità disciplinare*, in B. G. Mattarella e Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 11 ss.

⁵⁴⁰ Cfr. ad es. art. 4 "regali, compensi e altre utilità", art. 5 "partecipazione ad associazioni e organizzazioni"; art. 6 "comunicazione degli interessi finanziari e conflitti d'interesse"; art. 7 obbligo di astensione; art. 9 "trasparenza e tracciabilità".

⁵⁴¹ Cfr. art. 10 rubricato "comportamento nei rapporti privati", per cui "Nei rapporti privati, comprese le relazioni extralavorative con pubblici ufficiali nell'esercizio delle loro funzioni, il dipendente non sfrutta, né menziona la posizione che ricopre nell'amministrazione per ottenere utilità che non gli spettino e non assume nessun altro comportamento che possa nuocere all'immagine dell'amministrazione".

⁵⁴² Sull'evoluzione delle fonti degli obblighi del dipendente pubblico, cfr. Nicodemi, *La responsabilità disciplinare nel pubblico impiego*, in *LexItalia*, 2018; S. Battini, *Il personale*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 453 ss.

dell'obiettivo urgente di un'affermazione positiva dei doveri morali a tutti i costi che spingono per entrare a pieno titolo nell'oggetto della prestazione lavorativa, mette in pericolo, tra le altre cose, l'assetto delle fonti che appare schizofrenico e incoerente per il rapporto, tutt'altro che lineare, che crea tra legge, contratto collettivo e codice di comportamento. Di fatto, il pericolo sembra per il momento essere stato sventato, poiché nella recente tornata contrattuale (triennio 2016-2018), i ccnl richiamano, tra gli obblighi del dipendente, quelli contenuti nel codice di comportamento di cui all'art. 54 del d.lgs. n. 165/2001 e nel codice di comportamento adottato da ciascuna amministrazione⁵⁴³, così di fatto attribuendo fonte contrattuale ai doveri del dipendente ivi contemplati⁵⁴⁴.

1.2. La responsabilità disciplinare in caso di inefficienza del dipendente pubblico.

Oltre al recupero della rettitudine morale, il legislatore, come si è già accennato (§1), crea una esplicita stretta connessione tra efficienza organizzativa e rendimento del lavoratore, che ridonda nelle disposizioni – l'art. 55 *quater* lett. f *quinquies* e l'art. 55 *sexies*, co. 2 – aventi ad oggetto due diverse fattispecie sanzionatorie riguardanti ipotesi di scarso rendimento del lavoratore, un tempo regolamentate dalla contrattazione collettiva. Per qualcuno, si tratta di una sorta di duplicazione della fattispecie di scarso rendimento, che renderebbe opaca la distinzione tra le due condotte tipizzate⁵⁴⁵.

In realtà, le due fattispecie sono parzialmente diverse: nella prima, il legislatore connette automaticamente l'irrogazione della sanzione del licenziamento all'insufficiente rendimento, dovuto alla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa, rilevato dalla costante "valutazione negativa della *performance* per ciascun anno nell'ultimo triennio" (art. 55 *quater* lett. f *quinquies*)⁵⁴⁶; nella seconda, invece, prevede l'irrogazione della sanzione, peraltro peculiare, del collocamento in disponibilità – attraverso l'applicazione della procedura prevista per i casi di eccedenza di personale –, quando l'inefficienza e l'incompetenza, anche qui accertate mediante i sistemi legali e contrattuali di valutazione del personale, arrechino un "grave danno" al funzionamento della pubblica amministrazione (art. 55 *sexies*, co. 2)⁵⁴⁷.

In questo quadro si può inserire la fattispecie di cui al co. 1 dell'art. 55 *sexies*, così come modificata dal d.lgs. n. 75/2017, che disciplina l'ipotesi in cui la violazione degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa da parte del dipendente comporti la condanna della pubblica

⁵⁴³ «(...) Il dipendente adegua altresì il proprio comportamento ai principi riguardanti il rapporto di lavoro, contenuti nel codice di comportamento di cui all'art. 54 del d.lgs. n. 165/2001 e nel codice di comportamento di amministrazione adottato da ciascuna amministrazione»; in questi termini l'art. 60 CCNL Comparto Funzioni Generali; l'art. 57 CCNL Funzioni locali; art. 11 CCNL Istruzione e Ricerca; art. 64 CCNL Sanità.

⁵⁴⁴ Esiste, tuttavia, già più di una pronuncia in cui la Suprema Corte, nell'evocare gli obblighi cui il dipendente pubblico deve sottostare, elenca i codici di comportamento accanto ai contratti collettivi: «(...) obbligatorietà dell'azione disciplinare non consente al dipendente pubblico di invocare il principio dell'affidamento incolpevole nella liceità della condotta, ove la violazione si riferisca a precetti imposti dalla legge, dal codice di comportamento o dal contratto collettivo (...)» (cfr. Cass. 4 aprile 2017, n. 8722), assegnando di fatto autonoma rilevanza al codice di comportamento quale fonte di obblighi per il pubblico dipendente (cfr. Cass. 25 settembre 2018, n. 22683). Cfr. L. Tria, *Salute ed etica nel rapporto di lavoro pubblico*, in *Rgl-Quaderno* n. 4/2019, p. 164.

⁵⁴⁵ Così Zoli, *L'esercizio del potere disciplinare nel settore pubblico riformato*, in *GDLRI*, 2018, 3, 693.

⁵⁴⁶ «insufficiente rendimento, dovuto alla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa, stabiliti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza, e rilevato dalla costante valutazione negativa della performance del dipendente per ciascun anno dell'ultimo triennio (...)» (art. 55 *quater* lett. f *quinquies*).

⁵⁴⁷ "Grave danno" che, peraltro, è di assai difficile misurazione e, di conseguenza, potenzialmente foriero di numerosi dubbi interpretativi e applicativi. Cfr. Ravelli, cit.; F. Borgogelli, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, in Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2009, 417.

amministrazione al risarcimento del danno⁵⁴⁸. La sanzione disciplinare prevista è particolarmente severa – più di quanto non fosse nella precedente formulazione – e consiste nella previsione della sanzione della sospensione dal servizio e dalla retribuzione (per un minimo di tre giorni fino ad un massimo di tre mesi), come *sanzione minima* applicabile. Le peculiarità di tale previsione sono almeno due: anzitutto, l'avverbio *comunque* lascia intendere l'automatismo nell'applicazione della sanzione, tracciando, di conseguenza, un perimetro assai limitato per l'azione della pubblica amministrazione anche con riferimento alla *species* della sanzione applicabile che può essere solo la sospensione. Il secondo elemento peculiare riguarda il parametro per l'applicazione del criterio di proporzionalità per la graduazione della sanzione, che non è la gravità della violazione ma l'entità del risarcimento del danno che la pubblica amministrazione è stata condannata a pagare in conseguenza della violazione degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa⁵⁴⁹. Si tratta di una fattispecie sanzionatoria attraverso la quale si inasprisce ulteriormente il potere disciplinare della Pubblica Amministrazione rendendone automatico l'esercizio, ma che richiede, ai fini dell'irrogazione della sanzione, l'integrazione di due presupposti precisi: l'accertata violazione degli obblighi contrattuali e una condanna della pubblica amministrazione al risarcimento del danno che deve essere causalmente derivante dalla suddetta violazione. Al verificarsi dei due presupposti, l'esercizio del potere disciplinare è certo così come è certa la sanzione applicabile (la sospensione), salva la previsione della possibilità che si debba applicare una sanzione più grave (sospensione di durata superiore a tre mesi e licenziamento).

Certamente, quello che formano le tre condotte delineate dalle disposizioni citate è un quadro che va letto nella sua interezza in ragione degli elementi comuni che esso presenta: da una parte, la violazione da parte del dipendente degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa e, dall'altra, il danno – declinato in maniera diversa a seconda della gravità – al funzionamento organizzativo della pubblica amministrazione. È ovvio che qualunque violazione degli obblighi connessi alla prestazione lavorativa arreca un danno al funzionamento della pubblica amministrazione, ma i casi descritti da almeno due delle fattispecie in parola (art. 55 *sexies*, co. 1 e 2) si riferiscono ad un danno grave e misurabile, dalla cui entità – grave danno al funzionamento e condanna al risarcimento del danno – dipende l'irrogazione della sanzione rispettivamente del collocamento in disponibilità e della sospensione⁵⁵⁰. La fattispecie, invece, contemplata dall'art. 55 *quater* lett. f *quinquies* che tipizza l'ennesima ipotesi di licenziamento si può dire che è come se contemplasse una sorta di danno in *re ipsa* determinato dallo scarso rendimento, che si concretizza allorché le violazioni degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa siano certificati da valutazioni negative per ciascun anno per un triennio. In questo caso sembra esserci un automatismo tra valutazione negativa triennale e scarso rendimento che, a sua volta, produce un danno al funzionamento della pubblica amministrazione (verosimilmente più grave di quello previsto dall'art. 55 *sexies* co. 2) tale da giustificare il licenziamento⁵⁵¹.

⁵⁴⁸ “La violazione di obblighi concernenti la prestazione lavorativa, che abbia determinato la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno, comporta comunque, nei confronti del dipendente responsabile, l'applicazione della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da un minimo di tre giorni fino ad un massimo di tre mesi, in proporzione all'entità del risarcimento, salvo che ricorrano i presupposti per l'applicazione di una più grave sanzione disciplinare” (art. 55 *sexies*, co. 1).

⁵⁴⁹ M. Magri, *Il lavoro pubblico tra sviluppo ed eclissi della “privatizzazione”*, in *GDA*, 2017, 581 ss.

⁵⁵⁰ Evidenza come, in questi casi, il danno cui si riferisce la fattispecie sanzionatoria sembra discendere non dall'attività amministrativa illegittima quanto dall'inadempimento del dipendente Tullini, *L'inadempimento e la responsabilità*, cit., p. 9.

⁵⁵¹ Sui paradossi applicativi che potrebbero discendere dagli automatismi creati dalla legge tra violazione di obblighi contrattuali (e comportamentali) ed efficienza della pubblica amministrazione, cfr. B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico: la ‘legge Madia’ e oltre. Miti, retoriche, nostalgie e realtà nell’ ‘eterno ritorno’ allo statuto speciale del lavoratore pubblico*, in questo Volume.

Rispetto alle fattispecie descritte, la Riforma Madia, invero, non ha di molto modificato l'assetto creatosi in precedenza, se non rendendo più asciutta la formulazione del co. 1 dell'art. 55 *sexies*, a favore di una maggiore chiarezza nella distinzione delle fattispecie. Sarebbe probabilmente stato utile specificare anche il significato di "grave danno al funzionamento della pubblica amministrazione" previsto dal co. 2 del citato art. 55 *sexies* per rendere concreto e certo l'esercizio dell'azione disciplinare (art. 17 co. 1 lett. s legge delega n. 124/2015), con riferimento ad una fattispecie che, a causa delle difficoltà interpretative, rischia di non trovare applicazione certa.

Al netto di ciò, però, quello che risulta evidente dalla valutazione complessiva delle tre fattispecie appena descritte è l'intenzione del legislatore di stigmatizzare in maniera esplicita lo scarso rendimento e gli inadempimenti "perniciosi" dei dipendenti pubblici, attraverso la regolamentazione di ipotesi già, invero, in passato disciplinate dalla contrattazione collettiva, i cui margini di manovra diventano, quindi, ancora più esigui⁵⁵².

Il legislatore prende ad esempio condotte che giudica riprovevoli e dannose, questa volta per l'efficienza della Pubblica Amministrazione, e le riversa nelle fattispecie descritte creando, di fatto, delle disposizioni difficilmente applicabili che, nel tentativo di colpire comportamenti ben precisi, costruiscono delle "gabbie definitorie" che mal si conciliano con la variabilità delle condotte umane, più facilmente controllabili attraverso le previsioni della contrattazione collettiva.

In ultima analisi, dunque, l'unico effetto evidente che consegue alla tipizzazione di queste fattispecie sanzionatorie è la loro cristallizzazione con relativo irrigidimento dei presupposti applicativi, nell'intento di creare un sistema di irrogazione automatica della sanzione destinato a cedere dinanzi all'incertezza della formulazione, da una parte, e all'inevitabile applicazione del principio di proporzionalità, dall'altra; oltre all'ennesima occupazione "militare" di terreni prima governati interamente dalla contrattazione collettiva.

2. Il ruolo della legge nella definizione delle fattispecie di illecito disciplinare e la marginalizzazione della contrattazione collettiva.

La limitazione degli spazi di manovra della contrattazione collettiva è, dunque, senza dubbio uno degli elementi che segnano il divario crescente tra gli istituti del diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni e nell'impresa. Come noto, il legislatore – invero già in occasione della l. n. 150/2009 – ha affermato la natura imperativa delle disposizioni dettate in tema di responsabilità disciplinare, riducendo enormemente lo spazio destinato alla contrattazione collettiva per la definizione delle fattispecie sanzionatorie⁵⁵³.

Il rapporto tra legge e contrattazione collettiva è ormai sbilanciato a favore della prima che assegna all'intervento degli attori collettivi uno spazio assai ridotto, nel quale questi ultimi

⁵⁵² I ccnl di comparto hanno, infatti, da sempre contemplato l'insufficiente rendimento come condotta punibile e il grado di disservizio o pericolo conseguente come uno dei criteri generali per graduare e applicare la sanzione disciplinare. Peraltro, il legislatore ha delineato le medesime fattispecie in maniera meno chiara e più restrittiva.

⁵⁵³ "Le disposizioni del presente articolo e di quelli seguenti, fino all'articolo 55-octies, costituiscono norme imperative, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile, e si applicano ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 2, comma 2, alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2. La violazione dolosa o colposa delle suddette disposizioni costituisce illecito disciplinare in capo ai dipendenti preposti alla loro applicazione" (art. 55. co. 1).

mantengono la titolarità del potere di definire la tipologia delle infrazioni e relative sanzioni, salvo però quanto già previsto e disciplinato dalla legge⁵⁵⁴.

Nel medesimo solco di una riduzione degli spazi concessi alla contrattazione collettiva⁵⁵⁵, si inserisce anche la delega – nuova – riguardante l'individuazione dei casi di c.d. assenteismo tattico⁵⁵⁶. Non solo perché anche in questo caso il legislatore pone dei limiti facendo salve le fattispecie di falsa attestazione della presenza in servizio e assenze ingiustificate, per le quali è previsto il licenziamento⁵⁵⁷. Ma anche perché l'indicazione, di per sé ultronea (non sarebbe stata necessaria nella dinamica di funzionamento delle fonti), sembra più una imposizione alla luce, ancora una volta, di comportamenti per i quali si sono registrati diversi fatti di cronaca recente⁵⁵⁸.

Questa volta, però, lo strumento per ripulire l'immagine della PA sembra avere un riferimento implicito al privato, in particolare al modello dell'Accordo di Pomigliano con il quale, come noto, si stabilì che, al fine di combattere il c.d. assenteismo tattico, la Fiat (o meglio la Newco Fabbrica Italia) non avrebbe pagato la propria quota di malattia in caso di assenza anomala (in prossimità di ferie, ponti, partite)⁵⁵⁹.

La marginalizzazione della contrattazione collettiva, già evidente con riferimento al potere di definire le infrazioni e relative sanzioni, è stata ulteriormente aggravata anche con riguardo al procedimento.

Come già previsto dalla Riforma Brunetta, a parte la competenza a stabilire la disciplina applicabile alle infrazioni di minore gravità, per le quali è prevista l'irrogazione della sanzione del rimprovero verbale, la contrattazione collettiva non può istituire procedure di impugnazione dei provvedimenti disciplinari, ma può solo disciplinare procedure di conciliazione non obbligatoria, e non nei casi per i quali è prevista la sanzione del licenziamento, e la sanzione concordemente determinata non può essere di specie diversa da quella prevista per l'infrazione per la quale si procede (art. 55 co. 3).

Di conseguenza, si tratta della possibilità, invero assai limitata, di prevedere procedure di conciliazione all'esito delle quali le parti possono concordare la graduazione di una sanzione già determinata in relazione alla infrazione per la quale si procede; in altre parole, il margine di manovra riguarda esclusivamente le sanzioni della multa e della sospensione dal lavoro e dalla

⁵⁵⁴ "(...) Salvo quanto previsto dalle disposizioni del presente Capo, la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni è definita dai contratti collettivi. (...)" (Art. 55, co. 2). Parla di una riserva di competenza più formale che sostanziale, M. Quaranta, *Illeciti rilevanti e tipologia di sanzioni*, cit., 239 ss.

⁵⁵⁵ Ritiene, invece, che si tratti di una "delega in bianco" che si pone in controtendenza rispetto al processo di legificazione della materia, M. Quaranta, *Illeciti rilevanti e tipologia di sanzioni*, cit., 248-249.

⁵⁵⁶ Le condotte e fissare le corrispondenti sanzioni disciplinari «con riferimento alle ipotesi di ripetute e ingiustificate assenze dal servizio in continuità con le giornate festive e di riposo settimanale, nonché con riferimento ai casi di ingiustificate assenze collettive in determinati periodi nei quali è necessario assicurare continuità nell'erogazione dei servizi all'utenza» (art. 55 *quinquies*, co. 3bis).

⁵⁵⁷ Si tratta delle fattispecie dettate dall'art. 55-quater, co. 1 lett. a) e b), riguardanti il licenziamento per a) falsa attestazione della presenza in servizio, mediante alterazione dei sistemi di rilevamento delle presenze o con altre modalità fraudolente, ovvero giustificazione dell'assenza dal servizio mediante una certificazione medica falsa o che attesta falsamente uno stato di malattia e b) assenza priva di valida giustificazione per un numero di giorni, anche non continuativi, superiore a tre nell'arco di un biennio o comunque per più di 7 giorni nel corso degli ultimi 10 anni ovvero mancata ripresa del servizio, in caso di assenza ingiustificata, entro il termine fissato dall'amministrazione.

⁵⁵⁸ Si pensi alle assenze di massa dei vigili a Roma per il capodanno 2015; alla chiusura della Funicolare di Mergellina per assenze del personale dovute a malattia in concomitanza con le partite del Napoli del febbraio 2018. Peraltro, nessuno dei contratti collettivi stipulati fino all'inizio del 2018 ha recepito l'indicazione legislativa, come sottolinea V. Bavaro, *Note*, cit., 521.

⁵⁵⁹ Sul punto, cfr., *ex aliis*, R. De Luca Tamajo, *L'accordo di Pomigliano: una storia italiana*, in *ADL*, 2010, 1080.

retribuzione, le uniche sanzioni, cioè, che consentono una oscillazione entro un minimo ed un massimo edittale.

Come ulteriore aggravio di competenze già ridotte, la riforma Madia ha aggiunto la disposizione che prevede la nullità delle clausole contrattuali che impongano per l'irrogazione di sanzioni disciplinari requisiti formali o procedurali ulteriori o aggravino il procedimento⁵⁶⁰. Non è previsto, cioè, che gli attori collettivi possano non soltanto aggravare il procedimento, ma nemmeno aggiungere alcunché a quanto già previsto dalla legge; di tal che, qualora gli attori collettivi decidessero di inserire nei contratti una disposizione riguardante il procedimento, non potrebbero far altro che riportare esattamente ciò che prescrive la legge, senza alcuna aggiunta o omissione.

Lo spazio riservato alla contrattazione collettiva, dunque, nonostante la formale competenza in materia di responsabilità disciplinare, si definisce oramai per sottrazione, poiché i contratti collettivi possono solo intervenire, per la definizione della tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni, laddove la legge non preveda nulla; e, quanto al procedimento, unicamente rispetto alle infrazioni punibili con la sanzione del rimprovero verbale. Questo processo di evidente marginalizzazione, già inaugurato dalla Riforma Brunetta⁵⁶¹, è stato confermato e ulteriormente aggravato dalla quarta riforma del lavoro pubblico.

Sembra, quindi, alla luce delle nuove disposizioni introdotte, che il legislatore non si fidi degli attori collettivi⁵⁶² e ritenga che l'unico modo di garantire il corretto esercizio del potere disciplinare da parte della PA sia quello di limitarne l'intervento il più possibile, secondo un approccio che sembra valere anche per la stessa PA, la cui discrezionalità nell'attivazione del potere disciplinare è sempre più sottoposta all'occhio vigile di un legislatore sospettoso; ma su questo aspetto, v. *infra*.

3. L'esercizio del potere disciplinare tra discrezionalità e obbligatorietà.

Il legislatore ha, dunque, scelto di compiere un grande sforzo definitorio sia per quanto riguarda il corredo degli obblighi imposti al dipendente pubblico sia per quanto riguarda la tipizzazione delle infrazioni attraverso la sottrazione progressiva di potere alla contrattazione collettiva, creando un sistema circolare che si completa con l'obbligatorietà dell'azione disciplinare⁵⁶³ e la

⁵⁶⁰ La nullità riguarda le «disposizioni di regolamento, le clausole contrattuali o le disposizioni interne, comunque qualificate, che prevedano per l'irrogazione di sanzioni disciplinari requisiti formali o procedurali ulteriori rispetto a quelli indicati dalla legge o che comunque aggravino il procedimento disciplinare» (co. 9-bis dell'art. 55-bis).

⁵⁶¹ Parla di palese sfiducia nei confronti della regolamentazione negoziale con riferimento alla *ratio* dell'art. 55-quater, Tampieri, *Il licenziamento disciplinare*, cit., sottolineando la netta inversione di tendenza rispetto alla legge delega n. 421/1992 che aveva escluso la responsabilità disciplinare dal novero delle materie oggetto di riserva di legge. In argomento Tampieri, *Contrattazione collettiva e potere disciplinare nel lavoro pubblico*, Milano, 1996, spec. cap. III. Definisce la materia disciplinare del lavoro pubblico una di quelle in cui si è manifestata più chiaramente la "tendenza anticollectiva nel sistema delle fonti", V. Bavaro, *Note*, cit., 519.

⁵⁶² Sfiducia che riguarda anche le capacità dell'Aran e delle pubbliche amministrazioni di esercitare le proprie prerogative come datore di lavoro a tutela dell'interesse pubblico e che richiederebbe uno sforzo di revisione della dirigenza, invece che di esautorazione della fonte collettiva; così sottolinea V. Bavaro, *Note*, cit., 520-521.

⁵⁶³ A partire dalla Riforma Brunetta, la dottrina è pressoché unanime nel ritenere se non obbligatorio, quantomeno assai vincolato, l'esercizio dell'azione disciplinare; così U. Carabelli, *La "Riforma Brunetta": un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche*, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona*, IT-101/2010, 30; B. Caruso, *Gli esiti regolativi della "riforma Brunetta" (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni)*, in *LPA*, 2010, 2, 235 ss.; definisce "ormai pacificamente obbligatoria" l'azione disciplinare Zoli, cit., 700. Nel senso dell'esclusione di una generale obbligatorietà, cfr. S. Mainardi, *Il "dovere" del dirigente di sanzionare il demerito: il procedimento disciplinare*, in *Giur. it.*, 2010, 12, 2720; F. Ravelli, *Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, in *Commentario sistematico al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 – attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15 in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni*, a cura di M. Napoli e A. Garilli, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2011.

responsabilizzazione dei soggetti preposti al suo esercizio, e che segna l'ennesimo passo nel percorso di allontanamento del lavoro pubblico dal privato⁵⁶⁴.

Anche in questo caso, infatti, la riforma Madia non solo si colloca nel solco tracciato dalla Riforma Brunetta ma ne rafforza alcuni aspetti⁵⁶⁵.

Due sono le fattispecie che individuano la responsabilità in capo ai soggetti preposti all'applicazione delle norme dettate in materia di responsabilità disciplinare.

La prima è stata introdotta all'art. 55, co. 1 e individua la figura generale di illecito disciplinare consistente nella violazione dolosa o colposa delle disposizioni di cui all'art. 55 e seguenti che comporta una responsabilità disciplinare in capo ai dipendenti preposti alla loro applicazione. Oltre a rafforzare il carattere imperativo delle disposizioni dettate in materia di responsabilità disciplinare (già chiaramente enunciato dalla norma), essa prevede una responsabilità generica che sorge *in ogni caso* di violazione, e non solo, dunque, quando dalla violazione consegue il mancato esercizio o la decadenza dall'azione disciplinare.

Si tratta di una previsione che mette chiaramente in luce la ferrea convinzione del legislatore intorno all'idea per la quale la responsabilizzazione dei responsabili è essenziale ai fini del corretto esercizio del potere disciplinare destinato a diventare, così, uno strumento di gestione ordinario del rapporto di lavoro, in tal modo segnando un divario sempre più netto tra il lavoro pubblico e il lavoro privato dove l'esercizio del potere disciplinare rientra nella piena discrezionalità del datore di lavoro⁵⁶⁶.

Specifico e ancora più grave è, poi, *la responsabilità dei responsabili* quando la violazione comporta il mancato esercizio o la decadenza dall'azione disciplinare⁵⁶⁷; la sanzione che ne consegue in questo caso è, infatti, più grave rispetto a quanto previsto nella precedente formulazione e la discrezionalità della PA rispetto alla sua applicazione ulteriormente ridotta⁵⁶⁸.

Non è più previsto, infatti, che la sanzione sia proporzionata alla gravità dell'infrazione non perseguita con il limite massimo di 3 mesi di sospensione nel caso in cui non si sia proceduto per

⁵⁶⁴ Cfr. B. Caruso, *Gli esiti regolativi*, cit., per il quale "il primo (esito regolativo) della riforma può essere la fine del processo di convergenza tra diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni e nell'impresa privata e la riapertura di un nuovo ciclo di divergenza"; parla dell'art. 55 come del simbolo di un progressivo processo di allontanamento del pubblico dal privato Zoli, *cit.*, 700. Ragiona in maniera diversa D'Auria, *La "Riforma Brunetta" del lavoro pubblico*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, 1, 5 ss.

⁵⁶⁵ Come noto, a partire dalla Riforma Brunetta, il legislatore ha assunto un punto di vista differente rispetto al passato quando l'esercizio del potere disciplinare era considerato discrezionale anche da parte del datore di lavoro pubblico, in ossequio al processo di convergenza tra pubblico e privato; cfr. F. Ravelli, *Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, cit.

⁵⁶⁶ Anche la giurisprudenza non ha mancato di evidenziare la netta differenza che esiste tra il potere disciplinare nel settore pubblico e quello esercitato nel settore privato, affermando che "non vi è dubbio (...) che quantomeno a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2009, nell'impiego pubblico contrattualizzato l'azione disciplinare sia caratterizzata dalla obbligatorietà"; in questi termini Cass. 4 aprile 2017, n. 8722.

⁵⁶⁷ La responsabilizzazione dei responsabili appare coerente con "una idea di dirigente con funzioni ispettive e sanzionatorie, piuttosto che organizzativo gestionali", creando una contraddizione tra la figura del dirigente controllore e quella del dirigente datore di lavoro; cfr. A. Pioggia, cit., p. 21.

⁵⁶⁸ «Il mancato esercizio o la decadenza dall'azione disciplinare, dovuti all'omissione o al ritardo, senza giustificato motivo, degli atti del procedimento disciplinare, inclusa la segnalazione di cui all'articolo 55-bis, comma 4, ovvero a valutazioni manifestamente irragionevoli di insussistenza dell'illecito in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare, comporta, per i soggetti responsabili, l'applicazione della sospensione dal servizio fino a un massimo di tre mesi, salva la maggiore sanzione del licenziamento prevista nei casi di cui all'articolo 55-quater, comma 1, lettera f-ter, e comma 3-quinquies. Tale condotta, per il personale con qualifica dirigenziale o titolare di funzioni o incarichi dirigenziali, è valutata anche ai fini della responsabilità di cui all'articolo 21 del presente decreto. Ogni amministrazione individua preventivamente il titolare dell'azione disciplinare per le infrazioni di cui al presente comma commesse da soggetti responsabili dell'ufficio di cui all'articolo 55-bis, comma 4» (art. 55 *sexies*, co. 3).

infrazioni sanzionabili con il licenziamento; adesso, espunto il requisito della proporzionalità, la sanzione da applicare è quella della sospensione dal servizio – che diventa, dunque, la sanzione minima applicabile – fino ad un massimo di 3 mesi (evidentemente applicabile anche nel caso in cui il mancato esercizio o la decadenza dall'azione disciplinare riguardino infrazioni punibili con sanzioni diverse dal licenziamento), salva la maggiore sanzione del licenziamento prevista nei casi in cui il comportamento descritto sia commesso in forma dolosa o gravemente colposa (art. 55-*quater*, co. 1 lett. f-*ter*) ovvero nel caso di falsa attestazione della presenza in servizio nel caso dei dirigenti, o i responsabili di servizio competenti, che abbiano acquisito conoscenza del fatto (co. 3-*quinqies*).

I presupposti per la configurazione di tale responsabilità, sono due e danno vita a due diverse fattispecie: il primo è l'omissione o ritardo senza giustificato motivo degli atti del procedimento disciplinare che comportino il mancato esercizio o la decadenza dall'azione disciplinare; il secondo è la valutazione manifestamente irragionevole circa l'insussistenza dell'illecito in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare⁵⁶⁹.

L'impianto complessivo – che, come detto, contempla la responsabilità disciplinare anche per le violazioni meno gravi che non comportano il mancato esercizio o la decadenza dall'azione disciplinare costituiscono illecito disciplinare in capo ai dipendenti preposti alla loro applicazione (art. 55, co. 1) – conduce a ritenere che la discrezionalità – pur minima – apparentemente mantenuta in capo al datore di lavoro pubblico in relazione all'esercizio del potere disciplinare dalla l. n. 150/2009, sia stata vieppiù erosa dal d.lgs. n. 75/2017 che, nel prevedere quale fonte di responsabilità disciplinare anche la violazione dolosa o colposa di tutte le disposizioni di cui agli articoli 55 fino al 55 *octies* – compresa, dunque, quella che regola il procedimento (art. 55 bis) –, ha ulteriormente ristretto il già limitato spazio di manovra concesso alla PA⁵⁷⁰.

Specifiche responsabilità disciplinare sorgono poi nei casi di falsa certificazione medica⁵⁷¹ e mancata cura nell'osservanza delle procedure di controllo sulle assenze⁵⁷².

Il sistema che ne risulta è chiaro e, nelle intenzioni del legislatore, dovrebbe funzionare in maniera circolare: chi commette violazioni deve essere sanzionato e chi non si attiva per irrogare la sanzione sarà sanzionato a sua volta.

Residua, però, più di un dubbio che rischia di compromettere l'effettività di un impianto così concepito: chi dovrebbe rilevare e segnalare non tanto la decadenza dall'azione disciplinare quanto, e soprattutto, il suo mancato esercizio? Chi segnala il sanzionatore che non ha

⁵⁶⁹ Quest'ultimo criterio è stato parzialmente modificato rispetto al passato e reso apparentemente più stringente; si parla adesso di "valutazione manifestamente irragionevole" in luogo di "valutazioni irragionevoli o manifestamente infondate".

⁵⁷⁰ Nel medesimo senso, cfr. Quaranta, cit., 245 ss.

⁵⁷¹ "L'inosservanza degli obblighi di trasmissione per via telematica della certificazione medica concernente assenze di lavoratori per malattia di cui al comma 2 costituisce illecito disciplinare e, in caso di reiterazione, comporta l'applicazione della sanzione del licenziamento ovvero, per i medici in rapporto convenzionale con le aziende sanitarie locali, della decadenza dalla convenzione, in modo inderogabile dai contratti o accordi collettivi. Affinché si configuri l'ipotesi di illecito disciplinare devono ricorrere sia l'elemento oggettivo dell'inosservanza all'obbligo di trasmissione, sia l'elemento soggettivo del dolo o della colpa. Le sanzioni sono applicate secondo criteri di gradualità e proporzionalità, secondo le previsioni degli accordi e dei contratti collettivi di riferimento" (art. 55-*septies*, co. 4, D. Lgs. n. 165/2001).

⁵⁷² "Il responsabile della struttura in cui il dipendente lavora nonché il dirigente eventualmente preposto all'amministrazione generale del personale, secondo le rispettive competenze, curano l'osservanza delle disposizioni del presente articolo, in particolare al fine di prevenire o contrastare, nell'interesse della funzionalità dell'ufficio, le condotte assenteistiche. Si applicano, al riguardo, le disposizioni degli articoli 21 e 55-*sexies*, comma 3" (art. 55-*septies*, co. 6, D. Lgs. n. 165/2001).

sanzionato? Qual è il limite alla discrezionalità del responsabile rispetto alla valutazione di un fatto illecito? Quando tale valutazione sarà considerata irragionevole? Chi ne valuterà la ragionevolezza?

Il fatto che l'art. 17, co. 1 lett. b) del d.lgs. n. 75/2017 (che ha modificato il co. 3 dell'art. 55 *sexies* d.lgs. n. 165/2001) abbia imposto alle amministrazioni di individuare "preventivamente il titolare dell'azione disciplinare" risolve solo parte del problema⁵⁷³.

D'altra parte, la regolamentazione del *whistleblowing* potrebbe considerarsi anch'essa un tassello nella costruzione di un meccanismo di controllo ma si tratta di un contributo minimo e, di certo, non decisivo, che potrebbe, addirittura, rivelarsi pericoloso⁵⁷⁴.

Qualunque sarà l'esito applicativo di tale previsione – fondata anch'essa sulla convinzione che il problema dell'inefficienza della Pubblica Amministrazione possa risolversi attraverso l'ennesimo giro di vite sulla responsabilità disciplinare – resta il fatto che si tratta di una misura inutile, se è vero che, come è stato correttamente osservato, l'esercizio del potere disciplinare rientra negli obblighi del dirigente "in quanto prerogativa che deve esercitare per poter diligentemente adempiere al proprio obbligo contrattuale"⁵⁷⁵. Di tal che una violazione di tale obbligo avrebbe reso il dirigente responsabile di inadempimento contrattuale; e ciò anche prima che la responsabilità disciplinare che sorge in questo caso venisse sancita in maniera esplicita.

Quello creato appare, dunque, un sistema imperfetto proprio perché aspira ad essere "troppo perfetto" nella sua iper-regolamentazione. A ben vedere, infatti, il legislatore, nella smania di colpire condotte eclatanti quali, ad esempio, il mancato esercizio doloso dell'azione disciplinare nei confronti di dipendenti assenteisti da parte di un dirigente perfettamente consapevole dell'infrazione, ha creato una fattispecie astratta che, non potendo cogliere tutte le sfumature applicative dei casi concreti, rischia di ingenerare pericolosi corto-circuiti dove tutti spiano tutti, innescando una catena di procedimenti disciplinari a carico di chi (forse) avrebbe dovuto attivarsi e non lo ha fatto; ovvero di rimanere silente perché inapplicata e, dunque, inefficace.

Nel primo caso, in un sistema in cui venisse a mancare – come già sta accadendo – un apparato adeguato di contrappesi democratici, si creerebbe un'assurda, nonché pericolosa, prassi inquisitoria che, nell'ipotesi migliore, avrebbe l'effetto di ingessare la dirigenza, privandola di fatto di quei margini di valutazione nell'esercizio del potere disciplinare, ancora concessi dalla legge.

Nell'ipotesi, invece, che appare più plausibile, si tratta di una disposizione che rimarrà inefficace in ragione delle difficoltà applicative connesse alle innumerevoli sfumature che ciascuna fattispecie concreta presenta.

Nessuno dei due esiti prospettati appare confortante e – si può scommettere – nessuno dei due rientrava tra quelli immaginati dal legislatore.

⁵⁷³ Su questo adempimento come misura per rispondere alla domanda "*sed quis custodiet ipsos custodes?*", così R. Voza, *Il riassetto del sistema disciplinare nel lavoro pubblico*, in *LPA*, 2, 2018.

⁵⁷⁴ In argomento, cfr. v. V. Papa, *Contrasto alla maladministration e segnalazione di irregolarità: il whistleblowing e la (ri)conversione etica dei dipendenti pubblici*, in questo Volume.

⁵⁷⁵ Così V. Bavaro, *Note*, cit., 516 ss.

4. Il procedimento disciplinare. Tra nuove semplificazioni e vecchie questioni interpretative.

La parte della regolamentazione del potere disciplinare sulla quale la Riforma Madia è intervenuta in maniera massiva⁵⁷⁶ è, senza dubbio, il procedimento, con l'obiettivo di semplificare quei profili che avevano generato alcune difficoltà interpretative⁵⁷⁷, e ampliare, al contempo, il margine di manovra della Pubblica Amministrazione che viene in parte liberata di alcuni vincoli al fine di potere più liberamente esercitare il suo (obbligatorio) potere punitivo.

Espunto ormai da tempo il riferimento all'art. 7 dello Statuto dei lavoratori, l'art. 55-*bis* disciplina, passo passo, forme e termini del procedimento disciplinare.

La parola d'ordine è senza dubbio semplificazione e si rinviene in tutte le modifiche apportate al procedimento dal d.lgs. 75/2017⁵⁷⁸.

a) La prima modifica riguarda i responsabili dell'attivazione del procedimento disciplinare. Se con la riforma del 2009, si era scelto di attribuire ai capi-struttura che avessero qualifica dirigenziale buona parte della titolarità del potere disciplinare per tutte le infrazioni che prevedessero sanzioni fino alla sospensione di 10 giorni, con la Riforma Madia si è assegnata la quasi completa titolarità all'UPD⁵⁷⁹, lasciando nelle mani dei capi-struttura – anche non dirigenti – soltanto le infrazioni che contemplano come sanzione il rimprovero verbale.

Le ragioni di una tale modifica sono facilmente intuibili e tutte sostanzialmente riconducibili all'inerzia dimostrata dalla dirigenza nell'attivazione del procedimento disciplinare a causa della scarsa competenza giuridica⁵⁸⁰ e della promiscuità con coloro che avrebbero dovuto essere oggetto del procedimento stesso⁵⁸¹; e ciò nonostante già nel 2009 il legislatore avesse previsto le sanzioni per mancato esercizio del potere disciplinare.

Il legislatore delegato del 2017 sembra, dunque, aver voluto valorizzare la specializzazione e professionalizzazione degli UPD, a fronte della parziale "polverizzazione" della potestà disciplinare tra le diverse strutture organizzative dirigenziali che, peraltro, malgrado la distinzione tra sanzioni di competenza del responsabile della struttura e dell'UPD, aveva ingenerato nella prassi

⁵⁷⁶ Pur con qualche rilevante omissione, tra cui l'aver lasciato in vita, nella fase transitoria sei diversi procedimenti: quello ordinario per i fatti commessi dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 75/2017; i due ordinari per i fatti commessi in precedenza, il primo di competenza dell'UPD e il secondo del dirigente responsabile della struttura; la procedura accelerata nei casi di flagranza; la procedura connessa al procedimento penale avviata prima e quella avviata dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 75/2017. In questi termini, Zoli, cit., 695-696.

⁵⁷⁷ Il Consiglio di Stato in occasione del parere reso dall'Adunanza della Commissione speciale del 11 aprile 2017, ha richiamato il proprio parere n. 864 del 5 aprile 2016 - relativo allo schema di decreto legislativo (poi approvato col D. Lgs. n. 116 del 20 giugno 2016), concernente il licenziamento disciplinare per la falsa attestazione di presenza in servizio da parte del dipendente pubblico - con cui aveva auspicato che «nella predisposizione del nuovo testo unico sui pubblici dipendenti l'intera materia disciplinare subisca una generale rivisitazione per garantire la semplificazione e la coerenza giuridica, logica e sistematica delle disposizioni, in modo da definire un procedimento univoco, sorretto da regole chiare e tassative, che consentano anche di prevenire il non trascurabile contenzioso in materia».

⁵⁷⁸ Parla della semplificazione amministrativa come della "cifra trasversale dell'intero impianto di delega" M. Esposito, *Responsabilità disciplinare e reintegrazione*, in *EGT*, 2018.

⁵⁷⁹ La riattribuzione della titolarità dell'azione disciplinare ad un unico organismo merita una valutazione senza dubbio positiva per A. Boscati, *La specialità del lavoro pubblico*, in *LPA*, 2018, n. 3, 28.

⁵⁸⁰ Il più delle volte il responsabile della struttura è "del tutto sprovvisto delle competenze tecnico-giuridiche utili ad una corretta attivazione del procedimento disciplinare e, in particolare, alla redazione della lettera di contestazione"; così Voza, cit.

⁵⁸¹ V. Tenore, *Le novità apportate al procedimento disciplinare nel pubblico impiego dalla Riforma Madia (d. lgs. N. 75/2017 e n. 118 del 2017)*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2017, 1.

applicativa diverse controversie in sede giudiziale finanche sulla competenza e sulla stessa scansione temporale da applicare⁵⁸².

Perché se la distinzione tra sanzioni di competenza del responsabile della struttura e sanzioni di competenza dell'UPD era semplice in teoria, non lo era altrettanto in pratica; con l'effetto di determinare confusione interpretativa e immobilismo nei casi dubbi, oltre che, nel caso di decisione sbagliata, conseguenze invalidanti sulla sanzione.

Nel nuovo assetto, residua comunque un problema in ordine alla valutazione effettuata dal responsabile della struttura il quale deve segnalare quelle infrazioni per le quali è prevista l'irrogazione di sanzioni superiori al rimprovero verbale, e deve, dunque, fare un apprezzamento relativo alla gravità della sanzione applicabile.

Per cui, salva l'ipotesi in cui il pronostico del capo struttura sia corretto, resta sempre la possibilità che commetta un errore dichiarandosi, ad esempio, titolare del procedimento disciplinare con conseguente violazione delle disposizioni in tema di ripartizione delle competenze, ovvero scegliendo, nel dubbio, di rimettere all'UPD qualunque infrazione con conseguente sovraccarico dell'ufficio⁵⁸³; il che, peraltro, era quello che spesso e a maggior ragione avveniva prima.

Ad ogni buon conto, la modifica ha consentito una unificazione dei procedimenti e dei relativi termini che sono stati complessivamente ridotti⁵⁸⁴. Ma, come si è in parte già accennato, malgrado il legislatore abbia fatto una scelta chiara in termini di semplificazione, non tutte le questioni interpretative sono state risolte.

La prima questione riguarda la natura dei termini che scandiscono il procedimento disciplinare. In un primo momento, nella bozza di decreto, il legislatore aveva optato per la "dequotazione dei vizi formali" scegliendo di renderli tutti ordinatori. Ma dopo i rilievi critici del Consiglio di Stato, che aveva avvertito dei rischi – anche rispetto ai principi della delega – dati dalla scelta espressa nella bozza del decreto di ritenere tutti i termini *ordinatori* (art. 55-*bis* co. 9 *ter*), il decreto definitivo ha scelto di preservare il carattere perentorio dei termini, per gli atti di avvio e di conclusione delle azioni; salva la tempestività dell'azione e il diritto di difesa dell'incolpato, infatti, la norma afferma che la violazione di termini *diversi* non potrà più comportare la decadenza e l'invalidità degli atti.^[1]_{SEP}

L'intenzione del legislatore è chiaramente quella di evitare che qualunque vizio endoprocedimentale si abbatta sulla validità della sanzione. Depone in tal senso, anche l'introduzione del co. 9-*bis* già citato che prevede la nullità delle disposizioni anche interne

⁵⁸² Cfr. la Circolare n. 14/2010 del Dipartimento della funzione pubblica sulle problematiche applicative in tema di infrazioni e sanzioni disciplinari e procedimento disciplinare.

⁵⁸³ Sovraccarico che si aggiungerebbe, peraltro, a quello conseguente alla Riforma che attribuisce di fatto una quasi esclusiva competenza degli U.P.D. in materia e richiederebbe, di conseguenza, un potenziamento degli uffici, pena il rischio di sistematici sforamenti dei tempi procedurali perentori; sottolinea questo aspetto V. Tenore, cit., 5.

⁵⁸⁴ La riduzione dei tempi, applicata al procedimento, con l'esclusione dell'ipotesi di falsa attestazione della presenza in servizio, ha garantito una evidente semplificazione generale: 10 giorni per il capo-struttura (anche non dirigente) per segnalare "i fatti ritenuti di rilevanza disciplinare di cui abbia avuto conoscenza" all'U.P.D., un successivo termine di 30 giorni "dalla predetta segnalazione o dal momento in cui abbia altrimenti avuto piena conoscenza dei fatti ritenuti di rilevanza disciplinare" per notificare (atto recettizio) la contestazione degli addebiti e convocare l'interessato con un preavviso di almeno 20 giorni per l'audizione in contraddittorio a sua difesa e, infine, un termine di 120 giorni dalla contestazione dell'addebito per l'archiviazione o irrogazione della sanzione (atto recettizio).

all'amministrazione che impongano requisiti formali o procedurali ulteriori rispetto a quelli indicati dalla legge o che comunque aggravino il procedimento disciplinare.

Tutto ciò a favore di una maggiore certezza dell'esercizio dell'azione disciplinare a scapito delle garanzie per il dipendente pubblico, che risulta così addirittura meno tutelato del dipendente privato. Se infatti nel settore privato i vizi endoprocedimentali inficiano la validità della sanzione, ancorché prevedendo come conseguenza una tutela risarcitoria debole; nel pubblico impiego questo non accade (o non dovrebbe; sul punto cfr. *infra*).

Il che fa da contrappunto a ciò che accade nel caso di violazioni gravi (violazione dei principi di immediatezza della contestazione e tempestività della sanzione), che determinano la nullità della sanzione e, in caso di licenziamento, la reintegra; laddove, invece, nel privato la sanzione, nel caso di vizi procedurali "normali", è il risarcimento debole e, solo in caso di violazione grave del principio di immediatezza e tempestività, è previsto il risarcimento forte secondo le sezioni unite della Cassazione e la reintegra – nel caso la sanzione irrogata fosse il licenziamento – secondo altra parte della giurisprudenza⁵⁸⁵.

A questo proposito, è evidente che, con riguardo ai vizi procedurali e alla violazione dei principi di immediatezza e tempestività, il legislatore ha finito per creare una asimmetria regolativa tra lavoro pubblico e privato che non ha alcuna ragionevole giustificazione di carattere organizzativo e su cui la Corte costituzionale potrebbe essere chiamata a dire la propria.

Inoltre, non è nemmeno certo che i problemi interpretativi chiusi fuori dalla porta non si ripresentino dalla finestra attraverso il riferimento alla compromissione del diritto alla difesa che rappresenta il limite alla irrilevanza delle violazioni procedurali.

La norma, infatti, prevede che la violazione dei termini e delle disposizioni sul procedimento disciplinare determini la decadenza dall'azione disciplinare e l'invalidità degli atti e della sanzione irrogata quando risulti irrimediabilmente compromesso il diritto di difesa del dipendente. Si tratta, con tutta evidenza, di una clausola di carattere generale a contenuto assai ampio (quando può dirsi compromesso il diritto di difesa?) che rischia di aprire ampi varchi alla integrazione giudiziale.

Sarebbe in questo caso il giudice a dover valutare se le violazioni (es. sfioramento di termini ordinatori o dilatori, errori procedurali, etc.) abbiano o meno un effetto invalidante sulla sanzione a seconda della sussistenza o meno della violazione del diritto alla difesa e del generale principio di tempestività; ed è evidente che si tratta di una valutazione soggettiva che, a sua volta, sarà il risultato della opzione interpretativa del giudice che andrà in un senso piuttosto che in un altro a seconda che sia più orientata alla difesa delle garanzie procedurali o più consona agli obiettivi di semplificazione della riforma.

Emblematico, a tal proposito, è quanto accaduto – in sede di interpretazione – con riferimento alle conseguenze della irregolare costituzione dell'UPD, la cui individuazione e costituzione l'art. 55-*bis* co. 2 demanda a ciascuna amministrazione.

La giurisprudenza si è pronunciata sul punto in maniera diametralmente opposta, da una parte affermando che la violazione di norme regolamentari riguardanti l'UPD si traduce nella violazione

⁵⁸⁵ Per una ricostruzione della giurisprudenza sul punto, cfr. B. Caruso, *Il licenziamento disciplinare: la prospettiva rimediabile tra bilanciamento della Corte costituzionale e diritto vivente giurisprudenziale*, in *DRI*, 2018, 483.

di una norma inderogabile primaria⁵⁸⁶; d'altra parte, invece, sostenendo che il d.lgs. n. 165 del 2001 non attribuisce natura imperativa "riflessa" al complesso delle regole procedurali interne che regolano la costituzione e il funzionamento dell'UPD e, quindi, la violazione di quest'ultime non comporta nullità del procedimento⁵⁸⁷.

È senz'altro evidente che il legislatore, nell'ottica della semplificazione del procedimento e dell'"alleggerimento" dei vizi di procedura, abbia scelto di accogliere quest'ultima soluzione prospettata, ma non è escluso che residuino margini di interpretazione, come anche segnalato dal Consiglio di Stato⁵⁸⁸.

E ancora in tema di spazi di intervento/interpretazione in sede giudiziaria, giova segnalare la norma introdotta dall'art. 63, co. 2-*bis* novellato, che assegna al giudice il potere di sostituire, anche senza la domanda di parte, la sanzione che giudichi sproporzionata, con quella proporzionata (in *melius* e non in *peius*), convertendola in ossequio al principio di proporzionalità⁵⁸⁹. La valutazione sulla proporzionalità della sanzione sempre più spesso sottratta alla PA viene, dunque, in parte assegnata al giudice⁵⁹⁰. D'altra parte – ancorché con riferimento alla sanzione del licenziamento nelle ipotesi tipizzate dalla legge – la giurisprudenza ha già avuto modo di chiarire che il principio di proporzionalità tra sanzione e infrazione è "regola valida per tutto il diritto punitivo" e comporta che non sia possibile "introdurre, con legge o con contratto, sanzioni disciplinari automaticamente consequenziali ad illeciti disciplinari" (Cass. 1 dicembre 2016, n. 24574)⁵⁹¹.

In ultimo, l'intervento sul procedimento della Riforma Madia è servito a risolvere, in parte, i dubbi riguardanti la corretta individuazione del *dies a quo*, con riferimento alle violazioni procedurali che determinano la decadenza dall'azione disciplinare e l'invalidità degli atti e della sanzione irrogata.

Il legislatore del 2017 ha, infatti, sostituito il riferimento alla "notizia dell'infrazione" con riferimenti più concreti: per quanto riguarda la contestazione, il *dies a quo* decorre "dal ricevimento della segnalazione da parte del responsabile della struttura, ovvero dal momento in cui l'UPD abbia altrimenti avuto piena conoscenza dei fatti ritenuti di rilevanza disciplinare", ad esempio attraverso sentenze penali, esposti, atti ispettivi, ecc.; quanto alla conclusione del procedimento, decorre, invece, dalla contestazione dell'addebito.

⁵⁸⁶ La norma inderogabile primaria violata sarebbe l'art. 55 *bis*, co. 4 del d.lgs. n. 165/2001, che rinvia al regolamento interno dell'Amministrazione le modalità di costituzione dell'Ufficio per i Procedimenti Disciplinari (Cass. n. 24157/2015, Trib. Siracusa 10/01/2018).

⁵⁸⁷ Cassazione, 25 ottobre 2017 n. 25379.

⁵⁸⁸ Il Consiglio di Stato (Consiglio di Stato, Comm.spec., 21 aprile 2017 n.916) ha, infatti, osservato che la norma "risulta alquanto generica e, in quanto tale, fonte di dubbi e incertezze, oltre che di un presumibile, ampio contenzioso, con esiti incerti per l'amministrazione, essendo sostanzialmente rimessa all'esclusivo apprezzamento del giudice la valutazione in concreto dell'effetto viziante, con violazione del principio di tassatività delle fattispecie punitive e delle relative sanzioni".

⁵⁸⁹ Il legislatore ha modificato la norma in seguito ai rilievi critici del Consiglio di Stato sulla bozza che, invece, prevedeva di demandare, dopo il mero annullamento della sanzione sproporzionata da parte del giudice, alla stessa P.A. il ri-esercizio dell'azione punitiva emendata dal vizio riscontrato dal giudice. Cfr. V. Tenore, cit.

⁵⁹⁰ Cfr. A. Boscati, *La specialità del lavoro pubblico*, in *LPA*, 2018, 3, p. 29 per il quale tale previsione suscita perplessità in ragione della deroga al principio della domanda; al contrario, ritiene che tale norma speciale attribuisca al giudice il potere di deroga in ragione del prevalente interesse al buon andamento della pubblica amministrazione M. Marinelli, *La revisione del procedimento disciplinare*, in Garilli – Riccobono – De Marco – Bellavista – M. Marinelli – Nicolosi – Gabriele, *Il lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione dopo la riforma Madia*, Milano, 2018, 90.

⁵⁹¹ Cfr. Tampieri, cit., 14; Zoli, cit.; Voza, cit.; Tenore, cit., S. Mainardi, *Il licenziamento disciplinare per falsa attestazione di presenza in servizio*, in *GDA*, 2016, 591. Sul licenziamento disciplinare, cfr. L. Zappalà, *La regolazione asintotica del licenziamento*, cit.

Si tratta di un importante chiarimento – teso a garantire le esigenze di certezza dell'Amministrazione – con il quale il legislatore ha recepito le indicazioni di dottrina e giurisprudenza che avevano chiarito come il *dies a quo* non potesse ravvisarsi anche in mere segnalazioni generiche o laconiche, prive di minimali riscontri in ordine alla possibile rilevanza disciplinare dei fatti⁵⁹².

4.1. Gli effetti del procedimento disciplinare in caso di trasferimento e cessazione del rapporto di lavoro.

Il d.lgs. n. 75/2017 è, poi, intervenuto – specificandola ulteriormente – anche su una delle novità introdotte dalla l. n. 150/2009, cioè la disciplina degli effetti del procedimento disciplinare in caso di trasferimento del lavoratore o di cessazione del rapporto di lavoro.

Già la Riforma Brunetta aveva regolamentato l' "ultrattività"⁵⁹³ del procedimento disciplinare nella ipotesi sia di trasferimento del dipendente in un'altra amministrazione pubblica, sia in caso di cessazione del rapporto di lavoro quando, però, per l'infrazione commessa sia prevista la sanzione del licenziamento o sia stata disposta la sospensione cautelare dal servizio.

Con riferimento alla prima ipotesi, sul co. 8 dell'art. 55 *bis* la Riforma Madia è intervenuta specificando il procedimento da adottare, a) nel caso in cui il trasferimento avvenga in pendenza di procedimento disciplinare e b) quando l'Amministrazione di provenienza venga a conoscenza dell'illecito disciplinare successivamente al trasferimento del dipendente. Nell'ipotesi sub a), l'UPD trasmette gli atti⁵⁹⁴ all'amministrazione in cui il dipendente è trasferito; per evitare che il procedimento sia compromesso, la legge dispone l'interruzione dei termini che ricominciano a decorrere dalla data di ricezione degli atti da parte dell'UPD dell'amministrazione di destinazione. L'interruzione, destinata a garantire che il procedimento disciplinare si svolga regolarmente, rischia di avere, come effetto, l'allungamento dei tempi previsti dalla norma per la conclusione del procedimento (che, nel caso estremo, possono anche raddoppiare)⁵⁹⁵.

Quanto, invece, alla regolamentazione dell'ipotesi sub b), l'Amministrazione che venga a conoscenza del procedimento disciplinare dopo il trasferimento, provvede a segnalare immediatamente i fatti ritenuti di rilevanza disciplinare all'UPD dell'Amministrazione di destinazione e, a partire dalla data di ricezione della segnalazione, cominciano a decorrere i termini per la contestazione dell'addebito e per la conclusione del procedimento.

Il co. 8, così come modificato o, meglio arricchito, non fa altro che enucleare quanto in realtà già poteva ricavarsi dalla precedente formulazione che, evidentemente, comprendeva entrambe le ipotesi, pur in maniera implicita.

Di tal che, il d.lgs. n. 75 non sembra aggiungere nulla a quanto già disciplinato⁵⁹⁶; piuttosto, la

⁵⁹² Nel senso della necessità che il termine decorresse da una "completa ed esaustiva conoscenza dei fatti", cfr. Cass., sez. lav., 10 gennaio 2008, 282; Cass., sez. lav., 2 ottobre 2007, n. 20654.

⁵⁹³ F. Ravelli, cit.

⁵⁹⁴ Si parla nella norma di "tempestiva trasmissione". Non è mancato chi ha rilevato come la mancanza di un termine preciso per la trasmissione degli atti non deponga a favore della celerità del procedimento, rischiando di ledere il diritto di difesa; in questo senso, cfr. C. Cordella, *Il procedimento disciplinare*, in M. Esposito, V. Luciani, A. Zoppoli, L. Zoppoli (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 287.

⁵⁹⁵ Cfr. Di Paola, *La nuova disciplina dell'esercizio del potere disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, in RIDL, 2010, 20.

⁵⁹⁶ Il legislatore, peraltro, sceglie anche di non considerare le critiche sollevate rispetto alla carenza di interesse dell'Amministrazione di destinazione a sanzionare un dipendente che non si è reso responsabile di alcun inadempimento presso il nuovo datore di lavoro; in questo senso cfr. Ursi, *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il Decreto Brunetta*, in LPA, 2009, 5, 759 ss.

scelta di esplicitare tutte le fattispecie che possono verificarsi si colloca nel solco del processo di semplificazione ma, soprattutto, di responsabilizzazione di coloro che sono preposti all'applicazione delle disposizioni in materia di procedimento disciplinare, intrapreso dal legislatore. In entrambi i casi, ciò che è interessante notare è, infatti, l'ennesima specificazione degli obblighi posti in capo all'UPD; obblighi, la cui violazione costituisce – come già detto – un illecito disciplinare.

Per quanto, invece, riguarda la seconda ipotesi che regola gli effetti del procedimento disciplinare, qualcosa in effetti è cambiato. In luogo delle dimissioni, il nuovo co. 9 parla di cessazione del rapporto di lavoro, stabilendo che quest'ultima estingue il procedimento disciplinare, salvo il caso che per l'infrazione commessa fosse previsto il licenziamento o sia stata disposta la sospensione cautelare dal servizio. La cessazione del rapporto di lavoro include, oltre alle dimissioni, anche la fine naturale del rapporto di lavoro (collocamento a riposo e morte) e il licenziamento che sia irrogato per ragioni diverse dall'illecito disciplinare di cui parla la norma (per quanto si tratti di una ipotesi assai remota).

Rispetto alle dimissioni, è stato già sostenuto che l'ultrattività del procedimento disciplinare possa avere un "effetto utile" per l'amministrazione, in quelle ipotesi in cui, ad esempio, il dipendente intenda sottrarsi all'irrogazione della sanzione del licenziamento per evitare di incorrere nelle preclusioni che alcuni bandi di concorso o regolamenti interni della pubblica amministrazione prevedono⁵⁹⁷.

Più difficile, invece, è immaginare l'effetto utile negli altri casi citati di cessazione del rapporto di lavoro, soprattutto quando l'azione disciplinare non possa proseguire a causa del decesso del dipendente.

In quest'ultimo caso, infatti, si pone il problema della mancanza di interesse dell'Amministrazione sia a proseguire l'azione per evitare il rischio dell'elusione delle norme sull'accesso nella pubblica amministrazione, sia ad evitare che gli eredi chiedano la ripetizione delle retribuzioni non percepite⁵⁹⁸.

4.2. Rapporto tra procedimento disciplinare e procedimento penale.

Infine, la Riforma Madia è intervenuta anche in tema di rapporto tra procedimento disciplinare e procedimento penale, quando il primo abbia ad oggetto, in tutto o in parte, fatti in relazione ai quali procede l'autorità giudiziaria.

Anche il d.lgs. n.75 del 2017 conferma il superamento della pregiudiziale penale⁵⁹⁹, lasciando quest'ultima come eccezione (facoltativa)⁶⁰⁰ in caso di particolare complessità dell'accertamento del fatto addebitato al dipendente e solo per le infrazioni per le quali è applicabile una sanzione superiore alla sospensione dal servizio senza retribuzione fino a 10 giorni⁶⁰¹.

⁵⁹⁷ In questo senso, C. Currao, G. Picarella, *Lo sguardo "severo" del legislatore: le nuove regole del potere disciplinare*, in *LPA*, 2010, 2-4, 566.

⁵⁹⁸ In argomento, cfr. Cordella, cit., p. 283-284 e la giurisprudenza ivi citata.

⁵⁹⁹ Sul superamento per legge della pregiudizialità del procedimento penale, cfr. P. Sordi, *I rapporti tra procedimento disciplinare e procedimento penale nelle amministrazioni pubbliche*, in *LPA*, 2010, 3-4-, 603 ss.; S. Corso, *Procedimento disciplinare e procedimento penale dopo la riforma del d.lgs. n. 150/2009*, in *LPA*, 2010, 3-4, 159 ss.

⁶⁰⁰ In base alla formulazione dell'art. 55 ter, co. 1, L'UPD può, non deve, sospendere il procedimento disciplinare fino al termine di quello penale.

⁶⁰¹ Art. 55-ter co. 1.

Il d.lgs. 75 ha però, in aggiunta, previsto che l'azione disciplinare sospesa possa essere riattivata anche prima del giudicato penale, qualora sopravvenuti elementi probatori, tra i quali la sentenza penale di merito (di primo o secondo grado), siano sufficienti secondo l'U.P.D. per concludere il procedimento (co.1).

Rispetto a tale previsione potrebbe, ancora una volta, porsi il problema del *dies a quo*, cioè di quando debba ritenersi che eventuali sopravvenuti elementi nuovi siano sufficienti per concludere il procedimento al fine di valutare la tempestività dell'azione dell'UPD o l'eventuale sua inerzia. La norma dice "ivi incluso un provvedimento giurisdizionale"; il che significa che può essere *anche* un provvedimento giurisdizionale e in questo caso si potrebbe supporre che la conoscenza da parte dell'UPD e quindi la riattivazione del procedimento debba datarsi nel momento in cui l'UPD sia informato degli sviluppi giudiziari (ad esempio, una sentenza di primo grado)⁶⁰²; ma evidentemente non si tratta dell'unica opzione, poiché verosimilmente il legislatore intende riferirsi anche alle notizie che l'UPD potrebbe ottenere facendosi rilasciare copia della documentazione contenuta nel fascicolo penale, che diventa disponibile una volta depositato in cancelleria dal PM al momento della richiesta del rinvio a giudizio⁶⁰³.

Per quanto attiene la riapertura del procedimento disciplinare, essa avviene ad istanza di parte in caso di assoluzione del dipendente, quando il procedimento disciplinare si sia concluso con l'irrogazione di una sanzione; e (obbligatoriamente) in caso di condanna, sia quando il procedimento disciplinare si sia concluso con archiviazione e intervenga una sentenza penale di condanna, sia quando si sia concluso con l'irrogazione di una sanzione diversa dal licenziamento e il procedimento penale abbia invece accertato un comportamento del dipendente per il quale la legge prevede l'irrogazione della sanzione del licenziamento⁶⁰⁴. Rispetto alla notizia circa l'esito del procedimento penale, il legislatore del 2009 si è preoccupato di inserire nel codice di procedura penale l'art. 154 *ter*, il quale prevede l'obbligo di comunicazione da parte della cancelleria del giudice che ha pronunciato sentenza penale nei confronti di un lavoratore dipendente di un'amministrazione pubblica, del dispositivo all'amministrazione di appartenenza ed, eventualmente su richiesta della stessa, della copia integrale del provvedimento (così art. 70 d. lgs. n. 150/2009)⁶⁰⁵.

In ultima analisi, dunque, la riforma Madia conferma il superamento della pregiudiziale penale; ciò nondimeno, nei casi in cui il procedimento penale si concluda con una sentenza passata in giudicato di condanna, si ribadisce l'obbligatorietà dell'azione disciplinare e la compressione dell'autonomia della PA a favore della sua funzione punitiva.

5. La Riforma Madia tra comportamenti imposti e inefficienze irrisolte.

Con l'ennesimo provvedimento concepito in un lasso di tempo relativamente breve, il legislatore non ha fatto altro che modificare ulteriormente la regolamentazione giuridica del potere disciplinare della Pubblica Amministrazione originariamente prevista dall'art. 55 d.lgs. n.

⁶⁰² Resta, in ogni caso, il problema di datare esattamente il momento a partire dal quale l'UPD possa ritenersi responsabile di un eventuale ritardo nella riattivazione del procedimento disciplinare; così Cordella, *cit.*, 289-290.

⁶⁰³ In questi termini, S. Kranz, *I tre procedimenti disciplinari connessi con i procedimenti penali pendenti*, in *Azienditalia*, 2018, 1, 64.

⁶⁰⁴ In entrambi i casi si dovrà tenere conto della previsione di cui all'art. 653 c.p.p. sull'efficacia di giudicato delle sentenze penali nei giudizi di responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità; così Marinelli, *cit.* p. 98-99.

⁶⁰⁵ Sul punto, però, cfr. i dubbi sulla esatta individuazione del *dies a quo* espressi da Sordi, *cit.*, p. 613.

165/2001, intervenendo – come già aveva fatto la riforma Brunetta – nel senso di una esaltazione esasperata dell'aspetto punitivo in funzione organizzativa.

Per sua natura, il potere disciplinare è uno strumento concepito come accidentale nella complessiva gestione del rapporto di lavoro da parte di una dirigenza che agisce con “la capacità e i poteri del privato datore di lavoro” al fine di garantire il corretto funzionamento della Pubblica Amministrazione, migliorandone l'efficienza; in esito, invece, alle recenti riforme, la sanzione tende ad essere regolamentata come un passaggio obbligato, quasi necessario (e, quindi, fisiologico) “al fine di potenziare il livello di efficienza degli uffici pubblici e contrastare i fenomeni di scarsa produttività e assenteismo”.

Il risultato è una tensione tra il fondamento contrattuale del potere disciplinare e un sempre più invasivo controllo legislativo sulle sue modalità di esercizio, che si risolve nella tensione tra *status* del dipendente pubblico e contratto.

L'intero intervento del legislatore dell'ultima Riforma è, infatti, orientato in direzione opposta rispetto all'affermazione della natura contrattuale del potere disciplinare, tendendo, invece, verso una sorta di ri-specializzazione della disciplina del rapporto di lavoro pubblico.

Il che appare già evidente a partire dal rimescolamento delle fonti realizzato attraverso l'introduzione di una nuova fonte di individuazione degli obblighi del dipendente (il codice di comportamento) che non si sovrappone integralmente al contratto collettivo ma ne integra il contenuto – assumendo autonomo rilievo disciplinare –, segnando, così, uno *status* del dipendente pubblico che si contrappone alla contrattualità del rapporto di lavoro.

In più, l'intervento legislativo in funzione definitoria – inaugurato già dalla riforma Brunetta – si fa ancora più invasivo con l'inasprimento, in alcuni casi, e l'introduzione, in altri, di fattispecie che appaiono nulla più che tentativi di ingabbiare comportamenti noti e riprovevoli in meccanismi sanzionatori automatici ma che, di fatto, risultano superflui e rendono più complesso l'esercizio del potere disciplinare, in ragione dei diversi problemi applicativi che pongono (cfr. §§ 1.2., 3). Il sistema così creato produce, di fatto, l'effetto di relegare la contrattazione collettiva ad una funzione sempre più residuale e di ridurre l'autonomia della Pubblica Amministrazione attraverso la previsione della quasi obbligatorietà dell'azione disciplinare.

L'inadeguatezza degli strumenti concepiti dal legislatore rende, così, ancora più evidente l'equivoco di un intervento che, al fine di garantire una maggiore efficienza della Pubblica Amministrazione, assegna al potere disciplinare un ruolo che, invece, appartiene per natura al potere organizzativo, cui ormai la Pubblica Amministrazione e, per essa, la dirigenza sembra aver abdicato da tempo.

Con ciò dimostrando chiaramente una mancanza di fiducia nei confronti, da una parte, degli attori collettivi e, dall'altra, dei responsabili dell'attivazione del procedimento disciplinare e, ancor prima, del dipendente, al quale si chiede di vestire i panni di un fantomatico *homo novus*, dalla cui rettitudine morale prima ancora che professionale – imposta attraverso la minaccia della sanzione – dovrebbe discendere l'efficienza della Pubblica Amministrazione.

Quale possa essere il risultato di un'operazione di questo genere non è dato saperlo, non ancora perlomeno; a giudicare, però, dai primi bilanci applicativi delle nuove regole e dalle notizie che la stampa riporta ormai quotidianamente, quei comportamenti lassisti e dannosi per l'immagine collettiva della Pubblica Amministrazione – primo vero bersaglio delle riforme – non sono stati

cancellati. E se l'assenteismo che rappresenta una violazione di obblighi inerenti alla prestazione lavorativa ed è, dunque, comportamento punibile secondo gli ordinari principi di applicazione del potere disciplinare, non è stato eliminato; è assai improbabile che il problema della scarsa efficienza potrà essere risolto semplicemente "mettendo in castigo" i dipendenti indisciplinati.

Questa guerra, senza esclusione di colpi, intrapresa dal legislatore contro l'assenteismo e l'inefficienza, ma combattuta con armi "improprie", e che difficilmente sortirà gli effetti utili sperati, lascia, invece, sul campo di battaglia una vittima illustre, il contratto (collettivo e individuale), sempre più indebolito e continuamente assediato da chi pretenderebbe di surclassarlo come fonte unica del rapporto di lavoro, facendo prevalere l'etichetta di uno *status* assegnato al dipendente pubblico che guarda al passato con nostalgia⁶⁰⁶.

⁶⁰⁶ Per una approfondita analisi del problema del rapporto tra *status* e contratto, cfr. B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico: la 'legge Madia' e oltre*, cit.

**Contrasto alla *maladministration* e segnalazione di irregolarità:
il *whistleblowing* e la (ri)conversione etica dei dipendenti pubblici**

Veronica Papa

Premessa.	162
1. Contenuti e funzioni del <i>whistleblowing</i> in prospettiva comparata.	163
2. Gli antecedenti giudiziari del <i>whistleblowing</i> : il diritto di critica con utilità sociale.	166
3. La nozione italiana di <i>whistleblowing</i> : contenuti e confini applicativi dell'art. 54-bis del Testo unico sul pubblico impiego.	168
3.1. La nozione speciale di lavoratore pubblico nell'art. 54-bis.	169
3.2. Requisiti oggettivi e teleologici delle <i>protected disclosures</i> .	171
3.3. A monte dei dispositivi di protezione dei <i>whistleblower</i> : la tutela "multilivello" della riservatezza.	175
3.4. Il divieto di atti ritorsivi tra diritto sostanziale e processuale.	177
3.5. Il <i>whistleblowing</i> e l'opzione <i>voice</i> . La deroga legale agli obblighi fiduciari e di segreto nel rapporto di lavoro.	181
4. Coesistenza o interferenza? Lo scudo protettivo per i <i>whistleblower</i> e le tutele giuslavoristiche "classiche".	183
5. Considerazioni conclusive.	184

Premessa.

Il tema delle intersezioni tematico-disciplinari tra tutela dell'etica pubblica, politiche anticorruptive e diritto del lavoro è stato di recente declinato dal legislatore in molteplici direzioni regolative, con l'introduzione progressiva di un *corpus* di coordinate eticamente orientate del rapporto di lavoro pubblico e dunque nell'ambito di una generale riforma, che ruota attorno alla «triade» della nuova etica pubblica, fondata sui principi di trasparenza amministrativa, contrasto alla corruzione e vincolatività del codice di comportamento⁶⁰⁷.

Per quanto affetta da un certo tasso di illusorietà degli obiettivi presi di mira, nonché dei mezzi adoperati per perseguirli (si v. *infra*, § 5), si tratta di una cornice regolativa nella quale, nelle intenzioni del legislatore, l'efficienza del pubblico dipendente – che aveva costituito il *leit-motiv* della riforma Brunetta – viene tendenzialmente identificata con il suo comportamento etico. In questo contesto regolativo l'accento dell'intervento riformatore viene dunque posto su una efficienza declinata nel senso di imparzialità nei diversi momenti del rapporto di lavoro pubblico⁶⁰⁸: quello genetico – con le nuove previsioni in tema di concorsi e assenza di impedimenti/incompatibilità o conflitti di interesse in fase preassuntiva⁶⁰⁹; quello di “svolgimento etico” del rapporto di lavoro – in conformità alla vincolatività dei precetti del codice di comportamento; quello successivo alla cessazione del rapporto, regolato anch'esso, di recente, attraverso l'introduzione del c.d. divieto di *pantouflage*⁶¹⁰.

Pur con la consapevolezza di questo complesso – e incrementale – quadro normativo che vorrebbe il dipendente pubblico sempre più compenetrato dal perseguimento di fini anticorruptivi e, più in generale, di prevenzione delle prassi di “cattiva amministrazione”, in questa sede ci si soffermerà esclusivamente sulle previsioni relative alla tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (*whistleblowing*)⁶¹¹.

Come si avrà modo di chiarire *infra* (§), quando si parla di introduzione del *whistleblowing* nell'ordinamento interno si rinvia al nucleo di regolazione protettiva emanata a partire dal 2012 e sostanzialmente preordinata, in via di prima approssimazione, a predisporre uno scudo protettivo nei confronti dei dipendenti che intendano segnalare “condotte illecite” di cui siano

⁶⁰⁷ Tullini, *L'inadempimento e la responsabilità disciplinare del dipendente pubblico: tra obblighi giuridici e vincoli deontologici*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”. IT – 229/14.

⁶⁰⁸ O nel senso di un (in parte malinteso o comunque non funzionale agli scopi di efficienza cui parrebbe essere devoluto) concetto lato di onestà. Per questa lettura v. Bavaro (*Note sul potere disciplinare nel lavoro pubblico fra aziendalismo e amministrativismo*, in RGL, 2018, n. 3, p. 511), laddove si rileva la tendenza del legislatore (dalla riforma Brunetta in poi) a «utilizzare le sanzioni disciplinari in senso esclusivamente “punitivo” della “disonestà”, al più come se questa fosse sinonimo di “improduttività”»; Militello, *Etica comportamentale, procedimento disciplinare e sanzioni. L'homo novus nel pubblico impiego?*, in questo Volume.

⁶⁰⁹ Sulle nuove regole in tema di accesso al lavoro pubblico, si v. Ricci, *L'impatto della “riforma Madia” (e delle più recenti misure del governo “gialloverde”) sulla dimensione macro-organizzativa: programmazione dei fabbisogni, concorsi, stabilizzazioni*, in q. Volume.

⁶¹⁰ Con l'art. 53, comma 16-ter, il legislatore ha previsto l'impossibilità, per i dipendenti che abbiano esercitato poteri autoritativi o negoziali per la pubblica amministrazione, di svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di lavoro, attività lavorativa o professionale presso alcuni soggetti privati (sostanzialmente i destinatari dell'attività svolta attraverso i predetti poteri). Per una analisi delle regole eticamente orientate nelle differenti fasi del rapporto del pubblico dipendente con l'amministrazione di appartenenza si v. Martone, *Rapporto di lavoro e prevenzione della corruzione: concorsi e prove selettive, incompatibilità, inconfiribilità degli incarichi e codici di comportamento*, in ADL, 2017, n. 6, p. 1423 ss.; Martone, *La repressione della corruzione e la tutela del whistleblower alla luce della l. 30 novembre 2017, n. 179*, in ADL, 2018, n. 1, p. 61 ss.

⁶¹¹ Va premesso che l'intervento di riforma sul *whistleblowing*, sul quale si appunterà la trattazione- legge 179/2017, che ha riformato l'art. 54-bis del d.lgs. 165/2001- ha previsto una estensione al settore privato delle tutele, con espressa limitazione alle società che facciano – volontaria – applicazione dei modelli di organizzazione e gestione di cui al d.lgs. 231/2001 (d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, *Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300*).

venuti a conoscenza “in ragione del rapporto di lavoro”, con una implicita quanto evidente funzionalizzazione delle tutele in discorso al fine di incentivare (o quanto meno non scoraggiare) l’attivazione dei pubblici dipendenti nel contrasto a fenomeni corruttivi e, più in generale, di *maladministration*⁶¹².

In particolare, nel prosieguo della trattazione, l’analisi si appunterà su: la nozione di *whistleblowing* (§ 1); i suoi antecedenti giurisprudenziali nell’ordinamento interno (§ 2); il campo di applicazione e i contenuti delle tutele predisposte dal legislatore (§§ 3 ss.) e le possibili intersezioni delle protezioni “speciali” per i *whistleblower* con le formule protettive “ordinarie” (§ 4).

Infine, si proporranno alcune riflessioni in chiave sistematica sulla disciplina sulla segnalazione di irregolarità, la quale è suscettibile di rappresentare un istituto di confine e, soprattutto – grazie ad alcuni elementi di uniformità regolativa tra i due settori – un punto di carsico riavvicinamento tra lavoro pubblico e privato. In tal senso, peraltro, ulteriori elementi di convergenza (se non proprio di uniformità) regolativa saranno indotti, in futuro, dall’attuazione dello strumento legislativo sovranazionale in corso di definitiva approvazione⁶¹³ (v. *infra*, § 5).

1. Contenuti e funzioni del *whistleblowing* in prospettiva comparata.

“Chi lavora per un’organizzazione pubblica o privata o è in contatto con essa nello svolgimento della propria attività professionale è spesso la prima persona a venire a conoscenza di minacce o pregiudizi al pubblico interesse sorti in tale ambito. Nel “dare l’allerta”, gli informatori svolgono un ruolo decisivo nella denuncia e nella prevenzione delle violazioni del diritto che ledono il pubblico interesse e nella salvaguardia del benessere della società. Tuttavia, i potenziali informatori sono spesso poco inclini a segnalare inquietudini e sospetti nel timore di ritorsioni”⁶¹⁴.

Prende le mosse da queste considerazioni sul ruolo privilegiato dei prestatori di lavoro nel disvelamento di minacce ai pubblici interessi la proposta di direttiva, approvata di recente in prima lettura dal Parlamento europeo, finalizzata a introdurre “norme minime comuni di protezione delle persone che segnalano [...] violazioni del diritto dell’Unione” in alcuni specifici settori, riconducibili sinteticamente a materie di pubblico interesse per l’ordinamento dell’Ue⁶¹⁵.

⁶¹² Sulla nozione di *maladministration*, intesa, in senso ampio, come un “complesso fenomeno di disfunzioni che va dalle resistenze al cambiamento al formalismo, all’indifferenza all’efficienza, all’ostilità verso la tecnologia, all’*overstaffing*”, al nepotismo, alla corruzione”, si v. Cassese, «Maladministration» e rimedi, in *Foro it.*, 1992, V, p. 243.

⁶¹³ Si fa riferimento alla Direttiva dell’UE sulla protezione dei *whistleblower*, attualmente approvata dal Parlamento europeo in prima lettura: per la formulazione attuale del testo, cfr. Posizione del Parlamento europeo definita in prima lettura il 16 aprile 2019 in vista dell’adozione della direttiva (UE) 2019/... del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell’Unione.

⁶¹⁴ Posizione del Parlamento europeo definita in prima lettura il 16 aprile 2019 in vista dell’adozione della direttiva (UE) 2019/... del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell’Unione, *Considerando* 1.

⁶¹⁵ E più specificamente, con riguardo alle seguenti violazioni, elencate nell’art. 2 (*ambito di applicazione materiale*) della Direttiva approvata in prima lettura: “a) violazioni che rientrano nell’ambito di applicazione degli atti dell’Unione [...] relativamente ai seguenti settori: i) appalti pubblici; ii) servizi, prodotti e mercati finanziari e prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo; iii) sicurezza dei prodotti; iv) sicurezza dei trasporti; v) tutela dell’ambiente; vi) radioprotezione e sicurezza nucleare; vii) sicurezza degli alimenti e dei mangimi e salute e benessere degli animali; viii) salute pubblica; ix) protezione dei consumatori; x) tutela della vita privata e protezione dei dati personali e sicurezza delle reti e dei sistemi informativi”. E ancora: “b) violazioni che ledono gli interessi finanziari dell’Unione definite all’articolo 325 del TFUE [...]; c) violazioni riguardanti il mercato interno, di cui all’articolo 26, paragrafo 2, del TFUE, comprese violazioni delle norme in materia di concorrenza e di aiuti di Stato, nonché connesse ad atti che violano le norme in materia di imposta sulle società o le costruzioni il cui fine è ottenere un vantaggio fiscale che vanifica l’oggetto o la finalità della normativa applicabile in materia di imposta sulle società”. L’elencazione del novero dei settori inclusi sotto l’ombrello protettivo

E che il nesso tra inserimento organico in un determinato contesto produttivo/lavorativo e potenzialità preventive di nocuenti al pubblico interesse costituisca il fondamento delle formule protettive del *whistleblowing* lo si desume dagli assetti regolativi dell'istituto in questione negli ordinamenti in cui è maggiormente radicata la sua protezione⁶¹⁶.

Di recente introduzione nell'ordinamento italiano, il *whistleblowing* vanta origini risalenti negli ordinamenti di *common law*⁶¹⁷ - dai quali trae anche la sua origine etimologica⁶¹⁸ - e trova fondamento nella necessità, generalmente riconosciuta, di evitare che un lavoratore che venga a conoscenza di *malpractices* suscettibili di danneggiare l'interesse pubblico si astenga dal segnalarle nel timore di subire ritorsioni da parte del datore di lavoro. È infatti, trasversalmente ai diversi ordinamenti che contemplano legislazioni di protezione degli allertatori civici, l'adozione di misure *anti-retaliation* a costituire il nucleo essenziale di interventi normativi sul *whistleblowing*.

Come si desume da studi comparati e dai principi-guida diramati da organizzazioni istituzionalmente deputate al contrasto dei fenomeni corruttivi⁶¹⁹, ulteriori minimi comuni denominatori di legislazioni protettive per i *whistleblower* sono (o dovrebbero essere): a) la definizione a "maglie larghe" tanto del novero dei potenziali segnalatori quanto b) delle condotte oggetto di *protected disclosures*; c) l'adozione di misure anti-ritorsive; d) l'adozione di canali interni ed esterni di comunicazione delle denunce; e) la garanzia della riservatezza (talora dell'anonimato) del lavoratore segnalante.

a) In conformità al fine di incoraggiare le attività di segnalazione preventiva di un potenziale *vulnus* ai pubblici interessi, dunque, rientra tra le raccomandazioni del Consiglio di Europa, recepite e riproposte anche dalla Commissione europea nella relazione di accompagnamento alla proposta di Direttiva UE sul *whistleblowing*, il suggerimento di una nozione estensiva di "*work-based relationship*", idonea a ricomprendere tutti i soggetti che, in virtù di un rapporto lavorativo, anche meramente *de facto* e non necessariamente remunerato, si trovino in una posizione privilegiata per l'accesso a informazioni su potenziali *wrongdoings* e siano in grado di identificare potenziali minacce "*at a very early stage*"⁶²⁰.

della legislazione UE è peraltro accompagnata (art. 2, comma 2) dalla precisazione del suo carattere "aperto", integrabile da eventuali previsioni più comprensive a livello nazionale: "la presente direttiva non pregiudica la facoltà degli Stati membri di estendere la protezione prevista dal diritto nazionale relativamente a settori o atti non contemplati dal paragrafo 1".

⁶¹⁶ Per alcune riflessioni sul nesso tra politiche anticorruptive e *whistleblowing*, v. OECD, *The Detection of Foreign Bribery, Chapter 2. The Role of Whistleblowers and Whistleblower Protection*, 2017; e più in generale tra contrasto alla corruzione e legislazione lavoristica si v. Carr, Lewis, *Combating Corruption through Employment Law and Whistleblower Protection*, in *ILJ*, 2010, n. 1, p. 52 ss.

⁶¹⁷ Generalmente diffuso nei paesi anglosassoni, sul piano comparato i più rilevanti esempi provengono dall'ordinamento britannico, con il *Public Interest Disclosure Act* (PIDA), emanato nel 1998, e ancor prima da quello statunitense, nel quale forme embrionali di riconoscimento giuridico del *whistleblowing*, in senso lato, possono farsi risalire al 1863, con il *False Claim Act*. La legislazione federale sul tema è stata poi oggetto di successive modifiche/integrazioni; tra le più rilevanti basti richiamare: il *Whistleblower Protection Act* del 1989; e, con specifico riferimento alla denuncia di irregolarità in ambito contabile/finanziario, il Sarbanes-Oxley Act del 2002 e il Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act del 2010. Più di recente si è interessato al fenomeno anche il legislatore francese (cfr. la legge n 2016-1691 del 9 dicembre 2016, in tema di trasparenza, lotta alla corruzione e modernizzazione della vita economica; in particolare, si v. gli artt. 6 ss. della legge in questione, dedicati alla protezione dei *lanceurs d'alerte*).

⁶¹⁸ Il termine *whistleblowing* deriva dalla locuzione anglosassone *to blow the whistle* "soffiare nel fischiello" (per segnalare una irregolarità).

⁶¹⁹ Cfr. i Report di Transparency International: Transparency International, *Best Practice Guide for Whistleblowing Legislation*, 2018; Transparency International, *International Principles for Whistleblower Legislation. Best Practices for Laws to Protect Whistleblowers and Support Whistleblowing in the Public Interest*, 2013; OECD, *Committing to Effective Whistleblower Protection*, OECD Publishing, Paris, 2016; OECD, *Good practice guidance on internal controls, ethics and compliance*, 2010.

⁶²⁰ Cfr. Commission Staff Working Document, *Impact assessment Accompanying the Document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law* (COM(2018) 218 final)- SWD(2018) 117

b) Rientra tra le *best practices* internazionali in tema di *whistleblowing* l'adozione di una definizione ad ampio spettro degli interessi sottesi alle "rivelazioni protette" e/o dei comportamenti oggetto di segnalazione⁶²¹. La predilezione per nozioni flessibili di *wrongdoing* e *public interest* deriva dalla, in parte ovvia, considerazione secondo cui una delineazione in senso estensivo delle nozioni in commento rende più agevole la segnalazione delle condotte lesive. Al contrario, a fronte di nozioni maggiormente restrittive potrebbero insorgere impedimenti alle denunce, derivanti dalla difficoltà di valutare o identificare con esattezza i contorni delle vicende oggetto di segnalazione e/o l'applicabilità delle tutele nei singoli casi concreti⁶²².

c) Tratto identitario della disciplina è rappresentato, sul piano comparato, dall'adozione di dispositivi di contrasto a possibili ritorsioni messe in atto nei riguardi del *whistleblower*, tendenzialmente consistenti, sebbene con ovvie differenze disciplinari nei vari ordinamenti, in misure civilistiche di riparazione dei danni subiti dal segnalante e/o di ripristino delle pregresse condizioni di carriera⁶²³.

d) In ordine all'individuazione dei destinatari delle segnalazioni, se talvolta – ma non sempre, come nel caso italiano, v. *infra* § 3.2. – si rinviene una esplicita indicazione dei destinatari prioritari di queste ultime, è comunque generalmente prevista l'alternativa tra canali interni ed esterni di comunicazione delle *protected disclosures*. Tra i canali esterni sono tendenzialmente ricomprese pubbliche autorità (talvolta istituzionalmente deputate alla prevenzione di fenomeni corruttivi, come nel caso italiano) ma non, nella maggior parte dei casi, la diffusione al pubblico delle segnalazioni. Si rinviene, da ultimo, una apertura alla possibilità di ricorrere, in caso di necessità – e in applicazione di principi di gradualità ed *extrema ratio* – alla rivelazione delle condotte illecite mediante i mezzi di comunicazione nella Direttiva UE in argomento⁶²⁴.

e) Ulteriore tassello della protezione dei *whistleblower*, costituente una sorta di necessaria pre-condizione del funzionamento dell'intero sistema legale – sicuramente in funzione preventiva di

final, 2018, p. 8). Si tratta dunque di nozione di rapporto lavorativo, in senso lato, idonea a comprendere "*temporary and part-time workers, past employees, trainees and volunteers, whilst recommending extending protection to consultants, freelance and self-employed persons, contractors and sub-contractors and job applicants*". In conformità ai predetti orientamenti del Consiglio d'Europa e della Commissione, una versione particolarmente comprensiva del campo di applicazione soggettivo della disciplina è confluita nell'art. 4 (*Ambito di applicazione personale*) della Direttiva in corso di approvazione, con una definizione del novero dei soggetti tutelati dal legislatore dell'Unione che si estende anche ai "segnalanti il cui rapporto di lavoro non è ancora iniziato nei casi in cui le informazioni riguardanti una violazione sono state acquisite durante il processo di selezione o altre fasi della trattativa precontrattuale". E non solo, secondo quanto previsto dal comma 4 dell'articolo in questione, le misure *antiretaliation* potrebbero altresì applicarsi, "ove opportuno: a) ai facilitatori; b) a terzi connessi con le persone segnalanti e che possono subire ritorsioni in un contesto lavorativo, quali colleghi o parenti della persona segnalante; e c) ai soggetti giuridici di cui le persone segnalanti sono proprietarie, per cui lavorano o a cui sono altrimenti connesse in un contesto lavorativo".

⁶²¹ Basti pensare, in proposito, all'elenco esemplificativo delle condotte, enumerate nelle raccomandazioni di Transparency International, nelle quali si fa riferimento al disvelamento o segnalazione di illeciti, "*including but not limited to corruption; criminal offences; breaches of legal obligation; miscarriages of justice; specific dangers to public health, safety or the environment; abuse of authority; unauthorised use of public funds or property; gross waste or mismanagement; conflict of interest; and acts to cover up of any of these*" (Transparency International, *International Principles for Whistleblower Legislation*, cit., p. 4-5).

⁶²² Così in UNODC, *Resource Guide on Good Practices in the Protection of Reporting Persons*, 2015, p. 22 http://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf.

⁶²³ Se, sulla predisposizione di misure riparatorie o ripristinatorie sul versante civilistico si riscontrano pochi dissensi, molto più contestata, sebbene talvolta presa in considerazione, è invece la possibilità di adottare sanzioni penali per le ipotesi di *victimisation* del *whistleblower*; sul punto si v. Lewis, *Whistleblowing at Work: On What Principles Should Legislation Be Based?*, in *ILJ*, 2001, n. 2, p. 169.

⁶²⁴ Posizione del Parlamento europeo definita in prima lettura il 16 aprile 2019 in vista dell'adozione della direttiva (UE) 2019/... del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione, cit., art. 15 (*Divulgazione pubblica*).

eventuali ritorsioni – è rappresentato dalla protezione della riservatezza (talora definita in termini di anonimato) del segnalante.

Rientra di frequente tra gli elementi costitutivi della fattispecie la predefinizione di un requisito teleologico – in genere, la tutela dell'interesse pubblico- del *whistleblowing*. Si tratta di requisito che – insieme all'esplicita indicazione della buona fede del segnalante – non incontra unanime consenso tra gli studiosi⁶²⁵, ma che viene tuttavia spesso incluso nel nucleo definitorio della fattispecie (è il caso della definizione contenuta nell'art. 54-bis del d. lgs. 165/2001, § 3.2.).

La coloritura "altruistica", per così dire, del *whistleblowing* costituisce peraltro caratteristica genetica e ricorrente dell'istituto proprio negli ordinamenti che, per primi, gli hanno attribuito una espressa protezione legale. Basti pensare, oltre al caso statunitense, a quello britannico, nel quale l'orientamento teleologico delle "allerte" legislativamente protette è plasticamente evidenziato dalla stessa rubrica dell'atto legislativo che ha introdotto la protezione dei *whistleblower* nel Regno Unito, il *Public Interest Disclosure Act* (1998), ed è stato successivamente previsto, nel 2013, quale elemento qualificante delle rivelazioni protette (*protected disclosures*)⁶²⁶.

Più controversa, anche se rinvenibile in alcune opzioni regolative, è l'adozione di sistemi di incentivazione economica/premialità⁶²⁷, nonché la previsione di fondi per il sostegno economico dei *whistleblower* – ad esempio per le spese legali.

2. Gli antecedenti giudiziari del *whistleblowing*: il diritto di critica con utilità sociale.

I prodromi, nel diritto interno, di forme di tutela contro ritorsioni nei riguardi di lavoratori che avessero effettuato delle "soffiate" si rinvergono nell'ambito della giurisprudenza in tema di diritto di critica del lavoratore – corollario della libertà di manifestazione del pensiero ex art. 21 Cost. e 1 Stat. – e hanno ad oggetto i confini della facoltà di esternare opinioni critiche sul datore di lavoro, al cospetto della coppia oppositiva rappresentata da obbligo di fedeltà del lavoratore e

⁶²⁵ Né tantomeno tra le organizzazioni che annoverano tra i propri fini istituzionali quello della promozione del *whistleblowing*. Cfr., ad esempio, Transparency International, *Best Practice Guide for Whistleblowing Legislation*, cit., p. 3 ss.

⁶²⁶ A seguito della ri-formulazione della disposizione sulle *protected disclosures* ad opera del *Enterprise and Regulatory Reform Act* 2013 una segnalazione è protetta (*section 43B - Disclosures qualifying for protection*) qualora "in the reasonable belief of the worker making the disclosure, is made in the public interest and tends to show one or more of the following: (a) that a criminal offence has been committed, is being committed or is likely to be committed, (b) that a person has failed, is failing or is likely to fail to comply with any legal obligation to which he is subject, (c) that a miscarriage of justice has occurred, is occurring or is likely to occur, (d) that the health or safety of any individual has been, is being or is likely to be endangered, (e) that the environment has been, is being or is likely to be damaged, or (f) that information tending to show any matter falling within any one of the preceding paragraphs has been, is being or is likely to be deliberately concealed".

⁶²⁷ È ad esempio il caso dello statunitense Dodd-Frank Act del 2010 – *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* del 2010 – nel quale si è prevista la corresponsione di incentivi economici per le segnalazioni relative a ipotesi di violazione di leggi federali in materia finanziaria. Nella legge in questione (*Section 922 – Whistleblower protection*) il legislatore statunitense ha introdotto - oltre a misure *anti-retaliation* nell'ambito del rapporto di lavoro – nelle ipotesi in cui l'informazione fornita dal *whistleblower* abbia condotto all'applicazione di sanzioni pecuniarie superiori a 1 milione di dollari, la previsione di una "ricompensa" di ammontare oscillante tra il 10 e il 30 per cento del totale delle sanzioni pecuniarie irrogate dalla Sec (Senate Banking Committee). L'introduzione, anche nell'ordinamento interno, di forme di incentivazione economica per i *whistleblower* era stata proposta, nell'ambito degli studi effettuati in vista dell'adozione della legislazione anticorruzione (poi confluita nella legge 190/2012) da parte di una Commissione di studi appositamente nominata, nel 2011, dal Ministro per la funzione pubblica; cfr. Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, *La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione*, 2012. Concorde con l'opportunità di sistemi di incentivazione o premialità per i segnalanti Mattarella, *La prevenzione della corruzione in Italia - Legge 6 novembre 2012, n. 190*, in *GDA*, 2013, n. 2, p. 133.

potere disciplinare del datore di lavoro (e in particolare del potere di recedere per giusta causa dal rapporto di lavoro)⁶²⁸.

Oggetto di elaborazione giurisprudenziale, a far data dal *leading case* della Suprema Corte del 1986⁶²⁹, il diritto di critica del lavoratore soggiace ad alcuni limiti, “trapiantati” nel rapporto di lavoro dal diverso ambito del diritto di critica e cronaca giornalistica, e sostanzialmente sintetizzabili nel rispetto: a) dei canoni di contenenza sostanziale – ossia parametri di verità oggettiva dei fatti oggetto di critica; b) della contenenza formale – ovvero uso di modalità espressive che non si traducano in una obiettiva lesione della reputazione dell’impresa e dei suoi dirigenti; c) della finalizzazione delle esternazioni critiche alla realizzazione di interessi giuridicamente rilevanti (parametro invero scarsamente valorizzato nella prassi giurisprudenziale); d) del ricorso a modalità di diffusione della critica adeguate agli interessi ad essa sottesi; e) infine, e più in generale, della compatibilità delle opinioni critiche con i profili fiduciari del rapporto di lavoro e dunque con l’art. 2105 c.c.

Sebbene si tratti di istituto di origine giurisprudenziale non sempre collidente con la *ratio* sottesa alla tutela dei *whistleblower* – considerata la più generale finalizzazione della prassi giurisprudenziale in tema di diritto di critica alla protezione della libertà di espressione nel rapporto di lavoro – i punti di contatto più evidenti tra i due istituti si possono rinvenire nelle possibili affinità finalistiche tra critica con contenuti o finalità di utilità sociale e *whistleblowing*. Ed è infatti nelle ipotesi di opinioni critiche esternate con finalità di denuncia di prassi illecite o irregolari nei luoghi di lavoro che si rinviene una sorta di riconoscimento giudiziale *ante litteram* del *whistleblowing*⁶³⁰.

Se è vero dunque che il diritto di critica nel rapporto di lavoro ha rappresentato, per lungo tempo, un surrogato funzionale *ante litteram* della protezione legale per i “segnalanti”, è altrettanto vero che la prassi giurisprudenziale in commento – specie con riferimento alle ipotesi di critiche venute da finalità di utilità sociale – non vedrà sfumare la sua rilevanza nelle ipotesi in cui per qualche motivo (sostanziale o procedurale) non risulti immediatamente applicabile la disciplina protettiva del *whistleblowing*, con una possibile commistione tra strumenti e tecniche di tutela normativa e giurisprudenziale di fattispecie di segnalazioni di fenomeni di *mala gestio* nel pubblico interesse. Ed è anzi abbastanza probabile che l’ombrello protettivo giurisprudenziale continui ad aprirsi su fattispecie di critiche socialmente orientate, specie nel settore privato- laddove l’intervento del legislatore riguarda solo le imprese che si dotino di modelli di organizzazione e gestione ai sensi del d.lgs. 231/2001⁶³¹- e in ogni caso in tutte le ipotesi in cui una segnalazione di attività contrarie

⁶²⁸ Ed è nell’ambito della libertà di espressione che è ricondotta la tutela dei *whistleblower* da parte della CEDU. Si v. di recente la pronuncia *Guja c. Moldova* (Corte europea diritti dell'uomo, sez. II, 27 febbraio 2018, n.1085, *Guja c. Moldova* n. 2, ric. n. 1085/10), con la quale i giudici di Strasburgo hanno ricondotto all’art. 10 (*libertà di espressione*) della Convenzione sia la necessità di tutelare coloro che rivelino fatti di interesse per la collettività sia quella di apprestare regole che non si limitino a fornire una tutela meramente formale del posto di lavoro del *whistleblower*, ma l’effettivo svolgimento della propria attività (e dunque efficaci misure ripristinatorie in ipotesi di ritorsioni).

⁶²⁹ Cass. 25 febbraio 1986, n. 1173.

⁶³⁰ È quanto avvenuto ad esempio nella pronuncia del Tribunale di Roma sul caso delle critiche espresse da un rappresentante sindacale di base in tema di tutela della salute e sicurezza nel trasporto ferroviario: cfr. Trib. Roma 26 ottobre 2009 (in *RIDL*, 2010, n. 4, p. 806 ss., nt. Papa, *Il diritto di critica del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza: una lettura costituzionalmente orientata*). Più di recente, Peruzzi, *Diritto di critica, whistleblowing e obbligo di fedeltà del dirigente*, in *RIDL*, 2012, n. 4, p. 831 ss., M. T. Carinci, *Whistleblowing alla Scala di Milano: una ballerina denuncia il rischio di anoressia fra i componenti del corpo di ballo*, in *RIDL*, 2014, n. 2, p. 511 ss. In argomento si v. Aimò, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, 2003.

⁶³¹ Per una indagine sull’impatto della nuova disciplina del whistleblowing nel settore privato, v. Vitaletti, *Il lavoratore “segnalante” nell’impresa privata. Il perimetro della tutela del “whistleblower”*, in corso di pubblicazione in *DRI*, 2019, n. 2.

al pubblico interesse non sia effettuata in conformità ai canoni procedimentali descritti dal legislatore (in particolare, laddove la segnalazione avvenga al di fuori dei canali legislativamente previsti). Come si preciserà *infra*, infatti, il legislatore sembrerebbe aver limitato al *numerus clausus* di soggetti elencati nell'art. 54-bis, comma 1⁶³², il novero dei destinatari delle segnalazioni legislativamente protette, con ciò implicitamente escludendo dal campo di applicazione della disciplina sul *whistleblowing* le ipotesi in cui il lavoratore scelga un canale non tipizzato di divulgazione delle condotte illecite, ad esempio, rivolgendo una denuncia a una organizzazione sindacale o agli organi di stampa. In questi casi – pur non residuali, come dimostrano vicende periodicamente agli onori delle cronache – vi è da pensare che, esclusa, allo stato, l'applicabilità dell'art. 54-bis, la protezione dei lavoratori-segnalanti continuerà ad essere rimessa a operazioni giudiziali di ponderazione degli interessi coinvolti e di proporzionalità delle modalità di rivelazione emergenti dal caso concreto e dunque, ancora una volta, alla prassi giurisprudenziale in tema di diritto di critica del prestatore di lavoro.

3. La nozione italiana di *whistleblowing*: contenuti e confini applicativi dell'art. 54-bis del Testo unico sul pubblico impiego.

Indotta dalla necessità di adeguamento ad obblighi internazionali⁶³³, l'introduzione di dispositivi di tutela per i *whistleblower* viene intesa dal legislatore come tassello di una più comprensiva strategia anticorruptiva, al fine dell'emersione dei fenomeni di corruzione e *mala gestio*, attraverso la previsione di tutele per i dipendenti pubblici che si determinino a partecipare "proattivamente" al perseguimento di obiettivi di efficienza e imparzialità delle amministrazioni, attraverso la segnalazione di irregolarità. E che sia questo il fine perseguito dal legislatore lo si desume dalla formulazione testuale della fonte normativa che ha introdotto il primo nucleo di disciplina del *whistleblowing* nell'ordinamento interno – nel *corpus* della legge anticorruzione del 2012⁶³⁴ - nella quale si legge che le disposizioni di "prevenzione alla corruzione" sono da intendersi come una "diretta attuazione del principio di imparzialità di cui all'articolo 97 della Costituzione"⁶³⁵.

La disciplina del 2012 è stata poi superata dalla legge 30 novembre 2017 n. 179⁶³⁶, che ha integralmente riscritto l'art. 54-bis (*tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti*) del Testo unico sul pubblico impiego.

Premesso che una compiuta disamina delle differenze disciplinari tra le due fonti legislative eccederebbe, di per sé, le finalità di questo lavoro, in questa sede ci si limiterà a evocare i tratti principali della nuova disciplina, intervenuta con il proposito di porre rimedio ad alcune delle più

⁶³² E dunque alla sola ammissibilità, nel cono applicativo della disciplina del TUPI, delle segnalazioni effettuate «al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza di cui all'articolo 1, comma 7, della legge 6 novembre 2012, n. 190, ovvero all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC)», e delle denunce presentate «all'autorità giudiziaria ordinaria o a quella contabile»; v. *infra*, § 3.2.

⁶³³ Come la Convenzione ONU contro la corruzione del 2003 (articolo 33), ratificata dall'Italia con la legge n. 116 del 2009, e la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla corruzione (articolo 9), ratificata con legge n. 112 del 2012.

⁶³⁴ Si tratta più in dettaglio della legge 6 novembre 2012, n. 190, *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione* (legge Severino).

⁶³⁵ Così l'art. 1, comma 59, della legge n. 190/2012, nel quale si precisa che "le disposizioni di prevenzione della corruzione di cui ai commi da 1 a 57 del presente articolo, di diretta attuazione del principio di imparzialità di cui all'articolo 97 della Costituzione, sono applicate in tutte le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni".

⁶³⁶ Legge 30 novembre 2017, n. 179, *Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*.

rilevanti lacune regolative del precedente assetto⁶³⁷, attraverso: la precisazione (e l'estensione) del novero dei destinatari della protezione legale (§ 3.1.)⁶³⁸; l'introduzione di regole su destinatari – in precedenza identificati, inopportuno, nel solo "superiore gerarchico"⁶³⁹ e modalità delle segnalazioni (§ 3.2.) nonché di forme di tutela molto più incisive che nel passato della riservatezza del segnalante (§ 3.3.); la rimodulazione delle misure ritorsive precluse al datore di lavoro pubblico⁶⁴⁰, assistita anche dall'introduzione di un regime probatorio di favore per il segnalante (§ 3.4.); l'espressa sottrazione delle segnalazioni alle conseguenze derivanti da eventuali violazioni degli obblighi di segreto incidenti sul rapporto di lavoro (§ 3.5.).

3.1. La nozione speciale di lavoratore pubblico nell'art. 54-bis.

Per quanto attiene all'identificazione dei fruitori, sotto il profilo soggettivo, delle tutele predisposte dal legislatore, nel nuovo contesto normativo, sono individuati con formula ampia, comprensiva sia del pubblico impiego contrattualizzato sia del personale in regime di diritto pubblico nonché dei dipendenti di Enti pubblici economici o delle società controllate ex art. 2359 c.c. Ancora, il campo di applicazione dell'art. 54-bis TUI si estende anche ai lavoratori e ai collaboratori delle imprese che forniscono beni e servizi e che realizzano opere per la Pubblica Amministrazione⁶⁴¹.

La descrizione del novero dei destinatari della norma non è esente da dubbi e perplessità interpretative. E infatti, attenendosi alla formulazione letterale del comma 1 dell'art. 54-bis, la protezione per l'effettuazione di segnalazioni di illeciti sembrerebbe essere accordata, nel settore pubblico- privatizzato o no- ai soli lavoratori subordinati, mentre si estenderebbe, con differenza di trattamento scarsamente intellegibile, anche ai collaboratori di imprese che forniscono servizi

⁶³⁷ L'art. 1, comma 51, della legge 190/2012 aveva disciplinato il *whistleblowing* con la seguente (e, per molti aspetti, deficitaria) formulazione: "1. Fuori dei casi di responsabilità a titolo di calunnia o diffamazione, ovvero per lo stesso titolo ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, il pubblico dipendente che denuncia all'autorità giudiziaria o alla Corte dei Conti, ovvero riferisce al proprio superiore gerarchico condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro, non può essere sanzionato, licenziato o sottoposto ad una misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia. 2. Nell'ambito del procedimento disciplinare, l'identità del segnalante non può essere rivelata, senza il suo consenso, sempre che la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione. Qualora la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione, l'identità può essere rivelata ove la sua conoscenza sia assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato. 3. L'adozione di misure discriminatorie è segnalata al Dipartimento della funzione pubblica, per i provvedimenti di competenza, dall'interessato o dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative nell'amministrazione nella quale le stesse sono state poste in essere. 9 4. La denuncia è sottratta all'accesso previsto dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni". La natura generica e lacunosa della disciplina del 2012 era stata segnalata da più parti; si v., ad esempio, Commissione UE, *Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo. Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione del 3 febbraio 2014 COM (2014) 38* e, in particolare, *Allegato sull'Italia della Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo. Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione* (Annex 12), p. 4. Sugli evidenti limiti della formulazione originaria dei dispositivi di tutela dei whistleblower, cfr. M. T. Carinci, *Whistleblowing in Italy: rights and protections for employees*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 106/2014.

⁶³⁸ Scarsamente definiti restavano, nel vigore della precedente disciplina, i profili soggettivi del *whistleblower*, ellitticamente identificato con il mero riferimento al "pubblico dipendente" *sans phrase*.

⁶³⁹ Decisiva, ai fini del recupero di minimi margini di operatività, non meramente simbolica, dell'istituto, risulta, come si v. *infra*, l'introduzione dell'Anac tra i destinatari delle segnalazioni.

⁶⁴⁰ Ora meglio specificate dal legislatore e limitate, invece, a una mera evocazione del divieto di sanzioni disciplinari, licenziamenti e altre misure impropriamente definite "discriminatorie" nella legge 190/2012.

⁶⁴¹ Così la formulazione testuale del comma in questione (art. 54-bis, comma 2) "ai fini del presente articolo, per dipendente pubblico si intende il dipendente delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, ivi compreso il dipendente di cui all'articolo 3, il dipendente di un ente pubblico economico ovvero il dipendente di un ente di diritto privato sottoposto a controllo pubblico ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile. La disciplina di cui al presente articolo si applica anche ai lavoratori e ai collaboratori delle imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell'amministrazione pubblica".

alla pubblica amministrazione e dunque, indirettamente e in senso lato, collaboratori di quest'ultima⁶⁴².

Lungi dal contenere una svista, tuttavia, la disposizione in commento sembra dare luogo a una (apparentemente poco ragionevole) differenza di trattamento tra collaboratori "diretti" – non protetti e dunque non incentivati a svolgere un ruolo anti-corruttivo- e "indiretti" delle pubbliche amministrazioni – coperti, invece, dall'apparato protettivo predisposto dal legislatore.

Considerato l'orientamento teleologico della disciplina in commento, sarebbe parsa maggiormente opportuna una definizione ampia, e in ogni caso uniforme, del perimetro di applicazione soggettiva e dunque della tipizzazione legale della nozione di *whistleblower*⁶⁴³.

A conclusioni non dissimili sembrerebbe condurre la lettura del Codice di comportamento dei dipendenti pubblici⁶⁴⁴ – nel quale si legge che le amministrazioni devono estendere, per quanto compatibili, gli obblighi di condotta previsti per i pubblici dipendenti anche a collaboratori o consulenti, con qualsiasi tipologia di contratto o incarico e a qualsiasi titolo, nonché ai titolari di organi e di incarichi negli uffici di diretta collaborazione delle autorità politiche, attraverso l'inserimento negli atti di incarico o nei contratti di acquisizione delle collaborazioni, delle consulenze o dei servizi, di apposite clausole di risoluzione o decadenza del rapporto nel caso di violazione degli obblighi derivanti dal Codice.

Tuttavia, se questa pare essere l'unica delimitazione dei confini applicativi del *whistleblowing* scevra da sospetti di irrazionalità, considerando l'esplicita ridefinizione del campo di applicazione soggettivo nel corso dell'*iter* di approvazione della legge 179/2017⁶⁴⁵, e nella difficoltà di immaginare estensioni in via interpretativa contrarie alla *ratio legis* – intesa nel senso di ricostruzione della volontà del legislatore, sotto il profilo storico-psicologico – non si può fare a meno di concordare con la raccomandazione formulata sul punto dall'Anac (già nel 2015), con la quale quest'ultima aveva auspicato una esplicita estensione normativa delle tutele anche ai collaboratori delle pubbliche amministrazioni⁶⁴⁶.

⁶⁴² Propende per una estensione in via interpretativa delle tutele in discorso anche ai collaboratori della pubblica amministrazione (e non solo a quelli dei soggetti terzi indicati dal comma 1 dell'art. 54-bis) Riccio, *La tutela del lavoratore che segnala illeciti dopo la l. n. 179 del 2017. Una prima lettura giuslavoristica*, in *Amministrazione in cammino*, 2018, n. 3, p. 5.

⁶⁴³ Cfr. in argomento le raccomandazioni di Transparency International, laddove si fa riferimento a qualsiasi lavoratore che riveli informazioni idonee a tutelare un pubblico interesse, al di là della tradizionale relazione dipendente-datore di lavoro, inclusi dunque anche consulenti, stagisti, apprendisti, volontari, lavoratori temporanei ed ex dipendenti. E non solo, ma anche a coloro che, pur non essendo la fonte delle rivelazioni, forniscano informazioni a supporto di una segnalazione altrui e/o che assistano un *whistleblower*.

⁶⁴⁴ Art. 2, comma 3, del Decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62 (*Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*).

⁶⁴⁵ Che si tratti di esclusione consapevole dei collaboratori delle pubbliche amministrazioni sembra infatti pianamente confermato dalla presenza, nel testo del disegno di legge approvato in prima lettura dalla Camera dei deputati, della prevista estensione delle disposizioni di tutela anche ai "collaboratori o consulenti, con qualsiasi tipologia di contratto o di incarico", nonché dalla rubrica che recava l'art. 1 del ddl AS-2208: *Modifica dell'articolo 54-bis del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, in materia di tutela del dipendente o collaboratore che segnala illeciti*. L'elisione del riferimento ai «collaboratori o consulenti» della pubblica amministrazione è avvenuta nel corso dell'analisi del ddl in prima lettura al Senato ed è poi confluita nella versione del testo definitivamente approvato alla Camera il 15 novembre 2017.

⁶⁴⁶ Nella stessa direzione dell'estensione anche ai lavoratori non subordinati della nozione di *whistleblower* sono formulate le linee guida dell'Authority anticorruzione (sebbene riferite alla versione previgente della normativa sulla segnalazione di illeciti). Si legge infatti nelle Linee guida Anac 2015 (*Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015, "Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. whistleblower)"*) che "nelle amministrazioni pubbliche operano anche soggetti che non possono essere ricompresi fra i dipendenti pubblici ma che pure svolgono la propria attività professionale all'interno dei pubblici uffici. [...] L'Autorità non può non rilevare come, in considerazione del ruolo che questi soggetti rivestono all'interno delle amministrazioni, sia opportuno offrire loro una qualche forma di tutela della riservatezza qualora questi intendano esporsi in prima persona per segnalare fatti illeciti in occasione e/o a causa dello svolgimento delle mansioni lavorative".

Se è vero peraltro che la mancata inclusione di prestatori di lavoro non subordinati della pubblica amministrazione tra gli “allertatori” legislativamente tutelati da ritorsioni può in parte giustificarsi con la difficoltà di immaginare l’applicazione a questi ultimi dell’apparato protettivo predisposto dal legislatore – il quale, con le sue misure anti-ritorsive/ripristinatorie, v. *infra*, § 3.4., sembra effettivamente ruotare attorno a un classico rapporto di lavoro subordinato – è difficile decrittare la *ratio* della contestuale estensione delle protezioni legali ai lavoratori non subordinati delle imprese fornitrici delle pubbliche amministrazioni. La previsione in commento potrebbe riacquisire un barlume di ragionevolezza se riguardata nell’ottica precipua della massima estensione possibile delle *protected disclosures* nel settore tradizionalmente più delicato delle politiche anticorruptive, ossia l’ambito dell’approvvigionamento di beni e servizi da terzi, e dunque degli appalti pubblici; considerazione che, tuttavia, non vale, di per sé, a giustificare il persistente vuoto regolativo per quanto attiene ai lavoratori autonomi che si trovino a collaborare direttamente con committenti pubblici.

3.2. Requisiti oggettivi e teleologici delle *protected disclosures*.

Per quanto attiene ai profili oggettivo-contenutistici del *whistleblowing*, l’art. 54-bis prevede che le segnalazioni abbiano ad oggetto “condotte illecite” di cui il dipendente sia venuto “a conoscenza in ragione del proprio rapporto di lavoro”. Coerentemente alla *ratio legis* – nonché alle prime indicazioni interpretative fornite dall’Anac, già durante la vigenza del precedente assetto regolativo – nel mero richiamo a “condotte illecite” si può senza dubbio leggere un rinvio ai delitti contro la pubblica amministrazione⁶⁴⁷, ma non solo. Il campo di applicazione sembrerebbe infatti essere molto più ampio e ricomprendere anche i casi in cui, nel corso dell’attività amministrativa si evidenzino “l’abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato al fine di ottenere vantaggi privati, nonché i fatti in cui [...] venga in evidenza un mal funzionamento dell’amministrazione”⁶⁴⁸. E del resto, a voler diversamente argomentare, si dovrebbe affermare l’esistenza di un dovere di discernimento degli estremi delle fattispecie criminose in capo al pubblico dipendente e/o di un obbligo di indagare sulla concreta verifica di una ipotesi di reato, pur in assenza di corrispondenti facoltà ispettive⁶⁴⁹.

E ancora in una accezione espansiva andrebbe intesa la necessaria connessione con il rapporto di lavoro delle notizie sulle condotte oggetto di segnalazione⁶⁵⁰: potranno dunque rientrare nel novero delle segnalazioni *ex art.* 54-bis non solo le informazioni percepite in virtù di un collegamento funzionale con le mansioni del *whistleblower* ma anche quelle dotate di un

⁶⁴⁷ Ossia le ipotesi – contenute nel Titolo II, Capo I, del Codice Penale – di corruzione per l’esercizio della funzione, corruzione per atto contrario ai doveri d’ufficio, e corruzione in atti giudiziari.

⁶⁴⁸ E l’elenco formulato, in via meramente esemplificativa, dall’Anac è particolarmente comprensivo e inclusivo di “casi di sprechi, nepotismo, demansionamenti, ripetuto mancato rispetto dei tempi procedurali, assunzioni non trasparenti, irregolarità contabili, false dichiarazioni, violazione delle norme ambientali e di sicurezza sul lavoro” (Anac, determinazione 6 aprile 2015, n. 28).

⁶⁴⁹ Peraltro che il *whistleblower* non sia legittimato a compiere autonomamente accertamenti sulle vicende oggetto di segnalazione lo ha confermato una recente pronuncia di legittimità. Cfr. Cass. 21 maggio 2018, n. 35792, nella quale la Corte ha affermato che l’art. 54-bis si limita a “scongiurare conseguenze sfavorevoli, limitatamente al rapporto di impiego, per il segnalante che acquisisca, nel contesto lavorativo, notizia di un’attività illecita, mentre non fonda alcun obbligo di attiva acquisizione di informazioni, autorizzando improprie attività investigative, in violazione dei limiti posti dalla legge”. Nel caso di specie, la Suprema Corte ha dunque escluso l’applicabilità della disciplina sul *whistleblowing* al dipendente di un istituto scolastico che, al fine dichiarato di effettuare una sperimentazione della vulnerabilità del sistema informatico adottato dall’amministrazione, vi aveva fatto accesso, utilizzando *account* e *password* di una collega ed elaborando un falso documento di fine rapporto a nome di una persona che non aveva mai prestato servizio presso l’istituto comprensivo, cancellando, poi il documento subito dopo la compilazione.

⁶⁵⁰ Si fa riferimento all’inciso, contenuto nel comma 1 dell’art. 54-bis, relativo alla necessità che le segnalazioni attengano a notizie su condotte illecite apprese “in ragione del rapporto di lavoro”.

collegamento meramente occasionale o persino casuale con lo svolgimento dell'attività lavorativa⁶⁵¹.

Quanto al grado di verosimiglianza o di precisione della segnalazione, nella versione vigente della disposizione non si fa riferimento, come invece accadeva in una prima versione del disegno di legge approvata alla Camera, né alla buona fede né alla necessità di particolari requisiti di accuratezza o completezza delle denunce, al contrario di quanto avviene nelle disposizioni relative alla tutela dei *whistleblower* nel settore privato – nelle quali si fa riferimento a “segnalazioni circostanziate di condotte illecite [...] e fondate su elementi di fatto precisi e concordanti” (art. 2 l. 179/2017) – senza che sia possibile decrittare la *ratio* di una simile differenza regolativa⁶⁵².

Sul punto, nel corpo dell'art. 54-bis, ci si limita a fare riferimento, in negativo, ai limiti della diffamazione, della calunnia o della condanna per responsabilità extracontrattuale per dolo o colpa grave e dunque alla necessità che la segnalazione non trasmodi scientemente – o anche in maniera gravemente colposa, nelle ipotesi di cui all'art. 2043 c.c. – in una lesione dell'altrui reputazione o onore; rinviandosi, dunque, la disapplicazione delle regole protettive al momento della condanna in primo grado in sede penale o, comunque, per gli stessi fatti, al momento dell'accertamento della sua responsabilità in sede civile⁶⁵³.

Come si è anticipato *supra* (§ 1), l'esistenza di una funzionalizzazione al pubblico interesse delle segnalazioni è di per sé caratteristica ontologicamente connaturata al *whistleblowing* negli ordinamenti che si sono contraddistinti per applicazioni pionieristiche dell'istituto. Nell'ordinamento interno, ciò che caratterizza sotto il profilo teleologico le denunce e le segnalazioni legalmente protette è la loro espressa finalizzazione all'“interesse dell'integrità della pubblica amministrazione”. Al fine di poter sussumere una segnalazione *sub specie* di *whistleblowing*, deriva dunque dalla prescrizione legale – ma anche dall'impianto complessivo del sistema anticorruptivo – la necessità della preordinazione delle segnalazioni all'interesse pubblico e non a mere rivendicazioni o istanze, per quanto legittime, di tutela di posizioni individuali⁶⁵⁴.

⁶⁵¹ In tal senso si è espressa l'Anac, determinazione 6 aprile 2015, n. 28.

⁶⁵² La quale potrebbe essere ascritta a un profilo di differenziazione poco utile, e tutto sommato poco razionale, pubblico/privato, pur nell'ambito di un istituto, il *whistleblowing*, in qualche misura annoverabile tra quelli a moderata difformità regolativa tra i due settori. Per una tassonomia delle divergenze di regolazione tra lavoro pubblico e privato, v. in questo Volume, Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico: la 'legge Madia' e oltre. Miti, retoriche, nostalgie e realtà nell'eterno ritorno' allo statuto speciale del lavoratore pubblico*. Pertanto, nel lavoro pubblico, resterà devoluto, da una parte, al potere di indirizzo dell'Anac, dall'altra, in ultima analisi, alla giurisprudenza, il compito di definire i margini di precisione o veridicità delle denunce necessari ai fini dell'applicazione delle tutele in commento. Fin da ora si può comunque escludere – anche sulla falsariga delle linee guida Anac del 2015 – la rilevanza di segnalazioni fondate su meri sospetti o voci; e si può d'altro canto affermare la necessità che nella segnalazione ci siano gli elementi utili per permettere di condurre verifiche, accertamenti e valutare la fondatezza dei fatti segnalati. Per converso, considerata l'impossibilità, per l'aspirante *whistleblower*, di svolgere compiuti accertamenti sulle irregolarità di cui viene a conoscenza, non potrà certamente pretendersi una segnalazione corrispondente ai canoni della verità oggettiva, ma, al più, a quelli della verosimiglianza delle condotte oggetto di segnalazione.

⁶⁵³ E infatti, in queste ipotesi, ai sensi del comma 9 dell'art. 54-bis, si esclude l'applicabilità delle tutele previste dalla legge per i *whistleblower*: “le tutele di cui al presente articolo non sono garantite nei casi in cui sia accertata, anche con sentenza di primo grado, la responsabilità penale del segnalante per i reati di calunnia o diffamazione o comunque per reati commessi con la denuncia di cui al comma 1 ovvero la sua responsabilità civile, per lo stesso titolo, nei casi di dolo o colpa grave”.

⁶⁵⁴ In tal senso, la giurisprudenza amministrativa ha già avuto modo di precisare che, pur nel contesto della riforma dell'istituto introdotta nel 2017, il perseguimento di un fine di (auto)tutela di interessi individuali del prestatore di lavoro che segnali eventuali illeciti a suo danno esula dal campo di applicazione delle protezioni legali. In applicazione di questo principio, si è dunque escluso che si possa rientrare sotto l'ombrello protettivo dell'art. 54 bis nelle ipotesi in cui il lavoratore, lungi dall'agire a tutela dell'interesse all'integrità della pubblica amministrazione, abbia presentato esposti o segnalazioni di varia natura “a tutela dei diritti nascenti dal proprio rapporto di lavoro asseritamente lesi [...] nel contesto di una annosa situazione di contrasto” con il dirigente della struttura di afferenza. In simili ipotesi, infatti, la presentazione di un esposto su presunta irregolarità perpetrate sul luogo di lavoro “si inserisce in

Per quanto attiene all'individuazione dei destinatari delle *disclosures*, si tratta di soggetti istituzionalmente deputati a prevenire fenomeni corruttivi – è il caso, per le segnalazioni, del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza⁶⁵⁵ e dell'Autorità nazionale anticorruzione (Anac) – o più in generale preposti alla prevenzione e repressione di attività illecite – è il caso, per le denunce, dell'autorità giudiziaria, ordinaria o contabile.

In ordine alle segnalazioni, in assenza di una gerarchizzazione formale dei canali legalmente previsti – posto che, come anticipato, l'art. 54-bis designa indifferentemente Rpct e Anac – una tendenziale linea di razionalità organizzativa potrebbe suggerire di indirizzare, in via prioritaria, le segnalazioni al Rpct per evitare sovraccarichi e ingolfamenti funzionali dell'Anac. Tuttavia, in mancanza di indicazioni legali in tal senso, resta impregiudicata la possibilità di rivolgersi direttamente all'Anac, senza passaggi intermedi o interlocutori con l'autorità anticorruzione "locale". Ed è peraltro nel senso dell'individuazione dell'Anac come destinatario prioritario delle allerte che si è mossa, con compattezza, la prima prassi applicativa in materia – come può desumersi dai dati riportati nei Rapporti annuali dell'Authority anticorruzione. Né sembra che una simile tendenza possa essere superata in futuro, considerando che il Responsabile per la prevenzione della corruzione e della trasparenza è ordinariamente figura apicale dello stesso ente in cui lavora il *whistleblower*⁶⁵⁶ e dunque che, a tacer d'altro, le esigenze di cautela che hanno ispirato la protezione della riservatezza dei segnalanti (*infra*, § 3.3.) sembrerebbero condurre, quasi inevitabilmente, nella più "asettica" e imparziale direzione dell'Autorità nazionale anticorruzione.

Sul punto, considerato il silenzio del legislatore sulle conseguenze di una segnalazione non indirizzata alle autorità indicate nell'art. 54-bis, meritevole di esplicita considerazione è il dubbio sull'applicabilità dell'ombrello protettivo predisposto dal legislatore nelle sole ipotesi in cui il dipendente abbia fatto ricorso ai canali legalmente previsti per denunce e segnalazioni. Se, in tal senso, sembrerebbe militare il complessivo orientamento finalistico/anticorrittivo della disciplina, qualche elemento di perplessità sembrerebbe emergere dalla lettura dell'art. 3 della legge 179/2017 – recante una esimente dagli obblighi di segreto del *whistleblower*. Si legge infatti, nella disposizione in commento, una espressa affermazione dell'inapplicabilità della "giusta causa di rivelazione dei segreti" nelle ipotesi in cui le notizie "oggetto di segreto aziendale, professionale o d'ufficio" siano comunicate all'organo deputato a riceverle "con modalità eccedenti rispetto alle

una "ordinaria" controversia di lavoro; se ogni denuncia di violazione dei diritti di lavoratori scaturita da situazioni di conflitto con i superiori fosse ascritta alla fattispecie del *whistleblowing* (che nasce, anche storicamente, da esigenze di contrasto di fenomeni corruttivi) e di conseguenza i relativi atti fossero sottratti ad accesso ne deriverebbe una irragionevole compressione del diritto di accesso ai documenti che costituisce "principio generale dell'attività amministrativa". [...] In definitiva l'istituto del *whistleblowing* non è utilizzabile per scopi essenzialmente di carattere personale o per contestazioni o rivendicazioni inerenti al rapporto di lavoro nei confronti di superiori. Questo tipo di conflitti infatti sono disciplinati da altre normative e da altre procedure" (così T.A.R. Napoli, sez. VI, 08 giugno 2018, n. 3880). Anche la prima prassi applicativa si è preoccupata di evidenziare la necessità del requisito finalistico delle segnalazioni: cfr., *ex aliis*, le circolari emanate da enti previdenziali: Circolare Inail 28 luglio 2015, n. 64; Circolare Inps 26 marzo 2018 n. 54.

⁶⁵⁵ Si fa riferimento al Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, il quale – ai sensi dell'art. 1, comma 7, della legge 6 novembre 2012, n. 190 – viene individuato "di norma tra i dirigenti di ruolo in servizio" e deve essere dotato di "funzioni e poteri idonei per lo svolgimento dell'incarico con piena autonomia ed effettività".

⁶⁵⁶ Onerato di obblighi di attivazione dal complesso della disciplina anticorrittiva nonché dalle stesse disposizioni sul *whistleblowing*, che ne fanno uno dei destinatari privilegiati di eventuali segnalazioni, il RTPC è stato dotato di tutele per le ritorsioni attuate nei suoi confronti in ragione delle attività di prevenzione della corruzione (anche se in assenza di espliciti riferimenti alle attività svolte all'esito di segnalazioni *ex art.* 54-bis). In proposito, di recente, si v. il Regolamento Anac del 18 luglio 2018 (*Regolamento sull'esercizio del potere dell'ANAC di richiedere il riesame dei provvedimenti di revoca o di misure discriminatorie adottati nei confronti del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT) per attività svolte in materia di prevenzione della corruzione*).

finalità dell'eliminazione dell'illecito" e, in particolare, laddove rivelazione sia avvenuta "al di fuori del canale di comunicazione specificamente predisposto a tal fine"⁶⁵⁷. La disposizione in commento potrebbe fare desumere che – vista l'esplicita statuizione legislativa sul punto e, *a contrario*, il silenzio serbato dal legislatore nel resto della disciplina – l'unica conseguenza di una segnalazione effettuata con modalità atipiche/irrituali possa essere quella della mancata applicabilità della (sola) previsione sugli obblighi di segreto.

E tuttavia, che non sia questa l'opzione interpretativa da preferire pare emergere dall'inclusione della pre-definizione dei canali di segnalazione nella stessa descrizione della fattispecie delineata dall'art. 54-bis – e dunque tra i suoi elementi costitutivi – in uno con i requisiti soggettivi e oggettivo-finalistici delle segnalazioni (nonché dall'obiettiva difficoltà di applicare le disposizioni in tema di riservatezza del *whistleblower* in ipotesi di segnalazioni "atipiche")⁶⁵⁸.

Proprio sul versante dell'individuazione dei destinatari di denunce e segnalazioni si rinviene peraltro una delle più significative modifiche della previgente versione dell'art. 54-bis, ossia l'elisione, tra i soggetti deputati a ricevere le segnalazioni, del superiore gerarchico⁶⁵⁹. E infatti, se la necessità di tutelare la riservatezza del *whistleblower* ha raccomandato la proceduralizzazione delle modalità di comunicazione di irregolarità⁶⁶⁰ nonché la rimodulazione dei destinatari delle stesse, la modifica in discorso ha tuttavia determinato l'emersione di problemi di mancato coordinamento con disposizioni previgenti e in particolare con il *Codice di comportamento dei pubblici dipendenti*⁶⁶¹. Si fa riferimento alle previsioni di obblighi comportamentali per i pubblici dipendenti direttamente preordinati, *ex art* 54 d.lgs. n. 165/2001, oltre che alla garanzia del "rispetto dei doveri costituzionali di diligenza, lealtà, imparzialità", alla "prevenzione dei fenomeni di corruzione" e soprattutto all'art. 8 del Codice (*Prevenzione della corruzione*), nel quale si stabilisce un obbligo di cooperazione del dipendente al perseguimento degli obiettivi anticorrittivi e in particolare, per quanto qui più interessa, un obbligo "di segnalare al proprio superiore gerarchico eventuali situazioni di illecito nell'amministrazione di cui sia venuto a conoscenza"⁶⁶².

Si tratta, come noto, di disposizione dotata di forza cogente – come conseguenza del carattere vincolante legalmente attribuito ai codici di comportamento, con una evidente espansione

⁶⁵⁷ Così l'art. 3 (*Integrazione della disciplina dell'obbligo di segreto d'ufficio, aziendale, professionale, scientifico e industriale*), comma 3, della legge 197/2017. Sulla norma in commento si v. comunque *infra*, § 3.5.

⁶⁵⁸ In tale direzione, sebbene si tratti ancora di una affermazione alquanto isolata, sembrerebbe muovere la prima prassi giurisprudenziale in materia. Cfr. T.A.R. Napoli, sez. VI, 08 giugno 2018, n. 3880, nella quale, tra gli elementi valorizzati dal giudice amministrativo, sebbene *en passant*, per escludere l'applicabilità della disciplina di tutela dei *whistleblower* al caso di specie rientra anche la circostanza che l'esposto non fosse stato inviato "ad alcuna delle autorità indicate nell'articolo 54-bis".

⁶⁵⁹ Unico soggetto legalmente individuato quale recettore delle segnalazioni nel sistema delineato dalla legge 190/2012, affiancato in un secondo momento, all'esito dell'istituzione dell'Autorità nazionale anticorruzione – ad opera dell'art. 19 della legge 11 agosto 2014, n. 114- proprio da quest'ultima.

⁶⁶⁰ Rinvia ad atti secondari e, in particolare, al potere regolamentare dell'Anac (cfr. il Regolamento Anac del 29 marzo 2017 sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di prevenzione della corruzione) nonché ai Piani triennali per la prevenzione della corruzione e della trasparenza e ai relativi documenti attuativi in sede decentrata.

⁶⁶¹ DPR 16 aprile 2013, n. 62, *Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*.

⁶⁶² Ai sensi dell'art. 8 del Codice di comportamento vigente, infatti, "il dipendente rispetta le misure necessarie alla prevenzione degli illeciti nell'amministrazione. In particolare, il dipendente rispetta le prescrizioni contenute nel piano per la prevenzione della corruzione, presta la sua collaborazione al responsabile della prevenzione della corruzione e, fermo restando l'obbligo di denuncia all'autorità giudiziaria, un obbligo di segnalare al proprio superiore gerarchico eventuali situazioni di illecito nell'amministrazione di cui sia venuto a conoscenza".

dell'area della cooperazione debitoria del prestatore di lavoro⁶⁶³ – con qualche possibile difficoltà di coordinamento, nella prassi, con le differenti (quanto a soggetti, modalità e tutele) forme di denuncia previste dall'art. 54-bis.

Il raccordo sistematico tra le due disposizioni è reso più complicato proprio dalla predetta elisione, tra i possibili destinatari delle segnalazioni del *whistleblower*, del superiore gerarchico – il quale era invece contemplato tra i possibili destinatari nella precedente disciplina⁶⁶⁴.

Sembra dunque emergere una discrasia regolativa tra le ipotesi di cooperazione dei *whistleblower* alla preservazione dell'integrità delle amministrazioni ai sensi dell'art. 54-bis del d.lgs. 165/2001 e la partecipazione del lavoratore pubblico alle politiche di prevenzione delle pratiche corruttive prevista dal Codice di comportamento e in esso collocata, peraltro – a differenza di quanto avviene per il *whistleblowing* – in un crinale di doverosità. Anche in presenza di una simile discrasia procedurale tra obblighi di denuncia *ex art. 8* e denunce (tendenzialmente volontarie o comunque non contrassegnate dal carattere della doverosità) *ex art. 54 bis*, sembrerebbe opportuna una armonizzazione teleologicamente orientata delle due disposizioni, nel senso di una estensione anche al dipendente che segnali una irregolarità in forza di un obbligo comportamentale delle tutele previste dall'art. 54-bis⁶⁶⁵. Tuttavia la notevole difformità procedurale tra le due ipotesi – e la predetta tendenziale applicabilità delle tutele nelle sole ipotesi di ricorso ai canali di segnalazione delineati dall'art. 54-bis⁶⁶⁶ – suggerirebbero un espresso intervento chiarificatore e di coordinamento tra le due opzioni di segnalazione di irregolarità da parte del pubblico dipendente.

3.3. A monte dei dispositivi di protezione dei *whistleblower*: la tutela “multilivello” della riservatezza.

Ai sensi dell'art. 54-bis, comma 3, “l'identità del segnalante non può essere rivelata”.

L'ambizioso obiettivo enunciato dal legislatore è perseguito, da un lato, attraverso la devoluzione all'Anac dell'obbligo di predisposizione di modalità applicative idonee a tutelare la riservatezza⁶⁶⁷; dall'altro, mediante la tutela “multilivello” della *privacy* dell'autore delle segnalazioni delineata dal legislatore⁶⁶⁸. E infatti, colmando, sul punto, una delle più evidenti lacune regolative della

⁶⁶³ Cfr. Militello, *Etica comportamentale, procedimento disciplinare e sanzioni*, cit.

⁶⁶⁴ Sui possibili esiti paradossali della rimozione del superiore gerarchico tra i destinatari di segnalazioni contemplati dall'art. 54-bis, si v. Ferrante, *Novità per il settore pubblico e privato in tema di whistleblowing*, in *Labor*, 2018, n. 2, p. 167.

⁶⁶⁵ Propende per una abrogazione implicita della previsione in questione, nella parte in cui individua come destinatario delle denunce il superiore gerarchico, Parisi, *Osservazioni a prima lettura sulla legge n° 179/2017 di tutela del whistleblower*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2018, n. 1, p. 29.

⁶⁶⁶ Per altro verso, di difficile armonizzazione sembrano, da una parte, la previsione della riservatezza del segnalante *ex art. 54-bis*, dall'altro, l'obbligo di denuncia gravante sul prestatore di lavoro ai sensi dell'art. 8 del Codice comportamentale, in forza del quale il dipendente potrebbe essere chiamato a dimostrare di essersi effettivamente attivato in adempimento agli obblighi di cooperazione agli obiettivi anticorrittivi su di esso incombenti; sul punto, si v. Avio, *La tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti nella l. 30 novembre 2017 n. 179*, in Esposito, Luciani, A. Zoppoli, L. Zoppoli (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. nn. 74 e 75 del 25 maggio 2017 (c.d. riforma Madia)*, Giappichelli, 2018, p. 314 ss.

⁶⁶⁷ Ai sensi dell'art. 54-bis, comma 5, “l'ANAC, sentito il Garante per la protezione dei dati personali, adotta apposite linee guida relative alle procedure per la presentazione e la gestione delle segnalazioni. Le linee guida prevedono l'utilizzo di modalità anche informatiche e promuovono il ricorso a strumenti di crittografia per garantire la riservatezza dell'identità del segnalante e per il contenuto delle segnalazioni e della relativa documentazione”. L'Authority anticorruzione ha in effetti provveduto, nel corso del 2018, alla predisposizione di una applicazione informatica e di una pagina *web* deputata alla ricezione delle denunce in forma riservata.

⁶⁶⁸ Tutela della riservatezza ma non dell'anonimato, come ha avuto modo di chiarire la prima prassi giurisprudenziale in argomento; cfr. Cass. 27 febbraio 2018, n. 9047 (sulla quale v. *infra*, nt. 65). Ed in effetti la potenziale individuazione del segnalante *ex post*

precedente formulazione dell'art. 54-bis, il legislatore ha predisposto diversi dispositivi di protezione dell'identità del segnalante – dispositivi da intendersi quale necessario antecedente logico delle garanzie contro gli atti ritorsivi, pure apprestate dalla legge – deputati a operare nei diversi ambiti ordinamentali in cui la denuncia del *whistleblower* può trovarsi ad incidere.

a) Più in dettaglio, per quanto attiene ai procedimenti amministrativi, il comma 4 dell'art. 54 bis dispone che la segnalazione è sottratta al principio generale di accesso agli atti amministrativi⁶⁶⁹, in modo da evitare che il diritto alla trasparenza venga usato per risalire ai dettagli delle informazioni fornite del segnalante e così, indirettamente, alla sua identità.

b) Per quanto attiene alle intersezioni disciplinari tra *whistleblowing* e procedimenti contabili, l'art. 54-bis, comma 3, dispone che “nell'ambito del procedimento dinanzi alla Corte dei conti, l'identità del segnalante non può essere rivelata fino alla chiusura della fase istruttoria”.

c) La tutela della riservatezza del lavoratore che abbia effettuato una segnalazione andrà poi coordinata con le disposizioni processualpenalistiche in materia di segretezza delle indagini. Premesso che le regole sulla riservatezza del segnalante non possono che essere informate ai principi di un equilibrato bilanciamento con altri interessi contrapposti – in via prioritaria, con il diritto alla difesa dei soggetti coinvolti dalla segnalazione – qualche perplessità può destare l'immediato affievolimento della *privacy* del *whistleblower* qualora la denuncia presentata rilevi nell'ambito di un procedimento penale⁶⁷⁰. In questi casi, infatti, la formulazione di apertura del comma 3 sulla tutela dell'identità dell'autore di segnalazioni è limitata ai confini del segreto istruttorio ed è, in virtù del richiamo operato all'art. 329 c.p.p., destinata a cedere nel momento della chiusura delle indagini⁶⁷¹.

d) Con riferimento ai procedimenti disciplinari – si intende, a carico del “segnalato” – si prevede, in primo luogo, che l'identità del segnalante non possa essere rivelata, ove la contestazione dell'addebito sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione. Tuttavia, in secondo luogo, e a presidio del diritto di difesa dell'incolpato, qualora la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione e la conoscenza dell'identità dell'autore di quest'ultima sia indispensabile per la difesa, la segnalazione sarà utilizzabile ai fini del procedimento disciplinare

costituisce presupposto dell'intero sistema protettivo delineato dal legislatore. Attribuisce possibile rilevanza alle informative anonime – non ai fini dell'applicazione dell'art. 54-bis, ma al solo proposito di “integrare le informazioni in possesso dell'ufficio nell'esercizio dell'attività di vigilanza” e nella misura in cui riguardino “fatti di particolare rilevanza o gravità e presentino informazioni adeguatamente circostanziate” – l'Anac (così l'art. 6 – *Segnalazioni anonime* – comma 3 del *Regolamento Anac del 29 marzo 2017 sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di prevenzione della corruzione*).

⁶⁶⁹ Si fa riferimento a quanto disposto dall'art. 22, comma 2, legge 241/90 (*Legge 7 agosto 1990, n. 241, Nuove norme sul procedimento amministrativo*), secondo cui “l'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza”. Inoltre, seppur la legge non lo preveda espressamente, denunce e segnalazioni devono ritenersi sottratte all'accesso civico “generalizzato” di cui agli articoli 5 e 5-bis del decreto legislativo 33/2013.

⁶⁷⁰ Critica su questa previsione Parisi (*Osservazioni a prima lettura sulla legge n° 179/2017 di tutela del whistleblower*, cit.), secondo cui proprio “in presenza di fatti di maggior gravità lo statuto di protezione è inferiore” e “i principi di *extrema ratio* e di proporzionalità non trovano applicazione”.

⁶⁷¹ Sugli intrecci tra segnalazione riservata e procedimento penale ha già avuto modo di pronunciarsi la Corte di Cassazione (Cass. 27 febbraio 2018, n. 9047), la quale, nel risolvere la controversia sottoposta alla sua cognizione ha chiarito che l'art. 54-bis, lungi dal prevedere l'anonimato del denunciante, prevede un mero riserbo sulla sua identità, nel solo ambito del procedimento disciplinare e peraltro a condizione che la contestazione disciplinare a carico del “segnalato” non si basi per intero sulla segnalazione. Oggetto di controversia, nel caso in esame, era la richiesta – rigettata dalla Suprema Corte – di inutilizzabilità, nell'ambito di un procedimento penale, delle segnalazioni da parte di un dipendente pubblico-*whistleblower* sulla base delle disposizioni del Codice di procedura penale (artt. 240 e 333 c.p.p.) che impongono l'inutilizzabilità delle dichiarazioni anonime come *notitia criminis*.

solo in presenza di consenso del segnalante alla rivelazione della sua identità⁶⁷². È evidente che questo articolato bilanciamento tra esigenze contrapposte predisposto dal legislatore sollevi interrogativi relativi alle ipotesi in cui la conoscenza dell'identità del *whistleblower* sia effettivamente "indispensabile" per la difesa dell'incolpato. Nel silenzio della legge, si può ipotizzare che la delibazione sull'indispensabilità della rivelazione dell'identità del segnalante sia rimessa all'ufficio per i procedimenti disciplinari. In questi casi, dunque – posto che la legge condiziona la stessa utilizzabilità della segnalazione, nel procedimento disciplinare, al consenso del denunciante alla rivelazione della sua identità – l'UPD si troverà di fronte all'alternativa binaria tra ottenere il consenso del *whistleblower* (con il rischio di esporlo a ritorsioni nel contesto lavorativo) o non procedere per fatti che potrebbero anche essere di rilevante gravità, qualora il segnalante non fornisca il consenso al disvelamento della sua identità. In questi casi, l'unica opzione a disposizione dell'UPD sembrerebbe essere quella di utilizzare il contenuto della segnalazione, in via informale, solo come *input* in funzione dell'avvio di ulteriori approfondimenti istruttori⁶⁷³.

Se è vero che, in questa prospettiva, il bilanciamento effettuato dal legislatore presenta il decisivo inconveniente pratico di rimettere al *whistleblower* la scelta sulla prosecuzione o meno dei procedimenti disciplinari, è anche vero che non si sarebbe nemmeno potuta immaginare una totale inaccessibilità da parte dell'incolpato all'identità dell'accusatore, considerando il vincolo costituzionale del diritto alla difesa e i principi del giusto procedimento (tra cui un ruolo primario è assegnato al diritto al contraddittorio), gravanti anche sui procedimenti disciplinari – specie su quelli insistenti sul lavoro pubblico, oggetto di dettagliata regolazione e procedimentalizzazione nelle fonti legali e contrattuali.

3.4. Il divieto di atti ritorsivi tra diritto sostanziale e processuale.

Nucleo essenziale delle legislazioni sul *whistleblowing*, come dimostra anche l'indagine comparata, è tradizionalmente costituito dalle misure *anti-retaliation*, introdotte anche dal legislatore del Testo unico sul pubblico impiego. Dispone infatti il comma di apertura dell'art. 54-bis che il dipendente che segnali condotte illecite non possa essere "sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito, o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro determinata dalla segnalazione".

Oltre a fornire una elencazione testuale dei provvedimenti vietati – accompagnata dalla clausola di chiusura relativa a eventuali "effetti negativi, diretti o indiretti" comunque derivanti dalla segnalazione – il legislatore si occupa poi espressamente, con disposizione speciale contenuta nel corpo dell'art. 54-bis, delle conseguenze dei licenziamenti di rappresaglia irrogati ai *whistleblower*, con una evidente discrasia regolativa rispetto alle ipotesi di "ordinario" licenziamento discriminatorio o ritorsivo dei pubblici dipendenti.

⁶⁷² Della tutela della riservatezza del *whistleblower* si tiene conto anche nelle nuove regole sul procedimento disciplinare, nella misura in cui il diritto di accesso agli atti istruttori da parte dell'incolpato è limitato dall'espressa salvezza di quanto previsto dall'art. 54-bis (cfr. l'art. 55 bis, comma 4, del d.lgs. 165/2001).

⁶⁷³ Così Cordella, *Il procedimento disciplinare*, in Esposito, Luciani, A. Zoppoli, L. Zoppoli (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. nn. 74 e 75 del 25 maggio 2017 (c.d. riforma Madia)*, Giappichelli, 2018, p. 281.

Si tratta di opzione regolativa scarsamente intellegibile, se non nei limiti dell'enunciazione di una norma-manifesto, presumibilmente preordinata a evidenziare, quasi retoricamente, la fiducia del legislatore nelle potenzialità taumaturgiche della nuova disciplina.

E infatti, se, per l'ipotesi della rimozione degli effetti del licenziamento del *whistleblower*, si rimanda alla disciplina di cui all'art. 2 del d.lgs. 23/2015 – dettata per i licenziamenti discriminatori e ritorsivi dal *Jobs Act*⁶⁷⁴ – rispetto alla quale nessun tetto risarcitorio massimo si frappone all'integrale ripristino della situazione lavorativa pregressa, per le "altre" ipotesi di licenziamento discriminatorio o ritorsivo ai danni di pubblici dipendenti, l'art. 63, comma 2, del Testo Unico prevede il diritto alla reintegrazione, accompagnato da una limitazione delle conseguenze risarcitorie, circoscritte al tetto massimo di risarcimento forfettizzato di ventiquattro mensilità⁶⁷⁵. Si tratta come noto di limite risarcitorio introdotto dalla riforma Madia, in presumibile adesione alla tendenza all'introiezione, nell'ordinamento, di automatismi legislativi⁶⁷⁶; tendenza alla quale il legislatore ha ritenuto opportuno sottrarre le ipotesi dei licenziamenti ritorsivi ai danni dei *whistleblower*, come detto, in presumibile – e non altrimenti spiegabile – funzione simbolica e promozionale-incentivante del nuovo istituto.

Al di là un uso alquanto disinvolto (e apparentemente promiscuo), delle nozioni di atto discriminatorio e ritorsivo nel corpo dell'art. 54-bis⁶⁷⁷, nonché del ricorso a una accezione eccessivamente "flessibile" e a-tecnica di discriminazione⁶⁷⁸, il divieto di misure ritorsive pare energicamente puntellato, sul piano processuale, dalla disciplina della ripartizione degli oneri probatori.

A presidio dell'effettività delle tutele per i *whistleblower*, infatti, il legislatore ha introdotto un peculiare regime probatorio, in forza del quale incombe sulla parte datoriale l'onere di "dimostrare che le misure discriminatorie o ritorsive, adottate nei confronti del segnalante, sono motivate da ragioni estranee alla segnalazione stessa" (con una previsione sostanzialmente replicata, per parte *de qua*, anche per il settore privato)⁶⁷⁹. Si tratta di disposizione da intendersi

⁶⁷⁴ Si legge nel comma 8 dell'art. 54-bis "il segnalante che sia licenziato a motivo della segnalazione è reintegrato nel posto di lavoro ai sensi dell'articolo 2 del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23".

⁶⁷⁵ Art. 63, comma 2, d. lgs. 165/2001 "il giudice, con la sentenza con la quale annulla o dichiara nullo il licenziamento, condanna l'amministrazione alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, e comunque in misura non superiore alle ventiquattro mensilità, dedotto quanto il lavoratore abbia percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative". Sull'irrazionalità di questa differenziazione rispetto alla "ordinaria" disciplina per i licenziamenti nulli dei pubblici dipendenti (nonché sull'irragionevolezza della divaricazione delle tutele nella materia *de qua* per i dipendenti pubblici rispetto a quelli privati), si v. Zappalà, *La regolazione asintotica del licenziamento: ratio ed effetti della differenziazione tra lavoro pubblico e lavoro privato*, in questo Volume.

⁶⁷⁶ Si tratta peraltro di tendenza regolativa suscettibile di essere sottoposta a significativi ripensamenti, nel futuro, anche a seguito della censura operata dai giudici costituzionali con la sentenza 194/2018 (Corte cost. 26 settembre 2018, n. 194) nei riguardi dell'automatismo risarcitorio forfettizzato introdotto dal legislatore del *Jobs act* e reputato, proprio per la rigidità e univocità dei parametri di riferimento, irragionevolmente in contrasto con gli artt. 3, 4, 35, 76 e 117 Cost., anche a causa della "inadeguatezza dell'indennità forfettizzata [...] rispetto alla sua primaria funzione riparatorio-compensativa del danno sofferto dal lavoratore ingiustamente licenziato [...] suscettibile di minare, in tutta evidenza, anche la funzione dissuasiva della stessa nei confronti del datore di lavoro, allontanandolo dall'intento di licenziare senza valida giustificazione e di compromettere l'equilibrio degli obblighi assunti nel contratto" (Corte cost. 194/2018, par. 12.2.).

⁶⁷⁷ Vitaletti, *Il lavoratore "segnalante" nell'impresa privata. Il perimetro della tutela del "whistleblower"*, cit.

⁶⁷⁸ Considerata la notoria natura tassativa e non aperta dei fattori di discriminazione e la non riconducibilità dell'effettuazione di segnalazioni tra di essi, quanto piuttosto nel novero dei comportamenti suscettibili di ritorsioni.

⁶⁷⁹ Cfr. l'art. 2 (*Tutela del dipendente o collaboratore che segnala illeciti nel settore privato*), comma 2-quater, della legge 179/2017 "è onere del datore di lavoro, in caso di controversie legate all'irrogazione di sanzioni disciplinari, o a demansionamenti, licenziamenti, trasferimenti, o sottoposizione del segnalante ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di

alla stregua di una inversione totale dell'onere della prova, nella misura in cui si è espressamente previsto che sarà "a carico dell'amministrazione" - si intende, in caso di controversie su provvedimenti modificativi o estintivi del contratto di lavoro⁶⁸⁰ - l'onere di dimostrare che essi siano fondati su ragioni estranee alla segnalazione⁶⁸¹.

Messa a confronto con le parziali inversioni dell'onere della prova previste in materia antidiscriminatoria⁶⁸², la disposizione, sebbene in modo non chiarissimo, sembra sottendere una diversa tecnica regolativa. Mentre, infatti, nella legislazione antidiscriminatoria si prevede un onere per il lavoratore-ricorrente di fornire almeno un principio di prova, dal quale desumere - anche a livello di presunzioni gravi, precise e concordanti - un nesso di causalità tra la misura contestata e il fattore protetto dalla legge, la previsione di cui all'art. 54-bis, invece, sembra non porre alcun onere di allegazione e prova a carico del *whistleblower*. Dovrebbe dunque essere sufficiente, per il lavoratore segnalante, addurre di aver effettuato una segnalazione e di essere stato destinatario di una misura potenzialmente vietata, affinché la stessa venga *ipso facto* considerata ritorsiva (salva ovviamente la possibilità, per l'amministrazione, di fornire prova della non riferibilità della misura contestata alla segnalazione).

Una simile previsione, pur perseguendo la finalità di favorire l'emersione delle condotte illecite nell'ambiente di lavoro attraverso la protezione dei segnalanti, merita di essere "maneggiata" con particolari cure nella prassi applicativa, al fine di evitare che, da mezzo di tutela anti-ritorsiva, degeneri in strumentale utilizzo delle facoltà di segnalazione a fini di sostanziale "intangibilità" del *whistleblower*.

A margine delle misure *anti-retaliation* e a supporto delle stesse, in funzione di dissuasione-prevenzione generale, poi, si prevede che l'adozione di misure ritorsive sia comunicata all'Anac dall'interessato o dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative nell'amministrazione nella quale le stesse sono state poste in essere⁶⁸³ e che, in ogni caso, "qualora venga accertata, nell'ambito dell'istruttoria condotta dall'Anac, l'adozione di misure discriminatorie" (*rectius*, ritorsive), "fermi restando gli altri profili di responsabilità, l'Anac applica al responsabile che ha adottato tale misura una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a

lavoro, successivi alla presentazione della segnalazione, dimostrare che tali misure sono fondate su ragioni estranee alla segnalazione stessa".

⁶⁸⁰ Qualche dubbio può porsi sull'applicabilità della misura di agevolazione processuale in commento nelle ipotesi di conseguenze negative sullo *status* lavorativo del *whistleblower* derivanti da possibili comportamenti omissivi, quali, ad esempio, una mancata progressione di carriera.

⁶⁸¹ Così la nuova formulazione dell'art. 54-bis, comma 7, nel quale si aggiunge l'espressa sanzione di nullità degli "atti discriminatori o ritorsivi adottati dall'amministrazione o dall'ente".

⁶⁸² Ai sensi dell'art. 40 (*onere della prova*) del *Codice delle pari opportunità* (d.lgs. 11 aprile 2006, n.198, *Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'articolo 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246*), "quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione". Similmente, cfr. l'art. 28 (*Delle controversie in materia di discriminazione*) d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150, *Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione*, "quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione. I dati di carattere statistico possono essere relativi anche alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata" (comma 4).

⁶⁸³ Così ai sensi del comma 1 dell'art. 54-bis, nel quale poi si aggiunge che "l'ANAC informa il Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri o gli altri organismi di garanzia o di disciplina per le attività e gli eventuali provvedimenti di competenza".

30.000 euro". A sanzioni amministrative pecuniarie, sempre comminabili dall'Autorità anticorruzione, di ammontare edittale ancor più significativo sono poi assoggettate le ipotesi dell'assenza di procedure per l'inoltro e la gestione delle segnalazioni⁶⁸⁴ e del mancato svolgimento, da parte del responsabile, di "attività di verifica e analisi delle segnalazioni ricevute"⁶⁸⁵.

Per altro verso, se accuratamente regolato appare il versante reattivo-repressivo, relativamente alle sanzioni alle amministrazioni che si siano macchiate di violazioni della disciplina, nella misura in cui si prevede la potestà di accertamento, da parte dell'Anac, di eventuali misure illegittime adottate nei riguardi del *whistleblower* – con la relativa facoltà punitiva - privi di regolazione restano i profili relativi alla rimozione degli effetti delle misure ritorsive e, più in generale, delle altre conseguenze negative sul rapporto di lavoro del segnalante vietate dall'art. 54-bis.

Ferma restando la difficoltà di immaginare autonomi poteri ripristinatori in capo all'Authority, sembrerebbe doversi necessariamente attribuire all'autorità giudiziaria ordinaria – evidentemente, ove adita dal prestatore di lavoro – il potere di dichiarare la ritorsività dei provvedimenti adottati nei riguardi del *whistleblower* e di rimuoverne conseguentemente gli effetti. Tuttavia, nel silenzio serbato dal legislatore, qualche ulteriore dubbio si può sollevare in ordine al valore probatorio attribuibile, in sede di accertamento giudiziale, a eventuali accertamenti pregressi dell'Anac in ordine al carattere ritorsivo di misure adottate dall'amministrazione (o viceversa, nell'ipotesi di accertamenti giurisdizionali, ad esempio pronunciati in via d'urgenza, precedenti rispetto a quelli effettuati dall'Anac). Residuano più in generale dubbi sui rapporti tra i pronunciamenti giurisdizionali e quelli dell'Authority anticorruzione sulla ritorsività delle misure adottate nei riguardi del *whistleblower*, specie qualora i due "giudizi" abbiano dato luogo a differenti qualificazioni delle stesse.

Quale che sia la soluzione che si troverà, nella prassi, ai quesiti interpretativi e applicativi in discorso, va anche precisato che i dispositivi legali di protezione del *whistleblower* cessano, in ogni caso, di essere garantiti – ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 54-bis – nei casi in cui "sia accertata, anche con sentenza di primo grado, la responsabilità penale del segnalante per i reati di calunnia

⁶⁸⁴ Per le quali è prevista l'applicabilità di sanzioni da 10.000 a 50.000 euro. Alle stesse sanzioni previste per la mancata predisposizione di procedure per l'inoltro e la gestione delle segnalazioni sono assoggettate, dall'art. 54-bis, comma 6, le ipotesi "dell'adozione di procedure non conformi" a quelle prescritte dal comma 5 della disposizione, ossia conformi alle linee guida redatte dall'Anac, "sentito il Garante per la protezione dei dati personali", e "relative alle procedure per la presentazione e la gestione delle segnalazioni. Le linee guida prevedono l'utilizzo di modalità anche informatiche e promuovono il ricorso a strumenti di crittografia per garantire la riservatezza dell'identità del segnalante e per il contenuto delle segnalazioni e della relativa documentazione".

⁶⁸⁵ Condotta assoggettabile, anche in questo caso, a una sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 50.000 euro. Così il comma 6 dell'art. 54-bis, nel quale si aggiunge che "l'ANAC determina l'entità della sanzione tenuto conto delle dimensioni dell'amministrazione o dell'ente cui si riferisce la segnalazione". Si v. in argomento il regolamento di recente adottato dall'Authority anticorruzione per i procedimenti sanzionatori ricadenti sotto la sua "giurisdizione": Anac, Delibera 30 ottobre 2018, *Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro di cui all'art. 54-bis del decreto legislativo n. 165/2001* e, da ultimo, la modifica di alcuni profili dell'atto normativo in discorso, ad opera della Delibera del 10 aprile 2019, n. 312, *Modificazioni al regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro di cui all'articolo 54-bis del decreto legislativo n. 165/2001 (c.d. whistleblowing)*. La previsione di un esplicito apparato sanzionatorio per le ipotesi di ritorsione costituisce un tratto di differenziazione, in parte giustificabile con la diversità del contesto regolativo, tra settore pubblico e settore privato. Si v. infatti, per quest'ultimo, la mera (e lacunosa) previsione – nell'art. 2, comma 2-ter, della legge 179/2017 – della possibilità di denunciare all'Ispettorato nazionale del lavoro l'adozione di eventuali misure "discriminatorie nei confronti dei soggetti che effettuano le segnalazioni", per "i provvedimenti di propria competenza" (sui quali però null'altro si aggiunge).

o di diffamazione [...] ovvero la sua responsabilità civile, per lo stesso titolo, nei casi di dolo o colpa grave”.

In questo caso, l’espreso riferimento alla pronuncia di primo grado – introdotto con la legge del 2017 e, a suo tempo, suggerito anche dall’Anac – quale *dies a quo* per la cessazione delle tutele per il segnalante, ha certamente il merito di indicare con chiarezza il momento di cessazione dell’operatività della disposizione.

Ma, al di là – e nelle more- delle ipotesi di sopravvenuta condanna per calunnia o diffamazione, o ex art. 2043 c.c. per dolo o colpa grave, *quid iuris* nel caso – espressamente regolato dalla legge per le segnalazioni effettuate in ambito privato – di chi effettui “con dolo o colpa grave segnalazioni che si rivelano infondate”? E infatti se, nella disciplina applicabile al settore privato, si menziona espressamente la possibilità di prevedere l’irrogazione di sanzioni disciplinari nelle ipotesi in questione⁶⁸⁶, una simile opzione non è contemplata nel Testo unico sul lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Vi è dunque da chiedersi se ciò possa di per sé escludere i riflessi disciplinari di una effettuazione dolosa, o gravemente colposa, di segnalazioni infondate e accertate in quanto tali nel corso di un procedimento disciplinare o all’esito degli accertamenti effettuati dell’Anac. Nel silenzio della legge su questa specifica ipotesi e considerando, *a contrario*, l’indicazione esplicita del giudizio di primo grado quale “data di scadenza” delle tutele legali – oltre che la *ratio* della disposizione in commento – sembrerebbe che, ai fini dell’attivabilità di procedimenti disciplinari legati a segnalazioni infondate, occorra attendere la maturazione del livello di certezza giuridica richiesta dal legislatore (da individuarsi dunque nella condanna in primo grado per calunnia o diffamazione o per danni extracontrattuali)⁶⁸⁷.

3.5. Il *whistleblowing* e l’opzione *voice*. La deroga legale agli obblighi fiduciari e di segreto nel rapporto di lavoro.

Una lettura del “dilemma del *whistleblower*” nel prisma degli studi sui sistemi organizzativi⁶⁸⁸ consente una riconduzione di quest’ultimo, richiamando la classica teorizzazione di Hirschman⁶⁸⁹, nel novero di coloro che, a fronte di una disfunzione organizzativa, anziché ripiegare nella – verosimilmente preponderante – opzione *exit*, decidono di attivarsi e di aderire alla (ben più rischiosa) opzione *voice*⁶⁹⁰. In questa prospettiva, costituisce conseguenza inevitabile del disvelamento di dinamiche disfunzionali interne al contesto lavorativo la circostanza che le segnalazioni possano implicare – accanto a dilemmi interiori, oggetto di studi di etica e psicologia

⁶⁸⁶ Cfr. art. 2 (*Tutela del dipendente o collaboratore che segnala illeciti nel settore privato*), comma 2, legge 179/2017.

⁶⁸⁷ E che si debba attendere una condanna di primo grado per i citati titoli di responsabilità pare desumibile anche dall’elisione, nel testo vigente della disposizione, di un comma che era stato invece approvato in prima lettura alla Camera e nel quale si leggeva: “qualora al termine del procedimento penale, civile o contabile ovvero all’esito dell’attività di accertamento dell’ANAC risulti l’infondatezza della segnalazione e che la stessa non è stata effettuata in buona fede, il segnalante è sottoposto a procedimento disciplinare dall’ente di appartenenza, al termine del quale, sulla base di quanto stabilito dai contratti collettivi, può essere irrogata la misura sanzionatoria anche del licenziamento senza preavviso”.

⁶⁸⁸ Near, Miceli, *Organizational Dissidence: The Case of Whistle-Blowing*, in *Journal of Business Ethics*, 1985, n. 4, p. 1 ss.

⁶⁸⁹ Hirschman, *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, Harvard University Press, 1970.

⁶⁹⁰ In questa lettura peraltro l’opzione *voice*, anziché essere repressa da esigenze di “fedeltà” aziendale viene corroborata dalla lealtà dell’individuo nei riguardi dell’organizzazione di riferimento. Per uno studio sulle variabili suscettibili di influenzare la propensione al *whistleblowing* nelle pubbliche amministrazioni, cfr. Previtali, Cerchiello, *The determinants of whistleblowing in public administrations: an analysis conducted in Italian health organizations, universities, and municipalities*, in *Public management review*, 2018, n. 11-12, p. 1683 ss.

aziendale⁶⁹¹ - profili di frizione con la tendenziale riservatezza delle notizie attinenti a una determinata attività produttiva.

Verosimilmente consapevole di questi profili di problematica intersezione tra confidenzialità e segnalazioni, il legislatore ha introdotto una sorta di schermatura del *whistleblower* dalle plausibili conseguenze del disvelamento di informazioni “aziendali”, approntata dall’art. 3 della legge 179/2017, nel quale è prevista una deroga all’obbligo di segreto d’ufficio, aziendale, professionale, scientifico e industriale e dunque, attraverso l’espresso richiamo dell’art. 2105 c.c. alla porzione dell’obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro rappresentata dal divieto di divulgazione di notizie attinenti all’attività datoriale⁶⁹².

Il raffronto con i precursori giudiziari del *whistleblowing* – e dunque soprattutto con la giurisprudenza sul diritto di critica (§ 2) e/o di denuncia del prestatore di lavoro - dimostra l’immediata rilevanza pratica della giusta causa di rivelazione dei segreti introdotta dalla disposizione in discorso, posto che larghissima parte del contenzioso giudiziario in materia ha riguardato, nel corso degli anni, proprio la delimitazione dei confini tra diritto di critica e obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro. Se è vero che già nella più attenta prassi giurisprudenziale in materia sono rinvenibili parziali esenzioni dagli obblighi fiduciari - specie laddove vengano in questione esternazioni critiche su comportamenti illeciti del datore di lavoro⁶⁹³ - il bilanciamento tra obblighi di non divulgazione e finalità di tutela dell’integrità pubblica effettuato a monte, e una volta per tutte, dal legislatore può contribuire a sgombrare il campo interpretativo da dubbi sulla violazione degli obblighi fiduciari, nelle ipotesi di segnalazioni che, pur conformi ai crismi sostanziali e procedurali del *whistleblowing*, si traducano, oggettivamente, in un disvelamento di notizie riservate sulle attività datoriali.

Oltre che in chiave di valorizzazione dell’opzione *voice* per gli aspiranti *whistleblower*, poi, la deroga agli obblighi di segreto e fedeltà contenuta nell’art. 3 della legge 179/2017 – riguardante, senza differenze disciplinari, tanto il settore pubblico quanto quello privato – può essere riguardata anche in funzione degli effetti di progressivo avvicinamento, sebbene ancora *in itinere*,

⁶⁹¹ Cfr. Waytz, Dungan, Young, *The whistleblower's dilemma and the fairness-loyalty trade-off*, in *Journal of Experimental Social Psychology*, 2013, n. 6, p. 1027 ss.; Baer, *Reconceptualizing the Whistleblower's Dilemma*, in *Brooklyn Law School, Legal Studies Paper*, 2017, n. 502.

⁶⁹² Ai sensi dell’art. 3 (*Integrazione della disciplina dell’obbligo di segreto d’ufficio, aziendale, professionale, scientifico e industriale*) della legge 179/2017, infatti, “nelle ipotesi di segnalazione o denuncia effettuate nelle forme e nei limiti di cui all’articolo 54-bis del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e all’articolo 6 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, come modificati dalla presente legge, il perseguimento dell’interesse all’integrità delle amministrazioni, pubbliche e private, nonché alla prevenzione e alla repressione delle malversazioni, costituisce giusta causa di rivelazione di notizie coperte dall’obbligo di segreto di cui agli articoli 326, 622 e 623 del codice penale e all’articolo 2105 del codice civile. [...] 3. Quando notizie e documenti che sono comunicati all’organo deputato a riceverli siano oggetto di segreto aziendale, professionale o d’ufficio, costituisce violazione del relativo obbligo di segreto la rivelazione con modalità eccedenti rispetto alle finalità dell’eliminazione dell’illecito e, in particolare, la rivelazione al di fuori del canale di comunicazione specificamente predisposto a tal fine”.

⁶⁹³ Basti pensare alle massime giurisprudenziali che, in ipotesi simili, hanno escluso la violazione dell’obbligo di fedeltà da parte del lavoratore: «invero è da escludere che l’obbligo di fedeltà di cui all’art. 2105 c.c., così come interpretato da questa Corte in correlazione con i canoni generali di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. (fra le più recenti in tal senso Cass. 9.1.2015 n. 144), possa essere esteso sino a imporre al lavoratore di astenersi dalla denuncia di fatti illeciti che egli ritenga essere stati consumati all’interno dell’azienda, giacché in tal caso “si correrebbe il rischio di scivolare verso – non voluti, ma impliciti- riconoscimenti di una sorta di “dovere di omertà” (ben diverso da quello di fedeltà di cui all’art. 2105 c.c.) che, ovviamente, non può trovare la benché minima cittadinanza nel nostro ordinamento”» (così, *ex aliis*, Cass. 16 febbraio 2017, n. 4125 e ivi il richiamo a conformi precedenti di legittimità).

delle previsioni anticorruptive vigenti nel lavoro pubblico e in quello privato (con le dovute e opportune differenziazioni tra i due ambiti lavorativi)⁶⁹⁴.

4. Coesistenza o interferenza? Lo scudo protettivo per i *whistleblower* e le tutele giuslavoristiche "classiche".

A margine di una analisi sulla disciplina del *whistleblowing* nel settore pubblico si può effettuare una valutazione in chiaroscuro delle novità regolative introdotte dalla legge 179/2017: da un lato, a) si può esprimere un prudentiale apprezzamento delle potenzialità protettive della nuova disciplina nei confronti degli allertatori civili⁶⁹⁵, specie in rapporto alla normativa del 2012; dall'altro, b) emerge la necessità di un approccio cauto, per evitare il rischio di sovrapposizioni o ibridazioni applicative, se non proprio di eterogenesi dei fini, dell'istituto⁶⁹⁶.

a) In prima battuta, va evidenziato che le tutele delineate nel 2017 potrebbero preconstituire un efficace scudo protettivo per gli autori di segnalazioni, specie considerandole in un'ottica difensiva e anche, potenzialmente, preventiva. Quanto alle potenzialità difensive dell'art. 54-bis, basti pensare alla dichiarazione *ex lege* di nullità – con annessa inversione degli oneri processuali – dei provvedimenti pregiudizievoli adottati nei riguardi dei *whistleblower*⁶⁹⁷. Si possono, poi, intravedere, potenzialità di tutela preventiva ed *ex ante* nel presumibile effetto di deterrenza che dovrebbe, con il tempo, promanare dall'apparato legislativo di tutele sostanziali, processuali e sanzionatorie, rispetto a reazioni scomposte nei confronti dei *whistleblower*, i quali anzi potrebbero rivestirsi – almeno provvisoriamente, ossia fino alla prova contraria eventualmente fornita dall'amministrazione – di una sorta di "scudo totale", di immunizzazione da interventi datoriali di ogni tipo (in ipotesi, anche meramente gestionali e non ritorsivi).

b) Il profilo da ultimo evidenziato – sul ruolo schermante del ricorso ai *whistleblowing schemes* per i dipendenti pubblici – stimola tuttavia un'ulteriore considerazione sulle potenzialità delle

⁶⁹⁴ Convergono, in direzione di un riposizionamento assiologico, in senso anti- corruptivo, anche della prestazione lavorativa nel settore privato, le nuove previsioni in tema di corruzione tra privati; cfr. la nuova versione dell'art. 2635 c.c. (rubricato, appunto, *Corruzione tra privati*), introdotta nell'ordinamento dal d. lgs. 15 marzo 2017, n. 38, *Attuazione della decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato*. Non vi è dubbio peraltro che la disciplina del *whistleblowing* si inserisca compiutamente in una più generale prospettiva di cooperazione alle strategie di prevenzione di condotte illecite nella gestione amministrativa. Come ha ribadito la Suprema Corte "lo Stato di diritto [...] attribuisce valore civico e sociale all'iniziativa del privato che solleciti l'intervento dell'autorità giudiziaria di fronte alla violazione della legge penale, e [...] guarda con favore la collaborazione prestata dal cittadino, in quanto finalizzata alla realizzazione dell'interesse pubblico alla repressione dei fatti illeciti" (Cass. 16 febbraio 2017, n. 4125).

⁶⁹⁵ È questa la definizione proposta dall'Accademia della Crusca in uno dei vari tentativi di trasposizione in italiano del termine *whistleblower*; tentativi impari e verosimilmente destinati a fallire, poste le numerose sfumature che l'espressione anglosassone, anche in ragione della sua consolidata tradizione normativa negli ordinamenti di riferimento, porta con sé.

⁶⁹⁶ Tra i primi commentatori non sono mancati coloro che hanno ritenuto sproporzionata per eccesso – rilevando, appunto, il rischio di derive opportunistiche – o, in alternativa, ultronea una disciplina espressamente deputata alla tutela dei *whistleblower*; con una valutazione di inutilità di quest'ultima fondata sulla considerazione che l'ordinamento possiederebbe già sufficienti anticorpi regolativi contro eventuali reazioni ritorsive nei riguardi dei segnalanti. Così, già prima dell'introduzione dell'istituto nell'ordinamento interno e dunque in un'ottica *de iure condendo*, Lattanzi, *Prime riflessioni sul c.d. whistleblowing: un modello da replicare "ad occhi chiusi"?*, in *RIDL*, 2010, n. 2, p. 347. Peraltro se è pur vero che a larga parte dello strumentario ripristinatorio/sanzionatorio predisposto dal legislatore si poteva accedere a prescindere dall'emanazione di una espressa legislazione sul *whistleblowing*, attraverso il richiamo delle tutele contro gli atti ritorsivi, non si può omettere di considerare la potenziale incidenza, sotto il profilo dell'effettività della disciplina, delle previsioni in tema di inversione di onere dalla prova nonché l'innegabile valore dissuasivo rivestito dall'aggiunta di un corposo apparato di sanzioni amministrative pecuniarie a carico non solo di chi compia atti ritorsivi ma anche di chi sia a vario titolo preposto all'attuazione della disciplina in commento ed ometta di adempiere correttamente ai propri obblighi.

⁶⁹⁷ Con la precisazione che la formulazione dell'art. 54-bis non implica, di per sé, l'adozione di eventuali provvedimenti riparatori o risarcitori in favore del *whistleblower* vittima di ritorsioni.

tutele in commento di assorbire (e in qualche misura sovrapporsi a) alcune protezioni giuslavoristiche classiche.

E infatti, sebbene siano tendenzialmente e in astratto destinate a correre su binari paralleli – a causa della specifica finalizzazione delle tutele *ex art. 54-bis* alla sola protezione dei disvelatori di ipotesi di *maladministration* – vi è la possibilità che tutele lavoristiche “tradizionali” e scudo protettivo per i *whistleblower* incrocino, nella prassi, i rispettivi percorsi protettivi.

Scartata la riconducibilità alla protezione legale per le ipotesi di segnalazioni effettuate in mera funzione di autotutela e dunque palesemente sformite dai crismi del pubblico interesse – come ha già avuto modo di puntualizzare la prima prassi giurisprudenziale in argomento⁶⁹⁸ – occorre infatti prendere in considerazione la possibilità che si assista, accanto all’auspicabile utilizzo del *whistleblowing* che potremmo definire *puro* (perché caratterizzato dalla sola ricorrenza di segnalazioni nel pubblico interesse, senza prelievi o successive conflittualità tra le parti coinvolte), al diffondersi di ipotesi di *whistleblowing ibrido*, nelle quali cioè vi sia una commistione tra istanze di tutela dei pubblici interessi e ben più prosaiche questioni relative alla personale posizione lavorativa del pubblico dipendente-segnalante.

Si pensi alla commistione tra ipotesi di (presunto) *mobbing* e segnalazioni *ex art. 54 bis*. Qui le ricadute casistiche potrebbero essere le più varie. Posto che il discrimine, in astratto, tra vessazioni “semplici” per *mobbing* e vessazioni tutelate dall’art. 54-bis è dato dalla presenza di una segnalazione nel perseguimento di un pubblico interesse, ci si chiede se potrà essere sufficiente, in futuro, effettuare una segnalazione non palesemente infondata e/o colorare di finalità pubblicistiche eventuali istanze personali, per vedersi applicate le tutele predisposte dall’art. 54-bis.

Ed ancora ci si può chiedere cosa accadrà nelle ipotesi in cui si assuma di essere mobbizzati “in quanto dediti all’applicazione puntuale delle normative anticorruptive” e dunque, sostanzialmente, in che rapporto si porrà la tutela per il *whistleblowing* con le tutele giuslavoristiche classiche e con le azioni intentate da un lavoratore che assuma di aver subito pratiche di deprofessionalizzazione o emarginazione in quanto “onesto”. In questo senso, un sicuro appiglio, ai fini dell’applicabilità della disciplina protettiva delineata dal legislatore, dovrebbe individuarsi – accanto alla necessaria finalizzazione al pubblico interesse – nel rispetto dell’*iter* procedimentale per le segnalazioni in discorso.

Pare peraltro inevitabile che, nelle ipotesi *borderline* di ricorso ai *whistleblowing schemes*, resti devoluto agli interpreti (e all’Anac) il compito di delineare con la maggiore precisione possibile il confine tra interessi individuali di stampo lavoristico classico (ad esempio denunce di deprofessionalizzazioni, magari solo posticciamente agganciate a delle segnalazioni) e interessi pubblicistici, di tutela dell’integrità delle amministrazioni.

5. Considerazioni conclusive.

Al di là della possibile futura insorgenza di dispute sui confini applicativi in ipotesi di *whistleblowing* “ibrido”⁶⁹⁹, quel che non è possibile, allo stato, prevedere, nell’attuale sostanziale

⁶⁹⁸ Cfr. T.A.R. Napoli, sez. VI, 08 giugno 2018, n. 3880 (sulla quale si v. pure *supra*, nt. 48).

⁶⁹⁹ Che si tratti di questione non meramente teorica è testimoniato dagli esiti dei monitoraggi effettuati dall’Anac – e pubblicati nell’ambito dei report annuali sull’applicazione della normativa sulla segnalazione di illeciti nella PA – nei quali si legge di segnalazioni esorbitanti dall’ambito di applicazione dell’art. 54-bis, e dunque accantonate dall’Autorità, a causa della loro afferenza a interessi

vacuum di riflessi giurisprudenziali, sono le ricadute concrete dell'istituto e il suo orientamento in direzione di attivazione virtuosa, per così dire, dei pubblici impiegati o di utilizzo burocratizzante dell'istituto.

A sfavore di una effettiva valorizzazione, nel breve periodo, di una prassi così poco diffusa nel nostro ordinamento di attiva partecipazione dei dipendenti alla costruzione di una "infrastruttura etica"⁷⁰⁰ delle pubbliche amministrazioni, sembrerebbe militare la mancanza di specifiche dotazioni economiche o organiche⁷⁰¹ – al di là dell'Anac⁷⁰² – deputate alla sua efficace attuazione, specie a livello periferico/di singola amministrazione; mancanza suscettibile di riversarsi negativamente tanto sul dipendente segnalatore quanto sull'amministrazione segnalata.

Per converso, a fianco dei predetti rischi di ineffettività si collocano quelli di possibili distorsioni applicative della disciplina, la quale potrebbe subire derive formalistico-burocratizzanti, anziché eticamente orientate, o, ma in questo caso si tratterebbe di un uso patologico delle nuove disposizioni, opportunistiche, in funzione di istanze di "intoccabilità" di un dipendente solo strumentalmente e formalmente "segnalante"⁷⁰³.

Non è infatti del tutto scontato che, nel contesto dell'ordinamento italiano e, ancor di più, della prassi del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, la mera formulazione di regole preordinate alla *(ri)conversione etica* dei pubblici dipendenti possa di per sé implicare l'arruolamento di potenziali segnalatori nel fronte anticorruptivo.

In tal senso, sebbene la nuova disciplina sul *whistleblowing* possa dirsi, a un raffronto con le tendenze regolative comparate, tutto sommato allineata, in astratto, a molte delle *best practices* internazionali (*supra*, § 1)⁷⁰⁴, è possibile intravedere, tra le maglie normative della disciplina sulla segnalazione di illeciti, anche le tracce di una tendenza regolativa che, almeno a far data dalla riforma Brunetta, sembra aver ispirato la mano del legislatore: ovvero la convinzione che basti formulare norme ispirate a un certo paradigma assiologico (in questo caso, quello anticorruptivo)

personali del segnalante. Si v. ad esempio quanto riportato nel secondo rapporto sul *whistleblowing* (Anac, *Il whistleblowing in Italia*, 2017).

⁷⁰⁰ Si tratta di terminologia ricorrente nei documenti Ocse; cfr. OECD, *Ethics in the Public Service. Current Issues and Practice*, Public Management Occasional Papers, 1996, n. 14, p. 25 ss.

⁷⁰¹ Cfr. art. 2 (*Clausola di invarianza*) della legge 190/2012.

⁷⁰² L'esponentiale aumento delle funzioni di controllo dell'Anac – cui, nell'avvicinarsi delle modifiche normative è stato attribuito un ruolo di coordinamento e direzione delle varie pedine in movimento nello scacchiere anticorruptivo – è stato talvolta aspramente criticato, fino a potersi evocare il panottico benthamiano o, ancora, volendo richiamare una immagine consimile, ma con metafora "uditiva" e non visiva, l'orecchio del tiranno di Siracusa, Dionisio; immagini evocate per evidenziare i rischi, da più parti paventati, di un sovraccarico funzionale del controllore del settore pubblico e di contestuale ingessamento dell'attività amministrativa (il richiamo al panottico si rinviene, a proposito delle nuove politiche anticorruptive, in Galetta, *Trasparenza e contrasto della corruzione nella pubblica amministrazione: verso un moderno panottico di Bentham?*, in *Diritto e società*, 2017, n. 1, p. 43). E tuttavia, va pure sottolineato che, specie con riferimento ad alcuni picchi di diffusione di pratiche corruptive o di "malgoverno" dei pubblici uffici, proprio la pervasività delle discipline anticorruptive potrebbe talora ingenerare un positivo "effetto di deterrenza" dalla commissione di atti illeciti, derivante proprio dalla "consapevolezza del vertice politico/amministrativo di essere soggetto a un costante controllo sulla legittimità delle decisioni e delle azioni che pone in essere": cfr. Anac, 22 giugno 2017, *Whistleblowing. Monitoraggio sull'applicazione dell'istituto per la segnalazione di illeciti nella PA* e, in particolare, la presentazione di Greco, *Il Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza e il whistleblowing* (https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Comunicazione/News/_news?id=cefc80580a7780426d425ea887635cff).

⁷⁰³ Il rischio che si pervenga, in assenza di opportuni adeguamenti interpretativi, ad applicazioni "allarmistiche", se non addirittura "ricattatorie" dell'istituto è paventato da Ferrante, *Novità per il settore pubblico e privato in tema di whistleblowing*, cit., p. 147.

⁷⁰⁴ A parte qualche sbavatura e difetto regolativo già segnalati, ad esempio, in tema di individuazione del campo di applicazione soggettivo della disciplina.

per ottenere una corrispondente e automatica curvatura etica delle prassi comportamentali dei pubblici dipendenti.

Si tratta di tendenza certamente rinvenibile nelle regole sostanziali e procedurali in materia disciplinare e concretizzatasi nel tentativo di ampliare l'oggetto dell'obbligazione lavorativa, includendovi pure contenuti moralizzanti o eticamente orientati e che, in parte, sembra esser riproposta dagli obblighi (o diritti, nel caso del *whistleblowing*) di cooperazione dei dipendenti agli obiettivi anticorrottivi della parte datoriale pubblica.

Un simile approccio iper-normativistico sembra dimenticare che – come ammoniva già D'Antona – nell'individuazione delle cause di “involuzione patologica del lavoro pubblico” è doveroso annoverare, oltre all'assetto “normativo dei rapporti di impiego”, anche i “caratteri politici, gestionali, culturali delle amministrazioni pubbliche”⁷⁰⁵.

Da ultimo, vale la pena di evidenziare una ulteriore possibile lettura in chiave sistematica della disciplina sul *whistleblowing*, la quale, con i suoi addentellati regolativi e sistematici può essere osservata anche nel prisma del *topos* del dibattito giuslavoristico sul lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni – ossia con riguardo all'alternativa tra unificazione, per mezzo della contrattualizzazione, dei paradigmi regolativi del lavoro pubblico e privato o, *a contrario*, della carica (ri)emersione di profili pubblicistici di regolazione.

Riguardata sotto il predetto profilo sistematico, la disciplina introdotta, sia per il settore pubblico sia per quello privato, dalla legge 179/2017 – con alcune differenze disciplinari su cui non è possibile soffermarsi compiutamente in questa sede – sembra collocarsi in un crinale di “parziale ricomposizione unitaria”⁷⁰⁶, anche se con alcune differenziazioni disciplinari (a volte giustificabili, a volte prive di ragionevoli appigli teleologici)⁷⁰⁷.

Si tratta ad ogni modo di differenze regolative destinate a sfumare ulteriormente una volta che sarà portato a compimento il processo di approvazione della Direttiva Ue sul *whistleblowing*, nella misura in cui lo strumento normativo in discorso – applicabile al settore pubblico e a quello privato – contribuirà, in fase di trasposizione, a una tendenziale e progressiva omologazione regolamentare tra i due ambiti lavorativi⁷⁰⁸.

⁷⁰⁵ D'Antona, *La prospettiva del diritto del lavoro*, in *Opere, Scritti sul pubblico impiego e sulla pubblica amministrazione*, Giuffrè, 2000, vol. V, p. 4 ss.

⁷⁰⁶ Per richiamare la definizione usata da Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit.

⁷⁰⁷ Permane comunque – nelle more del procedimento di attuazione della Direttiva Ue sul *whistleblowing* - una innegabile differenziazione di fondo pubblico/privato, legata, come anticipato *supra*, alla limitata applicabilità della disciplina, nel settore privato, alle sole imprese che decidano di dotarsi di modelli organizzativi di prevenzione degli illeciti ai sensi del d. lgs. 231/2001 (Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, *Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica*).

⁷⁰⁸ Con un obbligo, per le imprese del settore privato con almeno 50 dipendenti, di istituire “canali e procedure interni per le segnalazioni” (art. 8- *Obbligo di istituire canali interni*) della Direttiva. Punta nel senso di una omologazione delle esigenze alla base della protezione dei “segnalanti”, a prescindere dall'afferenza al settore pubblico o a quello privato di questi ultimi, anche la definizione proposta dal Consiglio d'Europa. Cfr. Council of Europe, *Recommendation CM/Rec(2014)7 on the protection of whistleblowers and explanatory memorandum*, 2014, laddove si fa riferimento al whistleblower come “any person who reports or discloses information on a threat or harm to the public interest in the context of their work-based relationship, whether it be in the public or private sector”.

L'impatto della "riforma Madia" (e delle più recenti misure del governo "gialloverde") sulla dimensione macro-organizzativa:
programmazione dei fabbisogni, concorsi, stabilizzazioni

Giancarlo Ricci

1. La dimensione macro-organizzativa secondo la "riforma Madia" (e nei provvedimenti del governo "gialloverde") alla luce della "dialettica" fra i principi costituzionali di imparzialità ed efficienza. 188
2. Il primo pilastro della riforma: il primato della "programmazione dei fabbisogni di personale" nella logica del dinamismo organizzativo (a scapito della rigidità della dotazione organica). 191
3. Il secondo pilastro della riforma: la curvatura "efficientistica" della disciplina dei concorsi pubblici. 195
 - 3.1. Le "parti" attuate della l. delega n. 124/2015: organizzazione dei concorsi per "aggregazione", requisiti di ammissione, titoli valutabili, idonei e graduatorie di concorso. 197
 - 3.2. Le parti inattuate della l. delega n. 124/2015, ma su cui dispongono le "Linee guida sulle procedure concorsuali": svolgimento delle prove concorsuali e rilevanza dei titoli di servizio. 201
 - 3.3. Le misure legislative del governo "gialloverde": fra continuità e discontinuità. 203
 - 3.3.1 Le disposizioni in materia di assunzioni mediante concorso. 203
 - 3.3.2. Le disposizioni in materia di progressivo esaurimento dello scorrimento delle graduatorie concorsuali. 206
4. Il terzo pilastro (*rectius*: il puntello) della riforma: le stabilizzazioni come strumento di "superamento del precariato" nelle p.a. 207
5. Conclusioni. 210

1. La dimensione macro-organizzativa secondo la “riforma Madia” (e nei provvedimenti del governo “gialloverde”) alla luce della “dialettica” fra i principi costituzionali di imparzialità ed efficienza.

Il mutamento del paradigma regolativo del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, inverte con la riforma avviata nel 1992/93 e proseguito per successive tappe sino alla “riforma Madia” (e mentre prende corpo l’ulteriore *step* di riforma, in esito delle numerose misure già adottate o, comunque, promosse dal governo “gialloverde”), non ha direttamente inciso sulle previsioni in materia di “macro-organizzazione”⁷⁰⁹. Gli istituti che costituiscono l’ossatura di quest’ultima – linee fondamentali di organizzazione degli uffici, individuazione degli uffici di maggiore rilevanza, dotazioni organiche complessive – sono infatti rimasti appannaggio delle fonti eteronome (leggi, regolamenti, atti amministrativi)⁷¹⁰.

Del resto, proprio “l’equilibrato dosaggio di fonti regolatrici” – *privatistiche* per il rapporto di lavoro e *pubblicistiche* per ciò che concerne il versante organizzativo – costituiva, secondo la Corte Costituzionale, il presupposto stesso della legittimità costituzionale della riforma (la c.d. “prima privatizzazione”), ai sensi dell’art. 97, comma 1, Cost.

Ad avviso della Consulta, infatti, quel “dosaggio” implicava una corretta osservanza del sistema dei valori costituzionali, nella misura in cui il canone dell’imparzialità era “non irrazionalmente integrato con quello dell’efficienza”, individuato come corollario del principio di buon andamento⁷¹¹.

Più precisamente, nella prospettiva perorata dalla Corte Costituzionale, la riconduzione della macro-organizzazione al principio di legalità (o di riserva di legge ex art. 97, comma 1 Cost.)⁷¹² restava strettamente funzionale all’attuazione del canone di imparzialità, mentre l’efficienza connotava esclusivamente la dimensione micro-organizzativa e di gestione del rapporto di lavoro.

Discrimine questo che appare particolarmente evidente in tema di concorsi, materia questa connotata *par excellence* dal “valore obiettivo” dell’imparzialità⁷¹³, colto quale vincolo per l’amministrazione alla realizzazione dell’interesse pubblico all’individuazione delle migliori risorse umane, secondo un metodo che assicura la parità e non discriminazione fra i cittadini⁷¹⁴.

Il tratto “binario” del sistema non pare stravolto, a ben vedere, dalla “riforma Brunetta” (d. lgs. n. 150/2009), che eppure si distingue per insistere sul tema della efficienza della p.a.: tale ultimo postulato permea, però, fondamentalmente la regolazione dei sistemi di misurazione e

⁷⁰⁹ Sulla definizione Tamassia, *Organizzazione, programmazione dei fabbisogni e mobilità*, in Tiraboschi, Verbaro (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 345.

⁷¹⁰ Si tratta delle “materie escluse” dalla privatizzazione di cui all’art. 2, l. delega n. 421/1992: sul punto v. Caretti, sub *Art. 97, comma 1, parte I*, in Branca, Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1994, 25.

In giurisprudenza, sul perimetro “materiale” della macro-organizzazione, v. ancora da ultimo Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2018, n. 5143.

⁷¹¹ Corte Cost. 16 ottobre 1997, n. 309, v. anche Corte Cost. 25 luglio 1996, n. 313, su cui, *ex multis*, Carinci, *Politica e tecnica nella giurisprudenza costituzionale in tema di privatizzazione del pubblico impiego*, in Scognamiglio (a cura di), *Diritto del lavoro e Corte Costituzionale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2006, 12 ss.; da ultimo Barbieri, *I principi costituzionali e l’evoluzione della disciplina*, in AA. VV., *Lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 2018, 7-8.

⁷¹² Su cui Valastro, Pettinari, *La pubblica amministrazione*, in *Commentario alla Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 2018, vol. II, 233; Corso, *Il principio di legalità*, in Sandulli M.A. (a cura di), *Principi e regole dell’azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017, 41; oltre ai più “classici” Fois, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, 1973, 677; Paleologo, *Organizzazione amministrativa*, *id.*, vol. XXXI, 1981, 141.

⁷¹³ Per riprendere Salvia, *La buona amministrazione e i suoi limiti*, in *Diritto e Società*, 2004, 552.

⁷¹⁴ *Ex multis* Valastro, Pettinari, *op. cit.*, 235.

valutazione dei risultati (con riflessi sugli istituti che premiano il “merito”), o ispira la revisione di alcuni istituti del rapporto di lavoro.

Diverso è invece l’approccio della “riforma Madia”. Qui appare visibile una torsione in senso efficientista del modello regolativo della “macro-organizzazione”. Una torsione che non passa attraverso lo stravolgimento del sistema delle fonti – che restano eteronome in ossequio al principio costituzionale di legalità – bensì si alimenta della diversa conformazione degli strumenti di programmazione organizzativa e di regolazione della materia concorsuale.

Il principio costituzionale del buon andamento spinge in tal senso verso una connotazione in senso “Benthamiano” di tali strumenti, puntando, più che su una astratta e formale imparzialità dei meccanismi di programmazione e di selezione del personale, sulla valorizzazione della c.d. *aptitude for office*⁷¹⁵. L’efficienza applicata agli istituti macro-organizzativi indirizza in tal modo verso obiettivi di rafforzamento della capacità della struttura organizzativa delle p.a. di corrispondere nel miglior modo possibile alla realizzazione dei “vincoli di scopo”⁷¹⁶.

Il corretto e imparziale agire della p.a. tende allora a connettersi stabilmente con il valore dell’efficienza, che si configura, a sua volta, in termini di complementarietà con il principio di legalità⁷¹⁷, realizzandosi, a ben guardare, la transizione dalla dimensione “statico-garantistico” (incarnata dalla predominanza, in fase programmatica, della dotazione organica e dalla valenza formalistica del concorso pubblico) ad una “dinamico-elastica”⁷¹⁸ (in cui l’asse del sistema si sposta sulla programmazione dei fabbisogni effettivi e il concorso è oggetto di rimaneggiamenti, tesi a migliorarne qualità ed efficienza, sul piano procedurale e modale).

È tutt’altro che irrilevante constatare come una siffatta prospettiva di riforma sia apprezzata e condivisa dal Consiglio di Stato: la Commissione speciale, nel Parere reso sullo schema di d. lgs. attuativo della l. 124/2015⁷¹⁹, riconosce al legislatore “lo sforzo di dare piena ed effettiva attuazione ai principi di legalità, imparzialità e buon andamento, affermato dall’art. 97 Cost., in una prospettiva non meramente organizzativa e quindi statica, ma finalmente dinamica ed operativa”; funzionale a tale obiettivo è considerata la “creazione di un apparato professionale qualificato ed adeguato, regolato dal merito e orientato al servizio, capace di interagire fattivamente con le esigenze dell’utenza, secondo una logica di progressiva sostituzione dell’amministrazione per atti con l’amministrazione di risultato, dell’esercizio di un potere con l’erogazione di un servizio”; aggiungendosi ulteriormente che quell’apparato professionale “deve potere essere apprezzato e valutato secondo parametri di efficienza reale (...) e non come

⁷¹⁵ Cfr. Ursi, *La giuridificazione del canone dell’efficienza della pubblica amministrazione*, in Marchetti, Renna (a cura di), *A 150 anni dall’unificazione amministrativa italiana. Vol. III. La giuridificazione*, Firenze University Press, 2016, 447; v. anche Mercati, *Efficienza della pubblica amministrazione*, in Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, 2144.

⁷¹⁶ Cfr. ancora Ursi, *op. cit.*, 447; Da sottolineare che per Capotosti, *Legalità ed efficienza nell’amministrazione*, in *Rassegna parlamentare*, 2001, 875, l’efficienza è canone “non puramente economico, legato ai concetti di profitto e costi”, ma pregnante di contenuto proprio, incorporando “le esigenze dell’efficienza-funzionalità degli apparati amministrativi vista come interesse obiettivo di rilievo costituzionale”.

⁷¹⁷ Cfr. ancora Capotosti, *op. cit.*, 877. Sui legami fra i tre principi costituzionali di cui all’art. 97 v. Allegretti, *La Costituzione interpretata dalla pubblica amministrazione*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2018, secondo il quale “il principio di legalità è esangue se svincolato dalle sue intime finalità, che in realtà l’art. 97 si premura di enunciare individuando come fini della legge amministrativa l’imparzialità e il buon andamento”.

⁷¹⁸ Cfr. Pinelli, *Sub art. 97, comma 1, parte II*, in Branca, Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1994, 221.

⁷¹⁹ Cons. Stato, Adunanza della Comm. speciale, 21 aprile 2017, n. 916.

apparato chiuso ed autoreferenziale, che si qualifica esclusivamente per l'esercizio di atti di natura autoritativa" (pagg. 15-16 del Parere).

Non può non cogliersi la distanza quasi siderale fra le considerazioni formulate dal Consiglio di Stato nel Parere sulla "riforma Madia" e quelle espresse dal collegio nel Parere sul primo DDL delega, poi divenuto l. n. 421/1992, nel quale si rimarcava "la diversità ontologica che distingue il lavoro privato dall'impiego pubblico (...) obiettivamente insuperabili e ineliminabili"⁷²⁰.

Proprio in chiave di confronto fra l'allora e l'oggi, non si è troppo distanti dalla realtà se si considera che questo processo di riforma muove verso finalità che in parte Massimo D'Antona aveva preconizzato: un conto – scriveva D'Antona – è "la fonte" (che è e non può essere altro che quella eteronoma, in ossequio al dettato costituzionale), altro è "il *regime giuridico* dell'attività alla quale la normazione si riferisce": un "regime" che, pur non virando verso le tecniche di regolazione privatistica (approdo che pure D'Antona non escludeva), può connotarsi in senso meno formalista e più flessibile, nella già riferita proiezione del principio costituzionale di efficienza organizzativa⁷²¹.

Senza considerare, poi, che pure sul piano delle fonti di regolazione, si assiste ad un'interessante evoluzione verso una maggiore flessibilità, attraverso la *soft law* "anomala" costituita dalle "Linee guida" o "di indirizzo" con ulteriori effetti, verrebbe da dire, di *relativizzazione* della riserva di legge in materia di macro-organizzazione ex art. 97, comma 1 Cost.⁷²².

Delineato il contesto istituzionale, nelle pagine che seguono, s'intende centrare l'attenzione sugli istituti organizzativi incisi dalla "riforma Madia" (e su cui insistono, da ultimo, alcuni provvedimenti adottati dal governo "gialloverde").

(1) In primo luogo, emerge con prepotenza la tematica della programmazione degli organici e delle provviste di personale. Si punterà il *focus*, in particolare, sul disegno perseguito dal legislatore di *sostituzione funzionale*, in chiave efficientistica, del Piano di programmazione triennale dei fabbisogni di personale (strumento dinamico) alla Dotazione organica (strumento tendenzialmente statico)⁷²³.

(2) In secondo luogo, s'implementa un'importante direttrice di riforma in materia di procedure concorsuali: segnatamente, l'istituto del concorso diviene – per la prima volta nella storia del diritto del lavoro pubblico successiva alla riforma avviata negli anni '90 – oggetto di revisione nel nome, ancora una volta, di una maggiore valorizzazione della qualità e dell'efficienza dell'agire amministrativo⁷²⁴. Su questo versante, il processo di riforma prosegue, pur fra luci ed ombre, con il "pacchetto" di misure adottate su impulso del governo "gialloverde": segnatamente si tratta delle disposizioni racchiuse nella l. n. 145/2018 (l. di bilancio 2019), nella l. n. 26/2019 e nel d.l. n. 34/2019 (c.d. decreto crescita), cui si aggiungono, in prospettiva, il DDL recante "Interventi per la

⁷²⁰ Cons. Stato, Adunanza generale, Parere 31 agosto 1992, n. 146.

⁷²¹ Cfr. D'Antona, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, in Caruso, Sciarra (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2000, 136. Sul sincretismo fra ordinamento pubblico e privato anche nella materia organizzativa v. di recente Rusciano, Simeoli, *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Digesto disc. pubbl. - Aggiornamento*, 2017, 404.

⁷²² Sul punto v. D'Onghia, *Il fabbisogno del personale pubblico e le politiche di reclutamento tra nuove sfide e riduzione dei costi*, in *Riv. giur. lav.*, 2018, I, 448.

⁷²³ V. ampiamente su obiettivi e criteri della "riforma Madia" Mattarella, *Burocrazia e riforme. L'innovazione nella pubblica amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 2017, 46 ss.

⁷²⁴ Ancora Mattarella, *op. cit.*, 149 ss.

concretezza delle azioni delle p.a.” e il DDL recante “Deleghe al Governo per il miglioramento della p.a.”⁷²⁵.

(3) Terzo pilastro della riforma (ma pare più appropriato definirlo un “puntello”) è l’ennesima disciplina del “superamento del precariato” mediante le c.d. stabilizzazioni. Anche in questo ambito si valorizza il principio di efficienza in senso lato (razionalizzazione degli organici mediante assorbimento dei precari così rimediando agli errori delle p.a. nella costruzione del precariato), ma anche in senso stretto (immissione negli organici di personale in possesso di requisiti di professionalità e adeguatamente addestrato per lo svolgimento delle funzioni). È pur vero, d’altra parte, che l’insistenza sulle stabilizzazioni (cui non si sottrae neppure la l. di bilancio 2019, con una misura *ad hoc* per gli LSU/LPU) sortisce l’effetto controintuitivo di contrastare l’afflusso di forze fresche nella p.a., ostacolando quel “ricambio generazionale” che lo stesso decreto Madia (e le più recenti misure del governo “gialloverde”) tendono a perseguire⁷²⁶.

2. Il primo pilastro della riforma: il primato della “programmazione dei fabbisogni di personale” nella logica del dinamismo organizzativo (a scapito della rigidità della dotazione organica).

Uno dei principali obiettivi della “riforma Madia” è quello esemplificato dal disposto dell’art. 17, comma 1, lett. q), l. n. 124/2015, che postula il “progressivo superamento della dotazione organica come limite alle assunzioni, fermi restando i limiti di spesa anche al fine di facilitare i processi di mobilità”.

Occorre premettere che gli “organici” rappresentano per ogni amministrazione l’ossatura del sistema organizzativo, raffigurando il *quantum* di personale di cui l’ente abbisogna per assicurare il corretto svolgimento delle funzioni e una corretta erogazione dei servizi⁷²⁷.

Lo strumento per realizzare tale finalità è mutato in corso di tempo. Dalle “piante organiche”, definite sulla base della periodica rilevazione dei “carichi di lavoro”⁷²⁸, si è passati, a partire dal 1998⁷²⁹, alla codificazione della coppia “dotazione organica/programmazione del fabbisogno di personale”⁷³⁰. La prima identificava lo “scheletro” della struttura organizzativa, dal punto di vista della provvista di personale, prevedendo l’art. 6, comma 3 (vecchio testo) che l’ente, una volta approvata “periodicamente e comunque a scadenza triennale”, potesse poi procedere tramite “variazioni” coerenti con la programmazione del fabbisogno di personale ex art. 39, l. n. 449/1997.

Già tale evoluzione del quadro normativo veniva considerata funzionale all’abbandono di talune rigidità a vantaggio di nuove flessibilità organizzative⁷³¹.

Orbene, la l. delega n. 124/2015 sembra palesare l’insoddisfazione del legislatore per l’esito di quella riforma⁷³² e avviare un percorso di ulteriore revisione degli istituti, contrassegnato dal tentativo di introdurre elementi di flessibilità e duttilità organizzativa funzionali ad esigenze di

⁷²⁵ V. *infra*, par. 3.3.1.

⁷²⁶ V. *infra*, par. 4 e 5.

⁷²⁷ Cfr. Taradel, *Organico (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXI, 1981, 117 ss.

⁷²⁸ Cfr. Riccobono, *Organizzazione amministrativa e mobilità del personale nel lavoro pubblico privatizzato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2017, 92 ss.

⁷²⁹ Cfr. Esposito, *Sisifo unchained? La pianificazione delle risorse umane nel lavoro pubblico: antiche questioni (irrisolte) e nomenclature “di seconda mano”*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2018, 69.

⁷³⁰ Riccobono, *op. cit.*, 99 ss.

⁷³¹ Cfr. Barbieri, *op. cit.*, 9; v. anche Esposito, *op. cit.*, 71.

⁷³² Sulle cui ragioni v. Riccobono, *op. cit.*, 109 ss.

efficienza. Ciò che rileva non è più, tanto, ricostruire lo “scheletro della p.a.”⁷³³, quanto piuttosto definire, con cadenze ravvicinate, “un percorso personalizzato e coerente di sviluppo organizzativo”⁷³⁴.

Obiettivo del decreto attuativo (art. 4 d. lgs. n. 75/2017, che riscrive l'art. 6 e introduce l'art. 6-ter) è il superamento della dotazione organica come limite alle assunzioni, per introdurre elementi di duttilità del sistema, attraverso la definitiva valorizzazione del documento di programmazione del fabbisogno di personale, al fine di adattare le dimensioni di quest'ultimo alle mutevoli esigenze dell'organizzazione⁷³⁵.

I primi due commi dell'art. 6 d. lgs. n. 165/2001 (nuovo testo) risultano sul punto di estrema chiarezza: “le amministrazioni pubbliche definiscono l'organizzazione degli uffici (...) adottando, in conformità al piano triennale dei fabbisogni di cui al comma 2, gli atti previsti dai rispettivi ordinamenti, previa informazione sindacale, ove prevista nei contratti collettivi nazionali” (comma 1). Nel disegno risultante dalla “riforma Madia”, il centro del sistema è presidiato dal “Piano triennale del fabbisogno di personale”, che orienta la fase macro-organizzativa: in esso (“uno e trino”: con proiezione triennale, ma disponibile all'aggiornamento di anno in anno) le amministrazioni “curano l'ottimale distribuzione delle risorse umane attraverso la coordinata attuazione dei processi di mobilità e di reclutamento del personale”; ciò nel dichiarato fine di “ottimizzare l'impiego delle risorse pubbliche disponibili e perseguire obiettivi di *performance* organizzativa, efficienza, economicità e qualità dei servizi ai cittadini” (comma 2).

Il legislatore rinvia poi a una fonte *sui generis*, ossia a “decreti di natura non regolamentare adottati dal Ministro per la semplificazione e la p.a. di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze” la definizione di “Linee di indirizzo per orientare le p.a. nella predisposizione dei rispettivi piani dei fabbisogni di personale”, precisando ulteriormente che tali decreti potranno fare riferimento “a fabbisogni prioritari o emergenti di nuove figure e competenze professionali” (art. 6-ter, comma 1, d. lgs. n. 165/2001)⁷³⁶.

L'osservazione maggiormente ricorrente fra i commentatori ritiene che, con la riforma, si superi il principio di staticità delle dotazioni organiche, a vantaggio di una logica ispirata a istanze di dinamicità, insite nella natura stessa del Piano di programmazione dei fabbisogni di personale⁷³⁷.

Il sistema anteriore, incentrato invece sulle dotazioni organiche, ha conosciuto una degenerazione, nel momento in cui queste hanno finito per rappresentare una sorta di modello formalistico e burocratizzato, volto a fotografare schemi organizzativi superati dai fatti; sicché, ad esempio, a fronte di cessazione di personale non sostituito, i posti vacanti all'interno delle

⁷³³ Tamassia, *op. cit.*, 348.

⁷³⁴ Ancora Tamassia, *op. cit.*, 354.

⁷³⁵ Cfr. Rusciano, Simeoli, *op. cit.*, 448; Guizzardi, *Le linee di indirizzo per la predisposizione dei piani dei fabbisogni di personale da parte delle pubbliche amministrazioni*, in *Azienditalia*, 2018, 1052.

⁷³⁶ In questo quadro, il richiamo agli “organi di vertice” delle amministrazioni quali soggetti che approvano “il piano di cui al comma 2” va inteso come riferito agli organi di indirizzo politico-amministrativo, fatto salvo il coinvolgimento delle organizzazioni sindacali, mediante l'informazione, mentre non viene più richiamata la figura del dirigente, ancorché l'art. 16, comma 1, lett. a-bis, d. lgs. n. 165/2001, che rimane inalterato, stabilisca che “i dirigenti propongono le risorse e i profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti dell'ufficio cui sono preposti anche al fine dell'elaborazione del documento di programmazione triennale del fabbisogno di personale di cui all'articolo 6, comma 4”.

⁷³⁷ È un tassello determinante del percorso di riforma che consente di passare da “una visione formale e da un approccio giuridico a un modello dinamico e disegnato sulle reali esigenze di gestione delle amministrazioni”: così Fiorentino, *Appunti sulla riorganizzazione dell'amministrazione pubblica in Italia*, in *Quaderni di Rassegna sindacale*, 2017, n. 4, 204.

strutture amministrative venivano sostanzialmente congelati, accumulandosi vacanze in organico “fisse”, talvolta prive di interesse dal punto di vista del reale fabbisogno organizzativo⁷³⁸. La riforma intende rivedere tale assetto, individuando nel Piano triennale di programmazione dei fabbisogni di personale lo strumento che incarna l’evoluzione in senso efficientistico del sistema, assicurando la costante rideterminazione dei bisogni effettivi corrispondenti alle esigenze cangianti della p.a.⁷³⁹.

La flessibilità dello strumento è accresciuta e valorizzata dalla possibilità di programmare annualmente quegli innesti corrispondenti a nuove esigenze professionali richieste dall’incedere dei tempi e dall’evoluzione delle esigenze organizzative e gestionali⁷⁴⁰.

Le potenzialità del nuovo sistema sono state enfatizzate dalle “Linee di indirizzo per la predisposizione dei piani da parte delle amministrazioni pubbliche” adottate, ai sensi del già richiamato art. 6-ter, comma 1, d. lgs. n. 165/2001, in data 8 maggio 2018 (e pubblicate il 27 luglio 2018)⁷⁴¹.

Precisato che i Piani triennali dei fabbisogni di personale implicano l’applicazione di un metodo di analisi e rappresentazione delle esigenze sia sotto il profilo quantitativo (consistenza numerica di unità necessarie alla missione dell’amministrazione), sia sotto quello qualitativo (individuazione delle tipologie di professioni e competenze professionali meglio rispondenti alle esigenze dell’amministrazione stessa, anche tenendo conto delle professionalità emergenti in ragione dell’evoluzione del lavoro e degli obiettivi da perseguire) (pag. 6-7), le “Linee di indirizzo ministeriali” forniscono, in buona sostanza, alcune rilevanti indicazioni programmatiche sulle modalità di ottimale funzionamento della fase programmatoria imperniata sul Piano dei fabbisogni.

Segnatamente, le amministrazioni dovrebbero concepire quest’ultimo in una logica di individuazione dei fabbisogni reali dell’amministrazione, a partire dalle “professionalità infungibili”, abbandonando la logica della mera sostituzione di figure cessate dal servizio, ma manifestando sensibilità verso le nuove professioni e relative competenze. In tal modo, la programmazione assumerebbe il senso di un atto volto a pianificare il reclutamento “in coerenza con le necessità reali, attuali e all’occorrenza future”, così da superare i modelli di fabbisogno fondati sulle logiche delle “dotazioni organiche storicizzate” (pag. 4 e 8)⁷⁴².

Come si è correttamente notato, l’elemento innovativo consiste dunque nell’assegnare alle p.a. “la possibilità di valutare le proprie esigenze sia in termini di fabbisogno complessivo, sia in termini di figure professionali richieste”⁷⁴³, tenuto conto, in ogni caso, della mobilità quale strumento

⁷³⁸ Cfr. Rusciano, Simeoli, *op. cit.*, 448; D’Onghia, *op. cit.*, 439; Magri, *Il lavoro pubblico tra sviluppo ed eclissi della “privatizzazione”*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2017, 589.

⁷³⁹ Oltre a Magri, *op. cit.*, 589, v. Mazzaro, Silvestro, *Fabbisogni e concorsi pubblici nella riforma Madia*, in *Foro amministrativo*, 2018, 143-144.

⁷⁴⁰ Ancora Mazzaro, Silvestro, *op. cit.*, 145; D’Onghia, *op. cit.*, 441; Magri, *op. cit.*, 588, immagina ottimisticamente una “pubblica amministrazione capace di ospitare nei propri organici le professioni del futuro”.

⁷⁴¹ Su cui Guizzardi, *op. cit.*, 1052 ss. Come rilevano Rusciano, Simeoli, *op. cit.*, 448, “tali linee, aventi natura amministrativa e contenuto di mero dettaglio delle disposizioni di rango legislativo, hanno il compito di rendere quanto più omogenea possibile l’adozione da parte di tutte le amministrazioni pubbliche del predetto Piano di fabbisogno del personale”.

⁷⁴² Il che consentirebbe di transitare da una “organizzazione per posti” a una “per competenze” (ancora da ultimo, per un richiamo di questa “formula”, Fiorentino, *op. cit.*, 206).

⁷⁴³ D’Onghia, *op. cit.*, 442.

prioritariamente soddisfacente delle vacanze derivanti dai fabbisogni, *condicio sine qua non* (procedurale e sostanziale) del ricorso alle procedure di reclutamento mediante concorso.

Occorre naturalmente valutare quali siano i limiti entro cui le amministrazioni utilizzano lo strumento del Piano dei fabbisogni.

L'art. 6 d. lgs. n. 165/2001 dispone al riguardo che il "piano triennale indica le risorse finanziarie destinate all'attuazione del piano, nei limiti delle risorse quantificate sulla base della spesa per il personale in servizio e di quelle connesse alle facoltà assunzionali previste a legislazione vigente" (comma 2); inoltre, "in sede di definizione del piano di cui al comma 2, ciascuna amministrazione indica la consistenza della dotazione organica e la sua eventuale rimodulazione in base ai fabbisogni programmati (...) nell'ambito del potenziale limite finanziario massimo della medesima (...) garantendo la neutralità finanziaria della rimodulazione", fermo restando "che la copertura dei posti vacanti avviene nei limiti delle assunzioni consentite a legislazione vigente" (comma 3)⁷⁴⁴.

Tali disposizioni sono state oggetto di approfondimento e chiarimento da parte del Ministero mediante le più volte menzionate "Linee di indirizzo". Emerge, in specie, come i due commi dell'art. 6 prima richiamati trovino un elemento di congiunzione nell'individuazione della "dotazione organica" – che dunque non esce di scena, bensì residua all'interno della previsione normativa scaturente dalla riforma – quale "valore finanziario di spesa potenziale massima sostenibile che non può essere valicata dal Piano triennale dei fabbisogni" (pag. 10). Proprio dall'ultima dotazione organica approvata dal singolo ente – raccomandano le "Linee di indirizzo" – quest'ultimo prende le mosse per calcolare il "valore finanziario dei fabbisogni programmati" (pag. 13), fermo restando che la rimodulazione annuale dei fabbisogni medesimi avviene in regime di "neutralità finanziaria"⁷⁴⁵.

Ulteriore limite è insito nel richiamo ai vincoli derivanti dalla legge in materia di facoltà assunzionali, peraltro variabili a seconda dell'amministrazione di riferimento.

Il doppio limite incombente sulle amministrazioni ha già costituito oggetto di valutazione da parte delle sezioni regionali della Corte dei Conti, pronunziate in sede consultiva. In particolare, Corte dei Conti - Sezione autonomie, con Deliberazione n. 4/2019, si è soffermata sulla valenza della dotazione organica, seguito della "riforma Madia", quale vincolo finanziario invalicabile, rammentando come il Piano dei fabbisogni, pur essendo strumento di per se flessibile e innovativo, non può programmare assunzioni di personale incidenti, in prospettiva pluriennale, sul bilancio dell'ente al di là di quanto esso consente, sia per vincolo "dotazionale" sia in forza di vincoli legali ulteriori, particolarmente cogenti per gli enti locali⁷⁴⁶.

Orbene, proprio questo è parso costituire, all'indomani della riforma, il principale elemento di criticità del sistema, pur a fronte del ripristino integrale del *turn over* (100% delle cessazioni dal servizio in corso d'anno)⁷⁴⁷. Il rischio è che si perpetui quella che è stata definita una

⁷⁴⁴ Sulle implicazioni di questa disposizione v. Esposito, *op. cit.*, 76.

⁷⁴⁵ Le "Linee di indirizzo" individuano le varie categorie di personale la cui spesa insiste sul *budget* utilizzabile annualmente alla stregua dei principi indicati.

⁷⁴⁶ In senso conforme cfr. Corte Conti, sez. reg. controllo Marche, n. 11/2019; Corte conti, sez. reg. controllo Veneto, n. 548/2018; Corte Conti, sez. reg. controllo Puglia, n. 111/2018 e 141/2018, alla cui stregua "la maggiore flessibilità del Piano dei Fabbisogni debba necessariamente coniugarsi con il rispetto dei limiti di spesa del personale previsti dal quadro normativo vigente".

⁷⁴⁷ Anche in virtù della necessità di ricondurre alle voci di spesa per il personale compatibili con i vincoli di spesa ogni "risorsa umana" assunta a tempo indeterminato o determinato (v. in particolare Corte dei Conti, sez. reg. controllo Puglia, n. 141/2018), nonché avanzamenti economici per progressioni (Corte dei Conti, sez. reg. controllo Puglia, n. 111/2018).

“programmazione impossibile”, perché vanificata da vincoli finanziari ancora troppo stringenti, pur in contesto ordinamentale contrassegnato dalla “fine della crisi” e, dunque, dall’allentamento delle politiche di *spending review* nelle p.a., anche e soprattutto sul versante del reclutamento del personale. Sicché le p.a. potrebbero di fatto limitarsi a recepire una mera variazione terminologica in tema di documento di programmazione, ma senza sganciarsi dalla logica meramente sostitutiva di personale cessato imposta dai vincoli di bilancio⁷⁴⁸.

Per altro verso, pare appropriato quanto sottolineato da recente dottrina: qualsiasi impulso verso una revisione in senso flessibile ed efficientistico dei processi di programmazione – condizione essenziale per il “miglioramento” delle politiche di reclutamento, essendo i due momenti strettamente connessi (pag. 5 delle “Linee di indirizzo”) – rischia di restare un guscio vuoto se non accompagnato da comportamenti e prassi virtuose da parte delle amministrazioni pubbliche⁷⁴⁹.

Se è vero, in definitiva, che la riforma Madia prospetta un’ulteriore evoluzione del processo avviato con il superamento delle “piante organiche”, sfociato, ora, nel ridimensionamento delle dotazioni organiche, ridotte a documento costituente “vincolo finanziario”, a vantaggio della duttilità efficientistica dei piani di programmazione dei fabbisogni, spetta alle p.a. operare per implementare concretamente e proficuamente la novità.

3. Il secondo pilastro della riforma: la curvatura “efficientistica” della disciplina dei concorsi pubblici.

Com’è noto, il concorso è lo strumento mediante il quale l’ordinamento assicura che l’accesso gli impieghi pubblici sia normalmente assistito da opportune garanzie di imparzialità e meritocrazia, impedendo che l’amministrazione pubblica possa, alla stregua del datore di lavoro privato, ricorrere all’*intuitus personae* o, comunque, operare selezioni non assistite da garanzie di correttezza ed obiettività⁷⁵⁰. Le finalità in tal maniera perseguite risultano talmente importanti da avere imposto la *costituzionalizzazione* del concorso, eccetto che nelle fattispecie di reclutamento “in deroga” introdotte, alla stregua del perseguimento di interessi pubblici meritevoli di tutela costituzionale, dal legislatore⁷⁵¹.

D’altra parte, occorre sottolineare come la rigorosa formalizzazione giuridica delle modalità di accesso, pur avendo quasi per definizione salvaguardato le esigenze connesse all’imparzialità della p.a. evitando arbitri e favoritismi, allo stesso tempo palesa importanti limiti sul piano della concretizzazione del principio di buon andamento, specie in riferimento al suo corollario rappresentato, come si è ampiamente illustrato nel paragrafo iniziale, dal principio di efficienza.

Su questo versante si registrano importanti elementi di tensione fra i criteri costituzionali di cui all’art. 97 Cost. Tensione che la stessa Corte Costituzionale per certi versi sottovaluta, nella misura in cui tende a ritenere che il concorso, quale strumento ordinario di reclutamento sia, al contempo, garanzia di imparzialità e di buon andamento, supponendo che l’evidenza pubblica e le puntuali regole procedurali fissate, in particolare, dal d.p.r. n. 487/1994 assicurino, *ipso*

⁷⁴⁸ Sul punto cfr. Magri, *op. cit.*, 590. Una prima inversione di tendenza in questa direzione si registra, peraltro, nella più recente legislazione: v. in particolare l’art. 33 del d.l. n. 34/2019 (c.d. “decreto crescita”), con riferimenti al reclutamento delle Regioni e degli enti locali (v. *infra*, par. 3.3.1.).

⁷⁴⁹ Cfr. Esposito, *op. cit.*, 80.

⁷⁵⁰ Amendola, *Concorso a pubblico impiego*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. III, 1961, 613.

⁷⁵¹ Cfr. Pinelli, *Sub art. 97, comma 3, sez. I*, in Branca, Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1994, 341; da ultimo, per un riepilogo delle questioni, D’Onghia, *Il sistema di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni*, in AA.VV., *Lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 2018, 85-87.

facto, il perseguimento delle finalità “meritocratiche” della procedura, favorendo la selezione dei migliori fra i candidati⁷⁵².

Questo sillogismo è, in verità, tutt’altro che pacifico⁷⁵³ e, in realtà, messo in discussione *apertis verbis* dalla “riforma Madia”. Anzi, proprio questo rappresenta uno dei più significativi tornanti della riforma. Sino ad ora, l’attenzione dedicata dal legislatore, in epoca successiva alla “privatizzazione”, alle procedure concorsuali era stata davvero scarsa, ritenendosi la tematica del tutto attratta nell’orbita della disciplina pubblicistica, nella logica dominante del concorso quale procedimento amministrativo composto da una sequenza di sub-procedimenti implicanti interessi legittimi e le cui controversie erano rimesse per definizione alla giurisdizione del giudice amministrativo⁷⁵⁴.

La l. delega n. 124/2015 prova a invertire la rotta, intervenendo con una qual certa decisione sui concorsi, a partire dall’assunto per cui il principio di efficienza, applicato alla materia del reclutamento, implica una revisione delle modalità concorsuali che corrobori la valenza selettiva in senso realmente meritocratico (al di là degli orpelli formalisticamente egualitari) dello stesso⁷⁵⁵.

Per questa ragione si è messa in evidenza, in dottrina, l’ampiezza del “catalogo delle deleghe riguardanti l’*enforcement* del sistema di reclutamento tramite concorso”⁷⁵⁶.

Si tratta, a ben vedere, dell’art. 17, comma 1, lett. b) – g), contenente criteri direttivi in materia di: *i*) modalità organizzative del concorso, con valorizzazione della centralizzazione/agggregazione delle procedure; *ii*) rilevanza dei requisiti e/o titoli di ammissione, fra cui il “voto minimo di laurea” e il “dottorato di ricerca”; *iii*) disposizioni in materia di titoli valutabili e tecniche di valutazione, nonché in tema di candidati “idonei” e graduatorie concorsuali.

Il disegno complessivo emergente dalla legge delega è di certo pregnante, ma forse eccessivamente pretenzioso, affidato com’è a principi direttivi sovente elastici, se non addirittura generici. Tanto per fare un esempio, il criterio concernente “la previsione di prove concorsuali che privilegino l’accertamento delle capacità dei candidati di utilizzare e applicare a problemi specifici e casi concreti le nozioni teoriche” (art. 17, comma 1, lett. b) l. n. 124/2015) evoca una prospettiva di riforma certamente di grande interesse, ma difficilmente traducibile in un testo di legge.

È pur vero che, ai sensi dell’art. 6, comma 5.2, d. lgs. n. 75/2017 (modificativo dell’art. 35, comma 2, d. lgs. n. 165/2001) “il Dipartimento della funzione pubblica, anche avvalendosi dell’Associazione Formez PA e della Commissione RIPAM, elabora, previo accordo in sede di Conferenza Unificata ai sensi dell’articolo 4 del decreto legislativo n. 281 del 1997, linee guida di indirizzo amministrativo sullo svolgimento delle prove concorsuali e sulla valutazione dei titoli,

⁷⁵² Ancora di recente il principio di diritto è affermato da Corte Cost. 6 febbraio 2018, n. 40 (e ivi per ulteriori richiami ai precedenti).

⁷⁵³ Cfr. B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico: la legge Madia e oltre. La riforma Madia e oltre (Miti, retoriche, nostalgie e realtà nell’eterno ritorno’ allo statuto speciale del lavoratore pubblico)*, in questo Volume.

⁷⁵⁴ Cfr. sul punto Amendola, *op. cit.*, 641-642.

⁷⁵⁵ Cfr. Mattarella, *op. cit.*, 152-153; Id., *Il principio del concorso e la sua parodia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2017, 417-418. Ma v. già Luciani, *Selezione del personale e contratto di lavoro pubblico e privato*, Jovene, Napoli, 2002, 2: “l’obiettivo del merito, almeno in Italia, è stato gradualmente oscurato e poi sovrastato dal principio di imparzialità”; sicché dalla prevalenza della “funzione difensiva” del concorso è derivata, sia nella legge sia in giurisprudenza, l’attenzione smodata per “le garanzie [formali] ai concorrenti, mentre nessuna (o comunque) scarsa considerazione è stata rivolta a soluzioni che consentissero di accertare effettivamente il possesso delle cognizioni e delle attitudini necessarie (...) a coprire i posti messi a concorso”.

⁷⁵⁶ Riccobono, *La nuova disciplina sugli organici tra opportunità e occasioni mancate*, in AA. VV., *Il lavoro alle dipendenze della p.a. dopo la “riforma Madia”*, Cedam, Padova, 2018, 23.

ispirate alle migliori pratiche a livello nazionale e internazionale in materia di reclutamento del personale, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, vigente in materia. Le linee guida per le prove concorsuali e la valutazione dei titoli del personale sanitario, tecnico e professionale, anche dirigente, del Servizio sanitario nazionale sono adottate di concerto con il Ministero della salute”.

Emerge quasi la consapevolezza dei limiti di intervento della legge nella materia: sicché a una fonte non legislativa si rimette il compito di “riscrivere” alcune regole cui concorsi, per quanto ciò dovrebbe avvenire nel rispetto della disciplina regolamentare (d.p.r. n. 487/1994) attualmente vigente.

Tale fonte ha preso la forma della Direttiva n. 3/2018 del Ministero per la semplificazione e la p.a. contenente “Linee guida sulle procedure concorsuali” (adottate il 24 aprile 2018 e pubblicate il successivo 12 giugno).

Peraltro, e come si vedrà ulteriormente *infra*, talune delle misure contenute nelle Linee Guida – e dunque riconducibili al disegno della l. n. 124/2015 – sono state riprese in seno ai vari provvedimenti adottati, in materia concorsuale, dal governo attualmente in carica, mentre, in prospettiva, ulteriori *addendi* scaturiscono dai due DDL in materia di “concretezza” e “miglioramento delle p.a.” in corso d’approvazione parlamentare.

3.1. Le “parti” attuate della l. delega n. 124/2015: organizzazione dei concorsi per “aggregazione”, requisiti di ammissione, titoli valutabili, idonei e graduatorie di concorso.

Nel “decreto Madia” è stata, dunque, riversata solo una parte delle misure previste dalla legge delega: misure non prive di interesse, invero, per le concrete ricadute sulla disciplina in tema di concorsi.

(A) Occorre rilevare preliminarmente, tuttavia, che la l. n. 124/2015 non ha inteso intervenire sul “nucleo duro” della disciplina dei concorsi. Ferma restando l’assai rilevante novità sul versante della programmazione, con l’affermata prevalenza del Piano triennale dei fabbisogni di personale a scapito della dotazione organica, per il resto si conferma difatti quanto la normativa vigente già prevedeva.

In primo luogo, restano immutati gli adempimenti antecedenti all’indizione del concorso diversi, appunto, dal documento programmatico. Pertanto, la p.a. che ha correttamente programmato il fabbisogno di personale, qualora intenda procedere a bandire uno o più concorsi deve previamente pubblicare l’avviso (o gli avvisi) di mobilità: l’applicazione del principio di economicità vuole infatti che la p.a. non assuma se può ricoprire la vacanza in organico con personale in mobilità volontaria (art. 30, comma 2-*bis* d. lgs. n. 165/2001) ovvero collocato nelle liste di disponibilità a seguito di procedura di mobilità collettiva (art. 34, comma 6 d. lgs. n. 165/2001)⁷⁵⁷.

Sia l’approvazione con cadenza annuale del Piano dei fabbisogni, sia la procedura di mobilità preventiva costituiscono *condicio sine qua non* per procedere alla pubblicazione del bando, e le

⁷⁵⁷ Cfr. D’Onghia, *op. ult. cit.*, 94 ss. in giurisprudenza, v. Cons. Stato, sez. IV, 1 giugno 2016, n. 2318; Cons. Stato, sez. V, 18 agosto 2010, n. 5830; Tar Lazio, sez. I, 2 dicembre 2014, n. 12129; Tar Sardegna, sez. II, 17 aprile 2013, n. 330. Peraltro v. *infra*, par. 3.3.1, a proposito della previsione, nei più recenti provvedimenti di legge, di deroghe agli adempimenti preliminari ai concorsi, in vista dell’accelerazione delle procedure concorsuali.

p.a. che non provvedono a tali adempimenti non possono assumere nuovo personale (artt. 6, comma 6 e art. 34-*bis*, comma 5 d. lgs. n. 165/2001).

Non va dimenticato, inoltre, come, ai sensi dell'art. 35, comma 4 d. lgs. n. 165/2001, per le assunzioni del personale delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, delle agenzie e degli enti pubblici non economici occorre l'autorizzazione all'avvio delle procedure concorsuali mediante Dpcm di concerto con il Ministro dell'economia e finanze.

Solo una volta espletati questi passaggi, l'amministrazione è in condizione di procedere alla pubblicazione del bando di concorso, strumento questo che consente di dare effettività agli importanti principi enunciati dall'art. 35, comma 3, d. lgs. n. 165/2001, in materia di pubblicità, trasparenza e oggettività delle procedure di concorso⁷⁵⁸, assurgendo, secondo la consolidata definizione di dottrina e giurisprudenziale, a *lex specialis* della procedura selettiva⁷⁵⁹.

(B) Venendo alle annunciate innovazioni normative di cui al "decreto Madia", queste appaiono complessivamente più rilevanti di quanto potrebbe apparire ad un'analisi superficiale e per di più indicano linee di tendenza che sono state approfondite, in una direzione di prevalente continuità, dalle misure di legge approvate su impulso del governo (c.d. "gialloverde") in carica.

(B.1) Primo terreno di regolazione riguarda le modalità organizzative del concorso. Rileva sul punto la nuova disposizione dell'art. 35, comma 5, dal cui tenore complessivo pare emergere una generalizzazione della direttiva legislativa in ordine alla "centralizzazione" o "aggregazione" delle procedure concorsuali per i dirigenti e le figure professionali comuni, già contenuta nell'art. 4, comma 3-*quinqies*, d.l. n. 101/2013, conv. in l. n. 125/2013 in riferimento alle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, delle agenzie e degli enti pubblici non economici⁷⁶⁰.

Orbene, col "decreto Madia" la direttiva in questione è estesa alle "restanti amministrazioni pubbliche" le quali possono a questo scopo "rivolgersi al Dipartimento della funzione pubblica e avvalersi della Commissione per l'attuazione del Progetto di Riqualificazione delle P.A. (RIPAM), di cui al decreto interministeriale 25 luglio 1994", fatte ovviamente salve le competenze delle commissioni esaminatrici⁷⁶¹.

Analogamente, trova estensione la disposizione dell'art. 4, comma 3-*septies* del d.l. n. 101/2013, che consente al bando di concorso di fissare un contributo di ammissione a carico dei candidati.

Tale novità (parziale: come detto, si è trattato della riproposizione generalizzata di una misura già vigente) attua il principio direttivo di cui all'art. 17, comma 1, lett. c), l. n. 124/2015, che sottolinea sì come l'effettuazione "delle prove in ambiti territoriali sufficientemente ampi" garantisca la "economicità dello svolgimento della procedura concorsuale", ma soprattutto (ed è questa la *ratio* prevalente della misura normativa) postula che ciò favorisca l'applicazione di "criteri di

⁷⁵⁸ Peraltro, come acclarato in giurisprudenza, il bando di concorso ha duplice natura giuridica: provvedimento da un canto e di "offerta al pubblico" dall'altro, con conseguente dovere della p.a. procedente di adempiere, in forza di questa seconda, agli obblighi dal bando derivanti secondo correttezza e buona fede contrattuale: cfr. Cass. sez. un., 13 dicembre 2017, n. 29916; Cass. 6 maggio 2015, n. 9107; Cass. 1 ottobre 2014, n. 20735; Cass. 28 novembre 2011, n. 25045; Cass. 20 gennaio 2009, n. 1399.

⁷⁵⁹ Cfr. D'Onghia, *op. ult. cit.*, 99.

⁷⁶⁰ Sfugge però a questo punto il mancato coordinamento con l'art. 35, comma 3, lett. d) d. lgs. n. 165/2001 che continua a includere, fra i principi basilici in materia di concorsi, quello del decentramento delle procedure: in tal senso v. anche Gentile, *Il reclutamento del personale pubblico*, in Esposito-Luciani-Zoppoli A.-Zoppoli L. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 2018, 107.

⁷⁶¹ Qualora si tratti di posizioni vacanti collocate nell'ambito della stessa regione, è possibile procedere con concorso unico regionale.

valutazione uniformi, per assicurare omogeneità qualitativa e professionale in tutto il territorio nazionale per funzioni equivalenti”⁷⁶².

(B.2) Un secondo nucleo di innovazione legislativa ha a che vedere con i requisiti di ammissione e/o i titoli da valutare in corso di procedura da parte della commissione giudicatrice.

A proposito dei requisiti richiesti per “specifici profili o livelli di inquadramento” la p.a. ha la possibilità di rendere vincolante il possesso del titolo di dottore di ricerca, ferma restando la necessaria valutazione del titolo di specializzazione post-universitaria, ove pertinente, fra quelli rilevanti in sede di giudizio della commissione giudicatrice (art. 35, comma 3, lett. e-ter, in attuazione dell’art. 17, comma 1, lett. f) l. n. 124/2015)⁷⁶³.

Difetta invece la soppressione del “voto minimo di laurea” come requisito di ammissione al concorso, su cui pure era stato inserito un apposito criterio direttivo in legge delega (art. 17, comma 1, lett. d), l. n. 124/2015). Il mancato intervento potrebbe avere a che fare con la posizione restrittiva che, sul punto, la giurisprudenza amministrativa tende comunemente ad assumere, considerando le clausole del bando di concorso che introducono il voto minimo di laurea, in deroga al principio di cui all’art. 2, comma 6, d.p.r. n. 487/1994, illegittime se non razionalmente giustificate dalla effettiva peculiarità della figura professionale selezionata mediante concorso⁷⁶⁴.

(B.3) Solo apparentemente defilata è la modifica dell’art. 37, comma 1, d. lgs. n. 165/2001, sicché fra le prove di concorso obbligatorie, oltre all’accertamento della conoscenza dell’uso delle apparecchiature informatiche, si annovera ora “la conoscenza della lingua inglese, nonché, ove opportuno in relazione al profilo professionale richiesto, di altre lingue straniere”.

La novità, consistente nel considerare inderogabile l’effettuazione della prova di lingua inglese (e non più di una prova di lingua a scelta, che diventa semmai ulteriore, qualora il profilo professionale lo imponga, rispetto a quella obbligatoria), è condivisibilmente funzionale ad obiettivi di efficienza e qualità nella selezione del personale, data la rilevanza globale della conoscenza dell’idioma britannico⁷⁶⁵.

Il punto, di notevole rilevanza giuridica, è però se l’art. 37, comma 1, d. lgs. n. 165/2001 configuri una modalità dell’esame, ossia di accertamento, in sede di espletamento della prova, delle competenze linguistiche, ovvero se le p.a. possano richiedere una certificazione che attesti il possesso di competenze quale “requisito di accesso” al concorso (al pari, per esempio del titolo di dottore di ricerca, alla stregua di quanto rilevato *supra*).

Orbene, già all’indomani della riforma, alcune amministrazioni pubbliche hanno applicato in modo stringente la previsione normativa introdotta dal “decreto Madia”, proprio richiedendo, fra i titoli di ammissione al concorso, la certificazione di conoscenza della lingua inglese.

⁷⁶² Cfr. Neri, *Il reclutamento nel pubblico impiego alla luce dei recenti interventi normativi*, in *Federalismi.it*, 10 ottobre 2018, 17-18.

⁷⁶³ La Commissione speciale del Consiglio di Stato, nel Parere n. 916/2017 rileva l’eccessiva timidezza del legislatore delegato sulla misura in questione, stante il carattere facoltativo e non cogente della misura; analogamente Mazzaro, Silvestro, *op. cit.*, 154; Gentile, *op. cit.*, 105.

⁷⁶⁴ Ancora da ultimo v. Tar Lazio, sez. III, 15 febbraio 2019, n. 2112.

⁷⁶⁵ V. ancora il Parere n. 916/2017 della Commissione speciale del Consiglio di Stato: “la prevalenza accordata alla lingua inglese appare ragionevole e opportuna, oltre che coerente con i principi di cui agli artt. 2, 3, comma 2, e 97 Cost., tale conoscenza rispondendo notoriamente ad un miglior funzionamento dell’amministrazione e tenendo conto peraltro che viene rimessa alla discrezionalità dell’amministrazione la previsione nel bando di concorso di altre lingue straniere in relazione ai posti messi a concorso”; in senso conforme Mazzaro, Silvestro, *op. cit.*, 156.

Per prima l'Inps, in occasione del "noto" concorso per posti di analista di processo e consulente professionale. Proprio su questa procedura concorsuale si è formata la pionieristica giurisprudenza sul nuovo testo dell'art. 37 comma 1, d. lgs. n. 165/2001.

Il Tar Lazio, che in sede cautelare aveva accolto l'istanza di sospensione del concorso da parte di aspiranti candidati privi degli attestati di conoscenza linguistica, pronunziandosi nel merito⁷⁶⁶, ha mutato giurisprudenza, ritenendo legittima la clausola del bando, sulla base di due argomenti convergenti:

i) un'interpretazione dell'art. 37, comma 1, d. lgs. n. 165/2001 resa in conformità all'art. 17, comma 1, lett. e) l. n. 124/2015, che fissava quale criterio direttivo la "previsione dell'accertamento della conoscenza della lingua inglese o di altre lingue, quale *requisito di partecipazione al concorso* o titolo di merito valutabile dalle commissioni giudicatrici, secondo modalità definite dal bando anche in relazione ai posti da coprire". In tal modo riconoscendo valide e praticabili tutte le opzioni: requisito di ammissione o titolo di merito valutabile nell'ambito della prova di concorso;

ii) il rilievo secondo cui per profili professionali specialistici e le cui mansioni prevedono rapporti costanti con soggetti internazionali, il bando può legittimamente prevedere quale requisito di ammissione la certificazione della conoscenza della lingua inglese.

Tale lettura appare ora suffragata dalle "Linee guida sulle procedure concorsuali": il par. 3, ultima parte, dopo avere precisato che l'accertamento delle competenze relative alla lingua "potranno essere oggetto, oltre che di prove di esame o in alternativa ad essa, di requisiti di ammissione", chiarisce ulteriormente che "i bandi possono richiedere una certificazione di un certo livello di conoscenza della lingua inglese, sulla base del sistema di esami diffuso a livello internazionale".

(B.4) Quarto e ultimo segmento di disciplina su cui incide il "decreto Madia" riguarda la composizione della graduatoria finale e la sua vigenza nel tempo.

Al riguardo, l'art. 6, comma 1, lett. a) d. lgs. n. 75/2017 – nell'attuare l'art. 17, comma 1, lett. c) – ha introdotto il comma 3, lett. e-bis dell'art. 35 d. lgs. n. 165/2001, prevedendo in capo alle p.a. la facoltà di "limitare nel bando il numero degli eventuali idonei in misura non superiore al 20% dei posti messi a concorso".

Tale previsione, nel consentire al bando di limitare il numero degli "idoneati", in consistenza esigua rispetto a quel che è accaduto sinora, intendeva disinnescare le conseguenze dello scorrimento tendenzialmente obbligatorio delle graduatorie concorsuali, asseverato dalla più recente giurisprudenza amministrativa.

Quest'ultima, adeguandosi all'insegnamento nomofilattico impartito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 14/2011, ha identificato un principio di *favor* per lo scorrimento della graduatoria di concorso ancora vigente, in luogo di un eventuale bando di concorso, con le uniche eccezioni, di cui si chiede alla p.a. debita motivazione, connesse alle circostanze che si tratti di profili professionali di nuova istituzione ovvero che la "nuova" procedura

⁷⁶⁶ Tar Lazio, sez. III *quater*, 1 febbraio 2018, n. 754; 8 marzo 2018, n. 2645.

selettiva sia resa necessaria dalla diversità delle materie costituenti oggetto delle prove d'esame⁷⁶⁷.

Ciò in base a un principio di economicità e celerità organizzativa e dell'azione amministrativa, che però, si badi, non è necessariamente conforme a un interesse effettivo della p.a. Infatti, a causa del proliferare, in corso di tempo, di norme di proroga che tendono a conferire ultrattività temporale alle graduatorie ben oltre il canonico "triennio" di cui all'art. 35, comma 5-ter d. lgs. n. 165/2001, si è andato sedimentando un sistema in cui le p.a. debbono quasi giocoforza attingere a graduatorie concorsuali assai risalenti nel tempo, con l'effetto di reclutare personale inevitabilmente "invecchiato" (e non solo sotto il profilo anagrafico), piuttosto che favorire l'accesso nei ranghi della p.a., grazie a nuovi concorsi, di giovani meglio preparati e "generazionalmente" motivati.

D'altro canto, sarebbe stato congruente con la richiamata *ratio* dell'intervento legislativo anche disporre "la riduzione dei termini di validità delle graduatorie", secondo un criterio direttivo contenuto nella legge delega, ma non attuato in sede di decreto delegato⁷⁶⁸.

Appare allora logicamente conseguenziale – come si vedrà fra breve – l'inclusione nella l. n. 145/2018 (l. di bilancio 2019) di misure che, nell'abrogare la disposizione del "decreto Madia", tendono a ripristinare la durata triennale delle graduatorie, fissando termini perentori per lo scorrimento delle stesse, variabili a seconda del tempo in cui queste erano state approvate⁷⁶⁹.

3.2. Le parti inattuate della l. delega n. 124/2015, ma su cui dispongono le "Linee guida sulle procedure concorsuali": svolgimento delle prove concorsuali e rilevanza dei titoli di servizio.

A completare il quadro delle nuove regole, in riferimento alle parti della delega non attuate dal d. lgs. n. 75/2017, hanno provveduto le "Linee guida di indirizzo amministrativo sullo svolgimento delle prove concorsuali e sulla valutazione dei titoli, ispirate alle migliori pratiche a livello nazionale e internazionale in materia di reclutamento del personale, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, vigente in materia" (art. 35, comma 5.2. d. lgs. n. 165/2001, introdotto dal "decreto Madia").

A definire la finalità dell'intervento mediante tale fonte è la Direttiva del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione n. 3/2018.

Queste s'inseriscono "nell'ambito di un più ampio intervento riformatore finalizzato ad aggiornare e migliorare la qualità, la professionalità e le competenze del personale che opera presso le amministrazioni pubbliche", trovando "naturale collegamento con la nuova disciplina della programmazione dei fabbisogni introdotta dal d. lgs. n. 75 del 2017" (par. 1 delle Linee guida): s'istituisce infatti un nesso fra l'individuazione delle "figure professionali effettivamente utili alle amministrazioni" e il reclutamento dei "candidati migliori, corrispondenti a quelle figure professionali".

⁷⁶⁷ Fra le più recenti cfr. Cons. Stato, sez. VI, 4 gennaio 2019, n. 103; Cons. Stato, sez. III, 3 luglio 2018, n. 4078; Tar Lazio, sez. II-bis, 28 novembre 2018, n. 11560; v. anche Cass. ord. 11 settembre 2018, n. 22080. In argomento, fra i commentatori, v. Gentile, *op. cit.*, 101; D'Onghia, *op. ult. cit.*, 107-108; per un ampio riepilogo delle questioni si rinvia a Ricci G., *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in funzione nomofilattica: il caso dello scorrimento delle graduatorie concorsuali*, in *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2015, 493 ss.

⁷⁶⁸ Lo rimarca Gentile, *op. cit.*, 102.

⁷⁶⁹ V. *infra* par. 3.3.2.

(A) Fra i principi direttivi che, non trovando attuazione *ope legis*, sono stati “ripresi” dalla Direttiva n. 3/2018, vi sono certamente quelli in materia di modalità di svolgimento delle prove di concorso.

Un importante criterio direttivo, al riguardo, è contenuto nell’art. 17, comma 1, lett. b) l. n. 124/2015, secondo il cui tenore le prove concorsuali devono privilegiare “l’accertamento della capacità dei candidati di utilizzare e applicare a problemi specifici e casi concreti nozioni teoriche”. Principio di sicuro interesse, ma difficilmente traducibile in una misura di legge.

Da qui il ripiegamento sulla Direttiva n. 3/2018, che peraltro fornisce indicazioni operative riguardanti sia “la preselezione” (par. 4) sia “le prove” (par. 6)⁷⁷⁰.

Il tratto comune è rappresentato dall’intento di privilegiare la traiettoria efficientista e qualitativa di cui si è detto più volte in precedenza, a proposito di una delle *rationes* di fondo della “riforma Madia”.

(A.1) Sulle preselezioni, la Direttiva n. 3/2018 segnala espressamente che si tratta di “coniugare le esigenze di rapidità e di imparzialità con quelle di efficienza”, giudicandosi inadeguato lo strumento (invero generalmente impiegato) delle preselezioni “sulla base di domanda a risposta multipla”, modalità che privilegia palesemente “i candidati che hanno il tempo di svolgere uno studio mnemonico, che non necessariamente corrispondono a quelli più preparati e più capaci”. Assai più conducente risulta pertanto proporre domande che includono “sia quesiti basati sulla preparazione (generale e nelle materie indicate dal bando) sia quesiti basati sulla soluzione di problemi, in base ai diversi tipi di ragionamento (logico, deduttivo, numerico)”.

(A.2) L’approccio, come detto, non è dissimile in materia di prove concorsuali. Fermo restando la contestualizzazione delle stesse in relazione “al profilo messo a concorso e alle competenze dei relativi uffici”, s’insiste, quasi ossessivamente, sulla necessità di superare un sistema di “prove concorsuali eccessivamente scolastiche o nozionistiche”, inidonee a consentire una adeguata valutazione delle attitudini del candidato.

Per far ciò occorre puntare sull’accertamento di conoscenze finalizzate ad un approccio *problem solving*. Secondo la prospettiva suggerita dalla Direttiva ministeriale ciò vale sia per le prove scritte teoriche (per esempio, chiedendo al candidato di effettuare una “composizione a partire da uno o più documenti forniti” allo stesso), sia per le prove scritte pratiche (per esempio, fornire una traccia per la “redazione di note, pareri, di atti, di grafici, soluzione di problemi di calcolo o progettazione, sintesi di documenti), sia, infine, per le prove orali (volte a verificare non solo le conoscenze, ma anche le capacità del candidato: per esempio “di contestualizzare le proprie conoscenze, di sostenere una tesi, di rispondere alle obiezioni, di mediare tra diverse posizioni”)⁷⁷¹.

(B) Capitolo a parte è dedicato alla “valutazione dei titoli”.

Se è vero che il “decreto Madia” interviene, al riguardo, su qualche aspetto concernente in prevalenza i “titoli di studio”, la Direttiva ministeriale n. 3/2018 detta orientamenti in materia di valutazione dei titoli di servizio.

⁷⁷⁰ Cfr. Neri, *op. cit.*, 19-20.

⁷⁷¹ Tale *modus operandi* in materia di modalità tecniche delle prove concorsuali ha riflessi diretti anche sulla selezione dei componenti delle commissioni giudicatrici, fermi restando naturalmente i principi-guida dettati dal d. lgs. n. 165/2001 e dal d.p.r. n. 487/1994: sul punto v. il par. 7 (“Le commissioni di concorso”) della Direttiva ministeriale n. 3/2018.

Fermo restando il necessario bilanciamento fra questi e gli altri titoli, si postulano tre criteri orientativi aventi, peraltro, reciproche connessioni.

(B.1) I titoli di servizio rischiano di essere discriminatori, specie nei confronti dei più giovani. Pertanto, occorre in primo luogo evitare di assegnare rilevanza a titoli che siano posseduti solo o prevalentemente dalla p.a. che bandisce il concorso; secondariamente, e per le stesse ragioni, l'attività lavorativa svolta può rilevare, ma solo attribuendo ad essa un punteggio massimo.

(B.2) Sarebbe altresì preferibile che l'attività lavorativa non rilevi in sé e per sé, ma solo in collegamento con le risultanze del sistema di valutazione. Ciò perché "i titoli di servizio non dovrebbero consistere semplicemente nell'aver svolto un'attività lavorativa, ma nell'averla svolta in modo meritevole, sempre che di tale meritevolezza possa darsi un criterio e un indice distintivo e significativo". Per l'appunto: tale criterio dovrebbe scaturire dall'esito del processo di valutazione della *performance*, per come validato dall'Organismo indipendente di valutazione.

(B.3) Infine, per quanto riguarda altri titoli, rilevano in specie gli incarichi che attestino particolari competenze e abilità o ancora "lavori originali verificabili, prodotti nell'ambito del servizio prestato o dell'incarico conferito".

Complessivamente, è consigliabile che le p.a. limitino, con disposizione del bando, il numero e la "qualità" dei titoli che ogni candidato deve indicare, in modo da fare emergere quelli maggiormente rilevanti, sui quali incentrare lo svolgimento della competizione.

3.3. Le misure legislative del governo "gialloverde": fra continuità e discontinuità.

3.3.1 Le disposizioni in materia di assunzioni mediante concorso.

Il principale elemento di congiunzione fra la riforma Madia e l'iniziativa legislativa del governo "gialloverde" è senz'altro costituito dal DDL recante "Interventi per la concretezza delle azioni delle p.a. e la prevenzione dell'assenteismo", presentato su iniziativa dell'attuale Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione Giulia Bongiorno.

Nel testo scaturito dall'esame dei due rami del Parlamento e che pare destinato ad essere approvato in via definitiva⁷⁷², la materia concorsuale è oggetto di misure significative (art. 3 del DDL), che paiono porsi in parziale continuità con la "riforma Madia".

A ben vedere, il dato che emerge non è tanto il ripristino, a partire dal 2019⁷⁷³, del *turn-over* integrale (art. 3, comma 1: "assunzioni (...) nel limite di un contingente di personale complessivamente corrispondente ad una spesa pari al 100 per cento di quella relativa al personale di ruolo cessato nell'anno precedente"⁷⁷⁴), trattandosi di misura già contemplata dal d.l. n. 90/2014, conv. in l. n. 114/2014, nel "programmare" la graduale fuoriuscita dal periodo di blocco delle assunzioni del personale nelle p.a.

⁷⁷² DDL C. 1433-781-A, nel testo approvato dalla Camera dei Deputati in data 10 aprile 2019.

⁷⁷³ E fermo restando che, nel frattempo, l'art. 1, comma 399, l. n. 145/2018 (l. finanziaria anno 2019) ha stabilito che "per l'anno 2019, la Presidenza del Consiglio dei ministri, i Ministeri, gli enti pubblici non economici e le agenzie fiscali, in relazione alle ordinarie facoltà assunzionali riferite al predetto anno, non possono effettuare assunzioni di personale a tempo indeterminato con decorrenza giuridica ed economica anteriore al 15 novembre 2019".

⁷⁷⁴ Per i corpi di polizia, il corpo dei vigili del fuoco, il comparto scuola e università si applicano le normative di settore. Si precisa altresì, ai sensi del comma 3, seconda parte DDL "concretezza", che le amministrazioni di cui al comma 1 possano cumulare le risorse "corrispondenti a economie da cessazione del personale già maturate, destinate alle assunzioni già maturate per un arco temporale non superiore a cinque anni, a partire dal *budget* assunzionale più risalente".

Piuttosto, s'impone il tentativo di accelerare le procedure di assunzione (c.d. concorsi *sprint*) al fine di favorire "il ricambio generazionale nella p.a.", data la "congiunzione astrale"⁷⁷⁵ determinata dalla significativa finestra di pensionamenti nel periodo 2019-2021, ora ampliata dagli effetti del provvedimento in materia previdenziale detto "quota 100" (d.l. n. 4/2019, conv. in l. n. 26/2019)⁷⁷⁶.

Ciò ha spinto il legislatore a prevedere (art. 3, comma 4 DDL "concretezza") che per il triennio appena indicato, le p.a. possano procedere ad assunzioni di vincitori di concorso o mediante scorrimento di graduatorie vigenti (pur nel limite dell'80% delle facoltà assunzionali) "saltando" a piè pari due passaggi procedurali imposti dalla vigente legislazione e in particolare: 1) l'emanazione del dpcm di autorizzazione di cui all'art. 35, comma 4, d. lgs. n. 165/2001; 2) la procedura di mobilità volontaria preventiva di cui all'art. 30 d. lgs. n. 165/2001.

L'altro versante su cui agisce il DDL è poi quello più direttamente connesso con le novità già introdotte dal decreto Madia, nella parte in cui indica partitamente le "figure professionali" che, nell'ambito del Piano del fabbisogno di personale di cui all'art. 6 d. lgs. n. 165/2001, le p.a. dovrebbero prioritariamente programmare, e cioè profili professionali aventi "elevate competenze in materia di digitalizzazione, razionalizzazione e semplificazione dei processi e dei procedimenti amministrativi, qualità dei servizi pubblici, gestione dei fondi strutturali, contrattualistica pubblica, controllo di gestione e attività ispettiva, contabilità e gestione finanziaria" (art. 3, comma 2 DDL "concretezza").

Il DDL "concretezza" interviene infine sulle modalità di nomina delle commissioni e sottocommissioni di concorso (art. 3, commi 11 ss.), nonché sulla "tipologia e le modalità di svolgimento delle prove di esame" definite "in deroga alla disciplina di cui al d.p.r. n. 487/1994" (art. 3, comma 6), per quanto su questo aspetto – e in specie sulle modalità di prove selettive e di prove d'esame scritte e orali – le esigenze di celerità paiono guidare la mano del proponente il DDL assai più di quelle di "efficienza" che erano invece state caldegiate dalle Linee guida sui concorsi.

V'è da dire che la non inusuale lungaggine delle procedure di approvazione parlamentare del DDL "concretezza" pare determinare un effetto di precoce invecchiamento di buona parte delle misure contenute nello stesso DDL. Infatti, numerose disposizioni risultano già implementate dai provvedimenti di legge adottati fra la fine del 2018 e i primi mesi del 2019⁷⁷⁷.

L'effetto controintuitivo è però costituito dal tendenziale smarrimento della coerenza di fondo che connotava il DDL "concretezza" (in parte, come detto, in continuità con il "decreto Madia") e l'affermarsi di misure che paiono mescolare, in modo tutt'altro che piano, aspetti asseritamente strutturali (o semi-strutturali) e altri con connotazione tipicamente emergenziale.

Basti pensare, in primo luogo, al profluvio di assunzioni programmate *ex lege* in una miriade di settori della p.a., o per fronteggiare esigenze propriamente emergenziali (v. il "decreto Genova" e

⁷⁷⁵ Di Filippo, *Ricambio generazionale e rinnovamento della PA: una opportunità in cerca di strategia*, in *Azienditalia*, 2019, 493.

⁷⁷⁶ Sull'opportunità del ricambio generazionale in una p.a. in cui l'anzianità media dei dipendenti pubblici supera i 50 anni di età si sofferma la Corte dei Conti nell'Audizione sul DDL in commento (sez. riunite in sede di controllo, Delibera n. 20/2018). In argomento v. le riflessioni di D'Onghia, *Il fabbisogno del personale pubblico*, cit., 435-437; Talamo, *Il pubblico impiego*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, 177.

⁷⁷⁷ Risulta ulteriormente, al riguardo, del tutto inutile la delega relativa alle misure in materia di concorsi contenuta nel DDL sul miglioramento delle p.a., facendo riferimento a profili di disciplina già implementati, in forza delle normative sopravvenute.

il “decreto sicurezza”, ma anche alcune disposizioni contenute nella l. di bilancio 2019), ovvero per ovviare agli effetti di precoce “svuotamento” degli organici delle p.a. indotti dal provvedimento su “quota 100”⁷⁷⁸.

Posto che il ripristino del *turn-over* al 100%, come detto già discendente dal d.l. n. 90/2014, viene espressamente ribadito nella l. di bilancio 2019 (a sua volta anticipando già su questo punto il DDL “concretezza”), va sottolineato come le assunzioni “straordinarie” rilevano quasi sempre in regime di sommatoria rispetto a quelle ordinarie (con effetto di sostituzione integrale del personale cessato dal servizio)⁷⁷⁹, essendo basate su dotazioni organiche a volte direttamente incrementate dal legislatore o per la cui revisione (come si sa indispensabile a fini di determinazione del “vincolo finanziario” di riferimento) si rinvia alla p.a. interessata⁷⁸⁰.

Vengono inoltre anticipati gli effetti del DDL “concretezza” anche in riferimento all’accelerazione delle procedure di assunzione.

L’art. 1, comma 360 l. di bilancio 2019, in particolare, rinvia al decreto di cui al comma 300 la definizione delle “modalità semplificate”, ovvero senza previa procedura di mobilità e con utilizzo delle procedure concorsuali “aggregate” di cui all’art. 35, comma 5.2., d. lgs. n. 165/2001.

Posto che, nelle more del decreto attuativo, le procedure di concorso restano quelle di cui alla legislazione vigente, ci ha pensato il legislatore a prevedere un’attuazione ulteriormente anticipata delle misure di accelerazione, pur sempre in una logica “particolaristica”, legata cioè a singoli comparti dell’amministrazione centrale.

In particolare, nella l. n. 26/2019, “per far fronte alle gravi scoperture di organico” derivanti dall’attuazione delle misure su “quota 100”, si stabilisce che alcune amministrazioni statali (Uffici giudiziari, Ministero per i beni e le attività culturali) possano reclutare personale secondo le modalità di accelerazione e semplificazione già previste dal DDL “concretezza”, sia “saltando” le fasi preliminari (decreto autorizzatorio e procedura preventiva di mobilità volontaria), sia semplificando le procedure di nomina delle commissioni di concorso e le stesse fasi di svolgimento dei concorsi⁷⁸¹.

Particolare attenzione viene poi dedicata dal legislatore agli enti locali e alla Sanità: *i)* per quanto concerne regioni ed enti locali, ancora la l. n. 26/2019 ha previsto che sia possibile computare nella “capacità assunzionale per ciascuna annualità” sia le cessazioni dal servizio nell’anno precedente, sia quelle “programmate” nella medesima annualità di riferimento, per quanto poi le assunzioni “scatteranno” solo a seguito dell’effettiva cessazione del rapporto di lavoro; *ii)* per quanto riguarda invece la Sanità⁷⁸², la novità consiste sempre nel prevedere, a fini di capacità

⁷⁷⁸ Per una compiuta rassegna dei vari provvedimenti v. Di Filippo, *op. cit.*, 494-495; cfr. anche Niglio, *Le assunzioni di personale nella P.A. nella legge di bilancio 2019*, in *LexItalia.it*, 27 febbraio 2019.

⁷⁷⁹ Il che già di per sé implica un effetto moltiplicativo sui nuovi ingressi, dato che la retribuzione di ingresso di un nuovo assunto è ovviamente inferiore a quella di un dipendente anziano: in tal senso anche Talamo, *op. cit.*, 178.

⁷⁸⁰ Ancora Talamo, *op. cit.*, 178 ss.

⁷⁸¹ Va richiamato al riguardo, peraltro quanto disposto dal d. lgs. n. 15/2019 (che recepisce una direttiva UE in materia di marchi d’impresa). Dopo avere introdotto (art. 36, comma 1) la “consueta” norma autorizzativa di assunzioni in deroga di personale presso il Ministero dello Sviluppo economico (“al fine dello svolgimento dei nuovi incrementali adempimenti derivanti dall’attuazione del decreto”), si stabilisce infatti che tali assunzioni “sono effettuate in deroga agli artt. 30, comma 2-bis e 35, comma 4, d. lgs. n. 165/2001”, con ciò “saltando” sia la procedura di previa mobilità volontaria, sia quella di preventiva mobilità dei dipendenti in esubero e collocati in disponibilità.

⁷⁸² Ove appare particolarmente dirimente l’effetto “quota 100”: v. Gobbi, *Legge Fornero e quota 100: 25mila medici pronti alla pensione*, in *Il Sole 24 Ore*, 4 marzo 2019.

assunzionale, le “cessazioni di personale che intervengono in corso d’anno”, purché in linea con la programmazione regionale e con la programmazione triennale dei fabbisogni approvati dalle regioni di appartenenza.

In questa sequela di provvedimenti s’inserisce infine l’art. 33, d.l. n. 34/2019 (c.d. decreto crescita) che agisce a sua volta in senso espansivo sulle facoltà assunzionali di regioni ed enti locali, facendo leva tuttavia su una modalità nuova: l’individuazione di percentuali eccedenti il *turn-over* integrale, sulla base di un criterio di sostenibilità finanziaria di nuove assunzioni che tenga conto del rapporto tra spesa di personale e “voci” di bilancio in entrata, quali le entrate correnti (tributarie, contributive e perequative), i trasferimenti correnti e le entrate extratributarie.

Ciò al fine, come si è sottolineato, di aprire ai comuni virtuosi, dopo anni di tagli e blocchi lineari, *chance* occupazionali inedite, imponendo per contro tetti percentuali al *turn-over* per i comuni non virtuosi⁷⁸³.

3.3.2. Le disposizioni in materia di progressivo esaurimento dello scorrimento delle graduatorie concorsuali.

Ulteriori disposizioni sono introdotte dalla l. di bilancio 2019 in materia di graduatorie concorsuali e disciplina dello scorrimento.

In questo caso, appare più nitido il rapporto di continuità con il “decreto Madia”, che, sul punto, si era mostrato timido, limitandosi, come si ricorda, a una blanda previsione in materia di limiti percentuali agli idoneati nei concorsi.

Il fatto che l’art. 1, comma 364, l. di bilancio 2019 abroghi *tout court* tale disposizione, sembra indicare che la direzione intrapresa dal legislatore è più nettamente volta, come del resto espressamente dichiarato, a “ripristinare gradualmente la durata triennale della validità delle graduatorie dei concorsi di accesso al pubblico impiego” (art. 1, comma 362 l. di bilancio 2019).

Il disegno di ricondurre la “durata” delle graduatorie entro il limite fisiologico del “triennio” di efficacia successiva all’approvazione, come originariamente previsto dall’art. 35, comma 5-ter, d. lgs. n. 165/2001, si articola in due passaggi.

Anzitutto, si dispone espressamente (art. 1, comma 361, l. di bilancio, come modificato dall’art. 14-ter l. n. 26/2019) che, a partire dal 2019, si ricoprono i posti messi a concorso, intendendo per tali anche quelli che si rendono disponibili entro i tre anni di validità dello stesso in conseguenza della mancata costituzione o dell’avvenuta estinzione del rapporto di lavoro con i candidati dichiarati vincitori⁷⁸⁴.

Secondariamente, il legislatore si preoccupa, del tutto condivisibilmente, di “schedare” la durata delle graduatorie da cui attingere in modo progressivo sino al definitivo esaurimento delle stesse, in modo che, al termine della fase provvisoria – e nell’auspicio che nel frattempo il legislatore, magari per bieche ragioni clientelari, non abbia a pentirsene, mettendo in campo una nuova

⁷⁸³ Oliveri, *Decreto crescita: nuove regole per le assunzioni valorizzano l’autonomia dei comuni*, <https://luigioliveri.blogspot.com/2019/04/decreto-crescita-nuove-regole-per-le.html>

⁷⁸⁴ La modifica introdotta dall’art. 14-ter l. n. 26/2019 codifica le prime interpretazioni della disposizione contenuta nella legge di bilancio: v. segnatamente Grandelli, Zamberlan, *Le novità nella gestione delle risorse umane degli enti locali introdotte dalla legge di bilancio 2019*, in *Azienditalia*, 2019, 177.

stagione di “proroghe” – sia pienamente ripristinata, come detto prima, la fisiologica triennalità delle medesime (art. 1, comma 362, l. di bilancio 2019)⁷⁸⁵.

4. Il terzo pilastro (*rectius*: il puntello) della riforma: le stabilizzazioni come strumento di “superamento del precariato” nelle p.a.

Se le misure in materia di programmazione del fabbisogno di personale e concorsi rappresentano, sul versante macro-organizzativo, i due pilastri portanti della “riforma Madia” (consolidati, per certi versi, dagli interventi legislativi successivi), la peculiare forma di reclutamento regolata dall’art. 20 d. lgs. n. 75/2017 e intitolata “Superamento del precariato nelle pubbliche amministrazioni” ne costituisce, per proseguire nella metafora “edilizia”, una sorta di “puntello”, volto a consentire – al ricorrere di determinate condizioni – la stabilizzazione delle posizioni lavorative di chi ha operato per un arco di tempo pluriennale nella p.a. in forza di contratti di lavoro flessibile.

Si tratta, come può intendersi, del nuovo episodio di una saga che ha avuto inizio oltre 10 anni or sono, con le stabilizzazioni introdotte dalle leggi finanziarie per gli anni 2007/2008⁷⁸⁶ e poi proseguita, con alterne vicende, fino all’ultimo rilevante provvedimento, ossia il d.l. n. 101/2013⁷⁸⁷.

L’art. 20, comma 1, del “decreto Madia”⁷⁸⁸ enuncia con chiarezza le finalità delle misure di stabilizzazione (che si proiettano sul triennio 2018-2020 e vanno implementate “in coerenza con il piano triennale dei fabbisogni di cui all’art. 6, comma 2, d. lgs. n. 165/2001 e con l’indicazione della relativa copertura finanziaria”): *i)* superare il precariato; *ii)* ridurre il ricorso ai contratti a termine; *iii)* valorizzare la professionalità acquisita dai dipendenti con rapporto di lavoro a tempo determinato⁷⁸⁹.

V’è pertanto l’*input* ad attuare, con questa nuova tornata di stabilizzazioni, un principio di razionalizzazione delle dotazioni di personale, che evoca l’esigenza di rimediare all’abuso nell’impiego di forza lavoro, negli enti pubblici, con tipologie di lavoro flessibile. Al contempo, emerge, ancora una volta, l’istanza di efficienza dell’azione amministrativa, connessa

⁷⁸⁵ Le graduatorie 2010-2013 sono considerate valide sino al 30 settembre 2019, a condizione che i soggetti inseriti in graduatoria frequentino corsi di formazione e aggiornamento organizzati dall’amministrazione precedente e che superino un esame-colloquio finalizzato a verificare se lo stesso abbia ancora le conoscenze adeguate per svolgere la mansione di assunzione. Per il resto si procede con scadenze programmate nel seguente modo: le graduatorie del 2014 possono essere oggetto di scorrimento entro il 30 settembre 2019; del 2015 entro il 31 marzo 2020; del 2016 entro il 30 settembre 2020; del 2017 entro il 31 marzo 2021; del 2018 entro il 31 dicembre 2021: in argomento, v. Di Filippo, *op. cit.*, 496-497; Grandelli, Zamberlan, *op. cit.*, 178; Talamo, *op. cit.*, 181-182.

⁷⁸⁶ L. n. 296/2006 e l. n. 244/2007.

⁷⁸⁷ Nel mezzo si situano il d.l. n. 78/2009, conv. in l. n. 102/2009, nonché l’art. 1, comma 401 l. n. 228/2012, che introdotto nel corpo dell’art. 35 d. lgs. n. 165/2001 il comma 3-*bis*: per esaustive rassegne del *corpus* normativo v. D’Aponte, *Razionalizzazione della spesa pubblica e stabilizzazione dei precari nella pubblica amministrazione: le ragioni di un equivoco*, in *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2013, 576 ss.; Cimino, *I limiti al reclutamento di personale precario e i loro effetti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, 914; Garilli, *Misure di contrasto al precariato e stabilizzazioni del personale*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2018, 86 ss.; Cosmai, *Il variegato mondo delle “stabilizzazioni” dopo la riforma Madia e la “piramide” della legge di stabilità per il 2018*, in *Azienditalia*, 2018, 45.

⁷⁸⁸ Adottato in attuazione dell’art. 17, comma 1, lett. a), l. n. 124/2015.

⁷⁸⁹ Su quest’ultimo profilo v. A. Alaimo, *Dalla “riforma Madia” al “decreto dignità”. Le (poche) novità e le (molte) aporie della disciplina del lavoro a tempo determinato e delle collaborazioni autonome nel settore pubblico*, in questo Volume.

all'aspirazione della p.a. di non disperdere un patrimonio, in termini di risorse umane e cognitive, progressivamente formatosi all'interno dei ranghi delle amministrazioni pubbliche⁷⁹⁰.

Sotto il profilo tecnico, il legislatore della "riforma Madia" sembra ritornare, per certi versi, all'ispirazione che aveva connotato la prima stagione delle stabilizzazioni, ex leggi finanziarie 2007/2008⁷⁹¹.

In particolare, il comma 1 dell'art. 20 introduce la c.d. "stabilizzazione diretta o automatica", di cui può fruire il personale che alla data del 28 agosto del 2015 (di entrata in vigore della legge delega) risulti in servizio con contratto di lavoro a tempo determinato presso l'amministrazione che procede all'assunzione per almeno un giorno di lavoro (*primo requisito*)⁷⁹²; il personale interessato deve avere, a monte, superato una procedura concorsuale in relazione alle medesime attività per le quali si viene stabilizzati (cioè medesime mansioni dell'area o categoria professionale di appartenenza), essendo possibile che questo concorso sia stato espletato e superato presso una p.a. diversa da quella che intende assumerlo (*secondo requisito*); infine, occorre avere maturato, al 31 dicembre 2017, almeno tre anni di servizio, anche non continuativi negli ultimi otto anni, precisandosi che, in caso di passaggio da una p.a. a un'altra per riordino o soppressione di enti, si considera anche il periodo maturato presso l'amministrazione di provenienza (*terzo requisito*).

Non sfugge come tale meccanismo di assunzione diretta si ponga *in limine* in punto di compatibilità con l'art. 97 Cost. Tuttavia, il Consiglio di Stato, nel Parere n. 916/2017 (pag. 57) ha espressamente sottolineato che la "deroga" al principio di concorsualità va intesa come funzionale a un interesse pubblico non irragionevole, costituito dall'esigenza che l'amministrazione pubblica si faccia carico della "posizione di quanti, per anni e magari per decenni, hanno prestato attività lavorativa (...) con contratti di lavoro flessibile". Per quanto poi, si precisa, la deroga al principio del pubblico concorso sia in realtà ridimensionata dal fatto che si tratta di personale già assunto mediante procedura concorsuale (*secondo requisito* prima richiamato)⁷⁹³.

Il secondo canale di stabilizzazione, regolato dal comma 2 dell'art. 20, d. lgs. n. 75/2017, solo impropriamente può definirsi tale. Si tratta, invero, della facoltà che il legislatore assegna alle p.a. di bandire "procedure concorsuali riservate", nella misura del 50% dei posti disponibili, a

⁷⁹⁰ Preme ricordare che il "decreto Madia" fa riferimento all'esigenza di valorizzazione della professionalità "interne" del personale anche nell'art. 22, comma 15, d. lgs. n. 75/2017, che consente alle p.a., per il triennio 2018-2020, di "attivare, nei limiti delle vigenti facoltà assunzionali, procedure selettive per la progressione tra le aree riservate al personale di ruolo, fermo restando il possesso dei titoli di studio richiesti per l'accesso dall'esterno". Si tratta dunque di progressioni di carriera "riservate" a personale di ruolo, da contenersi entro il limite del 20 per cento dei posti previsti nei piani dei fabbisogni come nuove assunzioni per la relativa area o categoria. Precisa peraltro il legislatore che "l'attivazione di dette procedure selettive riservate determina, in relazione al numero di posti individuati, la corrispondente riduzione della percentuale di riserva di posti destinata al personale interno, utilizzabile da ogni amministrazione ai fini delle progressioni tra le aree di cui all'art. 52 d. lgs. n. 165 del 2001", in modo da rendere sostanzialmente "neutro" l'impatto delle progressioni "in deroga". Sulla computabilità della quota riservata del 20% del personale "per testa" e non "per spesa", dovendo inoltre l'ente effettuare i relativi calcoli in riferimento all'intera durata del Piano dei fabbisogni, v. Corte Conti, sez. reg. controllo Puglia, 23 marzo 2018, n. 42, su cui il commento di Monaco, *Le progressioni verticali "transitorie"*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, 242 ss. Per qualche considerazione in argomento, v. inoltre Guizzardi, *Le progressioni di carriera: quali nuove possibilità?*, in *Azienditalia – Il Personale*, 2017, 551 ss.; Alesio, *Le progressioni "verticali": dalle "espropriazione contrattuale" alla riforma Madia*, in *Comuni d'Italia*, 2018, nn. 4-5, 11 ss.

⁷⁹¹ In tal senso anche Guizzardi, *Gli indirizzi operativi in materia di valorizzazione dell'esperienza professionale del personale con contratto di lavoro flessibile della circolare Madia*, in *Azienditalia*, 2018, 56; Garilli, *op. cit.*, 93.

⁷⁹² Precisa peraltro la Circolare del Ministro per la semplificazione e la p.a. n. 3/2017 che la normativa si applica anche al soggetto che all'atto dell'avvio delle procedure di assunzione a tempo indeterminato non risulti più in servizio, fermo restando che ha priorità nelle stabilizzazioni il personale in servizio alla data di entrata in vigore del d. lgs. n. 75/2017.

⁷⁹³ In tal senso, del resto, la stessa giurisprudenza della Corte Costituzionale: v., con riferimento alle stabilizzazioni ex l. finanziaria 2007, Corte Cost. ord. 13 marzo 2009, n. 70.

personale che sia titolare, alla data del 28 agosto 2015 (entrata in vigore della legge delega) di un contratto di lavoro flessibile presso l'amministrazione che bandisce il concorso (*primo requisito*) e che alla data del 31/12/2017 abbia maturato almeno tre anni di contratto anche non continuativi, negli ultimi otto presso l'amministrazione che bandisce il concorso (*secondo requisito*)⁷⁹⁴.

Posto che si tratta di un meccanismo che ricalca, in larga parte, il sistema speciale di reclutamento già regolato dall'art. 35, comma 3-*bis*, d. lgs. n. 165/2001⁷⁹⁵, esso è assai meno problematico, rispetto al primo, dal punto di vista della congruità con i principi costituzionali ex art. 97, come sottolinea ancora il Consiglio di Stato nel Parere n. 916/2017 (pag. 58)⁷⁹⁶.

Dal confronto fra i due strumenti⁷⁹⁷ ex art. 20 del "decreto Madia" emerge peraltro una differenza assai significativa: le "stabilizzazioni automatiche" coinvolgono, secondo il disposto di legge, lavoratori in servizio "con contratti a tempo determinato"; le "stabilizzazioni mediante quote riservate", invece, si riferiscono a chi "risulti titolare di un contratto di lavoro flessibile".

Tale essenziale elemento distintivo è stato, tuttavia, decisamente ridimensionato dalla prassi interpretativa ministeriale, dapprima, e dalla primissima giurisprudenza formatasi sulle stabilizzazioni nel "decreto Madia", dopo.

La circolare ministeriale n. 3/2017 ha infatti precisato che per il computo del triennio "utile" alla definizione del secondo requisito di cui all'art. 20, comma 1, d. lgs. n. 75/2017, possono computarsi "tutti i rapporti di lavoro prestato direttamente con l'amministrazione, anche con diverse tipologie di contratto flessibile"⁷⁹⁸, con il limite per cui le mansioni "devono riguardare attività svolte o riconducibili alla medesima area o categoria professionale" ai fini dell'inquadramento successivo alla stabilizzazione⁷⁹⁹.

Una posizione che, secondo attenta dottrina, testimonia di un significativo cambio di strategia nei confronti di determinate categorie di lavoratori flessibili, quale in particolare quella dei co.co.co, connotata da particolare debolezza contrattuale, eppure rivelatasi decisamente funzionale alle esigenze organizzative delle p.a. in tempi di blocchi assunzionali: lavoratori che, nelle precedenti "stagioni" delle stabilizzazioni, erano stati spesso e volentieri collocati in posizione defilata in seno ai meccanismi legislativi di stabilizzazione e ora, se pure attraverso una non scontata

⁷⁹⁴ Com'è noto, la diversità fra i sistemi di stabilizzazione si riflette sul riparto di giurisdizione in caso di controversia: la causa sulla stabilizzazione automatica, proprio in quanto riguardante una modalità di assunzione relativa a soggetti che, a monte, sono già stati "selezionati" mediante procedura selettiva, è rimessa alla giurisdizione del giudice ordinario, trattandosi di accertare o verificare l'esistenza dei requisiti o titoli per l'ammissione al beneficio; per contro, la controversia sulle stabilizzazioni mediante quote di riserva, investendo aspetti della procedura selettiva, è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo (in tal senso, proprio con riferimento ai due regimi introdotti dal "decreto Madia", cfr. Cons. Stato, sez. III, 30 novembre 2018, n. 6821; Tar Sicilia, sez. I, 30 aprile 2019, n. 1177; Tar Lazio, sez. II-*ter*, 19 aprile 2019, n. 5135).

⁷⁹⁵ Le differenze sono sostanzialmente due: il meccanismo di cui all'art. 20, comma 2, del "decreto Madia" riferisce la quota di riserva ai lavoratori con contratti di lavoro flessibile, mentre l'art. 35, comma 3-*bis* d. lgs. n. 165/2001 attiene ai "rapporti di lavoro subordinato a tempo determinato"; d'altra parte, quest'ultima disposizione prevede un ulteriore sistema di valorizzazione dell'esperienza professionale maturata da personale che abbiano, alla data di emanazione del bando, maturato almeno tre anni di contratto di lavoro flessibile, sotto forma di "apposito punteggio" da valutare nel concorso per titoli ed esami.

⁷⁹⁶ V. già in tal senso Battini, *La stabilizzazione dei precari*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, 919.

⁷⁹⁷ Che secondo la circolare ministeriale n. 3/2017 "hanno una disciplina che sottende un interesse prevalente rispetto alla mobilità prevista dall'art. 30 d. lgs. 165/2001 che, conseguentemente, non è da svolgere in via propedeutica all'avvio delle relative procedure. Rimane, invece, prevalente la posizione giuridica alla ricollocazione del personale in disponibilità ed è, pertanto, necessario adempiere a quanto previsto dall'art. 34-*bis* d. lgs. n. 165/2001".

⁷⁹⁸ Con esclusione, per espressa previsione di legge, dei lavoratori in somministrazione.

⁷⁹⁹ *Contra* Fiorillo, *La stabilizzazione del personale precario*, in Esposito-Luciani-Zoppoli A.-Zoppoli L. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 2018, 172-173.

interpretazione ministeriale, vengono per certi versi assimilati ai dipendenti con contratto di lavoro a tempo determinato ai fini dell'accesso alla stabilizzazione automatica⁸⁰⁰.

Una conferma di questo mutato atteggiamento deriva dalla sentenza del Tar Lazio che – in riferimento al personale precario degli enti di ricerca, ma con un approccio esegetico logicamente estensibile alla generalità dei lavoratori – ha convalidato la lettura “estensiva” contenuta nella circolare ministeriale⁸⁰¹.

Infine, a completamento del disegno politico teso a riproporre, per i prossimi anni, meccanismi di stabilizzazione, vanno richiamate alcune disposizioni della l. n. 145/2018 (l. di bilancio 2019)⁸⁰², riguardanti stavolta i lavoratori socialmente utili e i lavoratori di pubblica utilità.

Si tratta dell'art. 1, commi 446-448 l. di bilancio 2019, che, in riferimento al triennio 2019-2021, introducono la facoltà delle p.a. di procedere all'assunzione a tempo indeterminato di questi lavoratori, anche con contratto di lavoro *part-time*, nei limiti della dotazione organica e del piano di fabbisogno di personale e in presenza di requisiti di disponibilità finanziaria, possesso di determinati requisiti di anzianità di servizio e, soprattutto, a fronte del superamento di “procedure concorsuali riservate, per titoli ed esami, dei lavoratori da inquadrare nei profili professionali delle aree o categorie per i quali è richiesto il titolo di studio superiore a quello della scuola dell'obbligo”⁸⁰³.

5. Conclusioni.

Il fatto di aver messo mano, nel sempiterno cantiere della riforma del lavoro pubblico, ad alcuni fondamentali istituti della struttura macro-organizzativa della p.a. – pur entro i limiti di compatibilità con i principi costituzionali – è, per il legislatore della “riforma Madia” (e, specie per alcuni aspetti di continuismo, anche per il governo “gialloverde”) un titolo di merito, per come si è cercato di evidenziare nel corso di questo saggio.

Restano tuttavia significative criticità di fondo, che paiono riconducibili alla sussistenza di *antinomie* interne ai processi di riforma, che risultano difficilmente componibili, e che rischiano di minare l'equilibrio complessivo del sistema.

i) La *prima antinomia* è fra il primato della nuova programmazione “flessibile” e l'esigenza di fare ripartire al più presto le procedure di reclutamento.

Uno dei punti di forza della “riforma Madia” è certamente costituito dal tentativo di rimettere al centro delle funzioni delle p.a., in un contesto di risorse finanziarie finalmente “crescenti”, la programmazione dei fabbisogni e degli organici del prossimo futuro, tenendo anche conto dei cambiamenti in atto, per molti versi epocali, e dei loro riflessi sulla “selezione” delle competenze e delle professionalità richieste, ai fini di una sempre più efficiente erogazione di servizi pubblici.

⁸⁰⁰ Fontana, *La strana storia delle stabilizzazioni dei lavoratori precari nel settore pubblica*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2018, 33 e *passim*.

⁸⁰¹ Tar Lazio, sez. III-*bis*, 19 ottobre 2018, n. 10158.

⁸⁰² Art. 1, commi 446-449, l. di bilancio 2019.

⁸⁰³ Mentre, per i lavoratori da inquadrare nei profili professionali delle aree o categorie per le quali è sufficiente il titolo di studio della scuola dell'obbligo, basta l'espletamento di “selezioni riservate, mediante prova di idoneità”: per un commento sulla nuova disciplina v. Grandelli, Zamberlan, *op. cit.*, 183-184; Talamo, *op. cit.*, 180-181.

In questa primissima fase, tuttavia, l'ansia di "rimettere in moto la macchina delle assunzioni nel pubblico impiego", dopo un lungo periodo di austerità e di "blocco", sembra fare premio sulla logica di una programmazione adeguata e lungimirante, dando impulso – come si è visto specie a proposito dei molteplici provvedimenti assunti negli ultimi mesi – a meccanismi di reclutamento che sostituiscono, come si è suggestivamente notato, "ai tagli lineari le assunzioni lineari"⁸⁰⁴.

ii) La *seconda antinomia* è fra il primato di sistemi concorsuali basati sul merito "reale" e non solo "presunto" e le esigenze di accelerazione dei concorsi, che spingono a privilegiare modalità semplificate, col risultato di rinviare ancora una volta a modelli di prove concorsuali eminentemente "mnemonici e nozionistici". Direzione questa verso cui muovono, anche in tal caso, alcune misure contenute in vari provvedimenti del governo "gialloverde", in contraddizione con quanto postulato in particolare dalle "Linee guida" in materia di concorsi⁸⁰⁵.

iii) La *terza antinomia* è fra il primato del concorso come strumento di reclutamento e i sistemi che tendono a valorizzare le professionalità in essere. In questo caso, peraltro, la contraddizione è quasi *in rerum natura*, posto che è difficile per il legislatore non tenere conto di alcuni dati della realtà fattuale e giuridica.

Il riferimento è, in primo luogo, all'esistenza di graduatorie concorsuali a volte risalenti nel tempo, ma su cui si è formata una aspettativa giuridica in capo agli idoneati che non può essere "azzerata" *ex abrupto*. Dunque, bene ha fatto il governo "gialloverde" ad adottare misure volte a favorire il progressivo esaurimento delle graduatorie in essere, completando un capitolo di riforma avviato, ma poi non perseguito, dal Ministro Madia.

D'altro canto, non sfugge l'eterno ritorno alle stabilizzazioni: anche in questo caso in una prospettiva che rende pressoché ineludibile per le p.a. tenere conto di professionalità formatesi nei ranghi amministrativi, dei cui destini le amministrazioni non possono non farsi carico.

Ambedue i "vincoli" in capo alla p.a. contrastano, peraltro, non poco con l'esigenza di ricambio generazionale invocato da più parti a gran voce, chiamando a un delicato temperamento fra finalità differenti.

iv) La *quarta antinomia* è fra l'implementazione dei sistemi di reclutamento nel "nuovo" sistema e il *deficit* dei sistemi di formazione nelle p.a.

Nel momento in cui, pur fra molteplici contraddizioni, si riavvia un processo di ricostruzione su basi nuove degli organici della p.a., occorre avere consapevolezza che, in mancanza di adeguate politiche di formazione del personale, si profila il rischio che, nel medio – lungo periodo, ci si ritrovi in una condizione di criticità, sotto il profilo dell'efficienza del personale, non dissimile da quella attuale.

Non è certo solo un problema di volontà delle singole amministrazioni, spesso peraltro poco attente all'implementazione di solidi programmi di formazione, qualificazione e riqualificazione del personale. Servono anche concreti investimenti per un sistema di "apprendimento

⁸⁰⁴ Cassese, *Decine di migliaia di assunzioni con molta imperizia e 4 difetti*, in *Il Corriere della Sera*, 13 maggio 2019; v. anche Id., *"Rifare le piante organiche: concorsi sbagliati, controlli finti"*, in *La Repubblica – A&F*, 5 novembre 2018; nonché Verbaro, *L'addio al turnover senza riorganizzazione non cambia le sorti dell'amministrazione*, in *Il Sole 24 Ore*, 8 aprile 2019.

⁸⁰⁵ Ancora Cassese, *op. cit.*

permanente” che è ormai fattore imprescindibile per contrastare, anche nelle amministrazioni pubbliche, i fenomeni di veloce obsolescenza delle conoscenze e del “saper fare”.

Diversamente, non ci sarà riforma delle politiche programmatiche e di reclutamento che potrà dirsi efficace, se non nel breve periodo.

La regolazione asintotica del licenziamento:
ratio ed effetti della differenziazione tra lavoro pubblico e lavoro privato

Loredana Zappalà

1. La disciplina del licenziamento tra tendenze di ri-pubblicizzazione centrifughe e tentativi di ricostruzione sistemica.	214
2. Il protagonismo della regolazione <i>command and control</i> e il <i>deficit</i> di autonomia disciplinare della dirigenza.	215
3. Le fattispecie “tipizzate” di licenziamento: il tentativo di oggettivizzazione della responsabilità.	219
3.1. Il licenziamento per scarso rendimento: oggettivizzazione <i>versus</i> efficienza, uno a zero.	221
4. <i>Ratio</i> e paradossi della tutela reintegratoria generalizzata.	223
4.1. La lettura panpubblicistica della reintegra quale rimedio unico a protezione dell’interesse pubblico...	225
4.2. ...e la sua presunta «costituzionalizzazione».	226
4.3. Debolezza argomentativa della lettura panpubblicistica.	228
4.4. L’opportunità di una lettura “lavoristica” della reintegra anche nel pubblico impiego.	230
4.5. Punti di equilibrio e criticità dell’operazione di bilanciamento parametrata alla complessità organizzativa delle p.a.	233
5. Differenziazioni irragionevoli e ingiustificate: il licenziamento discriminatorio e il licenziamento ritorsivo “tipizzato” del <i>whistleblower</i> .	236

1. La disciplina del licenziamento tra tendenze di ri-pubblicizzazione centrifughe e tentativi di ricostruzione sistemica.

Nell'ultimo decennio la disciplina del licenziamento nel pubblico impiego è stata oggetto di una pluralità di interventi legislativi, per lo più animati – in una logica spesso emergenziale – dalla finalità di «ripulire l'immagine della PA, sull'onda dell'emotività indotta da fenomeni di malcostume e illegalità balzati agli onori della cronaca»; fenomeni riconducibili ai frequenti e noti casi dei cosiddetti “furbetti del cartellino”⁸⁰⁶. L'onda punitiva emozionale che ha condotto alle riforme⁸⁰⁷ ha impedito al legislatore un pacato ripensamento della disciplina del licenziamento nel lavoro pubblico e delle eventuali ragioni di una differenziazione pubblico-privato, che avrebbe invece rappresentato l'occasione per l'iniezione di spinte efficientiste⁸⁰⁸, non meramente finalizzate – in un'ottica moralizzatrice- all'incremento di «obbligazioni speciali di *status*»⁸⁰⁹.

Il tema del licenziamento, tuttavia, è stato oggetto di una tensione centrifuga che ha indotto il legislatore a una serie di interventi sull'istituto ispirati, da una parte, dalla necessità di dare risposta alle “pulsioni di forza”⁸¹⁰ nei confronti dei furbetti⁸¹¹, dall'altra, di colmare il vuoto normativo (presunto o reale) venutosi a creare dopo la modifica dell'art. 18 dello Statuto e del conseguente acceso contrasto giurisprudenziale sul regime rimediale applicabile in caso di accertamento giudiziale della illegittimità del licenziamento.

In entrambi i casi, come si chiarirà nelle pagine che seguono, il dibattito che ha accompagnato il frammentato processo di riforma del licenziamento si è sedimentato all'ombra della tesi (dottrinale e giurisprudenziale) della necessaria ri-pubblicizzazione del lavoro alle dipendenze delle p.a., che però, nel caso di specie, è stato sottoposto alla tensione di due diverse forze centrifughe, entrambe derivanti dalla presunta diversità ontologica fra datore di lavoro pubblico e datore privato: da una parte, la necessità, avvertita come impellente, di licenziare chiunque abbia provocato un danno reputazionale alla p.a., dall'altra, quella – per un verso antitetica alla prima- di preservare il presunto interesse generale della p.a. medesima a reintegrare i lavoratori illegittimamente licenziati (magari solo per un vizio procedurale), anche a fronte di condotte potenzialmente molto gravi.

⁸⁰⁶ Così M. Militello, *Etica comportamentale, procedimento disciplinare e sanzioni. L'homo novus nel pubblico impiego?* in questo Volume. Sulla finalità emergenziale, v. pure la ricostruzione di S. Mainardi, *Il licenziamento disciplinare per falsa attestazione di presenza in servizio*, in GDA, 2016, p. 585 ss.; M. Quaranta, *Illeciti rilevanti e tipologia di sanzioni*, in M. Esposito e al. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. nn. 74 e 75 2017 (cd. riforma Madia)*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 233 ss.

⁸⁰⁷ Sul lungo processo di riforme, v. B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico: la 'legge Madia' e oltre (Miti, retoriche, nostalgie e realtà nell' 'eterno ritorno' allo statuto speciale del lavoratore pubblico)*, in questo Volume; R. Voza, *Il riassetto del sistema disciplinare nel lavoro pubblico*, in LPA, 2018, p. 1 ss. che distingue fra le riforme paragonabili a veri e propri «terremoti» (quelle del biennio 1992-1993, e quella del 2009), e quelle più simili a semplici «scosse di assestamento» (quelle successive al 2015). Sulla *ratio* della «quarta riforma» del lavoro pubblico, v. L. Zoppoli, *Perché una quarta riforma del lavoro pubblico?* in questo Volume.

⁸⁰⁸ Sulle origini del dibattito sul licenziamento dei “nullafacenti” e sulla proposta, alternativa, di una riconsiderazione in chiave efficientista del ruolo della dirigenza pubblica come datore di lavoro, si rinvia a B. Caruso – L. Zappalà, *La riforma “continua” delle Pubbliche amministrazioni: licenziare i nullafacenti o riorganizzare la governance*, in LPA, 2007, p. 1 ss. Critico sulla correlazione stretta e diretta fra sanzioni disciplinari ed efficienza/produttività, come se la scarsa efficienza/produttività della p.a. fosse un problema disciplinare e non piuttosto organizzativo, V. Bavaro, *Note sul potere disciplinare, nel lavoro pubblico fra aziendalismo e amministrativismo*, in RGL, 2018, 507 ss.

⁸⁰⁹ In tal senso, cfr. la lettura critica di B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit. V. pure P. Tullini, *L'inadempiamento e la responsabilità disciplinare del dipendente pubblico: tra obblighi giuridici e vincoli deontologici*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”. IT – 229/14.

⁸¹⁰ B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit.

⁸¹¹ Solo in parte bilanciati da disposizioni finalizzate a incrementare l'efficienza, come nel caso del licenziamento per scarso rendimento, che comunque pone non pochi problemi applicativi (su cui v. oltre par. 3.1.).

L'effetto dell'impatto delle forze centrifughe enunciate è stata la produzione di una regolazione asintotica del licenziamento, vale a dire una regolazione che tende ad avvicinarsi alla regolazione privata, senza tuttavia mai coincidere con essa, al cui interno, poi, convivono, a loro volta, due distinte- e in alcuni tratti confliggenti- anime (frutto del tentativo di ri-pubblicizzazione di cui si dirà), che espongono la disciplina medesima a possibili censure di irragionevolezza⁸¹², se non proprio di illogicità.

Nella consapevolezza che la stratificazione normativa della disciplina del licenziamento è, evidentemente, il frutto di una pluralità di interventi ispirati, senza un coerente disegno complessivo, alla presunta necessità di una ri-pubblicizzazione dell'istituto, nelle pagine che seguono si proverà: per un verso, a verificare la tenuta concettuale della lettura panpubblicistica che, nelle sue anche antitetiche finalità di tutela della diversità ontologica del datore di lavoro pubblico⁸¹³, ha ispirato le riforme in materia; per altro verso, a proporre una rilettura (necessariamente sistematica e, evidentemente, non del tutto in linea con l'idea originaria che in quel momento storico-contingente ha ispirato il legislatore) dell'istituto in chiave "lavoristica".

L'operazione interpretativa da ultimo enunciata, ad avviso di chi scrive, si rende necessaria a seguito della significativa trasformazione delle tecniche di regolazione del lavoro pubblico, confermando ancora una volta l'anomalia postpositivista del diritto del lavoro che, come scriveva Massimo D'Antona, storicamente ha giustificato lo sviluppo di una elaborazione giuridica che, consapevolmente, controlla e seleziona i punti di vista e le argomentazioni in un ordinamento giuridico che tende sempre di più alla differenziazione e alla frammentazione in un «sistema di sistemi»⁸¹⁴, quale oggi si presenta il sistema del lavoro pubblico privatizzato.

Nel solco della citata lettura "lavoristica", si proverà, pertanto, a rileggere la differenziazione della disciplina del licenziamento all'insegna della griglia valutativa e interpretativa della stessa, proposta da Bruno Caruso nel saggio introduttivo del presente volume, in termini di differenziazione necessaria, opportuna/inopportuna, illegittima.

2. Il protagonismo della regolazione *command and control* e il deficit di autonomia disciplinare della dirigenza.

La disciplina del licenziamento è, innanzitutto, caratterizzata dal ruolo pervasivo della legge⁸¹⁵, che non solo ha reso obbligatorio l'esercizio del potere disciplinare, ma si è anche spinta a "tipizzare" una pluralità di comportamenti illeciti che comportano la sanzione del licenziamento medesimo. Tale disciplina è il frutto di un decennio di riforme, spesso come si è detto

⁸¹² B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit.

⁸¹³ Per una lettura critica della giurisprudenza costituzionale che, in certa misura, ha fatto «proprio l'argomento, assiomatico e divenuto nel frattempo ritualistico, delle perduranti differenze strutturali tra pubblico e privato – che di per sé giustificerebbero, tautologicamente, le difformità di trattamento, sol perché asseverate dal legislatore», si rinvia a Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit. Critico nei confronti delle operazioni di «sterilizzazione» della riforma del lavoro pubblico nel dialogo interpretativo, v. già M. D'Antona, *La neolingua del pubblico impiego riformato*, ora in *Opere*, vol. V, Giuffrè, 2000, (a cura di) B. Caruso- S. Sciarra, p. 83 ss., Id. *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassanini»*, ivi, p. 233 ss.

⁸¹⁴ Fondamentale, in questa prospettiva, la lezione di M. D'Antona, *L'anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, in *RCDP*, 1990, p. 202 ss., ora in ora in *Opere*, vol. I, Giuffrè, 2000, B. Caruso- S. Sciarra (a cura di), p. 53 ss.

⁸¹⁵ Sul ruolo della legge nella definizione delle fattispecie di illecito disciplinare e sulla marginalizzazione della contrattazione collettiva, si rinvia a M. Militello, *Etica comportamentale, procedimento disciplinare*, cit.; v. pure C. Zoli, *L'esercizio del potere disciplinare nel settore pubblico riformato*, in *GDLRI*, 2018, 3, p. 689 ss.

“emergenziali”, performanti il potere datoriale in materia disciplinare, che hanno dato vita alla prima delle forze centrifughe di ri-pubblicizzazione, di cui si è prima detto.

Se, in generale, con la regolamentazione giuridica, e con gli elementi di «*command*» che ad essa ineriscono, si è storicamente realizzata una restrizione intenzionale dell’ambito delle scelte d’azione dei soggetti privati, per la soddisfazione di certi valori, beni, interessi e posizioni ritenuti meritevoli di tutela, alla luce di una nozione più o meno esplicita e ampia di interesse pubblico⁸¹⁶, la regolazione eteronoma del potere disciplinare nel lavoro pubblico – soprattutto a partire dalla cosiddetta riforma Brunetta – si è progressivamente allontanata dalla sua tradizionale funzione protettiva del contraente debole, sulla quale è stata costruita la norma inderogabile⁸¹⁷. La disciplina del procedimento disciplinare e, con essa, quella del licenziamento, è infatti sintomatica di una nuova stagione della regolazione del lavoro pubblico, caratterizzata per espressa previsione del legislatore – tramite il rinvio espresso agli artt. 1339 e 1419 c.c. – dal requisito della imperatività⁸¹⁸.

La torsione funzionale della norma lavoristica, che abbandona la funzione protettiva del lavoratore, divenendo strumento di imposizione coattiva di attivazione del potere disciplinare⁸¹⁹ e di irrogazione della sanzione tipizzata dallo stesso legislatore, è frutto della evidente sfiducia del legislatore stesso, sia nel ruolo della contrattazione collettiva⁸²⁰, sia, soprattutto, nel ruolo gestionale-manageriale che dovrebbe essere svolto dalla dirigenza, quale datore di lavoro. Sotto l’egida della tesi della «ri-pubblicizzazione carsica» del lavoro pubblico, in particolare, il legislatore ha sposato un modello di ricerca dell’efficienza per legge, di cui l’esercizio del potere disciplinare e del licenziamento sembra essere la massima espressione performativa. La prima forza centrifuga cui è stato sottoposto il licenziamento è stata, pertanto, quella tendente a garantire, attraverso un accentuato particolarismo legislativo⁸²¹, che il pubblico dipendente incarni le vesti «di un fantomatico *homo novus*, dalla cui rettitudine morale prima ancora che professionale – imposta

⁸¹⁶ A. La Spina-G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna 2000; A. Ogus, *Regulation. Legal form and economic theory*, Clarendon Law Series, Londra, 1994; v. pure G. Marcou, *Esiste una nozione giuridica di regolazione?*, in *Rass. dir. pubb.*, 2006, 1, p. 13 ss.,

⁸¹⁷ Sulla norma inderogabile v. R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976; per alcuni ulteriori riferimenti v. M. Novella, *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 514 ss.; Id. *L’inderogabilità nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2009; R. Voza, *L’inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro. Un profilo storico*, in *ADL*, 2006, p. 2 ss.; C. Cester, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *GDLRI*, 2008, p. 341 ss.; G. Fontana, *Dall’inderogabilità alla ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2010.

⁸¹⁸ “Le disposizioni del presente articolo e di quelli seguenti, fino all’articolo 55-octies, costituiscono norme imperative, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile, e si applicano ai rapporti di lavoro di cui all’articolo 2, comma 2, alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 1, comma 2. La violazione dolosa o colposa delle suddette disposizioni costituisce illecito disciplinare in capo ai dipendenti preposti alla loro applicazione” (art. 55. co. 1).

⁸¹⁹ Sull’obbligatorietà dell’azione disciplinare si rinvia a M. Militello, *Etica comportamentale, procedimento disciplinare*, cit., nonché alla dottrina unanime sul punto S. Mainardi, *Il “dovere” del dirigente di sanzionare il demerito: il procedimento disciplinare*, in *GI*, 2010, 12, p. 2720; C. Zoli, *L’esercizio del potere disciplinare nel settore pubblico riformato*, cit., p. 693; F. Ravelli, *Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, in *Commentario sistematico al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 – attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15 in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni*, a cura di M. Napoli e A. Garilli, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2011.

⁸²⁰ Cfr. M. Militello, *Etica comportamentale, procedimento disciplinare*, cit.; A. Tampieri, *Contrattazione collettiva e potere disciplinare nel lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 1996; V. Bavaro, *Note sul potere disciplinare*, cit., p. 507 ss.

⁸²¹ Sul nuovo dominio della legge nelle dinamiche organizzative delle pubbliche amministrazioni, cfr. pure V. Pinto, *Il lavoro pubblico nella transizione: dall’autogoverno responsabile delle pp.aa. al rinnovato protagonismo della legge*, in *Le riforme del diritto del lavoro. Politiche e tecniche normative*, in M. P. Iadicicco-V. Nuzzo, (a cura di), ESI, Napoli, 2016, p. 108 ss.

attraverso la minaccia della sanzione – dovrebbe discendere l'efficienza della Pubblica Amministrazione»⁸²².

L'effetto è stato quello dell'adozione di un sistema di gestione del potere disciplinare rigido e iperregolato, che delinea «un modello di amministrazione senza autonomia e senza discrezionalità amministrativa, tecnica e gestionale ai suoi vertici; il *deficit* di autonomia costituisce un evidente ossimoro della funzione manageriale»⁸²³.

Ampie e pienamente condivisibili sono state le critiche rivolte a tale impostazione militarizzata del potere disciplinare, sintomatica di una ricerca dell'etica e dell'efficienza *ope legis*⁸²⁴; ad avviso di chi scrive, tuttavia, il vero *vulnus* della disciplina non è solo, e non è tanto, la imperatività conclamata della disciplina, quanto il suo effetto di sottrazione alla dirigenza del proprio e naturale ruolo datoriale di gestione, anche tramite l'esercizio del potere disciplinare, dei dipendenti. Nel lavoro privato, il licenziamento per g.m.s. incarna la sanzione emblematica che suggella e punisce la rottura del rapporto fiduciario che sussiste fra il datore di lavoro e il lavoratore, rispetto a fatti e circostanze che, pertanto, *solo* e prioritariamente il datore di lavoro può valutare come gravi, nel solco di quanto ovviamente stabilito dai codici di comportamento, e salvo il controllo giudiziale *ex post* di giustificatezza del licenziamento medesimo. A seguito del tentativo di ripubblicizzazione avviato con la riforma Brunetta, e della progressiva tipizzazione delle causali di licenziamento, il legislatore ha, di fatto, posto le basi per una gestione quasi "burocratica" dello stesso⁸²⁵, che ha snaturato il dibattito sulla necessaria giustificatezza del licenziamento medesimo e che ha condotto la giurisprudenza a intervenire, in chiave correttiva, riaffermando il «divieto di automatismi sanzionatori, non essendo, in definitiva, possibile introdurre, con legge o con contratto, sanzioni disciplinari automaticamente conseguenziali ad illeciti disciplinari»⁸²⁶.

Nonostante il correttivo giurisprudenziale citato, che di fatto ha recuperato per via giudiziale il principio di proporzionalità, la spinta di ri-pubblicizzazione centrifuga di cui si è detto, confidando nel potere performativo della legge, ha tentato una sterilizzazione-spersonalizzazione dell'esercizio del potere datoriale, finalizzato ad annullare la contingenza e le valutazioni in termini di intenzionalità del comportamento posto in essere, di proporzionalità della sanzione rispetto ad altre caratteristiche della persona (affidabilità lavorativa, carriera impeccabile), ecc. Tale impostazione sembra dimenticare la circostanza che la responsabilità disciplinare non è finalizzata solo a sanzionare l'inadempimento negligente (*ex art. 2014 c.c., comma 1*), ma anche la violazione

⁸²² In tal senso, l'efficace descrizione di M. Militello, *Etica comportamentale, procedimento disciplinare*, cit. In chiave critica, sull'ultima stagione normativa e sui «nuovi modelli organizzativi del lavoro imposti dalla legge anticorruzione, tutti di matrice unilaterale, che hanno riproposto con forza il tema della progressiva introduzione, in chiave pubblicistica, di limiti "interni" nell'ambito della disciplina dei rapporti di lavoro pubblico, come tali proiettati a garanzia di interessi "terzi" rispetto alle parti», v. S. Mainardi, *Il licenziamento disciplinare per falsa attestazione*, cit., p. 587. In una posizione parzialmente diversa, la lettura sull'inserimento nei codici di comportamento di disposizioni di carattere generale, finalizzati a «conformare la condotta a principi di stampo prettamente pubblicistico», che tuttavia escluderebbe «che si possa dare rilievo a valutazioni di carattere meramente etico», v. A. Boscati, *Il licenziamento disciplinare nel settore pubblico e in quello privato nell'evoluzione legislativa recente: una diversa tecnica di intervento, ma un convergente obiettivo di incremento dell'efficienza e della produttività*, in *DML*, 2016, 1, p. 69 ss.

⁸²³ Così B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit.; v. pure V. Pinto, *Il lavoro pubblico nella transizione*, cit., p. 116 ss.

⁸²⁴ Cfr. M. Militello, *Etica comportamentale, procedimento disciplinare*, cit.; B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit.; V. Bavaro, *Note sul potere disciplinare*, cit., 507 ss.

⁸²⁵ V. art. 55-quater, del d.lgs. n. 165/2001, secondo il quale «Ferma la disciplina in tema di licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo e salve ulteriori ipotesi previste dal contratto collettivo, si applica *comunque* la sanzione disciplinare del licenziamento nei seguenti casi», cui segue elencazione.

⁸²⁶ Così Cass., 7 marzo 2017, n. 5796. Sul punto, v. già A. Boscati, *Il licenziamento disciplinare nel settore pubblico e in quello privato*, cit., p. 73; R. Voza, *Fondamento e fonti del potere disciplinare nel lavoro pubblico*, in *LPA*, 2011, p. 663 ss.

del dovere di obbedienza alle regole e alle disposizioni stabilite dal datore di lavoro a difesa dell'*organizzazione* (ex art. 2014 c.c., comma 2). in tale prospettiva, il potere disciplinare è l'altra faccia del potere direttivo, ed è diretto a soddisfare un interesse più ampio al coordinamento e all'organizzazione del lavoro, a presidio del quale viene riconosciuto il potere del datore di lavoro di reagire attraverso gli strumenti disciplinari per assicurare la migliore efficienza e funzionalità dell'organizzazione del lavoro. Tale finalità, che pure connota l'esercizio del potere disciplinare nel lavoro pubblico, non può che risultare soffocata in una procedura di gestione del licenziamento acefala, perché di fatto incanalata in un procedimento disciplinare gestito non dal naturale datore di lavoro, ma da un ufficio "terzo", vale a dire l'ufficio per i procedimenti disciplinari, che dovrebbe valutare asetticamente il ricorrere della fattispecie tipizzata, cui consegue (almeno nelle intenzioni del legislatore) *automaticamente* la sanzione del licenziamento. Una procedura di gestione, come si è detto, acefala, che snatura il ruolo datoriale della dirigenza pubblica, privandola di una autonoma e responsabile valutazione⁸²⁷ sulla reale scorrettezza del comportamento del dipendente, sulla sua improduttività, ecc. L'effetto è una frammentazione del potere disciplinare in capo a una pluralità di soggetti che non incarnano il datore di lavoro e che annulla e mortifica l'autonomia gestionale di tipo manageriale della dirigenza⁸²⁸, nel solco dell'atavico problema del sistema organizzativo pubblico italiano e della difficoltà d'identificazione della figura, reale e non formale (la *fictio iuris*) del datore di lavoro⁸²⁹.

La conseguenza di tale impostazione, frutto del tentativo di ri-pubblicizzazione di cui si è detto, è inevitabilmente una valutazione in termini di inopportunità, se non di irrazionalità, della differenziazione tra lavoro pubblico e lavoro privato, che rischia di produrre «un ingorgo regolativo e alla fine una minore efficacia complessiva del sistema disciplinare»⁸³⁰, astrattamente e asetticamente finalizzato ad assicurare l'onesta morale dei dipendenti, piuttosto che l'effettiva utilità della loro prestazione lavorativa, secondo una valutazione gestionale-manageriale che solo un vero e proprio datore di lavoro potrebbe e dovrebbe dare⁸³¹. Non è un caso, infatti, che – al di fuori delle ipotesi di licenziamento finalizzate a "ripulire" l'immagine della p.a. – il potere disciplinare rischi di soccombere nelle strettoie regolative⁸³² imposte dal legislatore: emblematico è l'esempio del subsistema normativo della responsabilità disciplinare in ambito sanitario, laddove, spesso, l'accertamento della responsabilità per l'errore medico (sia esso errore nell'atto medico, sia esso errore organizzativo e/o di non corretta osservanza delle direttive impartite al medico stesso dal proprio datore di lavoro) è da ritenere incompatibile con la rigida tempistica imposta dall'art. 55-bis⁸³³.

⁸²⁷ In tal senso, v. pure S. Mainardi, *Il licenziamento disciplinare per falsa attestazione*, cit., p. 586.

⁸²⁸ Sulla ratio dell'attribuzione della procedura disciplinare in capo agli U.P.D. vedi, però, le osservazioni di C. Zoli, *L'esercizio del potere disciplinare nel settore pubblico riformato*, cit., p. 696, che razionalizza l'integrale attribuzione della gestione e della responsabilità disciplinare all'U.P.D. "terzo", sulla base di una presunta maggiore competenza tecnico-giuridica-procedurale dell'ufficio stesso.

⁸²⁹ Su cui v. E. Ales, *L'esercizio partecipato del potere di organizzazione*, in M. Esposito e al. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. nn. 74 e 75 2017 (cd. riforma Madia)*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 41 ss. V. pure B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit.; sulla necessità di ripartire proprio dalla dirigenza quale datore di lavoro, v. invece B. Caruso – L. Zappalà, *La riforma "continua" delle Pubbliche amministrazioni*, cit., p. 7 ss.

⁸³⁰ Così B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit.

⁸³¹ Sulla necessità di valorizzazione del potere organizzativo della dirigenza anche in materia disciplinare, v. pure le considerazioni di V. Bavaro, *Note sul potere disciplinare*, cit., p. 517 ss.

⁸³² Parla di «ipertrofica proceduralizzazione dell'esercizio del potere», R. Voza, *Il riassetto del sistema disciplinare*, cit., p. 2.

⁸³³ Le difficoltà derivano dal fatto che in materia di responsabilità sanitaria, il procedimento disciplinare potrebbe incrociarsi con la contemporanea attivazione di un procedimento penale e civile a carico del medico e della struttura. Se, tuttavia, nell'ipotesi di contestuale avvio di un procedimento disciplinare e di un procedimento penale a carico del medico stesso, la struttura sanitaria

3. Le fattispecie “tipizzate” di licenziamento: il tentativo di oggettivizzazione della responsabilità.

Nel solco della spinta centrifuga di ri-pubblicizzazione di cui si è detto, l’art. 55-quater del d.lgs. n. 165/2001 enuncia le ipotesi “tipizzate” di comportamenti cui dovrebbe conseguire, *comunque*, la sanzione del licenziamento⁸³⁴. La tecnica legislativa utilizzata consta di un’elencazione d’ipotesi, aggiuntive o specificative delle ipotesi già previste dai contratti collettivi e dai codici di comportamento, che non incidono (per espressa previsione di legge) sulla nozione di giusta causa e di g.m.s., cui pertanto dovrebbe seguire – secondo l’auspicio del legislatore, *automaticamente* – la sanzione del licenziamento. Il tentativo legislativo è stato, evidentemente, quello di una tendenziale oggettivizzazione della responsabilità, finalizzata a sterilizzare valutazioni giustificative del comportamento “tipizzato” fondate sull’intenzionalità/non intenzionalità del comportamento posto in essere e/o sulla gravità/tenuità della rilevanza disciplinare del comportamento medesimo.

Uno dei problemi maggiori derivanti dalla formulazione legislativa, affrontato dalla dottrina e dalla giurisprudenza in materia, ha riguardato pertanto l’individuazione dei residui spazi valutativi, in capo, ai responsabili del procedimento disciplinare, prima, e al giudice, dopo. Se è vero, come si è prima accennato, che la giurisprudenza ha con forza già riaffermato l’ineludibilità del sindacato giudiziale *a valle* circa «l’elemento intenzionale o colposo, ossia la valutazione se vi sono elementi che assurgono a scriminante della condotta del lavoratore»⁸³⁵, è però anche vero che l’operazione di “tipizzazione” è destinata a produrre comunque un effetto di *oggettivizzazione a monte* della responsabilità in capo al lavoratore il cui comportamento ricade nella fattispecie astratta delineata dal legislatore. Se, infatti, il giudice ha istituzionalmente la forza e l’autonomia per reintrodurre nel giudizio sulla legittimità del licenziamento una valutazione sulla gravità e sull’intenzionalità del fatto contestato, considerazioni diverse devono essere fatte per la valutazione del comportamento medesimo che, a monte, viene fatta dall’ufficio per i procedimenti disciplinari e/o dal soggetto che ha il dovere di segnalare la presunta rilevanza disciplinare del comportamento. A fronte della corrispondenza formale tra la fattispecie astratta e il comportamento del lavoratore, cui secondo il legislatore dovrebbe seguire la sanzione del licenziamento, gli spazi di valutazione dell’ufficio per i procedimenti disciplinari si restringono sotto la spada di Damocle della minaccia punitiva che incombe su chi deve punire e non esercita efficacemente il proprio “dovere” di sanzionare.

potrebbe sospendere il procedimento disciplinare in attesa della definizione di quello penale, una simile possibilità di sospensione non è ipotizzabile in caso di avvio di un’azione di responsabilità civile, nei confronti del medico o della struttura. In altre parole, prima ancora che i periti e il Giudice decidano sulla sussistenza di una responsabilità, la struttura datore di lavoro è chiamata a decidere sulla responsabilità disciplinare del medico, di fatto, dando vita all’accertamento di una responsabilità (anche se lavoristica) del medico dipendente medesimo che, quasi automaticamente, costituirà prova della responsabilità contrattuale risarcitoria della struttura stessa; su tale profilo, sia consentito rinviare a L. Zappalà, *Il subsistema normativo della responsabilità sanitaria*, in *RIDL*, 2018, p. 399.

⁸³⁴ Per una disamina delle diverse ipotesi, si rinvia all’analisi di U. Gargiulo, *Il licenziamento disciplinare*, in M. Esposito e al. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. nn. 74 e 75 2017 (cd. riforma Madia)*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 249 ss.; P. Monda, *Il licenziamento disciplinare del dipendente pubblico*, in *DRI*, 2010, p. 1073 ss. Sull’eccessiva “tipizzazione” degli illeciti, v. S. Mainardi, *Il licenziamento disciplinare per falsa attestazione*, cit., p. 587. Sul punto, v. pure C. Zoli, *L’esercizio del potere disciplinare nel settore pubblico riformato*, cit., p. 688 ss.

⁸³⁵ Così, Cass. 19 marzo 2016, n. 18326; sul punto v. pure C. Zoli, *L’esercizio del potere disciplinare nel settore pubblico riformato*, cit., p. 691, il quale, tuttavia, evidenzia come se il giudizio sulla proporzionalità sia inevitabile, è però anche vero che il giudizio del giudice sia maggiormente vincolato alla verifica della sussistenza della riconducibilità del comportamento alla fattispecie astratta. V. pure C. De Marco, *Licenziamento disciplinare per falsa attestazione di presenza in servizio: prevalenza della legge sulla contrattazione collettiva e margini valutativi del giudice*, in *LPA*, 1, 2019,

L'art. 55-sexies, comma 3, infatti precisa che «Il mancato esercizio o la decadenza dall'azione disciplinare, dovuti all'omissione o al ritardo, senza giustificato motivo, degli atti del procedimento disciplinare, inclusa la segnalazione di cui all'articolo 55-bis, comma 4, ovvero a valutazioni manifestamente irragionevoli di insussistenza dell'illecito in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare, comporta, per i soggetti responsabili, l'applicazione della sospensione dal servizio fino a un massimo di tre mesi, salva la maggiore sanzione del licenziamento prevista nei casi di cui all'articolo 55-quater, comma 1, lettera f-ter), e comma 3-quinquies». Disposizione questa che non rappresenta solo una «sollecitazione a punire in maniera adeguata»⁸³⁶, presupponendo invece un vero e proprio obbligo di giustificazione (con conseguente inversione dell'onere della prova) in capo a coloro che dovevano sanzionare e non lo hanno fatto⁸³⁷. La disposizione di legge citata, pertanto, nel delineare la fattispecie astratta, non si limita a configurare in via esemplificativa una possibile ipotesi di licenziamento, ma si spinge a imporre un vero e proprio schema logico del giudizio disciplinare: laddove il comportamento integra la fattispecie astratta, scatta la presunzione di necessaria applicabilità del licenziamento, salvo che chi doveva sanzionare e non lo ha fatto non espliciti e giustifichi (evidentemente in un atto che possa essere controllabile *ex post*, e utilizzabile ai fini di una futura difesa avverso una contestazione disciplinare per mancato o scorretto esercizio del potere disciplinare) le valutazioni che hanno condotto a ritenere l'«insussistenza dell'illecito in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare». In altre parole, nel sistema quasi “militarizzato” di cui si discute, un possibile verbale di archiviazione del procedimento disciplinare a carico di un dipendente, in cui magari si è scelto di non applicare la sanzione in quanto (nonostante l'oggettiva sussistenza della fattispecie astratta) si è effettuata una valutazione sulla non intenzionalità e/o sulla non particolare gravità del comportamento stesso, deve avere, già di per sé, le caratteristiche di una sorta di lettera di giustificazione producibile a fronte di una possibile contestazione disciplinare per aver irragionevolmente archiviato.

A fronte dell'imposizione di un simile schema logico che deve essere seguito nel giudizio disciplinare, è evidente il tentativo di *oggettivizzare* la responsabilità, sterilizzando valutazioni giustificative fondate sull'intenzionalità/non intenzionalità del comportamento posto in essere e/o sulla gravità/tenuità della rilevanza disciplinare del comportamento medesimo, il tutto – come si è detto – sotto la spada di Damocle della rigida tempistica che caratterizza il procedimento e dei rischi di responsabilità disciplinari “a cascata”.

La *ratio* della legge di irrigidire il giudizio sulla applicabilità della sanzione espulsiva sembra essere stata recepita supinamente dai più recenti CCNL sottoscritti, che espressamente escludono dalla possibilità (per l'autorità disciplinare competente e per il dipendente) di determinazione in via conciliativa della sanzione «i casi per i quali la legge e il contratto collettivo prevedono la sanzione del licenziamento, con o senza preavviso»⁸³⁸, così confermando gli stretti margini valutativi del comportamento che caratterizzano la verifica della sussistenza delle ipotesi di licenziamento “tipizzate” dal legislatore.

⁸³⁶ Come pure sostenuto da F. Borgogelli, *Sui poteri della dirigenza pubblica nella disciplina dei rapporti di lavoro: il nuovo modello regolativo*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu*, 2011, p. 1554 ss.

⁸³⁷ Così A. Boscati, *Il licenziamento disciplinare nel settore pubblico e in quello privato*, cit., p. 74.

⁸³⁸ Così l'art. 63 del CCNL del comparto funzioni locali del 21 maggio 2018; l'art. 66 del CCNL del comparto funzioni centrali del 12 febbraio 2018; ma anche l'art. 70 dell'ipotesi di CCNL del comparto sanità del 23 febbraio 2018.

In questa logica, strettissimi appaiono gli spazi di considerazione delle possibili scriminanti fondate sulla non intenzionalità e non gravità del comportamento, laddove ricorra la fattispecie della falsa attestazione della presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente⁸³⁹, ovvero della giustificazione dell'assenza dal servizio mediante una certificazione medica falsa o che attesta falsamente uno stato di malattia; ovvero ancora dell'assenza priva di valida giustificazione per un numero di giorni, anche non continuativi, superiore a tre nell'arco di un biennio o comunque per più di sette giorni nel corso degli ultimi dieci anni ovvero mancata ripresa del servizio, in caso di assenza ingiustificata, entro il termine fissato dall'amministrazione; oppure anche delle falsità documentali o dichiarative commesse ai fini o in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro ovvero di progressioni di carriera. Tutte ipotesi nelle quali, almeno per i soggetti cui è attribuito l'esercizio del potere disciplinare, l'eventuale "coraggiosa" presa in considerazione di scriminanti per il lavoratore rischia di trasformarsi in una specie di boomerang, per ripararsi dal quale occorre adeguatamente motivare le ragioni della non applicazione della sanzione del licenziamento.

3.1. Il licenziamento per scarso rendimento: oggettivizzazione *versus* efficienza, uno a zero.

Se molte delle ipotesi "tipizzate" dal legislatore nell'art. 55-quater del d.lgs. n. 165/2001, appaiono ispirate alla sopra descritta finalità moralizzatrice, un discorso diverso merita di essere fatto con riguardo alla fattispecie descritta alla lettera f-quinquies), del medesimo articolo, che individua quale causa di licenziamento l'«insufficiente rendimento, dovuto alla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa, stabiliti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza, e rilevato dalla costante valutazione negativa della performance del dipendente per ciascun anno dell'ultimo triennio, resa a tali specifici fini ai sensi dell'articolo 3, comma 5-bis, del decreto legislativo n. 150/2009».

Si tratta di una delle ipotesi in cui, più che in altre, sembra intravedersi una relazione diretta e proporzionale fra obiettivi di *performance* e potere disciplinare, con una valorizzazione dell'impostazione aziendalista che, secondo taluni, ha pure caratterizzato la disciplina del lavoro pubblico a partire dalla riforma Brunetta⁸⁴⁰. È stato sottolineato come scopo della disposizione sia di connettere l'insufficiente rendimento alla disciplina sulla valutazione delle *performance*⁸⁴¹. Sulla scorta di tale connessione, la fattispecie dell'insufficiente rendimento si configura allorché concorrano una serie di elementi, tutti ritenuti qualificanti la fattispecie medesima, vale a dire: *i)* il comportamento del lavoratore concretante un inadempimento; *ii)* il nesso causale fra l'inadempimento citato e la reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa, stabiliti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza; *iii)* la rilevazione dei punti *i)* e *ii)* dalla

⁸³⁹ Su tale fattispecie, v. C. De Marco, *Licenziamento disciplinare per falsa attestazione di presenza in servizio*, cit., la quale evidenzia le ragioni per cui, in questo caso, non sia possibile prescindere dal valutare l'intenzionalità e la proporzionalità. L'autrice evidenzia come la «disposizione punisce l'assenteismo fraudolento; ed infatti, il riferimento esplicito alla fraudolenza consente di poter considerare quali scriminanti alcune circostanze quali ad esempio la mera dimenticanza della timbratura del cartellino ovvero un'uscita anticipata non registrata determinata da un'esigenza familiare. Pertanto elemento costitutivo della fattispecie risulta essere, e tale dovrà essere provato dall'Amministrazione, l'intento di raggio del dipendente che ben potrebbe essere integrato, e questo è il caso oggetto della sentenza, dalla abitualità del comportamento».

⁸⁴⁰ V. Bavaro, *Note sul potere disciplinare*, cit., p. 509 ss.

⁸⁴¹ P. Monda, *Contratto di lavoro pubblico, potere organizzativo e valutazione*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 151 ss.; nonché U. Gargiulo, *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 264.

costante valutazione negativa della performance del dipendente per ciascun anno dell'ultimo triennio, resa a tali specifici fini ai sensi dell'articolo 3, comma 5-bis, del d.lgs. n. 150/2009.

Com'è noto, per quanto la disciplina in commento suggerisca l'idea di una riforma innovativa, lo scarso rendimento degli impiegati pubblici è un tema classico⁸⁴² del pubblico impiego⁸⁴³, che mantiene tutta la sua attualità, specie per quanto riguarda le ipotesi di scarso rendimento di alcune specifiche categorie di personale non contrattualizzato: così, per esempio, la giurisprudenza amministrativa prevalente ha costantemente affermato che la valutazione oggettiva del comportamento del dipendente militare, in relazione all'andamento del servizio, ben possa essere condotta prendendo in considerazione fatti che, pur suscettibili di censura anche in sede disciplinare, siano nondimeno idonei, globalmente considerati, a denotare l'insufficiente rendimento del dipendente e a consentire all'amministrazione un giudizio negativo sull'attività da questi svolta⁸⁴⁴. Al di fuori di alcuni ambiti specifici del lavoro pubblico non privatizzato, le valutazioni sullo scarso rendimento dei dipendenti pubblici non hanno, tuttavia, trovato alcun riscontro, così relegando per molti anni il dibattito sull'istituto nel silenzio⁸⁴⁵.

La "tipizzazione" dello scarso rendimento, quale fattispecie che può condurre al licenziamento rappresenta, pertanto, il tentativo di riaprire un dibattito sull'efficienza delle p.a., perseguita non solo tramite l'incremento dei profili etici dell'adempimento cui è tenuto il prestatore, ma anche tramite una valutazione sull'efficienza e sulla utilità della prestazione resa dal dipendente eticamente ineccepibile. In questa prospettiva si colloca la fattispecie descritta dalla lettera f-quinquies), che tuttavia – per come formulata- sconta numerosi rischi di ineffettività. La fattispecie citata, innanzitutto, risente del tentativo complessivo di *oggettivizzazione* delle ipotesi di licenziamento di cui si è detto, configurando una sorta di *automatismo* fra fattispecie astratta e conseguenza sanzionatoria, che ancora una volta mortifica e annulla l'autonomia manageriale, prediligendo una gestione "burocratica" del licenziamento, più attenta alla forma, che alla sostanza. A ben guardare, tuttavia, l'eccesso definitorio in cui, anche in questo caso, è caduto il legislatore sembra aver creato una gabbia definitoria di una fattispecie astratta in cui difficilmente potranno essere sussunti i reali e concreti casi di scarso rendimento, sicuramente presenti nelle amministrazioni pubbliche. Nel tentativo di *oggettivizzare* i comportamenti cui deve seguire il licenziamento, il legislatore ha, da una parte, previsto un meccanismo quasi automatico del quale è difficile ipotizzare le concrete modalità operative: il dirigente che valuta per tre anni

⁸⁴² Così R. Salomone, *Scarso rendimento e lavoro pubblico: perché no?* in *LPA*, 2008, p. 37 ss.

⁸⁴³ V. l'art. 129 del d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3, Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato, il quale già prevedeva l'istituto della Dispensa, stabilendo che «Può essere dispensato dal servizio l'impiegato divenuto inabile per motivi di salute, salvo che non sia diversamente utilizzato ai sensi dell'art. 71, nonché quello che abbia dato prova di incapacità o di persistente insufficiente rendimento. Ai fini del precedente comma è considerato di persistente insufficiente rendimento l'impiegato che, previamente ammonito, riporti al termine dell'anno nel quale è stato richiamato una qualifica inferiore al "buono". All'impiegato proposto per la dispensa dal servizio è assegnato un termine per presentare, ove creda, le proprie osservazioni».

⁸⁴⁴ V. T.A.R. Catania, (Sicilia), sez. III, 26/04/2013, (ud. 10/04/2013, dep.26/04/2013), n. 1214; nonché, di recente, sulla polizia penitenziaria, Consiglio di Stato, sez. IV, 24/02/2017, (ud. 16/02/2017, dep.24/02/2017), n. 884, in cui si afferma «la dispensa dal servizio per scarso rendimento risponde innanzitutto all'esigenza di tutelare la funzionalità e l'assetto organizzativo della pubblica amministrazione nei riguardi del comportamento del dipendente, che, complessivamente, denoti insufficiente rendimento dell'attività da lui prestata, con riguardo all'insussistenza di risultati utili, per quantità e qualità, alla funzionalità dell'ufficio, ed ha pertanto natura diversa da quella disciplinare, potendo tuttavia basarsi anche su fatti disciplinarmente rilevanti (indipendentemente dall'esito del relativo procedimento) e idonei ad apprezzare la scadente attività lavorativa e lo stesso comportamento (cfr. sul punto, ad es., Cons. Stato, sez. IV, 28 novembre 2006 n. 6955)». Sul tema v. F. Bassetta, *L'istituto dello scarso rendimento in ambito militare*, in *LPA*, 2005, p. 224 ss.

⁸⁴⁵ Con l'unica eccezione, della polemica sollevata da P. Ichino, *I nullafacenti. Perché e come reagire alla più grave ingiustizia della nostra amministrazione pubblica*, Mondadori, Milano, 2006.

negativamente un dipendente ha l'obbligo, dopo il terzo anno, di inviare gli atti all'ufficio per i procedimenti disciplinari? L'ufficio per i procedimenti disciplinari ha margini per valutare il *quantum* della valutazione negativa? La contestazione al dipendente può consistere nel mero invio delle valutazioni dallo stesso ottenute negli ultimi tre anni? Lo stesso potrà addurre giustificazioni attinenti a profili organizzativi complessivi e/o a carenze più generali che hanno determinato una valutazione negativa? Dall'altra, a una più attenta lettura della disposizione, emerge una aporia concettuale presente nella fattispecie stessa, che rischia di renderla inapplicabile: la lettera f-quinquies) fa, infatti, esplicito riferimento a un insufficiente rendimento, dovuto alla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa, stabiliti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza; tale previsione sembra far discendere l'insufficiente rendimento dal mero inadempimento degli obblighi contrattuali "di base", laddove invece il sistema di valutazione delle *performance* dei dipendenti dovrebbe essere finalizzato a premiare il merito per attività o contributi ulteriori rispetto all'assolvimento dell'attività meramente ordinaria (grado di collaborazione a specifici progetti o agli obiettivi della struttura, capacità particolari di *problem solving*, ecc.). In un sistema in cui la *performance* è realmente finalizzata a premiare il merito e collegata, come dovrebbe essere, a obiettivi specifici, i risultati della valutazione non fotograferanno di certo «la reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa, stabiliti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza», ma semplicemente il contributo di quel lavoratore al raggiungimento degli obiettivi dati; con la conseguenza che, detta fotografia, da una parte, non sempre sarà in grado di individuare i dipendenti con insufficiente rendimento, e dall'altra, una valutazione negativa su obiettivi specifici non sempre è sintomatica di un effettivo scarso rendimento.

In altre parole, anche in questo caso, l'eccesso di iper formalizzazione di cui è espressione la regolazione *command and control* in commento, priva la dirigenza del suo naturale ruolo datoriale, esponendo la disposizione stessa al rischio di ineffettività, sia per la non perfetta corrispondenza fra ipotesi di reale scarso rendimento e valutazioni negative delle *performance*, sia per le difficoltà applicative derivanti da una presunta automaticità, destinata a crollare a fronte di un più analitico e necessario giudizio di adeguatezza, proporzionalità, intenzionalità, ma anche di rilevanza del comportamento per il quale si prevede la sanzione del licenziamento.

4. *Ratio* e paradossi della tutela reintegratoria generalizzata.

L'apice della divaricazione regolativa pubblico-privato è rappresentato dalla disciplina rimediabile applicabile nel caso di licenziamento ingiustificato, la cui evoluzione è stata frutto della seconda spinta di ri-pubblicizzazione centrifuga cui si è accennato e nella quale - come si vedrà nelle pagine che seguono - il dibattito dottrinale e l'evoluzione giurisprudenziale (più che per altri istituti) hanno affrontato la questione abbracciando e rinviando la tesi della presunta diversità ontologica del lavoro alle dipendenze delle p.a.

A fronte dell'ascesa della prevalente tutela risarcitoria nel lavoro privato⁸⁴⁶, con i temperamenti di recente definiti nella sentenza della Corte Costituzionale n. 194/2018 che ha ridisegnato il

⁸⁴⁶ Sul dibattito nel lavoro privato si rinvia a P. Saracini, *Reintegra monetizzata e tutela indennitaria nel licenziamento ingiustificato*, Giappichelli, Torino, 2018.

sistema delle tutele economiche previste dal cd. *Jobs Act* in caso di licenziamento individuale ingiustificato, a partire dal 2012, dottrina e giurisprudenza hanno cominciato a interrogarsi sulla necessità/possibilità/opportunità di preservare la specificità regolativa del lavoro pubblico, confermando in quest'ambito la centralità della tutela reintegratoria, quale rimedio applicabile sempre e comunque nell'ipotesi di licenziamento illegittimo del dipendente pubblico.

L'art. 63 del d.lgs. n. 165/2001, come modificato dall'art. 21 del d.lgs. n. 75/2017, prevede espressamente il diritto del dipendente pubblico licenziato illegittimamente di ottenere la reintegrazione nel posto di lavoro e il «pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegra, e comunque in misura non superiore alle ventiquattro mensilità, dedotto quanto il lavoratore abbia percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative. Il datore di lavoro è condannato, altresì, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali».

A differenza del lavoro privato, dove - come è noto - dal 2012 si è avuto un moltiplicarsi di regimi di tutela (con reintegra e indennizzo variabile, o solo con indennizzo variabile), nel lavoro pubblico la tutela reintegratoria (unita a quella risarcitoria definita nel *quantum*) continua pertanto ed essere lo strumento rimediabile unico (o quasi, con l'unica eccezione della tutela riservata al *wistheblower*, su cui v. oltre par. 5).

La scelta del legislatore del 2017 si colloca, come detto, nel solco di una rinnovata differenziazione del lavoro alle dipendenze delle p.a. e, a prescindere dalla condivisibilità o meno della forma di tutela prescelta, sicuramente aderente al dna "storico" del diritto del lavoro e alla sua funzione di tutela prevalente della persona e del lavoratore quale contraente debole, è figlia della tesi della "pubblicizzazione ontologicamente resistente", che - alla luce della lettura che ne è stata data dalla dottrina e, soprattutto, dalla giurisprudenza - confermerebbe l'errore concettuale di considerare la "specialità" del lavoro pubblico un predicato della fattispecie, e non solo della disciplina⁸⁴⁷.

Consapevole della genesi ispiratrice della differenziazione, nelle pagine che seguono, si proverà a ricostruire il sostrato dottrinale e giurisprudenziale che ha portato il legislatore a disciplinare la materia confermando la tutela rimediabile unica, evidenziando, tuttavia, come la mera riproposizione della tesi giustificativa fondata sulla presunta diversità ontologica del lavoro pubblico sconti una serie di debolezze e contraddizioni che, da sole, fanno apparire la differenziazione inopportuna, se non addirittura illegittima⁸⁴⁸.

Nel tentativo di ricondurre a razionalità la disciplina del licenziamento, sia dal punto di vista sostanziale, sia dal punto di vista rimediabile, nelle pagine che seguono, si proverà a individuare la *ratio* della differenziazione in un diversa e legittima operazione di bilanciamento effettuata dal legislatore, tenuto conto della necessità di parametrare il regime di tutela all'esigenza di assicurare l'effettività della sua funzione riparatorio-compensativa in un sistema organizzativo ad elevata complessità, ma anche a quella di dissuadere il datore di lavoro pubblico (astrattamente inteso, attesa la gestione acefala e burocratizzata del procedimento disciplinare di cui si è detto) dal porre

⁸⁴⁷ Lettura criticata da V. Pinto, *Il lavoro pubblico nella transizione*, cit., p. 107 ss., il quale, in maniera condivisibile, afferma invece che la «specialità altro non sarebbe che un predicato della disciplina e non della fattispecie», cit. p. 120. Nello stesso senso B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit.

⁸⁴⁸ Così B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit.

in essere comportamenti arbitrari e/o ingiustificati, o anche solo non sufficientemente ponderati. Operazione di bilanciamento trasparente e legittima (semmai potenzialmente discutibile nel merito), ma comunque riconducibile al dibattito lavoristico sulle tutele rimediali nel diritto “comune” del lavoro pubblico-privato, che ormai si è abituato a convivere con regimi di tutela rimediale sempre più specifici e differenziabili. Come si vedrà nelle pagine che seguono, anche alla luce della lettura “lavoristica” dell’istituto, diverse sono le differenziazioni fra lavoro pubblico e lavoro privato, comunque, connotate da irragionevolezza, se non proprio da illogicità (v. oltre par. 5).

4.1. La lettura panpubblicistica della reintegra quale rimedio unico a protezione dell’interesse pubblico...

Nell’arco del quinquennio che ha preceduto la novella dell’art. 63 del d.lgs. n. 165/2001, ad opera dell’art. 21 del d.lgs. n. 75/2017, dottrina e giurisprudenza si sono divise sull’applicabilità o meno al pubblico impiego dell’art. 18 dello Statuto, come riformato dalla l. n. 92/2012; nell’ambito di tale dibattito, alla tesi di coloro i quali ritenevano il nuovo testo dell’art. 18 direttamente applicabile ai rapporti di lavoro pubblico privatizzati⁸⁴⁹, si è contrapposta la tesi di quanti escludevano l’applicabilità della nuova disciplina al pubblico impiego⁸⁵⁰; secondo questo orientamento, infatti, il licenziamento disciplinare nel pubblico impiego doveva ritenersi disciplinato da un subsistema normativo che avrebbe radicalmente escluso l’applicabilità del nuovo art. 18, ritenuto ontologicamente incompatibile con la perdurante specificità del rapporto di impiego alle dipendenze delle p.a.⁸⁵¹

Nell’ambito del dibattito citato, non è mancato chi ha evidenziato che negare l’ingresso del nuovo art. 18 nel pubblico impiego fosse un’operazione bizantina, tanto più in un’ottica strettamente

⁸⁴⁹ Questo orientamento si è basato essenzialmente sul doppio rinvio mobile contenuto nel d. lgs. n. 165/2001: vale a dire, nell’art. 2 (contenente il rinvio generale alle disposizioni del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell’impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel decreto medesimo); nonché nell’art. 51, comma 2 (il quale precisa che le disposizioni di cui alla legge n. 300 del 1970, «e successive modificazioni ed integrazioni», si applichino alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti).

⁸⁵⁰ Solo per alcuni richiami al citato dibattito dottrinale, cfr. F. Carinci, *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in *LG*, 2012, p. 1136 ss.; Id., *Ripensando il “nuovo” articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *ADL*, 2013, p. 472 ss.; Id., *È applicabile il novellato art. 18 St. al pubblico impiego privatizzato? (Una domanda ancora in cerca di risposta)*, in *LPA*, 2013, p. 913 ss.; L. Fiorillo, *Il licenziamento nel lavoro pubblico contrattualizzato: la Cassazione applica l’art. 18 dello Statuto e la giurisprudenza di merito (minoritaria) dissente*, in *DLM*, 2016, 1, p. 166 ss.; M. Gerardo – A. Mutarelli, *Il licenziamento nel pubblico impiego dopo la Riforma Fornero (ovvero il cubo di Rubik)*, in *LPA*, 2013, 1, p. 191 ss.; C. Spinelli, *Le nuove regole del mercato del lavoro e la loro (in)applicabilità alle pubbliche amministrazioni*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Bari, 2013, p. 843 s.; E. Gragnoli, *L’inapplicabilità della legge n. 92/2012 ai rapporti di lavoro pubblico privatizzato*, in L. Fiorillo- A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, IV, Torino, 2014, p. 143 ss.; S. Giubboni, A. Colavita, *La nuova disciplina dei licenziamenti e i rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *W.P. Csdle «Massimo D’Antona»*.IT, 2016, n. 304; A. Tampieri, *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in G. Pellacani (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 33 ss.; L. Cavallaro, *Perché il nuovo art. 18 st. lav. si applica al pubblico impiego*, in *LPA*, 2013, 6, p. 926 ss.; il dibattito è riassunto da M. Martone, *La riforma della riforma. Il licenziamento illegittimo e la reintegrazione del pubblico dipendente tra contrasti dottrinali, incertezze giurisprudenziali e modifiche legislative*, in *ADL*, 2017, 2, p. 366 ss.

⁸⁵¹ Nell’ambito del citato dibattito, una notazione particolare (per la sua non collocabilità né nell’uno, né nell’altro filone interpretativo) merita la tesi sostenuta da A. Boscati, *La difficile convivenza tra il nuovo art. 18 e il lavoro pubblico*, in *LPA*, 2012, 1, p. 993 ss., nonché Id., *Il licenziamento disciplinare nel settore pubblico e in quello privato*, cit., p. 77 e M. De Luca, *Riforma della tutela reale contro il licenziamento illegittimo e rapporto di lavoro privatizzato alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: problemi e prospettive di coordinamento*, in *LPA*, 2013, 1, p. 1 ss. secondo cui, nel caso di licenziamento illegittimo di un pubblico dipendente, sarebbe stata possibile solo la sanzione «ripristinativa», in quanto il licenziamento illegittimo sarebbe da considerare sempre e comunque atto nullo per violazione di norme imperative. In tale ultimo senso v. Cass., 26 novembre 2015, n. 24157, in *RIDL*, 2016, II, p. 370 ss., con nota di C. Cester, *Lavoro pubblico e licenziamento davanti alla Corte di Cassazione*, p. 383 ss.

politica, adombrandosi cripticamente su una posizione vetero-corporativa, nonché incauta sul piano della ragionevolezza costituzionale⁸⁵².

Nel silenzio del legislatore (come detto, intervenuto solo nel 2017, con la novella dell'art. 63 cit.), la tesi della inapplicabilità del nuovo art. 18 al pubblico impiego è stata sostenuta anche dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 11868 del 9 giugno 2016; con la sentenza citata, la Corte esercitando un ruolo propulsivo di “differenziatore istituzionale”⁸⁵³ della regolazione pubblico-privata – ha, di fatto, suggerito al legislatore le basi teoriche per la successiva ri-differenziazione della disciplina rimediale. La Corte – oltre all'utilizzo di un argomento formale sull'impossibilità di recezione automatica delle modifiche introdotte dalla riforma Fornero, sulla base del cd. rinvio mobile – si è spinta a motivare l'esclusione sulla base di una serie di considerazioni di ordine logico-sistematiche che, di fatto, hanno fornito una lettura panpubblicistica della tutela reintegratoria, come tutela rimediale unica, che tuttavia – come si vedrà – si espone a una serie di critiche in termini di efficacia dell'argomentazione, ma anche e soprattutto di ragionevolezza della stessa⁸⁵⁴.

Nel riassumere le ragioni della perdurante applicabilità del “vecchio” art. 18, la Corte (punto 3.3.): a) ha richiamato la presunta diversa *ratio* della disciplina del licenziamento nel lavoro privato introdotta nel 2012, secondo la quale tale disciplina avrebbe «tenuto conto unicamente delle esigenze proprie dell'impresa privata, alla quale solo può riferirsi la lettera c), che pone una inscindibile correlazione fra flessibilità in uscita ed in entrata, allargando le maglie della prima e riducendo nel contempo l'uso improprio delle tipologie contrattuali diverse dal rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato»; b) ha giustificato la necessità di differenziazione argomentando sulla base della circostanza secondo la quale nel lavoro pubblico il legislatore «ha dettato una disciplina inderogabile, tipizzando anche illeciti disciplinari ai quali deve necessariamente conseguire la sanzione del licenziamento»; c) ha affermato la inconciliabilità della nuova normativa con le disposizioni contenute nel d.lgs. n. 165/2001, tenuto conto che la disciplina ivi contenuta ha – per espressa previsione del legislatore – carattere inderogabile ai sensi e per gli effetti degli artt. 1339 e 1419 c.c.; d) ma soprattutto, ha affermato che «una eventuale modulazione delle tutele nell'ambito dell'impiego pubblico contrattualizzato richiede da parte del legislatore una ponderazione di interessi diversa da quella compiuta per l'impiego privato, poiché, come avvertito dalla Corte Costituzionale, mentre in quest'ultimo il potere di licenziamento del datore di lavoro è limitato allo scopo di tutelare il dipendente, nel settore pubblico il potere di risolvere il rapporto di lavoro, è circondato da garanzie e limiti che sono posti non solo e non tanto nell'interesse del soggetto da rimuovere, ma anche e soprattutto a protezione di più generali interessi collettivi (Corte Cost. 24.10.2008 n. 351)».

4.2. ...e la sua presunta «costituzionalizzazione».

La sentenza della Cassazione n. 11868 del 9 giugno 2016, prima citata, ha richiamato esplicitamente la pregressa giurisprudenza costituzionale – vale a dire alla sentenza n. 351 del 24

⁸⁵² In tal senso, la critica di M. Esposito, “*Quo usque tandem...?*”: politica, giudici e realtà nel dibattito sul licenziamento dei pubblici dipendenti, in *DML*, 2016, 3, p. 665 ss.

⁸⁵³ B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit.

⁸⁵⁴ V. pure la critica di M. Esposito, “*Quo usque tandem...?*”, cit., p. 668 ss.

ottobre 2008⁸⁵⁵ - che sembra aver fornito le basi argomentative per una operazione di «costituzionalizzazione» della reintegra nel pubblico impiego⁸⁵⁶. A ben guardare, tuttavia, le argomentazioni della Corte Costituzionale sul presunto fondamento costituzionale della reintegra riguardavano uno specifico caso di *spoil system contra legem* dei vertici della sanità⁸⁵⁷, rispetto al quale la Corte – richiamando la precedente sentenza n. 104 del 23 marzo 2007- ha puntellato costituzionalmente la necessità di circondare di garanzie di indipendenza il *management* delle aziende sanitarie, in modo da garantire e rendere effettivo il principio della distinzione tra funzione di indirizzo politico-amministrativo degli organi di governo e funzione di gestione e attuazione amministrativa; ciò, soprattutto con riguardo a figure dirigenziali apicali, quali i vertici della sanità, per i quali si pone maggiormente il problema del rispetto dei principi di imparzialità e di buon andamento, che storicamente hanno giustificato la necessità di evitare pericolosi meccanismi di dipendenza della dirigenza dalla politica⁸⁵⁸. In questa logica, la Corte ha affermato la contrarietà di una sanzione solo risarcitoria nel caso di *spoil system* dei dirigenti *contra legem*, in quanto un «ristoro economico, non attenuerebbe in alcun modo il pregiudizio da quella rimozione arrecato all'interesse collettivo all'imparzialità e al buon andamento della pubblica amministrazione».

Il ragionamento della Corte costituzionale⁸⁵⁹, lungi dal «costituzionalizzare», *sic et simpliciter*, la necessità della reintegra nel pubblico impiego, va pertanto contestualizzato alla specifica fattispecie alla quale era riferito, vale a dire alla questione delle identificazione della figura del datore di lavoro nella p.a. e alla più complessiva questione degli strumenti di garanzia del rispetto del principio di separazione fra attività politica e attività di gestione⁸⁶⁰; sulla scorta di tale principio, che ha caratterizzato il passaggio da un modello burocratico-accentratore della dirigenza, fondato sulla gerarchia, a un modello decentrato, organizzato per sfere di competenza autonome nell'attività di concreta gestione⁸⁶¹, nel pubblico impiego – nel sistema organizzativo ideato dal legislatore della privatizzazione- la dirigenza di vertice identifica il datore di lavoro, per cui la maggiore stabilità, anche con riguardo al licenziamento, si giustifica con la finalità di preservare la

⁸⁵⁵ Su cui A. Zoppoli, *Licenziamento del dirigente pubblico e organizzazione dopo la sentenza della Consulta n. 351 del 2008*, in *DML*, 2009, 1, p. 111 ss., che profeticamente annunciava come la sentenza «al di là della fattispecie legislativa considerata, poteva influenzare tanto l'interpretazione di altre regole attualmente in vigore, quanto la futura produzione normativa», p. 114.

⁸⁵⁶ A. Zoppoli, *Licenziamento del dirigente pubblico e organizzazione*, cit., p. 117; C. Cester, *Lavoro pubblico e licenziamento davanti alla Corte di Cassazione*, cit., p. 383 ss.

⁸⁵⁷ La pronuncia aveva ad oggetto la questione di legittimità costituzionale, per violazione dell'art. 97 Cost., dell'art. 1, commi 1 e 2, della legge della Regione Lazio 13 giugno 2007, n. 8 (Disposizioni concernenti cariche di organi di amministrazione di enti pubblici dipendenti decaduti ai sensi di norme legislative regionali dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale) che escludevano la obbligatoria reintegrazione del dirigente che fosse automaticamente decaduto dall'incarico in base ad una disposizione dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale.

⁸⁵⁸ Sulle nomine dei vertici della sanità a seguito delle recenti riforme, sia consentito rinviare a L. Zappalà, *La proceduralizzazione bifasica delle nomine dei manager della sanità: problemi applicativi del nuovo dosaggio di fonti regolative dopo la riforma Madia*, in *LPA*, 2019, 1.

⁸⁵⁹ Già presente in alcune precedenti sentenze della Corte di Cassazione, cfr. Cass. 1 febbraio 2007, n. 2333, che però poi fonda l'applicabilità dell'art. 18 (nella versione allora vigente) alla dirigenza sulla scorta del ragionamento, tutto "civilistico", della applicabilità dello Statuto dei lavoratori alle p.a. a prescindere dal numero dei dipendenti.

⁸⁶⁰ A. Zoppoli, *Licenziamento del dirigente pubblico e organizzazione*, cit., p. 131 ss.

⁸⁶¹ La letteratura sul punto è, ovviamente, molto vasta e in questa sede non richiamabile, solo per alcuni riferimenti essenziali v. M. Rusciano, *La dirigenza amministrativa fra pubblico e privato*, in M. D'Alberti (a cura di), *La dirigenza pubblica*, Il Mulino, Bologna, 1990, 83; C. D'Orta, *Politica e amministrazione*, in F. Carinci - M. D'Antona (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Dal d.lgs. 29/93 ai d.lgs. nn. 396/97, 80/98 e 387/98*, *Commentario*, Milano, 2000, pag. 391 ss.; G. D'Auria, *La tormentata riforma della dirigenza pubblica*, in *LPA*, 2001, 2001, pag. 29 ss.; A. Zoppoli, *Dirigenza. Contratto di lavoro e organizzazione*, Napoli, 2000; M.G. Garofalo, *La dirigenza pubblica rivisitata*, in *LPA*, 2002, 2, p. 873 ss; M. Cammelli, *Politica ed amministrazione: modelli costituzionali, realizzazione e problemi aperti*, in *LPA*, 2003, 2, p. 258 ss.

stabilità del datore di lavoro/manager e la sua indipendenza dalla politica. Tale ragionamento non è in alcun modo replicabile per tutte le ipotesi di tutela rimediale applicabile in caso di cessazione del rapporto di lavoro. Proprio per la specificità delle argomentazioni che avevano condotto la Corte Costituzionale a ritenere illegittima la mera monetizzazione dello *spoil system* illegittimo, parte della dottrina aveva già cautamente escluso l'estensibilità del ragionamento sulla «costituzionalizzazione» della reintegra al di fuori dei casi citati, riguardanti la dirigenza⁸⁶². Più cautamente, la stessa Corte di Cassazione, in molte delle successive pronunce riguardanti la dirigenza non apicale, si è ben guardata dal pronunciarsi sulla sussistenza di un preciso nesso causale fra reintegra e principi costituzionali, di fatto, giustificando la necessità della tutela reintegratoria dei dirigenti, di volta in volta illegittimamente licenziati, con il ricorso ad argomentazioni civilistiche che hanno reso, comunque, applicabile l'art. 18 dello Statuto⁸⁶³.

La tutela reintegratoria generalizzata, come detto, è stata fatta propria dal legislatore con l'art. 63 del d.lgs. n. 165/2001, come modificato dall'art. 21 del d.lgs. n. 75/2017, che ha, pertanto, messo fine al contrasto interpretativo di cui si è detto. Tale disciplina è stata salutata con favore da parte della dottrina che ha considerato la novella una scelta «obbligata», in quanto imposta dai principi costituzionali di buon andamento e imparzialità, che verrebbero violati se si consentisse al datore di lavoro pubblico di monetizzare un atto illegittimo, che ha avuto l'effetto di espellere un lavoratore vincitore di un concorso pubblico, per giunta costringendo la p.a. a ricoprire con un nuovo concorso il posto resosi vacante⁸⁶⁴.

Le argomentazioni della dottrina citata, di fatto, richiamano e fanno proprie le argomentazioni della pregressa giurisprudenza sulla «costituzionalizzazione» della reintegra e sulla funzionalizzazione della reintegra stessa a garanzia del valore della imparzialità, in quanto l'applicazione di una tutela meramente indennitaria «avrebbe condotto a un quadro in cui si ammetteva che un dipendente pubblico potesse essere costretto a lasciare il posto di lavoro, ottenuto per concorso». Secondo questa lettura, pertanto, la *ratio* della reintegra è finalizzata a garantire «i principi del merito e dell'imparzialità, che sono alla base del meccanismo concorsuale che viene imposto a chiunque aspiri a stipulare un contratto di lavoro con la pubblica amministrazione»; principi che, pertanto, «non possono non produrre riverberi anche sulla fase estintiva del rapporto»⁸⁶⁵.

4.3. Debolezza argomentativa della lettura panpubblicistica.

La lettura panpubblicistica di cui si è detto ha rimesso al centro del discorso la presunta diversità ontologica “sopravvenuta”⁸⁶⁶ fra datore di lavoro pubblico e datore di lavoro privato, addirittura spingendosi – attraverso una operazione di eterogenesi dei fini della disciplina rimediale – a

⁸⁶² Così C. Cester, *Lavoro pubblico e licenziamento davanti alla Corte di Cassazione*, cit., p. 383 ss. Sull'evoluzione del regime sanzionatorio applicabile al recesso del rapporto di lavoro dirigenziale e sulla regolazione della materia da parte della contrattazione collettiva v. R. Voza, *In attesa della riforma: il licenziamento del dirigente pubblico e i regimi di tutela*, in *LPA*, 2016, 1-2, p. 145 ss.

⁸⁶³ Cfr. Cass. 29 luglio 2013, n. 18198.

⁸⁶⁴ Così V. Luciani, *Il licenziamento illegittimo del dipendente pubblico e la tutela reintegratoria «universale»*, in M. Esposito e al. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. nn. 74 e 75 2017 (cd. riforma Madia)*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 397 ss.; nonché, L. Zoppoli, *Tre pareri sulla costituzionalità della disposizione del decreto legislativo Madia in tema di reintegrazione dei lavoratori pubblici nel posto di lavoro*, in *Rassegna Astrid*, 2017, n. 7, 18 ss.; considera tali argomentazioni insuperabili pure M. Nicolosi, *Licenziamento disciplinare e tutela reale nel settore pubblico dopo le riforme della disciplina del licenziamento individuale*, in *ADL*, 2016, 3, p. 600 ss.

⁸⁶⁵ In tal senso, V. Luciani, *Il licenziamento illegittimo del dipendente pubblico*, cit., p. 404.

⁸⁶⁶ V. Luciani, *Il licenziamento illegittimo del dipendente pubblico*, cit., p. 405.

considerare la reintegra quale strumento finalizzato a garantire il pubblico interesse alla continuazione del rapporto con il dipendente illegittimamente licenziato.

Tale lettura dottrina e giurisprudenziale ha dato vita ad una vera e propria operazione di ri-pubblicizzazione dell'istituto, sull'onda, tuttavia, di una forza centrifuga di segno opposto a quella che ha ispirato la ri-pubblicizzazione del potere disciplinare, in chiave punitivo-efficientista. L'argomentazione della diversità ontologica del datore di lavoro pubblico è stata, infatti, utilizzata (con effetti di evidente irragionevolezza) sia a sostegno della necessità di un sistema disciplinare burocratizzato fortemente punitivo, a prescindere dal concreto grado di "colpa" del lavoratore pubblico (in quanto, comunque finalizzato a promuovere una classe di dipendenti eticamente ineccepibili); sia a sostegno della necessità della reintegra, sempre e comunque, a prescindere dalla concreta correttezza del comportamento posto in essere dal lavoratore, in quanto – ove sia accertata l'illegittimità del licenziamento (per qualunque vizio) – la necessità di soddisfare l'interesse pubblico (astrattamente considerato) a rimettere il lavoratore nel posto di lavoro (per il quale ha vinto un concorso pubblico) prevarrebbe su qualunque valutazione, in termini etici e di efficienza, sulle ragioni che avevano determinato il licenziamento.

Il sovrapporsi delle diverse anime della ri-pubblicizzazione ha avuto l'effetto di sottoporre la disciplina del licenziamento a due forze centrifughe di segno opposto che, come accennato, conducono un giudizio di inopportunità, se non di irragionevolezza, della differenziazione, di cui si è detto, e che spingono a una rilettura complessiva della disciplina in una diversa chiave "lavoristica".

A tal fine, occorre innanzitutto illustrare le ragioni per le quali la lettura panpubblicistica della presunta «costituzionalizzazione» della reintegra, sposata dalla dottrina e dalla giurisprudenza sopra citata, non appare convincente. Foriera di critiche è, innanzitutto, la posizione della Cassazione di cui alla sentenza n. 11868 del 9 giugno 2016 che, di fatto, ha avallato la lettura panpubblicistica citata. Le argomentazioni della Corte cui si è accennato, si espongono, infatti, a una serie di critiche in termini di coerenza e di efficacia dell'argomentazione medesima, ma anche di ragionevolezza della stessa. Se da una parte, ragionevole, anche se particolarmente complesso, appare il riferimento a una presunta *ratio* di differenziazione dell'utilizzo della flessibilità in entrata e in uscita nel lavoro pubblico e nel lavoro privato; dall'altra, non si comprende come e perché la regolazione inderogabile sul procedimento disciplinare e sulle ipotesi tassative di licenziamento dovrebbe necessariamente giustificare la tutela rimediale della reintegra in caso di illegittimità del licenziamento medesimo; in altre parole, perché l'ipotetica violazione di un termine procedurale, renderebbe necessaria la reintegra? Dall'altra ancora, la Corte si spinge a considerare la reintegra come uno strumento a tutela non solo del lavoratore, ma anche della p.a. e dell'interesse pubblico a non perdere un dipendente licenziato illegittimamente. Anche tale argomentazione, tuttavia, si rivela poco convincente, in quanto l'interesse della p.a. che giustificerebbe la reintegra sembra riferirsi alla ipotesi di un licenziamento assolutamente ingiustificato, o addirittura ritorsivo, rispetto al quale la sola monetizzazione concluderebbe una situazione sostanziale di ingiustizia; diversamente, non si vede quale possa essere, in concreto, l'interesse pubblico nel reintegrare sempre e comunque un lavoratore, licenziato perché ha tenuto un comportamento infedele e/o negligente, a fronte magari di un errore del procedimento compiuto dalla p.a., oppure un lavoratore realmente improduttivo, il cui scarso rendimento è stato possibilmente accertato dagli organismi di valutazione competenti, ma nell'ambito di una procedura viziata in qualche passaggio formale o temporale.

Né, d'altra parte, come pure è stato sottolineato, tale rinnovata differenziazione regolativa può trovare una giustificazione nell'argomentazione secondo la quale, avendo il lavoratore superato un pubblico concorso, lo stesso andrebbe sempre e comunque reintegrato, in ragione di una presunzione insuperabile di utilità pubblica della sua prestazione, quale vincitore di concorso. Come, infatti, è stato rilevato, se fosse vera questa tesi, portandola sino alle estreme conseguenze, non potrebbe mai giustificarsi concettualmente il licenziamento per ragioni riorganizzative del dipendente vincitore di concorso, in quanto in situazione di *job property* per meriti concorsuali⁸⁶⁷.

Nel ritenere insoddisfacente la tesi della «costituzionalizzazione» della reintegra, parte della dottrina ha provato a fornire una spiegazione più pragmatica della differenziazione pubblico privato in materia di licenziamento per ragioni soggettive, cioè quella di evitare i costi eccessivi per la pubblica amministrazione del licenziamento ingiustificato senza un corrispettivo prestazionale (una sorta di danno erariale legittimato dalla legge)⁸⁶⁸. Tale lettura, di fatto, riecheggia – senza tuttavia necessariamente rinvenire un fondamento costituzionale della reintegra – le stesse argomentazioni della Consulta che (a proposito della tutela rimediabile applicabile al dirigente pubblico) avevano evidenziato i costi collettivi di un ristoro meramente economico da corrispondere al dirigente licenziato, in quanto oltre al costo della sostituzione del licenziato medesimo, graverebbe sulla collettività anche il costo del risarcimento dovuto al lavoratore⁸⁶⁹. Tale argomentazione che fa leva su una valutazione economico-finanziaria che dovrebbe maggiormente tutelare la p.a. si espone, tuttavia, a profili d'irrazionalità, in quanto se appunto la *ratio* fosse solo quella di non gravare la collettività di costi non necessari, non si spiegherebbe il diverso regime di risarcimento in caso di reintegra: sino a 24 mensilità per il lavoratore pubblico, e solo sino a 12 per quello privato (fatto salvo il licenziamento discriminatorio, ritorsivo o altrimenti nullo). Né, tale lettura, sarebbe giustificabile, se comparata alla diversa disciplina sanzionatoria applicabile in caso di utilizzo illegittimo del lavoro a termine, la quale, piuttosto che ammettere la conversione dei contratti a termine illegittimi (anche dei lavoratori che hanno superato una selezione pubblica e che, magari, per anni, sono stati adibiti al soddisfacimento di esigenze assolutamente fisiologiche della p.a.) in contratti a tempo indeterminato, prevede sempre e comunque la monetizzazione del danno-sanzione a favore del lavoratore.

4.4. L'opportunità di una lettura "lavoristica" della reintegra anche nel pubblico impiego.

La difficoltà di fondare la reintegra sui valori costituzionali e, di conseguenza, di piegare il citato strumento rimediabile al soddisfacimento dei principi di merito, di imparzialità e di buon andamento è, tuttavia, criticabile anche da un diverso punto di vista. Il dibattito sulla necessità ontologica della reintegra e l'approdo alla tesi della «costituzionalizzazione» spostano il piano discorsivo della tutela rimediabile capovolgendo il bene tradizionalmente tutelato dal diritto del lavoro attraverso la strumentazione reintegratoria: in altre parole, la tesi citata fa propria una grammatica discorsiva che, puntando prioritariamente – se non esclusivamente – sull'esigenza di soddisfacimento degli interessi generali che ispirano l'operato della p.a., omette di confrontarsi con il dna tipico del diritto del lavoro che, storicamente, ha svolto la funzione di riequilibratore delle situazioni di disparità di potere. Paradossalmente, il dibattito sulla necessità della tutela

⁸⁶⁷ Così B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit.

⁸⁶⁸ Così B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit.

⁸⁶⁹ Cfr. Corte Cost. 24 ottobre 2008, n. 351.

reintegratoria nel pubblico impiego è fortemente sintomatico della perdita di identità del diritto del lavoro che, per giustificare la *ratio* della reintegra all'interno di un sistema sempre più diversificato di regimi sanzionatori per il licenziamento ingiustificato, ha bisogno di stravolgerne la funzione di protezione del contraente debole (quale è comunque anche il dipendente della p.a. illegittimamente licenziato), piegando la reintegra al soddisfacimento di presunte – ma il più delle volte irrazionali e ingiustificabili – esigenze di tutela degli interessi generali cui dovrebbe ispirarsi l'operato delle p.a.

Il rispolvero della natura ontologica del lavoro pubblico, quale spiegazione per giustificare la differenziazione dei regimi sanzionatori applicabili al licenziamento fra lavoro pubblico e lavoro privato, pertanto, da una parte, si incanala nel solco di quella lettura che confida nella convinzione che i vincoli legali «costituiscano di per sé forze capaci di conformare effettivamente i comportamenti organizzativi e gestionali di tutte le pubbliche amministrazioni»⁸⁷⁰. D'altra parte, tale lettura, è sintomatica delle difficoltà concettuali di giustificare la *ratio* della disciplina inderogabile a tutela del lavoratore (che è e resta debole) proprio nel lavoro pubblico, nel quale (ormai da anni) il legislatore ha distorto l'utilizzo della norma inderogabile a tutela dell'effettività delle disposizioni di legge "speciali" finalizzate ad assicurare coattivamente il rispetto del principio di legalità, dell'imposizione *ex lege* di un'etica del lavoro che dovrebbe considerarsi quale prerequisito di qualunque valutazione sul rapporto, dell'attivazione di procedimento disciplinari obbligatori, dei vincoli finanziari di volta in volta ritenuti necessari.

La lettura panpubblicistica, attraverso l'etica moralizzatrice⁸⁷¹, in altre parole, tanto ha spostato l'asse sugli interessi della p.a. e sulla logica punitiva, nonché sulla retorica dei "furbetti del cartellino", che paradossalmente ai giuristi del lavoro risulta quasi difficile spiegare perché il legislatore possa pure, nell'ambito di una ormai schizofrenica frammentazione e differenziazione delle tutele, ritenere che nel lavoro pubblico la reintegra possa essere la tutela più adatta a bilanciare gli interessi in gioco. Nel solco delle citate difficoltà di sistematizzazione e di ricerca di significato della disciplina, la lettura panpubblicistica ha, pertanto, dato vita a una forza centrifuga di ri-pubblicizzazione di segno opposto che, addirittura, prova a «costituzionalizzare» la reintegra, come rimedio sempre e comunque ispirato agli interessi pubblici; tutto ciò, anche se il fortunato reintegrato è un "furbetto", graziato da un errore procedurale.

A fronte del giudizio di inopportunità e di irragionevolezza della disciplina del licenziamento, di cui si è detto, e della progressiva frammentazione del diritto del lavoro in un «sistema di sistemi» ad elevata complessità, nelle pagine che seguono si proporrà, pertanto, una lettura della tutela rimediabile, normativamente collocata «sulla traccia di più sistemi normativi, o di più ordinamenti generali e particolari, a diversa razionalità, formale e materiale», integralmente "lavoristica", in grado di semplificare e ricondurre a razionalità la scelta del legislatore, che si immagina fedele alla persistente natura privatistica del datore di lavoro pubblico. L'operazione ermeneutica citata, consapevole di incorrere in un utilizzo tanto *opportunistico*, quanto dichiarato, *del metodo*,

⁸⁷⁰ Così, criticamente, V. Pinto, *Il lavoro pubblico nella transizione*, cit., p. 116. In questa chiave di lettura, si colloca la lettura di P. Saracini, *Licenziamento ingiustificato e reintegrazione nel lavoro pubblico*, in *RGL*, 2018, 3, p. 524 ss., la quale – pur non richiamando la tesi della diversità ontologica e non ritenendo condivisibile la tesi della «costituzionalizzazione» della reintegra – individua la *ratio* della disciplina speciale, ritenendo che «l'estensione delle regole sui licenziamenti, previste tanto dalla legge n. 92/2012 quanto dal d.lgs. n. 23/2015, avrebbe finito per rimettere le decisioni in materia di licenziamenti a scelte datoriali prive di intrinseci meccanismi di regolazione, e quindi di controllo, circa l'effettiva corrispondenza alle esigenze dell'organizzazione», p. 530.

⁸⁷¹ In chiave critica, v. B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit.

proverà a fornire una lettura “lavorista” della scelta del legislatore di mantenere nel pubblico impiego la tutela reintegratoria. Si tratta di una soluzione interpretativa⁸⁷² che, consapevolmente, seleziona i punti di partenza “lavoristici” del ragionamento e «finge l’ordine perduto del sistema chiuso e logicamente ordinato, ricavandone il vantaggio di una (opportunistica) semplificazione delle operazioni ermeneutiche»⁸⁷³; una operazione, tuttavia, che - a fronte della complessità sempre più elevata del diritto del lavoro pubblico – giustifica, secondo l’insegnamento di Massimo D’Antona, un intervento interpretativo «in grado di abbracciare nel suo campo visivo la pluralità, le analogie, le interazioni e le lacune degli ordinamenti»⁸⁷⁴.

Alla luce di tali premesse, senza bisogno di richiamare la diversità ontologica fra lavoro pubblico e lavoro privato, una lettura “lavorista” della riforma del 2017⁸⁷⁵ consente di sostenere che, con l’introduzione della tutela rimediale unica, si sia scelto – in un panorama di tutele rimediali ormai frammentato- di mantenere la tutela reale nel pubblico impiego, sulla scorta di una operazione di bilanciamento che, tenuto conto della specificità del datore di lavoro pubblica, è stata ritenuta più adatta all’attuazione del diritto al lavoro previsto dagli artt. 4 e 35 Cost. Se, come pare ormai associato, la reintegra non è ritenuta l’unico paradigma possibile per l’attuazione dei citati principi costituzionali, è però anche vero che essa possa essere stata considerata dal legislatore, nella citata operazione di bilanciamento, la più adeguata a tutelare il lavoratore che opera alle dipendenze di un datore di lavoro pubblico⁸⁷⁶. In questa chiave di lettura, non è il diritto del lavoro pubblico che si è differenziato, questo è rimasto fermo al dna originario; è il diritto del lavoro privato che si è distaccato da questo, in una logica regressiva, per ragioni che non sono immediatamente ribaltabili nel lavoro pubblico. In questo caso, la “specialità” piuttosto che essere figlia di una operazione di ri-pubblicizzazione, potrebbe essere letta come un ritorno o un mantenimento – più o meno consapevole- del dna tipico del diritto del lavoro che, laddove, nella «topografia del conflitto, ossia nell’individuazione degli elementi da contemperare»⁸⁷⁷, risulta essere meno messo alle strette dalle esigenze di competizione e dalle mere logiche di mercato, riapre gli spazi a tecniche di bilanciamento legislative, in cui il valore della dignità della persona naturalmente riacquista il terreno perso sull’altare degli imperativi della flessibilità. In tal senso, la

⁸⁷² Sulla concezione della norma come “prodotto”, anziché come “oggetto” dell’interpretazione giuridica, fondamentale la lezione di G. Tarello, *Introduzione al linguaggio precettivo*, in *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna 1974, p. 135 ss.; nonché, Id., *L’interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano 1980, p. 38 e ss. Più in generale, sull’interpretazione come «costruzione giuridica» v., di recente, R. Guastini, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 427 ss.

⁸⁷³ Le citazioni sono tratte da M. D’Antona, *L’anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, cit., p. 60 ss.

⁸⁷⁴ L. Lombardi Vallauri, *Delegificazione, neogiuridicizzazione, secolarizzazione*, in *Jus*, 1987, p. 355 ss.; M. D’Antona, *L’anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, cit., p. 72.

⁸⁷⁵ La proposta di una lettura unificante della disciplina del licenziamento nel lavoro pubblico e nel lavoro privato, è sostenuta – anche se con diverse argomentazioni- da A. Boscati, *Il licenziamento disciplinare nel settore pubblico e in quello privato*, cit., p. 95 ss., e M. Ricci, *Lavoro privato e lavoro pubblico: rapporti tra le due ipotesi di riforma, estensione delle regole e modelli*, in *LPA*, 2014, p. 476 ss., il quale rileva come nonostante «negli ultimi anni anche in materia di licenziamento disciplinare si siano accentuati i profili di specificità della normativa del lavoro pubblico rispetto a quella del settore privato, si da far pensare alla coesistenza di due sistemi, non totalmente separati fra loro, ma in cui i caratteri di unificazione risultano meno marcati rispetto a quelli di differenziazione».

⁸⁷⁶ Nell’ambito di una riflessione più generale sull’evoluzione del sistema sanzionatorio nella divaricazione fra lavoro pubblico e lavoro privato, C. Zoli, *L’evoluzione del sistema rimediale: privato e pubblico a confronto*, in *LD*, 2017, 3-4, p. 425 ss., afferma infatti, in maniera condivisibile, che, nel lavoro pubblico, «la tutela in forma specifica costituisce tuttora il presidio unico a fronte dei licenziamenti illegittimi e a garanzia dei diritti fondamentali dei lavoratori, ivi compreso quello alla professionalità», p. 439.

⁸⁷⁷ A. Zoppoli, *Rilevanza costituzionale della tutela reale e tecnica del bilanciamento nel contratto a tutele crescenti*, in *DML*, 2015, p. 291 ss.; il dibattito sul punto è, ovviamente, molto acceso e non richiamabile in questa sede, per alcuni riferimenti v. pure B. Caruso, *Il licenziamento disciplinare: la prospettiva rimediale tra bilanciamento della Corte costituzionale e diritto vivente giurisprudenziale*, in *DRI*, 2018, p. 483; R. De Luca Tamajo, *La sentenza costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione dell’indennizzo per licenziamento illegittimo*, in *DLM*, 2018, 3, p. 634 ss.

disciplina rimediatale introdotta per il lavoro pubblico – riletta attraverso le lenti lavoristiche – rappresenta l'occasione per un recupero proprio nel pubblico impiego di principi e di regole di tutela riconducibili alla dignità della persona, alla valorizzazione delle sue capacitazioni e alla stabilità, ma anche l'enfatizzazione dei doveri di leale collaborazione che, ove sia accertata l'illegittimità del licenziamento, consentono al pubblico dipendente di ritornare nel proprio posto di lavoro. Il tutto, in un'ottica di valorizzazione della dignità e delle capacità personali, in cui il profilo della «maggiore stabilità, oggettivamente inerente al *work profile* del lavoratore pubblico, rispetto a profili di lavoro più caratterizzati da precarietà e insicurezza, consentirebbe, invece, il pieno dispiegamento della "relazione personale di lavoro" nella struttura organizzativa dell'amministrazione, in funzione di una consapevole e partecipata realizzazione dei fini di interesse generale al servizio dei cittadini utenti»⁸⁷⁸.

4.5. Punti di equilibrio e criticità dell'operazione di bilanciamento parametrata alla complessità organizzativa delle p.a.

Se la specialità della tutela rimediatale è, pertanto, predicato non della fattispecie, ma della disciplina⁸⁷⁹, che – nell'operazione di bilanciamento – ha condotto a ponderare diversamente l'interesse della p.a. (non paragonabile all'interesse sotteso all'art. 41 Cost., come nel lavoro privato) con il diritto del lavoratore alla stabilità, il discorso sulla *ratio* della differenziazione deve essere necessariamente riportato al dibattito lavoristico tutto interno all'operazione di bilanciamento nella disciplina rimediatale⁸⁸⁰. Secondo l'insegnamento della Corte Costituzionale, l'operazione di bilanciamento deve essere effettuata sul presupposto che i principi cui si ispira l'art. 4 della Cost. «esprimono l'esigenza di un contenimento della libertà del recesso del datore di lavoro dal contratto di lavoro, e quindi dell'ampliamento della tutela del lavoratore, quanto alla conservazione del posto di lavoro»; come chiarito dalla stessa Corte, «l'attuazione di questi principi resta tuttavia affidata alla discrezionalità del legislatore ordinario, quanto alla scelta dei tempi e dei modi, in rapporto ovviamente alla situazione economica generale»⁸⁸¹, ma anche al rispetto del principio di «ragionevolezza». Proprio nel rispetto del citato principio di ragionevolezza, la definizione legislativa delle conseguenze dell'atto invalido deve essere parametrata tenendo conto di una pluralità di fattori, finalizzati a "calare" la sanzione (reintegratoria e/o risarcitoria) nella realtà aziendale; fattori che incidono sull'entità del pregiudizio causato dall'ingiustificato licenziamento e conseguentemente sulla misura del risarcimento, «all'interno di un sistema equilibrato di tutele, bilanciato con i valori dell'impresa (...), all'esigenza di personalizzazione del danno subito dal lavoratore»⁸⁸².

⁸⁷⁸ È la lettura suggerita opportunamente da B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit., diretta a valorizzare la rilevanza strutturale del *personal work nexus* nel lavoro pubblico, che richiamando la tesi di M. Freedland e N. Kountoris, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oup, Oxford, 2011, p. 369 ss., nonché quella sul cd. *capability approach* (sulla quale v., da ultimo, B. Langille (a cura di), *The capability approach to Labour Law*, OUP, Oxford, 2019) ritiene che, proprio in tale «contesto si accentui, ancora più che nell'impresa, la relazione personale di lavoro che sta alla base del relativo contratto, che va inteso non più negativamente come cristallizzazione di rapporti di scambio e di potere sfavorevoli al lavoratore, bensì come complessa costruzione legale di una relazione personale di lavoro unitaria, anche se articolata, complessa e differenziata per diversi profili tipologici (uno dei quali certamente è costituito dal contratto di lavoro pubblico)».

⁸⁷⁹ V. Pinto, *Il lavoro pubblico nella transizione*, cit., p. 119.

⁸⁸⁰ Per una lettura sull'evoluzione del dibattito sul bilanciamento e sui limiti alla discrezionalità legislativa, v. A. Zoppoli, *Rilevanza costituzionale della tutela reale*, cit., p. 301 ss.; L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra "principi" costituzionali*, in *DLRI*, 2007, p. 593 ss.;

⁸⁸¹ Così, Corte Cost. sentenza 28 dicembre 1970, n. 194, ripresa dalla più recente e discussa sentenza 8 novembre 2018, n. 194.

⁸⁸² Così, Corte Cost. sentenza 8 novembre 2018, n. 194.

Sarà in quest'ottica che, pertanto, nelle pagine che seguono si proverà a individuare la *ratio* della differenziazione del regime rimediabile fra lavoro pubblico e lavoro privato, giungendo a una valutazione di opportunità della stessa⁸⁸³.

Sicuramente, nel caso di specie, l'operazione di bilanciamento deve essere effettuata senza doversi confrontare, a torto o a ragione, con la vulgata di quanti sostengono la correlazione tra riduzione delle tutele contro il licenziamento e incremento quantitativo dell'occupazione⁸⁸⁴. Senza il fiato sul collo di tale "pesante" e pressante ideologia riformista, l'operazione di bilanciamento sulla tutela rimediabile più idonea a tutelare gli interessi in gioco nel lavoro pubblico, deve essere evidentemente effettuata nella consapevolezza che, di per sé, la generalizzazione della reintegra nel lavoro pubblico non è produttiva di significativi effetti in termini di incremento quantitativo dell'occupazione⁸⁸⁵.

Il diritto al lavoro, ai sensi degli art. 4 e 35 Cost. va, dunque, bilanciato con l'interesse organizzativo del datore di lavoro pubblico a "sopportare" la reintegra del lavoratore illegittimamente licenziato: ebbene, nel lavoro pubblico – una volta accertata giudizialmente l'invalidità del licenziamento per g.m.s. – l'interesse organizzativo della p.a. ad opporsi alla reintegra è di difficile configurazione, soprattutto tenuto conto si tratta di un posto in dotazione organica che, comunque, dovrà essere ricoperto. Se è, pertanto, giudizialmente accertato che il licenziamento era illegittimo, la reintegra coincide con l'interesse organizzativo della p.a. medesima a coprire quel posto. In questa prospettiva, una tutela meramente indennitaria, implicherebbe una indebita compressione degli art. 4 e 35 e non risulterebbe finalizzata a soddisfare un preciso interesse organizzativo della p.a., che non avrebbe ragione alcuna per non rimuovere gli effetti prodotti da un atto (il licenziamento), che giudizialmente è stato ritenuto illegittimo.

In questa logica, la lettura "lavorista" della reintegra anche nel settore pubblico, non mette in crisi i principi cardine della contrattualizzazione, anzi – quasi in una sorta di contemperamento con il tentativo di rendere automatica l'applicazione della sanzione espulsiva di cui si è detto all'inizio del presente lavoro – apre gli spazi a una tutela rimediabile disposta in via giudiziaria, potenzialmente in grado da fungere da "correttivo" agli eccessi derivanti dalla auspicata (dal legislatore) *automaticità* del licenziamento, in cui il recupero e la verifica della proporzionalità – nell'ambito del procedimento disciplinare acefalo di cui si è detto - sembra operazione più riservata al giudice, che non all'ufficio per i procedimenti disciplinari, a sua volta "minacciato" dall'applicazione di sanzioni per non avere punito. La sanzione della reintegra, pertanto, diventa il rimedio naturale nei casi di licenziamenti in tronco, eccessivamente "frettolosi"⁸⁸⁶ posti in essere

⁸⁸³ Nell'ottica della griglia interpretativa di catalogazione della differenziazione come necessaria, opportuna/inopportuna, illegittima suggerita da B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit.

⁸⁸⁴ Il dibattito sulla necessità o meno della riforma del licenziamento nel lavoro privato è troppo ampio e, certamente, non riepilogabile in questa sede, per alcuni riferimenti essenziali all'ideologia economica sottesa alla progressiva riforma v. V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *RIDL*, 2012, I, p. 530 ss.; Id., *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, in *RGL*, 2014, 1, p. 344 ss.; L. Zoppoli, *Il licenziamento tra costituzionalismo e analisi economica del diritto*, in *DML*, 2000, p. 435 ss.

⁸⁸⁵ Sulla necessità di applicare «criteri di efficientismo economico» al fine di assicurare il buon funzionamento delle p.a. v. invece E. Fragale, *Il licenziamento del dipendente pubblico dopo la riforma Madia*, in *GDA*, 2018, 4, p. 453 ss.

⁸⁸⁶ In questa logica, si colloca del resto la previsione dell'art.63, comma 2-bis del d.lgs. n.165, introdotta ad opera del d.lgs. n.75 del 2017, che in sede di impugnativa di sanzioni disciplinari, autorizza il giudice, qualora ravvisi un difetto di proporzionalità della sanzione inflitta dalla P.A. al proprio dipendente, a sostituire, anche senza domanda di parte, la sanzione eccessiva con quella proporzionata (in *melius* e non in *peius*), convertendola in ossequio al principio di proporzionalità. Con tale novella, infatti, da una parte, si attribuisce al giudice il potere reintegrare il lavoratore, ma d'altra, di procedere ad un'equa rideterminazione punitiva per fatti che avevano comunque rilievo disciplinare, anche se non giustificativi del licenziamento.

dai soggetti responsabili del procedimento, per non incorrere in una ipotesi di decadenza dall'azione, da cui poi possa derivare una responsabilità disciplinare "a cascata".

La lettura "lavorista" della reintegra nel settore pubblico, inoltre, lontana dagli echi del dibattito ideologico sulla flessibilità in uscita cui prima si è fatto cenno, consente di riflettere anche sugli effetti dell'osmosi tra metodi di gestione dell'impresa privata e della pubblica amministrazione, in virtù dei quali la reintegra di un lavoratore illegittimamente licenziato può configurarsi come strumento utile e conveniente per le p.a., poiché reintegrare un dipendente illegittimamente licenziato, che però era già formato e integrato nell'assetto organizzativo, evita alla p.a. medesima un danno in termini di perdita di *know how*. Un interesse della p.a. alla reintegra che, pertanto, solo marginalmente coincide con l'interesse della p.a. medesima a non perdere un dipendente che comunque ha superato un concorso pubblico.

Non ultimo, infine, come insegna la Consulta⁸⁸⁷, l'operazione di bilanciamento deve tenere conto anche della necessità che la sanzione sia dissuasiva. Ebbene, stante le difficoltà di assunzione di responsabilità nell'ambito di un procedimento disciplinare acefalo, che si conclude con un licenziamento illegittimo (sulla scorta, magari, di un procedimento integralmente gestito dall'ufficio per i procedimenti disciplinari) pare difficile ipotizzare che una mera sanzione indennitaria possa ritenersi dissuasiva. Nel licenziamento per g.m.s., pertanto, stante lo "sdoppiamento" di ruoli fra chi gestisce il procedimento disciplinare e il vero e proprio datore di lavoro, è da ritenere legittimo il convincimento che la sanzione reintegratoria possa ritenersi confacente all'interesse organizzativo della p.a., ma anche maggiormente dissuasiva (in termini di ricadute "reputazionali" interne a carico dei soggetti che hanno eventualmente sbagliato il procedimento, o comunque hanno proceduto all'irrogazione della sanzione del licenziamento senza la giusta motivazione). La lettura "lavoristica" proposta, in altre parole, fornisce l'opportunità per una applicazione dei principi costituzionali di riferimento (diritto al lavoro, libertà e vincolo di scopo) che riduce, anziché accentuare, le divergenze fra lavoro pubblico e lavoro privato, evidenziando come i principi di imparzialità e di buon andamento, cui costituzionalmente si ispira l'operato delle p.a. possono – senza riattribuire singoli istituti in una forzata e a volte irragionevole ottica di ri-pubblicizzazione – funzionalizzare l'agire datoriale dall'interno, preservando la natura privatistica del rapporto di lavoro.

Vero è che la tutela reintegratoria generalizzata si presta anche a una critica di eccessivo protezionismo dei lavoratori pubblici⁸⁸⁸ (si pensi ai casi, numerosi, in cui la reintegra di fatto venga riconosciuta a fronte di errori solo procedurali), e dunque a una critica di irragionevolezza intrinseca (perché tanta tutela se l'intento del legislatore è prevalentemente punitivo?). Si tratta

⁸⁸⁷ Così, Corte Cost. sentenza 8 novembre 2018, n. 194. Su tale sentenza si è già sedimentato un dibattito dottrinale articolato, per alcuni riferimenti S. Giubboni, Il licenziamento del lavoratore con contratto "a tutele crescenti" dopo l'intervento della Corte costituzionale, in CSDLE "Massimo D'Antona".IT –379/2018; A. Perulli, Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo, in *Libro dell'anno del diritto 2018*, Treccani ed.; M.T. Carinci, La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento ingiustificato nel "Jobs Act", e oltre, CSDLE "Massimo D'Antona".IT –378/2018; G. Fontana, La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015: one step forward two step back, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT –382/2018.

⁸⁸⁸ V. E. Fragale, Il licenziamento del dipendente pubblico, cit., p. 458 ss., il quale sostiene che «esigenze di corretta trasmissione dell'indirizzo politico lungo la catena di comando ben potrebbero giustificare la rottura della monoliticità del sistema di garanzie della burocrazia, introducendo forme di diversificazione soggettiva delle garanzie di stabilità», così confermando – in contrasto con la scelta del legislatore del 2017- l'idea che «la disciplina racchiusa nel novellato testo dell'art. 18 Stat. lav.- là dove sembra limitare la tutela reintegratoria alle sole ipotesi di licenziamento illegittimo per insussistenza del fatto oltre che nei casi di licenziamento nullo- mostra di realizzare un non irragionevole equilibrio tra i diversi principi costituzionali, sì da prestarsi ad essere impiegata come utile paradigma di riferimento anche nel modellamento del regime di stabilità dei dipendenti pubblici».

di una critica di irragionevolezza forte, che sicuramente denota un punto di debolezza del sistema sanzionatorio difficilmente giustificabile se comparato ai diversi regimi vigenti nel settore privato; tuttavia, è anche vero che nell'operazione di bilanciamento il legislatore non può che guardare agli interessi in gioco dal punto di vista generale. E, d'altronde, nemmeno nella vigenza del "vecchio" art. 18 dello Statuto, la dottrina lavoristica si è mai sognata di contestare la *ratio* della tutela per i possibili casi di attribuzione della stessa a lavoratori non meritevoli della tutela a loro dall'ordinamento attribuita.

In ogni caso, va evidenziato che la riforma del 2017 di cui si discute ha fatto proprie alcune posizioni ormai consolidate anche nel lavoro privato, vale a dire l'imposizione di un tetto massimo al risarcimento pari a ventiquattro mensilità, dedotto quanto dal lavoratore percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative. Nella stessa logica, nell'art. 63, comma 2, scompare anche qualunque riferimento alla indennità sostitutiva della reintegra, che nell'originaria previsione dell'art. 18 dello Statuto poteva essere sempre richiesta dal lavoratore che aveva ottenuto una sentenza di condanna alla reintegra medesima, e tuttavia – non intendendo tornare in azienda – preferiva richiedere una somma pari a ulteriori quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

I descritti contemperamenti possono ritenersi anch'essi frutto dell'operazione di bilanciamento, che in un *mix* di *property rule* e *liability rule* disegna un sistema di tutela assolutamente in linea con la natura contrattuale del rapporto e con la tradizione lavorista; il tutto, in un'ottica parzialmente riformata (con le limitazioni economiche di cui si è appena detto), che evidentemente – in una logica di razionalità economicistica – si è ritenuto debba trovare applicazione pure presso le p.a. datrici di lavoro.

5. Differenziazioni irragionevoli e ingiustificate: il licenziamento discriminatorio e il licenziamento ritorsivo "tipizzato" del *whistleblower*.

La lettura "lavorista" proposta non risolve, tuttavia, alcuna persistenti differenziazioni della disciplina fra lavoro pubblico e lavoro privato; differenziazioni che, non trovando giustificazione alcuna, né nella lettura panpubblicistica criticata, né in quella "lavoristica" proposta, devono ritenersi assolutamente irragionevoli, anzi in questo caso, del tutto illegittime.

Il riferimento riguarda la disciplina rimediabile applicabile nel caso di licenziamento discriminatorio e di licenziamento nullo per le altre cause previste dalla legge. Si tratta di una diversità fra lavoro pubblico e lavoro privato che non appare in alcun modo giustificabile e che, probabilmente, è forse frutto di un errore di formulazione finale del testo: la norma originariamente approvata dalla Camera prevedeva l'applicabilità del vecchio regime della reintegra e del risarcimento integrale, sia per i licenziamenti annullabili, sia per i licenziamenti affetti da nullità (come i licenziamenti per motivi discriminatori, o per le altre cause di nullità previste dalla legge). Con l'inserimento del tetto massimo di risarcimento delle ventiquattro mensilità nella versione finale, di fatto, è invece accaduto che – nel nuovo regime sanzionatorio della tutela rimediabile "unica" – ai licenziamenti discriminatori si applica la tutela reintegratoria, ma – a differenza del lavoro privato – il lavoratore discriminato otterrà una tutela risarcitoria, che potrebbe non coprire l'intero danno subito; ciò soprattutto tenuto conto che, a questo punto, il rito di impugnazione del licenziamento non sarà più il rito Fornero, bensì il rito ordinario (cui potrebbe precedere una fase cautelare, che potrebbe ritornare in auge come rimedio per evitare danni gravi e irreparabili).

L'irragionevolezza di tale differenziazione è ancora più inspiegabile, ove si osservi che, a ben guardare, la tutela rimediabile "unica", in realtà "unica" non è. La legge n. 179/2017, infatti, a distanza di soli sei mesi dal precedente d.lgs. 75/2017, ha riscritto l'art. 54 bis del d.lgs. n. 165, individuando il regime applicabile a tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti⁸⁸⁹. Si tratta di un'ipotesi "tipizzata" di licenziamento ritorsivo, frutto delle intersezioni tematico-disciplinari tra tutela dell'etica pubblica, politiche anticorruptive e diritto del lavoro⁸⁹⁰, finalizzata a tutelare – in chiave promozionale-incentivante- la posizione del soggetto che segnala illeciti con una serie di tutele sostanziali e processuali. Il nuovo comma 8, dell'art. 54-bis, introdotto dopo solo qualche mese dalla nuova disciplina rimediabile di cui si è detto, a sorpresa, prevede che «il segnalante che sia licenziato a motivo della segnalazione è reintegrato nel posto di lavoro ai sensi dell'art. 2 del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23», vale a dire ai sensi della disposizione che prevede il regime sanzionatorio pieno (reintegra e risarcimento senza tetto), generalmente applicabile per il licenziamento discriminatorio o nullo.

Come è stato evidenziato da chi ha analizzato l'istituto nel suo complesso, si tratta di «opzione regolativa scarsamente intellegibile, se non nei limiti dell'enunciazione di una norma-manifesto, presumibilmente preordinata a evidenziare, quasi retoricamente, la fiducia del legislatore nelle potenzialità taumaturgiche della nuova disciplina»⁸⁹¹. La disciplina citata individua una serie di "privilegi" per il *whistleblower*, che tuttavia – analizzati nel complesso – si trasformano in veri e propri elementi di irragionevolezza: il legislatore sembra aver delineato, innanzitutto, un particolare regime probatorio, che non prevede solo (come per il licenziamento discriminatorio) una parziale inversione dell'onere della prova, bensì un vero e proprio capovolgimento dell'onere probatorio, puntellato dalla presunzione, difficilmente superabile, della ritorsività del licenziamento medesimo⁸⁹². A differenza di qualunque altro lavoratore (privato e pubblico) che viene licenziato per un motivo illecito ai sensi dell'art. 1345 c.c.⁸⁹³ e che, quindi, deve dimostrare il carattere unico e determinante di un motivo rigidamente ancorato al piano psicologico (*animus vindicandi*), il *whistleblower* è iper tutelato da una presunzione assoluta di nullità del recesso che lo esonera dal difficilissimo onere di provare che la sua denuncia sia stata l'unica causa/motivo del recesso medesimo. In altre parole, il denunciante gode di un regime protettivo basato su un divieto di licenziamento assistito dalla sanzione di nullità, operante, in connessione con lo stato oggettivo di aver denunciato⁸⁹⁴. Una presunzione quasi assoluta – destinata a cessare ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 54-bis – solo nei casi in cui «sia accertata, anche con sentenza di primo grado, la responsabilità penale del segnalante per i reati di calunnia o di diffamazione [...] ovvero la sua responsabilità civile, per lo stesso titolo, nei casi di dolo o colpa grave», rispetto alla quale la prova della sussistenza di altre ragioni che potrebbero aver dato vita al licenziamento per g.m.s.

⁸⁸⁹ Cfr. V. Papa, *Contrasto alla maladministration e segnalazione di irregolarità: il whistleblowing e la (ri)conversione etica dei dipendenti pubblici*, in questo Volume; nonché A. Avio, *La tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti nella l. 30 novembre 2017 n. 179*, in M. Esposito e al. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. nn. 74 e 75 2017 (cd. riforma Madia)*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 314 ss.; M. Vitaletti, *Il lavoratore "segnalante" nell'impresa privata. Il perimetro della tutela del "whistleblower"*, in corso di pubblicazione in *DRI*, 2019, n. 2.

⁸⁹⁰ P. Tullini, *L'inadempimento e la responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, cit., p. 6.

⁸⁹¹ Cfr. V. Papa, *Contrasto alla maladministration*, cit.

⁸⁹² V. Papa, *Contrasto alla maladministration*, cit.

⁸⁹³ Sul tema si rinvia a F. Marinelli, *Il licenziamento discriminatorio e per motivo illecito. Contributo allo studio della fattispecie*, Giuffrè, Milano, 2017, e M. Biasi, *Saggio sul licenziamento per motivo illecito*, Cedam, Padova, 2017.

⁸⁹⁴ Inquadra tale ipotesi di illiceità del licenziamento ritorsivo nelle finalità di contrasto all'ordine pubblico, M. Biasi, *Il licenziamento per motivo illecito: dialogando con la giurisprudenza*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2018, I.

diventa difficilissima, se non del tutto irrilevante. L'effetto della descritta iper tutela potrebbe essere, pertanto, quello di un utilizzo "opportunistico" della segnalazione da parte di dipendenti che si sentono "a rischio" di licenziamento per motivi disciplinari.

Il lavoratore che segnala illeciti, paradossalmente, allo stato, è inoltre l'unico coperto da una tutela risarcitoria integrale. Non solo. il lavoratore che segnala illeciti, a differenza di qualunque altro lavoratore pubblico illegittimamente licenziato, ha pure diritto a optare per la possibilità di non rientrare in servizio e richiedere l'indennità sostitutiva in misura pari a quindici mensilità.

Tale profilo di differenziazione interna, tuttavia, appare irragionevole, soprattutto se rapportato al vizio del licenziamento: perché a un dipendente che segnala illeciti, e che quindi viene tutelato proprio per la sua etica e la sua "fedeltà" all'amministrazione, dovrebbe essere data – oltre alla reintegra e alla tutela risarcitoria piena – la possibilità di optare per un non rientro al lavoro, a fronte di un esborso economico di ulteriori quindici mensilità? L'irragionevolezza, in questo caso, deriva proprio dalla *ratio* interna dell'istituto: tutelare il dipendente "fedele", che merita la tutela piena; se è così, l'opzione *exit*⁸⁹⁵ *ex post* appare irragionevole, non tanto rispetto alla disciplina "lavoristica" generale che sanziona i licenziamenti ritorsivi, quanto rispetto alla *ratio* interna dell'istituto di assicurare la diffusione dell'etica e della responsabilità *dentro* l'amministrazione.

Se rispetto alla disciplina rimediaria del *whistleblower* sono riscontrabili solo dei dubbi di irragionevolezza, veri e propri profili di illegittimità sono invece rinvenibili nella disciplina del licenziamento discriminatorio. La disciplina che prevede una differenziazione ingiustificata di tutela applicabile al licenziamento discriminatorio è evidentemente frutto di una svista e dovrà essere modificata, non solo per i profili di irragionevolezza rispetto sia alla vigente disciplina nel lavoro privato (sia quella applicabile agli assunti prima del marzo 2015, sia agli assunti dopo), sia rispetto alla disciplina applicabile al dipendente che segnala illeciti, ma anche per la sua evidente contrarietà al diritto comunitario. In materia di discriminazioni, infatti, la Corte di Giustizia ha più volte affermato che gli Stati membri sono tenuti ad adottare i provvedimenti necessari a consentire a tutti coloro che si ritengono lesi da una discriminazione per i fattori tipizzati dall'ordinamento di far valere in giudizio i propri diritti; come tuttavia chiarito dalla Corte a partire dagli anni ottanta, i provvedimenti atti a ristabilire l'effettiva parità devono assicurare una tutela giurisdizionale *effettiva e efficace* ed avere nei confronti del datore di lavoro un effetto *dissuasivo reale*. Tanto premesso, come esplicitamente affermato nella recente sentenza *Camacho* in materia di discriminazioni per ragioni di sesso, affinché il danno subito a causa di una discriminazione sia effettivamente riparato o indennizzato in modo dissuasivo e proporzionato, l'articolo 18 della direttiva 2006/54 «impone agli Stati membri che optano per la forma pecuniaria di introdurre nei rispettivi ordinamenti giuridici nazionali disposizioni che prevedano il versamento alla persona lesa di un risarcimento che copra *integralmente* il danno subito, secondo le modalità da questi fissate»⁸⁹⁶.

In maniera ancora più incisiva, la Corte di Giustizia, con la successiva sentenza *Milkova*, in un caso di discriminazione nei confronti di una lavoratrice disabile, a fronte del quale lo Stato membro prevedeva un diverso regime di tutela applicabile ai lavoratori pubblici e ai lavoratori privati, ha affermato come sia compito del giudice nazionale effettuare il raffronto tra le diverse situazioni,

⁸⁹⁵ Sull'opzione *voice*, v. V. Papa, *Contrasto alla maladministration*, cit.

⁸⁹⁶ Corte di Giustizia UE, sentenza 17 dicembre 2015, *Camacho*, causa C-407/14. Su tale sentenza, v. F. Malzani, *Licenziamento discriminatorio e danno "punitivo ragionevole": verso il superamento di un (apparente) ossimoro*, in *NGCC*, 2016, 5, p. 717 ss.

tramite un'analisi incentrata sull'insieme delle norme di diritto nazionale pertinenti che disciplinano le posizioni dei lavoratori subordinati con una determinata disabilità, da un lato, e le posizioni dei pubblici impiegati con la medesima disabilità, dall'altro lato, tenuto conto in particolare dell'oggetto della tutela contro il licenziamento di cui al procedimento principale. Ove, a seguito di tale verifica, il giudice accertasse una differenza in contrasto con l'articolo 7, paragrafo 2, della direttiva 2000/78, letto alla luce della convenzione delle Nazioni Unite relativa ai diritti delle persone con disabilità e in combinato disposto con il principio generale di parità di trattamento, l'obbligo di rispettare il diritto dell'Unione europea esigerebbe che l'ambito di applicazione delle norme nazionali che tutelano i lavoratori subordinati con una determinata disabilità fosse esteso, affinché di dette norme di tutela beneficino anche i pubblici impiegati con la stessa disabilità⁸⁹⁷.

Già sulla scorta di tali precedenti giurisprudenziali, oltre che tramite il ricorso al regime delle nullità di diritto civile, si potrebbe pertanto pervenire a un'applicazione estesa della tutela dell'art. 18 dello Statuto, nella sua formulazione reintegratoria e risarcitoria piena, per i licenziamenti discriminatori anche nel pubblico impiego, così ponendo rimedio a una dimenticanza del legislatore che, paradossalmente (in questo clima di "caccia alle streghe"), tutela più efficacemente il lavoratore pubblico che denuncia, rispetto al lavoratore pubblico discriminato, individuando una insostenibile, irragionevole e illegittima differenziazione che tutela la presunta etica del lavoratore, più della dignità del lavoratore medesimo.

⁸⁹⁷ Corte di Giustizia UE, sentenza 9 marzo 2017, *Milkova*, causa C-406/15.