

**IL LAVORO PUBBLICO
DIECI ANNI DOPO LA PRIVATIZZAZIONE:
CONFLITTUALITÀ, TENDENZE, PROSPETTIVE**

Valerio Talamo

Sommario: 1. Premessa. La filosofia della “privatizzazione”. - 2. Gli esiti della “privatizzazione”: il costo del lavoro pubblico. - 3. *Segue*: l’Aran e la complessa disseminazione dell’accordo del luglio 1993 nel lavoro pubblico. - 4. Il possibile *vulnus* delle progressioni professionali ... - 5. ... e qualche osservazione su reclutamento e giurisdizione. 6. Concludendo: il ruolo del conflitto nel pubblico impiego, un’amministrazione che deve fare il datore di lavoro ed un dirigente che deve fare il dirigente (con qualche osservazione sparsa su Aran e riforma costituzionale).

1. Premessa. La filosofia della “privatizzazione” (*)

“I Governi passano l’amministrazione resta”, recita un antico brocardo. Oggi quest’affermazione va attentamente verificata per esaminarne la permanente attualità.

Il nuovo sistema elettorale bipolare-maggioritario ha conferito una rilevante stabilità ai governi, mentre, di converso, le più recenti riforme nel lavoro pubblico hanno condotto la dirigenza ad una sconosciuta e diffusa precarizzazione (¹). Se si conviene in ordine all’esistenza di un rapporto di immedesimazione organica fra dirigenza e pubblica amministrazione, vale a dire che il dirigente impersona l’organizzazione pubblica, occorre sottoporre a revisione critica l’asserzione di partenza, la quale va comunque circostanziata, in quanto l’amministrazione, intesa come apparato organizzativo, procedure, assetti ed istituzioni di diritto positivo, è meno immobile di quel che sembri.

Si esamini il caso del lavoro alle dipendenze di amministrazioni pubbliche, che costituisce l’oggetto di questo studio.

Il modello tradizionale, basato sulla supremazia gerarchica del soggetto pubblico di derivazione ottocentesca, ha resistito fino a tempi insolitamente recenti. Il lavoro pubblico, costituito come ordinamento del tutto distinto dal gemello sistema privatistico del lavoro, dopo un lungo periodo di stasi vischiosa, in cui ha recepito solo le evoluzioni dettate dalla giurisprudenza creativa del suo giudice domestico, ha iniziato, a partire dagli anni Settanta, a subire l’urto di normative

* Ringrazio Antonio Aurilio, Sergio Gasparrini, Lorella Mastroianni, Paolo Matteini, Simonetta Pasqua, Maria Sant’Elia ed Antonio Zucaro per i loro commenti ad una prima versione di questo scritto.

¹ Cfr. per tutti S. Cassese, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 12, 1341.

che intendevano esportare logiche e comportamenti mutuati dal modello del lavoro civilistico. Si trattava, beninteso, di una strategia normativa di minimo spessore, mirante a sovrapporre le regole dei due sistemi senza mutare la filosofia pubblicistica di fondo. Il diritto del lavoro si è affacciato sul proscenio normativo del pubblico impiego quasi in punta di piedi ed ha operato in una posizione di integrazione subalterna delle fonti, assecondando gli assetti consolidati e determinandosi in maniera mediata.

Un esemplare mirabile di questa "tecnica" normativa è mutuabile dalla regolamentazione della materia sindacale.

Dopo la legge quadro sul pubblico impiego del 1983, in tutte le pubbliche amministrazioni la disciplina di determinate materie fu demandata ad accordi sindacali, sia pure in un modello ancora autoritativo e diseguale.

Si suole rammentare, sotto tale versante, la contaminazione fra diritto privato e diritto amministrativo che si determinava ogniqualvolta veniva stipulato un contratto collettivo che, in base alla legge quadro, non era mai direttamente efficace, in quanto presupponeva un regolamento amministrativo che lo recepisce, con il risultato di ibridare entrambi i modelli ⁽²⁾. Fu detto all'epoca che il contratto *si suicidava* per rinascere come regolamento ⁽³⁾, rimanendo un modulo negoziale preliminare all'atto governativo. La legge quadro era in effetti pervasa da un palese istinto compromissorio. Essa tentava la strada della contrattualizzazione del regime delle fonti ma senza assumerne le necessarie conseguenze, perpetuando il rapporto di lavoro pubblicistico e finendo col disegnare un processo codecisionale spurio, che si risolveva in una partecipazione istituzionale dei sindacati alla produzione di regolamenti amministrativi.

Il fronte in cui il sistema della legge quadro mostrò le più evidenti lacune fu, tuttavia, quello della spesa per il personale. Le risorse per i rinnovi contrattuali stanziati nella legge finanziaria costituivano una predefinizione liberamente integrabile nel contesto di una contrattazione tutta politica: non tetti di spesa, quindi, ma meri pavimenti sulla base dei quali avviare i negoziati, rendendosi

² L. FIORILLO, *Le fonti di disciplina del rapporto di lavoro pubblico*, Padova, 1990, 192.

³ U. ROMAGNOLI, *La resistibile ascesa del contrattualismo nel pubblico impiego*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 1980, 6, 184.

sempre possibile l'intervento a sanatoria del Parlamento. Naturalmente questo assetto, in unione con gli altri fattori di incremento della spesa pubblica (su cui infra), era alla base della continua rincorsa fra prezzi e salari e del progressivo aggravio finanziario per l'erario pubblico.

La generale riforma dell'amministrazione degli anni Novanta, che ha investito procedimenti, apparati, strutture, controlli e finanza pubblica, non ha lasciato immune il pubblico impiego.

In questo contesto cala la "rivoluzione" del decreto legislativo 29, norma a "formazione progressiva", costituita da due sequele di decreti legislativi che compongono rispettivamente la "prima" privatizzazione, che attua la "maxi" delega contenuta nella legge n. 421 del 1992, e la "seconda" privatizzazione, che si è svolta ai sensi della legge n. 59 del 1997.

Ognuna di queste leggi delega porta con sé un grappolo di decreti legislativi che, pur inserendosi nello stesso contenitore della privatizzazione (il d.lgs n. 29/1993), presentano, tuttavia, caratteristiche profondamente diverse, perché sono differenti gli intenti ed i contesti giuridico formali, ma anche politico istituzionali, delle due leggi da cui scaturiscono.

La prima legge delega è tutta ispirata ad una finalità che rimane interna alla pubblica amministrazione, essenzialmente mirante al contenimento della spesa pubblica.

L'obiettivo principale della legge n. 421 è di carattere macro-economico, in stretta correlazione con l'*humus* nel quale la stessa si ambienta. Essa si situa storicamente nel contesto di una crisi finanziaria acutissima, caratterizzata da una grave dinamica inflattiva, alla base delle drastiche politiche di risanamento economico (⁴).

La prima privatizzazione subisce i caratteri di questo obiettivo. Il sindacato accettò la politica di risanamento, nell'obiettivo condiviso del raggiungimento dei parametri dell'Euro (di raffreddamento dell'inflazione contro il deprezzamento

⁴ Tale crisi, ancora più grave in relazione ai processi di convergenza verso l'Unione Europea, com'è noto, costrinse il governo a richiedere un prestito alla CE di oltre 30.000 ECU, non a caso concesso a condizione che il nostro Paese si impegnasse ad interventi di politica economica finalizzati a mettere sotto controllo le voci strutturali di spesa, a partire proprio da impiego pubblico e pensioni. Cfr. A.M. GAIBISSO e R. RUFFINI, *L'Aran e l'evoluzione delle relazioni sindacali nel settore pubblico*, in *Azienda Pubblica*, 1997, 1.

della lira, di contenimento del deficit contro il grave indebitamento dello Stato, di contrasto di una fase recessiva contro una feroce crisi occupazionale), concertando l'accordo sulla politica dei redditi del 23 luglio 1993.

L'accordo triangolare del 1993 comportò anche per il lavoro pubblico l'eliminazione di ogni automatismo salariale (abolizione della scala mobile), mentre già in precedenza si erano andati progressivamente riducendo gli incrementi salariali automatici e le rivalutazioni delle retribuzioni per effetto di anzianità (scatti biennali o classi pluriennali), nonché i benefici collegati a legghine microsezionali e corporative per determinate categorie di personale ⁽⁵⁾. A sua volta la legge sulle qualifiche funzionali (la n. 312/1980) aveva tendenzialmente neutralizzato promozioni e passaggi di carriera, anch'essi vettori di incremento della spesa per il personale pubblico, riconducendoli alla dinamica concorsuale. Questo complesso di misure, com'è noto, permise di riportare sotto controllo la spesa per retribuzioni pubbliche e di ottenere un generale raffreddamento dell'inflazione, anche in concomitanza con una generale "moratoria" di un ciclo di contrattazione per tutti i dipendenti pubblici.

Per il pubblico impiego il *trade-off* interessò anche la privatizzazione, che per il sindacato significava essenzialmente "contrattualizzazione" ed espansione degli spazi di contrattazione collettiva, vale a dire enfattizzazione del contratto individuale, quale fonte costitutiva del rapporto di lavoro, e centralità del contratto collettivo, quale fonte regolativa in *itinere*. Contrattazione collettiva, quindi, non più espressione di potere amministrativo né più limitata da norme di attribuzione, come era avvenuto nella vigenza della legge quadro, ma fonte autosufficiente e manifestazione di quella libertà negoziale che riposa direttamente nell'articolo 39 Cost., il quale, per la prima volta nel lavoro pubblico, assumeva rilievo autonomo senza essere totalmente riassorbito e quasi

⁵ Al montante retributivo definito attraverso la contrattazione collettiva triennale della legge quadro andavano, infatti, aggiunti gli ulteriori fattori di incremento costituiti dai vari automatismi salariali (scala mobile e scatti di anzianità), le promozioni ed i passaggi di carriera nonché i benefici definiti da interventi *ad hoc* del Parlamento, che attribuivano vantaggi settoriali con leggi di favore per singole categorie di personale: questi interventi eteronomi, forniti di autonoma copertura, oltre a rendere rigogliosa la "giungla" dei trattamenti normo-retributivi del pubblico impiego, sganciati dalla contrattazione collettiva, agivano al di fuori dei vincoli di spesa per quella previsti.

stemperato nella riserva legale e funzionalizzata in materia organizzativa dell'art. 97.

Al centro del sistema risaltava anche il nuovo ruolo del sindacato, quale compartecipe necessario del governo del lavoro pubblico e quasi dotato di un potere di intermediazione.

Nel momento in cui si concertava con il sindacato una politica salariale di contenimento e moderazione (blocco quadriennale della contrattazione collettiva, eliminazione della scala mobile e degli automatismi salariali, riduzione delle legghine e tendenziale eliminazione dei passaggi di carriera), si devolveva al contratto collettivo il compito di ottenere ciò che prima veniva realizzato in modo automatico o semi automatico. Spetta da ora in poi al contratto collettivo recuperare l'inflazione, riconoscere gli incrementi salariali, regolamentare la carriera, mentre è solo la legge finanziaria che può attribuire aumenti aggiuntivi per talune categorie di dipendenti pubblici. Inoltre il contratto collettivo viene abilitato a gestire il graduale riassorbimento nel diritto comune della normativa unilaterale preesistente al 1993, con il riconoscimento di una inedita forza che lo porta ad imporsi, a determinate condizioni, sulle leggi successive in materia di rapporto di lavoro pubblico (artt.69, comma 1, e 2, commi e 3, del d.lgs n.165 del 2001).

In nuovo ruolo della contrattazione è, a sua volta, assunto nel contesto di un sistema di governo "compartecipato" del lavoro pubblico, in cui il sindacato esercita un potere importante nell'allocazione e nella distribuzione delle risorse, non solo finanziarie, negli esclusivi limiti del vincolo di bilancio complessivo (⁶).

Per la parte pubblica, accanto all'obiettivo macro-economico di razionalizzazione e risparmio della spesa pubblica, emergeva quello della produttività del sistema amministrativo.

L'idea, molto semplicistica, era quella di un'estensione quasi automatica del modello privato al pubblico impiego, alla cui base vi era una sfiducia congenita della gestione politica della cosa pubblica (da cui, fra l'altro, l'enucleazione forte

⁶ Vedi sul punto, molto efficacemente, A. ZUCARO, *Relazioni sindacali e carriere del personale nelle amministrazioni pubbliche*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2004, 1, 314.

del principio di distinzione fra politica ed amministrazione) ed un diffuso *peana* circa le virtù del modello privatistico in termini di flessibilità, economicità, efficienza e responsabilizzazione dei soggetti. È vero che sussisteva una discrasia: il Paese, fra le prime potenze mondiali a livello economico nel settore privato, si situava invece probabilmente nella seconda o nella terza fascia in termini di efficienza, economicità, efficacia dei servizi pubblici. Si affermò allora quell'equazione fra privatizzazione e modernizzazione, con l'esportazione al lavoro pubblico delle stesse regole tendenziali che governano il sistema dell'impresa, a partire da quelle giuridiche: codice civile e contrattazione collettiva. La privatizzazione, cioè, diveniva una tecnica, innanzitutto normativa, per razionalizzare una macchina burocratica attardata e attardante "in grado di occultare, sotto l'alibi di una legalità formalista, un'improduttività ed anti-economicità di base" ⁽⁷⁾. Tale operazione ha subito rivelato una difficoltà congenita, collegata alla tecnica prescelta per privatizzare. Questa incide sul rapporto di lavoro ma il soggetto del rapporto ne resta indifferente. L'amministrazione datrice di lavoro, cioè, resta pubblica e pubblici rimangono i suoi dipendenti, con una complessa ricaduta sul piano della disseminazione del diritto comune nelle pubbliche amministrazioni, tenute comunque a confrontarsi con i limiti costituzionali, primo fra tutti quello di buon andamento e di imparzialità, ma anche con l'anomalia di un diritto privato senza mercato, quel mercato che nel settore privatistico costituisce il controllore finale delle scelte effettuate ed un po', quasi, il termometro della resa delle politiche imprenditoriali. La circostanza per ultimo segnalata imporrebbe quantomeno di ripensare l'automatismo, sotto il versante dell'estensione della managerialità privatistica, come se quest'ultima costituisse un presupposto universale ed autoreferenziale. Soprattutto rivela l'obiettivo difficoltà di una convivenza, fra pubblico e privato, che dispiega tutta la sua ambiguità in quelle zone di confine in cui si misura l'estrema difficoltà - teorica e pratica - di tener distinte le due aree pubblicistica e privatistica, con un'immediata ricaduta anche sul regime giuridico applicabile, attesa comunque la finalità pubblica perseguita che

⁷ F. CARINCI, *Una riforma "conclusa" fra norma scritta e prassi applicativa*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2004, 3-4, 329; L.

giustifica, sia pure con un'intensità diversa, la permanente sfera di influenza dell'art. 97 della Costituzione (ma su queste criticità si tornerà in seguito).

La seconda delega, quella "propedeutica" ai decreti della seconda privatizzazione (dd.lgs n. 396/1997, n. 80/1998 e n. 387/1998), invece, insiste su diversi obiettivi⁷ che trascendono l'amministrazione come apparato a sé stante, investendo il sistema amministrativo, il sistema politico e la società, nel loro complesso e nelle loro relazioni.

La legge n. 59 del 1997 si situa sull'*acquis* del federalismo possibile a Costituzione invariata e reca fra i suoi obiettivi principali, la deconcentrazione, la deregolamentazione, la semplificazione, la finalizzazione dell'azione amministrativa a risultati ed obiettivi. Tutti elementi che, come ricordava ancora Massimo D'Antona, si presentavano come obiettivamente incompatibili con il mantenimento dell'ordinamento separato del pubblico impiego⁽⁸⁾.

La l. n. 421/1992 ed il d.lgs n. 29/1993, in realtà, avevano fatto qualcosa di estremamente importante anche sul piano delle *istituzioni* del lavoro pubblico. Sul piano delle relazioni collettive, per esempio, avevano letteralmente *escogitato* l'Aran, formidabile fattore di trasformazione dell'*input* pubblicistico, espresso dalla direttiva governativa per la contrattazione, in *input* privatistico, tramite il contratto collettivo *di diritto privato*⁽⁹⁾, nonché elemento di depoliticizzazione della stessa contrattazione, se non altro perché poneva (*rectius* dovrebbe imporre) una distanza di sicurezza fra Palazzo e tavoli contrattuali.

L'Aran è una creatura della prima riforma del lavoro pubblico, un vero capolavoro di ingegneria istituzionale. Anteriormente negoziava direttamente la parte politica, vale a dire i ministri responsabili in composizione variabile. Ma i ministri obbediscono, occorre rammentare con antropologico realismo, per lo più a logiche politiche (se non addirittura clientelari) per catturare un consenso sociale che di per sé costituisce una risorsa elettorale ed in ogni caso, come affermava Umberto Romagnoli, sono poco propensi a pronunciare dei "no" impopolari nei

TORCHIA, La responsabilità dirigenziale, Padova, 2000, 25.

⁸ M. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle "Leggi Bassanini"*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1998, 1, 35.

confronti di un interlocutore pregiato, e tanto più importante in quanto rappresentativo di importanti comunità di lavoratori, come quello sindacale ⁽¹⁰⁾. Il confronto era fatalmente destinato a diventare politico, data l'importanza della posta in gioco che interessa i contratti di oltre tre milioni di dipendenti pubblici.

Costituire l'Aran significava quindi creare una sorta di diaframma istituzionale, fornire *ex lege*, ad un soggetto quasi terzo, anche se non indipendente ⁽¹¹⁾, un mandato obbligatorio a negoziare per le pubbliche amministrazioni, sottraendo tale competenza ai Ministri politici naturalmente permeabili alle sollecitazioni della parte sindacale nell'ambito di una contrattazione altrimenti tutta politica.

Anche con riferimento al ruolo dell'Aran nel sistema si percepisce il *discrimen* fra le due privatizzazioni.

L'Aran del primo decreto 29 era espressione di un'istanza centralistica e di un principio statocentrico, si presentava come organo tecnico della sola Presidenza del consiglio ed operava in un sistema di rappresentanza ancora costituito in funzione del modello ministeriale, senza alcuna forma di coinvolgimento delle amministrazioni pubbliche (se si eccettuano le limitate forme di interpello di regioni ed enti locali). Di conseguenza, essa riceveva un'unica direttiva per la contrattazione di tutte le pubbliche amministrazioni che mortificava le istanze di decentramento e la differenziazione nei termini fisiologici dell'adattamento della contrattazione alle caratteristiche peculiari delle amministrazioni ⁽¹²⁾.

Nella prima fase della privatizzazione, quindi, l'obiettivo sotteso all'istituzione dell'Aran si esaurì con la costituzione di una distanza di sicurezza fra politica e

⁹ F. CARINCI, *op.cit.*

¹⁰ U. ROMAGNOLI, *Dieci tesi sul pubblico impiego*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981.

¹¹ Perché l'Aran è investita di funzioni e compiti di rappresentanza di parte, non è terza rispetto agli interessi in conflitto, non svolge compiti di regolazione e/o paragiurisdizionali, dipende dall'Esecutivo e dai comitati di settore (che rendono gli indirizzi cui la stessa deve conformare la propria attività e ne ratificano le scelte finali): insomma manca di tutti i requisiti e delle caratteristiche ascrivibili al *genus* delle autorità amministrative indipendenti secondo la configurazione riconosciuta dalla maggiore dottrina (cfr., in generale sulla materia, S. CASSESE e C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996).

¹² M. D'ANTONA, *Le fonti privatistiche. L'autonomia contrattuale delle pubbliche amministrazioni in materia di rapporti di lavoro*, in *Foro Italiano*, 1995, V, 29 (ripubblicato in M. D'ANTONA, *Opere. Volume quarto: Scritti sul pubblico impiego e sulla pubblica amministrazione*, Milano, 2000, 64). Questo assetto della contrattazione era alla base del famoso "effetto" fotocopia: i contratti della prima privatizzazione erano pressoché identici, essendo negoziati dalle stesse confederazioni maggiormente rappresentative, dalla stessa Agenzia negoziale di parte pubblica, sulla base della stessa direttiva unica per tutto il pubblico impiego.

contrattazione, per impedire le degenerazioni più evidenti sperimentate nel pregresso regime soprattutto sotto i profili incidenti sulla spesa per il personale pubblico.

Il riordino dell'Agencia, previsto dalla delega contenuta nella legge n. 59, pare invece alimentato, *anche da questo versante*, da un'istanza decentralizzatrice, in accoglimento del modello multi organizzativo avallato dalla legge. Se, cioè, la prima Aran è concepita sull'intento della depoliticizzazione delle relazioni sindacali e nell'ottica del controllo centralizzato delle masse salariali impegnate dalla contrattazione collettiva, la sua ristrutturazione è ispirata dalla consapevolezza del policentrismo del sistema amministrativo nonché dalla progressiva e diffusa insofferenza nei confronti "di uno Stato Padre-Padrone" ⁽¹³⁾. La seconda privatizzazione ha promosso in questa prospettiva le istanze associative e/o rappresentative delle amministrazioni dei diversi settori, le ha aggregate in comitati di settore ed ha conferito a tali organismi il ruolo ed i compiti di vera e propria associazione sindacale dei datori di lavoro pubblici, che rende i diversi indirizzi per la contrattazione, segue le trattative dell'Aran e ne ratifica l'attività contrattuale. La relazione istituzionale non è più (solo) fra Aran e governo secondo un modello relazionale biunivoco, ma si dipana in tante linee corrispondenti ai diversi comitati di settore previsti *ex lege*. L'Aran è quindi posta al centro di una rete complessa di relazioni soggettive in cui si stempera il monolitismo ed il centralismo governativo della precedente contrattazione e si riconoscono le esigenze di difformità contrattuale che fanno riscontro alle difformità organizzative delle amministrazioni pubbliche riassunte nei diversi comparti di contrattazione.

Gli altri effetti della prima privatizzazione erano connessi al trasferimento della giurisdizione.

Due giudici formano due diritti ⁽¹⁴⁾ ed uno dei corollari della privatizzazione, ma anche uno dei suoi presupposti a fini di effettività, era quello per il quale se

¹³ U. Romagnoli, *Commento all'art. 50 del d.lgs n. 29 del 1993*, in A. CORPACI, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 1999, 1356.

¹⁴ U. ROMAGNOLI, *La nuova disciplina del pubblico impiego. L'improbabile addio del giudice amministrativo*, in *Lavoro e diritto*, 1994, 3.

privato è il diritto, privato deve essere anche il giudice. Ma dopo aver previsto il trasferimento di giurisdizione il decreto legislativo 29 non lo strumentava, non prevedeva né mezzi di deflazione né una data certa per il trasferimento, né, infine, un regime transitorio per i procedimenti pendenti: in definitiva si limitava a enunciare una volontà senza attrezzarla adeguatamente, in termini normativi, organizzativi e strutturali. Ma non si possono ipotizzare riforme senza costruire le istituzioni che le rendono concretamente attuabili. Tant'è vero che, pian piano che si approssimava la data del trasferimento, questo era paventato da molti e dallo stesso giudice ordinario, tanto che il CSM pochi mesi prima dello scadere del termine di legge, pur senza attaccare frontalmente le coordinate della privatizzazione (come aveva fatto in precedenza il Consiglio di Stato con il famoso Parere sulla legge 421 ⁽¹⁵⁾), affermò in una risoluzione la propria contrarietà, argomentando su di un punto di sicuro impatto emotivo e di altrettanto sicura consapevolezza comune: l'insufficienza strutturale degli apparati della giurisdizione del lavoro ed il "precedente" della "privatizzazione" delle Ferrovie, con l'esponenziale moltiplicazione del contenzioso di tipo seriale ⁽¹⁶⁾.

Da questo punto di vista la seconda privatizzazione dopo aver costruito una giurisdizione di scambio per contrastare la contropinta della magistratura amministrativa (per esempio in materia di servizi pubblici e di urbanistica), ha accompagnato il trasferimento con l'adozione di un criterio di diritto intertemporale per i procedimenti pendenti ⁽¹⁷⁾ e, soprattutto, con una serie di mezzi di deflazione del contenzioso, nella forma di filtri individuali o collettivi ovvero alternativi e volontari alla giurisdizione. Questi, a ben vedere, non hanno

¹⁵ Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, Parere 31 agosto 1992, n. 142, in *Foro italiano*, 1993, II, 4.

¹⁶ Consiglio Superiore della Magistratura, Risoluzione del 20 dicembre 1995 (pubblicato in *Cons. Stato*, 1992, I, 1505, e commentato da M.G. GAROFALO, *Rapporti fra lavoro pubblico, giurisdizione e Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 3-4, 1996, 326). Con il passaggio della giurisdizione al giudice ordinario veniva meno il "paracadute" della giurisdizione esclusiva dell'AGA, con gli effetti *erga omnes* (non limitati alle parti in giudizio) delle pronunce, che si abbattevano, annullandole, sulle singole disposizioni del contratto collettivo. Il giudice amministrativo, in effetti, esercitava sui contratti collettivi poteri analoghi a quelli delle parti, potendo sopprimere o modificare norme contrattuali valide per interi settori delle pubbliche amministrazioni (sul punto, ampiamente, M. D'ANTONA, *Autonomia discrezionalità e vincolo di scopo*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1997).

¹⁷ In forza di tale criterio rimangono di competenza del giudice amministrativo solo le controversie inerenti al periodo del rapporto di lavoro dei dipendenti contrattualizzati successivo al 30 giugno 1998. Sul riparto di giurisdizione nel periodo

solo la finalità funzionale di deflazione del contenzioso, ma anche un ulteriore obiettivo di rivalutazione strategica della capacità di autogoverno delle parti negoziali della litigiosità che si produce a valle dei contratti collettivi. Ne deriva un regime a “forte evidenza sindacale”, immediatamente percepibile sia nel ruolo delle parti negoziali, sia nell’arbitrato (irrituale) previsto dai contratti collettivi, sia nell’originale procedura dell’accertamento pregiudiziale per l’interpretazione delle clausole controverse dei contratti collettivi (v. *infra.*, *Par.* 5).

La seconda privatizzazione non ha risolto invece sul piano normativo, e forse non poteva farlo, il problema connesso al rapporto fra organizzazione pubblica degli interessi e rapporto di lavoro privatizzato. In questa prospettiva la riforma si è limitata solamente a spostare un po’ più in là la linea di confine, che prima correva fra organizzazione e gestione del personale, ed ora invece risale dalla gestione fino alla bassa o micro-organizzazione, restando in regime palesemente pubblicistico solo la cosiddetta macro organizzazione, fermo restando che anche l’area data pacificamente sotto il dominio del diritto privato, deve essere, comunque, adattata alla finalità pubblica dell’art. 97 Cost. (cfr. il c. 1 dell’art. 5 del d.lgs n. 165/2001).

Allorquando si abbandona l’assetto teorico, permane, quindi, la stessa serie di problemi pratici già sperimentata durante il regime del “primo” decreto 29, ad esempio in tema di dirigenza o di riclassificazione professionale (in cui tuttora ferve il dibattito, anche giurisprudenziale, circa la collocazione della materia al di là dello spartiacque pubblicistico o privatistico, dalla quale derivano le connesse problematiche sulla spettanza della giurisdizione) ⁽¹⁸⁾.

transitorio, da ultima, Corte cost., ordinanza 6 luglio 2004, n. 214 (in *Lav. pubbl. amm.*, 2004, 3-4, 659, con commento di S. PASQUA).

¹⁸ Può essere utile ricordare che la sequela dei decreti legislativi costitutivi delle due privatizzazioni, innestatasi nella forma della novella sul corpo dell’originario d.lgs n. 29/1993 è, infine, confluita nel d.lgs n. 165/2001, in forza di un autonomo titolo di delega per la redazione di un testo unico delle norme sul rapporto di lavoro alle dipendenze di amministrazioni pubbliche (cfr. l’art. 1, c. 8, l. n. 340/2000, che a sua volta reiterava una precedente delega rimasta inesercitata). In realtà il d.lgs n. 165/2001 non attua interamente la delega per la redazione del testo unico, limitandosi ad una mera riedizione del d.lgs n. 29/1993, con le modificazioni e le integrazioni dei decreti correttivi successivamente varati, ed a qualche aggiustamento di *drafting*. Sulle ragioni del “mancato” testo unico si rinvia all’ampia bibliografia nell’appendice di quest’opera (v., *infra*, in *Appendice*, *Par.* 1.4).

2. Gli esiti della “privatizzazione”: il costo del lavoro pubblico

La “privatizzazione” del rapporto di lavoro pubblico ha conseguito gli obiettivi che si prefiggeva?

Si verificano di seguito tre aspetti: il costo del lavoro, con specifico riferimento alla contrattazione collettiva; l’assetto delle relazioni collettive alla luce delle caratteristiche del conflitto nel pubblico impiego, con specifico riferimento al ruolo dell’Aran e della Corte dei conti; il sistema delle progressioni professionali. Si affronteranno infine, sebbene solo in sede di conclusioni⁷ e quasi incidentalmente, le problematiche connesse con il nuovo assetto della dirigenza pubblica, la cui attività si interfaccia significativamente con i tre profili critici oggetto di trattazione principale, nonché taluni effetti della riforma in relazione agli ulteriori profili del reclutamento, delle flessibilità contrattuali e della giurisdizione.

Il costo del lavoro rappresentava una priorità. La razionalizzazione ed il contenimento della spesa per il personale pubblico erano posti al centro del sistema della prima privatizzazione, anche se l’obiettivo del rispetto degli equilibri di finanza pubblica rimane, in generale, una delle esigenze che informano tradizionalmente tutte le politiche sul lavoro pubblico (attualmente anche alla luce dei vincoli comunitari).

Al riguardo, il primo dato con cui occorre misurarci è quello ... dell’assenza di dati (¹⁹).

Il sistema non fruisce di dati fino in fondo attendibili per stimare se il costo del lavoro sia realmente sotto controllo, sia perché gli stessi non sono allineati, in quanto scontano l’utilizzo di parametri spesso discordanti, sia per il ritardo con cui sono resi disponibili che li rende spesso scarsamente utili per i fini per cui sono resi. L’Aran, che produce ogni tre mesi un rapporto sulle retribuzioni di fatto dei dipendenti pubblici, si appoggia - oltre che su proprie rilevazioni a campione - sui dati della contabilità economica nazionale dell’Istat e sui Conti annuali del Ministero dell’economia e delle finanze curati dall’Ispettorato generale per gli ordinamenti del personale della Ragioneria generale dello Stato.

¹⁹ In quest’opera, sul tema, si rinvia alla riflessione di A. AURILIO (v., *infra*, Cap. IV).

Tali rapporti sono tutti sfalsati almeno di un anno, a volte di due o di tre. Se mancano i dati aggiornati sull'andamento dei maggiori aggregati statistici che interessano il lavoro pubblico c'è il rischio che le quantificazioni non siano attendibili e che la stima delle risorse per la contrattazione collettiva, che deve trovare rappresentazione nei documenti di programmazione economico finanziaria, rimanga approssimativa. Detto diversamente, il ritardo ed il deficit di qualità ed attendibilità dei dati, risalenti nel tempo, influisce sull'esatta conoscenza della situazione del personale pubblico e ciò determina la carente rappresentazione contabile delle relative spese che, in ultimo, incide anche sull'impostazione delle politiche pubbliche in materia ⁽²⁰⁾.

Tale approssimazione rischia a sua volta di vanificare i presupposti dell'accordo sulla politica dei redditi del 23 luglio 1993, rendendo i recuperi salariali definiti contrattualmente aleatori nella relativa quantificazione. E' fin troppo semplice per il fronte sindacale contestare la validità delle quantificazioni - anche a fronte dei complessi criteri di calcolo previsti dal patto del 1993 - richiedendo incrementi sistematicamente superiori, dal punto di vista percentuale, rispetto a quelli offerti dal governo ⁽²¹⁾.

²⁰ Cfr. M. PIERONI, *Il costo del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, 5, 731. Tale rilievo è ricorrente nelle deliberazioni della Corte dei conti sulla quantificazione degli oneri contrattuali (cfr., fra le altre, Corte dei conti, sez. riun., nn. 13/99; 14/99; 18/99; 19/99; 23/99) e, da ultimo, si rinviene nella *Relazione sul costo del lavoro pubblico per gli anni 2001 e 2002*, adottata dalle sezioni riunite della Corte con la deliberazione n. 28/contr./cl/04, depositata il 22 luglio 2004. Le discrasie sulle quantificazioni, ovvero il mancato allineamento dei dati della Ragioneria e dell'Istat, sono ascrivibili oltre che alla diversa composizione degli aggregati esaminati, anche alla natura dei dati e alle relative modalità di acquisizione. Per esempio, sul piano della rappresentazione dei risultati di spesa, la contabilità nazionale fa riferimento a dati di competenza economica, mentre il conto annuale riporta dati di cassa tratti dai bilanci di ogni singola amministrazione, da cui discendono valori complessivi spesso non coincidenti.

²¹ Tale conflittualità si verifica praticamente nell'occasione di ogni rinnovo contrattuale a carattere retributivo, secondo la cadenza biennale ipotizzata dall'accordo del 23 luglio 1993. Emblematiche al riguardo sembrano le vicende connesse alle trattative in corso, relative ai contratti collettivi relativi al biennio 2004-05. Alla base delle attuali tensioni vi è, formalmente, il mancato recupero del differenziale relativo all'inflazione reale del biennio 2002-03, non calcolato nella relativa allocazione della legge finanziaria per l'anno 2004 (ma un anticipo sull'inflazione in corso di maturazione nel biennio 2002-03 era stato riconosciuto con il contratto collettivo del precedente biennio (v., *infra*, Par. 3)). L'incremento per il biennio trova attualmente copertura nella legge finanziaria per il 2004, che ha previsto uno stanziamento complessivo del 3,6% (derivante dalla composizione dell'inflazione programmata per il biennio 2004-05, secondo le previsioni del DPEF, dell'1,7 % e dell'1,4 % per i due anni di riferimento, cui va aggiunta una quota dello 0,2%, in ragione d'anno, destinata alla produttività, da redistribuire a livello aziendale. Cfr. l'art. 3, c. 46, della legge n. 350 del 2003). I sindacati richiedono, a loro volta, un incremento sul monte salari del biennio precedente dell'8%, in cui si computa anche il recupero dell'inflazione reale (derivante dallo scarto fra inflazione programmata ed effettiva del biennio precedente) nonché una diversa quantificazione dell'inflazione programmata del biennio 2004-05. Tale recupero viene rifiutato dal governo che eccepisce - sulla base dei dati di contabilità nazionale, dell'Aran, del Conto annuale - che le retribuzioni dei dipendenti pubblici, nel biennio 2002-03, sono cresciute, in termini reali, più dell'inflazione (considerando a tale fine anche l'incidenza della quota di retribuzione erogata a livello integrativo, su cui v., *infra* Par. 3); il sindacato

E' particolarmente grave, in questo specifico contesto, lo sfalsamento dei tempi di redazione del conto annuale edito dalla ragioneria generale dello Stato, perché questo è il documento contabile sulla base del quale viene disposto il finanziamento dei contratti collettivi in sede di legge finanziaria (previa la mediazione del Documento di programmazione economico finanziaria - DPEF per la quantificazione dell'inflazione programmata da anticipare), e sulla base del quale la Corte dei conti verifica la compatibilità finanziaria e certifica gli stessi contratti collettivi (²²). Dopo il d.lgs n. 29 del 1993, infatti, il costo del lavoro non è più una variabile indipendente, liberamente contrattabile come avveniva sostanzialmente nel pregresso regime. La contrattazione collettiva si deve ora attenere alle disponibilità predefinite in sede di legge finanziaria ed il costo del rinnovo è vincolato da tale disponibilità preventiva. In particolare, il DPEF definisce il tasso di inflazione programmato del biennio, cui deve uniformarsi la dinamica degli effetti economici della contrattazione, che assume rilievo ai fini della quantificazione degli stanziamenti della legge finanziaria. Successivamente, in sede di certificazione dei costi contrattuali, la Corte dei conti per *ogni* contratto collettivo valuta la compatibilità finanziaria e la compatibilità economica, che devono tener conto di tale dinamica (art. 47, commi da 5 a 7, del d.lgs n.165/2001).

La certificazione della Corte dei conti assume un rilievo particolare nel contesto del sistema complessivo di controllo e valutazione della spesa per il personale pubblico.

però contesta le predette quantificazioni opponendo i risultati delle analisi di altri centri studi (EURISPES, IRES CGIL), che tuttavia utilizzano parametri ancora diversi. Da parte sua, il ddl finanziaria per l'anno 2005, approvato in sede preliminare dal governo, ha previsto un incremento degli stanziamenti solo nella misura dello 0,1%, derivante dalla corrispondente correzione al rialzo dell'inflazione programmata per l'anno 2005 effettuata dal DPEF 2005-2008. Risulta chiaro che in questo quadro l'allentamento della tensione e lo sblocco della fase di stallo delle trattative, a fronte di dati tanto diversi e contraddittori e quindi controvertibili, potrà seguire le vie di una composizione esclusivamente politica (ma tale circostanza avverte nuovamente della crisi del sistema dell'accordo di luglio che, per evitare derive inflazionistiche tutelando nel contempo il potere d'acquisti dei salari, ancora i rinnovi contrattuali a precisi parametri teoricamente quantificabili; v., *infra Par. 3*).

²² Cfr. l'art. 60 del d.lgs n. 165/2001. Va rilevato che a partire dell'anno 2002 la Ragioneria generale dello Stato adempie all'onere di legge in maniera più tempestiva, anche per le innovazioni al sistema informativo del Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato collegate all'introduzione del SI.CO. (Sistema COscrittivo del Personale Dipendente dalle Amministrazioni Pubbliche), curato dall'Ispettorato Generale per gli Ordinamenti del personale e l'analisi dei costi del lavoro pubblico (IGOP) e finalizzato a supportare con maggiore efficacia le esigenze informative e delle amministrazioni in materia di lavoro pubblico.

In via di dovuta sintesi ⁽²³⁾, la compatibilità economica misura la congruità del costo del contratto con riferimento all'inflazione programmata e reale, esaminando la coerenza tra le dinamiche contrattuali e quelle derivanti, come afferma la legge, dalle "linee di politica economica e finanziaria nazionale" rappresentate nei documenti di programmazione economico-finanziaria. In questo contesto avviene il confronto tra gli incrementi della retribuzione media stabilita dalla contrattazione ed il tasso di inflazione programmata, come individuato nei documenti di programmazione economico-finanziaria per il periodo di riferimento.

Successivamente, la Corte dei conti valuta la compatibilità finanziaria, vale a dire la copertura del contratto in relazione alle risorse allocate all'uso nella legge finanziaria e, per le amministrazioni del settore pubblico, nei bilanci degli enti. Naturalmente, propedeutica a tali apprezzamenti, è la valutazione *quo ante* dell'attendibilità delle stime effettuate dall'Aran, sulla base della razionalità delle metodologie adottate e della congruità dei calcoli effettuati.

Orbene, la Corte dei conti, molto saggiamente, aveva iniziato questa sua attività attuando una sorta di pedagogia, che pareva sintomo di sano pragmatismo. Avendo cognizione della complessiva crisi del sistema informativo per l'aleatorietà dei dati e della parallela difficoltà di ricostruzione dei flussi finanziari (soprattutto per il settore non statale), si rifiutava di negare la certificazione positiva affermando apoditticamente la mancanza di capienza ovvero la mancata compatibilità economica; rendeva piuttosto la sua certificazione in termini perplessi, circondandola di ammonimenti, riserve, precisazioni, osservazioni, raccomandazioni, considerazioni.

A partire da una certa fase, tuttavia, si avverte un mutamento di giurisprudenza. Quasi abbia preso atto che le mancanze del sistema sono patologiche, il giudice contabile ha iniziato a certificare negativamente, in successione, una serie importante di contratti collettivi, portando ad estreme conseguenze le risultanze che assumeva dalle informazioni in proprio possesso, a prescindere da ogni altra e diversa considerazione di politica del diritto. Tale situazione si è verificata,

²³ Si rinvia per un dovuto approfondimento sul tema nuovamente alle riflessioni di A. AURILIO, *infra*, Cap. IV

limitando l'elenco alla tornata contrattuale 1998-2001, con il contratto degli enti di ricerca, con il contratto del secondo biennio delle università (2000-01), per due volte con contratti di regioni ed enti locali ⁽²⁴⁾ e con il contratto del Coni ⁽²⁵⁾.

A fronte di una certificazione della Corte dei conti non positiva il sistema appare sprovvisto di strumenti.

La norma di riferimento prevede che la Corte dei conti produca una sorta di referto sull'attendibilità dei costi e sulla congruità degli stessi secondi i citati parametri; ma, da un lato questo referto non ha validità di scienza perché, come si è cercato di mettere in evidenza, i dati sono quantomeno confutabili, dall'altro non ha la capacità giuridica di bloccare l'*iter* del contratto, in quanto il controllo della Corte non ha carattere impeditivo e può essere "sublimato" dalla diversa volontà dei comitati di settore. Nei fatti, a fronte ad un contratto che la Corte

²⁴ Cfr. le adunanze delle sezioni riunite della Corte dei conti in sede di controllo (III collegio): per il contratto del personale non dirigente delle Regioni autonomie locali (biennio 2000-01), del 4 luglio e del 25 settembre 2001 (deliberazioni nn. 33/2001 e 48/2001); per il personale dirigente delle Regioni ed autonomie locali (biennio 2000-01), del 24 settembre 2001 e 28 gennaio 2002 (deliberazioni nn. 57/2001 e 5/2002); per il contratto del personale degli enti di ricerca (bienni 1998-1999 e 2000-01), del 29 novembre 2001 e del 13 febbraio 2002 (deliberazioni nn. 62/2001 e 10/2002); e, per il personale delle Università (biennio 2000-01), del 20 marzo e del 22 luglio 2003 (deliberazioni nn. 12/2003 e 37/2003). La prima certificazione non positiva di un contratto collettivo, successivamente alla riforma della procedura di contrattazione collettiva imposta dal d.lgs n. 396/1997, riguarda l'accordo quadro sul telelavoro del 23 marzo 2000 (sezioni riunite del 15 ottobre 1999, deliberazioni nn. 37/1999 e 2/2000). Nel biennio 2004-05 è, al momento, incappato nella certificazione non positiva il contratto del personale non dirigente del servizio sanitario nazionale (deliberazioni n. 7/contr/cl/04 del 5 aprile 2004 e n. 11/2004 del 28 aprile 2004). Tutti i rapporti di certificazione sono reperibili in www.corteconti.it.

²⁵ CCNL relativo ai dirigenti del Coni (bienni 1998-1999 e 2000-01), del 18 settembre e del 19 novembre 2002 (deliberazioni nn. 47/2002 e 54/2002). Attualmente il Coni, in conseguenza della trasformazione di cui al d.lgs n. 138/2002 (convertito con modificazioni dalla l. n. 178/2002), che ne ha mutato natura giuridica costituendo la CONI Servizi spa, non è più soggetto alle regole della contrattazione collettiva pubblica. Esso, invece, fino alla tornata 1998-2001 (con una "coda contrattuale" valida per il periodo contrattuale intercorrente dall'1 gennaio 2002 all'avvenuta privatizzazione) era ricompreso nel campo di applicazione dell'art. 70, c. 4, del d.lgs n. 165/2001, che prevede, per una serie di enti denominati "monocomparto", condizioni particolari di contrattazione, parzialmente derogatorie rispetto a quelle valide per le amministrazioni dei comparti. Questi enti, direttamente individuati dalla legge, ma in fase recessiva, sono collocati fuori dal sistema per comparti per le particolari caratteristiche e specificità nel regime delle attività esercitate, ma non anche fuori dal sistema della contrattazione collettiva, per cui stipulano propri contratti collettivi sia per i dipendenti che per il personale con qualifica dirigenziale (permangono attualmente in questo regime il Cnel, l'UNIONCAMERE, l'Agenzia Spaziale Italiana, l'ENAC e, nelle more dell'attuazione del d.lgs n. 257/2003 che ne dispone il riassorbimento nei comparti di contrattazione, l'ENEA). L'esistenza di tali enti è sovente criticata dalla Corte dei conti e, in effetti, costituisce un'anomalia del sistema e forse anche una superfetazione. La defatigante e farraginoso procedura per la stipula dei contratti nazionali (la stessa che si attiva per gli oltre 900.000 addetti del comparto scuola o per gli oltre 600.000 dipendenti di regioni ed enti locali), negli enti "monocomparto" si applica a poche centinaia di dipendenti pubblici. Ciò, oltre agli evidenti aggravi organizzativi, è alla base dell'irrazionalità connessa alla duplicazione, in sede integrativa, di una contrattazione che ha riguardo alle medesime materie nei confronti dei medesimi soggetti destinatari del contratto nazionale, con l'oggettiva difficoltà di tracciare una chiara linea di distinzione tra le materie da trattare nei diversi ambiti. Gli enti *ex art. 70, c. 4*, costituiscono, infatti, amministrazioni "compatte" senza quelle sedi periferiche che

dei conti non certifica, i comitati di settore ed il governo hanno *sempre* dato mandato all'Aran a sottoscrivere ugualmente il contratto collettivo (²⁶).

Naturalmente ben diversi sono gli effetti sul sistema nel caso di mancata certificazione sulla compatibilità finanziaria ovvero sulla compatibilità economica. L'attribuzione contrattuale di benefici economici superiori al semplice adeguamento delle retribuzioni ai parametri indicati nei documenti di programmazione economico finanziaria può, in effetti, rispondere ad una ben precisa strategia del decisore pubblico, nel caso in cui lo stesso intenda valorizzare segmenti organizzativi o linee di attività o categorie di personale attraverso benefici economici percentualmente maggiori rispetto ai tassi di inflazione. Ciò avviene ogni qual volta si attuano riforme strategiche ed organizzative in settori della attività amministrativa che dovrebbero comportare l'assunzione di nuovi compiti e maggiori responsabilità ed impegno per il personale coinvolto. In questi casi il governo ed i Comitati di settore "mettono in conto" il maggior esborso ed i rischi sottesi alla "violazione" dei parametri dell'accordo del luglio 1993, rappresentati essenzialmente dal pericolo di rincorse salariali fra le varie categorie di personale. Ben più grave risulta la certificazione di una mancata copertura del contratto, circostanza più probabile nel caso di enti non appartenenti al settore statale, il cui finanziamento, non più contenuto nella legge finanziaria, rimane a carico dei rispettivi bilanci (art. 48, c. 1, del d.lgs n. 165/2001; v., *infra*, Par. 4) (²⁷).

giustificano un secondo livello di contrattazione (v., da ultima, la *Relazione della Corte dei conti sul costo del lavoro pubblico per gli anni 2001 e 2002*, cit.).

²⁶ Nella prassi la procedura di certificazione della Corte dei conti viene ad essere scomposta in due sessioni di valutazione che si concludono con due distinte deliberazioni. La seconda è in verità solo eventuale, in quanto segue ad una prima certificazione non positiva "allo stato degli atti", con la quale la Corte esprime le proprie motivate riserve sull'ipotesi di contratto, richiedendo ulteriori elementi conoscitivi e/o valutativi all'Aran che si configurano il più delle volte come vere e proprie controdeduzioni. All'esito dell'ulteriore valutazione, la Corte "riferisce al Parlamento sulla definitiva quantificazione dei costi contrattuali, sulla loro copertura finanziaria e sulla loro compatibilità con gli strumenti di programmazione e di bilancio". A questo punto l'iniziativa torna all'Aran che, nel caso di certificazione non positiva, viene comunque investita dal comitato di settore (sentito il governo per le amministrazioni non statali), del mandato a sottoscrivere definitivamente il contratto.

²⁷ Il rischio più evidente, nel contesto di uno scenario caratterizzato dalla diminuzione del *trend* complessivo dei trasferimenti di risorse correnti agli enti diversi dallo Stato, è che i costi del contratto non risultino coperti dal bilancio dell'ente, con la necessità del futuro concorso, a consuntivo, dell'intervento finanziario statale per ripianare bilanci di amministrazioni od enti non in grado di sostenere le relative spese. Cfr. *Relazione della Corte dei conti sul costo del lavoro pubblico per gli anni 2001 e 2002*, cit.

Ma anche in questo caso la certificazione della Corte dei conti si riduce ad un mero avviso politico *a posteriori* al Parlamento di valore abbastanza simbolico, che avviene quando il contratto è già sottoscritto o è in procinto di esserlo.

Il modello di riferimento presenta, quindi, una contraddizione di fondo che pare un ulteriore effetto, in termini normativi, dell'intreccio fra una procedura che presenta ancora elementi pubblicistici e legificati (predeterminazione autoritativa delle risorse, legificazione del sistema contrattuale, delle procedure e dei soggetti, imposizione *ex lege* dell'associazionismo dei datori di lavoro pubblici) e la forma privatistica dello stesso contratto, espressione di una volontà negoziale, da salvaguardare ad ogni costo rispetto alle incursioni pubblicistiche ex art. 100 cost. della Corte dei conti ⁽²⁸⁾.

Il problema costituisce un aspetto che è ancora sul piano dell'ipotesi e della valutazione legislativa.

Al riguardo la legge finanziaria per l'anno 2002, per ovviare a quella che appare una vera lacuna di sistema, ha rafforzato i controlli dell'Esecutivo sui contratti delle amministrazioni diverse dallo Stato. Attualmente ogni contratto collettivo viene deliberato dal Consiglio dei ministri che può escludere, in caso di divergenza rispetto alle valutazioni del competente comitato di settore, ogni concorso da parte dell'erario statale alla copertura degli oneri contrattuali ⁽²⁹⁾. Ciò significa che la competenza della Corte dei conti è stata nei fatti avocata da una valutazione a monte effettuata dal governo (in realtà, dal Ministero dell'economia e delle finanze, che condiziona in modo decisivo la successiva deliberazione del Consiglio dei Ministri).

²⁸ Per la qualificazione del contratto collettivo del pubblico impiego quale contratto "nominato" di diritto privato, perché sussunto in una cornice legale *ad hoc* (predeterminazione dei soggetti e delle procedure; rappresentanza legale necessaria dell'Aran ai fini della sottoscrizione dei contratti collettivi; regole legali sulla rappresentatività sindacale) e perché ad esso è riservato dalla fonte legale il trattamento proprio degli atti normativi (efficacia *erga omnes* sulla base di un meccanismo legale compatibile con l'art. 39 Cost.; pubblicazione legale; ricorso per cassazione per violazione e falsa applicazione di norme collettive; accertamento in via pregiudiziale dell'interpretazione, validità ed efficacia di norme collettive come norme di diritto), si veda M. D'ANTONA, *Contratto collettivo, sindacati e processo del lavoro dopo la seconda privatizzazione del pubblico impiego*, in *Foro italiano*, 1999, I, 621.

²⁹ Cfr. il testo dell'art. 47 del d.lgs n. 165/2001 a seguito delle modifiche apportate dal primo comma dell'art. 17 della legge 28 dicembre 2001, n. 448. Anteriormente il Consiglio dei ministri deliberava solo i contratti delle amministrazioni dello Stato e gli altri comparti sottoponevano al governo solo gli indirizzi propedeutici alla contrattazione (cfr. anche il comma 1 dell'art. 47 rimasto immutato).

I motivi di questa evoluzione normativa non sono solo rapportabili al ruolo depauperato della Corte dei conti, ma ad una precisa dinamica della contrattazione collettiva nazionale.

L'ipotesi di contratto collettivo, quando perviene alla Corte dei conti per la certificazione, ha alle spalle mesi di defatigante contrattazione: essa è il risultato di composizioni spesso faticosissime da parte degli attori di contesto, i protagonisti ed i comprimari, quelli palesi e quelli occulti. Essa, poi, viene raggiunta con sistematico ritardo sui tempi teorici previsti dalla legge ⁽³⁰⁾.

In questa fase le parti sociali non accettano che si rimettano in discussione i contenuti di un atto collettivo che giudicano intangibile. Anzi, trasformano il controllo tecnico, della Corte dei conti, in un controllo politico e, in caso di valutazione negativa, ne scaricano le responsabilità sul governo, il quale, come in precedenza si è evidenziato, "sente politicamente" i contratti collettivi e, dal giorno successivo alla certificazione non positiva, è spinto per lo più a cercare di agevolarne la stipulazione. La valutazione della Corte dei conti, come configurata dalla legge, si alloca, in effetti, all'interno del processo di formazione della volontà negoziale di parte pubblica, laddove le organizzazioni sindacali giudicano tale volontà già definitivamente formalizzata attraverso la sottoscrizione dell'ipotesi di accordo. Il governo subisce allora la certificazione negativa non come un pur legittimo condizionamento della propria volontà negoziale, ancora non perfezionata in sede collettiva (ciò che avviene solo con la sottoscrizione definitiva dell'accordo), ma come un intoppo burocratico formale al quale occorre porre rimedio il più presto possibile in nome e per conto della *pax sindacale*.

Questo è un altro aspetto della deformazione del sistema: la Corte dei conti è divenuta solo un aggravio burocratico di un già defatigante *iter* negoziale. Allora i nuovi controlli del Consiglio dei Ministri prendono atto che il controllo della Corte arriva tardi, quando non appare più politicamente opportuno mettere in

³⁰ Non sembra anzi, da questo punto di vista, che il nuovo modello sia riuscito ad ovviare all'ineffettività dei tempi di contrattazione, alla base del processo "negoziale infinito ad esito incerto" della contrattazione della legge quadro (v. *infra*, Par. 3), su cui già M. D'ANTONA, *La contrattazione collettiva privatistica nelle amministrazioni pubbliche*, in G. ALLEVA, G. D'ALESSIO, M. D'ANTONA (a cura di), *Nuovo rapporto di lavoro nelle amministrazioni pubbliche*, Roma, 1995, 55.

discussione i contenuti del contratto e svela di converso il “nuovo” ruolo dei controlli della Corte dei conti, che si risolvono (*sic!*) in un mero ... aggravio procedimentale.

3. *Segue: l'ARAN e la complessa disseminazione dell'accordo del luglio 1993 nel lavoro pubblico.*

Il sistema risulta squilibrato anche per ciò che riguarda il ruolo dell'Aran.

Dopo la terza tornata contrattuale successiva alla privatizzazione il quadro delle regole appare già sufficientemente definito ed il contratto collettivo ha sostanzialmente perduto il precipuo carattere “normativo”. Esso dovrebbe assumere indole essenzialmente retributiva, limitandosi per il resto ad adeguare il contesto normativo alle norme legali nel frattempo intervenute, integrando la normativa in essere. Sotto il primo aspetto viene in rilievo la valenza redistributiva delle risorse previste dalle leggi finanziarie: il contratto anticipa l'inflazione programmata, recupera gli eventuali scostamenti fra inflazione programmata ed inflazione reale maturata nel precedente biennio (correggendo *a posteriori* le valutazioni all'epoca effettuate) e disciplina la produttività, finalizzando a tale scopo le risorse espressamente individuate per la contrattazione integrativa. Ma per tali compiti il tavolo contrattuale, in sede Aran, nasce “strozzato nella culla”, perché il cuore della vera negoziazione è già avvenuto in altra sede che non è quella istituzionale della contrattazione.

Viene così in luce una delle peculiarità della contrattazione nel lavoro pubblico, caratterizzata dalla predeterminazione autoritativa e preventiva delle risorse disponibili. La contrattazione avviene “a monte” e non “a valle” in sede Aran. Avviene a monte allorché occorre stanziare in sede di legge finanziaria le risorse, i cui incrementi percentuali vincolano direttamente le amministrazioni statali ed indicano la spesa massima sostenibile per quelle non statali, anche se la legge finanziaria stanziava solo le risorse contrattuali per le amministrazioni dello Stato e le altre debbono farvi fronte con oneri a carico dei propri bilanci (³¹).

³¹ Ciò avviene ai sensi dell' art. 48, c. 2, del d.lgs n. 165/2001, nel testo risultante dalla riscrittura operata dal d.lgs n. 387/1998 (emanato in attuazione della l. n. 59/1997), a mente del quale “per le pubbliche amministrazioni diverse dallo Stato gli oneri derivanti dalla contrattazione collettiva nazionale sono determinati a carico dei rispettivi bilanci. A partire

È in tale sede che si determina la vera frizione con le parti sociali, perché in sede Aran non ci sono più da definire le risorse -già conosciute e *pre* contrattate in sede di allocazione- né c'è più, come si è affermato, un "granché di normativo" da negoziare, in quanto le norme non sono più da costruire, ma casomai da aggiornare o adeguare in relazione agli eventuali problemi applicativi insorti.

Anche se, sia detto pur incidentalmente, non sembra proprio che le parti negoziali abbiano preso atto che il sistema delle regole è oramai completo (non si dimentichi che accanto e sopra i contratti agisce la normativa civilistica generale), e continuano a normare in modo a volte ipertrofico. L'Aran sembra sublimare in questa maniera lo svuotamento del proprio ruolo, mentre i sindacati possono assecondare il proprio protagonismo negoziale, spesso spingendo la contrattazione nella sfera organizzativa loro preclusa. L'assetto del lavoro pubblico, ipernormato, rimane fra l'altro maggiormente esposto alla procedura di interpretazione autentica su istanza giudiziale per l'accertamento delle clausole controverse (ex art. 64 del d.lgs n. 165 del 2001), che contribuisce all'overdose di contratti collettivi propria dell'ultima stagione contrattuale ⁽³²⁾.

dalla legge 23 dicembre 1999, n. 488 (finanziaria 2000), quindi, la legge finanziaria non contiene più l'indicazione delle risorse disponibili delle amministrazioni diverse dallo Stato, e demanda la quantificazione degli oneri contrattuali alle valutazioni dei singoli comitati di settore, fermo restando che la spesa per la contrattazione grava sui rispettivi bilanci (cfr. l'art. 19). La legge 28 dicembre 2001, n. 448, legge finanziaria per il 2002, introduce a sua volta, in modo espresso, il tetto-limite di spesa per i comparti non statali, vincolando la relativa contrattazione ai parametri previsti dagli strumenti di programmazione e di bilancio per i contratti dello Stato. Tale condizionamento quantitativo agisce nei confronti dei comitati di settore, tenuti ad uniformarsi in sede di redazione degli atti di indirizzo ai criteri indicati per le amministrazioni dello Stato (cfr. l'art. 16).

³² Riferisce la Corte dei conti che la tornata contrattuale 1998-2001 è consistita nella stipula di circa 140 accordi tipici, concernenti la disciplina normativa ed economica del personale dei comparti e delle aree dirigenziali, nonché di contratti di raccordo, sequenze successive, accordi di interpretazione autentica, contratti quadro per la definizione di indirizzi e tematiche generali. Tale ridondanza di tipologie contrattuali deriva in buona parte dal fenomeno delle cosiddette "code contrattuali", vale a dire dalla circostanza che, spesso, istituti non secondari, o addirittura l'intera disciplina economica e giuridica di determinate categorie di personale vengono stralciati dall'ordinaria contrattazione di comparto e rinviati ad apposite sessioni contrattuali ed accordi successivi variamente denominati (sequenze contrattuali successive, contratti di raccordo, contratti integrativi del contratto nazionale, accordi successivi, accordi riguardanti particolari tipologie di personale o particolari istituti del rapporto, ecc.). Nello specifico gli accordi di interpretazione autentica hanno spesso riguardato questioni marginali, con una evidente sproporzione tra la complessa e onerosa procedura e la oggettiva importanza della materia da trattare. Tutto ciò senza considerare l'incidenza della contrattazione integrativa - cui pure il sistema demanda la disciplina di aspetti non secondari del rapporto di lavoro e della determinazione del complessivo trattamento economico, compresa l'intera materia della retribuzione accessoria - che si sostanzia nella stipula di quasi 10.000 accordi al livello di ciascun singolo ente od amministrazione interessata (Corte dei conti, *Relazione sul costo del lavoro pubblico per gli anni 2001 e 2002, cit.*. Sul punto mi sia consentito anche il rinvio alle considerazioni in V. TALAMO, *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 5, 571).

Quella rappresentata è, in ogni caso, una delle caratteristiche peculiari del conflitto nel pubblico impiego, in cui le organizzazioni sindacali “contrattano” prima del contratto in sede di allocazione delle risorse della legge finanziaria e non con il soggetto a tale fine preposto, per cui la contrattazione torna completamente “politica”, si svolge in forme non giuridificate (nei modi della concertazione) e comunque non nelle sedi che l’ordinamento costituisce a tale scopo.

Né basta. La circostanza che si determini una fissazione “a priori” dei costi della contrattazione, favorisce una considerazione degli incrementi retributivi quali variabili indipendenti, utilità dovute a prescindere da ogni corrispettivo in termini di maggior produttività e di accresciuto rendimento delle amministrazioni. Quindi, non solo si sottrae il tavolo negoziale dell’elemento cruciale della negoziazione privata, ovvero della negoziazione del quantum, ma tale *quantum* viene ceduto senza contropartite, perché dato oramai per scontato all’atto della negoziazione vera e propria dall’organizzazione sindacale, che si concentra (se ne riscontra gli spazi) sulle risorse aggiuntive ⁽³³⁾. Ma soprattutto, come si è detto in termini generali, l’Aran - lasciata agire negli spazi interstiziali della contrattazione politica - assume un ruolo di per sé residuale. Ciò non avviene solo attraverso la dinamica delle risorse, ma anche in relazione all’emanazione degli indirizzi dei comitati di settore preliminari alla contrattazione. Tali indirizzi non si esauriscono necessariamente in un solo atto, né vengono predisposti sempre

³³ Lo stesso effetto si verifica con riferimento alla contrattazione integrativa, che dovrebbe avere nel sistema il delicatissimo ruolo di retribuire la “produttività”, nell’ottica dell’interesse organizzativo, dell’efficienza amministrativa e della meritocrazia. A partire dalla legge 23 dicembre 1999 n. 488 (finanziaria per l’anno 2000), le risorse per la contrattazione relativa ai rinnovi contrattuali del personale dipendente delle amministrazioni dello Stato sono già comprensive delle somme da destinare alla contrattazione integrativa (cfr. l’art. 19, c. 4); la legge 28 dicembre 2001, finanziaria per l’anno 2002, ha poi stabilito che tali stanziamenti costituiscono un tetto limite per le amministrazioni non statali, tenute ad adeguarsi, anche per la contrattazione integrativa, ai criteri individuati per le amministrazioni statali (cfr. l’art. 16, c. 7). Naturalmente anche in questo caso la predeterminazione delle risorse costituisce un limite per il negoziato, per la percezione di tali utilità come “dovute” a prescindere da ogni contropartita e slegate da ogni valutazione premiale-selettiva. Le norme delle leggi finanziarie che hanno imposto tetti di spesa alla contrattazione integrativa per tutto il settore pubblico, vincolando i comitati di settore ai criteri previsti per il personale statale, non sono state giudicate dalla Corte costituzionale lesive della sfera riservata all’autonomia regionale e degli enti locali ai sensi del nuovo art. 117 Cost.. Secondo la Consulta tali norme sono riconducibili al dominio della legislazione concorrente, *sub specie* dell’“armonizzazione dei bilanci pubblici e del coordinamento della finanza pubblica” e costituiscono normativa di principio e non di dettaglio, mirante all’obiettivo del contenimento della spesa corrente in linea con gli impegni assunti dall’Italia in sede comunitaria (cfr. le sentenze n. 4/2004 e 260/2004, su cui, più diffusamente in questa trattazione, A. Aurilio; v., *infra*, Cap. IV).

unilateralmente, ma richiedono un previo confronto informale con il sindacato³⁴ che ne esige successivamente la modifica o l'implementazione se ed in quanto sorgano attriti in sede negoziale. In questi casi il sindacato "sposta" il tavolo e risale alla base al fine di ottenere la modifica del mandato negoziale all'Aran⁽³⁴⁾. Il politico, in definitiva, si sostituisce al soggetto tecnico gestionale in tutte le fasi più significative delle trattative, ottenendo *nuovamente* un ruolo di protagonista potenzialmente assoluto della contrattazione non diversamente da quanto avveniva in pendenza della legge quadro; ma tale ruolo, di converso, marginalizza l'Aran e ne svuota la funzione preconizzata dalla riforma.

La contrattazione in sede Aran è quindi in parte "falsa" (perché il suo oggetto è in buona parte esaurito), ed in parte abbastanza ... "sfalsata", se non altro nei tempi. Quest'ultimo appare un imprevisto effetto della complessa disseminazione dell'accordo del luglio del 1993 nel pubblico impiego. Tale accordo, si ribadisce nuovamente, impone al contratto collettivo la missione contrattuale biennale del riconoscimento dell'inflazione maturata ed in corso di maturazione. Ciò che prima avveniva in via automatica, attraverso i meccanismi di indicizzazione dei salari, avviene ora per via contrattuale. Ogni contratto collettivo dovrebbe anticipare l'inflazione programmata del successivo biennio secondo le previsioni del DPEF e recuperare lo scarto tra inflazione programmata ed inflazione reale maturata nel precedente biennio (attraverso una sorta di conguaglio biennale, contrattato *ex post*, che comporta la "restituzione" della differenza dei più alti valori dell'inflazione verificata rispetto a quella programmata).

Tuttavia i cicli negoziali ipotizzati dall'accordo di luglio per il pubblico impiego non sono più sincronizzati con la data di effettiva stipulazione dei contratti, i quali finiscono con il disciplinare in modo retroattivo gli effetti giuridici ed economici, riferendosi ad un periodo ormai completamente trascorso rispetto a quello fisiologico di vigenza biennale. I contratti vengono, infatti, sottoscritti il più delle volte in prossimità della fine del biennio economico assunto quale periodo di riferimento per i recuperi/anticipazioni, con la conseguenza che ciò che dovrebbe costituire l'inflazione programmata del successivo biennio (da

³⁴ Per questo ordine di considerazioni si rinvia a F. MACIOCE in quest'opera, e, in generale, a A. ZUCARO, *L'attuazione*

anticipare con il contratto) nel frattempo è conosciuto nei suoi termini reali, sistematicamente superiori a quelli programmati. Cade in questa maniera l'elemento di raccordo, posto alla base della politica dei redditi del luglio 1993, fra dinamica retributiva (correlata ai tassi di inflazione programmata) e dinamica dei prezzi (da valutare in sede di rinnovo contrattuale) ⁽³⁵⁾. Ciò determina una reazione a catena. Il sindacato non accetta che il contratto assuma come parametro l'inflazione programmata, quando il dato conosciuto dell'inflazione reale si presenta superiore (perché chiaramente, in questi casi, i recuperi contrattuali sarebbero *ab origine* in perdita, ed il potere di acquisto dei nuovi salari nascerebbe già depauperato). Le organizzazioni sindacali chiedono quindi che gli stipendi siano agganciati all'inflazione reale e non a quella programmata del biennio successivo, perché il biennio successivo ... è quello in corso. Ma anche quando si riconosce la pretesa sindacale, rimane la circostanza che la legge finanziaria, ai fini della copertura dei contratti, contiene solo gli stanziamenti per l'inflazione programmata del successivo biennio (ormai trascorso) e non il differenziale relativo all'inflazione del biennio in corso ⁽³⁶⁾.

Per permettere la stipulazione dei contratti si inventano di conseguenza stratagemmi tecnici, veri esempi di "finanza creativa", in senso strategico e funzionale. Ad esempio, quote percentuali delle risorse destinate teoricamente alla contrattazione integrativa, che dovrebbero quindi confluire sulla parte accessoria della retribuzione, vengono spostate sulla parte fondamentale, con un duplice effetto. Da una parte si consente una quota percentuale di recupero dell'inflazione reale, agendo sulla parte fissa della retribuzione, dall'altra si asseconda, quasi paradossalmente, una pratica di razionale amministrazione, perché se il contratto interviene a biennio economico esaurito, con effetti praticamente retroattivi, non ha ovviamente senso stanziare risorse per la

della riforma del pubblico impiego, in *Giorn. dir. amm.*, Quaderni, 2, Milano, 2000.

³⁵ Così efficacemente la Corte dei conti nella *Relazione sul costo del lavoro pubblico per gli anni 2001 e 2002*, cit..

³⁶ Si fa l'esempio della tornata negoziale in corso, relativa al biennio economico 2004-05. L'inflazione reale per l'anno 2004 è assestata sul 2,4%; quella programmata, che trova apposita copertura in una norma della legge finanziaria 2004, è cifrata nell'1,7%: per le Oo.Ss. non è ovviamente credibile contrattare su quest'ultimo dato, atteso che le trattative per il contratto del biennio iniziano (*rectius*, dovrebbero iniziare) a fine 2004 (mentre i precedenti contratti biennali-retributivi sono scaduti il 31-12-2003).

produttività che sarebbe altrimenti erogata senza la fisiologica programmazione e riscontro degli obiettivi/programmi⁷ e, quindi, inevitabilmente a pioggia (³⁷).

Un ulteriore stratagemma per ovviare allo sfasamento dei tempi di negoziazione⁷ è costituito dalla concessione di *anticipi* salariali (dell'inflazione del successivo biennio, che però oramai è quello in corso) *in conto recupero* (dello scarto fra inflazione reale, nei fatti già maturata, e inflazione programmata del biennio solo teoricamente successivo). Ciò deforma l'accordo di luglio e crea altrettanti formidabili ritardi sui tempi di contrattazione, perché tali accordi in "corso d'opera" non finanziano i contratti, ma costituiscono altrettanti impegni del governo a finanziarli nell'occasione della predisposizione della legge finanziaria per l'anno successivo.

Ciò è avvenuto, ad esempio, nell'occasione dell'accordo governo-Sindacati del 4-6 febbraio 2002, in cui il governo ha acconsentito al riconoscimento di un ulteriore recupero percentuale dello 0,99% per la contrattazione del biennio 2002-03, da considerare in parte come recupero del differenziale inflattivo, in parte come retribuzione di produttività, che ha dovuto attendere, per la relativa allocazione, la legge finanziaria per l'anno 2003.

Questi *impegni al finanziamento*, quindi, contribuiscono ulteriormente a sfalsare i cicli biennali-retributivi previsti dall'accordo di luglio.

Un'ulteriore difficoltà è nuovamente connessa al sistema di finanziamento dei contratti collettivi, caratterizzato, come più volte si è avvertito, da un sistema binario, che prevede l'allocazione sul bilancio dello Stato dei soli costi per la contrattazione delle amministrazioni statali, mentre per gli altri enti, ai sensi del nuovo testo dell'art. 48 del d.lgs n. 165 del 2001, la spesa ricade sui rispettivi bilanci. A loro volta le leggi finanziarie prevedono che le percentuali di

³⁷ Per i CCNL 2002-03, la quota di risorse da destinare alla retribuzione accessoria e relativa all'anno 2002 (nella misura percentuale dello 0,5%), è stata utilizzata per finanziare il recupero del differenziale inflattivo verificatosi nel precedente biennio e per anticipare il recupero riferibile al periodo di vigenza contrattuale, atteso che lo stesso era in gran parte trascorso. Sarebbe stato infatti impossibile incidere sull'accrescimento della produttività, utilizzando *con effetto retroattivo* la leva del salario incentivante, in quanto si sarebbe inevitabilmente verificata una distribuzione indifferenziata di risorse (cfr. S. GASPARRINI, *Il quadro finanziario per la contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni statali. Biennio economico 2002-2003*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, 2, 293). Rimane in ogni caso la circostanza che il ritardo della stipulazione del contratto finisce con il precludere la possibilità di impostare qualunque seria politica negoziale su meccanismi retributivi incentivanti la produttività, individuale e collettiva.

incremento stabilite per le amministrazioni statali vincolino in termini percentuali anche il settore pubblico, agendo quali tetti-limite (*cfr.* nt. 31). Tale vincolo normativo, in connessione con il carattere ancora quasi totalmente di finanza derivata del nostro ordinamento (ma anche in relazione alla diminuzione del trend di finanziamento a favore delle amministrazioni non statali), determina, soprattutto nei casi di avvio ritardato della negoziazione ed in connessione con le necessità collegate al finanziamento degli incrementi “in corso d’opera”, una serie di pressioni per il sostanziale superamento del meccanismo dell’art. 48. Le amministrazioni diverse dallo Stato, infatti - sulla spinta delle organizzazioni sindacali che mai accetterebbero per alcuni comparti incrementi percentuali inferiori rispetto a quelli riconosciuti negli altri comparti (in questo caso, quelli statali, che possono fruire dell’incremento direttamente coperto dalla legge finanziaria), tanto più se questi incrementi sono concessi a titolo di recupero salariale - richiedono un concorso finanziario dello Stato per il riconoscimento dell’incremento percentuale “differito”. Esse, in effetti, sono di solito escluse dalla concertazione svolta a livello centrale e, per di più, nel caso degli enti territoriali, subiscono gli effetti connessi al rispetto del patto di stabilità interno, per cui richiedono la “neutralizzazione” finanziaria degli oneri aggiuntivi per la contrattazione (³⁸).

Un nuovo fattore di criticità⁷ nella prospettiva citata è ancora collegato alla dinamica del recupero salariale secondo il programma dell’accordo sulla politica dei redditi del 1993. Quest’ultimo condiziona il recupero dell’inflazione alla “sterilizzazione” rispetto ad alcune dinamiche finanziarie, come quella che viene detta dell’inflazione importata, che rappresenta il mutamento delle ragioni di scambio all’estero e, in pratica, il deflatore fra importazioni ed esportazioni (³⁹).

³⁸ Cfr. l’art. 3, commi 50 e 52, della legge 24 dicembre 2004, n. 350 (legge finanziaria per il 2004) che, per permettere l’incremento retributivo per il biennio 2002-2003 dello 0,99% previsto per il settore Stato dall’accordo del 4-6 febbraio 2002, ha consentito agli enti territoriali di non considerare ai fini del calcolo del disavanzo finanziario il maggior onere derivante dall’incremento riconosciuto e, per il personale del servizio sanitario nazionale, ha posto il suddetto incremento totalmente a carico del bilancio dello Stato.

³⁹ Tale effetto si verifica, praticamente, in relazione al maggior costo dell’importazione di materie prime energetiche, per cui il maggior costo di beni importati non viene compensato dal maggior introito dei beni esportati. Ciò rischia di comportare un rialzo dei prezzi con conseguente incremento dell’inflazione. Aran, *Rapporto trimestrale sulle retribuzioni dei pubblici dipendenti*, novembre 2001, 17.

Tale "sterilizzazione" andrebbe cifrata. Successivamente, il recupero del differenziale inflattivo andrebbe scomputato di tale corrispondente valore nell'obiettivo del raffreddamento dell'inflazione. Ma le organizzazioni sindacali rifiutano che il recupero salariale venga depurato dell'inflazione importata, riproponendo, in ultima analisi, lo stesso automatismo della "scala mobile", solo che esso da una parte è contrattualizzato -ma si tratta di una contrattazione, per ciò che si è detto, semivincolata- dall'altro è differito.

La riproposizione di un qualsiasi automatismo retributivo (anche se, in questo caso, gli automatismi retributivi sono azionati dal contratto) tradisce nuovamente la logica sottesa all'accordo di luglio, perché se la contrattazione costituisce il metodo normale di determinazione degli incrementi, è nella logica del sistema che gli stessi siano "valutati ed attuati nei limiti di una responsabilità comune tesa al contenimento dell'inflazione" ⁽⁴⁰⁾. A ciò serve la ponderazione del recupero inflattivo con gli ulteriori e diversi elementi contemplati dall'accordo.

Né basta. Accanto all'inflazione importata l'accordo di luglio condiziona il recupero ad un ulteriore parametro, costituito dalla verifica dell'andamento delle retribuzioni e del settore, in relazione, altresì, alle tendenze generali dell'economia e del mercato del lavoro ⁽⁴¹⁾. Ma tali "andamenti" appaiono di ardua misurazione e sono comunque condizionati dal dato assunto a riferimento che influenza, in modo pressoché decisivo, anche l'allineamento fra le retribuzioni erogate nel settore pubblico ed in quello privato. I valori ovviamente cambiano se le retribuzioni corrisposte si assumono al netto o meno delle risorse aggiuntive erogate in sede decentrata, vale a dire se si calcola la sola quota tabellare della retribuzione, ovvero se si valuta la retribuzione *tout court*, ivi compresa la parte accessoria, che nel lavoro pubblico ha un esplicito rilievo in quanto la contrattazione integrativa non è eventuale ma è, nei fatti, obbligatoria. Tale doverosità non deriva solamente della ambigua lettera della legge ⁽⁴²⁾, ma anche dalla finalizzazione alla stessa di apposite quantità economiche. La contrattazione integrativa fruisce infatti di risorse *ad hoc*, in

⁴⁰ G. GIUGNI, *La lunga marcia della concertazione*, Bologna, 2003.

⁴¹ Cfr. il paragrafo 2 dell'Accordo governo-sindacati del 23 luglio 1993.

buona parte finalizzate dal centro ⁽⁴³⁾ e, oltre ad attribuire la retribuzione di produttività, finanzia le progressioni economiche nelle aree/categorie secondo le previsioni dei contratti collettivi sulla classificazione professionale (su cui *Infra* 4). L'incidenza della contrattazione integrativa sul salario percepito è ancora più rilevante in alcuni settori, come gli enti locali ed il cd. parastato, in cui oltre le quote individuate dal contratto nazionale (sulla base dei tetti stabiliti dalla legge finanziaria) vengono redistribuiti ulteriori incrementi di salario accessorio (spesso di considerevole ammontare), sulla base di indicatori vari e spesso effimeri, come la salute del bilancio dell'ente o l'esistenza di fenomeni di riorganizzazione in corso con incremento delle attività dell'ente secondo le previsioni dei contratti collettivi ⁽⁴⁴⁾.

In via di sintesi e conclusivamente, la vicenda narrata in questo paragrafo conferma la politicizzazione del sistema della contrattazione che costringe l'Aran ad un ruolo obiettivamente minore; segnala come il cuore della stessa contrattazione sia comunque costituito dall'effettiva salvaguardia del potere di acquisto dei salari, bene della vita che le organizzazioni sindacali non sono ovviamente disponibili a sacrificare; avverte, a tale fine, della necessità che in sede previsionale e programmatica il tasso di inflazione programmata venga calcolato con maggiore realismo; evidenzia, infine, la necessità di restaurare una corretta dinamica temporale. Gran parte delle segnalate criticità derivano da queste caratteristiche e distonie del sistema.

4. Il possibile *vulnus* delle progressioni professionali

⁴² L'art. 40, del d.lgs n. 165/2001 stabilisce imperativamente che le "Le pubbliche amministrazioni *attivano* autonomi livelli di contrattazione collettiva integrativa".

⁴³ Come si è visto per le amministrazioni statali provvede direttamente la legge finanziaria, la quale fissa anche i limiti massimi di integrazione per le altre amministrazioni (non statali). Cfr. nt. 33.

⁴⁴ Secondo il "*Rapporto trimestrale sulle retribuzioni dei pubblici dipendenti*", predisposto dall'Aran, che elabora i dati Istat della contabilità nazionale, nel periodo dicembre 1997 - dicembre 2002 le retribuzioni contrattuali per il totale dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni si sono incrementate del 9,6% per il personale contrattualizzato, a fronte di un tasso di inflazione programmato del medesimo periodo pari al 8,2% e di un tasso di inflazione reale del 12%. Se si valutano, invece, le informazioni relative alle c.d. "retribuzioni di fatto", che registrano l'impatto sia delle progressioni di carriera che della contrattazione integrativa, l'incremento registrato, sempre nel periodo 1997 - 2002, sale al 16,7% (Aran, *Rapporto trimestrale sulle retribuzioni dei pubblici dipendenti*, n. 3-4, del dicembre 2003. Tutti i rapporti trimestrali dell'Aran sono reperibili sul sito web istituzionale dell'Agenzia www.aranagenzia.it).

Un'ulteriore problematica, di grande centralità nel dibattito sul pubblico impiego, è connessa alla costituzione, per via contrattuale, dei nuovi sistemi di classificazione professionale ⁽⁴⁵⁾.

Le norme della "seconda" privatizzazione hanno incaricato la contrattazione collettiva di definire "meccanismi di sviluppo professionale" che sembrano, dalla lettera della legge, alternativi alle procedure selettive o concorsuali per l'accesso all'impiego nelle pubbliche amministrazioni ⁽⁴⁶⁾.

Dell'opportunità offerta, tuttavia, la contrattazione ha fatto un uso quanto meno discutibile.

Sotto la pressione della massa del personale, ma anche per l'impreparazione "culturale" e tecnica e la debolezza della parte pubblica competente a gestire i negoziati, si è assistito a volte a vere e proprie migrazioni di massa del personale alle categorie superiori ⁽⁴⁷⁾, con un doppio effetto: da un lato si sono ingolfati gli organici delle categorie superiori, retributive o funzionali, precludendone l'accesso dall'esterno, dall'altro si sono mortificati i funzionari direttivi, sopra i quali opera la dirigenza, sottratta dal meccanismo della progressione in quanto alla stessa si accede in via stabile solo per concorso pubblico (cfr. l'art. 28 del

⁴⁵ Sul tema, in quest'opera, si rinvia al contributo di S. Pasqua.

⁴⁶ Art. 35, c. 1, e 52, c. 1, del d.lgs n. 165/2001. I contratti collettivi hanno previsto un meccanismo incentrato su aree/categorie che costituiscono vere e proprie macroqualifiche e fasce retributive interne alle aree. La progressione fra le aree/categorie configura un'ipotesi di progressione verticale; la progressione fra fasce retributive o "economica" all'interno delle aree/categorie viene definita orizzontale. Il passaggio interno alle aree/categorie (progressione orizzontale), dovrebbe consentire percorsi di carriera e progressioni economiche senza alterare la posizione gerarchica e le mansioni attribuite, ma non tutti i contratti collettivi prevedono mansioni e responsabilità omogenee all'interno delle "macroqualifiche" (cfr. per esempio i CCNL 1998-2001 Ministeri o Enti pubblici non economici). Di conseguenza in tali ipotesi la progressione fra fasce retributive diviene qualcosa di non dissimile dai vecchi passaggi fra qualifiche funzionali. Alla contrattazione integrativa è perlopiù demandato il compito di provvedere alla determinazione del numero delle promozioni, di definire i criteri di attuazione delle progressioni orizzontali e di finanziarle attraverso i fondi unici di amministrazione.

⁴⁷ La ricognizione degli effetti del reinquadramento del personale in forza nel nuovo ordinamento professionale oltre che dalle diverse indagini a campione (per le quali si rinvia all'appendice bibliografia a conclusione di quest'opera), può essere effettuata sulla base dei dati del Conto annuale del Ministero dell'economia e delle finanze, che confermano quanto affermato nel testo. In tutti i comparti di contrattazione si è verificato un calo del personale appartenente a profili iniziali della categoria di appartenenza ed un corrispondente incremento nell'ambito del profilo economico superiore. I dati aggregati, tratti dal Conto annuale, nei soli esercizi 2001 e 2002 indicano un numero di passaggi di livello orizzontali pari al 30 % del personale pubblico e di passaggi verticali pari al 16,3 %. Le tendenze citate appaiono maggiormente avvertibili nel settore delle regioni e delle autonomie locali, in cui, nel periodo di riferimento, il numero dei passaggi di livello economico (all'interno cioè della stessa categoria), ha superato il numero dei dipendenti medesimi, per cui ogni dipendente, in media, ha beneficiato di almeno una progressione retributiva ed alcuni anche di più di una. Nell'anno 2001, infatti, in questo settore, si sono registrati, rispettivamente 619.293 passaggi orizzontali (107,3% del personale) e 80.798 passaggi verticali (14% del personale) e nell'anno successivo 124.491 passaggi orizzontali (20,6% del personale) e 45.200 passaggi verticali (7,5% del personale).

d.lgs n. 165/2001) (⁴⁸). Quest'ultimo effetto pare anche collegato al basso tasso di sindacalizzazione dei funzionari direttivi, nel senso che una volta investita la contrattazione sindacale del compito di definire i nuovi sistemi classificatori, era gioco forza che la stessa avrebbe garantito le categorie sindacalmente più forti, se non altro perché più numerose.

Tale situazione ha determinato un doppio attrito organizzativo, interno tra le categorie del personale, "le une contro le altre armate", ed esterno, sotto l'aspetto proprio dell'efficienza dell'amministrazione pubblica. Quando il dipendente è reinquadrato a seguito di un processo di riqualificazione, a volte poco selettivo può non essere in grado di esercitare la pienezza delle funzioni ascritte alla nuova mansione di inquadramento ma, di converso, per un principio di civiltà giuridica, sancito dalle norme civilistiche ed anche contrattualizzato, non può essere adibito se non occasionalmente a mansioni inferiori. In questi casi, soprattutto se la selezione è blanda e fondata perlopiù sulla mera anzianità di servizio in assenza dei titoli di studio richiesti per l'accesso dall'esterno (⁴⁹), è evidente che i dipendenti reinquadrati difficilmente saranno in grado di svolgere le mansioni formali corrispondenti alla nuova qualifica ottenuta: si rompe quindi il sinallagma e si spezza il legame fra prestazione di lavoro e retribuzione (⁵⁰).

Più corretto sarebbe stato allora retribuire più appropriatamente i dipendenti all'interno delle categorie, senza la necessità di reinquadrarli "a tutti i costi", prevedendo quindi scivoli retributivi e non necessariamente normativi, non

⁴⁸ Mi sia consentito al riguardo il rinvio a V. TALAMO, *Contratti integrativi delle pubbliche amministrazioni e progressioni professionali: un bilancio*, in *Diritto amministrativo*, 2001, 4, 557 e Id., *I nuovi sistemi di classificazione professionale nel lavoro pubblico fra Corte costituzionale e contrattazione collettiva*, in *Gestione delle risorse umane*, Formez, 2003, 1, 19, in cui sono riportati diversi esempi di gestione delle progressioni di carriera nella contrattazione integrativa dei Ministeri e degli Enti pubblici non economici in cui si riscontra il complesso delle criticità narrate in questo scritto.

⁴⁹ La sopravvalutazione del requisito dell'anzianità di servizio ai fini della progressione è segnalata da tutte le analisi di settore. Esso risulta un parametro "comodo", specialmente nel caso di reinquadramenti di massa, in quanto non richiede complicate procedure di valutazione e comparazioni, ed appare funzionale all'esigenza di risolvere le situazioni pregresse accumulate nel tempo, rispondendo alle aspettative consolidate dei dipendenti pretermessi dal preesistente regime, ma, nondimeno, sacrifica in modo irreparabile la razionale organizzazione di lavoro ed è totalmente estranea da ogni intento meritocratico (cfr. L. BORDOGNA, *Contrattazione integrativa e gestione del personale nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2002, soprattutto 51-52).

⁵⁰ Cfr. anche A. ZUCARO, *Relazioni sindacali e progressioni del personale nelle amministrazioni pubbliche*, cit., 314 e, se vuoi, V. TALAMO, *Le carriere collettive contrattate dei dipendenti pubblici: criticità e prospettive*, in corso di pubblicazione in Formez, *Gestione delle risorse umane*, 5, 2004, in cui si ricostruiscono criticità ed evoluzioni della disciplina a seguito della giurisprudenza costituzionale, dei contratti collettivi (anche della tornata contrattuale in corso 2002-05) e delle modifiche delle leggi finanziarie in materia di controlli sulla contrattazione integrativa.

obbligando quindi il dipendente a mutare qualifica per guadagnare di più. Ciò naturalmente senza inibire la carriera, che costituisce una formidabile alleata dell'efficienza organizzativa, in quanto concilia la motivazione del dipendente alla crescita professionale per l'acquisizione di posizioni più pregiate, con l'interesse dell'ente pubblico a fruire di personale immedesimato nell'organizzazione e che ne condivide i fini, nonché già formato per le attività da svolgere. Ma per questa finalità sussistevano altri strumenti, come la quota di riserva agli interni nel concorso pubblico che, entro certi margini, vale a dire fino a quando non venga violato il principio di ragionevolezza, non appare contraria al principio di concorsualità ⁽⁵¹⁾.

Invece, per l'ennesima volta, il personale ha piegato l'organizzazione.

Il rischio è anche che, sulla base della pressione sindacale, ad ogni quadriennio contrattuale il sistema di classificazione subisca un processo di espansione "verso l'alto", con la moltiplicazione delle posizioni retributive e delle aree/categorie superiori, assecondando una tendenza che fu già delle vecchie qualifiche funzionali ⁽⁵²⁾. Tale circostanza è maggiormente grave per gli effetti sul piano finanziario, perché ogni passaggio di livello, interno o esterno alle aree/categorie, produce un costo che è destinato a stabilizzarsi nel tempo e la costituzione di nuove aree e posizioni prelude, tradizionalmente, a reinquadramenti automatici o semi automatici nelle posizioni superiori (con contestuale svuotamento di quelle inferiori).

In questa materia occorrerà reintervenire, non solo a fini di correzione delle determinazioni collettive, ma anche con alcune precisazioni normative che chiariscano la portata ed il gioco delle competenze fra legge e contratto, anche perché è dubbio che il nuovo sistema di classificazione professionale sia compatibile con la Costituzione in relazione alla possibile violazione del principio di concorsualità. Una sentenza recente della Corte di cassazione ⁽⁵³⁾, molto criticata dalla dottrina giuslavoristica, ha stabilito che tutti passaggi ad una fascia funzionale superiore costituiscono, a prescindere dal *nomen iuris*, pubblici

⁵¹ S. BATTINI, *Concorsi interni e cittadini esterni: la difficile coabitazione degli istituti di reclutamento e carriera*, in *Il Giorn. dir. amm.*, 2004, 6, 611.

⁵² Cfr., ad es., l'art. 35 del CCNL Regioni ed autonomie locali 2002-2005, sottoscritto in via definitiva il 22 gennaio 2004.

concorsi di competenza, ai sensi dell'art. 63, c. 3, del d.lgs n. 165/2001, del giudice amministrativo. Il problema, quindi, è stato sollevato e risolto con riferimento alla spettanza a conoscerne (anche se il regime della giurisdizione amministrativa qualifica la natura concorsuale della progressione fra aree/categorie, mentre la sentenza non chiarisce totalmente la natura della progressione orizzontale interna alle medesime aree/categorie). Ma, al di là di ogni diversa considerazione, la Corte di cassazione non ha fatto altro che riprendere il dettato di quattro sentenze della Corte costituzionale, pronunciate sulla materia a cavallo o dopo la definizione per via contrattuale dei meccanismi di progressione di carriera, con le quali, volutamente semplificando i termini della *querelle*, il giudice delle leggi ha ribadito che l'accesso ad una fascia funzionale superiore non può essere sottratto alla regola del pubblico concorso, costituendo comunque una nuova posizione lavorativa⁷ e, quindi, una forma di reclutamento. Accesso e progressione sono quindi la stessa cosa ai fini del regime giuridico applicabile, che deve essere quello concorsuale, essendo il concorso lo strumento "normale" per la selezione dei capaci e meritevoli, garanzia ad un conto dell'imparzialità e buon andamento dell'amministrazione e dell'uguaglianza sostanziale nell'accesso ad uffici pubblici (⁵⁴). La Corte di cassazione, in definitiva, non ha potuto che prendere atto di tale affermazione, sia pure con un vigoroso *revirement* rispetto alla sua pregressa giurisprudenza⁷ in cui aveva considerato sottoponibili al principio di concorsualità solo le procedure strumentali alla costituzione, per la prima volta, del rapporto di lavoro, e non anche le selezioni dirette a permettere l'accesso del personale già assunto ad una fascia o area superiore (⁵⁵). Risulta chiaro, invece, che in forza delle

⁵³ Corte di Cassazione, 15 ottobre 2003, n. 15403.

⁵⁴ Cfr. le sentenze n. 1 del 1999 e nn. 164, 218 e 273 del 2002. Si vedano anche la n. 2 del 2001 e le successive nn. 34 e 205 del 2004. Per l'indicazione dei vari commenti a queste sentenze (tutte reperibili su www.cortecostituzionale.it) si rinvia all'appendice bibliografica in questo volume, *infra* 2.2..

⁵⁵ Cfr., principalmente, Cass., sez. un. civ., 27 febbraio 2002, n.2954; Id. 11 dicembre 2001, n.15638; Id., 22 marzo 2001, n.128; Id., 10 dicembre 2001, n.15602; Id., 12 marzo 2003, n.3658. Con la sentenza n. 15403, le sezioni unite della S.C., invece, correlano il termine "assunzione" alla qualifica che il candidato tende a conseguire e non all'ingresso iniziale nella pianta organica del personale. La procedura concorsuale per l'assunzione va cioè ravvisata non solo nei casi in cui la selezione sia preposta ad immettere nell'organizzazione amministrativa soggetti ad essa anteriormente estranei, ma in tutte le ipotesi di finalizzazione della procedura alla copertura di posti vacanti (Cass., sez. un., ord. 26 maggio 2004, n.10183). Per una serie di rilievi critici su questa giurisprudenza cfr. L. ZOPPOLI, *Dieci anni di riforma del lavoro pubblico (1993-2003)*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, 5, 751, nonché A. CORPACI, *La Cassazione muta orientamento*

qualificazioni del giudice costituzionale è la stessa categoria del concorso pubblico a dilatarsi, in modo da comprendere non solo i casi di costituzione per la prima volta del rapporto di lavoro con una pubblica amministrazione, ma altresì ogni superiore reinquadramento del dipendente in grado di determinare un mutamento del corredo mansionale richiesto per la professionalità da svolgere. Solo a queste condizioni può giudicarsi costituzionalmente compatibile la disciplina normativa degli artt. 35, c. 1 e 52, c. 1, del d.lgs n. 165/2001 in materia di sviluppo professionale. Per cui potrebbe in ipotesi essere permesso uno "sviluppo" senza concorso esclusivamente nelle ipotesi di scivolo retributivo, senza variazione mansionale, ovvero senza mutamento delle funzioni esercitate in forza del reinquadramento ⁽⁵⁶⁾.

5. ... e qualche osservazione su reclutamento e giurisdizione

Tradizionalmente le pubbliche amministrazioni sono state utilizzate in funzione di salvaguardia della manodopera avverso le crisi occupazionali del settore privato ovvero quali anomali ammortizzatori sociali, ruolo tuttora avvertibile attraverso l'analisi territoriale relativa all'incidenza di occupati nel settore rispetto all'occupazione complessiva ⁽⁵⁷⁾.

A partire dagli anni Novanta, tuttavia, le Amministrazioni, faticosamente, sembrano aver attenuato la tradizionale funzione finale di sostegno all'occupazione, anche se continuano a sussistere tutta una serie di situazioni di

sulle procedure di progressione in carriera nel settore pubblico, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 2, 143 e L. SGARBI, *La Cassazione ci ripensa: sui concorsi interni ha giurisdizione il Giudice Amministrativo*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, 3-4, 910.

⁵⁶ Aderisce a questa tesi in quest'opera S. PASQUA (v., *infra*, Cap. II) e, più di recente, anche V. LO STORTO, *La riqualificazione e i percorsi di carriera*, dattiloscritto in corso di pubblicazione in Formez, *Gestione delle risorse umane*, 2004, 5. In precedenza ho sostenuto più diffusamente questa convinzione in V. TALAMO, *Contratti integrativi delle pubbliche amministrazioni e progressioni professionali: un bilancio*, cit. e, ancor prima, in *Concorsi interni, prassi vecchie e nuove davanti alla Corte costituzionale* (commento a Corte cost., 4 gennaio 1999, n.1), in *Giornale di diritto amministrativo*, 1999, 6, soprattutto 543. Questa tesi è ora suffragata dalla più recente giurisprudenza amministrativa (cfr. TAR Lazio, sentenza 4 novembre 2004, n.12370).

⁵⁷ L'analisi territoriale, condotta sui dati Istat aggiornati all'anno 2000 (che utilizzano le rilevazioni del Conto annuale), conferma le tradizionali differenze tra ripartizioni geografiche: le amministrazioni pubbliche assorbono il 22,4% dell'occupazione totale del Mezzogiorno, contro il 18,7% del Centro ed il 12,9% del Nord.

salvataggio per categorie di personale che si atteggiavano in forme spurie e meno codificabili rispetto al passato (⁵⁸).

Il tentativo di articolare le assunzioni sui bisogni attestati sul calcolo dei carichi di lavoro, secondo lo schema proposto dalla prima versione del d.lgs n. 29/1993 (e della legge n. 537 del 1993), però, è fallito, mentre il sistema programmatico, previsto dal d.lgs n. 80/1998 e dall'art. 39 della l. n. 449/1997, ha dovuto scontare le politiche di emergenza sul piano finanziario che hanno riproposto i consueti meccanismi di *blocco* delle assunzioni a tempo indeterminato - *deroga*, in relazione a conclamate esigenze organizzative, nella prospettiva della riduzione stabile degli organici per gli anni a venire.

Tali politiche, per l'ampiezza delle eccezioni, consentite sotto forma di esclusioni soggettive o deroghe per motivate esigenze, non hanno permesso nel periodo di riferimento un totale controllo delle assunzioni, né un effettivo risparmio della spesa (il sistema va in sofferenza ogniqualvolta un'amministrazione forza il blocco), anche perché il blocco del *turn-over* non ha interessato né le progressioni professionali (⁵⁹), né, tantomeno, le assunzioni a tempo determinato, di cui solo a partire dalla finanziaria 2003 si è tentata una limitazione (⁶⁰). Anzi, nel periodo di riferimento 1998-2001, non solo non è stato conseguito il previsto obiettivo della riduzione della consistenza delle unità di personale ma si è verificato un complessivo incremento, compensato solo parzialmente da un trend

⁵⁸ Con riferimento, per esempio, ai *lavoratori socialmente utili*, diffusi soprattutto nel settore delle regioni ed autonomie locali (*ex lege* n. 144/1999 e n. 81/2000), il cui numero complessivo sembra flettersi solo in relazione all'avvenuta stabilizzazione in ruolo; ovvero in relazione alle molteplici ipotesi di proroghe dei comandi presso pubbliche amministrazioni di dipendenti di società per azioni ovvero alla pratica di attribuzione di un'opzione per la permanenza nel settore pubblico concessa ai dipendenti di enti pubblici trasformati in enti pubblici economici.

⁵⁹ L'esclusione dal blocco del *turn over* delle progressioni viene motivata sul presupposto per cui le stesse non realizzerebbero una nuova assunzione né determinerebbero una dilatazione degli organici. Ma si tratta di un'affermazione che deve essere quantomeno verificata in relazione alle diverse determinazioni della giurisprudenza costituzionale ed ora anche della Corte di Cassazione (v., *infra*, Par. 4). D'altra parte i passaggi di livello, interni o esterni alle aree o categorie, non determinano una dilatazione degli organici complessivi, ma una diversa distribuzione del personale nelle fasce o aree/categorie che ha sicuri effetti sulla spesa pubblica; al cui contenimento sono preposte le suddette norme della legge finanziaria in materia di personale.

⁶⁰ Cfr. l'art.34, c. 13, della l. n. 289/2002 e l'art. 3, c. 65, della l. n. 350/2003, che - con l'esclusione delle regioni e delle autonomie locali (se in regola con il patto di stabilità interno) e del personale infermieristico del servizio sanitario nazionale - consentono l'assunzione di personale a tempo determinato o con convenzioni ovvero la stipula di contratti di collaborazione coordinata e continuativa nel limite del 90 per cento della spesa media annua sostenuta per le stesse finalità nel triennio 1999-2001.

in diminuzione negli esercizi 2001 e 2002 ⁽⁶¹⁾. La programmazione del fabbisogno di personale ⁽⁶²⁾, l'introduzione di un tetto massimo complessivo delle assunzioni ⁽⁶³⁾ e il blocco delle stesse introdotto nella legge finanziaria per il 2002 ⁽⁶⁴⁾ avrebbero dovuto consentire una riduzione complessiva del personale in servizio al 31 dicembre 2002 di circa il 4% rispetto al 1997. Nell'intervallo 1998-2002, invece, i dipendenti delle pubbliche amministrazioni sono aumentati complessivamente (ivi, compresi, quindi i dipendenti non privatizzati, ex art. 3 del d.lgs n. 165/2001) del 4,40% ⁽⁶⁵⁾.

Negli anni 2003 e 2004 le leggi finanziarie hanno quindi previsto un più severo blocco delle assunzioni, basato non su coefficienti numerici ma su tetti di spesa, sulla base del quale sono state autorizzate le assunzioni in deroga ⁽⁶⁶⁾. Pur non essendo ancora disponibili i dati reali sull'andamento del turn-over relativo a tali esercizi, pare evidente che da questo versante le norme delle due privatizzazioni non sono riuscite né a mettere in grado le amministrazioni di reclutare personale secondo le proprie esigenze, come avviene nel settore privato, né, tantomeno, a favorire la riduzione degli organici e della spesa per assunzioni alla base del programma delle leggi finanziarie.

Un'ulteriore problematica, connessa alla dinamica del reclutamento (che in questa sede può essere solo accennata), riguarda l'applicazione delle tipologie di lavoro flessibile alle pubbliche amministrazioni ⁽⁶⁷⁾.

In tema si fronteggiavano diverse esigenze: quella di dare compimento, anche per questa parte, ai principi della privatizzazione, nella prospettiva dell'estensione della normativa civilistica ed in collegamento con la configurazione "privatistica"

⁶¹ Nei dati del conto annuale e non anche in quelli di contabilità nazionale.

⁶² Art. 39, c. 1 della l. n. 449/1997 (finanziaria 1998).

⁶³ Art. 20 della l. n. 488/1999 (finanziaria 2000).

⁶⁴ Art. 19 della l. n. 448/2001 (finanziaria 2002).

⁶⁵ I settori maggiormente interessati dall'incremento sono stati il comparto Scuola (+14,79%), gli enti di ricerca (+9,13%), gli enti pubblici non economici (+6,89%), le Università (+8,84%) e il SSN (+6,08%) L'obiettivo di riduzione risulta invece in buona parte raggiunto dal comparto ministeri (dati conto annuale del Ministero dell'economia e delle finanze).

⁶⁶ Cfr. l'art. 3, c. 54, della l. n. 350/2003 e, prima, l'art. 34, c. 4, della l. n. 289/2002. Per le autonomie regionali e locali il regime, parzialmente differenziato da quello delle amministrazioni statali, è, da ultimo, disposto dal comma 60 del medesimo art.3 della legge n. 350 del 2003. Nei comparti "Sicurezza" (forze di polizia ad ordinamento civile, forze di polizia ad ordinamento militare e forze armate), Ministeri, Enti pubblici non economici e Università, sono state autorizzate circa 16.000 assunzioni (cfr. il d.P.R. 25 agosto 2004).

⁶⁷ Su tali argomenti in quest'opera scrive R. Bocci (v., *infra*, Cap. I).

del potere di gestione ⁽⁶⁸⁾, e quelle di impedire tramite l'utilizzazione di tipologie flessibili l'aggiramento del principio di concorsualità e la violazione dell'art. 97 Cost., fomentando comunque nuovo precariato da stabilizzare in epoche successive.

Sotto il primo aspetto, venivano in rilievo le opportunità connesse al superamento della tradizionale rigidità della pubblica amministrazione, diretta conseguenza dell'identificazione del rapporto di lavoro con l'organizzazione amministrativa in regime di diritto pubblico. Una trasformazione in termini di flessibilità nella regolamentazione del rapporto, in fase di ingresso, gestionale e di uscita, appariva strumentale all'adattamento dell'organizzazione pubblica alle esigenze del mercato, per l'efficienza di gestione, l'economicità dei servizi resi all'utenza, la valorizzazione del lavoro per obiettivi: in una parola per garantire il perseguimento del buon andamento dell'amministrazione ⁽⁶⁹⁾. Già la prima privatizzazione aveva promosso l'estensione delle regole civilistiche ma senza tuttavia affermare una reale parità di condizioni fra le parti del rapporto; la riforma del 1998, agendo più incisivamente sul terreno delle fonti ha attenuato fortemente la dimensione pubblicistica dei poteri della pubblica amministrazione. L'attuale testo dell'art. 36 del d.lgs n. 165/2001 ha enunciato il programma dell'omogeneizzazione dell'art. 2, c. 2, rinunciando formalmente alla disciplina privatistica "speciale" e sancendo la diretta e futura applicabilità delle regole di flessibilità, sia pure "nel rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale" - e quindi della cornice costituzionale - ed escludendo la sanzione reale della conversione nel caso di "violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori", ciò fatta salva la tutela risarcitoria.

Per il secondo aspetto, vengono in rilievo, invece, i pericoli collegati all'utilizzo patologico degli istituti di flessibilità, che sembra essere confermato soprattutto con riferimento all'anomala diffusione degli incarichi di collaborazione ⁽⁷⁰⁾.

⁶⁸ Ex art. 5, c. 2, del d.lgs n. 165/2001.

⁶⁹ Cfr. anche, in un *obiter dictum*, la Corte cost., sentenza 25 luglio 1996, n. 313, in *Foro italiano*, 1997, I, 34. Ampiamente sul tema L. FIORILLO, *Flessibilità e lavoro pubblico. Le forme contrattuali*, Torino, 2003, 4 ss..

⁷⁰ Tale diffusione è acclarata soprattutto nei comparti della sanità e dell'università e nel settore degli enti locali. In quest'ultimo comparto, nel quadriennio di riferimento 1998-2001, il personale contrattista è lievitato del 403% (Corte dei

Questi, pur configurandosi come fattispecie di lavoro autonomo, ed essendo consentiti nel lavoro pubblico solo per prestazioni particolarmente qualificate (⁷¹), sono perlopiù utilizzati in modo eccessivo ed improprio, dissimulando fattispecie di lavoro dipendente, sia per aggirare il blocco delle assunzioni, sia poiché si presentano comunque più vantaggiosi per le amministrazioni, in quanto meno onerosi ai fini fiscali rispetto al lavoro subordinato a tempo determinato. L'uso distorto ed eccessivo di questa tipologia si è d'altra parte perpetuato nonostante i penetranti controlli della Corte dei conti, che sottolinea il carattere eccezionale di queste collaborazioni (⁷²) e, da ultimo, gli ammonimenti e le puntuali prescrizioni contenute nelle circolari del Dipartimento della funzione pubblica (⁷³).

conti, *Relazione sul costo del lavoro pubblico per gli anni 2001 e 2002*, cit., che utilizza i dati del conto annuale. Cfr., inoltre, fra le altre, l'indagine Aran su dati Si.Co., in www.aranagenzia.it "Gli istituti del lavoro flessibile nelle amministrazioni pubbliche e nelle autonomie locali". Dai dati del conto annuale del triennio 2000-2002, letti in successione diacronica, sembra confermarsi la tendenza sia ad una progressiva estensione dell'istituto, sia all'utilizzo dello stesso nella forma di lavoro subordinato (cfr., in generale, l'incremento delle unità di personale interessate, a fronte di una spesa percentualmente inferiore, che conferma la difficoltà di ascrivere le prestazioni richieste alla sfera delle "alte consulenze" ai sensi dell'art. 7, c. 6, del d.lgs n. 165/2001).

⁷¹ Gli incarichi di collaborazione sono comunque soggetti a precise condizioni ex art. 7, c. 6, del d.lgs n. 165/2001, che limita l'applicabilità della tipologia ad "incarichi individuali" conferiti ad "esperti di provata competenza" per esigenze cui le amministrazioni pubbliche "non possono far fronte con personale in servizio", "determinando preventivamente durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione" (ma si veda altresì l'art. 14, c. 2, d.lgs n. 165/2001 per gli esperti e consulenti negli uffici di diretta collaborazione dei Ministri e l'art. 110, c. 6, del d.lgs n. 267/2000, per gli enti locali). La fattispecie civilistica è, invece, normata dall'art. 409 c.p.c., n. 3. In realtà, l'area della collaborazione coordinata e continuativa si pone al crinale fra prestazioni in regime di subordinazione e in regime di autonomia ed ha trovato una certa fortuna quell'indirizzo giurisprudenziale che colloca nell'area della "parasubordinazione" una serie di attività che presentano alcuni elementi della subordinazione (cfr. ad es. Cons. Stato, sez. V., 6 dicembre 1994, n. 1225; Cass., 20 dicembre 1993, n. 12601; Cons. Stato, sez. V, 1 aprile 1993, n. 456; Cons. Stato, sez. V, 15 giugno 1992, n. 556; Cons. Stato, sez. V, 15 settembre 2003, n. 5144).

⁷² Cfr. Corte dei conti, sez. unite, 12 giugno 1988, n. 27; Id., sez. contr. enti, 28 aprile 1992, n. 19; Id., sez. I, 18 gennaio 1994, n. 7; Id., sez. contr. enti, 22 luglio 1994, n. 33; Id., sez. I, 7 marzo 1994, n. 56; Id., sez. riun., 12 giugno 1998, n. 27; Id., sez. giur. Lazio, 25 settembre 2000, n. 1545; Id., sez. giur. Campania, 29 giugno 2000, n. 51; Id., sez. II, 22 aprile 2002, n. 137; Id., sez. giur. Veneto, 3 novembre 2003, n. 1124.

⁷³ Circolare del Dipartimento della funzione pubblica 15 luglio 2004, n. 4. Può essere notato, invece, che altre forme di lavoro flessibile (telelavoro, interinale, formazione lavoro) presentano tuttora un'incidenza trascurabile rispetto al totale dei dipendenti a tempo pieno e rapporto di lavoro a tempo indeterminato (cfr., anche in quest'opera, R. BOCCI; v. *infra*, *Cap. I*). Discorso diverso va fatto per le tipologie del tempo determinato e per il part-time, entrambi in netta crescita. La diffusione del primo (+13% nel quadriennio 1998-2001), appare favorita dalla sostanziale esclusione dal blocco delle assunzioni (v. la nota n. 60). Il *part-time*, a sua volta, fruisce di un particolare favor da parte del legislatore, che tende ad agevolare con vari strumenti la costituzione dei nuovi rapporti di lavoro con contratto a tempo parziale (non si dimentichi che nel lavoro pubblico il part time, oltre che ad un obiettivo di riduzione della spesa per il personale, è anche collegato ad una finalità di normalizzazione della "seconda attività" di lavoro. Cfr. M. D'Antona, *Part-time e secondo lavoro dei dipendenti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 123). La normativa di favore riguarda sia i nuovi assunti che quelli già in ruolo. Con riferimento ai primi, tutte le leggi finanziarie, a partire dall'anno 1997 (legge n. 449/1997), prevedono l'obbligo di assunzione di quote percentuali di personale attraverso contratto di lavoro a tempo parziale con prestazione lavorativa non superiore al 50 per cento di quella a tempo pieno (con la legge n. 488 del 1999 tale percentuale è stata

L'obiettivo della parificazione dei due regimi ha conosciuto tuttavia un'importante fase di arresto a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs n. 276/2003 che ridisegna, in attuazione della legge n. 30 dello stesso anno (cd. Legge Biagi), il complesso delle tipologie di lavoro flessibile, escludendo in via di principio, tranne alcune eccezioni espressamente contemplate, la propria applicabilità al personale delle pubbliche amministrazioni (⁷⁴).

In questa mutata prospettiva l'organismo di coordinamento dei comitati di settore (⁷⁵) ha dato mandato all'Aran per l'individuazione dei margini di applicabilità della normativa al lavoro pubblico, ai sensi dell'art. 86, c. 8, del d.lgs n. 276, per "esaminare i profili di armonizzazione" anche ai fini di proposte legislative in materia. In tale maniera si è voluto mediare, attraverso una fase negoziata, l'effetto di ricaduta del decreto, al fine altresì di verificare l'applicabilità delle tipologie lavorative sconosciute al lavoro pubblico (lavoro intermittente, lavoro ripartito, lavoro accessorio), inapplicabili in assenza di tale intervento di armonizzazione (⁷⁶).

Non può peraltro sottacersi che il principio di residualità avallato dal d.lgs 165 (che all'art. 2, c. 2, indica solo le deroghe all'applicabilità del regime civilistico), viene ora rovesciato, nel senso che la nuova legge indica espressamente i regimi applicabili al lavoro pubblico essendo la regola generale quella dell'esclusione (⁷⁷).

incrementata fino 50 per cento dei nuovi assunti); con riferimento ai secondi, sono state riconosciute facilitazioni e incentivi per il personale già in servizio che voglia trasformare il proprio rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale. Da questo secondo versante, anzi, l'istituto sembra scontare quasi una doverosità *ex lege* di "diritto speciale". La scelta di collocamento in part-time appare infatti assimilabile ad un diritto potestativo liberamente azionabile dal dipendente che, tranne i casi di conflitto di interesse ed alcune esclusioni soggettive ed oggettive, le amministrazioni sono costrette a subire. La normativa tendente ad agevolare la scelta del lavoratore per il regime di lavoro a *part time* e gli obblighi imposti alle amministrazioni nel corso del periodo 1998-2002 hanno conseguentemente prodotto un trend in netta ascesa del numero dei dipendenti in *part time*, con una crescita totale nel quinquennio che nel settore Stato tocca il 120% (circa il 106% se si considera il totale del pubblico impiego).

⁷⁴ Cfr. art. 1, c. 2, del d.lgs n. 276/2003 e art. 6, l. n. 30/2003. La tecnica prescelta è quella dell'esclusione in via generale, temperata attraverso disposizioni speciali a carattere "inclusivo".

⁷⁵ Organismo collegiale che rende gli indirizzi all'Aran per la contrattazione collettiva relativa ad istituti trasversali ai vari comparti o aree di contrattazione (cfr. l'art. 41, c. 6, del d.lgs n. 165/2001).

⁷⁶ La strategia dell'atto di indirizzo è tipicamente "inclusiva", mirante cioè alla verifica di ciò che è applicabile alle pp.aa., non potendo evidentemente disporsi un'inapplicabilità tramite contratto collettivo ai sensi dell'art. 2, c. 2, del d.lgs n. 165/2001, che limita la particolare forza "abrogativa" del contratto collettivo ai casi di discipline la cui operatività sia "limitata ai dipendenti pubblici" o a "categorie" di questi.

⁷⁷ Cfr. *amplius* S. MAINARDI, *D.lgs 10 settembre 2003, n. 276 e riforma del mercato del lavoro: l'esclusione del pubblico impiego*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, 6, 1069.

La vicenda dell'applicazione dei sistemi di lavoro flessibile segnala, a prescindere dall'apparente distonia degli ultimi interventi normativi, l'oggettiva difficoltà di un'integrale applicazione del modello privatistico alle pubbliche amministrazioni, come più volte sotto questo specifico versante ha ricordato la giurisprudenza valutando le esigenze connesse alla salvaguardia del regime costituzionale ⁽⁷⁸⁾. Le inevitabili specificità del settore pubblico risultano quindi confermate a prescindere dal solenne programma enunciato dall' art. 2, c. 2, del d.lgs n. 165/2001. Il rischio che si palesa è casomai quello della creazione di regimi di disciplina paralleli e della restaurazione di un diritto privato "modificato" in materia di rapporto alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, non molto dissimile dal preesistente diritto "speciale" ma senza un'altrettanto consapevole scelta di campo. Dalle ultime modifiche normative sembrerebbe in effetti che il legislatore non intenda, o non intenda più, mantenere agganciato il lavoro pubblico al lavoro privato ed alle sue evoluzioni ⁽⁷⁹⁾, tuttavia questa scelta non viene svolta in modo ragionevole e le norme, anche quelle che costruiscono regimi di deroga al diritto comune, non paiono sorrette da una sufficiente chiarezza di intenti risultando disomogenee ed a volte contraddittorie.

Infine può essere svolta qualche considerazione di sintesi in materia di giurisdizione.

Il trasferimento della giurisdizione dall'uno all'altro giudice comportava, come già si è anticipato, la possibilità di un effetto di impatto sulla giurisdizione ordinaria. Per evitare questo rischio la seconda privatizzazione ha costituito mezzi di deflazione del contenzioso che si atteggiavano quali filtri individuali e collettivi e, nel caso dell'arbitrato, anche alternativi al giudice del lavoro, definendo inoltre una data certa per il passaggio del contenzioso ed un criterio di diritto intertemporale.

Occorre quindi, verificare, sia pur sommariamente per i dati in possesso, se l'articolata strumentazione predisposta dal legislatore abbia agito da strumento

⁷⁸ Sul rapporto di lavoro a termine si veda ora Corte cost., sent. 27 marzo 2003, n. 89, che, escludendo per il lavoro pubblico la "sanzione" della conversione nelle ipotesi di legge (cfr. il d.lgs n. 368/2001), dichiara espressamente che la privatizzazione non ha comportato un'integrale equiparazione con l'impiego privato, sussistendo rispetto a quest'ultimo regimi di deroga che ne motivano il persistente carattere "speciale".

⁷⁹ L. ZOPPOLI, *op cit.*

di razionalizzazione ed obbiettivo freno, scongiurando i pericoli di un trasferimento senza regole.

In generale, sul versante della giurisdizione la riforma presenta un quadro complessivamente contraddittorio. Pur senza essersi verificato un effetto moltiplicatore delle cause di pubblico impiego, gli strumenti deflativi sembrano funzionare solo in parte, scontando⁷ fra l'altro⁷ le conseguenze di un ritardo nella messa in campo di alcuni istituti strategicamente decisivi.

Secondo alcuni dati forniti dal Ministero della giustizia, nel periodo di riferimento si sarebbe verificata una contrazione delle cause iscritte a ruolo che però solo in parte può essere ricondotta all'azione preventiva dei mezzi di deflazione⁽⁸⁰⁾. Le cause conciliate appaiono in crescita⁽⁸¹⁾, ma l'arbitrato è stato regolato per la prima volta solo attraverso il contratto quadro del 23 gennaio 2001 (prorogato il 19 marzo 2003), mentre i corsi pilota per la formazione degli arbitri previsti dal medesimo accordo sono ancora *in itinere* e, di conseguenza, il numero dei lodi rimane esiguo⁽⁸²⁾. Soprattutto, non sembra che la cultura dell'arbitrato abbia preso corpo anche per un'imprevista resistenza delle amministrazioni che non appaiono particolarmente attratte dall'istituto⁽⁸³⁾.

Un discorso a parte va fatto per il cosiddetto ricorso *per saltum* alla Corte di Cassazione, rimedio di particolare sofisticazione, preposto ad un tempo ad approfondire il merito di questioni controverse che hanno capacità "espansiva" nei confronti di situazioni analoghe⁷ e ad incidere sulla causa concreta, provocando, in caso di inutile esperimento dell'accordo transattivo delle parti

⁸⁰ Sulla base dei dati Aran, riportati da M. RICCIARDI, *L'accordo quadro in materia di conciliazione ed arbitrato: i primi risultati e i problemi*, in Aran Newsletter, 2003, 5, si è verificata, dal 1997 al 2002, una contrazione delle cause iscritte a ruolo dal 15% al 25%. Gli stessi dati sono in F. CARINCI, *Una riforma rimasta "conclusa". Fra norma scritta e prassi applicativa*, cit..

⁸¹ Le conciliazioni del settore pubblico, nel quadriennio 1997-01, risultano raddoppiate e, in termini percentuali, rappresentano il 10% di tutte quelle del settore privato. Ne riferisce P. MATTEINI in *L' accordo quadro in materia di conciliazione ed arbitrato nel settore pubblico: i primi risultati*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, 1, 43.

⁸² Cfr. ancora P. MATTEINI, *op. cit.*, a cui si devono anche i dati percentuali successivamente citati.

⁸³ Nel periodo di attività aprile 2001 – luglio 2002, risultavano iniziate 43 procedure arbitrali, con 10 conciliazioni (propedeutiche al lodo) e 20 lodi. Le 43 procedure instaurate fanno riscontro a 165 richieste dei dipendenti pubblici. Considerato che 33 di queste richieste riguardano sanzioni disciplinari conservative, per le quali vi è l'obbligo contrattuale delle amministrazioni di accettare la richiesta di compromissione in arbitri (ma in alcuni casi l'amministrazione ha rifiutato la richiesta anche in queste ipotesi), risulta che solo in 10 casi l'amministrazione pubblica ha deciso di ricorrere all'arbitro unico.

nelle forme dell'interpretazione autentica, una sentenza parziale del giudice sul punto controverso immediatamente ricorribile per cassazione.

Tale procedimento ha ricevuto una certa attenzione da parte del Giudice, smentendo coloro che ne avevano ipotizzato il fallimento per una preventivata scarsa o nulla disponibilità dei giudici di spogliarsi del potere di interpretazione, ed ha ricevuto, infine, la patente di compatibilità costituzionale in due diverse occasioni, che hanno senz'altro contribuito a rafforzare *ratio* e presupposti della procedura⁽⁸⁴⁾. L'andamento delle richieste presenta una progressione geometrica che appare il sintomo della progressiva accettazione dell'istituto⁽⁸⁵⁾; inoltre nella maggior parte dei casi in cui la questione interpretativa è stata proposta i provvedimenti dei giudici risultano conformi all'accordo raggiunto in sede Aran, ovvero al verbale di accordo o alla proposta di interpretazione autentica.

Non sembra, invece, essere stata adita la Corte di cassazione *per saltum* sulla sentenza parziale relativa alla sola questione interpretativa (ex c. 3, dell'art. 64), forse anche perché i giudici si mostrano poco propensi all'emissione della sentenza parziale o per evitare i rischi connessi allo sdoppiamento delle decisioni ovvero per un atteggiamento pragmatico in ordine alle necessità connesse ai tempi della giustizia.

Anche per questo rimedio quindi si riscontra un bilancio in chiaroscuro. I giudici lo utilizzano più spesso di quello che si immaginava, ma non nella forma ipotizzata dal legislatore. Anzi, la mancata emanazione della sentenza parziale ne rende incompiuta la finalità strategica, costituita dalla promozione del ruolo di interpretazione del diritto vivente della Cassazione, in funzione di garanzia e della certezza del diritto e di prevenzione delle cause seriali attraverso una

⁸⁴ Corte costituzionale, sentenza 5 giugno 2003, n. 199 ed ordinanza 22 luglio 2003, n. 268, che hanno respinto le varie eccezioni di incostituzionalità avverso l'istituto normato dall'art. 64 del d.lgs n. 165. La Corte costituzionale ha confermato i presupposti per l'attivazione della procedura, vale a dire la necessità che la questione interpretativa rinviata alle parti sia "seria", in quanto obiettivamente determinante ai fini della definizione della controversia e preposta alla rimozione "*erga omnes*" della situazione di incertezza posta in evidenza, in quanto afferente ad un punto obiettivamente controvertibile secondo l'apprezzamento del giudice e non secondo la prospettazione delle parti (cfr. in dottrina, già M. D'ANTONA, *Contratto collettivo, sindacati e processo del lavoro dopo la seconda privatizzazione del pubblico impiego*, cit., 621).

⁸⁵ Dal 1999 ad oggi sono state sollevate 144 questioni (che si concentrano per lo più negli anni 2000-02), numero non esiguo atteso la novità della procedura ed in costante crescita. I dati citati sono riportati in P. Matteini, dattiloscritto in corso di pubblicazione in *Lav. pubbl. amm.*, che rielabora i dati Aran contenuti nella "*Banca dati delle ordinanze sottoposte all'ARAN per accertamento pregiudiziale*".

soluzione a carattere *erga omnes*, per molti aspetti vincolante per i giudici investiti della medesima questione.

Per un giudizio definitivo sull'attuazione della riforma nella materia *de qua* occorre comunque attendere ancora, data la parzialità dei dati in possesso, il ritardo della messa in campo dei nuovi istituti e la brevità dei tempi trascorsi oltremodo necessari per la disseminazione del nuovo modello. Il salto culturale è, in effetti, molto forte. Si è passati, in pochi anni, dal sistema di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, che datava quasi un secolo, ad un sistema diverso oltre le più ragionevoli previsioni, basato sul giudice del lavoro, su un sistema di conciliazione *obbligatoria* stragiudiziale (essendo prima pressoché inesistente nel lavoro pubblico anche la conciliazione *facoltativa*) e su una figura, quella dell'arbitro unico, che ha poteri quasi analoghi a quelli del giudice ma è a questi alternativo e che sembra scaturire da un modello di giustizia privata analogamente sconosciuto al settore pubblico. C'è ovviamente bisogno di tempo per la metabolizzazione ma anche per l'implementazione dei nuovi istituti che, al di là di alcuni difetti tecnici e forse di impostazione ⁽⁸⁶⁾, vanno opportunamente incentivati anche attraverso una necessaria opera informativa, per vincere diffidenze e resistenze pregiudiziali (ovviamente molto più forti nel caso dell'arbitrato rispetto alla conciliazione: quest'ultima è un accordo, l'arbitrato è un vero e proprio giudizio!). Si tratta ben più di una scommessa, ma di un elemento indefettibile per il funzionamento del sistema costruito dal legislatore della privatizzazione.

6. Concludendo: il ruolo del conflitto nel pubblico impiego, un'amministrazione che deve fare il datore di lavoro ed un dirigente che deve

⁸⁶ Fra i quali ascriverei la poca chiarezza in ordine ai poteri dell'arbitro (ad es. in materia di provvedimenti cautelari) e lo stesso carattere del collegio di conciliazione, che rappresenta le istanze delle parti, e che rischia, riproducendo *pro-quota* le posizioni litiganti in campo, di smarrire il carattere dell' "imparzialità" che è garanzia della sua autorevolezza. Sul rinvio a titolo pregiudiziale per l'interpretazione dei contratti collettivi, invece, rimane tuttora insoluta la questione – che coinvolge delicati aspetti di costituzionalità - relativa alla possibilità per le parti negoziali, convocate per l'accordo interpretativo preliminare alla decisione giudiziale, di disporre, modificandola, della norma collettiva che incide sul diritto soggettivo dedotto in giudizio, fornendo quindi di efficacia retroattiva la "novazione" contrattuale (cfr. D. BORGHESI, // *rinvio pregiudiziale per l'interpretazione dei contratti collettivi del pubblico impiego resiste ai primi controlli della Corte costituzionale*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, 5, 900). Ma questi citati paiono precisi effetti dell' "evidenza" sindacale del sistema, su cui v., infra, *Par. 7*).

fare il dirigente (con qualche osservazione sparsa su Aran e riforma costituzionale).

Si svolgono di seguito alcune considerazioni di chiusura.

Il cantiere del pubblico impiego è ancora aperto e vi è chi ha ipotizzato nel legislatore l'esistenza di un'incipiente "bulimia riformatrice" ⁽⁸⁷⁾.

Il sistema, tuttavia, sembra richiedere un'ulteriore messa a punto a volte di carattere prettamente normativo. I sistemi di classificazione professionale definiti in sede collettiva, per esempio, dopo il terremoto delle sentenze della Corte costituzionale, costituiscono un campo ancora tutto da esplorare. Vi sono prassi contrattuali da correggere e compatibilità normative da verificare. D'altra parte la vicenda, qui solo sommariamente tratteggiata, testimonia ancora una volta come la "privatizzazione" non consenta operazioni di mera trasposizione di logiche ed istituti derivanti dal diritto privato, giacché sopra il lavoro nelle pubbliche amministrazioni campeggia l'ipoteca della Costituzione che attraverso l'art. 97 finalizza l'azione delle pubbliche amministrazioni all'interesse pubblico e con l'art. 98 costituisce la "causa" speciale del lavoro pubblico.

Nel campo delle relazioni sindacali, come si è cercato di rappresentare, il modello preconizzato dal legislatore sconta un persistente divario fra disegno normativo e prassi concreta. La politica non ha inteso marginalizzarsi, ma ha conservato un ruolo ancora da protagonista, che però svaluta uno degli intenti della riforma. Ne discende la necessità di ripensare la procedura della contrattazione, la persistente attualità dell'accordo del 23 luglio e, complessivamente, il ruolo dell'Aran, alla luce, fra l'altro, delle ricadute normative determinate dalla recente riforma costituzionale ⁽⁸⁸⁾. Già da ora, infatti, sulla base del dato normativo, ogni regione potrebbe legittimamente assumere la rappresentanza negoziale del proprio personale.

In realtà, anche nell'attuale assetto ordinamentale sembra possano essere ragionevolmente rinvenuti i presupposti per la salvaguardia di un ARAN con funzioni di coordinamento di tutto il sistema della contrattazione pubblica. Al riguardo, si può certamente avvalorare l'opinione di chi individua il presupposto

⁸⁷ F. CARINCI, *Regola maggioritaria alternanza e bulimia riformatrice*, in *Lav. pubbl. amm.*, 6, 2002, 837.

costituzionale della conferma di un'Aran centrale sulla base della finalizzazione dell'attività da essa svolta alla "perequazione delle risorse finanziarie", alla "salvaguardia dei livelli essenziali di prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" che devono essere garantiti in tutto il territorio nazionale, nonché, in generale, alla garanzia dell'"unità giuridica ed economica del paese" (artt.117, c. 2, lett. e) m); art. 120, c. 2, Cost.)⁽⁸⁹⁾. Anzi, la prima competenza (concorrente) dello Stato è stata valorizzata dalla Corte costituzionale per giustificare la predeterminazione centralizzata dei flussi di spesa per la contrattazione collettiva⁽⁹⁰⁾.

Senonché, anche la suddetta valorizzazione non riesce ad eliminare la competenza residuale delle regioni per tutto ciò che del lavoro pubblico e della contrattazione collettiva non ricade nella materia a competenza esclusiva statale dell'ordinamento civile (art. 117, c. 2, lett I), a cui si suole ascrivere la materia del lavoro dipendente tanto pubblico che privato (quanto meno nell'accezione di "linee ordinarie della disciplina del rapporto di lavoro"), né, tantomeno, riesce ad escludere la competenza esclusiva delle regioni per ciò che concerne gli aspetti afferenti la propria organizzazione (art. 117, c. 2, lett.g).

Si può, infatti, rilevare nel disegno della Costituzione il ruolo promiscuo del lavoro nelle pubbliche amministrazioni, né ascrivibile *tout court* nell'ordinamento civile, quantomeno perché sfuggono gli aspetti di carattere organizzativo (reclutamento, dotazioni organiche ecc.) ma, nemmeno, totalmente attratto

⁸⁸ Si allude ovviamente alla nuova formulazione dell'art. 117, nel titolo V, parte II Cost.

⁸⁹ Sul tema, principalmente, A. VISCOMI, *Prime riflessioni sulla struttura della contrattazione collettiva nelle pubbliche amministrazioni nella prospettiva della riforma costituzionale*, in *Lav. pubbl. amm.*, suppl. fasc. 2002, 1, 172; G. D'AURIA, *Il lavoro pubblico dopo il nuovo titolo V (parte seconda) della Costituzione*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2001, 5, 753; F. CARINCI, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2003; L. ZOPPOLI, *Applicabilità della riforma del lavoro pubblico alle Regioni e riforma costituzionale*, in F. CARINCI e L. ZOPPOLI, *Diritto del lavoro. Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2004, Milano, 54 e ss. e M. DELFINO e L. ZOPPOLI, *L'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni*, in F. CARINCI e L. ZOPPOLI, cit., 447 ss..

⁹⁰ La materia dell'impiego pubblico presso le Regioni e gli enti locali non è menzionata né fra le materie rientranti nella competenza esclusiva dello Stato (cui è ascritto invece l'ordinamento e l'organizzazione amministrativa di Stato ed enti pubblici), né in quelle di legislazione concorrente. Secondo la Corte costituzionale, tuttavia, per gli aspetti di finanza pubblica, leggi dello Stato possono ben individuare tetti di spesa e criteri e metodologie di riscontro della stessa (anche sul livello decentrato, per valutare la compatibilità della contrattazione integrativa con i vincoli di bilancio risultanti dagli strumenti di programmazione annuale e pluriennale), costituendo tale attività normativa legittimo esercizio del potere di "coordinamento della finanza pubblica" e di "armonizzazione dei bilanci pubblici", non afferendo tale regolamentazione ad aspetti essenziali del rapporto di lavoro dei dipendenti regionali e degli enti locali preclusi alla legge dello Stato (cfr., nuovamente, le sentenze n. 4 e n. 260 del 2004, su cui v. la nota n.33).

nell'orbita dell'organizzazione amministrativa, secondo la lettura tradizionale che assorbe la disciplina del personale nella materia dell'organizzazione (⁹¹). Si ritorna quindi all'opzione di partenza. L'Aran, rappresentante legale agli effetti della contrattazione collettiva di tutte le pubbliche amministrazioni, mantiene la propria legittimazione costituzionale per le finalità degli artt. 117, c. 2, lett. e) e m) g e 120, c. 2, ma la sua permanenza non è né necessaria né sufficiente e va comunque coordinata con le competenze regionali. Nulla impedisce alle regioni di istituire proprie agenzie, sia pure non alternative ad un Aran centrale con funzioni di coordinamento di tutto il sistema della contrattazione. Tale sviluppo, al quale ad onor del vero le stesse regioni sembrano poco coscienti o interessate (⁹²), appare nel lungo periodo evitabile solo attraverso un nuovo intervento sull'Aran centrale che la sintonizzi, organizzativamente e funzionalmente, con il processo di regionalizzazione in corso. A tale scopo appare in ogni caso insufficiente l'attuale configurazione dell'agenzia, anche a voler dare seguito alla previsione che ne ipotizza l'eventuale articolazione in delegazioni su base regionale e pluriregionale; né sembra in grado di appagare il protagonismo negoziale delle regioni l'altra previsione del d.lgs 165 che favorisce in una certa misura l'interlocutore regionale nella nomina degli organi direttivi della stessa Agenzia (cfr. i commi 2 e 6 dell'art. 46). Occorrerebbe, invece, nuovamente ripensare l'organizzazione dell'Aran ricostituendola su di una base fortemente associativa, riprendendo una delle indicazioni già presenti nella delega contenuta nella l. n. 59/1997 (⁹³).

A prescindere da ogni diversa considerazione di sistema, si tratta di un esito auspicabile, se non altro in relazione all'importante ruolo ricoperto dall'Aran quale fattore di moderazione salariale (ruolo confermato dal fatto che la dinamica retributiva dei comparti non rappresentati dall'Aran continua a crescere

⁹¹ La Corte costituzionale, tuttavia, attraverso la sentenza 24 luglio 2003, n. 274, sembra abbia voluto ricomprendere "lo stato giuridico ed economico" del personale nell'ambito della potestà residuale delle regioni, con conseguenze sistematiche immediatamente avvertibili. Cfr. Corte cost., sentenza 24 luglio 2003, n. 274, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, 3-4, 588 (annotata da R. SALOMONE).

⁹² Si veda, al riguardo, il Documento "*Rapporto di lavoro e ruolo delle Regioni nella contrattazione collettiva*" del 21-3-2003, reperibile nel sito web www.regioni.it.

⁹³ Cfr. l'art. 11, c. 4, lett. b) della l. n. 59/1997.

in maniera tendenzialmente superiore) (⁹⁴) ed in considerazione dei rischi di “balcanizzazione” derivanti dall’applicazione estrema delle possibilità connesse al regime costituzionale. Allorché si riconoscano le ragioni per la sua salvaguardia, occorre allora, da un lato promuoverne composizione ed organizzazione in senso fortemente associativo, per prevenire le sempre possibili spinte centrifughe delle regioni, dall’altro salvaguardarne ruolo e funzioni. Dal primo punto di vista, la trasformazione non può che essere preordinata a rafforzare il collegamento organico fra comitati di settore ed Agenzia, fino ad introiettare i comitati di settore nei relativi organi di governo, in ogni caso assicurando un costante collegamento fra istanze rappresentative del comparto ed agente contrattuale.

Un’identificazione “forte” fra comitato di settore ed Aran potrebbe anche restaurare una corretta dinamica relazionale fra gli attori della contrattazione, evitando lo svuotamento del ruolo dell’Aran. Sussiste, infatti, sempre il rischio che, sulla spinta sindacale, in sede di trattativa l’Aran sia tratta a disattendere il mandato negoziale affidatole, esponendo il contratto al rischio della non approvazione da parte del comitato di settore ovvero alla certificazione non positiva della Corte dei conti. Si tratta, beninteso, di un rischio più teorico e virtuale che reale. Il patologico ritardo nella stipulazione del contratto collettivo fa sì che il comitato di settore avverta tale evenienza come un male minore, considerando comunque non ulteriormente procrastinabile la stipulazione, mentre si è visto come vengano sublimati i referti negativi della Corte dei conti nel contesto di una procedura ancora barocca, non diversamente da quella iperlegificata prevista dal decreto legislativo n. 29 del 1993 prima delle modifiche della “seconda privatizzazione”. In alcuni casi, in effetti, nel parere del Consiglio dei ministri sull’ipotesi di accordo, con il quale la parte pubblica si predispone alla sottoscrizione del contratto collettivo, sono state apposte precisazioni o prescrizioni, comportanti a volte vere e proprie modifiche al contratto. Tali modifiche, nondimeno, vengono di solito rifiutate dalle organizzazioni sindacali che, come in precedenza ricordato, giudicano intangibili le determinazioni

⁹⁴ Cfr., nuovamente, i dati del Conto annuale 2002.

contrattuali. Esse in questa maniera disconoscono tutta la fase successiva alla sottoscrizione dell'ipotesi di accordo, che tuttavia, pur costituendo una vicenda interna al processo di formazione della volontà della parte pubblica, non può essere indifferente nei confronti della controparte, perché costituisce il presupposto abilitante per la definitiva stipulazione del contratto.

D'altra parte, sempre nell'ottica della responsabilizzazione dei soggetti, occorre che il comitato di settore assuma piena coscienza dell'importanza dell'atto di indirizzo che emana, che contiene la missione negoziale dell'Aran, resistendo alla tentazione di una gestione consociativa degli indirizzi che svaluta il ruolo dell'Aran e porta la controparte a "giocare" su più tavoli ed a rialzare continuamente la posta in gioco con costi organizzativi a volte notevoli. Anzi, in un contesto caratterizzato da un andamento non certo confortante dei conti pubblici, occorre che il contratto collettivo divenga uno strumento non solo deputato alla salvaguardia del potere di acquisto dei salari, ma sempre di più un momento imprescindibile di una attività di governo del personale che si svolge nell'ottica e per il perseguimento dell'efficienza organizzativa.

Secondo ordine di considerazioni. Tutto il sistema del lavoro pubblico, non solo contrattuale, si tiene in equilibrio se la dirigenza recupera un ruolo autonomo e responsabile e l'amministrazione non subisce una nuova prevaricazione da parte della "politica".

Si evoca questa tematica solo incidentalmente.

La dirigenza è stretta, come mai lo era stata in passato, da una doppia pressione, che deriva dalla *precarizzazione* dovuta alle leggi recentissime (cfr. il d.lgs n. 80/1998 e la l. n. 145/2002) e dalla *sindacalizzazione* imposta dalla contrattualizzazione (il d.lgs n. 29/1993 per i dirigenti di base ed il d.lgs n. 396/1997 per quelli di più alto livello). In astratto, se il dirigente è sindacalizzato, si determina il rischio di una pericolosa confusione di ruoli. Un dirigente che, per esempio, è attore di relazioni collettive in sede decentrata, ed è quindi *soggetto* di contrattazione, nel contempo diviene *oggetto* di contrattazione a livello nazionale e sono gli stessi sindacati, controparte sul tavolo negoziale decentrato, che stipulano i contratti collettivi che lo riguardano.

Questa è una contraddizione in termini che nel settore privato non si verifica, perché l'alta dirigenza è sottratta dalla sindacalizzazione, essendo in qualche maniera portatrice di interessi collettivi non distinti da quelli dell'imprenditore⁽⁹⁵⁾. Nel settore pubblico, rompendosi il rapporto di identificazione invece rischia di non esistere più proprio la pubblica amministrazione che esercita i poteri del datore di lavoro, perché è il dirigente che impersona la pubblica amministrazione, rappresentando lo snodo critico fra organizzazione pubblica e rapporto di lavoro privatizzato: rischia di venire a mancare proprio colui che è preposto ad interpretare l'interesse creditorio della pubblica amministrazione nel rapporto di lavoro.

Ma vi è di più con riferimento alla cosiddetta *precarizzazione*. Questa costituisce l'effetto normativo della scissione fra rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed incarico a tempo determinato, con la quale si è inteso conciliare l'interesse del dirigente alla continuità del rapporto e quello del politico alla selezione fiduciaria, secondo una formula compromissoria che ha qualche precedente per alcune figure di vertice della Presidenza del Consiglio dei ministri. Ciò nel contesto di un'ampia proclamazione dell'autonomia dirigenziale per la gestione e del principio di responsabilità per i risultati perseguiti (ma il buon esito della gestione dirigenziale non vincola il vertice politico alla riconferma del dirigente all'incarico ricoperto alla scadenza del termine di durata).

Il sistema degli incarichi dirigenziali, già precarizzati attraverso la riforma del d.lgs n. 80 del 1998, ha subito il nuovo intervento modificativo della legge n. 145 del 2002, condotto nel segno della ripubblicizzazione e della decontrattualizzazione, ma anche dell'accentuazione della caratterizzazione fiduciaria del conferimento degli incarichi (abolizione del termine minimo di durata dell'incarico, accorciamento di quello massimo, maggior numero di dirigenti assumibili dall'esterno, cessazione *una tantum* di tutti gli incarichi dirigenziali in essere). La giurisprudenza, a sua volta, ha avallato la qualificazione privatistica dell'atto di conferimento dell'incarico dirigenziale con le connesse

⁹⁵ Sussiste, cioè, una tendenziale convergenza di interessi fra le parti del rapporto (da cui si mutua il fondamento giuridico del legame fiduciario e del recesso *ad nutum*). Cfr. P. Tosi, *Il dirigente di azienda. Tipologia e disciplina del rapporto di lavoro*. Milano, 1974.

ricadute sul regime della giurisdizione, ascritta alla competenza dell'AGO non per materia ma sulla base del tradizionale criterio della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio (⁹⁶). Si attendono, infine, le decisioni della Consulta sulle disposizioni in materia di *spoils system* contenute all'art. 3 della legge 145 del 2002 che, secondo i giudici remittenti, hanno privato il lavoratore di ogni forma di garanzia anche solo procedimentale e di contraddittorio, incidendo retroattivamente su un assetto di interessi liberamente pattuito, espressione di libertà negoziale ed autonomia privata della persona senza una giustificazione doverosa e ragionevole (⁹⁷).

Concretamente, com'era prevedibile, l'autonomia solo formale del dirigente non ha retto alla doppia pressione recata dalla precarizzazione e dalla sindacalizzazione, subendo sia gli effetti dell'espropriazione "verticale", da parte del vertice politico, che la prevaricazione "orizzontale" da parte del sindacato (⁹⁸). Ne è derivata per la dirigenza, sottoposta al ricatto implicito della riconferma, la particolare soggezione e la conformizzazione indotta nei confronti della politica nonché, a volte, la sostanziale rinuncia ad esercitare la pienezza delle proprie prerogative per non subire gli effetti della conflittualità sindacale, considerato che non di rado il favore del sindacato costituisce un consenso alternativo, integrativo ed a supporto di quello politico.

Dalla precarizzazione alla fidelizzazione il passo è breve ed il rischio ultimo è quello di aver costituito le premesse per una dirigenza succube del sindacato e ancora una volta soggiogata dalla politica.

⁹⁶ L'atto di conferimento dell'incarico dirigenziale non sarebbe compreso entro la soglia strutturale degli uffici pubblici, ma nell'area dell'organizzazione del lavoro, ex art.5, comma 2, del d.lgs n.165 del 2001: in specie gli atti di conferimento sarebbero sussumibili nell'area degli atti di microrganizzazione, in cui la pubblica amministrazione agisce con i poteri del privato datore di lavoro (cfr. Corte di Cassazione, sez. lav., 20 marzo 2004, n. 5659 in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 10, 1095, con il commento di G. NICOSIA, *La Cassazione «blinda» la privatizzazione del rapporto di lavoro dirigenziale*. Per ulteriori riferimenti in tema si rinvia all'approfondimento anche dottrinario nell'appendice in quest'opera (infra 3.3.1.).

⁹⁷ La questione di legittimità costituzionale è stata sollevata da alcuni giudici delle Sezioni Lavoro del Tribunale di Roma con ordinanze del 23 aprile, 30 aprile e 11 maggio 2004. Le prime due ordinanze sono commentate da A. ANDREONI, *Lo spoil system davanti alla Corte costituzionale*, in *Rivista giur. lav. prev. soc.*, 2004, 2, 328. Le norme dell'art. 3, c. 7, della l. n. 145/2002, hanno disposto la decadenza automatica degli incarichi dirigenziali generali e la riduzione di durata dei medesimi, attivando una sorta di spoil system di prima applicazione ed *una tantum* con la cessazione *ope legis* degli incarichi in essere.

⁹⁸ F. CARINCI, *Il lento tramonto del modello unico ministeriale: dalla "dirigenza" alle "dirigenze"*, in corso di pubblicazione in *Lav. pubbl. amm.*, 5, 2004.

La sensazione è che l'attuale disciplina in materia di dirigenza pubblica costituisca, nuovamente, un caso di scorretta trasposizione del modello privatistico alle pubbliche amministrazioni.

Nelle imprese il rapporto fiduciario si impianta sull'interesse creditorio degli azionisti di riferimento, per cui le fortune professionali del dirigente sono determinate, in modo diretto o mediato, dal controllo del mercato. Giacché anche il vertice politico risponde al "mercato" elettorale, è sembrato ragionevole al legislatore della privatizzazione trasportare nel settore pubblico, sia pure in una forma attenuata, il meccanismo fiduciario proprio del rapporto intercorrente fra imprenditore e dirigente.

Ma la verifica elettorale non funziona come la verifica del mercato.

Come è stato efficacemente notato, l'interesse elettorale al buon funzionamento dell'amministrazione è un interesse diffuso, e perciò meno influente⁷ sul piano elettorale⁷ dell'interesse concentrato delle clientele di riferimento e del sindacato che rappresenta le masse dei dipendenti. La politica è quindi spinta ad orientare la gestione della macchina amministrativa non verso gli elettori ma a dare soddisfazione a queste pressioni, mentre d'altra parte l'elettore nel momento del voto risponde ad altre logiche, diverse da quelle collegate alla verifica del buon funzionamento della gestione burocratica (⁹⁹).

Quiescente ogni apparato di controllo sui risultati della prestazione (¹⁰⁰), il dirigente risponde costantemente (per singoli atti e non per la gestione

⁹⁹ Cfr. A. ZUCARO, dattiloscritto.

¹⁰⁰ Vedi per esempio, Corte dei conti, Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, Deliberazione n. 15/2003/G, "Esiti dell'indagine sulla ristrutturazione e funzionamento dei servizi di controllo interno nell'ambito delle amministrazioni dello Stato nel corso del 2002". Molto efficacemente è stato riconosciuto che l'apparato legale ipotizza "un processo fantasma di cui non esistono se non sporadicamente sperimentazioni pratiche" (Comitato tecnico scientifico per il coordinamento in materia di valutazione e controllo strategico nelle amministrazioni dello Stato, Rapporto del maggio 2001 sui controlli interni nei ministeri), mentre la Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 15 novembre 2001, a sua volta, dichiara *apertis verbis* che "ad oggi quasi nessuna amministrazione si è dotata di un "sistema di valutazione validato e funzionante di valutazione dei dirigenti". Eppure la misurazione delle *performance* dirigenziali dovrebbe essere il presupposto, ad un tempo, sia dell'assegnazione dell'incarico (cfr. l'attuale art. 19, c. 1, del d.lgs n. 165/2001, che fa riferimento ai risultati conseguiti in precedenza, con riferimento ad obiettivi e programmi assegnati), che dell'eventuale revoca, collegata a risultati negativi della gestione (cfr. l'art. 21 che fa riferimento al mancato raggiungimento degli obiettivi o all'inosservanza della direttiva, ma anche l'art. 5 del d.lgs. n. 286/1999 che si riferisce ai "risultati negativi dell'attività amministrativa e della gestione"). La contrattazione collettiva, a sua volta, radica nella gestione "incolpevole" il diritto, nel caso di mancata conferma, ad un incarico equivalente (art. 35 CCNL Area I). Cfr., più diffusamente, V. Talamo, *Le funzioni, le competenze, le attribuzioni ed i poteri della dirigenza pubblica*, in F. Carinci e L. Zoppoli (a cura di), *Diritto del lavoro. Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004, 1088-1137.

complessiva) al politico: risponde ai governi e non alla collettività, con una vera distorsione del modello costituzionale del "servizio esclusivo della Nazione", dell'imparzialità e buon andamento. D'altra parte, a fronte di incarichi brevi o brevissimi, di un apparato di controllo di gestione non vi è più bisogno, nel senso un sistema che somma incarichi brevi e cessazione automatica alla scadenza, senza alcun onere di motivare la mancata conferma, ovvia e prescinde dalla costituzione di un sistema funzionante di valutazione dei risultati conseguiti dal dirigente (¹⁰¹).

Occorre riflettere su questa modifica normativa anche alla luce dell'ulteriore trasformazione nel nostro sistema, che agisce a livello costituzionale, recata dall'introduzione del modello elettorale maggioritario. Il valore aggiunto o la sintesi critica delle due norme comporta una vera e propria modificazione costituzionale che mette in crisi il carattere temperato della nostra democrazia. Attualmente la maggioranza parlamentare che vince le elezioni acquista costituzionalmente il controllo del potere legislativo. Il potere esecutivo rischia di divenire, come è stato messo in evidenza, non altro che il consiglio direttivo della maggioranza parlamentare e, se per caso cattura anche il potere amministrativo non più soggetto alla legge ma ai governi, saltano letteralmente quei sistemi di contemperamento che sono alla base di tutte le democrazie occidentali: chi vince prende tutto (¹⁰²). Pare davvero il caso di domandarsi se siano compatibili il gradimento politico degli incarichi dirigenziali con la posizione costituzionale dell'amministrazione e la fiducia fra vertice politico e dirigente con il principio di imparzialità (¹⁰³).

Da questo punto di vista, quindi, la riforma sembra ben più che un'incompiuta.

Negli anni Settanta venne rilevata l'esistenza di un vero e proprio *pactum sceleris* fra classe dirigente e classe politica. La prima rinunciava ad esercitare le proprie

¹⁰¹ Cfr., anche G. D'AURIA, *Ancora una riforma della dirigenza pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 1160, che molto incisivamente evidenzia come la nuova precarizzazione, unitamente all'inattuazione dei meccanismi di valutazione, costituisca per i Ministri una sorta "di assicurazione contro il rischio di non poter sciogliere, se non per motivi inerenti alla responsabilità dirigenziale, il rapporto di ufficio con dirigenti non più politicamente "graditi" o "allineati".

¹⁰² S. CASSESE, *Il rapporto fra politica ed amministrazione e la disciplina della dirigenza*, in *Atti del Seminario sulla dirigenza nel pubblico impiego* del 31 gennaio 2003, organizzato dall'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo (Aipda) presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza". La rielaborazione di tale intervento è in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, 2, 231.

prerogative autonome ed attuava una sorta di ritirata strategica a vantaggio della classe politica in cambio di vantaggi di *status* e di carriera nonché di un complessivo “scarico di responsabilità”; la seconda, in questa transazione, guadagnava una potestà gestionale nell’amministrazione attiva che le era stata teoricamente sottratta dalla legge (¹⁰⁴). Ben più grave appare l’attuale modello, in cui nemmeno uno scambio sussiste, perché il politico si è precostituito le leve per governare direttamente attraverso la soggezione implicita costituita dalla possibilità della mancata conferma, fra l’altro senza le correlative responsabilità. Una soggezione che appare ancora più accentuata nel caso del conferimento di incarico generale al dirigente di seconda fascia, atteso che la legge richiede per il consolidamento nella fascia apicale che il dirigente permanga nell’incarico superiore per un periodo quinquennale (e quindi sia soggetto al “giogo” della successiva conferma da parte dello stesso Ministro nominante (¹⁰⁵)).

D’altra parte il ruolo unico dei dirigenti, che avrebbe dovuto costituire nelle intenzioni del legislatore un serbatoio funzionale al mercato delle competenze, si è trasformato ben presto in un contenitore virtuale in cui collocare i dirigenti sgraditi agli organi di vertice in grado di provocare una messa a disposizione senza limiti di tempo più volte censurata dall’organo di giurisdizione contabile (¹⁰⁶). La sua eliminazione ad opera della legge n. 145 ha eliminato ogni equivoco: nel settore pubblico non esistono, né forse potranno mai esistere, i “cacciatori di teste” del settore privato in grado di selezionare e retribuire le migliori competenze.

Pare quindi indispensabile rimeditare complessivamente il senso della privatizzazione per la dirigenza pubblica ed in ogni caso di restaurare anche normativamente un corretto rapporto fra la sfera politica e quella amministrativa, evitando che il rapporto fra questi due poli, che deve rimanere in continua tensione dialettica, si alteri a vantaggio di una delle due parti. Accanto all’esigenza di arginare l’ingerenza pervasiva dei governi sull’amministrazione,

¹⁰³ S. CASSESE, *Il rapporto fra politica ed amministrazione*, cit., 235.

¹⁰⁴ Sul tale rapporto, definito di “scambio fra sicurezza e potere”, cfr. S. Cassese, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1983, soprattutto 69 ss.

¹⁰⁵ La durata massima dell’incarico dirigenziale di livello generale è, infatti, di tre anni.

¹⁰⁶ Per esempio Corte dei Conti, *Relazione sul rendiconto generale dello Stato per l’anno 2000*, 187.

con effetti sulla neutralità e sull'imparzialità garantiti dalla Carta costituzionale, milita infatti l'esigenza contrapposta di impedire che una burocrazia, non autonoma, ipergarantita e non valutabile, divenga un corpo inerte, sbandato ed adespota ovvero incontrollabile ed inamovibile ed in grado di paralizzare ... ogni politica (¹⁰⁷).

In particolare pare nuovamente auspicabile una correzione normativa che circoscriva l'intervento della politica nella fase di nomina e revoca a pochissimi incarichi apicali, ricomponendo negli altri casi la scissione fra rapporto di lavoro ed incarico, eliminando da quest'ultimo ogni termine di durata. In tale prospettiva sembra opportuno rafforzare e rendere effettivi i meccanismi di controllo dell'attività dirigenziale, giacché l'incarico a tempo indeterminato non può comportare l'inamovibilità del dirigente ma, caso mai, la necessità di valutare costantemente le *performance* dirigenziali a cui collegare l'eventuale revoca dell'incarico. Può infine essere di una qualche utilità immaginare la costituzione di una Commissione indipendente, sul modello della *Civil service commission* americana, con il compito di sovrintendere alle nomine, alle revoche, alla mobilità dei dirigenti, con potere di intervento anche nei casi di irrogazione delle sanzioni per inefficiente gestione e mancata attuazione delle direttive. La previsione di autorità indipendenti risponde ad una necessità tipica dei settori in cui si incrociano significativamente più interessi di rango costituzionale⁷, tutti meritevoli di tutela. Nel caso della dirigenza pubblica l'incontro e lo scontro di interessi costituzionali avviene fra i valori tutelati da una parte dall'art. 95 Cost. (principio di responsabilità ministeriale che importa una forma di sottoposizione all'Esecutivo dell'amministrazione), dall'altra dagli artt. 97 e 98 (imparzialità, buon andamento, servizio esclusivo nei confronti della Nazione). Per assicurare equilibrio e temperamento fra tali interessi potenzialmente in conflitto fra loro può, quindi, essere utile l'istituzione di un organismo terzo, neutrale, con grandissima autorità, i cui membri siano garantiti per la professionalità posseduta e nella loro indipendenza (¹⁰⁸).

¹⁰⁷ L. ZOPPOLI, *Il lavoro pubblico*, cit.

¹⁰⁸ Ho più diffusamente sostenuto questa tesi in V. TALAMO, *Lo spoils system all'italiana» fra legge Bassanini e legge Frattini*, in *Atti del Seminario sulla dirigenza nel pubblico impiego* del 31 gennaio 2003, organizzato dall'Associazione

Terza considerazione. L'applicazione del diritto privato alle pubbliche amministrazioni doveva introdurre nel settore pubblico flessibilità, responsabilità, efficienza. Come prima si è rappresentato doveva essere in grado di trasformare un'amministrazione legalista ed autoreferenziale in una macchina che guarda il mercato ed i bisogni della collettività, dialoga con i cittadini, è celere e responsabile (v., *infra*, Par. 1). Però, quando si applica il diritto del lavoro al pubblico impiego bisogna tenere sempre presente sia la caratteristica fondativa del diritto del lavoro che le coordinate di genere del lavoro presso le pubbliche amministrazioni. La prima presuppone l'esistenza di un conflitto di interessi alla cui base vi è un antagonismo sociale in origine non riconosciuto proprio anche del pubblico impiego per gli stessi motivi storici, ideologici e politici, alla base della negazione della privatizzazione. Essa postula quindi la reale delle parti. Ma se questo conflitto preesiste ontologicamente, quale realtà connaturata a tutte le realtà del lavoro dipendente, allora la pubblica amministrazione in qualità di effettivo datore di lavoro deve essere abituata ed educata a riconoscerne l'esistenza ed a gestirlo, *operando per ed affermando il* proprio interesse specifico. La pubblica amministrazione, ed i dirigenti che la costituiscono, devono necessariamente porsi nell'ottica della garanzia di tali interessi che, se pure occasionalmente, possono presentarsi in conflitto con quelle dei dipendenti e delle organizzazioni rappresentative dei lavoratori (¹⁰⁹).

Nella pratica concreta, invece, la dimensione antagonistica del conflitto viene esorcizzata nel contesto di un modello relazionale latamente consociativo, in cui prevale comunque la ricerca del consenso sindacale a tutti i costi ed in cui i dirigenti non accedono al processo negoziale.

Uno degli effetti della privatizzazione doveva essere costituito dall'eliminazione di ogni ipotesi di accordo necessario. Il consenso sindacale cessava di essere un vincolo procedurale per la regolazione del rapporto di lavoro pubblico e la

Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo (Aipda) presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza". La rielaborazione di tale intervento è in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, 2, 237.

¹⁰⁹ B. CARUSO, *La storia interna sulla riforma del p.i.: dall'illuminismo del progetto alla contaminazione della prassi*, introduzione a M. D'ANTONA, P. MATTEINI e V. TALAMO (a cura di), *Riforma del lavoro pubblico e riforma della pubblica amministrazione*, Milano, 2001.

contrattazione diveniva una pratica da attivare negli esclusivi limiti della libertà e della convenienza. Per tale finalità, dentro e fuori la contrattazione collettiva, è indispensabile riscontrare nuovamente la figura del dirigente pubblico, di un dirigente autonomo rispetto alla politica, forte del proprio ruolo professionale, responsabile e valutato che, anzi, proprio dalla valutazione matura il suo prestigio professionale. Il solo in grado di impersonare un'amministrazione che resta pubblica al servizio dei governati e non dei governi.