

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, proceduralizza, 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. Iadiciccio 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. Mastrogiosepe, *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 forza' - 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 riformata 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 discrete, 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 gruppi 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 giustificherebbero, 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 tritico 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 concentrato 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 enfaticizzazione 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, perniciosa 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, 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 specializzatosi, 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 incista 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 riproporrà 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 anfibe 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 rimediale (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 rimediale, 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 rimediale, 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 rimediale 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 rimediale 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 rimediale 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 rimediale, 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 TUPI.

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.