

Il Parere del Comitato Unico di Garanzia

negli Atti dei Datori di Lavoro Pubblici sottoposti all'Esame del Comitato

di Franco Monopoli*

Per comprendere la natura giuridica del Parere del Comitato Unico di Garanzia (CUG) occorre ricostruire la sua corretta imputazione tecnico giuridica nel sistema delle procedure amministrative poiché il Comitato è chiamato ex Lege ad esprimere un parere "obbligatorio ma non vincolante" sugli atti sottoposti al suo esame dall'amministrazione precedente.

Il parere "obbligatorio ma non vincolante" è reso da un organo dell'Amministrazione Consultiva, quale è il CUG che, grazie ad un approccio olistico viene disatteso dalle PP.AA. fino ad essere relegato a un mero ossimoro amministrativo tanto che, non essendo vincolante lo si supera a piè pari ritenendosi un inutile appesantimento istruttorio, come talvolta è considerato orpello il CUG stesso, residuo arcaico di una stagione consociativa superata nel mondo del lavoro pubblico anche in ragione dell'origine degli Enti Bilaterali, quali erano i Comitati delle Pari Opportunità ed altri unificati dall'art. 57 del TUIP.

Una questione "latebrosa" - questo è il termine che Agostino di Ippona - Dottore della Chiesa - usa per indicare tutto ciò che nasconde qualcosa.

Come nella Lettera Rubata di Edgar Allan Poe, che è sotto gli occhi di tutti, ma mirabilmente occultata perché collocata in modo da non essere vista, perché troppo visibile, e che mutata la prospettiva, riappare nello stupore generale della sua invisibilità.

È qui di nascosto, ma più esattamente dovremmo dire ignorato, è il concetto stesso di parere obbligatorio ma non vincolante cioè quel parere la cui acquisizione è prescritta dalla legge a pena di illegittimità del provvedimento e che l'amministrazione precedente deve richiedere anche laddove sia riferibile a procedimenti amministrativi identici ad altri già conclusi e in costanza dei quali si era già ottenuto il parere dovuto.

Il tratto distintivo dei pareri obbligatori risiede nella coazione alla richiesta dell'organo attivo, priva di spazi liberi nell'an, ferma restando l'assenza di vincoli di contenuto (del quid o quomodo).

Dai pareri obbligatori vanno enucleati i pareri "vincolanti", che ricorrono quando l'organo di amministrazione attiva è obbligato, oltre che alla richiesta, a conformarsi ad essi. In tal caso si evidenzia tradizionalmente la partecipazione dell'organo "consulente" alla fase decisoria (si parla infatti di "atto complesso"); in realtà, residua un sia pur limitato spazio operativo di autonomia dell'organo richiedente, che a fronte di parere non condiviso può decidere di non emanare l'atto alla cui adozione il parere vincolante è preordinato.

Ripristinato il corretto quadro ermeneutico del parere si può riprendere la trattazione del tema.

Le sempre più pressanti esigenze di ottimizzare l'azione amministrativa e di erogare idonei e soddisfattivi servizi alla collettività è sovente fonte di discriminazioni di genere, abusi, vessazioni e

molestie a lavoratori e lavoratrici, di qui da circa un ventennio leggi, decreti, direttive ministeriali e Ccnl hanno previsto organismi interni di tutela, codici di condotta e buone prassi al fine di addivenire ad un sano ambiente di lavoro.

La natura di parere obbligatorio del CUG

Ricostruita in termini soggettivi la natura giuridica del Comitato, che è sistematicamente riconducibile agli organi collegiali della Pubblica Amministrazione si può completarne l'analisi, descrivendone le funzioni amministrative proprie da cui emerge inequivocabilmente che i pareri emessi dai CUG hanno carattere obbligatorio, seppur non vincolante, in quanto espressivo di funzioni legalmente tipizzate.

Non è invece in alcun caso sostenibile che l'attività consultiva dei CUG possa considerarsi come una resa di pareri facoltativi, poiché tale ultima evenienza si realizzerebbe solo quando la richiesta dell'atto consultivo da parte dell'amministrazione decidente non fosse imposta dalla legge.

A sostegno di tale tesi della inderogabilità delle norme relative ai CUG, va osservato come le Linee guida, specificando e predeterminando le modalità e i casi in cui sia necessaria la consultazione del comitato (in particolare, che il medesimo vada invitato al preventivo consulto ogni qualvolta si debbano adottare atti interni nelle materie di sua competenza; soprattutto quando questi comportino atti organizzativi e datoriali di carattere unilaterale, dove non possono intervenire accordi con le OO.SS. e con le RSU) ricordano i regolamenti, in quanto, come questi ultimi, contengono norme dirette a disciplinare in via generale ed astratta la fattispecie individuata dalla norma primaria, della quale sono completamento e integrazione.

Nel caso di specie, le linee poste con la Direttiva 4 marzo 2011 realizzano il dettato dell'art. 57 del d. lgs. n. 165/2001. Poiché l'art. 2 comma II del decreto attribuisce espressamente carattere imperativo alle disposizioni in esso contenute, si potrebbe essere tentati di considerare tali anche le norme dettate dalle linee guida; invero, tale estensione potrebbe limitarsi alla sola norma che ha attribuito la competenza alla loro emanazione. Può invece essere rilevato il loro carattere imperativo, trattandosi di disposizioni indirizzate a pubblici dipendenti, che prevedono, inoltre, conseguenze e sanzioni per la loro mancata attuazione.

L'omessa richiesta del parere del CUG

In particolare, nel silenzio delle linee guida ministeriali, le sanzioni per l'omesso parere del CUG devono essere riprese dalla disciplina generale contenuta nella legge sul procedimento amministrativo del 1990, segnatamente con riferimento all'annullabilità ed alla nullità degli atti amministrativi, adottati in difetto del dovuto parere dell'organo a ciò deputato.

Nel caso di specie, alla luce dell'art. 21 octies comma I della citata legge n. 241/1990, richiamando altresì la tassonomia delle funzioni del CUG, si osserva che gli atti di (ri)organizzazione dell'amministrazione e gli atti di pianificazione-programmazione, se emanati omettendo l'acquisizione del parere del CUG, sono passibili di illegittimità e pertanto annullabili in base

parametro del vizio di violazione di legge. Inoltre, la patologia di tali atti può verificarsi anche sotto il profilo di altro vizio invalidante, ossia quello dell'eccesso di potere, nella figura sintomatica del deficit di istruttoria, allorquando, senza giustificato motivo, si addiende al varo di regolamenti e provvedimenti decisorii e definitivi, senza che sia stata condotta una completa ed esaustiva indagine procedimentale.

Obbligo di motivazione degli atti a contenuto difforme dal parere del CUG

Pertanto, quantunque sia vero che il parere del CUG sia obbligatorio ma non vincolante, per principio generale sotteso ad eminenti ragioni di trasparenza amministrativa, qualora l'ente decidente si discosti dall'atto di opinione espresso da tale organo consultivo, esso è tenuto a motivare le ragioni del non accoglimento del parere medesimo; ciò poiché gli atti interni, come le circolari e le direttive, seppur privi di valenza regolamentare, producono un principio di vincolo dal quale è possibile discostarsi (ad es. perché reputate *contra legem*) solamente motivandone adeguatamente e puntualmente le ragioni di tale scelta.

Similmente, valgono tutte le altre considerazioni riferibili all'attività amministrativa a carattere unilaterale svolta dai CUG (cd. Attività autoritativa *jure imperi* di macro-organizzazione) che, come tale è sindacabile innanzi al giudice amministrativo.

Validità dei contratti collettivi integrativi di lavoro

Per quanto concerne cd. "attività *more gestionis*" di micro-organizzazione, le conseguenze sanzionatorie per l'omissione del parere obbligatorio dei CUG, potrebbero riverberarsi anche nella sfera dei rapporti negoziali dell'amministrazione, più propriamente in quella della contrattazione collettiva integrativa. In tal senso, l'inadempimento incorrerebbe nell'ipotesi prevista dall'art. 1418 comma I del Codice civile, il quale prevede la nullità degli atti privatistici per violazione delle norme imperative e la loro conseguente sindacabilità innanzi al giudice ordinario.

Ulteriori conseguenze della mancata richiesta di parere

Le problematiche appena descritte non investono solo la legalità e impugnabilità dei provvedimenti emessi o da emettere, ma investe altresì altri delicati aspetti legati alla correttezza, alla coerenza e alla opportunità dell'azione amministrativa. Si osserva, in particolare, che, quando l'istruttoria amministrativa è scarna o incompleta per la mancata acquisizione di valutazioni che potevano essere espresse in sede di rilascio di parere obbligatorio, ne risente anche la qualità, la pregevolezza e la virtuosità delle determinazioni assunte, con evidente *vulnus* per il buon andamento dell'azione amministrativa.

Né può addursi a giustificazione della mancata richiesta di rilascio di parere, la necessità di accelerare e velocizzare la conclusione dei procedimenti e regolamenti, in quanto l'esigenza di speditezza del fare amministrativo non può andare a detrimento delle garanzie di legge, poste a presidio del pubblico interesse e di un equilibrato rapporto tra uffici.

Infine, si deve ricordare che le suddette carenze appaiano rilevanti per la sussistenza di aspetti e profili di responsabilità dirigenziale e di valutazione della performance del management e degli uffici di più stretta collaborazione, ove concorrenti nell'omissione.

Il parere CUG come strumento utile alla buona fede e correttezza delle amministrazioni

Ma in che termini si deve articolare, la prospettazione di un parere del Comitato Unico di Garanzia, quale strumento di controllo della discrezionalità del datore nelle materie che riguardano la dignità, la salute e la libertà dei lavoratori, perché impatti efficacemente nelle suddette materie.

Nel settore pubblico contrattualizzato i rapporti di lavoro sono disciplinati dalle disposizioni del Capo I, Titolo II, del Libro V del Codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel D.Lgs. 165/2001 (art.2, comma II), tra le quali si possono in questa sede segnalare quelle dettate in materia di mansioni (v., rispettivamente, l'art.2103 c.c. e l'art.52 D.lgs. 165/2001). La legge 20/5/1970, n°300, e successive modificazioni e integrazioni (c.d. statuto dei lavoratori) si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti (art.51, comma II, D. Lgs. 165/2001).

I rapporti di lavoro sono regolati contrattualmente e le amministrazioni pubbliche garantiscono ai propri dipendenti parità di trattamento contrattuale e comunque trattamenti non inferiori a quelli previsti dai contratti collettivi (artt.2, comma III, e 45, comma II, D. Lgs. 165/2001).

Disciplinati da norme di diritto pubblico rimangono gli aspetti relativi alla c.d. macro-organizzazione: le amministrazioni pubbliche definiscono, secondo principi generali fissati da disposizioni di legge e, sulla base dei medesimi, mediante atti organizzativi secondo i rispettivi ordinamenti, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; determinano le dotazioni organiche complessive (art.2, comma I, D. Lgs. 165/2001).

Il potere organizzativo e direttivo del datore di lavoro pubblico è in primo luogo, vincolato al rispetto (non solo dell'art.97 Cost., delle leggi sull'amministrazione e di quelle sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa; non solo degli atti organizzativi di cui all'art.2, comma I, D. Lgs. 165/2001; non solo delle prescrizioni contenute nei contratti collettivi, ma anche) delle specifiche finalità sopraricordate.

Sono limiti generali al potere organizzativo e direttivo del datore di lavoro, tra gli altri, il divieto di atti discriminatori, il divieto di indagini sulle opinioni, il divieto di atti diretti ad impedire l'esercizio dei diritti dei lavoratori all'interno dei luoghi di lavoro, gli obblighi di protezione della persona del lavoratore desumibili dall'art.2087 c.c. e dalla legislazione speciale.

Sono limiti specifici, si è ugualmente detto, quelli espressamente previsti dalla legge o dalla contrattazione collettiva per i singoli istituti del rapporto di lavoro.

Nell'antica Roma la Fides era oggetto di culto, fatto risalire a Numa Pompilio, e veniva celebrata con cerimonie che prevedevano l'uso della mano destra avvolta in fasce, tanto da divenire consueto il fidem obstringere con la stretta delle mani destre.

La Fides publica dava forza vincolante agli impegni contrattuali stipulati mediante atto pubblico, il quale veniva garantito dalla forza della garanzia statale.

La bona Fides diveniva quindi concetto che esprimeva l'affidamento generalizzato nei riguardi di una città, dei suoi magistrati, dei suoi cittadini, facendo nascere un concetto di correttezza nei rapporti commerciali che reggeva il mondo del commercio.

Sono "limiti interni" quelli desumibili dai principi di correttezza e buona fede di cui agli artt.1175 e 1375 c.c.; clausole generali, queste, che si rivelano utili "soprattutto in relazione a certe zone franche di esercizio del potere direttivo, tali perché carenti di una disciplina legale (o contrattuale) espressa.

Al riguardo è stata proposta la seguente elencazione:

- a) esecuzione di prestazioni non previste, volte, come detto sopra, a salvaguardare un'utilità di controparte quando ciò non comporti un apprezzabile sacrificio: ad esempio, il venditore deve prestarsi a quanto necessario per correggere un errore nei dati catastali dell'immobile venduto;
- b) modifiche del proprio comportamento: ad esempio, l'obbligo di astenersi da un'osservanza di regolamenti e prescrizioni da parte del prestatore di lavoro talmente stretta da diventare ostruzionistica e da rendere così inutilizzabile la prestazione lavorativa;
- c) tolleranza delle modifiche di comportamento della controparte: ad esempio, la prestazione contrattuale viene eseguita in luogo diverso da quello previsto nei patti, ma ugualmente utile ed agevolmente accettabile per il creditore;
- d) obbligo di avvisi: ad esempio, il creditore che riceve un assegno in pagamento privo di firma per svista del debitore, è obbligato a segnalare la mancanza a quest'ultimo; oppure l'avvocato incaricato di una determinata azione, deve avvisare il cliente dell'inutilità, se ritenuta, dell'incarico affidatogli;
- e) esercizio di poteri discrezionali: esso deve essere svolto in modo tale da non aggravare l'utilità della controparte compatibilmente con il perseguimento dell'interesse proprio per il quale il potere è conferito. Un esempio di tale ultimo caso può trarsi proprio dall'esercizio dei poteri disciplinari nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato: "non bisogna abusare del potere" (disciplinare) "per sacrificare l'interesse del dipendente oltre quanto sia richiesto dall'infrazione commessa". Ciò si può ritenere avverarsi quando nei confronti di un dipendente si adotti un provvedimento di massima severità mai usata nei confronti di altri dipendenti in casi analoghi, oppure quando la sanzione sia inflitta in modi più penosi o offensivi del necessario (si fa riferimento alla categoria giurisprudenziale del così detto licenziamento ingiurioso), ecc.

Infine, merita di essere ricordato che, a proposito della definizione del principio di correttezza, viene ritenuto anche che la valutazione del rispetto di esso si debba compiere alla stregua dei costumi del traffico e dei valori obiettivi riconosciuti dall'ordinamento, fra i quali assumono un significato primario quelli espressi dalla Costituzione.

Si noti, da ultimo, come il principio di correttezza in giurisprudenza sia richiamato sovente in modo congiunto al principio di buona fede, in senso oggettivo, come endiade, col significato di norma di comportamento e con il richiamo, normalmente, ai generali articoli 1175 e 1375, Codice civile.

Buona fede e correttezza, allora, possono essere invocate come un limite interno all'esercizio dei poteri del datore di lavoro, ovvero come criteri atti a verificare che quei poteri non siano esercitati in maniera arbitraria o irrazionale, bensì in coerenza con la funzione per la quale essi sono riconosciuti dall'ordinamento".

L'indagine sulla coerenza tra esercizio del potere organizzativo e direttivo del datore di lavoro pubblico e la funzione per la quale tale potere è riconosciuto non può non tener conto del fatto che, ai limiti specifici propri di ciascun istituto (ad es. le "comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive" per il trasferimento), si accompagnano quelli che discendono dalla non libertà dei fini in concreto perseguibili, ovvero dalla necessità (legislativamente imposta) che determinazioni organizzative e misure per la gestione dei rapporti di lavoro siano in ogni caso dirette ad assicurare l'attuazione dei principi di cui all'articolo 2, comma I, D. Lgs.165/2001 (e, per implicito, quelli di cui all'art.97 Cost.) e ad assicurare la rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa.

Il potere amministrativo di emanare atti organizzativi ex art.2, comma I, D. Lgs. 165/2001 è dato a fini di effettiva "riorganizzazione" e per l'attuazione dei principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione di cui all'art.97 Cost., come specificati dall'ordinamento giuridico (art.1 legge 241/1990 e s.m., art.1, comma I e II, comma I, seconda parte, D. Lgs. 65/2001, etc.).

Usare un atto organizzativo per premiare o punire dirigenti e dipendenti in luogo degli strumenti (e con le garanzie procedimentali) all'uopo previsti dalla legge e dai contratti collettivi integra gli estremi dell'eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento; atto illegittimo, censurabile dal giudice amministrativo che venga adito per la tutela di interessi legittimi e censurabile ai soli fini della sua disapplicazione e ricostruzione del fatto o del rapporto come se l'atto organizzativo non esistesse, dal tribunale ordinario in funzione di giudice del lavoro, dovendo i tribunali applicare "gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi" (art.5 legge 20/3/1865, n°2248, All. E; art.63 D. Lgs. 165/2001)

Le determinazioni organizzative (e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro) sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro (art.5, comma II, D. Lgs. 165/2001; art.89, comma VI, T.U. Enti Locali).

Le stesse devono essere assunte "al fine di assicurare l'attuazione dei principi di cui all'articolo 2, comma I, e la rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa" nel rispetto delle leggi e degli atti organizzativi.

Esse sono altresì soggette ai limiti generali (ad es. divieto di atti discriminatori), a quelli specifici (dettati per ciascun istituto dalla legge e dai contratti) e a quelli derivanti dal rispetto dei principi di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 del Codice civile.

Usare determinazioni organizzative per premiare o punire dipendenti (in luogo degli strumenti e delle garanzie procedurali a tale scopo previsti dalla legge e dai contratti collettivi) costituisce cattivo esercizio del potere organizzativo datoriale, censurabile con ricorso al Tribunale ordinario in funzione di giudice del lavoro previo esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione.

Una recente sentenza (33964/2023) della Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, ha statuito che anche in fase di selezione del personale di candidati esterni per un certo incarico, secondo una disciplina paritetica di diritto privato, non si sottrae al controllo di legittimità nella conduzione delle operazioni di scelta, sotto il profilo del rispetto dei parametri di correttezza e buona fede, con riferimento, tra le altre ipotesi, al rispetto di regole procedurali fissate dalla stessa P.A. per tali operazioni, di eventuali prassi consolidate rispetto alle quali emergano deviazioni manifestamente ingiustificate o, ancor più, all'adozione di comportamenti indebitamente discriminatori.

In estrema sintesi, la PA anche nell'ambito del procedimento relativo a contratti di lavoro – in cui la parte di “selezione” è da ritenersi equivalente ad atto endoprocedimentale – non può essere ritenuta titolare di un agire discrezionale e insindacabile, ed anche nelle selezioni deve attenersi ai principi di cui all'articolo 1 della legge 241/90, che travalicano i confini della cornice di principi “del procedimento” amministrativo e che invece più propriamente devono ispirare l'agire complessivo della Pubblica Amministrazione e i Comitati Unici di Garanzia nel ruolo che la legge affida il corretto agire delle PP.AA.

Da questa breve disamina emerge un fatto: le norme che disciplinano il parere del CUG non sono effettive pertanto occorre elaborare una strategia ermeneutica che ne ripristini l'effettività e risolva il corto circuito istituzionale così creatosi.

L'auspicata effettività della resa dei pareri dei CUG

Nella Teoria Generale del Diritto come esposta da Hans Kelsen, “il diritto vale soltanto come diritto positivo, e cioè come diritto posto” pertanto, l'ordinamento giuridico è effettivo solo se “applicato e osservato” ed il diritto positivo “deve essere effettivo, ossia realmente applicato e osservato” sia “entro un ambito territoriale circoscritto, come il diritto statale”, sia “al di sopra di ogni confine territoriale, come il diritto internazionale”

La cultura giuridica italiana propende per la ricostruzione della necessità come fonte-fatto che si affiancherebbe alle fonti formali di normazione giuridica in ossequio alla natura primigenia del principio di effettività.

Con l'affermazione secondo cui *il diritto è quello che ha la forza di divenire e di imporsi come diritto positivo*, il giurista Santi Romano intende dire che qualora le norme formalmente approvate

"sulla carta", non risultino anche concretamente applicabili, non si può parlare di diritto in senso sostanziale.

Per ripristinare l'effettività del parere del CUG occorre ricorrere al concetto di eterogenesi dei fini coniugando due esigenze: lo scopo del datore di lavoro di rendere più efficace e produttivo l'andamento degli uffici favorendo il benessere organizzativo e lo scopo delle lavoratrici e dei lavoratori "soddisfatti " perché consapevoli dell'equilibrio sostanziale dei propri diritti e doveri conseguito con Comitati Unici di Garanzia che assicurino il contemporaneo perseguimento dei due scopi, attraverso l'effettivo esercizio della funzione consultiva assegnatagli dalla legge che li ha istituiti.

***Dott. Franco MONOPOLI:**

dirigente INPS,

componente CUG MIMS -DIFESA – GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA