

La nuova disciplina del mercato del lavoro e le pubbliche amministrazioni*

Franca Borgogelli

1. Introduzione: il quadro normativo	304
2. La scelta di politica del diritto: le ragioni e il significato di una disciplina diversificata	306
2.1. Profili generali	306
2.2. Le differenze nel ruolo della contrattazione collettiva	311
2.3. Osservazioni	312
3. Le questioni esegetiche	314
3.1. La fonte delle "eccezioni"	314
3.2. Le inclusioni	317
3.3. Le esclusioni	326
4. Riferimenti Bibliografici	329

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 17/2004

1. Introduzione: il quadro normativo

L'esclusione delle pubbliche amministrazioni dal campo di applicazione della nuova disciplina del mercato del lavoro, affermata con una formula ambigua⁷⁵³ dall'art.6 della legge delega, trova riscontro nel secondo comma dell'art. 1 del decreto legislativo n.276 in termini (apparentemente) chiari e drastici, anche se viene poi parzialmente ridimensionata in altre disposizioni.

Si tratta di un aspetto della riforma criticato, seppur con accenti diversi, da tutti i commentatori, con riguardo sia all'opzione di politica del diritto sia al metodo e alla tecnica legislativa. Per il primo profilo, si giudica negativamente la netta inversione di rotta rispetto al processo di unificazione del lavoro pubblico e privato sotto <<l'egida del diritto comune del lavoro>>⁷⁵⁴ avviato nel 1992 e approdato nel d.lgs.n.165 del 2001; per il secondo profilo, si nota come le ambiguità e i dubbi di costituzionalità rilevati con riguardo alla legge delega non vengano risolti, ma se mai aggravati dal decreto delegato, risultando nell'insieme un intreccio di disposizioni non facilmente riconducibili ad un ordine sistematico. Una pessima qualità tecnica⁷⁵⁵ che mette in seria difficoltà sia la dottrina che pure voglia accogliere l'invito a lasciar da parte pregiudiziali ideologiche e a prestare attenzione all'opera di ricostruzione esegetica e sistematica⁷⁵⁶, sia coloro che le disposizioni debbono in concreto applicare.

Prima di entrare nel merito della riflessione, è opportuno fornire al lettore un quadro delle disposizioni normative che l'interprete è chiamato a spiegare e a coordinare dopo averne individuato il filo conduttore e la ratio: un compito che appare più come la soluzione di un rompicapo che un'operazione esegetica.

Il punto di partenza è l'art.6 della legge delega (n.30/2003) ove si afferma che le <<disposizioni degli articoli da 1 a 5 non si applicano al personale delle pubbliche amministrazioni ove non siano espressamente richiamate>>. Una proposizione, assai infelice sul piano sintattico, a cui è difficile attribuire un significato univoco innanzitutto per quanto riguarda la fonte autorizzata a introdurre deroghe inclusive⁷⁵⁷. Infatti, all'interpretazione letterale più immediata e piana, che riferisce il richiamo alla stessa legge n. 30, si contrappone l'assenza negli articoli da 1 a 5 di riferimenti in positivo ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni: le uniche due menzioni sono volte ad escluderli espressamente dal campo di applicazione della disciplina oggetto della delega al Governo in materia di riforma del lavoro a tempo parziale e di certificazione dei

⁷⁵³ Per un primo commento all'art.6 L.n.30/2003 in cui si rileva l'ambiguità della disposizione (e si indicano le due possibili letture) v. Gragnoli 2003.

⁷⁵⁴ Scrive Caruso (2001, p.991), commentando quello che era ancora l'art.11 del disegno di legge delega: <<se il progetto dovesse andare in porto, le lancette della storia sarebbero rimesse al loro posto. Il pubblico impiego, lungi dall'essere unificato sotto l'egida del diritto comune del lavoro (pubblico e privato) che è il filo conduttore della grande riforma progettata e voluta da Massimo D'Antona, verrebbe bruscamente riportato alla sua originaria natura di diritto speciale o quanto meno differenziato; se non di ripubblicizzazione secca si tratta, rimanendo invariato il sistema del d.lgs.n.165/2001, si pongono le condizioni di una rinnovata differenziazione di status e di regimi tra dipendenti pubblici e privati che potrebbe sfociare anche nella reintroduzione di regole, (perché no a questo punto?), di ri/pubblicizzazione del rapporto>>.

⁷⁵⁵ Seppur con toni più o meno duri, la critica alla "approssimata" redazione tecnica della legge è comune a tutti i commentatori.

⁷⁵⁶ È l'invito più volte rivolto da Tiraboschi ai critici della riforma: da ultimo v.: Tiraboschi 2004.

⁷⁵⁷ V. in particolare M.T. Carinci 2003 e Gragnoli 2003.

rapporti di lavoro (rispettivamente agli artt.3 e 5)⁷⁵⁸. La disposizione apparirebbe dunque priva di significato e pleonastica⁷⁵⁹.

Per contro, l'ipotesi di riferire il richiamo al legislatore delegato, cui spetterebbe il compito di decidere se e come ricomprendere le pubbliche amministrazioni nel campo di applicazione del "nuovo diritto", fatti salvi gli espressi divieti di cui agli artt. 3 e 5, solleva dubbi di costituzionalità ai sensi dell'art.76 Cost. per l'assenza di indicazioni circa l'oggetto della delega e di principi e criteri direttivi per il suo esercizio⁷⁶⁰.

L'ambiguità lessicale dell'art.6 L.n.30 sembra risolta dal d.lgs. n.276 nel momento in cui nell'art.1, c.2, afferma che <<il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e il loro personale>>. L'esclusione appare infatti netta e ampia, estesa all'intera nuova disciplina, nonché a ogni tipologia di rapporto di lavoro instaurato dalle pubbliche amministrazioni⁷⁶¹.

In realtà i problemi non sono affatto superati. Infatti, il carattere generale dell'esclusione, affermato nell'art.1, c.2 del decreto, viene poi temperato, con disposizioni collocate in prevalenza nell'ambito delle <<Norme transitorie e finali>>: da un lato rinviando ad una concertazione tra il Ministro per la funzione pubblica e le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, convocate entro 6 mesi⁷⁶², l'esame dei <<profili di armonizzazione conseguenti all'entrata in vigore del ... decreto legislativo ... anche (corsivo mio) ai fini della eventuale predisposizione di provvedimenti legislativi in materia>> (art.86, c.8); dall'altro lato disponendo direttamente l'estensione, a tutte le pubbliche amministrazioni della disciplina della somministrazione di lavoro a tempo determinato e delle sanzioni amministrative di cui all'art.19 (art.86, c.9), ai soli enti di ricerca di quella dei contratti di inserimento (art.54). Altri riferimenti espressi alle pubbliche amministrazioni contenuti nel decreto (art.86, c.9) prevedono invece a ribadire e precisare le differenze: la non applicazione della "sanzione", disposta dall'art.27 c.1, della costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze del soggetto che ha utilizzato la prestazione, in caso di somministrazione irregolare; l'applicazione <<esclusivamente nei confronti della pubblica amministrazione>> della disciplina vigente in materia di contratti di formazione e lavoro.

Il legislatore delegato sembra dunque accogliere la lettura dell'art.6 l.n.30 che gli attribuisce la potestà di decidere in merito al possibile coinvolgimento delle pubbliche amministrazioni; oltre ai dubbi di costituzionalità che una tale interpretazione prospetta, è certo che le modalità, assai

⁷⁵⁸ D'altra parte le disposizioni contenute negli articoli successivi (da 7 a 10) non potrebbero essere riferiti alle P.A., trattando di norme procedurali concernenti l'esercizio della delega, di delega per la razionalizzazione delle funzioni ispettive in materia di previdenza sociale e di lavoro, nonché di modifiche alla disciplina del lavoro nelle cooperative e dei benefici alle imprese artigiane, commerciali e del turismo.

⁷⁵⁹ È un rilievo comune in dottrina (Gragnoli 2003, L. Zoppoli 2003, Mainardi 2004, Zoli 2004), anche da parte degli autori che comunque ritengono questa l'interpretazione preferibile, in quanto l'unica costituzionalmente corretta; in questo senso: Bellavista 2003, L. Zoppoli 2003, Scarpelli 2003.

⁷⁶⁰ Comuni alla dottrina (v. gli autori cit. alla nota precedente) sono anche i dubbi di costituzionalità con riguardo all'art.76 Cost.; propendono comunque per questa tesi Mainardi 2004 (che li ritiene superabili: v. infra § 3. 1), Zoli 2004 (perché è l'unica che dà un qualche significato al rinvio).

⁷⁶¹ Ma v. *infra*, § 3.1, per la lettura di Scarpelli 2003.

⁷⁶² Ci si può chiedere perché sia escluso il Ministro del lavoro; Mainardi 2004 rileva come non sia indicato il *dies a quo*.

discutibili quanto alla tecnica regolativa, con cui si articola l'alternarsi e l'intrecciarsi delle inclusioni ed esclusioni, nonché il regime delle <<abrogazioni >> (art.85), che in realtà in molti casi si configurano come disapplicazioni⁷⁶³, rende veramente difficile ricostruire una disciplina chiara dei singoli istituti, considerato anche il rilievo che in ambito pubblico assume la normativa contrattuale, per la quale le indicazioni della disciplina transitoria non paiono sufficienti (v. art.86, c.3 per quanto riguarda la somministrazione a termine). Si determinano anche alcune situazioni paradossali: la convivenza di due regolazioni – l'una "vecchia", ancora valida per il lavoro pubblico, l'altra "nuova", valida per il solo lavoro privato - riferite allo stesso provvedimento normativo, come nei casi del d.lgs. n.61/2000 in materia di *part time* e dell'art. 2112 del codice civile.

2. La scelta di politica del diritto: le ragioni e il significato di una disciplina diversificata

2.1. Profili generali

Il dissenso della dottrina nei confronti della scelta del legislatore di escludere le pubbliche amministrazioni dal campo di applicazione della nuova regolazione del mercato del lavoro è stato unanime; anche i più convinti sostenitori della riforma ascrivono questa <<opzione>>, giudicata <<fortemente criticabile>>, tra le <<lacune e i profili di criticità>>⁷⁶⁴.

I toni variano dalla sorpresa⁷⁶⁵ per una inattesa inversione di rotta nel percorso di unificazione tra lavoro pubblico e privato - contrastante anche con l'orientamento espresso nel Libro Bianco⁷⁶⁶ - di cui non si comprende la ragionevolezza⁷⁶⁷, prospettandosi per ciò una violazione dell'art. 3 Cost.⁷⁶⁸, alla preoccupazione per una scelta di differenziazione delle discipline che, accompagnandosi ad altri segnali negativi provenienti sia dal legislatore⁷⁶⁹ sia dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione⁷⁷⁰, nonché alle incognite circa le conseguenze della riforma del Titolo V, potrebbe preludere ad un ritorno alla pubblicizzazione del rapporto di lavoro

⁷⁶³ Gagnoli 2003, p. 254; L. Zoppoli 2003.

⁷⁶⁴ Così Tiraboschi, 2003a, p.7 e 2004, p.22.

⁷⁶⁵ Ad esempio L. Zoppoli 2003 parla di un <<inatteso divorzio>> (anche se poi attenua il suo giudizio critico sulle conseguenze); Curzio 2004, p.20, manifesta sorpresa e perplessità.

⁷⁶⁶ Benché nel "Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia: proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità" dell'ottobre 2001, curato da M. Sacconi e M. Biagi per il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, il tema del lavoro pubblico venga sostanzialmente trascurato, è significativo che l'unico accenno, collocato nel Titolo III. 1. dedicato al "Sistema contrattuale", consista nell'affermazione che è <<intenzione del Governo proseguire con determinazione verso una maggiore omogeneità non solo delle norme ma anche delle relazioni sindacali e dei comportamenti effettivi dei due settori, pubblico e privato>>. Per una valutazione dei motivi di una tale <<rumorosa assenza>> si rinvia a Caruso 2001, p. 990 ss.

⁷⁶⁷ Mainardi (e Salomone) 2004 lo qualifica come <<un significativo quanto irrazionale episodio di distonia normativa>>.

⁷⁶⁸ M.T. Carinci, 2003, pp.16-17, rilevata l'assenza di una <<plausibile ragione giustificatrice>> prevede che, ove investita della questione, la Corte Costituzionale non potrà che dichiarare incostituzionale la legge delega (e il decreto legislativo delegato) per violazione dell'art.3 Cost.

⁷⁶⁹ Significativi i contenuti della legge 15 luglio 2002 n.145 che riforma la normativa dettata in materia di dirigenza statale dal d.lgs. n.165/01. Per un commento critico v. le analisi contenute nei fascicoli monografici di LPA: *Dirigenza statale e dirigenze nella pubblica amministrazione*, 2002, n.6; *La dirigenza nel pubblico impiego*, 2003, n.2.

⁷⁷⁰ Ci si riferisce alle sentenze della Corte Costituzionale (che pure con importanti decisioni aveva in precedenza dato avallo alla riforma in senso privatistico del lavoro pubblico) che hanno compreso anche le progressioni di carriera nelle procedure concorsuali caratterizzate da regolamentazione pubblicistica e giurisdizione amministrativa: nn. 1/1999, 2/2001, 194/2001, 273/2002); nonché alla recente Cass. S.U. n.15403/2003 che si è adeguata a tale linea interpretativa, modificando l'orientamento in precedenza espresso, anche dalle stesse sezioni unite.

dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni⁷⁷¹. Si evidenziano altresì i problemi esegetici in ordine all'individuazione della normativa applicabile al lavoro pubblico e alla ricostruzione di una coerenza sistematica complessiva dell'ordinamento del lavoro⁷⁷².

Il nodo centrale è rappresentato dal rilievo che la scelta operata dal legislatore sarebbe <<contraddittoria rispetto al processo di omogenizzazione tra lavoro pubblico e privato in atto da un decennio>> e potrebbe <<privare di significato l'intera privatizzazione>>⁷⁷³. Si tratta dunque di capire se questo *vulnus*⁷⁷⁴ ci sia stato effettivamente e se sia inevitabilmente pregiudicato il processo di unificazione o se, al contrario, nella sostanza la valenza negativa della scelta della legge n.30 e del d.lgs. n.276 sia meno grave di quel che appaia⁷⁷⁵, e comunque il rischio paventato possa essere evitato.

A ben vedere in discussione non è la differenziazione di talune discipline, poiché è fuor di dubbio che qualche diversità sia ineliminabile, considerato che l'assimilazione del datore di lavoro pubblico con il *manager* privato deve rapportarsi al peculiare contesto di riferimento, ai principi costituzionali che impongono certezza, trasparenza e uniformità, alla natura degli interessi perseguiti; sono perciò inevitabili limiti al processo di unificazione, che del resto il d.lgs. n.165/01 pone. La valutazione negativa riguarda il carattere "generale" dell'esclusione, non collegata a specifiche e motivate ragioni, che può assumere una valenza "ideologica" e "programmatica" contrastante con i principi sottesi alla riforma del lavoro pubblico. In altri termini, il capovolgimento del modello delineato dall'art.2, c.2, del d.lgs. n. 165/2001 - questo configura la disciplina comune come regola e le deroghe come eccezioni, la legge n.30 configura la differenziazione come regola e l'uniformità come eccezione – può essere letto come espressione della volontà di negare la logica unificante e di cancellare il percorso compiuto nel processo di privatizzazione e contrattualizzazione del rapporto di lavoro pubblico.

Dunque è opportuno che l'attenzione dell'interprete, ora che la riforma lungamente elaborata è divenuta legge, sia volta soprattutto a verificare se effettivamente alla opzione legislativa vada attribuita una tale valenza generale e pervasiva o se invece essa possa essere ridimensionata, prospettandone una lettura che, senza ledere i principi del <<diritto comune del lavoro>>, la colleghi alle differenze che l'ordinamento del lavoro pubblico conserva: sia quelle delineate dal d.lgs. n.165 sia quelle sedimentate nella prassi applicativa della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. In tal modo si potrebbe non solo ridurre l'impatto negativo sul piano della politica del diritto, ma anche individuare un filo conduttore per interpretare le specifiche disposizioni e soprattutto per delineare i contorni di quelle che dovranno essere introdotte

⁷⁷¹ V. già Caruso 2001 e Miscione 2002 con riferimento al disegno di legge delega; nonché Zoli 2004. F. Carinci 2004 puntualizza invece la differenza della legge n.30/03 rispetto all'orientamento manifestato dalla l.n.145/02 e dalla giurisprudenza citata alla nota precedente: la prima va nel senso di una "diversificazione", non di una ripubblicizzazione come il secondo.

⁷⁷² Rilievo comune a tutti i commentatori.

⁷⁷³ Così Zoli 2004; per Chieco (2004, p.108) si tratta <<di una legislazione che dichiaratamente e ingiustificatamente tradisce il processo di avvicinamento tra pubblico e privato>>; v. altresì Caruso 2001, cit. alla nota n. 2.

⁷⁷⁴ Termine che ricorre con frequenza nei commenti.

⁷⁷⁵ Sicuramente è meno pericolosa per il processo di unificazione degli interventi legislativi e giurisprudenziali citati sopra alle note nn.17 e 18.

sia in base alla procedura indicata dall'art.86, c.8, d.lgs.276 sia per via contrattuale (accordi quadro e di comparto), tenendo conto delle opportunità offerte dall'art.2, c.2, seconda parte, del d.lgs. n. 165/01⁷⁷⁶.

È opportuno precisare che con ciò non si intendono ignorare i motivi "contingenti" - le pressioni politico-sindacali, gli interessi delle burocrazie, i contrasti di orientamento tra Ministeri – che hanno condizionato la scelta del legislatore e determinato le gravi incongruenze e discrasie nella regolazione, e neppure trascurare il significato politico compromissorio che può essere attribuito alla previsione dell'intervento correttivo nel contesto dell'armonizzazione promessa dall'art.86 c.8⁷⁷⁷. Ma ciò non toglie valenza positiva (seppure in un'ottica connotata dall'ottimismo) ad una lettura che riconduca l'esclusione delle pubbliche amministrazioni alla sfera delle inevitabili differenziazioni tra lavoro pubblico e privato, configurandola non come un *vulnus* al processo di unificazione, ma come una opportunità che consente di costruire – nel processo di armonizzazione e con l'intervento della contrattazione collettiva - una disciplina migliore di quella si sarebbe avuta con l'estensione diretta e completa delle disposizioni del d.lgs.n.276⁷⁷⁸.

La prima questione da porsi è dunque se la esclusione delle pubbliche amministrazioni dall'applicazione generalizzata e automatica delle norme del d.lgs. n.276 rappresenti una negazione della regola dell'ordinamento comune per il lavoro pubblico e privato affermata dall'art.2, comma 2, del d.lgs.165/01 o se invece trovi la sua ragion d'essere nella sostanziale estraneità di quelle norme rispetto alla disciplina comune; e perciò possa essere in qualche modo considerata come una eccezione nello "spirito" del medesimo art.2, comma.2, d.lgs.n.165.

Sembrano numerosi gli argomenti che si possono addurre a sostegno della seconda ipotesi.

Il primo, di immediata evidenza, si riferisce alla motivazione del provvedimento legislativo, che il d.lgs. n.276 indica nel primo comma dell'art.1 e che assume la funzione di "guida" per coloro che sono chiamati a interpretare e applicare la legge: essa fa perno sull'obiettivo di << aumentare i tassi di occupazione >>⁷⁷⁹, obiettivo estraneo alle pubbliche amministrazioni, chiamate piuttosto, per razionalizzare il costo del lavoro, a contenere la spesa complessiva per il personale (art.1, c.1, lett.b, d.lgs.n.165/01) e a tal fine anche a ridurlo, come dimostrano le più recenti leggi finanziarie.

⁷⁷⁶L'art.2, c.2, seconda parte del d.lgs. n.165/01 recita: <<Eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti e accordi collettivi e per la parte derogata non sono ulteriormente applicabili, salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario>>. Per il commento cfr.: Rusciano e L. Zoppoli, 1999, p.1071 ss.; Speziale 2000, p.257 ss.

⁷⁷⁷Al riguardo v. in particolare Mainardi 2004, F. Carinci 2004.

⁷⁷⁸Non si tratta dunque di assumere l'atteggiamento dell'interprete che <<si affanna a ridurre i danni o a proporre interpretazioni minimizzanti, soprattutto dell'ambiguo dettato dell'art.6 della legge delega (...). Fatica sprecata dinanzi a un legislatore che esprime con chiarezza la sua volontà (...). *In claris non fit interpretatio.*>>, come osserva causticamente Zoppoli 2003; bensì di essere consapevoli che <<alla lunga fase di dibattito di politica del diritto è ora necessario sostituire l'analisi e la riflessione, i giudizi più meditati e la ricerca di spazi interpretativi diretti a contrastare, ove possibile, gli aspetti più regressivi delle nuove discipline>> (Scarpelli 2003). Peraltro anche Zoppoli poi invita le P.A., utilizzando gli spazi aperti dal d.lgs. n.276/03 per la contrattazione collettiva e per la legislazione regionale, a <<non limitarsi ad un approccio difensivo e, preferendo la speranza al catastrofismo (*ex malo bonum*, talora succede), di cimentarsi con le idee ed i problemi maturati nella travagliata genesi dei "nuovi lavori", raccogliendo strumenti e indirizzi utili a rilanciare la vera sfida della modernizzazione della disciplina e della gestione dei rapporti di lavoro, cioè raggiungere un migliore equilibrio tra efficienza organizzativa e tutele dei lavoratori>>.

⁷⁷⁹Per questo rilievo v. Bellavista 2003, pp.706-707.

Comunque si valuti la effettiva perseguibilità, in relazione agli strumenti all'uopo predisposti dal d.lgs.n.276, dell'obiettivo di accrescere l'occupazione e di favorire la regolarizzazione di posizioni nascoste sotto forme contrattuali elusive o frodatorie, è chiaro il diverso orientamento rispetto alle finalità indicate dall'art.1,c.1, del d.lgs.n.165, ove l'obiettivo di <<realizzare la migliore utilizzazione delle risorse umane (...) applicando condizioni uniformi rispetto a quelle del lavoro privato>> (lett. c) si accosta a quelli dell'accrescimento dell'efficienza delle amministrazioni e della razionalizzazione del costo del lavoro (lett. a) e b). Ed è altresì lecito dubitare, considerando le nuove flessibilità e i nuovi lavori introdotti dal d.lgs.n.276, che la dichiarata finalità di <<promuovere la qualità e la stabilità del lavoro>> possa assumere lo stesso significato attribuibile alla finalità di una <<migliore utilizzazione delle risorse umane>> - di cui l'applicazione di condizioni uniformi a quelle del lavoro privato è uno strumento affiancato alla cura della formazione e dello sviluppo professionale e alla garanzia delle pari opportunità - indicata nell'art.1, c.1, lett.c, del d.lgs.n.165⁷⁸⁰.

Nel merito dei contenuti dell'intervento legislativo – ora definiti con l'approvazione del decreto delegato - si può osservare come essi in prevalenza non interagiscano con la disciplina degli istituti che costituiscono il "cuore" del diritto comune del lavoro pubblico e privato⁷⁸¹, ma coinvolgano nel processo innovativo e modificativo istituti e discipline che per intervento della legge e/o della contrattazione collettiva hanno assunto nelle pubbliche amministrazioni una specifica fisionomia, o sono ad esse del tutto estranei. Benché anche la riforma del lavoro pubblico persegua obiettivi di efficienza e di flessibilità⁷⁸², e a tal fine si preoccupi più di dare poteri al datore di lavoro che di tutelare il lavoratore⁷⁸³, l'attenzione è volta soprattutto al piano del rapporto individuale di lavoro, piuttosto che agli aspetti su cui si incentra invece l'intervento del legislatore del 2003.

In altri termini, considerando il sistema delle fonti delineato dal d.lgs.n.165/01 e la linea di demarcazione tracciata all'interno della sfera organizzativa delle pubbliche amministrazioni⁷⁸⁴, si osserva come la riforma del mercato del lavoro in realtà coinvolga in misura significativa, più che l'area delle determinazioni operative e gestionali rimesse al regime giuridico privatistico e all'esercizio di capacità e poteri comuni al datore di lavoro privato (art.5, c.2), soprattutto la sfera della definizione del modello organizzativo e della determinazione delle dotazioni organiche complessive, lasciate agli atti unilaterali e al regime di diritto pubblico (art.2, c.1). O, quanto meno, finisca con l'interferire con le scelte e le competenze attribuite agli organi di governo, rendendo necessarie alcune diversificazioni rispetto alla disciplina privatistica degli istituti coinvolti.

Questa valutazione è solo apparentemente contraddetta dal fatto che il d.lgs. n. 165 ha voluto estendere al lavoro pubblico anche i modelli contrattuali di lavoro flessibile utilizzati nel privato,

⁷⁸⁰ Sulle finalità indicate nell'art.1 del d.lgs. n.29/1993 (ora n.165/2001) v. Corpaci, 1999, p.1051 ss.

⁷⁸¹ Cfr. Vallebona (2003), p.906, per il rilievo di come la riforma del mercato del lavoro lasci <intatta>> la <<disciplina di tutti gli istituti fondamentali del vigente diritto sindacale e del lavoro>>; anzi, a suo parere, considerato lo <<sbandierato travaglio>> del procedimento per l'emanazione delle nuove norme, finisce con accrescerne il significato.

⁷⁸² Come sottolinea Zoli 2004, criticando la mancata inclusione delle P.A. nel campo di applicazione degli strumenti di flessibilità introdotti dal d.lgs.276. Ma non è affatto sicuro che alle P.A. per recuperare efficienza e flessibilità servano quel tipo di strumenti: sono infatti pienamente condivisibili le osservazioni di Zoppoli 2003, ove rileva tra l'altro come le P.A. non abbiano bisogno di "nuovi lavori", ma <<di flessibilità diverse, magari anche in entrata, ma riguardanti più la disponibilità di risorse economico-finanziarie e la rapidità/duttilità delle procedure che la tipologia contrattuale>>; e di come nel lavoro pubblico si sia <<ben lontani dall'aver raggiunto una regolazione ed una cultura gestionale adeguate per la flessibilità in uscita>>.

⁷⁸³ V. in particolare Liso 2000.

⁷⁸⁴ V. in particolare Orsi Battaglini e Corpaci, 1999, pp. 1064 ss. e 1096 ss.

disponendo all'art.36, c.1, che le pubbliche amministrazioni <<si avvalgono delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa>>. Infatti questa disposizione – richiamata nei commenti alla legge n.30 e al d.lgs. n.276 per sottolineare l'incoerenza dell'esclusione del lavoro pubblico – sebbene abbia dato piena legittimazione all'accesso nelle pubbliche amministrazioni dei c.d. contratti atipici, in realtà non ha comportato una piena e completa assimilazione tra i tipi contrattuali di acquisizione delle prestazioni di lavoro utilizzati nell'impiego pubblico e privato.

Per quanto concerne le peculiarità del lavoro pubblico che emergono confrontando i modelli regolativi di fonte legislativa, assume un rilievo significativo – accanto al richiamo al rispetto delle disposizioni sul reclutamento, garante dei principi di imparzialità e buon andamento - l'esclusione delle pubbliche amministrazioni dalla "sanzione" della costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato quale conseguenza della violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori con forme contrattuali flessibili (art.36, c.2, d.lgs.n.165/01: fatti salvi le responsabilità dei dirigenti e il diritto al risarcimento del danno per il lavoratore). Il permanere di questa differenza con l'impiego privato, avallata anche dalla Corte Costituzionale⁷⁸⁵, acquista una valenza importante nel momento in cui si collega non solo alla necessità di rispettare la regola costituzionale dell'accesso ai pubblici uffici per concorso⁷⁸⁶, ma anche (*rectius* soprattutto) all'incidenza nell'area riservata all'adozione degli atti ordinamentali per la definizione e la variazione della dotazione organica, atti che appartengono agli organi di governo e restano nella sfera pubblicistica (art. 6, d.lgs. n.165/01)⁷⁸⁷. In altri termini, la ragione della diversità del sistema sanzionatorio rispetto al privato risiede nella intangibilità del regolamento contrattuale delineato nella sfera estranea all'area della privatizzazione, intangibilità che a sua volta ha ragion d'essere nell'esigenza di controllare e contenere la spesa pubblica.

Dunque la non applicazione della sanzione privatistica ha una coerenza sistematica ed è il segnale del permanere di una differenza di fondo tra pubblico e privato, che assume peculiare rilievo in relazione al d.lgs. n.276 e alle finalità da questo dichiarate. Nel settore pubblico la necessità di garantire l'efficacia dell'azione amministrativa con riguardo all'organizzazione del lavoro e al controllo dei suoi costi (art.1, c.1, d.lgs. n.165) implica il "sacrificio" dell'interesse del lavoratore alla conservazione e alla stabilità del rapporto di lavoro; nel settore privato l'interesse all'aumento dell'occupazione e all'emersione del lavoro "sommerso" implica di sanzionare con la conversione in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato le deviazioni dai modelli contrattuali legislativamente delineati.

⁷⁸⁵V. già Corte Cost. 3 luglio 1986 n. 40, FI, 1986, I, c.1769 e ora, con riferimento al nuovo regime giuridico del rapporto di lavoro pubblico, Corte Cost. 27 marzo 2003 n.89, in LPA 2003, (2), p.355, con nota di M.G. Greco. La sentenza è significativa anche perché, a differenza di decisioni precedenti, al vaglio della Corte era la legittimità non della comunanza, ma della diversità delle regole tra pubblico e privato; per questo rilievo v. Chieco 2003, p.490.

⁷⁸⁶ Così Corte Cost. n.89/03, cit.

⁷⁸⁷ Cfr. i condivisibili rilievi di Chieco 2003, spec. p.498 ss. ove, commentando la sentenza n.89/03, dopo aver messo in rilievo i profili critici della motivazione della Corte, propone una diversa spiegazione del necessario permanere della inapplicabilità al lavoro pubblico della sanzione della conversione del rapporto; v. in particolare ove sottolinea come <<il dirigente, quale rappresentante *ex lege* del datore di lavoro, ha il mandato legale di operare entro i limiti dettati dalla tipologia, dall'oggetto e dalla durata del contratto di lavoro "voluto" dal datore di lavoro a mezzo dei provvedimenti (amministrativi) di dimensionamento e di tipizzazione della dotazione organica>> (p.502).

2.2. Le differenze nel ruolo della contrattazione collettiva

Un altro aspetto che nel lavoro pubblico connota in modo peculiare (anche) la disciplina dei contratti flessibili, e si proietta sulla nuova normativa dettata dalla legge n. 30 e dal decreto attuativo in termini di significativa differenziazione, risiede nel ruolo assegnato alla fonte contratto collettivo - e dalla autonomia collettiva effettivamente svolto nel processo di implementazione della riforma del lavoro pubblico - nel delineare i modelli regolativi conformandoli alle specificità del contesto.

Il rilievo attribuito all'intervento della contrattazione collettiva appare evidente nel testo dell'art.36, c.1, del d.lgs. n.165 nel momento in cui il legislatore, dopo aver affermato che le pubbliche amministrazioni <<si avvalgono>> delle forme contrattuali flessibili <<previste>> dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, si preoccupa di precisare che <<i>contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti a tempo determinato...>>. Una formulazione che, se non implica un intervento necessario della contrattazione⁷⁸⁸, sicuramente assegna ad essa un ruolo centrale nella conformazione e adattamento degli istituti privatistici alle peculiari esigenze delle singole, e diverse, pubbliche amministrazioni (e dei lavoratori pubblici). Un ruolo che la contrattazione collettiva ha effettivamente svolto, in conformità alle sollecitazioni provenienti dall' Organismo di coordinamento dei comitati di settore⁷⁸⁹, dando luogo – con accordi quadro e di comparto - ad una disciplina che, combinandosi con il permanere di alcune differenze di fonte legislativa, ha fatto assumere ai contratti di lavoro flessibile nelle pubbliche amministrazioni una propria peculiare fisionomia: il *part time* ne costituisce un esempio particolarmente significativo.

Pertanto una estensione generalizzata e diretta delle incisive innovazioni introdotte dal legislatore sia nella regolazione e nelle tipologie dei lavori flessibili sia nella linea di politica del diritto per quanto concerne il rapporto legge-contrattocollettivo-contratto individuale, avrebbe potuto mettere in discussione sia gli equilibri raggiunti nel merito della disciplina, in relazione allo specifico contesto, sia soprattutto il rilievo "conquistato" dalla autonomia negoziale collettiva, considerando la riduzione degli spazi assegnati all'intervento della contrattazione collettiva, sottoposta alla <<spada di Damocle>>⁷⁹⁰ dell'intervento suppletivo dell'autonomia individuale e della decretazione ministeriale, che caratterizza il d.lgs.n.276.

Questo rilievo può essere trasferito al piano più generale, mettendo a confronto il modello delineato dal d.lgs. n.276 con la situazione determinatasi nel lavoro pubblico: quello si caratterizza, nonostante l'apparenza dei numerosi rinvii⁷⁹¹, per una sostanziale marginalizzazione dell'autonomia collettiva a favore della autonomia individuale e dell'intervento governativo⁷⁹²; qui la riduzione al minimo del ruolo dell'autonomia contrattuale individuale e il privilegio accordato alla

⁷⁸⁸ V. per il dibattito Delfino e Luciani 1999, Santucci 2003 e *ivi* ulteriori riferimenti.

⁷⁸⁹ V. Mainardi (e Salomone), 2004; sui contenuti dell'Atto di indirizzo dell'Organismo di coordinamento dei comitati di settore per i rinnovi contrattuali 2002-2005 v. Santucci 2003, pp.114-115.

⁷⁹⁰ L'espressione è utilizzata da Del Punta 2004b.

⁷⁹¹ Sottolineano la frequenza e l'importanza dei rinvii alla contrattazione collettiva, Tiraboschi (2003 e 2004) e Serra 2003.

⁷⁹² Per una ampia analisi critica con riferimento alle diverse tipologie di rinvii alla contrattazione collettiva (ed anche ai momenti in cui sono stati inseriti, nella lunga elaborazione della riforma) si rinvia a F. Carinci, 2004.

fonte collettiva, che già connota la disciplina legislativa, si è accentuato nella implementazione, facendo divenire la norma collettiva di comparto <<la fonte strategica di regolazione dei rapporti di lavoro e della stessa organizzazione del lavoro e in buona misura degli uffici>>⁷⁹³.

È indubbio che la situazione determinatasi nel lavoro pubblico rappresenta per taluni aspetti una deviazione patologica dal modello regolativo che voleva una distinzione razionale e certa dei ruoli: si configura una <<ingordigia contrattuale>>⁷⁹⁴ che, limitando il potere autonomo di intervento della dirigenza e deresponsabilizzandola, rischia di ricondurre ad una restaurazione del passato e di <<costituire un limite di autonomia della progettualità riformatrice per eccesso di mediazione politico sindacale>>⁷⁹⁵. Ma questa <<contaminazione della prassi>>, se rende “comprensibile” l’opposizione sindacale all’estensione della nuova normativa al lavoro pubblico, non implica di conseguenza una valutazione negativa dell’esclusione delle pubbliche amministrazioni dal suo campo di applicazione, perché non è affatto detto che le nuove regole avrebbero potuto svolgere un ruolo “salutare”, riportando la riforma del pubblico impiego all’<<illuminismo del progetto>>⁷⁹⁶: considerando le finalità del legislatore della riforma del mercato del lavoro e la disciplina concretamente disposta, seppure attenuata rispetto ai propositi illustrati nel Libro Bianco, il rischio di buttar via il bambino con l’acqua sporca era fondato.

Pur senza entrare nel merito della questione, è evidente la distanza tra i due modelli: da un lato un sistema in cui il ruolo del contratto collettivo ha assunto una centralità massima, che dà ampio (forse troppo⁷⁹⁷) spazio alla contrattazione decentrata e soprattutto è correlato a criteri di rappresentatività sindacale legislativamente disciplinati e misurati su indici quantitativi/qualitativi precisi ed elevati⁷⁹⁸; dall’altro lato un sistema⁷⁹⁹ che in realtà “declassa” la contrattazione collettiva, comunque fortemente centralizzata, e che legittima gli agenti negoziali facendo riferimento <<alle>>, e sovente <<a>> (e non è certo irrilevante l’uso della particella determinativa o indeterminativa), associazioni comparativamente più rappresentative, rifiutando programmaticamente l’estensione delle regole introdotte per il lavoro pubblico⁸⁰⁰. Una mera assimilazione avrebbe potuto favorire, anziché contrastare, il ritorno al passato, con un ulteriore accrescimento degli spazi per il condizionamento politico, seguendo la strada aperta dalla riforma della dirigenza attuata con la legge n.145/02.

2.3. Osservazioni

Anche dopo l’ingresso nel lavoro pubblico dei contratti c.d. atipici restano dunque alcuni importanti profili di differenziazione per quanto concerne sia il modello regolativo⁸⁰¹ sia il ruolo della

⁷⁹³ Caruso 2001, p. 979.

⁷⁹⁴ L’espressione, richiamata da Caruso 2001, p.980, è di F. Carinci 2001, p.50.

⁷⁹⁵ Caruso 2001, p.980.

⁷⁹⁶ Le due espressioni citate tra virgolette sono tratte dal titolo del saggio di Caruso 2001.

⁷⁹⁷ V. i risultati della ricerca promossa dall’ARAN sull’esperienza di contrattazione integrativa nel quadriennio 1998-2001 in Bordogna 2002, nonché in Ricciardi 2002 e L. Zoppoli 2002.

⁷⁹⁸ Secondo la disciplina introdotta dal d.lgs. 396/1997 sul quale v. D’Antona, Matteini, Talamo, 2001.

⁷⁹⁹ Per l’analisi del ruolo attribuito alla contrattazione collettiva, della tipologia dei livelli privilegiati e dei criteri di selezione dei soggetti sindacali nel d.lgs.276 si rinvia a F. Carinci 2004; con specifico riferimento alla disciplina del part time v. del Punta 2004b.

⁸⁰⁰ V. al riguardo le affermazioni contenute nel Libro Bianco.

⁸⁰¹ V. quanto emerge dall’analisi condotta in Poti (a cura di), 2002; v. altresì Santucci 2003, Ferraro 2004.

contrattazione collettiva, e non si può ritenere completamente realizzata una disciplina comune della flessibilità nel pubblico e nel privato. Peraltro non è detto che una totale assimilazione sia auspicabile⁸⁰²; e soprattutto non possono ritenersi “automaticamente” adeguati per le pubbliche amministrazioni tutti i nuovi modelli di lavoro flessibile disegnati dalla legge n.30 e dal d.lgs. n.276.

In particolare, è opinabile che le esigenze di efficienza, funzionalità, ampia flessibilità, indicate alle pubbliche amministrazioni nel d.lgs. n.165/01 come obiettivi a cui devono ispirare la loro azione, possano essere soddisfatte tramite <<la moltiplicazione dei tipi e sottotipi contrattuali con tutte le connesse incertezze qualificatorie>>⁸⁰³; e che la “liberalizzazione” delle discipline possa rappresentare un incentivo capace di promuovere la diffusione delle forme di lavoro flessibile nelle pubbliche amministrazioni, considerato lo scarso interesse sin qui manifestato in concreto, come dimostrano ricerche recenti⁸⁰⁴. O ancora, è dubbio che l’erosione strisciante del potere negoziale collettivo⁸⁰⁵ a favore dell’intervento suppletivo da un lato dell’autonomia individuale dall’altro della decretazione ministeriale, che connota il d.lgs. n.276, possa essere conforme al ruolo regolativo attribuito dal d.lgs. n. 165/01 alla contrattazione collettiva nella disciplina dei lavori flessibili (e non solo), e soprattutto a quello da essa effettivamente assunto nella ormai decennale implementazione.

Pertanto l’esclusione delle pubbliche amministrazioni può apparire giustificata e coerente - sotto il profilo della *ratio*, non della formulazione tecnica - nel momento in cui dà spazio e opportunità alla contrattazione collettiva, con l’ausilio di un (probabilmente) necessario intervento legislativo, di valutare le innovazioni e di introdurle se e nella misura in cui siano da ritenere conformi alle esigenze specifiche della promozione della flessibilità nell’impiego pubblico.

Per operare a tal fine, può essere utilizzato anche lo “strumento” offerto dal d.lgs.n.165/02 ove all’art.2, c.2, prevede che le disposizioni di legge <<che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e per la parte derogata non sono ulteriormente applicabili, salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario>>. Considerato che alcune norme dell’ordinamento del lavoro innovate solo con riferimento al lavoro privato possono rientrare nell’oggetto della disposizione, e che né la legge n.30 né il d.lgs. n.276 escludono espressamente l’intervento della contrattazione (anzi quest’ultimo sembra prefigurarla, a fianco all’intervento correttivo del legislatore, nell’art.86 c.8), sembra questa una

⁸⁰² Osserva Mariucci, 2003, pp.162-163, come una totale assimilazione <<non solo è impossibile nella realtà, ma è strutturalmente contraddittoria rispetto alle migliori acquisizioni della teoria democratica>>; rileva altresì come la <<la formula “privatizzazione dei rapporti di lavoro” è in realtà inesatta. Essa racchiude un limite di semplicismo culturale: sembra infatti alludere al fatto che per redimere il lavoro pubblico sia sufficiente trasferirlo nella irené del mondo privato, come se il lavoro privato fosse esso stesso un archetipo, una sorta di ideal-tipo positivo. I giuslavoristi sanno che non è così. Quindi non di trasposizione del lavoro pubblico nel lavoro privato si deve parlare, quanto piuttosto di unificazione delle regole basilari, di costruzione di un diritto comune del lavoro>>.

⁸⁰³ L’espressione è di Vallebona 2003, p.906. Per una valutazione negativa dell’utilità per le P.A. della “flessibilità tipologica” introdotta dalla l.n.30 e dal d.lgs.276 v. Zoppoli 2003, il quale osserva come da <<una flessibilità connessa essenzialmente alla tipologia dei contratti di lavoro (...) in un contesto che comunque rimane altamente formalizzato non necessariamente discende automaticamente una maggiore flessibilità nell’utilizzazione delle risorse umane>> (nota n.13).

⁸⁰⁴ V. i risultati di una ricerca promossa dall’ARAN, *Gli istituti di lavoro flessibile nella pubblica amministrazione e nelle autonomie locali*, a cura di Di Cocco, Mastrogiuseppe, Tomasini, in *Arannewsletter* 2003, n.5: ne emerge un utilizzo assai limitato delle forme di lavoro flessibile, di gran lunga inferiore alla diffusione nel lavoro privato; dunque essi svolgono un ruolo marginale, nonostante l’abolizione dei preesistenti vincoli legali.

⁸⁰⁵ V. Del Punta 2004b.

strada da percorrere che potrebbe consentire di superare le discrasie senza negare la specificità (ed anche di rimediare all'imperizia tecnica del nuovo legislatore).

Si può dunque interpretare l'esclusione delle pubbliche amministrazioni dal campo di applicazione della nuova disciplina del mercato del lavoro non come un *vulnus* ai principi fondanti l'unificazione tra lavoro pubblico e privato, ma come una conseguenza del fatto che «È proprio l'emancipazione dal diritto speciale del soggetto pubblico (...) e la riduzione della pubblica amministrazione alla posizione formalmente paritaria di parte datoriale, a sollecitare la produzione di regole *ad hoc*, il cui scopo è garantire che gli istituti fondamentali del diritto del lavoro comune operino senza distorsioni nelle condizioni specifiche delle pubbliche amministrazioni, che agiscono come datori di lavoro attraverso il diritto privato, ma in assenza di mercato, senza fini di lucro e senza il vincolo della missione pubblica in funzione della quale sono state istituite» (D'Antona 1999, ora 2000, p.284).

3. Le questioni esegetiche

3.1. La fonte delle "eccezioni"

Come si è più volte rilevato, la formulazione tecnica delle disposizioni relative all'esclusione/inclusione delle pubbliche amministrazioni solleva numerose questioni esegetiche, di difficile soluzione.

La prima che si è posta all'attenzione degli interpreti⁸⁰⁶ – e che coinvolge la verifica di costituzionalità dell'intera costruzione normativa per quanto concerne il profilo in esame – riguarda il significato da attribuire alla legge delega quando afferma (art.6) che le «disposizioni degli articoli da 1 a 5 non si applicano al personale delle pubbliche amministrazioni *ove non siano espressamente richiamate* (corsivo mio)»: a quale fonte si riferisce?

All'accoglimento dell'interpretazione più corretta sul piano del rispetto dei principi costituzionali – che individua la fonte delle possibili eccezioni nella stessa legge delega – osta la presenza negli articoli da 1 a 5 solo di due espressi dinieghi all'applicazione alle pubbliche amministrazioni delle nuove regole in materia di *part time* e dell'istituto della certificazione (artt. 3 e 5): la disposizione diviene per ciò contraddittoria e priva di significato. Per contro, all'accoglimento della tesi che riferisce il rinvio ai decreti delegati di futura emanazione, fatte salve le espresse esclusioni di cui agli artt.3 e 5, osta l'art.76 della Costituzione, a causa della mancata specificazione dell'oggetto e dell'assenza di principi e criteri direttivi per l'esercizio della delega⁸⁰⁷.

Benché la Corte Costituzionale abbia sovente⁸⁰⁸ implicitamente avallato la recente prassi in materia di delegazione legislativa caratterizzata da genericità dell'oggetto e indeterminatezza dei

⁸⁰⁶ V. in particolare, con riferimento all'art. 6, l.n. 30, Gragnoli 2003, p.45 ss.

⁸⁰⁷ Per la prospettazione delle due tesi, e dei loro limiti, v. Gragnoli 2003, 45 ss., che ritiene più plausibile la prima a causa dei dubbi di incostituzionalità che solleva la seconda. Per la prima ipotesi anche Bellavista 2003, Zoppoli 2003, Scarpelli 2004; per la seconda, pur nella consapevolezza dei dubbi di costituzionalità, Zoli 2004, negando invece tale problema Mainardi (e Salomone) 2004, per la cui ricostruzione v. infra.

⁸⁰⁸ Anche se non mancano eccezioni: significativa, proprio con riferimento al d.lgs.80/1998 nella parte attribuita alla competenza del giudice amministrativo di importanti settori di controversie, Corte Cost. n.292/2000. Sul problema dell'eccesso di delega con riguardo al d.lgs. n.276 v. Speciale 2004, p.148 ss.

principi e criteri direttivi⁸⁰⁹, per questo caso si è sottolineato come <<in tema di lavoro pubblico il legislatore delegato non avrebbe alcun vincolo derivante da principi o criteri direttivi e potrebbe identificare l'oggetto stesso della delega a suo arbitrio, salve le espresse esclusioni dell'art.3 e dell'art.5>>⁸¹⁰. Si consideri altresì che la Corte costituzionale ha più volte segnalato come sia i principi sia i criteri direttivi debbano fungere, oltre che da fondamento della normativa delegata, anche da suo parametro interpretativo⁸¹¹.

Il d.lgs. n.276 non risolve ma complica il problema nel momento in cui, dopo aver ribadito, al secondo comma dell'art.1, la generale esclusione delle pubbliche amministrazioni, le ricomprende, con costruzioni tortuose⁸¹², nella disciplina delle sanzioni amministrative, della somministrazione a termine e (solo per gli enti di ricerca) dei contratti di inserimento; così, considerando congiuntamente legge delega e decreto delegato, all'interprete viene meno anche la possibilità di utilizzare il canone per cui deve essere preferita l'interpretazione che ponga al riparo le leggi da sospetti di incostituzionalità. Infatti, l'accoglimento della prima tesi può condurre a configurare le inclusioni effettuate dal d.lgs. n. 276 come <<eccesso di potere legislativo delegato, cioè come dissonanza del decreto legislativo rispetto ai parametri fissati dalla delega>>; l'accoglimento della seconda lascia aperti i dubbi di costituzionalità per <<eccesso di potere delegante, fondato sull'indeterminatezza, insufficienza o mancanza dei parametri della legge di delegazione>>⁸¹³.

Non evita il dubbio di incostituzionalità neppure l'interessante ipotesi interpretativa che, accolta la prima lettura dell'art.6 dianzi prospettata, facendo perno sul riferimento della legge delega e del decreto legislativo al *personale* delle pubbliche amministrazioni per indicare l'ambito soggettivo di imputazione della disposizione, circoscrive il campo di applicazione della norma all'area dei rapporti di lavoro <<direttamente dipendente (non importa se di ruolo, a tempo indeterminato, o con altri contratti flessibili)>>⁸¹⁴, e ritiene per ciò estese le discipline della somministrazione di lavoro (a termine) e del lavoro autonomo a progetto anche al lavoro pubblico. Infatti, seguendo tale tesi il decreto delegato configurerebbe un *eccesso di potere legislativo delegato* sia quando esclude le pubbliche amministrazioni dall'ambito di applicazione della disciplina della somministrazione a tempo indeterminato sia quando estende i contratti di inserimento agli enti pubblici di ricerca. Si aggiunga che il decreto delegato amplia la formulazione dell'art.6 L.n. 30 nell'indicazione del campo di applicazione soggettiva, sostituendo il riferimento <<al personale delle pubbliche amministrazioni>> con la più ampia locuzione <<per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale>>, con la quale sembra voler coinvolgere ogni tipo di rapporto instaurato

⁸⁰⁹ Per una valutazione critica della giurisprudenza costituzionale "tollerante" nei confronti della prassi <<seguita dal legislatore in materia di delega legislativa, che ha peccato di vaghezza e fumosità eccessive nella determinazione dei principi e criteri direttivi>>, v. da ultimo Famiglietti 2003, p.185 ss., cit. p.188; per una ampia ricostruzione storica e analisi critica, con riguardo anche al rapporto con l'art.76 Cost., della <<grande espansione della delegazione legislativa nel più recente periodo>>, con numerosi riferimenti alla legislazione lavoristica sino alla legge n.30/2003, v. Tarli Barbieri 2003, p.47 ss.

⁸¹⁰ Gragnoli 2003, p.247.

⁸¹¹ Da ultimo v.: Corte Cost. n.15/1999 e n.125/2003 nonché, con riguardo al dubbio di costituzionalità intorno alla norma che rende obbligatorio il tentativo di conciliazione per ogni controversia di lavoro, Corte cost. n.276/2000.

⁸¹² *Retro* n.1; *infra* n.3.2.

⁸¹³ Famiglietti 2003, p.189.

⁸¹⁴ Così Scarpelli 2003.

dalle pubbliche amministrazioni⁸¹⁵; accogliendo la tesi da ultimo richiamata⁸¹⁶, anche per questo profilo si potrebbe configurare un *eccesso di potere legislativo delegato*.

Una ipotesi interpretativa che consentirebbe di evitare il dubbio di costituzionalità, dando comunque un senso al disposto dell'art.6 L.n.30, può essere prospettata facendo riferimento alla regola, non nuova nella giurisprudenza costituzionale per quanto controversa in dottrina, secondo la quale <<la determinazione dei principi e dei criteri direttivi di cui all'art.76 Cost. ben può avvenire *per relationem*, con riferimento ad altri atti normativi, purché sufficientemente specifici>>, per cui <<un dato ordinamentale preesistente, quando non sia espressamente escluso dal legislatore delegante, non può non funzionare come limite o criterio guida delle scelte discrezionali del Governo>>⁸¹⁷. Si potrebbe pertanto leggere nell'art.6 un rinvio al legislatore delegato, evitando la censura di incostituzionalità per eccesso di potere delegante nel momento in cui si individuino le norme che determinano l'oggetto, i principi e i criteri direttivi per l'esercizio della delega nell'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche (ora d.lgs. n.165/01)⁸¹⁸. Una ipotesi che si lega alla lettura – qui proposta (*retro* n.2) – dell'esclusione delle pubbliche amministrazioni nei termini di una deroga al principio di unificazione tra lavoro pubblico e privato che trova le sue ragioni giustificatrici nel sistema delineato dal d.lgs. n.165/01 ed è coerente con la sua *ratio*; e ha un riscontro nella constatazione che il processo di privatizzazione del rapporto di pubblico impiego è <<assurto ormai quasi al rango di principio generale dell'ordinamento>>, come è scritto nel messaggio con cui nel 2000 il Presidente della Repubblica Ciampi ha esercitato il potere attribuitogli dall'art.74 Cost. rinviando alle Camere una legge contenente <<norme sull'organizzazione e sul personale del settore sanitario>> per contrasto (tra l'altro) con tale processo⁸¹⁹.

⁸¹⁵ Opportunamente Mainardi (e Salomone) 2004, p.36, precisa che sotto il profilo soggettivo il riferimento non può essere ascrivibile <<alle pubbliche amministrazioni nel loro ruolo per così dire "istituzionale", in quanto è lo stesso d.lgs. n.276/2003 ad individuare nelle p.a. soggetti attivi di talune discipline assai significative (ad es. direzioni provinciali del lavoro e università che fanno certificazioni ex art.76 c.1 d.lgs.276/2003; università, comuni, camere di commercio, istituti di scuola secondaria, regioni e province autonome che svolgono attività di intermediazione autorizzata ex art.6 d.lgs. n.276/2003)>>.

⁸¹⁶ Ovvero la tesi prospettata da Scarpelli 2003. Zoppoli 2003, nota n.1, ritiene invece che mentre la nozione di "pubbliche amministrazioni" rinvia all'art.1, c.2, del d.lgs. n.165/01 (nello stesso senso Zoli 2004), la nozione di "personale" sia meno tecnica, utilizzata abbastanza genericamente nel d.lgs.165; aggiungendo che: <<In ogni caso l'art.1 comma 2 fuga ogni dubbio su un'interpretazione restrittiva di tale termine, là dove precisa che, innanzitutto, il decreto medesimo non trova applicazione "per le pubbliche amministrazioni">>.

⁸¹⁷ Famiglietti 2003, p.191 ss. (cit.p.192); Tarli Barbieri 2003, p.115 e *passim*.

⁸¹⁸ Sembra prospettare una tesi analoga Mainardi 2004, p.36, ove nega che la lettura dell'art.6 come rinvio al legislatore delegato possa porre problemi di costituzionalità poiché questo <<è nella possibilità di richiamare disposizioni applicabili al lavoro nelle p.a. mediante il generale (e precedente) criterio sistematico dell'art.2 del d.lgs. 30 marzo 2001 n.165 (c.d.Tupi), il quale assoggetta già i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche alle disposizioni del codice civile e delle leggi sul lavoro subordinato nell'impresa>>. Non sembra però trarne le medesime conseguenze qui prospettate nel momento in cui precisa: <<Il criterio di delega dell'art.6, insomma, riguarda l'esclusione del lavoro pubblico dalla nuova disciplina; non invece la previsione di discipline *inclusive*, rispetto alle quali il legislatore è "fisiologicamente" e "sistematicamente" abilitato ad intervenire in ragione del citato articolo 2 del decreto legislativo n.165/2001: anzi, a ben vedere, ogni estensione espressa della disciplina lavoristica agli impiegati pubblici è in realtà superflua, operando questa automaticamente proprio attraverso il citato art.2 del Tupi. Semmai esiste il problema inverso: cioè quello di una carenza o difetto di delega circa i criteri delle esclusioni, salvo a volerli implicitamente ricavare da quelli – peraltro così generici da apparire dei "non criteri" -, resi in materia di *part time* e certificazione>>.

⁸¹⁹ Le obiezioni sollevate nel messaggio di rinvio di Ciampi del 2 dicembre 2000 (A.C., XIII legisl., doc.I, n.4), il primo del suo mandato, riguardavano la disposizione che stabiliva che <<gli accordi collettivi nazionali riguardanti il personale del Servizio sanitario nazionale ed il personale sanitario a rapporto convenzionale sono resi esecutivi con decreto del Presidente della Repubblica entro il termine di

Naturalmente molte obiezioni possono essere sollevate nei confronti di tale lettura, soprattutto dal punto di vista del diritto costituzionale. Essa peraltro rappresenta il tentativo di dare al problema una risposta nella logica del <<parametro ermeneutico della “interpretazione conforme a Costituzione”, per cui se una norma è suscettibile di più interpretazioni ed una sola di queste è in grado di attribuirle una portata non incostituzionale, dovere dell’interprete è preferire l’interpretazione conforme a Costituzione>>⁸²⁰; come ha più volte ricordato la Corte costituzionale nella sua giurisprudenza ove ha tra l’altro affermato che <<le leggi non si dichiarano incostituzionali perché è possibile darne una interpretazione incostituzionale, ma perché non è possibile darne una interpretazione costituzionale>>⁸²¹.

Infatti, in tale ottica il sistema normativo delineato dalla l.n.30 e dal d.lgs. n.276 acquisterebbe legittimazione non solo nei confronti dell’art.76 Cost., ma anche dell’art.3 Cost., di cui si è prospettata la violazione per mancanza di ragionevolezza della scelta di divaricazione delle discipline tra lavoro pubblico e privato⁸²².

Sarebbe necessario peraltro sottoporre al vaglio di ragionevolezza anche le singole esclusioni/inclusioni, per verificare se esse abbiano una plausibile ragione giustificatrice in base ai criteri e ai principi indicati dal d.lgs. n. 165/2001 e/o quali ulteriori interventi siano opportuni nell’ambito dei previsti decreti integrativi e modificativi⁸²³.

3.2. Le inclusioni

L’analisi delle singole scelte compiute dal legislatore delegato con riguardo al coinvolgimento delle pubbliche amministrazioni può iniziare dalla riflessione sull’estensione al lavoro pubblico della disciplina della somministrazione di lavoro a tempo determinato: è una vicenda emblematica – anche per la formulazione della norma e la sua collocazione tra le <<disposizioni transitorie e finali>>⁸²⁴ - del modo abborracciato con cui il legislatore ha affrontato l’aspetto in esame; ma è altresì un’occasione per verificare la valenza ai fini esecutivi dell’ipotesi interpretativa dianzi prospettata.

Dalla ricostruzione dell’*iter* di elaborazione del decreto delegato emerge come non si sarebbe trattato di una scelta normativa meditata, bensì di un “rimedio” all’abrogazione, affermata nell’art.85, c.1, lett. f), degli articoli da 1 a 11 della legge n.196/1997 relativi alla disciplina il lavoro temporaneo, la cui applicazione anche alle pubbliche amministrazioni è espressamente prevista

trenta giorni dalla sottoscrizione, previo espletamento delle procedure di cui all’art.51 del d.lgs.3 febbraio 1993, n.29, e successive modificazioni>>; la disposizione è stata soppressa e il testo del provvedimento è stato riapprovato divenendo l. 29 dicembre 200 n.401. Per la ricostruzione della vicenda e la riflessione sui suoi significati v. Lupo 2001, p.362 ss.

⁸²⁰ Famiglietti 2003, p. 192 che richiama Elia 2000, p.3246.

⁸²¹ V., tra le molte, sentenza n.356/1996, ordinanza n.147/1998, sentenze n. 65/1999, n. 174/1999, n.200/1999, n. 319/2000.

⁸²² M.T. Carinci 2003, pp.16-17.

⁸²³ Art.7, c. 4, l.n.30/2003; sui decreti legislativi correttivi e integrativi, anche in ambiti lavoristici, e sulla giurisprudenza costituzionale in materia v. Famiglietti 2003, p.193 ss. ed *ivi* ulteriori riferimenti.

⁸²⁴ L’estensione alle P.A. della disciplina della somministrazione a termine la si apprende infatti dal primo periodo del comma 9 dell’art.86 - rubricato “Norme transitorie e finali” – ove si legge: <<La previsione della trasformazione del rapporto di lavoro di cui all’art.27, comma 1, non trova applicazione nei confronti delle pubbliche amministrazioni cui la disciplina della somministrazione trova applicazione solo per quanto attiene alla somministrazione di lavoro a tempo determinato>>.

dall'art.36, c.1, d.lgs. n.165/2001⁸²⁵: senza il "recupero" effettuato dall'art.86, c. 9, queste non avrebbero più potuto utilizzare tale forma di acquisizione delle prestazioni lavorative⁸²⁶. Si tratta di una spiegazione che suscita perplessità, perché la generale esclusione delle pubbliche amministrazioni dall'applicazione del "nuovo diritto" disposta dall'art.1, c. 2, d.lgs. n.276 dovrebbe coinvolgere anche le norme relative alle abrogazioni, che pertanto sarebbero da intendere più correttamente come disapplicazioni⁸²⁷ con riferimento soltanto al lavoro privato. Del resto, è in sostanza questa la via percorsa dal legislatore delegato per la normativa relativa ai contratti di formazione e lavoro: ai sensi dell' art.86, c.9, tale disciplina <<trova applicazione esclusivamente nei confronti della pubblica amministrazione>>, la quale, *rectius* le quali, sono da ritenere escluse, sempre in virtù dell'art.1, c.2, dal campo di applicazione delle nuove regole dell'apprendistato e del contratto di inserimento (per questo, fatti salvi gli enti pubblici di ricerca: art.54, c.2, lett. e): v. *infra*).

Peraltro la scelta del legislatore delegato ha una sua ragionevolezza, per così dire, sul piano pratico: se le differenze tra i contratti di formazione e lavoro e il contratto di inserimento, pur presentato come l'erede dei primi⁸²⁸, possono rendere plausibile la coesistenza delle due fattispecie, la sopravvivenza della "vecchia" disciplina del lavoro temporaneo a fianco della "nuova" disciplina del contratto di somministrazione a tempo determinato avrebbe creato non poche complicazioni. È sufficiente richiamare il fatto che, essendo la somministrazione una fattispecie composita che attraversa in maniera trasversale mercato e rapporto di lavoro, le norme regolatrici coinvolgono la nuova disciplina dei servizi per l'impiego, con il suo articolato sistema di requisiti, autorizzazioni ed accreditamenti, controlli e sanzioni⁸²⁹.

Dunque il legislatore ha ritenuto più "semplice" estendere le nuove regole del contratto di somministrazione anche alle pubbliche amministrazioni; ma per non contraddire la scelta di fondo di "tener fuori" il lavoro pubblico dalla nuova disciplina del mercato del lavoro, rinviando al futuro intervento legislativo e contrattuale il difficile compito dell'armonizzazione, ha precisato che l'estensione riguarda solo la somministrazione a tempo determinato e non coinvolge la sanzione

⁸²⁵ Si ricorda che l'attuale art.36, c.1, d.lgs. n.165/01 (la disposizione che toglie ogni dubbio circa la possibilità per le P.A. di utilizzare i c.d. contratti flessibili) riproduce il comma 7 dell'art.36 del d.lgs.29/93 come modificato dall'art.22 del d.lgs.80/98.

⁸²⁶ Scrive Tiraboschi (2003, pp.66-67; 2004, p.206): <<L'abrogazione della legge 23 ottobre 1960, n.1369, peraltro di incerta applicazione nell'ambito del settore pubblico, avrebbe in effetti comportato una situazione di completa deregolazione del regime della somministrazione di lavoro precludendo, in ragione della concorrente abrogazione degli artt. 1-11 della legge 24 giugno 1997, n.196, il ricorso anche alla fornitura professionale di prestazioni di lavoro temporaneo. In attesa di un intervento di armonizzazione della disciplina del lavoro alle dipendenze della Pubblica Amministrazione alle disposizioni contenute nella legge Biagi, preannunciato dall'articolo 86, comma 8 (...) è stato dunque fatto salvo il regime *quo ante*>>.

⁸²⁷ V. Gragnoli 2003, pp.254-255 con riguardo alla l.n.30; con riferimento al d.lgs.276 v. Vallari 2004, p.267.

⁸²⁸ V. l'art.2, lett. b) della l.n.30/2003; v. altresì la <<Relazione di accompagnamento al decreto di attuazione della riforma Biagi>>, ove si qualifica il contratto di inserimento come <<il nuovo contratto di formazione e lavoro>>.

⁸²⁹ Cfr. Ferraro 2004, p.154, ove tra l'altro rileva come siano numerose le previsioni normative dedicate dal d.lgs.276 al nuovo istituto contrattuale dal momento che, accanto a quelle specificamente dedicate alla somministrazione (Titolo III, spec.artt.20-28), la concreta regolamentazione si completa con altre disposizioni contenute nella parte relativa alla riorganizzazione del lavoro (artt.3-19), nel gruppo di norme riferite all'istituto della certificazione (Titolo VIII) ed in quelle di cui alla parte finale del decreto (titolo IX, spec.art.86). Sul punto v. altresì M.T. Carinci 2004, p.23.

della costituzione del rapporto alle dipendenze del soggetto utilizzatore in caso di somministrazione irregolare⁸³⁰. Peraltro, la sostituzione del lavoro temporaneo con la somministrazione a tempo determinato, nonostante le affinità⁸³¹ tra le due fattispecie, pone in riferimento alle pubbliche amministrazioni numerosi problemi esegetici⁸³².

Un nodo cruciale riguarda i presupposti di legittimità, ovvero la sostituzione delle “vecchie” causali con una clausola generale, secondo il modello della nuova disciplina del contratto a tempo determinato: la somministrazione a tempo determinato <<è ammessa a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all’ordinaria attività dell’utilizzatore>> (art.20, c.4). Senza entrare nel merito delle questioni interpretative poste dalla disposizione – da quelle di carattere generale relative al rispetto delle indicazioni contenute nell’art.1, c.2, lett.m) della legge delega a quelle più specifiche sulla configurazione o meno del carattere della temporaneità come requisito necessario⁸³³ - è indubbio che la somministrazione viene sottratta alla ricorrenza di situazioni di occasionalità e straordinarietà, per essere invece affidata ad ipotesi di carattere più generale. Da notare altresì che vengono ridotti alcuni dei divieti posti all’utilizzo del lavoro temporaneo (art.20, c.5).

Il passaggio da una tipologia definita per fattispecie specifiche indicate dalla legge e integrate dai contratti collettivi, ad un generico richiamo a esigenze di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche riferibili all’ordinaria attività dell’utilizzatore, non è senza conseguenze per le pubbliche amministrazioni. Infatti, tornano d’attualità le riflessioni e le perplessità sull’utilizzo di tale forma contrattuale di acquisizione della prestazione lavorativa in relazione alle persistenti peculiarità dell’organizzazione del lavoro pubblico, anche per i rischi di distorsione funzionale⁸³⁴; e si collegano al rilievo attribuito dall’art.36, c.1, d.lgs.165/01 alle normative contrattuali, le quali si configurano come strumenti di elaborazione di una disciplina appropriata ad adattare l’istituto a tali specificità organizzative⁸³⁵. Compito che le parti negoziali hanno assolto, elaborando puntuali regolamentazioni tramite un accordo quadro e clausole dei contratti di comparto che provvedono alle necessarie integrazioni, anche *ad escludendum*, che tengono conto della diversificazione sempre più netta tra le varie amministrazioni pubbliche. Non c’è spazio per un

⁸³⁰ V. l’incipit del comma 9 dell’art.86 del d.lgs. n.276/03, che conferma quanto già affermato dall’art.11, c.2, l.n.196/1997 e più in generale dall’art.36, c.2, del d.lgs. n.165/01; la legittimità di quest’ultima norma è stata affermata da Corte Cost. n.89/03, cit., che ha respinto l’eccezione di incostituzionalità in relazione agli artt.3 e 97 Cost. negando l’assunto che il rapporto di lavoro pubblico sia assimilato, per ogni aspetto, al lavoro privato e sottolineando il rilievo, sotto il profilo genetico del rapporto, del principio dell’accesso mediante concorso quale strumento di selezione del personale in linea di principio più idoneo a garantire l’imparzialità e l’efficienza della pubblica amministrazione ai sensi dell’art.97 Cost.

⁸³¹ Per la riflessione critica su uniformità e differenze tra il lavoro temporaneo di cui alla legge n.196/1997 e la somministrazione di lavoro a tempo determinato di cui al d.lgs. n. 276/2003 si rinvia, tra i molti, a Del Punta 2004a, Ferraro 2004, Chieco 2004, M.T. Carinci 2004, nonché al commento di ????? in questo volume e *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici.

⁸³² Dunque non sembra si possa configurare un mero ritorno allo *status quo ante* come afferma Tiraboschi (*retro*, nota n.74), se non nel senso prospettato *infra*, nel testo.

⁸³³ V. gli autori citati *retro*, nota n. 79.

⁸³⁴ Per questi aspetti v. soprattutto i rilievi di Rusciano 1999, pp.101-102.

⁸³⁵ V. ancora Rusciano 1999, p.102, ove tra l’altro sottolinea come la disposizione dell’art.36, c. 7 (ora c. 1) che demanda alla contrattazione collettiva la disciplina (tra l’altro) della materia della fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo <<suonerebbe letteralmente pleonastica se, appunto, non tendesse a porre in luce l’esigenza di un adattamento specifico>>.

esame puntuale⁸³⁶, ma si rileva l'attenzione a fare del contratto collettivo uno strumento utile al raggiungimento della flessibilità organizzativa e funzionale, <<valorizzando un ruolo della contrattazione collettiva di indirizzo e di stimolo virtuoso ad una efficiente modernizzazione dell'amministrazione>>⁸³⁷ ed evitando il rischio di usi distorti⁸³⁸.

Pertanto gli interrogativi sulla possibilità per la contrattazione collettiva di continuare a svolgere il ruolo di norma regolativa per l'adeguamento dell'istituto al contesto pubblico e alle sue peculiarità assumono una valenza più generale rispetto ai dubbi circa la possibilità di riferire anche ai contratti collettivi del settore pubblico il disposto del comma 3 dell'art.86⁸³⁹, garantendo così una temporanea sopravvivenza delle vigenti clausole contrattuali in materia⁸⁴⁰. Infatti non sembra che la disposizione da ultimo citata possa modificare il fatto che ai sensi della nuova disciplina disposta dall'art.20, comma 4, <<nessun ruolo viene oggi riconosciuto al contratto collettivo nella determinazione delle esigenze atte ad ammettere la conclusione di un contratto di somministrazione a termine le quali, viceversa, sono prestabilite direttamente dal legislatore, con una clausola generale capace di includere tutte le possibili motivazioni dell'utilizzatore>>⁸⁴¹. Né è ipotizzabile in tal caso un intervento contrattuale ai sensi dell'art. 2, c.2, seconda parte del d.lgs.165/01, perché non si è in presenza di disposizioni di legge <<che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità è limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche>>.

Qualche problema si pone altresì per i limiti all'utilizzo di prestatori di lavoro temporaneo, in rapporto percentuale rispetto all'organico complessivo, introdotti anche dai contratti collettivi del settore pubblico ai sensi dell'art.1, c.8, l.n.196/1997842 (non espressamente salvaguardati in via

⁸³⁶ Per l'analisi e la riflessione critica sui contenuti del <<contratto collettivo nazionale quadro per la disciplina del rapporto di lavoro del personale assunto con contratto di fornitura di lavoro temporaneo>> siglato il 9 agosto 2000 e della successiva contrattazione di comparto e sulla loro valenza cfr.: Matteini 2000, p. 2 ss. e 2003, p.4 ss; Santucci 2003, p.94 ss; Esposito 2003, p.61 ss. V. altresì l'ampia e interessante documentazione sull'esperienza applicativa emersa dalla ricerca effettuata dall'ARAN sul lavoro interinale nelle P.A. pubblicata in *Aranagenzia*, 2003, n.1; per un quadro delle regolamentazioni contenute nei contratti di comparto v. in particolare pp.16-17.

⁸³⁷ Così Matteini 2000, p.3.

⁸³⁸ Nell'art.1 dell'accordo quadro al primo comma si legge che le P.A. possono stipulare contratti di fornitura di lavoro temporaneo <<per soddisfare esigenze a carattere non continuativo e/o a cadenza periodica, o collegate a situazioni di urgenza non fronteggiabili con il personale in servizio o attraverso le modalità di reclutamento ordinario previste dallo stesso d.lgs.n.29/1993>>; al secondo comma che <<il ricorso al lavoro temporaneo deve essere improntato all'esigenza di contemperare l'efficienza operativa e l'economicità di gestione. In nessun caso il ricorso alla fornitura di lavoro temporaneo potrà essere utilizzato per sopperire stabilmente e continuativamente a carenze organiche>>.

⁸³⁹ Al comma 3 dell'art.86 del d.lgs.276 si legge: <<In relazione agli effetti derivanti dalla abrogazione delle disposizioni di cui agli articoli da 1 a 11 della legge 24 giugno 1997, n.196, le clausole dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulate ai sensi dell'art.1, comma 2, lettera a), della medesima legge e vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, mantengono, in via transitoria e salve diverse intese, la loro efficacia fino alla data di scadenza dei contratti collettivi nazionali di lavoro, con esclusivo riferimento alla determinazione per via contrattuale delle esigenze di carattere temporaneo che consentono la somministrazione di lavoro a termine>>.

⁸⁴⁰ In senso affermativo Mainardi 2004 e Zoli 2004; peraltro l'art.86, c.3, fa salve le clausole fino alla scadenza dei contratti collettivi: e quelli del settore pubblico che contengono le clausole in materia di lavoro temporaneo sono tutti scaduti prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n.276 e solo alcuni sono stati rinnovati. Per un commento al comma 3 dell'art.86 v. Vallari, 2004, p.264 ss.

⁸⁴¹ Chieco 2004, p.160.

⁸⁴² L'art.3 dell'accordo quadro dispone che i lavoratori con contratto di fornitura di lavoro temporaneo contemporaneamente impiegati presso ogni amministrazione non possono superare il tetto del 7%, calcolato su base mensile, dei lavoratori a tempo indeterminato in servizio presso la stessa amministrazione, arrotondato, in caso di frazioni, all'unità superiore. Di norma i tetti indicati dai contratti del settore privato sono più elevati.

transitoria dall'art.86, c.3, d.lgs. n. 276). Infatti, è vero che l'art.20 del d.lgs.276, nella seconda parte del comma 4, affida ai contratti collettivi nazionali⁸⁴³ la <<individuazione, anche in misura non uniforme, di limiti quantitativi di utilizzazione della somministrazione a tempo determinato>>, ma richiedendo la <<conformità alla disciplina di cui all'art.10 del decreto legislativo 6 settembre 2001 n.368>>, il quale esclude da limitazioni quantitative alcune tipologie di contratti a termine (v. commi 7 e 8). Ci si chiede pertanto se le pubbliche amministrazioni possano continuare a far riferimento alla precedente disciplina contrattuale, che non prevedeva esenzioni, o debbano necessariamente adeguarsi.

Si può discutere sulla qualità delle normative di fonte negoziale, soprattutto in relazione alla scarsa diffusione nella prassi di tale figura contrattuale⁸⁴⁴, ma è difficile negare che l'utilizzo del contratto di somministrazione a tempo determinato da parte delle pubbliche amministrazioni necessiti di alcune cautele e di alcuni adattamenti in considerazione delle peculiarità che riguardano sia il quadro normativo generale sia le tecniche organizzative.

Sotto il primo profilo, vanno di nuovo richiamati i vincoli che derivano sia dal principio costituzionale dell'accesso mediante concorso, quale garanzia di imparzialità ed efficienza, sia dal legame con il momento della definizione in sede politico-amministrativa del modello organizzativo con riferimento alla struttura degli uffici e degli organici⁸⁴⁵, da cui discende (anche) l'impossibilità oggettiva di una assunzione diretta del lavoratore utilizzato con il contratto di somministrazione⁸⁴⁶. Acquista altresì rilievo il maggior costo di questa modalità di acquisizione della prestazione lavorativa, soprattutto per il compenso corrisposto, ma anche per la procedura di selezione dei soggetti fornitori⁸⁴⁷, considerato che l'art.6, c.1, d.lgs. n. 165/01 lega le scelte in materia di dotazioni organiche al rispetto delle finalità indicate nell'art.1, c.1, tra cui si menzionano (lett.b) la razionalizzazione e la riduzione del costo del lavoro.

Sotto il profilo della gestione delle strutture e delle risorse viene in gioco il rischio <<di una eccessiva attenzione delle amministrazioni pubbliche sull'utilizzo dei rapporti flessibili di lavoro per aggirare le difficoltà (anche culturali) relative all'introduzione di variabilità nelle strutture e nell'utilizzo del personale. Per fare un esempio, può essere più semplice richiedere personale interinale per svolgere alcuni compiti che sarebbe invece possibile compiere con una organizzazione del lavoro degli uffici più dinamica, più funzionale, più reattiva alle modificazioni dell'attività dell'am-

⁸⁴³ <<...stipulati da sindacati comparativamente più rappresentativi>> (corsivo mio).

⁸⁴⁴ V. i risultati della ricerca Aran sul lavoro temporaneo, cit., e per una loro analisi critica, Esposito 2003; per un quadro generale dell'applicazione degli istituti di lavoro flessibile nelle P.A. v. altresì i risultati della ricerca Aran pubblicati in *Arannewsletter*, 2003, n.5, inserto.

⁸⁴⁵ E dunque della programmazione dei flussi di personale in relazione alla determinazione della consistenza e variazione delle dotazioni organiche, basata sulla verifica degli effettivi fabbisogni: art. 6 d.lgs. 165/01.

⁸⁴⁶ Il che fa sì che nel settore pubblico l'utilizzo di questo contratto non svolga neppure, come avviene di fatto nel settore privato, soprattutto nelle piccole e medie imprese, la funzione di selezione del personale e di sostituto del periodo di prova.

⁸⁴⁷ Di norma tramite una gara d'appalto; è ben vero che questa forma di acquisizione del personale consente di evitare il concorso pubblico, ma <<i costi maggiori del ricorso alla fornitura (circa un 15-20% in più rispetto al costo del lavoro di un singolo dipendente, ma sono possibili anche ricarichi superiori) non sono compensati dai costi relativi alle procedure concorsuali per le altre forme di reclutamento>>. (Matteini, 2003, p.6).

ministrazione, possibilità (...) facilitata dai contratti collettivi di comparto in materia di ordinamento professionale e di mansioni esigibili>>⁸⁴⁸. È dunque presente il rischio (paradossale) che l'uso di tale contratto diventi strumento di conservatorismo e rigidità anziché di modernizzazione e flessibilità.

Pertanto, a prescindere dal giudizio sulle singole scelte effettuate dai contratti collettivi che si sono fatti carico delle specificità organizzative, è difficile negare l'importanza del loro ruolo e la necessità di conservare lo spazio per un adattamento dell'istituto a tali specificità. Diviene per ciò rilevante verificare quale significato vada attribuito alla estensione alle pubbliche amministrazioni della disciplina della somministrazione di lavoro a tempo determinato: se debba essere letta come una totale sostituzione rispetto alla pregressa disciplina del lavoro temporaneo o se possano restare spazi di differenziazione <<ricostruendo la disciplina dell'istituto attraverso un *puzzle* di norme della l.196/97 e del d.lgs.276/03: dimodoché le pubbliche amministrazioni possano continuare ad utilizzare un quadro legale sufficientemente solido, qualunque sia il *nomen iuris* del contratto>>⁸⁴⁹.

Prescindendo dalle tesi più radicali, con conseguenze opposte – l'una che prospetta l'incostituzionalità dell'estensione alle pubbliche amministrazioni della disciplina della somministrazione a termine per eccesso di delega⁸⁵⁰, l'altra che esclude tale contratto dalla sfera di operatività del disposto dell'art.1, c.2, d.lgs.276, riferibile al solo personale direttamente <<dipendente>> dalle pubbliche amministrazioni⁸⁵¹ – si può proporre una chiave di lettura, che offrirebbe anche una soluzione ai problemi esegetici dianzi evidenziati, riconducendo la nuova disciplina nell'alveo del disposto dell'art.36, 1° comma, d.lgs.n.165/01, il quale attribuisce un ruolo centrale alla fonte negoziale. Infatti questo, dopo aver affermato che le pubbliche amministrazioni si <<avvalgono>> delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, precisa che i <<contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia (...) della fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo, in applicazione di quanto previsto (...) dalla legge 24 giugno 1997 n.196, nonché da ogni successiva modificazione o integrazione della relativa disciplina>> (corsivo mio). Considerando che nel sistema delle fonti delineato dal d.lgs.n.165/01 la contrattazione collettiva <<si svolge su tutte le materie relative al rapporto di lavoro e alle relazioni sindacali>> (art.40, c.1), ma nel contempo non sono configurabili obblighi a trattare e a contrarre, se non per il trattamento economico fondamentale e accessorio (art.45, c.1), il richiamo specifico, con toni perentori, appare non pleonastico e coerente con il sistema solo qualora lo si interpreti come il riconoscimento del ruolo di adattamento

⁸⁴⁸ Così Matteini, 2003, p.5.

⁸⁴⁹ Zoppoli 2003.

⁸⁵⁰ Così Zoppoli 2003, <<stante il disposto dell'art.6 della l. 30/03, che, per quanto ambiguo, vale a precisare i confini della delega e quindi non legittima altro riferimento "al personale delle pubbliche amministrazioni" oltre quelli eventualmente rinvenibili negli stessi artt. 1-5 della stessa legge 30/03>>. Peraltro poi l'Autore, sottolineato come questa <<interpretazione si rifrange soprattutto sulla disciplina della somministrazione/lavoro interinale, rendendola oltremodo incerta>> prospetta, <<in via eminentemente pratica>> la soluzione citata nel testo di cui alla nota precedente.

⁸⁵¹ Scarpelli, 2003; peraltro in quest'ottica si dovrebbe estendere al lavoro pubblico anche la somministrazione a tempo indeterminato. Per la prospettazione e l'analisi critica delle varie soluzioni esegetiche in ordine alla costituzionalità della scelta del legislatore delegato in tema di estensione al lavoro pubblico della somministrazione a termine si rinvia a M.T. Carinci 2004, p. 20 ss.

della disciplina alle peculiarità organizzative delle amministrazioni pubbliche svolto dal contratto collettivo⁸⁵².

Dunque l'art.36, c.1, del d.lgs. n. 165 fa comunque salva la regolamentazione contrattuale: un principio che dovrebbe valere anche per la nuova disciplina, se ha un fondamento la tesi illustrata nei paragrafi precedenti che inquadra - e legittima rispetto al principio di ragionevolezza e al disposto dell'art. 76 Cost. - le deroghe introdotte dal d.lgs. n.276 nel sistema ordinamentale del lavoro pubblico delineato nel d.lgs.165/01, e richiede che in quest'ultimo vadano individuati i principi e i criteri direttivi che debbono fungere, oltre che da fondamento della normativa delegata, anche da suo parametro interpretativo. Ne consegue che la disciplina della somministrazione a tempo determinato per le pubbliche amministrazioni andrebbe "ricostruita" seguendo il criterio ermeneutico per cui la sostituzione delle vecchie regole con le nuove può avvenire solo nei limiti dei principi dell'ordinamento del lavoro pubblico: il legislatore delegato lo riconosce esplicitamente nel momento in cui esclude l'assunzione disposta dall'art.27, c.1, in caso di somministrazione irregolare, in applicazione dell'art.36, 2° comma, d.lgs.165/01; l'interprete deve aggiungere la salvaguardia delle discipline negoziali, in applicazione dell'art.36, 1° comma, d.lgs.165/01⁸⁵³.

Il medesimo criterio logico sistematico potrà guidare l'interprete nella ricostruzione del regime sanzionatorio, fatta salva appunto la costituzione del rapporto, espressamente esclusa, al fine di individuare le sanzioni, civili, penali e amministrative, applicabili in relazione alle diverse tipologie di illeciti, i soggetti responsabili, le tutele che comunque possono essere assicurate al lavoratore⁸⁵⁴.

Si tratta di una complessa operazione esegetica, che deve "leggere" le disposizioni del d.lgs. n.276 tenendo conto del fatto che le pubbliche amministrazioni restano escluse dalla più generale riforma delle regole e degli istituti di governo del decentramento produttivo - somministrazione a tempo indeterminato, appalti, distacco, trasferimento d'azienda - che ridisegna la mappa del sistema e dunque anche i confini tra il lecito e l'illecito⁸⁵⁵. Una esclusione che, "fingendo" di ignorare come ad alcune di queste regole e istituti le pubbliche amministrazioni non siano estranee, non fornisce indicazioni utili a risolvere le molteplici questioni interpretative che derivano da questa coesistenza tra vecchio e nuovo. Per alcune fattispecie si tratta di leggere le nuove disposizioni - la dichiarata abrogazione della legge n.1369/1960 (art.85, c.1, lett.c), le innovazioni in materia

⁸⁵² V. il rilievo di Rusciano, cit. *retro*, nota n.83; v. peraltro Delfino e Luciani 1999, pp.172-173, ove osservano come l'indicazione che la disciplina della materia spetta alla contrattazione collettiva non possa significare che in mancanza di questa le forme flessibili non possono trovare applicazione: si può notare che se alla fonte negoziale non è assegnata una funzione necessaria, non sembrano neppure posti limiti al suo intervento (ora da intendersi nel senso di possibilità di restringere anziché ampliare, rispetto al precetto legale, le possibilità di utilizzo del contratto).

⁸⁵³ Anche Mainardi 2004, p.43, ritiene <<che la contrattazione collettiva del settore pubblico possa implementare la nuova disciplina di legge applicabile alle p.a. per la somministrazione a tempo determinato>>, ma sembra in un'ottica non coincidente con quella qui prospettata nel momento in cui indica come indispensabile un intervento, in sede di rinnovo, di adattamento alle nuove e più estese causali giustificatrici.

⁸⁵⁴ Per questo aspetto si rinvia all'ampia e approfondita analisi di Zoli 2004.

⁸⁵⁵ V. Del Punta 2004a.

di appalto – anche alla luce di incertezze interpretative pregresse⁸⁵⁶; per altre – l'introduzione per il solo settore privato della regolazione di un istituto, il distacco, da tempo oggetto di norme di fonte legale e contrattuale nel settore pubblico⁸⁵⁷ - si tratta di attribuire un significato ragionevole alla coesistenza delle due diverse discipline. Nel caso della modifica dell'art.2112 cod.civ., che non si estende alle pubbliche amministrazioni - le quali peraltro le norme contenute in tale articolo devono applicare, per disposizione dell'art.31 del d.lgs.165/01, nel caso di trasferimento o conferimento di attività ad altri soggetti, pubblici o privati, al proprio personale che passa alle dipendenze di tali soggetti – si tratta di trovare una soluzione giuridicamente sostenibile e praticamente utilizzabile⁸⁵⁸ ad un paradosso: la compresenza di due regolamentazioni con diversi ambiti di applicazione all'interno di un unico articolo del codice civile. Per alcuni di questi aspetti è da ritenere che un intervento correttivo del legislatore sarebbe opportuno.

Le capacità esegetiche degli interpreti vengono messe alla prova anche dall'ultimo periodo del comma 9 dell'art.86: affermando che <<Le sanzioni amministrative di cui all'art.19 si applicano anche nei confronti della pubblica amministrazione>> chiama l'interprete ad una complessa operazione ricostruttiva⁸⁵⁹, al fine di individuare nella lista di disposizioni che concernono varie tipologie di obblighi in materia di collocamento, quali coinvolgono effettivamente, e in quale veste, le pubbliche amministrazioni. Peraltro è da condividere l'opinione secondo cui l'estensione delle sanzioni operanti per le imprese private è coerente con la normativa previgente in materia di organizzazione del mercato del lavoro, che non viene sostanzialmente modificata dalla nuova disciplina, e perciò è costituzionalmente legittima per questo aspetto l'eccezione al divieto di applicazione alle pubbliche amministrazioni delle norme del decreto⁸⁶⁰.

Come si può notare, l'analisi delle disposizioni contenute nel comma 9 dell'art.86 si configura come un percorso tortuoso tra inclusioni ed esclusioni; ciò vale anche per l'ultima norma che resta da commentare, quella che lascia in vita per le sole pubbliche amministrazioni la vigente disciplina in materia di contratti di formazione e lavoro. Questo, sia perché viene <<fatto salvo quanto previsto dall'art.59, comma 3>>, sia perché ad essa bisogna affiancare la disposizione di cui all'art.54, comma 2, lett.e), che comprende gli enti di ricerca pubblici, insieme a quelli privati, tra i soggetti che possono stipulare i contratti di inserimento, una nuova tipologia contrattuale da cui tutte le altre pubbliche amministrazioni vengono escluse.

Il richiamo al disposto dell'art.59, c.3, è spiegabile alla luce degli interventi censori della Corte di Giustizia e della Commissione europea nei confronti degli incentivi economici previsti dalla disciplina vigente in materia di contratti di formazione e lavoro⁸⁶¹: in attesa della complessiva riforma

⁸⁵⁶ Sulle problematiche pregresse relative all'applicazione alle P.A. della normativa in materia di utilizzazione della prestazione lavorativa a favore di terzi v: M.T. Carinci 2000, p.104 ss. e *passim*; Bonardi 2001, p.59 ss. e *passim*. Con riferimento alle nuove regole introdotte dal d.lgs.276 v. Zoppoli 2003, nonché le analisi di Zoli 2004 e Mainardi 2004, a cui si rinvia. Sull'abrogazione della l.n.1369/1960 disposta dall'art.85, c.1, lett.c) v. Vallauri 2004, p.250 ss.

⁸⁵⁷ Per la ricostruzione critica dell'*iter* normativo v. M.T. Carinci 2000, p. 195 ss.; Mainardi 2004, p.49 ss.; Monaco 2004, p. 204 ss.; Zoli 2004.

⁸⁵⁸ Per possibili soluzioni interpretative v. ampiamente Mainardi 2004, p.51 ss. e Zoli 2004.

⁸⁵⁹ Per la quale si rinvia a Mainardi 2004, p.43 ss.

⁸⁶⁰ V. al riguardo Zoli 2004.

⁸⁶¹ Per questo aspetto v., tra gli altri, Ferraro 2004, pp.106-107.

del sistema degli incentivi all'occupazione, essi vengono riservati alle categorie di lavoratori indicate nell'art.54, c.1, lettere da b) ad f)⁸⁶² e dunque le pubbliche amministrazioni potranno godere solo in quei limiti.

L'estensione della possibilità di stipulare contratti di inserimento unicamente agli enti di ricerca pubblici, a fronte di una generale esclusione delle pubbliche amministrazioni sia dai nuovi "veri" contratti a finalità formativa, ovvero le tre tipologie dell'apprendistato riformato, sia dai contratti che mirano a facilitare l'ingresso o il reingresso nel mercato di lavoratori appartenenti a categorie "deboli"⁸⁶³, non è immediatamente comprensibile. Si sono indicate <<evidenti ragioni di parità di trattamento con gli enti privati della stessa natura>>⁸⁶⁴, si può pensare ad un nesso con il disposto dell'art. 15, l.n.196/1997 che, modificando la legge n.451/994, ha incluso gli enti pubblici di ricerca tra i soggetti autorizzati a stipulare contratti di formazione e lavoro, anticipando estensione a tutti i comparti del lavoro pubblico sancita dal d.lgs. n. 80/1998⁸⁶⁵; ma non paiono motivi sufficienti a giustificare una tale anomalia⁸⁶⁶.

Per quanto concerne invece la scelta di escludere le pubbliche amministrazioni dal campo di applicazione del nuovo apprendistato e dei contratti di inserimento, lasciando "sopravvivere" per loro i vecchi contratti di formazione e lavoro, essa può apparire comprensibile e ragionevole se configurata nei termini non di una assoluta incompatibilità, ma come una esigenza transitoria, nella prospettiva di un successivo intervento di adeguamento, con i necessari adattamenti in particolare per quanto concerne le condizioni di accesso e gli incentivi economici e normativi. Bisogna infatti considerare che i nuovi istituti sono ancora allo stato di "rustico"⁸⁶⁷, in attesa che l'intervento per gli uni delle Regioni (artt.48-52)⁸⁶⁸, per gli altri della contrattazione collettiva, o in subordine del Ministro del lavoro (art.55)⁸⁶⁹, dia loro una configurazione compiuta: solo dopo che la normazione regolativa sarà completata si potrà intervenire, operando di cesello nel contesto della prevista armonizzazione (art.86, c.8), per renderli applicabili anche alle pubbliche amministrazioni. Va peraltro rilevato come queste abbiano sin qui manifestato in concreto scarsissimo

⁸⁶² Si tratta (con esclusione dei soggetti di età compresa tra i 18 e i 29 anni, indicati alla lettera a) dei soggetti con cui può essere stipulato un contratto di inserimento: b) disoccupati di lunga durata da 29 sino a 32 anni; c) lavoratori con più di 50 anni di età; d) lavoratori che desiderino riprendere una attività lavorativa e che non abbiano lavorato per almeno due anni; e) donne di qualsiasi età residenti in aree geografiche con tasso di occupazione femminile inferiore almeno del 20% a quello maschile o con un tasso di disoccupazione superiore del 10% di quello maschile; f) persone affette da grave handicap fisico, mentale o psichico. Naturalmente solo alcune di queste categorie di lavoratori possono essere parte di contratti di formazione e lavoro.

⁸⁶³ Per i quali la formazione assume la veste di un adeguamento delle competenze professionali del lavoratore al contesto lavorativo.

⁸⁶⁴ Così Zoli 2004.

⁸⁶⁵ Prima che l'art.22 del d.lgs. n.80/1998 modificasse il d.lgs. n.29/93 introducendo quello che è ora l'art.36, c.1, d.lgs.165/01, il contratto di formazione e lavoro era di fatto utilizzato solo in alcuni enti pubblici non economici (ex art.18, l.n.88/1989) e, appunto, negli enti pubblici di ricerca ove è stato introdotto dall'art.15 l.n.196/97 (v. al riguardo Delfino e Luciani 1999, p.176).

⁸⁶⁶ Gli enti pubblici di ricerca dovrebbero essere gli unici soggetti a poter utilizzare sia i contratti di formazione e lavoro sia il contratto di inserimento: il che non appare razionale considerato, tra l'altro, che il secondo viene presentato come l'erede del primo (anche se su questo aspetto andrebbe svolta una puntuale analisi).

⁸⁶⁷ La metafora che paragona il d.lgs. n.276/03 al <<rustico di una casa in attesa delle opere di rifinitura>> è utilizzata da Romagnoli 2004, spec. p.7.

⁸⁶⁸ Senza peraltro dimenticare gli interrogativi sulla legittimità costituzionale della nuova normativa in materia di apprendistato per violazione delle competenze riconosciute alle Regioni dall'art.117 Cost.

⁸⁶⁹ È solo un primo passo quello compiuto, seguendo le linee tracciate dall'art.86, c.13, con l'accordo interconfederale per la disciplina transitoria per i contratti di inserimento siglato l'11 febbraio 2004 da CGIL, CISL, UIL e da 22 associazioni datoriali.

interesse per i contratti di formazione e lavoro⁸⁷⁰; tra le cause che hanno condotto a deludere le aspettative di «ampio successo, come utile strumento di valutazione prolungata delle reali capacità e attitudini dei lavoratori, in vista del possibile inserimento a tempo indeterminato», viene indicata la difficoltà del percorso attuativo: approvazione del progetto, reperimento del finanziamento, attivazione di una ordinaria procedura di selezione pubblica⁸⁷¹.

3.3. Le esclusioni

Nel paragrafo precedente si sono già richiamati alcuni degli istituti oggetto del processo riformatore e/o innovatore unicamente con riguardo al lavoro privato, valutando la ragionevolezza o meno dell'esclusione del lavoro pubblico, anche alla luce dei preannunciati interventi di "armonizzazione". Per altri, in particolare le nuove tipologie di lavoro flessibile quali il lavoro intermittente (artt.33-40), il lavoro ripartito (artt.41-45), il lavoro accessorio (artt.70-74), si rinvia alle osservazioni svolte *retro* (nei paragrafi 2.1, 2.2 e 2.3), in base alle quali si può ritenere ragionevole l'esclusione delle pubbliche amministrazioni dalla possibilità di utilizzare tali contratti: non sembra infatti che la loro introduzione possa essere ricondotta alla finalità di «realizzare la migliore utilizzazione delle risorse umane (...) curando la formazione e lo sviluppo professionale dei dipendenti» indicata dall'art.1, c.1, lett.c) del d.lgs.n.165/2001⁸⁷².

Appare "ragionevole" anche l'esclusione dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni dall'applicazione dell'istituto della certificazione, rispetto al quale peraltro il legislatore delegato non aveva alcuna possibilità di scelta, essendo espressamente "prescritta" dalla legge delega (art.5, l.n.30/03).

La complessità del tema e della disciplina impedisce qualsiasi considerazione sintetica⁸⁷³, ma anche in questo caso non sembrano del tutto condivisibili le critiche rivolte dalla dottrina a siffatta esclusione⁸⁷⁴, quanto meno in termini di automaticità. Infatti, nonostante l'affidamento delle controversie di lavoro pubblico alla competenza del giudice del lavoro, le regole per la soluzione giudiziale e stragiudiziale delle controversie introdotte dal d.lgs. n. 80/1998 conservano tutt'ora alcune non irrilevanti peculiarità di cui si dovrebbe comunque tener conto. Occorre altresì tener presente il fatto che nel lavoro pubblico la regolamentazione formale del contratto ha la prevalenza sull'assetto fattuale del rapporto⁸⁷⁵. Si tratta di una differenza importante anche con ri-

⁸⁷⁰ Nell'anno 2001 i contratti di formazione e lavoro hanno rappresentato lo 0.33% del totale del ricorso alle forme contrattuali flessibili nelle P.A., con "punte" pari allo 0.85% negli enti pubblici di ricerca (compresi ricercatori e tecnologici) e al 9.89% negli enti pubblici non economici (compresi professionisti e medici): v. i dati che emergono dalla più volte citata ricerca promossa dall'ARAN in *Arannewsletter* 2003, n. 5, p.IV dell'inserto e *passim* per altri dati di carattere comparativo.

⁸⁷¹ *Ibidem*, p. VIII e p.XX, nota 8. Si segnalano altresì i limiti alla conversione dei contratti di formazione e lavoro, con proroga dei rapporti posti in essere, stabiliti dalla l.n.289/2002 (art.34, c.18) nonché dall'art.3, c.63, della legge finanziaria per il 2004.

⁸⁷² Sembrano infatti soprattutto volti ad incrementare l'occupazione, anche favorendo l'emersione del lavoro nero, con modelli di lavoro precario che non mirano a migliorare la qualità del lavoro. Si tratta inoltre di discipline, in buona parte a carattere sperimentale, assai poco compatibili con la configurazione del lavoro pubblico. In questo senso v. anche Zoppioli 2003.

⁸⁷³ Si rinvia al commento di ??? in questo Commentario e *ivi* i riferimenti bibliografici.

⁸⁷⁴ Manifestano perplessità: Mainardi 2004; De Angelis 2003, p.243; Miscione 2002, p.110. Secondo Zoli 2004 la mancata estensione «appare irragionevole».

⁸⁷⁵ V. in particolare Chieco 2003.

guardo alla certificazione, poiché gli elementi di certezza che questa vuole introdurre, dando rilievo alla volontà espressa nelle sedi all'uopo deputate, cedono quando il regolamento formale non corrisponde a quello sostanziale: la importante funzione di garanzia che questo principio, che trova sostegno nella giurisprudenza costituzionale, svolge nell'applicazione dell'istituto, non potrebbe operare per il lavoro pubblico.

Più problematica è l'esclusione delle pubbliche amministrazioni dalle innovazioni introdotte alla disciplina del rapporto a tempo parziale, anch'essa espressamente richiesta dalla legge delega (art.3, l.n.30/03).

Innanzitutto per quanto concerne la tecnica legislativa: poiché la riforma si presenta come una novella al testo del d.lgs. n.61/2000, questo finisce per configurarsi ora come un mostro con una testa e due corpi regolativi, l'uno, il vecchio, valido per il lavoro pubblico, l'altro, il nuovo, valido per il lavoro privato⁸⁷⁶. È una situazione analoga a quella che si determina per l'art.2112 cod.civ., con l'aggravante che la disciplina del lavoro a tempo parziale si interseca anche con la nuova regolazione dell'orario di lavoro, disposta dal d.lgs. n. 66/2003 le cui norme si applicano anche al lavoro pubblico⁸⁷⁷.

In secondo luogo, è stato considerato un errore escludere le pubbliche amministrazioni dalle "nuove flessibilità" nella gestione della prestazione lavorativa a tempo parziale che la riforma offre ai datori di lavoro⁸⁷⁸. Questa opinione non è però del tutto condivisibile, o quanto meno richiede una più attenta considerazione delle peculiari caratteristiche che la disciplina del *part time* ha assunto nel lavoro pubblico, non solo a seguito delle normative di fonte contrattuale, ma anche per precisa scelta del legislatore, che ha fatto espressamente salve alcune regole eteronome specificamente volte a disciplinare il *part time* nel settore pubblico (art.10, d.lgs.61/2000). Senza qui entrare nel merito dell'analisi di questa "specificità" e della sua valutazione, è indubbio che nel settore pubblico il *part time* è disciplinato avendo riguardo soprattutto all'interesse dei lavoratori: il datore di lavoro non può negare la conversione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale e non è stato "autorizzato" dalla contrattazione collettiva ad utilizzare le c.d. clausole elastiche (art.2, d.lgs. n. 61/00)⁸⁷⁹. Se nonostante questa normativa di favore il *part time* non ha avuto quella diffusione che veniva auspicata⁸⁸⁰ ai fini della riduzione del costo del lavoro, anche sotto il profilo del controllo del fenomeno del doppio lavoro occulto, è assai improbabile che il raggiungimento di un siffatto obiettivo, di interesse generale, possa essere facilitato dall'estensione delle nuove regole, volte a favorire il datore di lavoro.

⁸⁷⁶ Del Punta 2004b osserva come «il d.lgs. n.61 del 2000 somiglierebbe, d'ora in avanti, ad un orrendo *monstrum* con due testis, uno proveniente dal passato, che sopravviverebbe sia pure in un ambito di applicazione più ristretto (di modo che, piuttosto che di "abrogazione" delle norme toccate, è più corretto parlare di inapplicabilità delle medesime al campo del lavoro privato) ed uno inerente al presente». Prospetta pertanto una interessante soluzione interpretativa, prendendo come riferimento la strada percorsa dal legislatore delegato per la fornitura di lavoro temporaneo; non sembra però che si possa superare l'ostacolo rappresentato dall'espresso diniego contenuto nell'art.3 della legge delega (che non c'è per la somministrazione). Per una analisi puntuale dei problemi che sorgono sul piano ermeneutico v. altresì Zoli 2004.

⁸⁷⁷ Per i collegamenti tra le due discipline v. Del Punta 2004b; con particolare riferimento al lavoro pubblico v. Brollo 2004, p.168 ss.

⁸⁷⁸ V. in particolare Mainardi 2004, che affianca questa critica di politica del diritto a quella sotto il profilo della tecnica legislativa.

⁸⁷⁹ V. al riguardo Del Punta 2004b, Zoli 2004, Mainardi 2004 e *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici.

⁸⁸⁰ Vedi i dati riportati dalla più volte citata ricerca promossa dall'Aran.

Un altro aspetto significativo di differenza emerge leggendo le finalità della riforma dell'istituto, indicate nell'art.3 della legge delega: il Governo è chiamato a emanare <<norme per promuovere il ricorso a prestazioni di lavoro a tempo parziale, quale tipologia contrattuale idonea a favorire l'incremento del tasso di occupazione e, in particolare, del tasso di partecipazione delle donne, dei giovani e di lavoratori con età superiore ai 55 anni>>. È dubbio che una tale finalità possa essere condivisa dalle pubbliche amministrazioni.

Pertanto, è opportuno concentrare l'attenzione su possibili interventi di riforma, legislativa e contrattuale, anche utilizzando la possibilità offerta dall'art.2, c.2, seconda parte del d.lgs.165/01⁸⁸¹, al fine di superare alcune rigidità e "distorsioni" presenti nella disciplina vigente, e di rendere il *part time* uno strumento che consenta al datore di lavoro pubblico una più efficiente utilizzazione delle risorse umane⁸⁸².

Con un approccio sostanzialmente analogo andrebbe considerata anche la questione dell'esclusione delle pubbliche amministrazioni dalla introduzione del lavoro a progetto in sostituzione dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa (disciplinato nel Titolo VII, Capo I), particolarmente criticata dalla dottrina e oggetto di interpretazioni tendenti a superare l'esclusione⁸⁸³. A ben vedere le critiche non sempre tengono in adeguata considerazione la differenza tra la prassi e la regola.

Infatti, è indubbio che nella prassi applicativa assai spesso, soprattutto in alcuni comparti⁸⁸⁴, l'utilizzo di forme di lavoro autonomo assimilabili alle c.d. "co.co.co" raggiunge dimensioni significative, anche per aggirare i limiti all'assunzione di personale, e talvolta persegue finalità *lato sensu* clientelari o comunque poco trasparenti. Ma non si tratta di un uso distorto dei medesimi rapporti di collaborazione coordinata e continuativa operanti nel settore privato, per reprimere il quale si ritiene auspicabile l'estensione delle norme sul lavoro a progetto nella misura in cui sono finalizzate sia a reprimere gli abusi sia a fornire di qualche tutela tali lavoratori. Si tratta invece della violazione di una precisa disposizione del d.lgs. n.165/01 che subordina l'utilizzo di collaborazioni di lavoro autonomo a precise condizioni e modalità contrattuali: <<Per esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, le amministrazioni pubbliche possono conferire incarichi individuali ad esperti di provata competenza, determinando preventivamente durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione>> (art.7, c.6)⁸⁸⁵. Pertanto una mera estensione della disciplina del lavoro a progetto potrebbe rappresentare un avallo di queste prassi distorte, legittimando l'attivazione di tali rapporti per professionalità di livello non elevato, per lavori di tipo esecutivo, per prestazioni il cui confine con il lavoro subordinato è assai sfumato, per una scelta discrezionale e sovente clientelare dei destinatari del contratto. Per contro anche in questo caso sarebbe opportuno un intervento specifico, volto ad una regolamentazione più attenta ad evitare gli abusi, ma anche ad assicurare a tali lavoratori alcune essenziali tutele e garanzie⁸⁸⁶.

⁸⁸¹ Operando con riferimento a quella parte del d.lgs. n. 61/00 che è applicabile al solo lavoro pubblico.

⁸⁸² In questa ottica anche Zoppoli 2003, per il quale è più saggio, anche al fine di incrementare comunque i *part timers* nelle P.A., conservare la previgente disciplina, lasciando alla contrattazione collettiva la possibilità di derogarvi.

⁸⁸³ Per quest'ultimo aspetto v. Scarpelli 2003.

⁸⁸⁴ Quali in particolare gli Enti locali e l'Università, dove sono nella massima parte concentrati (v. i dati della ricerca Aran).

⁸⁸⁵ Sottolineano le peculiarità di questa disciplina propria del lavoro pubblico Zoppoli 2003 e Zoli 2004, a cui si rinvia per una approfondita analisi di tale aspetto.

⁸⁸⁶ Trattandosi di lavoro autonomo non si può utilizzare la fonte contrattuale; si noti che alcune Università hanno già provveduto in tal senso con normative di fonte regolamentare.

Dall'analisi sin qui condotta sembra dunque che leggendo, per questo aspetto, il d.lgs. n.276 facendo riferimento alle norme generali dell'ordinamento del lavoro pubblico, si possano trarre indicazioni utili a risolvere alcuni dei nodi interpretativi, anche con riguardo alla legittimità costituzionale, e a individuare le linee degli interventi di modifica e integrazione necessari a rendere più coerente il sistema normativo, garantendo il rispetto dei principi fondanti il diritto comune del lavoro pubblico e privato.

4. Riferimenti Bibliografici

BELLAVISTA A. (2003), *Alcune osservazioni sulla legge n.30/2003*, in LG, p. 705 ss.

BONARDI O. (2001), *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Milano: F. Angeli.

BORDOGNA (2002), *Contrattazione integrativa e gestione del personale nelle pubbliche amministrazioni*, Milano: F. Angeli.

BROLLO M. (2004), *Lavoro a tempo parziale*, in *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n.276*, coordinato da F. Carinci, vol. III, *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, a cura di M. Brolo, M.G. Mattarolo e L. Meneghini, Milano: Ipsoa, p.121 ss.

CARINCI F. (2001), *La dirigenza nelle amministrazioni dello stato ex capo 11, titolo II, d.lgs. 29 del 1993 (il modello universale)*, ADL, (1), p. 50 ss.

CARINCI F. (2004), *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, Introduzione, in *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n.276*, coordinato da F. Carinci, vol. I, *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, a cura di M. Miscione e M. Ricci, Milano: Ipsoa, XXIX ss.

CARINCI M.T. (2000), *La fornitura di lavoro altrui*, in *Il Codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano: Giuffré

CARINCI M.T. (2003), *La legge delega ed il sistema delle fonti*, in *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, a cura di M.T. Carinci, Milano: Ipsoa, p. 3 ss.

CARINCI M.T. (2004), *La somministrazione di lavoro altrui*, in *Commentario al D.lgs. 10 settembre 2003, n.276*, coordinato da F. Carinci, vol.II, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, a cura di M.T. Carinci e C. Cester, Milano: Ipsoa, p.5 ss.

CARUSO B. (2001), *La storia interna della riforma del P.I.; dall'illuminismo del progetto alla contaminazione della prassi*, LPA, p.973 ss.

CHIECO P. (2003), *I contratti flessibili" della P.A. e l'inapplicabilità della sanzione "ordinaria" della conversione: note critiche a margine della sentenza n.89/2003 della Corte Costituzionale*, LPA, p. 489 ss.

CHIECO P. (2004), *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, a cura di P. Curzio, Bari: Cacucci, p.91 ss.

CORPACI A. (1999), *Commento all'art.1, commi 1° e 2°*, in in A. Corpaci, M. Rusciano, L. Zoppoli, *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e nel processo nelle amministrazioni pubbliche*, NLCC, (5-6), p.1051 ss.

- CURZIO P. (2004), *Introduzione in Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, a cura di P. Curzio, Bari: Cacucci, p.11 ss.
- D'ANTONA M. (1999), *Contratto collettivo, sindacati e processo del lavoro dopo la "seconda privatizzazione" del pubblico impiego (osservazioni sui d.lgs. n.396 del 1997, n.80 del 1998 e n.387 del 1998)*, FI, I, 621, ora in M. D'Antona, *Opere*, a cura di B. Caruso e S. Sciarra, Milano: Giuffrè, vol.IV, p.277 ss.
- D'ANTONA M., MATTEINI P., TALAMO V. (2001), a cura di, *Riforma del lavoro pubblico e riforma della pubblica amministrazione (1997-1998). I lavori preparatori ai decreti legislativi n.396 del 1997, n.80 del 1998 e n.387 del 1998*, Milano: Giuffrè.
- DE ANGELIS L. (2003), *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, a cura di M.T. Carinci, Milano: Ipsoa, p.234 ss.
- DELFINO M. e LUCIANI V. (1999), *Rapporti "flessibili" di lavoro pubblico e contrattazione collettiva. Sull'immediata applicabilità delle tipologie dell'art.36 d.lgs. n.29/1993*, LPA, p.171 ss.
- DEL PUNTA R. (2004a), *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Milano: Ipsoa, p.161 ss.
- DEL PUNTA R. (2004b), *Il lavoro a tempo parziale* in Commentario al d.lgs.276/2003, a cura di Pedrazzoli, Torino: Utet.
- ELIA G. (2000), *L'interpretazione conforme a Costituzione nella delegazione legislativa*, in *Giur.cost.*, V, c.3246.
- ESPOSITO M. (2003), *Note critiche sulla fornitura di lavoro temporaneo nelle amministrazioni pubbliche*, in *Arannewsletter*, (1), p.61 ss.
- FAMIGLIETTI G. (2003), *Delegazione legislativa e Corte costituzionale*, in *Le deleghe legislative. Riflessioni sulla recente esperienza normativa e giurisprudenziale*, a cura di P. Caretti e A. Ruggeri, Atti del convegno di Pisa, 11 giugno 2002, Milano: Giuffrè, p.185 ss.
- FERRARO G. (2004), *Tipologie di lavoro flessibile*, Torino: Giappichelli.
- GRAGNOLI E. (2003), *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, in *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, a cura di M.T. Carinci, Milano: Ipsoa, p.245 ss.
- LISO F. (2000), *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario* diretto da F. Carinci e M. D'Antona, 2° ed., tomo I, p.177 ss.
- LUPO N. (2001), *Verso una motivazione delle leggi? A proposito del primo rinvio di Ciampi*, *Qcost.*, (2), p.362 ss.
- MAINARDI S. e SALOMONE R. (2004), *L'esclusione dell'impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Le competenze di regioni a statuto speciale e province autonome*, in *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n.276*, coordinato da F. Carinci, vol. I, *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, a cura di M. Miscione e M. Ricci, Milano: Ipsoa, p.34 ss.
- MARIUCCI L. (2003), *Le fonti del diritto del lavoro. Quindici anni dopo*, Torino: Giappichelli.
- MATTEINI P. (2000), *Interinale: uno dei tanti aspetti della flessibilità*, in *Arannewsletter*, (3), p.2 ss.

- MATTEINI P. (2003), *I perché di una ricerca sull'interinale*, in *Arannewsletter*, 2003 (1), p.4 ss.
- MISCIONE M. (2002), *L'esclusione del pubblico impiego dalla delega*, in *Il diritto del lavoro da "Libro Bianco" al Disegno di legge delega*, a cura di F. Carinci e Miscione, Milano: Ipsoa, p.110.
- MONACO M.P. (2004), *Il distacco del lavoratore*, in *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n.276*, coordinato da F. Carinci, vol. II, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, a cura di M.T. Carinci e C. Cester, Milano: Ipsoa, p. 204 ss.
- ORSI BATTAGLINI A. e CORPACI A. (1999), *Commento all'art.2, comma 1°, e all'art.4, commi 1° e 4°* in A. Corpaci, M. Rusciano, L. Zoppoli, *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e nel processo nelle amministrazioni pubbliche*, NLCC, (5-6), pp.1064 ss. e 1096 ss.
- POTI U. 2002 (a cura di), *Lavoro pubblico e flessibilità*, Soneria Mannelli: Rubbettino.
- ROMAGNOLI U. (2004), *Radiografia di una riforma*, Bologna: Libreria Bonomo ed.
- RUSCIANO M. (1999), *Profili ricostruttivi dell'affitto di manodopera*, DML, p.81 ss.
- RUSCIANO M., ZOPPOLI L. (1999), *Commento all'art.2, commi 2° e 3°*, in A. Corpaci, M. Rusciano, L. Zoppoli, *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e nel processo nelle amministrazioni pubbliche*, NLCC, (5-6), p.1071 ss.
- SANTUCCI R. (2003), *Contrattazione collettiva e lavori flessibili nelle pubbliche amministrazioni*, DRI, p.93 ss.
- SCARPELLI F. (2003), *Il decreto di attuazione della legge n.30/2003: un approccio critico*, in *Note Informative*, n.27/28.
- SERRA C. (2003), *Il ruolo della autonomia collettiva*, in *La riforma Biagi. Commentario allo schema di decreto attuativo della legge delega sul mercato del lavoro*, a cura di M. Tiraboschi, *Guida al lavoro*, n. 4, p.16 ss.
- SPEZIALE V. (2000), *La deroga della legge, del regolamento e dello statuto da parte del contratto collettivo*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario* diretto da F. Carinci e M. D'Antona, 2° ed., tomo I, p.257 ss.
- SPEZIALE V. (2004), *Commento al Titolo VIII*, in *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n.276*, coordinato da F. Carinci, vol. IV, *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali, certificazione dei rapporti di lavoro* a cura di P. Bellocci, F. Lunardon e V. Speciale, Milano: Ipsoa, p.140 ss.
- TARLI BARBIERI G. (2003), *La grande espansione della delegazione legislativa nel più recente periodo*, in *Le deleghe legislative. Riflessioni sulla recente esperienza normativa e giurisprudenziale*, a cura di P. Caretti e A. Ruggeri, *Atti del convegno di Pisa, 11 giugno 2002*, Milano: Giuffrè, p.47 ss.
- TIRABOSCHI M. (2003a), *L'attuazione della legge n.30/2003: considerazioni introduttive*, in *La riforma Biagi. Commentario allo schema di decreto attuativo della legge delega sul mercato del lavoro*, a cura di M. Tiraboschi, *Guida al lavoro*, n. 4, p.6 ss.
- TIRABOSCHI M. (2003b), *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, in *La riforma Biagi. Commentario allo schema di decreto attuativo della legge delega sul mercato del lavoro*, a cura di M. Tiraboschi, *Guida al lavoro*, n. 4, p.66 ss

TIRABOSCHI M. (2004), *Il Decreto legislativo 10 settembre 2003, n.276: alcune premesse e un percorso di lettura* in ID. (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Milano: Giuffrè, p. 3 ss.

VALLAURI M.L. (2004), *Abrogazioni e Norme transitorie e finali*, in *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n.276*, coordinato da F. Carinci, vol. IV, *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali, certificazione dei rapporti di lavoro* a cura di P. Bellocchi, F. Lunardon e V. Speciale, Milano: Ipsoa, p.248 ss.

VALLEBONA A. (2003), *Introduzione alla riforma dei lavori*, in MGL, n.12, p. 906 ss.

ZOLI C. (2004), *Commento all'art.1*, in *Commentario al d.lgs.276/2003*, a cura di Pedrazzoli, Torino: Utet.

ZOPPOLI L. (2002), *La ricerca di un nuovo equilibrio tra contrattazione nazionale e contrattazione integrativa*, Relazione al Convegno di Roma, 26 settembre 2002, in *Arannewsletter*, n.3.

ZOPPOLI L. (2003), *Nuovi lavoro e pubbliche amministrazioni (ovvero Beowulf versus Grendel, atto II)*, Intervento al Convegno *Sviluppo e occupazione nel mercato globale*, Napoli, 4-5 dicembre 2003.