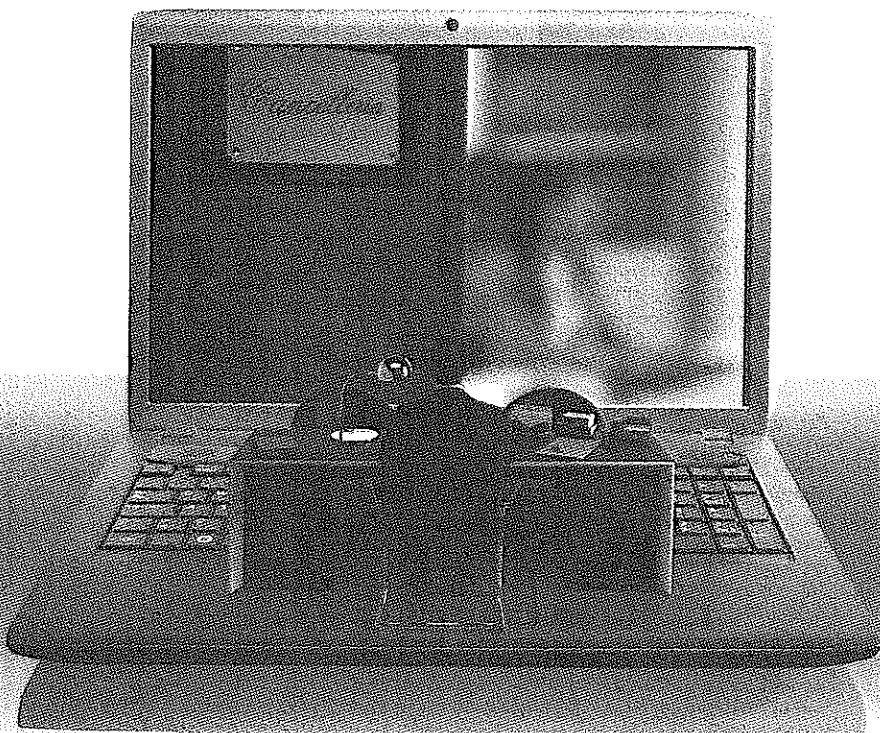


Il modo più semplice  
per accedere alla Cancelleria.



Dal 30/6/2014 il Processo Civile Telematico diventa obbligatorio.

Per maggiori informazioni guarda i video su [processotelematico.clients.it](http://processotelematico.clients.it)  
o contatta il tuo Agente Giuffrè di fiducia.

**LEGGE, CONTRATTO COLLETTIVO E AUTONOMIA  
INDIVIDUALE: LINEE PER UNA RIFLESSIONE  
SISTEMATICA VENT'ANNI DOPO  
LA "PRIVATIZZAZIONE" (1)**

DI LORENZO ZOPPOLI

SOMMARIO: 1. I vent'anni di una "grande riforma": dileguamento in atto? — 2. I tempi di maturazione originaria. — 3. Il mutevole rapporto tra legge e contrattazione collettiva. — 4. Le cause esogene della ripresa di "unilateralismo" regolativo. — 5. Il ruolo della legge oggi. — 6. Le forzature legislative e giurisprudenziali nella configurazione del contratto collettivo per il lavoro pubblico. — 7. Significato e funzione del contratto individuale nell'assetto originario della riforma. — 8. Gli sviluppi più recenti. Dal contratto al "contrattualismo": i limiti invalicabili dello status costituzionale del dipendente pubblico.

1. *I vent'anni di una "grande riforma": dileguamento in atto?*

Ormai sta diventando una sorta di vezzo (o di condanna) "festeggiare" i decenni delle grandi riforme. Avervi avuto un qualche ruolo — anche piccolo e piccolissimo, come nel mio caso (2) — impegna dunque non solo a partecipare alla festa — che è la parte sicuramente più agevole e persino piacevole — ma anche, almeno per chi ha ricevuto

(1) Lo scritto, arricchito e corredato di note, trae spunto da una relazione svolta il 30 maggio 2013 ad un ciclo di seminari su "Il lavoro pubblico venti anni dopo la riforma", organizzato da Antonio Viscomi nell'Università di Catanzaro Magna Graecia. I contributi sono in corso di pubblicazione nel volume *La lunga transizione. Lavoro e organizzazione nelle pubbliche amministrazioni*, curato sempre da Viscomi.

(2) In quanto componente delle Commissioni che — nel 1993, 1997/98 e 1999/2000 — coadiuvarono i Ministri in carica — rispettivamente, Sabino Cassese, Franco Bassanini e Angelo Piazza (ho raccontato questa storia soprattutto nello scritto *Alla ricerca della razionalità sistematica della riforma del pubblico impiego: considerazioni su un "testo unico che non c'è"*, in questa Rivista, 2001, suppl. fasc. 2, 107 ss.).

I una "buona educazione", a cercare un regalo adeguato. Io non so se il regalo l'ho trovato. Però la confezione sì: ed è l'involucro della "grande riforma", un format ormai tanto desiderato quanto in disuso. Questo involucro, lo confesso subito, non l'ho comprato *ex novo*; l'ho ritrovato tra le mie "cose" un po' demode', ma non per questo di minor valore. Anzi. E allora ne approfitto e prendo a parlare della festeggiata — la "privatizzazione" del lavoro con le pubbliche amministrazioni, nata circa vent'anni fa — come di una "grande riforma", di quelle che tutti ancora vorrebbero fare ogni anno ma che, purtroppo, finito l'effetto annuncio, si dileguano come neve al sole. Oggi, purtroppo, occorre soprattutto analizzare se anche quella grande riforma si sia ormai dileguata.

## 2. I tempi di maturazione originaria.

Dunque la "privatizzazione" prese qualche tempo per delinearsi, per l'esattezza circa cinque anni, compresi tra il 1992-1993 e il 1997-98: e sto parlando solo della sua formulazione legislativa, fatta, come si sa, di un paio di leggi delega e di cinque/sei decreti legislativi (3). Ma non c'è da stupirsi ove se ne abbia presente ampiezza e incisività. Nessuno può infatti pensare, ieri come oggi, di riformare il lavoro nell'intero apparato amministrativo pubblico svegliandosi un mattino — magari con una nuova divisa/identità (ad esempio quella di parlamentare o Ministro) — e dettando nuove regole a un'intendenza pronta ad eseguirle. Le grandi riforme richiedono pazienza e consenso diffuso, altrimenti nemmeno nascono. Poi certo richiedono una serie di circostanze meno soggettive, quali sintonia con dinamiche strutturali — cioè sociali, economiche e culturali — e sufficienti raccordi con risorse da investire o, in tempi più recenti, da risparmiare. La "privatizzazione" di cui si parla trovò agli inizi degli anni '90 dello scorso secolo tutte queste congiunture favorevoli. Chi la scrisse e la promulgò ebbe "solo" il merito di capire che occorreva mantenere la direzione di marcia per un tempo non irrisorio: e cinque anni sono addirittura troppi per partorire un quadro regolativo innovativo e coerente finché si vuole, ma tutto da tradurre in comportamenti conseguenti. Il compito dello studioso è però innanzitutto quello di mettere in ordine gli eventi. Quella "grande riforma" nacque così e non credo che accelerate avrebbero giovato (troppi nei cinque anni hanno lavorato a com-

(3) La c.d. "prima privatizzazione" è stata avviata infatti con la n. 421/1992 a cui ha fatto seguito il d.lgs. 29/93, con i d.lgs. correttivi 247/93 e 470/93. La "seconda privatizzazione", invece, è stata avviata con la l. 59/1997 a cui hanno fatto seguito i decreti legislativi n. 396/1997, 80/1998, 387/1998.

I pletarla, limarla, rifinirla, a cominciare dalla Corte Costituzionale, che su di essa si pronunciò un paio di volte tra il '96-'97 con sentenze tuttora fondamentali (4)). Oggi di quella trama faticosamente emersa — e assestata solo alcuni anni dopo, con il d.lgs. 165/01 — possiamo valutare la tenuta e, insieme, analizzare l'emersione di condizioni, spinte e progetti volte a modificarne profondamente i capisaldi. Io proverò a farlo per alcuni suoi aspetti prevalentemente legati al rapporto tra la regolamentazione mediante legge e quella mediante contratti collettivi e individuali.

## 3. Il mutevole rapporto tra legge e contrattazione collettiva.

Il carattere di una grande riforma sul piano legislativo si misura innanzitutto con riguardo al suo rapporto con principi ed equilibri costituzionali. La "privatizzazione" del lavoro pubblico parte dal cuore dell'art. 97 Cost. e non lo lascia indenne. Dopo vent'anni infatti si può dire con serenità che il significato della norma costituzionale è profondamente mutato: soprattutto, anche se non esclusivamente, grazie al nuovo lavoro pubblico, l'art. 97 viene ormai pacificamente letto con mille cautele, senza in alcun modo enfatizzare il ruolo della legge né nella disciplina del lavoro pubblico né nel garantire imparzialità e buon andamento delle pubbliche amministrazioni (5). Questo non vuol dire che si possa negare un ruolo significativo alle disposizioni di legge in materia; ma al legislatore depositario dell'interesse pubblico nessuno più è disposto credere. La chiave di volta per inoculare buon andamento — inteso come efficienza ed efficacia dell'operato amministrativo — e imparzialità — intesa come trasparenza e correttezza del *modus operandi* nelle amministrazioni — è assai più complessa e passa attraverso: risorse congrue e ben ripartite, organizzazioni adeguate, politiche ben configurate seguite da indirizzi concreti e conseguenti, capacità manageriali, competenze professionali, controlli non mera-

(4) Il riferimento è alle sentenze della Corte Costituzionale n. 313/1996 e n. 309/1997.

(5) Non a caso il buon andamento e l'imparzialità hanno nel risultato a cui approda l'organizzazione il loro principale strumento di verifica. Il ruolo cruciale del risultato, pur con tutte le sue difficoltà, è messo in evidenza da CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2002, 107 ss.; CASSESE, *Che cosa vuol dire "amministrazione di risultati"?*, in *GDA*, 2004, 941 ss.; IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *RDP*, 2005, 1 ss.; SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Giappichelli, 2005.

I mente formali, assegnazione di obiettivi seri e sfidanti, valutazione del personale e delle strutture, rispetto dei cittadini utenti <sup>(6)</sup>.

Per vari anni è poi stato abbastanza chiaro che la legge può predisporre solo una cornice assai generale per far operare questo insieme di principi e strumenti, ai quali è più congeniale un sistema regolativo delegificato <sup>(7)</sup>. Sotto questo aspetto la privatizzazione degli anni '90 raccoglie l'eredità degli anni '80, prima mantenendo un sistema molto accentrato e poi incrociando sempre di più delegificazione e riassetto degli apparati pubblici in chiave neo-regionalista/federalista. Lungo questo percorso la rivisitazione dell'art. 97 incontra un'altra norma costituzionale sottoposta a rivisitazione anche più incisiva come l'art. 117, fortemente e formalmente rivisto nel 2001 (stavolta con legge costituzionale), e in grado di potenziare enormemente le articolazioni

<sup>(6)</sup> Quanto detto rende imprescindibile il ricorso alla valutazione sia del personale sia del risultato finale: un tema di rilevanza cruciale per le moderne amministrazioni, rispetto al quale proprio gli sviluppi degli ultimi anni hanno portato all'attenzione più i problemi che le soluzioni. Certo, non sono mancate esperienze positive e, anzi, sono proprio queste che rafforzano l'opinione di quanti imputano le inerzie dei circuiti di valutazione ad una politica poco interessata al loro reale funzionamento. Sul punto v. le considerazioni già espresse in Zoppoli L., *La valutazione delle prestazioni della dirigenza pubblica: nuovi scenari, vecchi problemi, percorsi di "apprendimento istituzionale"*, in *Studi in onore di Edoardo Ghèra*, Cacucci, 2008, p. 1389 ss. Al riguardo la bibliografia si va arricchendo in modo esponenziale: v., almeno, ALES, *La corretta definizione degli elementi contenutistici del provvedimento di incarico quale presupposto legittimante della valutazione della "prestazione dirigenziale" nelle pubbliche amministrazioni: teoria e prassi a confronto nell'esperienza italiana e comparata*, in *I sistemi di valutazione della dirigenza nelle pubbliche amministrazioni dello Stato*, a cura della LUISS, Methis, 2005; BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, in *DLRI*, 2010, 88 ss.; BOSCATI, *Il dirigente dello Stato. Contratto di lavoro e organizzazione*, Giuffrè, 2006; CARINCI F., MAINARDI (a cura di), *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni. Dal modello unico ministeriale ai modelli caratterizzanti le diverse amministrazioni. Dal modello unico ministeriale ai modelli caratterizzanti le diverse amministrazioni*, Giuffrè, 2005; MONDA, *Obbligazione lavorativa e « performance » individuale del dipendente pubblico*, in *RIDL*, 669 ss.; MONDA, *La determinazione della "performance" individuale del dipendente pubblico*, in *DLM*, 2013, p. 355 ss.; SANTUCCI, *Mario Rusciano e il pubblico impiego*, in *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore*, Giappichelli, 2013, p. 9 ss.; SPINELLI, *Il datore di lavoro pubblico. Autonomia organizzativa e poteri del dirigente*, Cacucci, 2012; ZOPPOLI A., *Dirigente (privato e pubblico)*, in *ED*, *Annali V*, 2012; RUSCIANO, *A due anni dalla cd. riforma Brunetta*, in *DLM*, 2011, 188 ss.

<sup>(7)</sup> V. ZOPPOLI L., *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, in *Id.* (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, 2011, 15.

periferiche del sistema di regolazione e allocazione delle risorse per il lavoro pubblico <sup>(8)</sup>. L'innesco di un circolo virtuoso su questo vasto fronte, necessario in massimo grado, avrebbe richiesto un'improvvisa impennata del senso di responsabilità di tutti gli attori interessati ai vari livelli: politici, alte burocrazie, sindacati, cittadini utenti e cittadini elettori. Ciò non avvenne e anzi mentre pressioni politico-finanziarie, specie sovranazionali, richiedevano uno stringente controllo della spesa pubblica, appariva sempre più difficile coniugare il policentrismo dei poteri politico-istituzionali con un utilizzo razionale ed efficace delle risorse pubbliche. Per cui dal 2009 si è assistito ad una sorta di retromarcia generale verso un riaccostamento di tutte le fonti di regolazione e allocazione delle risorse pubbliche, tra l'altro a Costituzione invariata (almeno fino al 2012, quando con la legge costituzionale n. 1, si sono modificati gli artt. 81 e 97). In questo scenario le difficoltà della delegificazione del lavoro pubblico hanno fatto premio sulla perdurante inutilità di affidarsi alla legge per promuovere buon andamento ed imparzialità. E si è pensato a robusti interventi di manipolazione del tessuto normativo da cui era originata la privatizzazione stessa. Sia il d.lgs. 150/09 sia il congelamento della contrattazione collettiva <sup>(9)</sup> vengono giustificate con la necessità di rilanciare gli obiettivi della "privatizzazione" attraverso una più stringente disciplina legislativa, quindi con un rilancio del ruolo della legge nel sistema delle fonti del lavoro pubblico <sup>(10)</sup>. Se così fosse, occorre-

<sup>(8)</sup> Per una recente ricostruzione delle questioni problematiche v. TROISI, *Le fonti del Diritto del lavoro tra Stato e Regione*, Giappichelli, 2012.

<sup>(9)</sup> V. art. 9 del d.l. 31 maggio 2010 n. 78, conv. con l. 30 luglio 2010 n. 122, in base al quale "non si dà luogo alle procedure ... negoziali" per gli anni 2010/2012 salva l'erogazione dell'indennità di vacanza contrattuale; poi seguito dal DPR 4 settembre 2013 n. 122 adottato ex art. 16 c. 1 del d.l. 6 luglio 2011 n. 98 conv. con l. 15 luglio 2011 n. 111, e dall'art. 1 c. 453 della l. 147/2013, che hanno prorogato il blocco delle procedure negoziali fino a tutto il 2014 "per la parte economica". Le ultime disposizioni hanno anche bloccato "senza possibilità di recupero" l'indennità di vacanza contrattuale per gli anni 2013 e 2014 e fino a quando non sarà dovuta quella "relativa al triennio contrattuale 2015/2017". Per un ulteriore approfondimento v. ALAIMO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e "blocchi": dalla "riforma brunetta" alla "manovra finanziaria"*, in questa Rivista, 2010, p. 287 ss.; ZOPPOLI L., *La riforma Brunetta due anni dopo: relazioni sindacali, dirigenza e valutazione*, in *Id.* (a cura di), *Ideologia e tecnica*, cit., 449.

<sup>(10)</sup> Il ritorno al centralismo legislativo nella disciplina del lavoro pubblico è stato evidenziato da molti. Per tutti v. D'ALESSIO, *Le fonti del rapporto di lavoro pubblico*, in PIZZETTI, RUGHETTI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico*, EDK editore, 2010; GARILLI, *Dove va il pubblico impiego?*, in GARILLI, NAPOLI (a cura

I rebbe dire che la scelta iniziale che poneva al centro la "delegificazione" del lavoro pubblico era sbagliata. E secondo qualcuno proprio questo si sarebbe verificato con la revisione posta in essere dal 2009. Con una conseguenza implicita: il rilancio del ruolo della legge avrebbe comportato la ripubblicizzazione dell'intero lavoro con le pubbliche amministrazioni<sup>(11)</sup>.

Qui però, a mio parere, si corre il rischio di incorrere in un grande equivoco. La "privatizzazione", realizzata mediante una coerente e "misurata" delegificazione, non era solo una questione di più o meno legge. Era invece una scelta a favore della centralità della micro-organizzazione e del contratto come duttile strumento di raccordo e bilanciamento di interessi contrapposti, con una riduzione appunto ragionevole della regolazione speciale tarata sulla tutela di un interesse pubblico un po' astratto e onnipervasivo<sup>(12)</sup>. La "misura" di quella ragionevolezza sembrava rinvenibile in modo ampiamente condiviso in una tendenziale convergenza di tecniche regolative tra la stragrande maggioranza dei rapporti di lavoro pubblico e quella generalmente riferibile al lavoro con le imprese. Ne risultava un certo "dosaggio" tra le fonti (per usare un termine ricavato proprio dalla giurisprudenza costituzionale sul tema) che comportava un ineliminabile "spazio negoziale"<sup>(13)</sup>, tanto per il contratto collettivo quanto per il contratto individuale, almeno come fondamento del sistema regolativo. L'insieme di questi passaggi costituisce un cambio di "paradigma" scientifico-culturale: che non è un concetto da astrusi studiosi, ma è un modo sintetico di far riferimento ad un insieme di presupposti valoriali, soggettivi e oggettivi, e relazionali grazie ai quali si arriva a comprendere — e a governare — una "realtà"<sup>(14)</sup>. Per esprimersi sulla

---

di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra innovazioni e nostalgia del passato*, in *NLCC*, 2011, 1078 ss.

(11) CASSESE, *Dall'impiego pubblico al lavoro con le pubbliche amministrazioni: la grande illusione*, in *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2013, p. 38 ss. e da D'ORTA, *L'organizzazione delle P.A. dal diritto pubblico al diritto privato: il fallimento di una riforma*, in questa *Rivista*, 2011, 391 ss.

(12) Sul punto v. già ZOPPOLI L., *Il lavoro pubblico negli anni '90*, Giappichelli, 1998.

(13) E qui la semantica è più autoreferenziale, perché attinge al titolo di un libro sul tema curato, per il Mulino, da Mario Rusciano e da me nel 1996: ma l'involucro utilizzato è sempre quello dell'epoca dei fatti, non si dimentichi.

(14) Ancora un po' di autoreferenzialità: ho argomentato questa opinione in *Bentornata realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica*, in *Jus*, 2013.

I portata delle riforme degli anni '90, occorre valutare bene se si è voluto, oltre che potuto, rivisitare quel paradigma.

La mia risposta è tendenzialmente negativa, proprio perché il d.lgs. 150/2009 non vuole affatto sottoporre a revisione la centralità della micro-organizzazione e nemmeno quella del contratto individuale. Piuttosto vuole tornare sul ruolo della legge per due ragioni diverse: a) per spronare o, talora, surrogare una dirigenza burocratica ritenuta non all'altezza della nuova funzione manageriale che le si era voluto attribuire<sup>(15)</sup>; b) per ridimensionare la contrattazione collettiva e, con essa, il ruolo del sindacato, individuato come il responsabile di una certa curvatura delle politiche regolative, gestionali e soprattutto economico-finanziarie peculiari del ventennio in cui la "privatizzazione" in discorso è nata ed è vissuta.

#### 4. *Le cause esogene della ripresa di "unilateralismo" regolativo.*

Forse però la principale ragione degli interventi degli ultimi anni va rinvenuta fuori della specifica vicenda italiana della "privatizzazione". Qui può aiutare un recentissimo rapporto (dicembre 2012, diffuso agli inizi del 2013) della Commissione europea sulle *"Industrial Relations in Europe"*, elaborato dalla Direzione generale per l'occupazione, gli affari sociali e l'inclusione. In questo rapporto si legge un'interessante analisi delle caratteristiche dei modelli di relazioni di lavoro nel settore pubblico in tutta l'Unione europea, con un tentativo di sistematizzazione (non esclusivamente giuridica) e di registrazione dei mutamenti intervenuti nei vari modelli a seguito della grave crisi economico-finanziaria iniziata nel 2007/2008.

Dopo aver premesso che non c'è corrispondenza nei vari paesi tra relazioni sindacali nel settore privato e nel settore pubblico, per il secondo si propone l'individuazione di 5 *clusters* ai quali vengono ricondotti tutti gli Stati Ue (con qualche annessione, come la Norvegia: p. 151 ss.).

Il primo ricomprende i Paesi Nordici (paesi scandinavi e Danimarca), che presentano le seguenti caratteristiche: alta occupazione nel settore pubblico; significativa presenza femminile; accostamento pubblico/privato sotto l'egida del contratto collettivo di diritto comune (*ordinary contract*); alta sindacalizzazione; ampie pratiche di contrattazione collettiva con correlazioni salari/*performance*, all'in-

---

(15) Della stessa opinione sembra CARINCI F., *Il secondo tempo della riforma Brunetta: il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*, WP C.S.d.l.E. "Massimo D'Antona".IT - 119/2011.

I terno di un decentramento con doppio livello di contrattazione e forti meccanismi di coordinamento; poche restrizioni allo sciopero, ma speciali meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie di lavoro.

Il secondo *cluster* comprende Francia, Germania, Austria, Belgio e Olanda (modello mitteleuropeo), tutti con una forte tradizione statalista nel settore pubblico e una robusta componente di burocrazia pubblica, non necessariamente con uno speciale statuto giuridico, ma con molte restrizioni legali per sciopero e contrattazione collettiva. La seconda è praticata, ma entro ambiti procedurali o soggettivi molto peculiari e fortemente governabili dal potere politico.

Il terzo *cluster* riguarda i paesi del Sud Europa (Spagna, Portogallo, Grecia, Malta e Cipro; l'Italia è considerata in transizione verso il modello dei Paesi nordici, ma sospetta di essere un caso di *New Public Management failure*: v. p. 152) che hanno uno statuto speciale per i dipendenti pubblici ed uno spazio ancora più limitato per la contrattazione collettiva. La densità sindacale è alta o medio-alta, ma la quantità di occupati nel settore pubblico è medio-bassa, con un'alta presenza di donne.

Il quarto *cluster* comprende i *Central and Eastern European Countries* (CEECs), tutti *new member States*, dove il settore pubblico è relativamente ristretto, i sindacati sono deboli, la contrattazione collettiva rara e lo sciopero è drasticamente limitato. In tutti questi paesi, con l'eccezione della Slovenia, le relazioni sindacali presentano una situazione di debolezza diffusa.

Nel quinto *cluster* viene collocato il solo Regno Unito, dove domina il diritto comune, diffuse sono le pratiche di contrattazione collettiva ma ad un unico livello, funzionano organismi speciali per la determinazione dei salari, non vi è nessuna particolare restrizione a sciopero e sindacalizzazione. Quest'ultima nel pubblico è medio alta, circa il quadruplo rispetto al privato.

Questa ricognizione, pure meritevole di specifica attenzione e ulteriori approfondimenti, è utilissima per segnalare come nel settore pubblico (non dissimilmente da quello privato, peraltro) la cornice legale e relazionale sia ancora molto differenziata all'interno dell'Ue. Ciononostante il medesimo Rapporto rileva come la crisi economico-finanziaria abbia fatto emergere in tutti i paesi analoghe tendenze, cioè:

a) Ritorno all'unilateralismo a detrimento del dialogo sociale, con l'obiettivo di rafforzare dappertutto le "*private-sector-style human resources management practices*" (p. 14);

b) Indebolimento delle prerogative speciali dei dipendenti pubblici là dove esistevano ancora;

I c) Determinazione top/down dei salari con un ridimensionamento del ruolo dei sindacati, sia in termini di sindacalizzazione sia in termini di capacità di influenza sui governi e sulle politiche dei datori di lavoro in genere <sup>(16)</sup>.

Si riconosceranno agevolmente i tratti delle modifiche apportate negli ultimi 4/5 anni in Italia alla "privatizzazione" degli anni '90.

Sempre nello stesso rapporto si mette in evidenza come la crisi, con la forte esigenza di ridurre la spesa pubblica, abbia più o meno dappertutto comportato forti mutamenti nel lavoro pubblico di tutti gli Stati Ue, con analoghe misure di *wage freezes*, *wage cuts*, *reduction in employments*, *addition working time*. Nel cercare tipicità, il rapporto individua stavolta due *clusters*: 1) da un lato Grecia, Irlanda, Portogallo, Paesi baltici (Estonia, Lettonia, Lituania), Bulgaria e Romania, dove le misure di austerità sono state particolarmente dure; 2) dall'altro, Paesi nordici, Germania, Francia, Olanda e Regno Unito, dove l'austerità è stata più diluita ("*pay freezes rather than pay cuts and restriction on hiring rather than immediate reductions in staffing*"). In entrambi i casi vi è stato un rallentamento o indebolimento delle relazioni sindacali e un maggiore uso di decisioni e regolazioni unilaterali. Ma è interessante che il rapporto sottolinei come nel secondo *cluster* non si sia del tutto interrotta la tendenza a mantenere una linea lungimirante di riforma del settore pubblico, con un maggiore coinvolgimento dei lavoratori e dei loro rappresentanti. Emblematico è che l'Italia in questi due *clusters* non venga affatto menzionata <sup>(17)</sup>. Evidentemente le nostre linee di sviluppo sono sempre più difficili da classificare. L'attrazione verso il "modello danese" ha subito una qualche battuta d'arresto.

Però guardando all'indubbia ripresa di unilateralismo, credo si possa dire con nettezza che siamo dentro le generali reazioni dei paesi Ue alla crisi economico-finanziaria. Solo che queste reazioni nel nostro Paese hanno ridato voce a vecchie "ideologie", alimentando nuova-

<sup>(16)</sup> Per interessanti, e non dissimili, considerazioni su questo rapporto, e per comparazioni più ravvicinate tra Stati europei con regimi giuridici differenziati del lavoro pubblico ma con politiche analoghe, v. anche BACH, BORDOGNA, *Reframing public service employment relations: the impact of economic crisis and the new Ue economic governance (introduction)*; e BORDOGNA, PEDERSINI, *Economic crisis and the politics of public service employment relations in Italy and France*, entrambi in *European Journal of Industrial Relations*, 2013, n. 4, risp. 279 ss. (spec. 291-292), e 326 ss. (spec. 338-339).

<sup>(17)</sup> E viene in mente un recente bel titolo di un saggio (bello come il titolo) di VISCOMI, *Lost in transition: la contrattazione integrativa nelle pubbliche amministrazioni tra riforme incompiute e crisi emergenti*, in questa Rivista, 2013, 249 ss.

I mente "miti" e "virtù" del diritto pubblico, e antiche ostilità pregiudiziali, secondo cui sindacalismo e contrattazione collettiva sarebbero in contrasto con il perseguimento dell'interesse pubblico/generale o, addirittura, della democrazia (18). Nuove parole d'ordine più "di sinistra" — come la (ri)scoperta del bene comune preferito nella versione plurale dei "beni comuni" — hanno poi fatto di nuovo colorare la "privatizzazione" del lavoro pubblico come uno smantellamento dello Stato sociale (19). Francamente mi pare che si tratti solo di segnali di un crescente stato confusionale che poco ha a che vedere con una nuova seria riforma del lavoro pubblico. Per il nostro paese, finita si spera la fase acuta della crisi, si tratta piuttosto di rinvenire con approccio molto pragmatico i rimedi appropriati e diversificati per le profonde difficoltà incontrate nel far funzionare una grande riforma gestita finora molto male da chi aveva la principale responsabilità di farla funzionare: i vertici politici di ogni ordine e grado, ai vari livelli di governo e nel variegato mondo delle nostre amministrazioni pubbliche. Al riguardo mi pare più appropriato parlare di fallimento di un sistema politico-elettorale basato su un falso bipolarismo e su una democrazia sempre più anemica e superficializzata (20). Il fallimento del modello italiano di *New public management* — se di questo si tratta — ne è soltanto un'ovvia conseguenza, che certo non si scongiura tornando punto e a capo, cioè rafforzando il circuito decisionale e regolativo affidato ad una politica ancora incapace di rinnovarsi nelle sue funzioni primarie, tra le quali tuttora rientra, a mio parere, quella di promulgare poche e buone leggi.

##### 5. Il ruolo della legge oggi.

Comunque, nonostante non si sia giunti a ripubblicizzare il lavoro con le pubbliche amministrazioni, bisogna sicuramente constatare che il ruolo della legge nell'ex pubblico impiego oggi è diverso da quello di soli quattro o cinque anni addietro.

I punti in cui emerge questa differenza sono:

a) la delegificazione non è più strutturale, perché, con la nuova versione dell'art. 2, co. 2, del d.lgs. 165/01, novellato direttamente dalla l. 15/09, la regola è che qualsiasi norma di legge si pone come inderogabile dalla contrattazione collettiva, salvo espressa previsione.

(18) Sul punto v. Topo, *Public sector collective bargaining and the distortion of democracy: the Italian case*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2013, 34, 2.

(19) V. LUCARELLI A., *La democrazia dei beni comuni*, 2013.

(20) V., da ultimo, CRAINZ, *Diario di un naufragio*, Donzelli, 2013.

Quindi è aperto il campo per la microlegislazione, con qualche incertezza in più quando riguardi "incrementi retributivi" (v. art. 2, co. 3, d.lgs. 165/01);

b) sono state ridefinite le materie che possono essere oggetto di contrattazione collettiva (v. art. 40 del d.lgs. 165/01), con l'intento di circoscriverle a "determinazione di diritti e obbligazioni direttamente pertinenti al rapporto di lavoro". La formulazione però è ambigua e, quando dovesse ripartire una contrattazione collettiva seria, darà filo da torcere (21);

c) la legge è posta a presidio dei poteri di micro-organizzazione dei dirigenti, che rimangono esercitabili con strumenti privatistici ma non possono essere oggetto di contrattazione collettiva (v. art. 5, co. 2, e 40, co. 1, del d.lgs. 165/01), almeno nel senso che eventuali intese o accordi non producono effetti vincolanti "giudiziarmente esigibili" (per dirla con un termine *à la page*);

d) la legge si dilata nella regolamentazione di vari istituti, come sanzioni, premialità, mobilità, ecc., togliendo spazio alla contrattazione, ma, almeno in teoria, anche alla discrezionalità manageriale (22);

e) sempre più appare difficile mantenere l'unificazione delle regole su istituti cruciali del moderno diritto del lavoro, soprattutto perché le riforme del lavoro privato vengono elaborate recependo esigenze gestionali specifiche, non automaticamente sovrapponibili a quelle del settore pubblico. Per cui appare in via di dilatazione un singolare dualismo legislativo, con istituti riguardanti la flessibilità tipologica o il licenziamento regolati da disposizioni legali diverse e non facilmente amalgamabili tramite la contrattazione collettiva, paralizzata nel settore pubblico. È quanto già accadde con il d.lgs. 276/03; e di recente si è ripetuto con la l. 92/12, specie con riguardo all'art. 18 Stat. Lav. che a parere di molti (ma con orientamenti contrastanti in giurisprudenza) oggi alberga nel diritto dello Stato in due versioni,

(21) VISCOMI, *La contrattazione collettiva nazionale*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica*, cit., p. 41 ss.

(22) Il punto è stato ampiamente approfondito in letteratura v., per tutti, GARGIULO, *La promozione della meritocrazia*, BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, ESPOSITO, SANTAGATA, *La mobilità del personale tra "autonomia negoziale" ed "evidenza pubblica"*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica*, cit., 360; 399, 355 secondo cui la contrattazione collettiva verte « in una condizione che potrebbe definirsi di libertà vigilata » v. GRAGNOLI, *I principi generali in tema di premi per il merito dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, MAINARDI, *Sanzioni disciplinari e (nuove) responsabilità dei dipendenti pubblici: dalla legge al contratto collettivo, e ritorno*, in CARINCI F., MAINARDI, *op. cit.*, rispettivamente 91 ss. e 461.

una "nuova", riferita al lavoro nel settore privato, ed una "vecchia", riguardante appunto il lavoro pubblico (23).

Dunque nessuna ripubblicizzazione, che tra l'altro avrebbe comportato l'ulteriore complicazione di legittimare i legislatori regionali a disciplinare vari profili dei rapporti di lavoro in virtù del combinato disposto dell'art. 117, co. 2 lett. g), e c. 4, della Costituzione (v., da ultima, Corte Cost. 19.7.2013, n. 225). Ma di sicuro il rilancio a più riprese della regolazione mediante leggi o fonti unilaterali rischia di determinare un crescente intrico di leggi, leggine, duplicazione di regimi per un medesimo schema contrattuale: insomma un disordine crescente che non mancherà di alimentare contenzioso e necessità di rintracciare alcune coordinate sistematiche.

6. *Le forzature legislative e giurisprudenziali nella configurazione del contratto collettivo per il lavoro pubblico.*

Proprio in ordine ai principi informatori del sistema di regolazione del lavoro pubblico, mi pare che molti nodi siano già venuti al pettine con riguardo alla contrattazione collettiva. Come si sa, nonostante tentennamenti ed ambiguità, la privatizzazione aveva avuto il merito di delineare un solido fondamento per la legittimazione formale e sostanziale del contratto collettivo nel lavoro pubblico. Soprattutto sul versante dell'investitura dei soggetti, quest'ultimo poteva considerarsi ben radicato sul consenso di entrambe le parti interessate; la rappresentanza dei diversi interessi era sufficientemente garantita dall'Aran, per un verso, e dalle organizzazioni sindacali con rappresentatività qualificata (dal superamento di determinate "soglie") e verificata in base ad un oggettivo controllo su deleghe e voti per le elezioni delle Rsu (24). Un "sistema" messo a punto con fatica, ma tra la fine degli anni '90 e il 2009/2010 sottoposto ad un "rodaggio"

(23) V., da ultimo, OLIVIERI, *Licenziamento individuale e tutele nel lavoro pubblico dopo la l. n. 92/2012: una passeggiata nel bosco normativo*, in questa *Rivista*, 2013, 373; PILATI, *Un problema in più per il nuovo art. 18 st. lav.: è applicabile anche al lavoro pubblico privatizzato?*, in questa *Rivista*, 2013, 313. La tesi del doppio regime è stata sostenuta per primo da F. CARINCI, *Art. 18 St.lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore*, Giappichelli, 2013, 31 e in questa *Rivista*, 2012, 247 ss.

(24) Sul punto v. ZOPPOLI L., DELFINO, *La rappresentanza delle pubbliche amministrazioni*, in Proia (a cura di), *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, in PERSIANI, CARINCI F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, II, Cedam, 2014.

significativo, costituito da centinaia di contratti di comparto e di area (25) e migliaia di contratti decentrati (26). Si può dunque sostenere senza tema di smentite che la "grande riforma" aveva consentito un'ampia diffusione di un sistema di regolazione del lavoro pubblico negoziato e democratico.

Naturalmente non si trattava di un sistema privo di problemi. Anzi ve ne erano molti, tutti monitorati e segnalati da istituzioni e studiosi (27). Basti dire che, anche prima della grande "gelata" cominciata dal 2010, è sempre apparso assai difficile raggiungere un accettabile equilibrio tra accentramento e decentramento e, soprattutto, poter contare su un apparato pubblico davvero in grado di presidiare il passaggio dalla regolazione unilaterale a quella negoziata. La rarefazione delle risorse economiche ed umane ha poi via via complicato le questioni, aprendo la strada a difficoltà sempre maggiori nell'arginare un sindacalismo che nel settore pubblico trova sempre, come s'è visto, un terreno più fertile rispetto al privato.

Tra il 2009 e il 2013 queste difficoltà sono state però rimosse più che affrontate. Determinante è stato il blocco della contrattazione collettiva nazionale, disposto sin dal 2010 e poi prorogato di anno in anno, fino a costituire un regime eccezionale rispetto a quello su cui ancora oggi è fondato il sistema legale (28).

Tuttavia prima ancora di giungere a queste drastiche misure, il funzionamento del sistema di regolazione negoziale aveva dovuto fare i conti con due vicende alquanto singolari. La prima ha riguardato la paralisi dei rinnovi delle RSU, le cui elezioni triennali non si sono più svolte alle naturali scadenze perché la completa attuazione della riforma Brunetta avrebbe richiesto prima la determinazione dei comparti di contrattazione, da ridurre drasticamente nella misura prevista dal d.lgs. 150/09. In attesa di questa ridefinizione si sono più volte rinviate di imperio le elezioni delle RSU, trattate alla stregua di organismi amministrativi prorogabili *sine die* con decisioni unilaterali. È chiaro che in tal modo si indebolisce fino ad inficiarlo il fondamento

(25) Nell'Archivio nazionale del Cnel risultano a tutt'oggi 334 contratti solo di livello nazionale: v. *Notiziario dell'Archivio contratti*, 2013, n. 11.

(26) Per avere un'idea quantitativa si veda il monitoraggio dell'Aran sulla contrattazione collettiva nell'anno 2011 in [www.aranagenzia.org](http://www.aranagenzia.org).

(27) Da ultimo MATTEINI, *Lo stato delle relazioni sindacali nel settore pubblico*, in questa *Rivista*, 2012, 700 ss.

(28) V. la nota 9. Da ultimo, anche per ampia bibliografia, v. CARINCI F., *Contrattazione collettiva e contratto collettivo nell'impiego pubblico "privatizzato"*, in WP Massimo D'Antona - 191/2013 e in PROIA (a cura di), *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, in PERSIANI, CARINCI F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, II, Cedam, 2014.

I consensuale della contrattazione collettiva di qualsiasi livello. La vicenda è stata poi chiusa da un provvidenziale parere del Consiglio di Stato che nel febbraio 2011 ha ricordato a Funzione pubblica ed Aran che la rappresentanza sindacale deve rispondere ad alcuni principi costituzionali, quali democraticità e dinamicità, principi che escludono cristallizzazioni autoritative dei meccanismi elettorali<sup>(29)</sup>. Si è così giunti al rinnovo delle RSU nel 2012, con un paio d'anni di ritardo rispetto alle naturali scadenze.

Intanto però è venuta sviluppandosi un'altra vicenda, questa volta in sede giudiziaria, riguardante le modalità di calcolo della rappresentatività dei soggetti con i quali l'Aran aveva stipulato il contratto del parastato nel 2008, modalità di calcolo che erano state modificate radicalmente rispetto agli anni precedenti in modo da poter considerare legittima la stipulazione dell'ipotesi di accordo senza la Cgil. Il problema esegetico è complesso e andrebbe attentamente analizzato<sup>(30)</sup>. Quel che qui interessa è però che nell'interpretazione sostenuta da Funzione Pubblica e Aran una certa modalità di calcolo viene ritenuta necessaria perché solo questa, consentendo di stipulare il contratto anche con sindacati dalla rappresentatività molto limitata rispetto all'insieme dei lavoratori interessati, garantirebbe comunque la stipulazione del contratto collettivo. Tale assunto è profondamente in contrasto con uno dei pilastri della "privatizzazione", cioè quello secondo cui il contratto si può anche non stipulare, se non si raggiunge un punto di convergenza tra le parti. In modo pressoché strabiliante, il giudice del lavoro, chiamato a pronunciarsi in sede di appello su un ricorso CGIL volto ad ottenere un provvedimento di repressione della condotta antisindacale, per vero a distanza di vari anni dalla sentenza di primo grado (Trib. Roma 23.11.2009, Corte Appello Roma 16.4.2013), ritiene che nel "sistema di contrattazione collettiva nel pubblico impiego il contratto collettivo costituisce l'ossatura fondamentale su cui si poggia la disciplina dei rapporti di lavoro nell'ambito del pubblico impiego privatizzato, ed è evidente che i contratti debbano essere conclusi e siano quindi "necessari"<sup>(31)</sup>. Ora può sempre accadere che un giudice prenda una cantonata come di sicuro è accaduto nel caso in esame dove ci si è basati

<sup>(29)</sup> Il riferimento è al parere del Consiglio di Stato n. 551 del 3 febbraio 2011.

<sup>(30)</sup> V. ZOPPOLI L., *Lavoro pubblico: per un contratto di generale applicazione basta una rappresentatività piccola piccola?*, in RGL, 2010, 1, 125 ss.

<sup>(31)</sup> La sentenza di appello è annotata da MONDA, *Rappresentatività, contratto collettivo e democrazia sindacale: le incertezze della giurisprudenza di merito*, in questa Rivista, 2013, 646 ss.

I su un principio inesistente (il contratto necessario) applicando una possibilità abnorme consentita da un quadro anomico nel privato (stipulazione con chicchessia<sup>(32)</sup>). In questo caso però, è difficile considerare questa argomentazione come frutto di un errore isolato, vista anche la rilevanza della specifica vicenda. Piuttosto questo arresto giurisprudenziale va ritenuto emblematico di come la "contaminazione" burocratica sia riuscita ad agire molto in profondità, offuscando le linee sistematiche della "grande riforma" fino a farle apparire esattamente il contrario di quello che volevano essere, cioè il superamento del modello concertativo con l'obbligo di stipulare il contratto collettivo<sup>(33)</sup>.

In ultimo va attentamente considerato come si è realizzato il blocco della contrattazione collettiva. Attraverso un dPR (122/2013) si è determinata un'alterazione ancora più incisiva di quelle consentite dagli artt. 45 e 47 bis del d.lgs. 165/01 nella versione post-Brunetta, attivando un circuito regolamentare/unilaterale che sopravanza la contrattazione collettiva. È vero che questo circuito è stato poi inglobato nella legge di stabilità (147/2013), con una saldatura tra fonti secondarie "apripista" e successiva legificazione che, pur rafforzando il precetto, appare atipica e, comunque, patologica, almeno sotto il profilo politico-istituzionale. Infatti se a legiferare è il Governo, lo strumento costituzionalmente corretto è il decreto legge, non il dPR, seppure basato su una delega legislativa (che però non appare rispettata in pieno). Inoltre la compressione della contrattazione collettiva appare qui massima, perché si accompagna, come si è detto (v. nota), all'esclusione anche del diritto all'indennità di vacanza contrattuale, con un potenziale contrasto con l'art. 36 Cost.<sup>(34)</sup>. E in merito non va

<sup>(32)</sup> In tema v. il quadro prospettato da MARESCA, *Contratto collettivo nazionale di lavoro e "regole sulla rappresentanza" sindacale: verso l'attuazione negoziale dell'art. 39, co. 4, della Costituzione?*, in *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore*, Giappichelli, 2013, 179 ss. che sembrerebbe in via di superamento grazie all'accordo del 3 maggio 2013.

<sup>(33)</sup> V. gli studi ormai risalenti di TREV, *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego: ambiti e struttura*, in DLRI, 1994, 1 ss. e Rusciano-Zoppoli, *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Giappichelli, 1993. Appare invece molto equilibrata e ben motivata un'altra recente sentenza della Corte di Appello di Roma del 2 gennaio 2014 (inedita ma di prossima pubblicazione in DLM) sui limiti costituzionali alla delimitazione delle aree di contrattazione dirigenziale nel lavoro pubblico.

<sup>(34)</sup> La specifica questione di costituzionalità risulta sollevata da T. Roma, con ordinanza del 27 novembre 2013. Invece su un profilo diverso del medesimo provvedimento legislativo — il blocco delle retribuzioni dei profes-



I trascurato un importante orientamento della Corte Cost. che fornisce qualche indicazione in positivo sui persistenti vincoli costituzionali in materia, dai quali deriva che “gli strumenti di adeguamento perequativo non devono garantire un costante allineamento (stante il necessario bilanciamento nel quadro della politica economica e della disponibilità finanziaria), ma solo assicurare che non si verifichi un macroscopico scostamento che sarebbe indice sintomatico di violazione del principio di sufficienza retributiva” (sent. 126/2000).

Appare comunque davvero critico l'assetto normativo di un contratto collettivo che, messo in *stand by* per ragioni finanziarie, si vede sopravanzare da ogni lato da una ondata di cultura istituzionale decisionista con venature fortemente autoritarie, da molti anni ben poco attenta a distinguere e salvaguardare i diversi circuiti della regolazione, che può essere certo unilaterale ma senza ignorare necessità e garanzie riconosciute, con pretese sistematiche, alla regolazione negoziata. La seconda non può essere espunta dall'ordinamento senza creare squilibri sostanziali e di lungo periodo.

Crede che a questo riguardo sia urgente riprendere il filo rosso che lega le varie fasi della riforma, magari decidendo anche, per quanto possibile, di fare una decisa ed esplicita marcia indietro, ma evitando di aggiungere confusione a confusione, alterando intimamente la struttura di istituti giuridici che hanno anch'essi un preciso punto di resistenza. Cosa è mai un contratto se diventa necessario, *id est*, obbli-

sori universitari, che rientrano nel lavoro pubblico non “contrattualizzato” — la Corte Costituzionale, argomentando soprattutto in base all'obbligo di pareggio di bilancio derivante dalla riforma dell'art. 81 Cost. introdotto dalla l. 20 aprile 2012 n. 1 (che però opera dal 2014) ha ritenuto, per quanto riguarda il principio di eguaglianza, che “le norme impugnate superano il vaglio di ragionevolezza, in quanto mirate ad un risparmio di spesa che opera riguardo a tutto il comparto del pubblico impiego, in una dimensione solidaristica sia pure con le differenziazioni rese necessarie dai diversi statuti professionali delle categorie che vi appartengono e per un periodo di tempo limitato, che comprende più anni in considerazione della programmazione pluriennale delle politiche di bilancio”. Invece in ordine al rispetto dell'art. 36 Cost. non se ne rinviene lesione nel caso di specie in quanto secondo la Corte per questa verifica di costituzionalità del trattamento economico di dipendenti pubblici occorre far riferimento “non già alle singole componenti di quel trattamento, ma alla retribuzione nel suo complesso, dovendosi aver riguardo — in sede di giudizio di non conformità della retribuzione ai requisiti costituzionali di proporzionalità e sufficienza — al principio di onnicomprensività della retribuzione medesima. Tale parametro, *ex se* ed in relazione agli artt. 3 e 97 Cost., non risulta violato, non incidendo le disposizioni in esame sulla struttura della retribuzione dei docenti universitari nel suo complesso” (sent. 310/2013)

gatorio stipularlo? E si può ancora parlare di un contratto basato sul consenso dei rappresentati se, pur di pervenire alla stipulazione, si ritiene che a siglarlo possa validamente essere anche un soggetto la cui rappresentatività sia pressoché insignificante, giungendo al punto di interpretare innovativamente una legge che invece intende, con tratti pionieristici, garantire ai lavoratori pubblici un rappresentanza negoziale oggettiva e il più possibile ampia? Il passo verso un colossale uso mistificatorio delle categorie giuridiche è molto vicino. Basta infatti fissare una regola secondo cui in mancanza di accordo è il soggetto pubblico a determinare il contenuto del contratto obbligatorio e il gioco è fatto: dal contratto che deve suicidarsi per travestirsi da fonte unilaterale <sup>(35)</sup>, siamo arrivati ad invertire le parti in commedia. Ma sempre di teatro si tratta.

#### 7. *Significato e funzione del contratto individuale nell'assetto originario della riforma.*

Infine qualche notazione sul contratto individuale. Anche su questo la “grande riforma” aveva fatto una scelta netta. L'art. 2, co. 3, del d.lgs. 165/01 dice con chiarezza “che i rapporti di lavoro (di cui al comma 2) sono regolati contrattualmente”, nel senso che “sono disciplinati dalle disposizioni del ... codice civile e delle leggi speciali sui rapporti di lavoro subordinati nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto”. Una di tali disposizioni è l'art. 45, che fissa alcuni principi ai quali “i contratti individuali devono conformarsi”. Particolare rilevanza assume il principio secondo cui le pubbliche amministrazioni assicurano ai propri dipendenti “parità di trattamento contrattuale”. Questo principio, che come tale non esiste nel lavoro privato <sup>(36)</sup>, ha vari significati e svolge varie funzioni che qui non è il caso di richiamare per intero. La prima, e più importante, funzione è, a mio parere, da porre in relazione alla parte successiva della medesima disposizione, che così prosegue: “e comunque trattamenti non inferiori a quelli previsti dai rispettivi contratti collettivi”. Nell'insieme è abbastanza chiaro che parità di trattamento e rispetto dei minimi fissati dalla contrattazione collettiva sono strettamente collegati ed assumono il carattere di una strumentazione diretta a garantire che l'irrompere del contratto, soprattutto individuale, nelle pubbliche amministrazioni non travolga il principio costituzionale

<sup>(35)</sup> ROMAGNOLI, *La revisione della disciplina del pubblico impiego: dal disastro verso l'ignoto*, in LD, 1993, 231 ss.

<sup>(36)</sup> V., per tutte, Cass. 29 maggio 1993 n. 6030, in GC, 1994, I, 1, 914 ss.

I dell'imparzialità dell'agire pubblico (art. 97 Cost.), che, di certo, può essere messo a dura prova dal proliferare di trattamenti differenziati da dipendente a dipendente. Dunque per questo verso la parità di trattamento contrattuale è una proiezione della peculiare natura del datore di lavoro, che non può comunque, neanche nelle relazioni di lavoro, comportarsi in modo arbitrario, privilegiando o svantaggiando l'uno o l'altro dei propri dipendenti senza una giustificazione oggettiva e connessa al perseguimento della sua missione istituzionale. La connessione con i trattamenti previsti dai contratti collettivi è esplicitata, ma anche delimitata, dalla successiva disposizione secondo cui i trattamenti collettivi costituiscono "comunque" un tetto minimo indelegabile, più ancora di quanto questo non accada, di regola, nel settore privato. Infatti i contratti collettivi per il lavoro svolto alle dipendenze di privati non hanno di certo un'efficacia generalizzata così chiaramente prevista da una norma di legge; e ammesso, ma non concesso, che si voglia ritenere la disposizione in oggetto assimilabile a quanto da decenni statuisce una ricorrente applicazione giurisprudenziale dell'art. 36 Cost., non si può trascurare che l'art. 45 pare formulato in modo assai ampio, tale da abbracciare una quantità di istituti del rapporto individuale di lavoro che va ben oltre la retribuzione costituzionalmente garantita. E ciò persino se, a dispetto dell'antico brocardo *rubrica legis non est lex*, si volesse interpretare il comma 2 alla luce della rubrica della norma ("trattamento economico"), che comunque abbraccia ogni aspetto ed articolazione della retribuzione dei dipendenti pubblici, come è evidente dal contenuto complessivo della disposizione specie dopo le modifiche apportate dal d.lgs. 150/09.

Dunque l'espressione "parità di trattamento contrattuale" non vuol dire divieto assoluto di trattamenti *ad personam*, bensì divieto di differenziazioni arbitrarie. E ne è conferma anche un'altra norma del d.lgs. 165/2001, l'art. 19, co. 6, che prevede per i dirigenti assunti con contratti a termine che "il trattamento economico può essere integrato da una indennità commisurata alla specifica qualificazione professionale tenendo conto della temporaneità del rapporto e delle condizioni di mercato relative alle specifiche competenze professionali" (37).

Tuttavia in materia retributiva vi è un'altra regola speciale per il

(37) Ad ulteriore conferma v. anche l'art. 24, co. 2, d.lgs. 165/01 secondo cui "Per gli incarichi di uffici dirigenziali di livello generale ai sensi dell'articolo 19, commi 3 e 4, con contratto individuale è stabilito il trattamento economico fondamentale, assumendo come parametri di base i valori economici massimi contemplati dai contratti collettivi per le aree dirigenziali, e sono determinati gli istituti del trattamento economico accessorio, collegato

I lavoro pubblico, fissata, sin dalla prima versione del d.lgs. 29/93 (anche se successivamente parzialmente modificata), dall'art. 45, co. 1, del d.lgs. 165/01, secondo cui "il trattamento economico e accessorio ... è definito dai contratti collettivi" (38). Qui è chiaro che, seppure in materia chiaramente individuata, c'è una riserva di competenza per la contrattazione collettiva. Tale riserva di competenza però non significa che sono del tutto esclusi trattamenti retributivi *ad personam*: sia nel senso che per ciascun dipendente possono determinarsi differenziazioni in virtù di criteri fissati in generale dai contratti collettivi sia nel senso che i contratti collettivi potrebbero "definire" il trattamento economico rimettendone, almeno in parte, la compiuta determinazione anche al contratto individuale.

Letto così come si è prospettato, l'originario regime giuridico del contratto individuale per il lavoro pubblico non appare sideralmente distante da quello che, all'epoca della "privatizzazione", esisteva per i lavoratori subordinati del settore privato. Certo lo spazio che residua per un'effettiva manifestazione dell'autonomia negoziale individuale è assai limitato per il congiunto operare di fonti legislative, collettive e giurisprudenziali. Ma è quanto accade normalmente anche nel settore privato, almeno fino a quando il contratto di lavoro individuale viene concepito e regolato come un istituto per regolare sulla base di un consenso effettivo e genuino i rapporti tra le parti. Il pur complesso "intreccio" delle fonti non impedisce che lo "spazio negoziale" occupato dalla contrattazione collettiva possa essere "ceduto" al contratto individuale, più o meno gradualmente, in modo ampio o limitato a talune professionalità più elevate, comunque secondo l'apprezzamento delle stesse parti legittimate a stipulare i contratti collettivi ai vari livelli. In qualche caso si è anche segnalata, in un recente passato, la assoluta necessità di una decisa "individualizzazione" dei rapporti di lavoro, quando la disciplina collettiva può risultare poco adatta a realizzare il miglior equilibrio tra l'esigenza dell'organizzazione di disporre ampiamente di pregiati specialisti e l'aspirazione individuale a valorizzare anche economicamente la propria professionalità (39).

al livello di responsabilità attribuito con l'incarico di funzione ed ai risultati conseguiti nell'attività amministrativa e di gestione, ed i relativi importi."

(38) Molto coerente al riguardo è l'interpretazione secondo cui il principio della parità di trattamento contrattuale non può in alcun modo consentire di sindacare le differenziazioni effettuate dalla contrattazione collettiva: v. Cass. 29 aprile 2013 n. 10105, in questa *Rivista*, 2013, 459 ss.

(39) V. ZOPPOLI L., *Flessibilità, modelli organizzativi e rapporti di lavoro nella sanità*, in LIGUORI, ZOPPOLI A. (a cura di), *La sanità flessibile*, Editoriale scientifica, 2012, 25 ss.

8. *Gli sviluppi più recenti. Dal contratto al "contrattualismo": i limiti invalicabili dello statuto costituzionale del dipendente pubblico.*

Come si è visto anche per il contratto collettivo, non è però possibile osservare e capire disciplina e ruolo del contratto individuale se si resta all'interno dell'universo del lavoro pubblico. Occorre guardare fuori. Se si assume allora una diversa prospettiva di analisi sistematica il riferimento al contratto individuale di lavoro com'è regolato dal diritto del lavoro privatistico assume una valenza del tutto diversa. Sempre più infatti il contratto, invece di essere un istituto giuridico con una sua logica e un suo preciso baricentro legislativo, è una schema concettuale utilizzato per legittimare la prevalenza della convenienza aziendale che o si afferma senza alcuna regola (si pensi alla acausalità del contratto a termine <sup>(40)</sup>) o maschera un sostanziale unilateralismo (si pensi alla certificazione del tipo contrattuale, specie dopo la riforma del 2010 <sup>(41)</sup>). Anche le correzioni degli squilibri tra le parti del contratto individuale che possono derivare dalle regole legali su determinati istituti o dalla contrattazione collettiva nazionale vengono resi incerti e, comunque vulnerabili, da una valorizzazione dei contratti aziendali dotati di efficacia *erga omnes* ed abilitati a derogare anche *in peius* alla legge e ai contratti di livello superiore <sup>(42)</sup>. Per dirla in breve, nel diritto del lavoro del settore privato è già da vari anni visibile una politica del diritto nella quale lo strumento paritario del contratto — obiettivo a cui era diretta la migliore legislazione in materia emersa nei primi decenni successivi alla Carta costituzionale (e culminata nello Statuto dei lavoratori) — è stato sostituito prima da una "contrattualizzazione" che ha valorizzato l'azione sindacale disinteressandosi della forza contrattuale degli individui e poi da un'ideologia "contrattualista" forgiata a misura di quelle teorie economiche che contrappongono il contratto alla legge, facendone uno strumento di libertà dell'imprenditore rispetto a vincoli esterni, cioè uno strumento per realizzare i costi di transazione più convenienti per ciascuna organizzazione datoriale <sup>(43)</sup>. È chiaro che man mano che que-

<sup>(40)</sup> V. art. 1, co. 1-bis, lett. a) del d.lgs. 6.9.2001 n. 368. Un recentissimo ddl (febbraio 2014) presentato per NCD dai senatori Sacconi e altri, propone di portare la durata massima del primo contratto acausale a 36 mesi (art. 3).

<sup>(41)</sup> V. soprattutto artt. 75, 76 e 79 del d.lgs. 276/03.

<sup>(42)</sup> Art. 8, d.l. 138/2011 conv. con l. 148/2011. Il ddl citato in nota 40 abilita alle droghe anche i contratti individuali certificati.

<sup>(43)</sup> Ho segnalato questa tendenza in *Contratto, contrattualizzazione, contrattualismo: la marcia indietro del diritto del lavoro*, in RIDL, 2010, I, 175 ss. Di recente ho ripreso il discorso sottolineando l'influenza dell'individualismo metodologico di marca neo-marginalista nella materia in *Il diritto del lavoro*

sta visione si espande nella legislazione del lavoro privato il contratto di lavoro preso a riferimento negli anni '90 dalla "privatizzazione" del lavoro pubblico diventa altro. Da istituto deputato a coniugare in modo flessibile esigenze organizzative e tutele del lavoro, diviene strumento per realizzare convenienze unilaterali e poteri organizzativi privi di ogni vincolo. Sia chiaro: a mio modo di vedere non è possibile sostenere che oggi questa totale trasformazione del diritto del lavoro nel settore privato si sia già realizzata in toto, ribaltando delicati equilibri sistematici e "rottamando" l'autonomia negoziale della migliore tradizione civilistica. Credo, e mi auguro, che ancora molto acqua dovrà passare sotto il ponte dell'edificio giuslavoristico costruito in meno di un secolo con gradualità, ma con consensi ampi e tutt'altro che svaniti nel nulla. Però non si può ignorare che il riferimento al sistema normativo del diritto privato utilizzato per riformare il lavoro pubblico muta di segno, perde nitore e significato, non aiuta ad imboccare un percorso regolativo lineare e, soprattutto, prevedibile. Come può essere un riferimento fisso un complesso normativo attraversato da formidabili scossoni alle fondamenta? Sarebbe come volersi salvare da un terremoto incatenando la struttura pericolante ad un altro edificio costruito sulle paludi. Non deve allora meravigliare che, da quando il diritto del lavoro ha visto indebolirsi in modo profondo le proprie fondamenta (cioè dal d.lgs. 276/2003), il cammino verso l'unificazione delle regole riguardanti il contratto (ma sarebbe meglio dire: i contratti) di lavoro si sia interrotto <sup>(44)</sup>. E quella interruzione traccia un diverso tragitto ogniquale volta nel privato la legislazione smarrisce la via maestra dell'equilibrio sostanziale tra le parti del contratto: come è accaduto anche nel 2012 con la l. 92 (c.d. riforma Fornero), che in sostanza allenta di molto i vincoli per i licenziamenti ingiustificati, restituendo al datore di lavoro il potere per eccellenza, cioè il potere di estinguere arbitrariamente il contratto pagando soltanto un'indennità all'altro contraente (indennità compresa tra le 12 e le 24 mensilità). Questo tipo di tutela obbligatoria per il lavoro

dalle ideologie alla numerologia? L'insostenibile pesantezza delle politiche, del diritto e dei tecnici del diritto, in *Quad. ADL* (in corso di pubblicazione). Propone una lettura analoga PERULLI, *La contrattazione collettiva di "prossimità": teoria, comparazione e prassi*, in RIDL, 2013, 919 ss.

<sup>(44)</sup> Mi parve così sin da subito: v. ZOPPOLI L., *Nuovi lavori e pubbliche amministrazioni (ovvero Beowulf versus Grendel, atto II)*, in Ferraro (a cura di), *Sviluppo e occupazione nel mercato globale*, Giuffrè, 2004. Per altre spiegazioni sulla progressiva divaricazione tra pubblico e privato con particolare riguardo alle regole della flessibilità v., da ultimo, PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e prassi gestionali*, Cacucci, 2013.

pubblico equivale proprio ad un salto nel buio: non solo la privatizzazione "originaria" conserva per tutti i dipendenti (più dubbio il regime dei dirigenti <sup>(45)</sup>) l'art. 18 Stat. Lav., ma, nel caso del datore di lavoro pubblico, sembrerebbe inoperante, rispetto all'ordine di reintegrazione, il limite civilistico del *nemo ad factum precise cogi potest*, come dimostra qualche pur sporadica giurisprudenza che ritiene senz'altro utilizzabile al riguardo il giudizio di ottemperanza <sup>(46)</sup>. Ora invece l'applicazione del nuovo art. 18 consentirebbe al dirigente pubblico di estromettere un lavoratore senza alcun motivo, facendogli corrispondere a spese dell'erario una somma di danaro, magari definita in sede conciliativa. Non stupisce che ad un legislatore sommamente indeciso abbia fatto seguito un'opinione della dottrina in prevalenza contraria ad una simile estensione in via interpretativa <sup>(47)</sup>, anche in presenza di una prima giurisprudenza di merito tentata da una scorciatoia eseguitica, invero non priva di evidenti forzature <sup>(48)</sup>.

Comunque, al di là della soluzione che il diritto vivente (o un'improvvisa resipiscenza di un legislatore pavido e piratesco) darà al regime sanzionatorio del licenziamento del dipendente pubblico, non v'è dubbio che la privatizzazione "originaria" non può proseguire indipendentemente dagli assetti normativi che caratterizzano e caratterizzeranno il contratto individuale nella legislazione privatistica. E

<sup>(45)</sup> V. A. ZOPPOLI, I fondamenti del licenziamento del dirigente pubblico: nell'attesa di Godot..., WP C.S.d.l.E. "Massimo D'Antona".IT - 66/2008.

<sup>(46)</sup> Il ricorso al giudizio di ottemperanza a fronte dell'ordine di reintegrazione ex art. 18 Stat. Lav. non è pacifico né in dottrina né in giurisprudenza: il dibattito, al contrario, si presenta decisamente aperto. In senso favorevole T.A.R. Reggio Calabria del 4 ottobre 2004 n. 751, citato in Garofoli, Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Neldiritto editore, 2012, 2190-2191, secondo cui ammettere l'ottemperanza "a fronte di statuizioni giudiziali precise e determinate ed alla natura di diritto soggettivo delle posizioni azionate" non comporta "il pericolo di un recupero del sindacato sul rapporto di pubblico impiego" se il giudice amministrativo si limita a svolgere "attività esecutiva delle sentenze del giudice del lavoro che impongano alle P.A. prestazioni infungibili, limitandosi a dare attuazione alla sentenza civile". Contrario, invece, SASSANI, *Adattamenti delle tecniche difensive nelle controversie di lavoro dei dipendenti delle P.A.*, in GL, 2001, 38.

<sup>(47)</sup> Sul punto la letteratura già è molto ampia; per tutti v. CARINCI F., *Art. 18 St. Lav. per il pubblico impiego cercasi disperatamente*, e LUCIANI, *La stabilità del dipendente pubblico: un "mito" che non conosce crisi*, entrambi in *Il contributo di Mario Rusciano*, cit., rispettivamente 25 ss. e 63 ss.; PILATI, *Sull'inapplicabilità del nuovo art. 18 St. lav. al lavoro pubblico privatizzato*, in WP C.S.d.l.E. "Massimo D'Antona".IT - 187/2013.

<sup>(48)</sup> V., per tutti, Trib. Perugia, ordinanza del 15 gennaio 2013 e Trib. Santa Maria Capua Vetere, ordinanza del 2 aprile 2013.

nulla esclude che, come in passato sono esistiti regimi speciali di diritto pubblico, il lavoratore pubblico si ritroverà con un regime speciale di diritto privato in ordine al proprio contratto di lavoro. In questa direzione di marcia non necessariamente ci si imbatte infatti nella "ripubblicizzazione" del lavoro con le pubbliche amministrazioni. Anche perché il "nuovo contratto di lavoro" che rischia di profilarsi nel diritto dei privati è ben diverso dallo "statuto pubblicistico" del *travet* di inizio Novecento, in cui gli interessi privati erano sì fagocitati dall'interesse pubblico che legittimava la supremazia speciale dell'amministrazione, ma pur sempre con il controllo del giudice amministrativo. Oggi si avrebbe in effetti addirittura qualcosa di peggio: un potere datoriale nel pubblico sempre più *legibus solutus*, con il lavoratore alla mercè del politico o dell'alto burocrate di turno. Il regresso di civiltà giuridica sarebbe eclatante. Al punto da rendere preferibile una duplicazione dei contratti di lavoro a disciplina privatistica, dove quello caratterizzato da un "padrone" pubblico non può in alcun modo interpretare e praticare la "minimizzazione" dei principi e dei diritti costituzionali. Principi costituzionali (non solo nazionali) che comportano la libertà sindacale e contrattuale; il diritto di sciopero; un equilibrato dosaggio delle fonti di disciplina dei rapporti di lavoro; il diritto alla retribuzione di cui all'art. 36 Cost.; una tutela contro il licenziamento immotivato con adeguato apparato sanzionatorio (art. 4 Cost. e art. 30 Carta dei diritti fondamentali dei cittadini europei, qui non dissimilmente dal privato ma con interesse accentuato dall'obbligo di imparzialità) <sup>(49)</sup>. Alcuni di questi diritti possono essere garantiti, anche in modo più duttile, da una contrattazione collettiva genuina e periodicamente rinnovata (soprattutto i trattamenti retributivi); altri non possono che essere presidiati dalla legge. Certo è che il potere pubblico non può agire al di fuori di un assetto costituzionale che ancora prevede ed assicura diritti fondamentali ai cittadini proprio quando questi cittadini sono "servitori dello Stato". Questa concezione pare consegnata ad altre fasi storiche, dove i servitori dello Stato erano in genere "cittadini" non in virtù dei diritti costituzionali ma di privilegi di censo, di cultura, di status. Oggi è lo Stato a promettere e garantire i diritti di cittadinanza: e non potrebbe certo tradire questo impegno di massima rilevanza giuridica nel momento in cui utilizza il lavoro dei propri cittadini, selezionando i più meritevoli e pretendendo da loro il massimo impegno. Si può perciò

<sup>(49)</sup> Qualche giovane e brillante studioso si spinge addirittura a parlare del dovere di garantire il "benessere organizzativo", ricavandone però la rilevanza giuridica dalla legislazione ordinaria: v. NICOSTA, *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche*, Giappichelli, 2012.

I capire che emerga una disciplina diversificata del contratto di lavoro pure privatistico ma assoggettato a leggi che ancora hanno a cuore la pari dignità dei contraenti, seppure combinandone la tutela con il perseguimento dell'interesse pubblico, inteso come soddisfacimento dei diritti dei cittadini nella concreta azione quotidiana.

## PRIME OSSERVAZIONI SULLA LEGGE 30 OTTOBRE 2013, N. 125

DI ALBERTO TAMPIERI

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. La riduzione della spesa per incarichi e consulenze. — 3. I limiti all'applicazione della riforma delle pensioni (d.l. n. 201/2011) ai dipendenti pubblici. — 4. Il lavoro flessibile nella P.A. e i nuovi limiti: le modifiche all'art. 36 d.lgs. n. 165/2001. — 5. Il reclutamento "ordinario". — 6. Il diritto allo scorrimento delle graduatorie. — 7. La riapertura delle procedure di stabilizzazione. — 8. Segue: le "nuove" stabilizzazioni e la (confusa) situazione degli enti locali. — 9. Ulteriori osservazioni. Le assunzioni a *part-time*. — 10. Conclusioni.

### 1. Introduzione.

Il d.l. 31 agosto 2013, n. 101, convertito dalla legge 30 ottobre 2013, n. 125, intitolato « Disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione delle pubbliche amministrazioni », è un testo impegnativo, assai corposo e soprattutto di difficile lettura.

La legge in questione pare destinata, almeno potenzialmente, ad avere un impatto notevole sull'assetto del lavoro pubblico, specie per quanto riguarda i meccanismi di ingresso (o, come correntemente si dice, di "reclutamento") nell'amministrazione; ciò a dispetto della presentazione in termini "minimalistici" che il Governo ha scelto di offrire ai destinatari e agli utenti <sup>(1)</sup>.

In queste brevi note cercherò di dar conto soltanto di alcuni punti qualificanti della legge, particolarmente in tema di assunzioni e di tipologie contrattuali, tralasciando altri aspetti più tecnici, anche se non meno interessanti <sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> Nell'introduzione alla "Guida al decreto legge 101/2013" che può leggersi in [www.funziionepubblica.gov.it/media/1104726/guida\\_decreto\\_legge\\_101\\_2013.pdf](http://www.funziionepubblica.gov.it/media/1104726/guida_decreto_legge_101_2013.pdf) (consultato da ultimo in data 13 febbraio 2014), il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione afferma che "è un testo che non ha la pretesa di realizzare una riforma epocale, come troppe ne sono state annunciate, senza che in concreto siano state tali. È piuttosto un contributo serio e importante alla normalizzazione di un settore — il pubblico impiego — che ha immediato bisogno di tornare efficiente e competitivo (attraverso l'abbandono di strumenti straordinari)".

<sup>(2)</sup> Merita accennare almeno alla vicenda che ha coinvolto la Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle P.A. (CIVIT) di cui