RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO
E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

Fondata da Aurelio Becca e Ugo Natoli

ANNO LXIX- 2018 - N. 3
Trimestrale
luglio-settembre 2018

DIRETTA DA
Umberto Carabelli

COLLEGIO DEI CONDIRETTORI
Alessandro Bellavista, Olivia Bonardi, Fausta Guarriello, Andrea Lassandari, Franco Scarpelli, Lorenzo Zoppoli

COMITATO DI INDIRIZZO SCIENTIFICO E DI REFERAGGIO
Mariapaola Aimo, Anna Alaimo, Cristina Alessi, Piergiovanni Alleva, Amos Andreoni, Vittorio Angiolini, Gian Guido Balandi, Marzia Barbera, Marco Barbieri, Vincenzo Bavaro, Lorenzo Bordogna, Franca Borgogelli, Giuseppe Bronzini, Laura Calafà, Piera Campanella, Maria Teresa Carinci, Michele Castellano, Pasquale Roberto Chieco, Luigi de Angelis, Alfonsina De Felice, Gisella De Simone, Antonio Di Stasi, Marco Esposito, Francesco Fabbri, Vincenzo Ferrante, Giuseppe Ferraro, Franco Focareta, Ginevra Galli, Alessandro Garilli, Domenico Garofalo, Stefano Giubboni, Donata Gottardi, Enrico Gragnoli, Renato Greco, Daniela Izzi, Carmen La Macchia, Vito Sandro Leccese, Antonio Lo Faro, Piera Loi, Massimo Luciani, Luigi Mariucci, Luigi Menghini, Gabriella Nicosia, Roberta Nunin, Giovanni Orlandini, Massimo Pallini, Paolo Pascucci, Adalberto Perulli, Alberto Piccinini, Valeria Piccone, Carla Ponterio, Federico Maria Putaturo, Rita Sanlorenzo, Paola Saracini, Stefania Scarponi, Antonino Sgroi, Valerio Speziale, Carla Spinelli, Lucia Tria, Patrizia Tullini, Sergio Vacirca, Lucia Valente, Bruno Veneziani, Antonio Viscomi, Roberto Voza

COMITATO DI REDAZIONE
Andrea Allamprese (caporedattore), Filippo Aiello, Stefano Cairoli, Guido Canestri, Maria Giovanna Greco, Carlo de Marchis, Madia D'Onghia, Michele Faioli, Lorenzo Fassina, Antonio Federici, Lorenzo Giasanti, Alberto Lepore, Antonio Loffredo, Marco Lozito, Matteo Maria Mutarelli, Alessandra Raffi, Enrico Raimondi, Rocco Reina, Michelangelo Salvagni, Enrico Maria Terenzio

DIRETTORE RESPONSABILE
Maurizio Minnucci

SEGRETERIA DI REDAZIONE
Rossella Basile

EDIESSE

Il Collegio dei condirettori della *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* ha deciso, come scelta editoriale decorrente dal 2016, di non accettare per la pubblicazione contributi che siano stati pubblicati o siano in corso di pubblicazione in altre riviste italiane o in rete, né di consentire la pubblicazione in altre riviste italiane o in rete di contributi già pubblicati nella *Rivista*. Gli autori sono invitati a rispettare questa decisione.

I saggi pubblicati nella «Parte I - Dottrina» non devono superare le 20 pagine nel formato della *Rivista* (pari a 54.000 battute spazi inclusi) e sono sottoposti alla valutazione di *referees* anonimi. Il gruppo dei *referees* è composto dai membri del Comitato di indirizzo scientifico e di referaggio e da altri/e studiosi/e.

I materiali per la pubblicazione vanno inviati per posta elettronica alla Segreteria di redazione e devono uniformarsi ai criteri redazionali della *Rivista* (che possono essere richiesti alla stessa Segreteria).

Il testo delle sentenze annotate nella «Parte II - Giurisprudenza» è pubblicato in: *www.ediesseonline.it/riviste/rgl*.

La *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* partecipa alla *International Association of Labour Law Journals* (www.labourlawjournals.com).

Proprietario ed editore
Ediesse s.r.l.
Via delle Quattro Fontane 109 - 00184 Roma
Tel. 06 44870325 - Fax 06 44870335
www.ediesseonline.it
E-mail: ediesse@cgil.it
Autorizzazione del Tribunale di Roma
n. 3848/1954

Sito web della rivista
www.ediesseonline.it/riviste/rgl

Segreteria di redazione
Via delle Quattro Fontane 109 - 00184 Roma
Tel. 06 44870323 - Fax 06 44870335
E-mail: rgl@ediesseonline.it

Progetto grafico e fotocomposizione
EDIESSE

Stampa
O.GRA.RO. s.r.l.
Vicolo dei Tabacchi, 1 – 00153 Roma

Ufficio abbonamenti
Tel. 06 44870283 - Fax 06 44870335
Dal lunedì al venerdì 10-13 / 14-16,30
E-mail: abbonamenti@ediesseonline.it

Tariffe di abbonamento
Ordinario 130,00 euro; estero 260,00 euro
• L'abbonamento dà diritto all'accesso gratuito al *Notiziario della Rivista giuridica del lavoro.*
• Agli studenti universitari che abbiano uno specifico interesse per il diritto del lavoro verrà riconosciuto lo sconto del 50% presentando la richiesta del docente che segue la loro attività.

Singolo fascicolo: 38,00 euro; arretrati: 76,00 euro

Distribuzione in libreria
MESSAGGERIE LIBRI SPA

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI SETTEMBRE 2018

Egregio Abbonato,
ai sensi del d.lgs. n. 196/2003 La informiamo che i Suoi dati sono conservati nel nostro archivio informatico e saranno utilizzati dalla nostra società, nonché da enti e società esterne a essa collegate, solo per l'invio di materiale amministrativo, commerciale e promozionale derivante dalla nostra attività.
La informiamo inoltre che Lei ha il diritto di conoscere, aggiornare, cancellare, rettificare i Suoi dati od opporsi all'utilizzo degli stessi, se trattati in violazione del suddetto decreto legislativo.

Associato all'USPI - Unione Stampa Periodica Italiana

PARTE I
DOTTRINA

IL TEMA
Il lavoro pubblico e la riforma Madia:
organizzazione, gestione e valutazione
Public employment and Madia reform:
organization, management and evaluation

Gabriella Nicosia, Paola Saracini, Carla Spinelli
Introduzione 403
Introduction

Lorenzo Zoppoli
Il rapporto tra legge e contratto collettivo e il nuovo modello
di relazioni sindacali «partecipate» 408
The relationship between law and collective bargaining
and the participative model of industrial relations

Madia D'Onghia
Il fabbisogno del personale pubblico e le politiche
di reclutamento tra nuove sfide e riduzione dei costi 435
The need for public staff and the recruitment policies
between new challenges and cost reduction

Sandro Mainardi
La valorizzazione delle risorse umane nelle p.a.
Trattamenti accessori e fondi
per la contrattazione integrativa 453
The promotion of human resources in Italian public administrations.
The legal and contractual discipline of additional remuneration
and of funds for decentralized collective bargaining

Laura Calafà
Marginalità apparente: l'innovazione organizzativa nella p.a. alle soglie della XVIII legislatura 473
Apparent marginality: organizational innovation in the public administration under the new government

Elisa D'Alterio
Dall'amministrazione di risultato all'amministrazione «performante»: storia di paradossi in tema di pubblico impiego 488
From the «performance-oriented administration» to the «performing administration»: history of paradoxes about civil service

Vincenzo Bavaro
Note sul potere disciplinare nel lavoro pubblico fra aziendalismo e amministrativismo 507
Notes on the power to impose disciplinary sanctions in public work between corporate culture and administrativism

Paola Saracini
Licenziamento ingiustificato e reintegrazione nel lavoro pubblico 524
Unjustified dismissal and reinstatement in public employment

SAGGI

Fabio Ratto Trabucco
La responsabilità contabile del pubblico dipendente per attività extraistituzionale non autorizzata 535
The accounting responsibility of the public employee for non-authorized extra-institutional activity

PROBLEMI DI DIRITTO SOCIALE EUROPEO E INTERNAZIONALE

Marzia Barbera
Tre narrazioni della *flexicurity* 557
Three narratives on flexicurity

PARTE II
GIURISPRUDENZA

IL CASO

Luciana Guaglianone
Licenziamento per assenteismo e indiretta discriminatorietà per motivi di disabilità. A proposito della sentenza *Conejero* (C-270/16)
(Corte di Giustizia, 18.1.2018, C-270/16, S. Terza) 271

RAPPORTO DI LAVORO

Elisa Zaccagnini
Il riposo settimanale ogni periodo di sette giorni
(Corte di Giustizia, 9.11.2017, C-306/16, S. Nona) 291

Giovanni Calvellini
La responsabilità solidale al di là dei confini dell'appalto, fino alla subfornitura (e oltre)
(Corte costituzionale, 6.12.2017, n. 254) 298

Barbara Caponetti
Sulla valenza probatoria delle e-mail prive di firma elettronica
(Cassazione, 8.3.2018, n. 5523
Cassazione, 12.12.2017, n. 29753) 311

Donato Marino
La Cassazione sul caso *Abercrombie* dopo la pronuncia della Corte di Giustizia: «Non poteva che attenervisi»?
(Cassazione, 21.2.2018, n. 4223) 316

Silvio Bologna
Mora del creditore, esternalizzazioni fittizie e profili di legittimità costituzionale
(Cassazione, 7.2.2018, n. 2990, S.U.
Corte d'Appello Roma, 2.10.2017, S. lav., ord.) 330

Giulia Cassano
Limiti all'autotutela del lavoratore *ex* art. 1460 c.c.
(Cassazione, 16.1.2018, n. 836
Tribunale Vicenza, 13.2.2018, S. I civ., ord.) 341

Enrico Raimondi, Valerio Speziale
Licenziamento disciplinare e tardività della contestazione:
la «terza via» della Corte di Cassazione
(Cassazione, 27.12.2017, n. 30985, S.U.) 346

Michelangelo Salvagni
Violazione del *repechâge* e reintegra:
l'obbligo di ricollocazione è un elemento del fatto
(Corte d'Appello Roma, 1.2.2018) 359

Rosalina Panetta
Trasferimento, dequalificazione e nuovo art. 2103 c.c.:
i limiti allo *ius variandi*
(Tribunale Roma, 24.5.2018, ord.
Tribunale Roma, 1.3.2018, ord.) 365

Carla Spinelli
La qualificazione giuridica del rapporto di lavoro
dei fattorini di Foodora tra autonomia e subordinazione
(Tribunale Torino, 7.5.2018) 371

Gionata Cavallini
L'insussistenza della giusta causa o del giustificato motivo
come «indice presuntivo» della ritorsività del licenziamento
(Tribunale Milano, 10.4.2018
Tribunale Parma, 1.2.2018) 385

Oscar Genovesi
La prestazione di lavoro autonomo tra triangolazione
dei rapporti soggettivi e apparenza giuridica
(Tribunale Torino, 31.1.2018) 398

CONTROVERSIE DI LAVORO

Giorgio Costantino
Sulla compensazione delle spese giudiziali e
sulla discrezionalità del legislatore in materia processuale
(Corte costituzionale, 19.4.2018, n. 77) 403

Cinzia Carta
L'inutilizzabilità dei dati raccolti in violazione dell'art. 4 St. lav.
(Tribunale Prato, 14.11.2017) 416

SICUREZZA SOCIALE

Maria Dolores Ferrara
Contrasto alla frode previdenziale e prevenzione del *dumping* sociale: una lezione da Lussemburgo in tema di distacco transnazionale
(Corte di Giustizia, 6.2.2018, C-359/16, Grande Sezione) 421

Laura Torsello
Diritto di soggiorno e accesso alla tutela contro la disoccupazione
(Corte di Giustizia, 20.12.2017, C-442/16, Quinta Sezione) 434

Valeria Allocca
Le dimissioni per giusta causa indennizzabili con la Naspi
(Tribunale Monza 9.11.2017) 447

OSSERVATORI ONLINE

CORTE COSTITUZIONALE
A cura di Lorenzo Fassina e Massimo Pallini
Rapporto di lavoro
Periodo gennaio-giugno 2018
Massimo Pallini 78

Sicurezza sociale
Periodo gennaio-luglio 2018
Lorenzo Fassina 86

CONTRATTAZIONE COLLETTIVA
A cura di Ginevra Galli e Stefano Cairoli
Periodo I semestre 2018
Giovanna De Nardo, Emanuela Guarella 96

Si avvertono i gentili lettori che l'abbonamento alla *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* dà diritto all'accesso gratuito e riservato al *Notiziario della Rivista giuridica del lavoro*, pubblicato a partire dal n. 1/2017 esclusivamente online.

PARTE I
DOTTRINA

Gabriella Nicosia, Paola Saracini, Carla Spinelli (*)

INTRODUZIONE

1. — Il presente numero monografico di *RGL* si occupa ancora una volta del tema relativo alla riforma del lavoro pubblico. Già all'indomani della rimodulazione del 2009, nota nella *vulgata* come riforma Brunetta, questa *Rivista* aveva accolto una rassegna di saggi di commento a quella normativa; l'adozione, prima, della legge delega n. 124 del 2015, e quindi dei due decreti delegati n. 74 e n. 75 del 2017, a firma del ministro Madia, ha fatto, successivamente, da sponda prima al numero monografico n. 3 del 2015 e oggi a questa nuova iniziativa editoriale che consente di indirizzare un *focus* su un settore sempre in fermento e assai bisognoso della bussola interpretativa di dottrina e giurisprudenza (1). Va subito dichiarato che la scelta dei temi da assegnare agli Autori ha seguìto una traccia peculiare da noi curatrici condivisa. Non è nuova la tecnica del commento alle riforme; nuovo è – almeno così ci si augura – l'approccio cui si è fatto ricorso nella progettazione del numero. Il filo rosso che annoda tutti gli argomenti trattati è certamente ravvisabile nei profili di attenzione alla persona del lavoratore che è stato possibile scorgere in ciascuno degli ambiti di intervento normativo indagati. La domanda dalla quale ha preso le mosse il ragionamento che ha originato la scelta dei macrotemi da commentare si condensa, infatti, nel *quantum* di rinnovata attenzione il legislatore abbia voluto dedicare alle persone che lavorano nei nostri apparati. Ecco perché si è provato a evidenziare gli aspetti delle nuove relazioni sindacali «partecipate», della gestione virtuosa del personale attraverso le leve incentivanti delle progressioni orizzontali e verticali, dei trattamenti accessori e della formazione come volàno per la crescita professio-

(*) Gabriella Nicosia è professoressa associata presso il dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Catania; Paola Saracini è professoressa associata presso il dipartimento di Diritto, economia, management e metodi quantitativi dell'Università del Sannio; Carla Spinelli è professoressa associata presso il dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Bari «Aldo Moro».

(1) Sulla riforma del 2017 possono leggersi i commentari citati in bibliografia.

nale nonché della ricerca del benessere organizzativo pure attraverso il ricorso a misure più strutturate di lavoro agile. Anche l'indagine correlata agli aspetti della verifica e delle risposte sanzionatorie del datore di lavoro pubblico – sia sul piano fisiologico, come nel caso della valutazione delle *performance*, sia sul piano patologico, come nell'ambito disciplinare –, e ancor più l'analisi della reintegrazione contro il licenziamento ingiustificato nei luoghi di lavoro pubblico, sottintende questa evidente chiave di lettura. Ciascun Autore ha poi abilmente fornito una interpretazione tutta personale della traccia assegnata.

Il numero si apre con il saggio di Lorenzo Zoppoli, che mette in evidenza il ruolo della contrattazione ritrovata, anzi, dello «spazio negoziale recuperato», e del ribaltamento nel rapporto fra le fonti che restituisce ai fasti originari la scelta – a suo tempo effettuata dal legislatore della seconda privatizzazione degli anni 1997-1998 e poi capovolta dal legislatore del 2009 – di affidare alla fonte negoziale il compito prioritario nella disciplina del lavoro pubblico. L'asse della riflessione qui sviluppata è la valorizzazione dei percorsi di partecipazione (di lavoratori e sindacati) all'interno delle nostre amministrazioni (2). Se si vuole, la riforma del 2017, qui in commento, rilancia il *trend* normativo che, giusta l'osservazione di Lorenzo Zoppoli, parte da lontano, dagli anni novanta, precisamente con l'apertura del *black box* delle p.a. addirittura alla partecipazione dei consociati anche all'interno del procedimento amministrativo, con le norme sull'accesso agli atti, racchiuse nella l. n. 241/1990, e che si estende sino alla partecipazione dei cittadini, oggi sublimata nel loro coinvolgimento pure nella valutazione della *performance* organizzativa delle p.a. (3). Va pure ricordato che l'accesso al procedimento amministrativo, gli accordi di programma, le conferenze di servizi sono gli istituti confezionati negli anni novanta che inaugurano la stagione della condivisione consensuale (fra più soggetti) dell'agire pubblico; condivisione consacrata in tutti gli istituti che prevedono in generale la partecipazione e in quelli che si spingono sino alla partecipazione (dall'esterno) pure degli utenti finali: degli *stakeholder*.

Il saggio di Madia D'Onghia affronta l'eterno conflitto fra i bisogni di *spending review* rilanciati negli ultimi vent'anni e l'investimento sulle risorse umane, o, come sembra più opportuno dire, sul capitale umano. Va det-

(2) Pur con la consapevolezza che l'ampio spazio affidato alla partecipazione lascia riemergere la vecchia questione della negoziabilità dei poteri dirigenziali e le relative implicazioni di deresponsabilizzazione. Cfr. Carabelli 2009; più in generale, sull'argomento, si leggano pure gli scritti di Zoppoli 2009; Ales 2018.

(3) Su tutti questi aspetti sia consentito rinviare a Nicosia 2018, par. 4.

to che le amministrazioni camminano sulle gambe delle persone, anche dei precari, e che la riforma Madia prova meritoriamente a rilanciare i percorsi di stabilizzazione; ciò pur con tutte le difficoltà nella implementazione delle regole racchiuse nel d.lgs. n. 75/2017. Ecco perché appare di non poco momento la novella dell'art. 6, d.lgs. n. 165/2001, disposta dall'art. 5, d.lgs. n. 75/2017, che ha introdotto, in sostituzione delle dotazioni organiche, il piano triennale dei fabbisogni, quale figura organizzativa principale per l'accertamento delle necessità assunzionali delle pubbliche amministrazioni. Tale documento, che va redatto «in coerenza con la pianificazione pluriennale delle attività e delle *performance*», deve essere adottato annualmente dagli organi di vertice delle amministrazioni, «in coerenza con le linee di indirizzo», disciplinate dal nuovo art. 6-*ter*, d.lgs. n. 165/2001. Le linee guida, adottate con decreto interministeriale dell'8 maggio 2018, sono finalizzate a orientare le amministrazioni nella predisposizione del piano triennale dei fabbisogni «anche con riferimento a fabbisogni prioritari o emergenti di nuove figure e competenze professionali». Viene affidata, quindi, alla capacità e alla responsabilità di ogni singola amministrazione l'individuazione concreta e *in progress* delle professionalità occorrenti al raggiungimento dei propri fini istituzionali, con il solo limite del rispetto dei vincoli di spesa e di finanza pubblica.

Il rinnovato interesse per le persone emerge tra le pieghe del dettato normativo analizzato nel saggio di Sandro Mainardi. Qui, attraverso una disamina dei percorsi seguiti nelle fonti legislative e negoziali degli ultimi anni, si è provato a verificare quanto le leve datoriali incentivanti abbiano trovato effettiva implementazione; e questo nella consapevolezza che investire sulle motivazioni del personale possa avere esiti migliori, a valle del processo, rispetto a quelli determinati dall'esaltazione degli aspetti di matrice punitiva delle politiche di gestione delle risorse umane. Aspetti, invece, privilegiati dal legislatore del 2009 per contrastare il fenomeno dei nullafacenti o «fannulloni» che dir si voglia. Per questo viene salutata con fiducia la rinnovata veste della contrattazione integrativa, libera oggi di stabilire se nei percorsi di incentivazione del personale debba prevalere l'aspetto della *performance* individuale piuttosto che l'aspetto correlato alla *performance* organizzativa. Con il medesimo approccio viene osservata la scelta della riforma Madia, per un verso, di far risorgere le progressioni verticali, da lungo tempo congelate, e, per l'altro verso, di rilanciare il carattere premiale delle progressioni orizzontali e, dunque, il riconoscimento solo ad alcuni e non a tutti dell'avanzamento nelle fasce retributive.

Il saggio di Laura Calafà affronta il medesimo tema della valorizzazione del capitale umano da un diverso angolo prospettico: il benessere organiz-

zativo che si snoda lungo il percorso di implementazione di tutte le misure di conciliazione lavoro/lavoro di cura. L'Autrice prova, così, a verificare se pure nell'ambito pubblico le regole predisposte dal legislatore di ultima generazione siano in grado di coniugarsi anche con il perseguimento di un «progetto di vita» del lavoratore. In particolare, si analizzano le potenzialità e le criticità insite nella regolamentazione del lavoro agile come strumento di innovazione organizzativa e sociale. A tal fine vengono esplorati, con riferimento al legame tra lavoro agile e conciliazione vita-lavoro, i contenuti dei nuovi contratti di comparto e le rilegittimate forme di partecipazione sindacale (4). Ne emerge la consapevolezza che la delimitazione delle competenze fra i soggetti coinvolti, insieme con le opportune sinergie tra gli stessi, assumono una valenza strategica per le potenzialità di progettazione e di sviluppo del lavoro agile nella prospettiva della conciliazione vita/lavoro e del benessere dei lavoratori e delle lavoratrici, fortemente promosso dal legislatore a partire dal 2010.

Nel saggio di Elisa D'Alterio viene esaminato il tema della valutazione delle *performance*: il vero cuore pulsante della riforma del 2017. Molti sforzi regolativi sono stati fatti in questo ambito, sebbene gli scenari che si dispiegano agli occhi dell'interprete non sono certo scevri da complicazioni attuative e distonie applicative. Alcuni di questi aspetti sono posti in luce nel saggio. Un esempio vale per tutti: l'annoso problema della costruzione degli obiettivi, oggi più che mai tornato alla ribalta della riflessione, posto che sempre più il legislatore pretende coerenza sistemica laddove gli obiettivi individuali *micro* devono esprimere e sviluppare quelli *macro* di struttura, i valutatori d'Italia devono essere capaci di rilevare questa corrispondenza e i datori di lavoro pubblici vengono contestualmente chiamati a erogare retribuzioni di risultato in modo coerente con il raggiungimento dei medesimi. La valutazione ha progressivamente assunto un ruolo centrale nel complessivo modello di ripensamento del lavoro pubblico, e oggi che la contrattazione collettiva ha recuperato il proprio ruolo, la medesima diventa il vero punto di snodo per un reale balzo in avanti nella produzione dell'azione pubblica eccellente: quella, cioè, in grado di soddisfare attese e pretese della collettività degli utenti.

Sin qui la parte tematica che si è occupata dell'aspetto di promozione della persona del lavoratore. I contributi di Vincenzo Bavaro e Paola Saracini abbracciano, viceversa, i temi che si sviluppano nel perimetro della patologia dei rapporti fra parte datoriale e dipendenti pubblici.

---

(4) Sul lavoro agile, se si vuole, si legga Spinelli 2018.

Vincenzo Bavaro, in particolare, si è addentrato lungo il sentiero dell'annosa *querelle* sottesa alla obbligatorietà, o no, dell'azione disciplinare, per mettere bene in evidenza la natura dell'esercizio di questo potere che mantiene le fattezze con cui è noto, nel settore privato, alla dottrina giuslavoristica, pur sviluppandosi nell'ambito del lavoro pubblico. E questo perché l'esercizio di tale potere datoriale, al pari di tutti gli altri, certamente non è funzionalizzato al raggiungimento dell'interesse pubblico ma meramente finalizzato alla costruzione di una buona gestione. Allo stesso modo viene evidenziato che non c'è stretta correlazione tra scarsa efficienza/produttività, da un lato, e propensione a commettere illeciti disciplinari o ad avere comportamenti «disonesti», dall'altro, giacché a essere decisivo è, comunque e come sempre, il fattore organizzativo. Conclude la rassegna di saggi il lavoro di Paola Saracini, che affronta il tema del ripristino dello *status quo ante* il licenziamento attraverso la reintegrazione. Anche in questo caso, tale importante (e spesso contestata) scelta è salutata con favore. Il fondamento del medesimo è ravvisato non nell'esistenza di insormontabili vincoli costituzionali, bensì nell'assenza di meccanismi e dinamiche organizzative che garantiscano l'attuazione dei princìpi di cui all'art. 97 Cost.; vale a dire, nell'attuale assenza di un adeguato e affidabile sistema di valutazione delle attività delle pubbliche amministrazioni.

Riferimenti bibliografici

Ales E. (2018), *L'esercizio partecipato del potere di organizzazione*, in Esposito M. *et al.* (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino.

Carabelli U. (2009), *I poteri dirigenziali nel limbo della non contrattabilità*, in *Risorse umane nella pubblica amministrazione*, 29 ss.

Esposito M. *et al.* (a cura di) (2018), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Commentario, Giappichelli, Torino.

Garilli A. *et al.* (a cura di) (2018), *Il lavoro alle dipendenze della p.a. dopo la riforma Madia*, Commentario, Wolters Kluwer, Milano.

Mattarella B.G., D'Alterio E. (a cura di) (2017), *La riforma della pubblica amministrazione*, Commentario, *Monografie de Il Sole24Ore*.

Nicosia G. (2018), *I soggetti della valutazione (percorsi di apprendimento organizzativo)*, in Esposito M. *et al.* (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 329 ss.

Spinelli C. (2018), *Il lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni*, in *RGL*, I, 127 ss.

Zoppoli A. (2009), *L'indipendenza dei dirigenti pubblici*, in Zoppoli L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale scientifica, Napoli, 127 ss.

Lorenzo Zoppoli (*)

IL RAPPORTO TRA LEGGE E CONTRATTO COLLETTIVO E IL NUOVO MODELLO DI RELAZIONI SINDACALI «PARTECIPATE»

SOMMARIO: 1. Il d.lgs. n. 75/2017 come tappa verso la «reintermediazione». — 2. La riabilitazione del contratto collettivo come fonte. — 3. Lo «spazio negoziale» recuperato. — 4. Lo «spazio negoziale» marginalizzato. — 5. La contrattazione funzionalizzata e contenuta. — 6. Nuovi spazi partecipativi. — 7. Le relazioni sindacali interne come componente di un modello organizzativo orientato all'etica, ai risultati, al benessere organizzativo.

1. — *Il d.lgs. n. 75/2017 come tappa verso la «reintermediazione»* — Come si sa, l'ultima riforma legislativa del lavoro pubblico (cd. riforma Madia) non è stata né rapida né lineare (1). In particolare, nel passaggio dalla legge delega – l. 7 agosto 2015, n. 124 – ai decreti legislativi n. 74 e 75 del 25 maggio 2017 è profondamente cambiato l'equilibrio tra le due principali fonti di regolazione dei rapporti di lavoro: la legge e i contratti collettivi. E questo cambiamento ha riguardato in modo più o meno significativo anche la restante modellistica delle relazioni sindacali, a livello tanto nazionale quanto periferico. Cosicché oggi – analizzando anche i nuovi quattro contratti di comparto, stipulati il 12 febbraio 2018 (funzioni centrali), il 19 aprile 2018 (istruzione e ricerca) e il 21 maggio 2018 (sanità e funzioni locali) – ci si ritrova nel lavoro pubblico con un assetto ordinamentale di fonti e relazioni sindacali sensibilmente diverso rispetto a quello registrabile a inizio del 2015: un assetto quasi comatoso nel quale cominciavano a cogliersi le rigidità del *rigor mortis*.

Di certo, però, può solo dirsi che i sindacati italiani – specialmente le storiche confederazioni – hanno ricominciato a muoversi nel mondo delle pubbliche amministrazioni con piena padronanza e ampio consenso, come dimostrano l'altissima partecipazione all'ultimo rinnovo elettorale

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Napoli «Federico II».

(1) Vd. Zoppoli L. 2018, 347 ss.; Garilli 2018, 1 ss.

delle Rsu (in molti casi al 90%) – tenutosi il 17/19 aprile 2018 – e la percentuale di voti ottenuti da Cgil, Cisl e Uil, che è dell'80% (2).

Per il resto, il nuovo quadro normativo è denso di fragilità, ambiguità e incognite, che vanno tenute ben presenti e che saranno in seguito, seppur sinteticamente, segnalate.

Prima, però, di addentrarsi nell'analisi, è utile mettere a fuoco la tendenza che emerge nella politica del diritto espressa abbastanza coerentemente dai decreti delegati di maggio 2017 e dai contratti collettivi del 2018. Questa tendenza – posta in doverosa correlazione con alcune importanti vicende riguardanti il settore privato (Ccnl metalmeccanici del novembre 2016 stipulato unitariamente; cd. patto della fabbrica del febbraio-marzo 2018) (3) – è stata cautamente (con la clausola «se non si verificheranno cataclismi politici») battezzata «reintermediazione» (4) per contrapporla a un manifesto programmatico ispirato invece alla «disintermediazione» – cioè a una sempre più marcata riduzione del ruolo istituzionale dei soggetti sindacali –, ascrivibile a vari partiti e maggioranze politiche, che, insieme all'*austerity* finanziaria, molto hanno influenzato le politiche legislative e contrattuali del lavoro pubblico almeno dal 2009 fino alla primavera del 2017 (5).

Questa lettura socio-politica fa molto leva su mutamenti di equilibri fattuali, che attingono tanto alle decisioni degli attori quanto all'emergere di un sistema di relazioni sindacali caratterizzato sempre più da «un decentramento ben bilanciato» e da «una contrattazione che sta cambiando pelle» (6). Tali mutamenti solo in parte sono visibili nel lavoro pubblico (certo un radicale mutamento nelle politiche è l'Accordo Governo-sindacati del 30 novembre 2016) (7), dove invece un sistema contrattuale «acefalo» – in quanto privato per quasi dieci anni (2010-2018) del suo motore primo, che è la contrattazione di comparto – non può dirsi caratterizzato negli ultimi anni da una contrattazione integrativa né «ben bilanciata» né particolarmente innovativa (8).

Perciò, si potrebbe pensare che nel settore pubblico la scelta tra reinter-

(2) Vd. *Il diario del lavoro*, 27 aprile 2018.

(3) Su cui vd.: Treu 2018; Ichino 2018; Dell'Aringa 2018; Liso 2018.

(4) Carrieri 2017, 484.

(5) Sul punto, cfr. Caruso 2017.

(6) *Ivi*, 478-479.

(7) Su questo accordo, vd. gli Autori citati in nota 1.

(8) Vd. i rapporti di monitoraggio annuali sulla contrattazione integrativa consultabili sul sito dell'Aran.

mediazione/disintermediazione sia più strettamente nella disponibilità della politica e del legislatore. E questo pensiero – considerando che un qualche «cataclisma politico» si è verificato il 4 marzo 2018, con la marginalizzazione delle forze politiche protagoniste dell'aggiustamento di tiro della fine del 2016 – potrebbe far ritenere ancora da consolidarsi, almeno nel lavoro pubblico, il percorso regolativo basato su un ruolo chiaramente riconosciuto alle organizzazioni sindacali.

Naturalmente, tutto è possibile, e il futuro sta più che mai nel grembo di Giove. Però, la tendenza alla reintermediazione nel lavoro pubblico non sembra avere gambe più fragili rispetto al privato. Infatti, da un lato, si deve riconoscere che – nonostante il blocco per legge della contrattazione o, paradossalmente, proprio in relazione a questo – la contrattazione collettiva ha oggi più solide fondamenta nei princìpi costituzionali nazionali e sovranazionali (9). Dall'altro lato, anche il periodico rinnovo democratico delle Rsu – di recente praticato, come si è detto, con esiti fattuali di tutto rilievo – è ben presidiato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (10). Per cui pare difficile che nuove maggioranze governative possano o vogliano cimentarsi con un nuovo radicale mutamento delle politiche del diritto in questa delicata e travagliata materia.

Se così è, non mancano tempo e possibilità per far fronte alle incompiutezze o alle ambiguità – ma anche alle nuove opportunità – presenti nel nuovo quadro normativo su fonti e relazioni sindacali nel lavoro pubblico.

2. — *La riabilitazione del contratto collettivo come fonte* — La prima novità di tutto rilievo è che tra legge e contratto sembra ripristinato il rapporto gerarchico che sin dai primordi della «contrattualizzazione» ha caratterizzato un assetto riformatore improntato alla «delegificazione organica». Questa formula sta sostanzialmente a significare che la fonte legislativa nel lavoro pubblico non «occupa» uno spazio diverso e più ampio rispetto a quello «occupato» nel lavoro privato: pertanto, ove un improvvido «micro-legislatore» intendesse «allargarsi» nel lavoro pubblico rispetto a quanto avviene nel lavoro privato, potrebbe vedersi sopravanzato dalla contrattazione collettiva *nazionale* (11).

---

(9) Vd. C. cost. n. 178/2015, su cui, da ultimi, Orlandini 2018 e Barbieri 2018.

(10) Vd. Zoppoli L. 2011a, 461 ss.

(11) Testualmente dal novellato art. 2, c. 2, del d.lgs. n. 165/2001: «disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano o che abbiano introdotto discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate nelle materie affidate al-

La norma ha un indubbio valore sistematico e segna una svolta proprio rispetto alla riforma del 2009, che l'aveva, per così dire, ribaltata. Però non siamo dinanzi «all'eterno ritorno dell'uguale».

Prima di tutto, perché il ritorno alle origini – che ha una significativa portata retroattiva perché la derogabilità riguarda norme «che introducano o *abbiano introdotto*…» (sempre art. 2, c. 2, corsivo mio) – non ha un saldo fondamento nella legge delega, che non contiene un punto specifico ed è stata realizzata senza la rielaborazione formale di un nuovo Testo Unico, che, in vista di una semplificazione normativa, avrebbe consentito più agevolmente il superamento di incoerenze giuridiche, logiche e sistematiche o di vere e proprie antinomie (art. 16, c. 2, lett. *a*, *b* e *c*, della l. n. 124/2015) (12). Ma su questo argomento critico – dalla portata molto, forse troppo dirompente – si può in fin dei conti passar sopra, rinvenendosi nel d.lgs. n. 75 una *ratio* volta a rendere il precedente «Testo Unico» del 2001 meno intimamente contraddittorio di quanto non risultasse a seguito della riforma del 2009 e agli interventi frammentari degli anni più recenti (13).

In secondo luogo, non può trascurarsi che appare riduttivo riproporre, pur con qualche variazione, una norma di vent'anni fa senza una adeguata considerazione di quanto sia cambiato il sistema delle fonti nel lavoro pubblico e nel lavoro privato. Nel lavoro pubblico – a parte il mutamento degli equilibri tra legge e contratto all'interno dello stesso d.lgs. n. 165 (su cui vd. i paragrafi successivi) – appare piuttosto sottovalutata la sconfinata problematica degli intrecci tra competenze del legislatore statale e di quello regionale – con conseguenti riflessi per le fonti subprimarie –, dove si vanno accumulando problemi di ogni genere (14). Nemmeno da trascurare è che nella riformulazione dell'art. 2, c. 2, del d.lgs. n. 165/2001 si omette la formula, prima esistente, «salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario». Forse tale formula si può ritenere implicita (15); ma non senza qualche problema. Ad esempio: sono escluse dalla derogabilità a opera della contrattazione nazionale tutte le disposizioni contenute nel d.lgs. n.

---

la contrattazione collettiva […] da successivi contratti o accordi collettivi nazionali e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili». L'esplicito riferimento al livello *nazionale* nella versione originaria non c'era (e pertanto non era stato preso specificamente in considerazione in sede di prima interpretazione della norma: vd. Rusciano, Zoppoli L. 1999, 1073).

(12) Vd. Zoppoli L. 2018; Natullo 2018, 21-22; Bellavista 2017, 42.

(13) Vd. Esposito *et al.* 2018, 9; anche Natullo 2018, cit.

(14) Vd. Alaimo. 2018; Magri 2018, 113 ss.

(15) Vd. D'Alessio, Zoppoli L. 2017.

165/2001, ivi comprese quelle alle quali le norme del d.lgs. stesso rinviano? Si pensi ai codici di comportamento di cui all'art. 54: sono derogabili dalla contrattazione nazionale? Anche in base a quel che si dirà *infra* (vd. par. 4), lo escluderei in generale per il codice nazionale, ma non per quelli di amministrazione, che hanno un rapporto assai più complesso con le altre fonti (su cui tra poco tornerò).

Sempre per il lavoro pubblico, *quid iuris* se fosse una legge regionale a prevedere un'eccezione al nuovo art. 2, c. 2, del d.lgs. n. 165/2001? Occorrerebbe a mio parere tornare alla normale dialettica tra le leggi statali/leggi regionali, ritenendola ammissibile purché rientrante nell'ambito delle competenze riconosciute dalla Costituzione al legislatore regionale. Una competenza certo ristretta – visto che generalmente si ritiene che il rapporto di lavoro e le relazioni sindacali vadano ricondotte all'art. 117, c. 2, lett. *l*, Cost., di competenza esclusiva del legislatore statale, ma suscettibile di dilatazione, specie in materia di lavoro dei dirigenti, dove il confine tra regole organizzativo-ordinamentali – su cui il legislatore regionale può intervenire (vd. art. 117, c. 2, lett. *g*, e c. 4, Cost.) – e regole sui rapporti di lavoro è più sfumato (16).

Anche il sistema privatistico delle fonti ha visto in questi vent'anni molte trasformazioni, proprio in merito al rapporto legge/contrattazione collettiva. In virtù di tali trasformazioni è oggi meno «eretico» che la contrattazione deroghi alla legge con efficacia *erga omnes* (17). Però nel privato queste modifiche – ancora discusse e non del tutto assestate (18) – si accompagnano a una profonda ridefinizione del ruolo ordinante della contrattazione nazionale: tant'è che vengono messe sullo stesso piano, quanto a forza derogatoria rispetto alla legge, tutti i livelli contrattuali. Questo non è espressamente previsto dall'art. 2 novellato, anzi viene menzionata solo la contrattazione nazionale. Però non si può escludere che, in virtù del rinvio dai contratti nazionali a quelli integrativi, la possibilità derogatoria venga utilizzata in senso analogo a quello del settore privato, legittimando, con disposizioni dei contratti nazionali, anche contratti subnazionali a derogare alla microlegislazione sul lavoro pubblico. Una simile possibilità – prospettabile anche per altre norme in materia che menzionano espressamente solo il contratto nazionale (vd. art. 9 del d.lgs. n. 165/2001; art. 19 del d.lgs. n. 150/2009, novellato dall'art. 13 del d.lgs. n. 74/2017) – sarebbe sempre in linea con la funzione di

(16) Trojsi 2013, 129 ss.; Alaimo 2018, 63 ss.

(17) Vd. Natullo 2018, 23.

(18) Vd., da ultimi: Lazzeroni 2017; Alvino 2018; Comandè 2017.

«delegificazione organica» di tale disposizione sulle fonti? O un'interpretazione del genere aprirebbe lo spazio a una disorganicità contrattuale forse peggiore di quella imputabile al microlegislatore? A mio parere, sarebbe preferibile un'interpretazione prudentemente restrittiva, più coerente con la *ratio* della norma volta a consentire una dialettica legge/contrattazione nazionale dove la seconda dovrebbe svolgere un ruolo di «sentinella» della prima. Si può dire che questo ruolo della contrattazione appare oggi meno realistico di ieri; ma mi pare evidente che la riforma del 2017 su questo punto non promuove «un cambiamento di pelle» per la contrattazione nazionale del lavoro pubblico, favorendone piuttosto una sorta di «riabilitazione» tra le fonti di rango più generale. Per questa contrattazione si riapre perciò uno spazio importante, ma sempre nella prospettiva di una fonte che dia ordine e organicità al sistema delle fonti del lavoro pubblico. Insomma – senza escludere altre opzioni esegetiche per le analoghe norme dei d.lgs. n. 165/2001 o n. 150/2009 che espressamente rinviano ai soli contratti nazionali (vd. *infra*) –, interpreterei il novellato art. 2, c. 2, del d.lgs. n. 165/2001 nel senso che lo specifico potere derogatorio è affidato dalla legge in via esclusiva alla contrattazione nazionale (19), che non ne può disporre in virtù dell'art. 40, cc. 2 e 3-*bis*, del medesimo d.lgs. n. 165.

3. — *Lo «spazio negoziale» recuperato* — Oltre alla riabilitazione come fonte, il contratto collettivo si vede restituito qualche non irrilevante spazio oggettivo di intervento sottrattogli negli anni precedenti. Anche questo però non avviene in modo chiaro e sistematico. La norma chiave al riguardo è l'art. 40 del d.lgs. n. 165/2001, ormai anch'esso più volte ritoccato e, in particolare, oggetto di interventi di segno difforme nel 2009 e nel 2017.

Da ultimo, si torna anzitutto a una individuazione con formula ampia delle competenze della contrattazione collettiva: «il rapporto di lavoro e le relazioni sindacali» (20).

Sempre nel c. 1, però, si distinguono: a) materie in cui la contrattazione «è consentita nei limiti previsti dalle norme di legge»: cioè sanzioni disciplinari, valutazioni delle prestazioni per la corresponsione del trattamento accessorio, mobilità; b) materie in cui la contrattazione collettiva «è esclusa»: organizzazione degli uffici, materie oggetto di partecipazione sindacale ai sensi dell'art. 9, prerogative dirigenziali (con rinvio agli artt. 5, c. 2, 16

(19) In tal senso anche Natullo (2018, 22), cui si rinvia anche per la dottrina sulla versione originaria dell'art. 2, c. 2; Delfino 2018, 32.

(20) Per la formulazione del 2009 vd. Zoppoli L. 2011b, 31 ss.

e 17), conferimento e revoca degli incarichi, materie di cui all'art. 2, c. 1, lett. *c*, della l. n. 421/1992.

Però, molte delle materie specificamente menzionate da questa norma appaiono non facilmente delimitabili; inoltre, per alcune vi è un evidente cattivo raccordo normativo, che costringe a rivedere sensibilmente la troppo schematica distinzione tra materie contrattabili «nei limiti previsti da norme di legge» e materie escluse dalla contrattazione.

Sulle prime, non è il caso di soffermarsi troppo, in quanto si tratta di ricostruire con pazienza analitica il *puzzle* di specifiche disposizioni. In materia disciplinare lo si farà in parte nel successivo paragrafo. Per la valutazione e la mobilità troppo ci sarebbe da dire; meglio dunque rinviare a recenti approfonditi scritti (21).

Invece, per le materie che sarebbero «escluse» – che pure andrebbero analizzate in dettaglio – può semplicemente dirsi che l'art. 40 o ripropone norme non facili da raccordare (il famoso elenco delle materie della l. n. 421/1992, ad esempio, già contemplava in varie guise «l'organizzazione degli uffici») o non registra tutte le modifiche apportate dallo stesso d.lgs. ad altre norme. In particolare, non portano affatto a escludere dalla contrattazione le materie menzionate dal legislatore i riferimenti agli artt. 5, c. 2, e 9, con riguardo agli intrecci tra partecipazione e prerogative dirigenziali. L'art. 5, c. 2, novellato dal d.lgs. n. 75/2017, ad esempio, tutela l'esercizio «in via esclusiva» dei poteri dirigenziali «fatte salve […] le ulteriori forme di partecipazione ove previste nei contratti collettivi di cui all'art. 9». Quindi i contratti collettivi, regolando le forme di partecipazione, regolano anche l'esercizio delle prerogative dirigenziali, che non sono così affatto escluse dalla contrattazione (22).

Quanto, poi, all'esclusione dalla contrattazione delle materie oggetto di partecipazione, va rilevato che tutta la materia della partecipazione (modalità e istituti) è lapidariamente affidata ai contratti collettivi nazionali dall'art. 9 (rubricata: «partecipazione sindacale»). Però, da un lato, la locuzione «partecipazione» è interpretabile in senso stretto, lasciando la possibilità di sovrapposizione tra materie oggetto di informazione e materie oggetto di contrattazione (vd. emblematicamente l'art. 5, c. 4, del Ccnl istruzione del 2018). Dall'altro lato – ammesso pure che si tengano distinte materie oggetto di istituti o modalità partecipative (come, ad esempio, il confron-

(21) Monda 2018a, 341 ss.; Monda 2018b, 370 ss.; Nicosia 2018, 329 ss.; Riccobono 2017, 122 ss.

(22) Vd. anche Ales (2018, 52-53), che parla di «radicale inversione di tendenza rispetto agli assetti disegnati nel 2009».

to) mentre la partecipazione è considerata come un presupposto della contrattazione (e in ogni caso informazione, confronto e contrattazione appaiono molto correlate: vd. il medesimo art. 5 appena citato) –, la segmentazione delle materie rende questa ipotetica esclusione estremamente fluida e soggetta a interpretazioni soggettive. Ad esempio, nell'art. 42 del Ccnl istruzione, «l'articolazione delle tipologie dell'orario di lavoro» è materia di confronto; mentre «i criteri generali per l'individuazione di fasce temporali di flessibilità oraria in entrata e in uscita, al fine di conseguire una maggiore conciliazione tra vita lavorativa e vita familiare», è materia di contrattazione: ma il più non contiene il meno? (23).

Qualunque sia la risposta da dare, le opzioni interpretative che sovrappongono più o meno integralmente materie di partecipazione e materie di contrattazione appaiono del tutto legittime. Ed è evidente che ne consegue una ben altra delimitazione delle materie escluse dalla contrattazione rispetto a una prima lettura dell'art. 40, c. 1.

Si può concludere nel senso che, in piena coerenza con il nuovo *incipit* dell'art. 40, vari spazi negoziali sono recuperabili per la contrattazione collettiva in virtù della riforma realizzata con il d.lgs. n. 75/2017.

4. — *Lo «spazio negoziale» marginalizzato* — La contrattazione collettiva sembra invece marginalizzata in materia di potere disciplinare. Qui molti rilevano una marcata continuità tra la riforma del 2009 e quella del 2017 (24). Però non è affatto detto che nelle nuove politiche del diritto non si aprano spazi interessanti anche per i soggetti sindacali in materia disciplinare. Al riguardo può essere interessante qualche osservazione proprio da un'angolazione che sembra marginalizzare il ruolo dei sindacati e della contrattazione collettiva, cioè i ben noti codici di comportamento sempre più ampliati e rafforzati a partire dal 2012.

Prendendo le mosse dall'art. 54, c. 5, del d.lgs. n. 165/2001, come novellato proprio dalla l. n. 190/2012, con tale norma si impone a ciascuna amministrazione l'adozione di «un codice di comportamento che integra e specifica il codice di comportamento» nazionale, prevedendo che il codice debba essere adottato con «procedura aperta alla partecipazione».

La partecipazione è un principio informatore del diritto amministrativo

(23) E si potrebbero fare altri esempi: confronto per «i criteri generali dei sistemi di valutazione delle *performance*»; contrattazione per «i criteri per l'attribuzione dei premi correlati alle *performance*».

(24) Esposito 2018, 365, 369; Cordella 2018, 269 ss.; Gargiulo 2018, 253 ss., con accenti molto critici; D'Alessio 2017, 108 ss.; Carloni 2017, 159 ss.

contemporaneo e addirittura «un principio generale dell'ordinamento giuridico» (25). Ha molte valenze, tra le quali di grande rilevanza quella «di contribuire in termini conoscitivi al processo di assunzione di decisioni pubbliche» (26). Dal 1990 esiste anche una disciplina generale della partecipazione al procedimento amministrativo, che la differenzia a seconda che si tratti di partecipare all'adozione di un provvedimento contenente misure particolari o di un atto normativo contenente misure generali (art. 13, l. n. 241/1990). Nel secondo caso non si applica la normativa generale, e ciò costituirebbe addirittura una disfunzione del diritto amministrativo italiano (27). Però il Consiglio di Stato, citato, in considerazione della valenza di principio generale della partecipazione, interpreta in senso restrittivo l'art. 13 della l. n. 241/1990. Ne consegue una propensione a favorire varie forme di consultazione nell'adozione anche di atti normativi a valenza generale, come sono senz'altro i codici di comportamento.

Sulle consultazioni esistono diverse normative di settore (28), nonché una comunicazione della Commissione europea: 11.12.2002, Com(2002)704, final. La seconda raccomanda il rispetto di standard minimi su: chiarezza dell'oggetto; possibilità per tutte le parti interessate di esprimere il proprio punto di vista; adeguata diffusione di informazioni per partecipare; tempi congrui per rispondere e inviare contributi; pubblicità dei risultati delle consultazioni. Questi standard possono comunque essere utili da tener presente anche nell'applicare l'art. 54, c. 5, del d.lgs. n. 165/2001.

Al di là dei riferimenti generali, non ci sono disposizioni legislative più specifiche sulla «procedura aperta alla partecipazione» per l'adozione dei codici di comportamento delle singole amministrazioni. Mentre la materia appare assai complessa e sensibile alle variazioni dell'istituto generale, essendo labili i confini con i circuiti normativi in materia di doveri dei dipendenti pubblici dove una partecipazione sicuramente c'è, sebbene con

(25) Per tutti, Cons. Stato 22.5.2001, n. 2823, S. V.

(26) Nigro 1980, 225.

(27) D'Alberti 2012, 305.

(28) Sulla partecipazione all'adozione di atti amministrativi mediante consultazioni in materia di tutela del risparmio, comunicazioni elettroniche, assicurazioni, contratti pubblici, regolazione dello sciopero nei servizi essenziali. Interessante sarebbe analizzare specificamente ogni normativa (del tutto peculiare, ad esempio, la consultazione di cui all'art. 14 della l. n. 146/1990). In linea di massima, escluderei che le normative di settore vadano applicate oltre il loro campo di applicazione specifico – delimitato dalle rispettive leggi – come se contenessero princìpi generali o applicabili in via analogica.

forme e regole ben diverse da quelle previste dalla l. n. 241/1990 e, anzi, riconducibili ad altra branca ordinamentale rispetto al diritto amministrativo o pubblico in genere (cioè il diritto del lavoro e le relazioni sindacali).

In questo quadro, di grande interesse sono le indicazioni che si ricavano dalle linee guida dell'Anac sull'attuazione del codice di comportamento nazionale emanato con d.P.R. n. 62/2013, contenute nella delibera n. 75/2013, dove l'attenzione alla modalità partecipativa di adozione dei codici di amministrazione non è affatto marginale. Si prevedono dei tavoli tecnici per gruppi di amministrazione presso l'Anac, che configurano una peculiare modalità per l'adozione di un atto riguardante ciascuna amministrazione. Poi si regola il coinvolgimento dei soggetti interni ed esterni all'amministrazione. Infine – e questo ci interessa più da vicino – si forniscono alcune specificazioni sul significato dell'espressione «procedura aperta alla partecipazione»: nel senso che essa deve coinvolgere tutti gli *stakeholder*; deve basarsi su un avviso pubblico sul sito dell'amministrazione rispetto al quale vanno acquisite e ponderate eventuali «proposte e osservazioni» raccolte entro «il termine a tal fine fissato». Sebbene gli indirizzi siano generali, si forniscono alcune precisazioni di rilievo riguardo agli *stakeholder*, in particolare facendo riferimento alle organizzazioni sindacali «rappresentative all'interno dell'amministrazione o dell'ente».

Sotto il profilo giuridico, si possono proporre vari approfondimenti utili su queste indicazioni procedurali. Anzitutto, escluderei che i codici di amministrazione assumano natura di provvedimenti con misure particolari o provvedimenti amministrativi in senso stretto. Sono piuttosto atti normativi da ricondurre all'art. 13 della l. n. 241/1990 e da raccordare con il sistema delle fonti in materia di lavoro nelle pubbliche amministrazioni, anche per le ripercussioni che possono avere in soggetti dalla natura giuridica privatistica (società partecipate da pubbliche amministrazioni).

Mentre il codice di comportamento nazionale ha una natura giuridica regolamentare, che può considerarsi, almeno fino a un certo punto (cioè il sistema sanzionatorio), fondata sulla disciplina speciale dell'art. 54, c. 2, del d.lgs. n. 165/2001, i codici di amministrazione vanno ricondotti all'art. 2 del d.lgs. n. 165/2001, cui si aggiunge, in una non agevole lettura, l'art. 54, c. 5. Dunque, tali codici possono essere ricondotti agli atti normativi unilaterali finché regolano le materie di cui all'art. 2, c. 1, del d.lgs. n. 165/2001, alle quali si deve aggiungere «la responsabilità disciplinare» nella misura in cui integrano o specificano il codice di comportamento nazionale in virtù dell'art. 54, c. 5, del d.lgs. n. 165/2001. Invece, quando i codici riguardano altri aspetti dei rapporti di lavoro, vanno raccordati con la norma cardine sul sistema delle fonti in materia di lavoro pubblico, cioè con

l'art. 2, cc. 2 e 3, del d.lgs. n. 165/2001, e in particolare con il principio secondo cui «i rapporti individuali di lavoro […] sono regolati contrattualmente». Principio ribadito anche dall'art. 55, c. 2, del d.lgs. n. 165/2001, laddove si precisa che, «salvo quanto previsto dalle disposizioni del presente capo, la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni è definita dai contratti collettivi». In questo sistema si inserisce poi la sanzione del licenziamento disciplinare, che è direttamente prevista dalla legge (art. 54, c. 3, d.lgs. n. 165/2001) nel caso di violazioni gravi o reiterate dei codici (ma, a mio parere, sempre considerando il principio di proporzionalità di cui all'art. 2106 c.c., richiamato senza eccezioni dall'art. 55, c. 2, del d.lgs. n. 165/2001) (29).

Quindi, abbiamo codici di amministrazione che sono da considerarsi «atti unilaterali» di natura pubblicistica se disciplinano esclusivamente l'organizzazione e la responsabilità disciplinare a integrazione o specificazione del codice di comportamento nazionale. Invece, hanno natura di atti gestionali di tipo privatistico (equiparabili eventualmente ai regolamenti aziendali) per gli altri profili riguardanti la disciplina dei rapporti di lavoro, da ricondurre al sistema del codice civile e delle leggi speciali sull'impresa. Come atti gestionali possono anche avere una portata regolativa, ma in applicazione degli artt. 2104 e 2106 del codice civile, cioè specificativi delle disposizioni per l'esecuzione del lavoro (art. 2104), le cui violazioni, anche se fonti di una generica responsabilità disciplinare *ex* art. 54, cc. 3-5, sono suscettibili di essere sanzionate solo applicando le previsioni dei contratti collettivi (30), che, anche in base al codice di comportamento nazionale (art. 16, c. 2, del d.P.R. n. 62/2013), «possono prevedere ulteriori criteri di individuazione delle sanzioni applicabili in relazione alle tipologie di violazione» (31).

Questa analisi, forse un po' puntigliosa, ci consente però di rilevare che «la procedura aperta alla partecipazione» di cui all'art. 54, c. 5, è riferita ad atti dalla natura giuridica in qualche modo anfibia e può avere l'effetto di ampliare troppo il coinvolgimento di determinati soggetti nell'elaborazione dei codici di amministrazione o duplicare circuiti di partecipazione che potrebbero sommarsi ad altre sedi partecipative, magari già regolate e più proficuamente attivabili.

In ogni caso, può dirsi che la partecipazione al codice in quanto atto unilaterale di natura normativa può inserirsi nella regolarità procedurale

(29) Su cui vd. Gargiulo 2018, 250 ss.

(30) Analogamente Gargiulo 2014.

(31) Carloni 2017, 171.

della sua formazione, incidendo sulla sua legittimità. Opportune appaiono al riguardo le precisazioni delle linee guida Aran sul termine «partecipazione» di cui all'art. 54 del d.lgs. n. 165/2001; ma va ben individuato il punto di dettaglio dove arrestare le precisazioni per evitare che diventino leve per pericolosi interventi esterni. Nelle linee di indirizzo del 2013, da un lato, si dice troppo (ad esempio, prevedendo il coinvolgimento dei sindacati rappresentativi presenti nell'amministrazione) e, dall'altro, si dice troppo poco (come si verifica la rappresentatività?). E in materia non va trascurato che possono essere azionati rimedi giudiziari di particolare efficacia come l'art. 28 St. lav.

È vero che le linee guida, a rigore, non hanno carattere vincolante e non possono essere equiparate a regole imperative sul procedimento di formazione dell'atto. Però, al riguardo, non tutto è chiaro nel complesso quadro normativo della materia. Infatti, la mancata conformazione alle «indicazioni» dell'Anac può dar luogo a esercizio dei poteri ispettivi dell'Anac stesso *ex* art. 1, comma 3, della l. n. 190/2012 e regolamenti su attività di vigilanza (32). Quindi neanche può dirsi che le linee guida siano prive di qualsiasi vincolatività. Per converso, proprio le indicazioni sulla procedura di formazione aperta alla partecipazione sembrano restar fuori dalla normativa sui poteri di vigilanza appena richiamata.

È anche vero, inoltre, che, per la parte in cui i codici sono da considerare atti gestionali di natura privatistica, le regole procedurali non si riflettono sulla loro legittimità, assolvendo essenzialmente a una funzione di mera esemplificazione di buone prassi. Però, anche qui non si può generalizzare, dovendosi tener conto proprio degli altri percorsi partecipativi, di matrice contrattuale, già ricordati e riguardanti la partecipazione sindacale. Dopo il rafforzamento di tali percorsi a opera del d.lgs. n. 75/2017 (vd. le già menzionate modifiche agli artt. 5 e 40 del d.lgs. n. 165/2001) e dei nuovi contratti collettivi per il lavoro pubblico, i soggetti sindacali legittimati possono far valere diritti di partecipazione articolati in diritti di informazione, diritto al confronto, diritto a esaminare all'interno dell'«organismo paritetico per l'innovazione» «tutto ciò che abbia una dimensione progettuale, complessa e sperimentale, di carattere organizzativo dell'amministrazione» (vd., esemplificativamente, artt. 4, 5, 6 del Ccnl per le Funzioni

(32) Vd., ad esempio, l'art. 11 del Regolamento Anac del 29.3.2017 su incarichi e regole di comportamento dei pubblici funzionari, dove la mancata adozione del codice di comportamento è sanzionabile *ex* art. 19, c. 5, lett. *b*, della l. n. 90/2014; e v'è da considerare che, in base ad altro Regolamento Anac del 9.9.2014, l'adozione di un codice «copiato» è equiparata alla mancata adozione.

centrali del 12.2.2018). È vero che l'oggetto dei vari percorsi partecipativi di matrice contrattuale deve essere definito dai medesimi contratti collettivi, e nelle relative disposizioni mai compare la materia dei codici di comportamento e neanche quella disciplinare (tutta regolata nei contratti nazionali). Ma è difficile ignorare che i codici di comportamento delle amministrazioni si configurano come una fonte che si interseca con i poteri privatistici, gestionali e regolativi, esercitati a livello integrativo nelle singole amministrazioni, e che le diverse forme partecipative previste dai contratti ben potrebbero riguardare i contenuti dei codici.

Una singolare coincidenza al riguardo si verifica con riferimento alla disciplina del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni, per il quale la direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri del 5.6.2017, n. 3 (adottata *ex* art. 14 della l. n. 124/2015: vd. p. 19, lett. *g*), affida proprio ai codici di comportamento (considerati, erroneamente direi, come equivalenti dell'accordo tra le parti previsto dall'art. 18, c. 1, della l. n. 81/2017) la funzione di precisare i doveri degli *smartworkers* in ragione della peculiarità della loro prestazione (33), e tutti i contratti di comparti stipulati nel 2018 prevedono che il lavoro agile (senza particolari precisazioni) sia oggetto delle attività dei comitati paritetici per l'innovazione (vd. art. 7 del contratto sanità e art. 6 in tutti gli altri contratti).

Al di là degli aspetti formali o specifici, un intreccio delle procedure partecipative contrattuali con quelle *ex* art. 54, c. 5, del d.lgs. n. 165/2001 potrebbe essere solo di rafforzamento dell'effettività dei codici di comportamento non riconducibile al «ruolo negativo giocato dalla contrattazione, innanzitutto in termini di iperprotezione del dipendente nelle procedure disciplinari» (34).

5. — *La contrattazione funzionalizzata e contenuta* — Proprio con riferimento a questo ruolo, però, il legislatore non rinuncia a dettare regole che mirano a indirizzare la contrattazione collettiva verso esiti meno sbilanciati rispetto agli obiettivi di «protezione» del lavoratore, che, presumibilmente, sono perseguiti dai sindacati, specie se legittimati da ampie investiture elettorali.

Anche qui può leggersi una continuità con la riforma del 2009. In particolare, nelle norme riguardanti la funzionalizzazione della contrattazione alla differenziazione dei trattamenti accessori e in quelle volte a predeterminare la durata delle contrattazioni, arginandone un'eccessiva dilatazione.

---

(33) Casillo, Tufo 2018, 212; Talamo 2018, 274.

(34) Carloni 2017, 169.

Però si registrano interessanti evoluzioni normative, non risolutive forse, ma meritevoli di essere ben valutate quanto all'implementazione.

Rispetto alle prime, il passaggio da una predeterminazione legale delle fasce valutative con un minimo (e improbabile) margine di variazione lasciato alla contrattazione integrativa – mai entrato in vigore in quanto oggetto di congelamento insieme alla contrattazione nazionale – a un ruolo centrale riconosciuto alla contrattazione nazionale appare più coerente con un sistema duttile di regolazione della materia e destinato a maggiore effettività. Lo dimostrano i primi contratti della nuova stagione, che contengono tutti regole in materia. Regole, peraltro, non particolarmente coraggiose o innovative, in quanto spingono a differenziare soltanto verso l'alto i dipendenti che hanno le migliori valutazioni, prevedendo un premio aggiuntivo non inferiore al 30% del valore medio *pro capite* dei premi attribuiti al personale valutato positivamente per «una limitata quota massima di personale valutato positivamente» (vd. le scelte – tutte sostanzialmente uguali, ma meritevoli di attenta valutazione – contenute negli artt. 82, per la sanità; 20, per il comparto Istruzione e Ricerca; 78, per il comparto Funzioni centrali; 69, per il comparto Funzioni locali). Regole che, comunque, seppure con ambito alquanto ridotto (definire l'importo del superpremio e la quota massima di personale da premiare), «richiamano in servizio» la contrattazione integrativa, alla quale è sempre possibile che il contratto nazionale deleghi la funzione di garantire che, come recita il novellato art. 19 del d.lgs. n. 150/2009, «alla significativa differenziazione dei giudizi […] corrisponda un'effettiva diversificazione dei trattamenti economici correlati» (35). Sarebbe infatti riduttivo interpretare come tassativo il riferimento alla contrattazione nazionale contenuto nel nuovo art. 19 del d.lgs. n. 150/2009, essendo la materia retributiva tutta rimessa alla competenza della contrattazione collettiva (art. 45 del d.lgs. n. 165/2001), che il livello nazionale ordina e organizza gerarchicamente proprio al fine di delineare la migliore regolamentazione dei trattamenti accessori che devono contenere una «concreta definizione e applicazione di criteri improntati alla premialità, al riconoscimento del merito e alla valorizzazione dell'impegno e della qualità della *performance* individuale, con riguardo ai diversi istituti finanziati dalla contrattazione integrativa» (art. 40, c. 3, del d.lgs. n. 165/2001, da leggere in raccordo con il citato art. 45).

Novità anche sul versante della tempificazione della contrattazione integrativa, nei suoi intrecci con il riconoscimento di un potere normativo

(35) Vd. Delfino 2018, 38, e Monda 2018b, 393.

unilaterale sostitutivo dell'accordo in capo all'amministrazione. Qui, a dire il vero, la novella dell'art. 40, cc. 3-*bis* e 3-*ter*, appare meno cristallina (36). Essa, infatti, finisce per duplicare la tempificazione della contrattazione integrativa da parte dei contratti nazionali, che «definiscono» (c. 3-*bis*) o «possono individuare» (c. 3-*ter*), rispettivamente, «il termine delle sessioni in sede decentrata» e «un termine minimo di durata delle sessioni negoziali in sede decentrata». I due termini non sembrano coincidere, anche perché allo scadere del primo «le parti riassumono le rispettive prerogative e libertà di iniziativa e decisione» (c. 3-*bis*), mentre allo scadere del secondo, ricorrendone tutti i presupposti (vd. *infra*), «l'amministrazione interessata può in ogni caso provvedere, in via provvisoria, sulle materie oggetto del mancato accordo». I recenti contratti collettivi prevedono entrambi i termini (vd. art. 7, cc. 6 e 7, del Ccnl istruzione), fissando il primo in 30 giorni, prorogabili di ulteriori 30 giorni, e il secondo in 45 giorni, prorogabili di ulteriori 45. Non si può escludere che la compresenza dei due termini abbia portato a dilatare il secondo.

In ogni caso, da questa farraginosa tempificazione (37) possono derivare diversi problemi applicativi. Il primo attiene alle ripercussioni dello spirare del primo termine sulla libertà di iniziativa e decisione delle parti: l'esistenza del secondo termine può inficiare l'eventuale potere dell'amministrazione di regolare in via unilaterale una determinata materia o comunque prescindendo dal contratto collettivo? Non essendovi una riserva generale di competenza alla contrattazione, la risposta dovrebbe essere negativa, sempreché ov-

(36) Al riguardo, non convincono le riformulazioni degli artt. 40, cc. 3-*bis* e 3-*ter*. Da un lato, occorreva armonizzare la facoltà dei Ccnl di fissare un termine per negoziazioni decentrate (già prevista al c. 3-*bis*) con il comma successivo; dall'altro, la nuova formulazione del c. 3-*ter* appare farraginosa; manca infine una regola chiara sui presupposti e sull'assestamento temporale della disciplina unilaterale (dalla natura giuridica assai vaga). Nemmeno convinceva però la formula dell'Accordo del 30 novembre 2016 («i contratti collettivi determineranno la durata massima della vigenza dell'atto unilaterale»), in quanto lasciava troppa discrezionalità ai contratti collettivi. Queste osservazioni già in D'Alessio, Zoppoli L. 2017.

(37) Vd. anche Russo (2018), secondo cui i «contratti collettivi hanno adottato una bipartizione non necessaria né ricavabile dal dettato legislativo eredità della pregressa bipartizione tra materie con obbligo di contratto e materie con obbligo di contrattazione. Essi, infatti, hanno distinto tra atti unilaterali con obbligo di motivazione (prevalentemente a contenuto retributivo) e atti unilaterali senza obbligo di motivazione (prevalentemente a contenuto normativo), di fatto costruendo una linea di demarcazione per sua natura incerta e che potrebbe dar luogo a tensioni di cui le relazioni sindacali nel settore del lavoro pubblico senz'altro non hanno bisogno».

viamente sussista un potere normativo unilaterale o la possibilità di stipulare, ad esempio, pattuizioni individuali. Se però tale possibilità esiste, mi pare evidente che non è condizionata dagli ulteriori presupposti previsti per lo speciale potere unilaterale regolato dall'art. 40, c. 3-*ter*.

Vi possono poi essere accavallamenti tra i due termini. Se, ad esempio, si proroga il primo (arrivando a 60 giorni), potrebbe spirare il secondo (45 giorni), consentendo comunque all'amministrazione di intervenire unilateralmente in presenza dei presupposti di cui al c. 3-*ter*. Certo si potrebbe prorogare il secondo termine di ulteriori 45 giorni: ma chi decide sulla proroga? Se l'amministrazione ritiene che «il protrarsi delle trattative determini un pregiudizio alla funzionalità dell'amministrazione», può provvedere unilateralmente pur «proseguendo le trattative al fine di pervenire in tempi celeri alla conclusione dell'accordo»? O, avendo consentito alla proroga del termine «massimo» (che poi è più ridotto dell'altro), non può provvedere prima dello spirare dei 60 giorni? In ogni caso mi pare che, ove il termine «minimo» di cui al c. 3-*ter* sia scaduto nella sua prima determinazione (nella specie, 45 giorni), non si può costringere l'amministrazione ad accettarne la proroga in presenza del pregiudizio alla funzionalità.

C'è infine da valutare la congruità dei termini previsti. Si è ritenuto che 90 giorni siano un termine congruo (38). Occorre però aver ben presente che il pregiudizio alla funzionalità dell'azione amministrativa non è facilmente predeterminabile e che, considerati i tanti vincoli procedurali e contabili e persino «politici», occorrerebbe sempre salvaguardare l'organizzazione rispetto alla necessità di un'improvvisa accelerazione. Sotto questo profilo, la previsione contrattuale di un termine non lungo (ad esempio, 30 giorni), eventualmente prorogabile, può essere condivisibile. Magari precisando che la proroga è esclusa quando si verifichino circostanze eccezionali che impongono una regolazione anche unilaterale, salvo il proseguimento delle trattative.

Resta poi importante una più precisa definizione del pregiudizio che consente all'amministrazione di regolare unilateralmente le materie su cui non si raggiunge l'accordo. Certo non può trattarsi solo di pregiudizio economico (39); ma occorre chiedersi: il pregiudizio di qualunque interesse può consentire un circuito alternativo alla contrattazione nel regolare determinate materie? Anche il pregiudizio a interessi degli stessi lavoratori cui sono eventualmente destinati gli accordi che non si riescono a raggiungere?

(38) Delfino 2018, 35.

(39) Vd. Delfino (2018, 35), che ricorda la dizione riduttiva dell'Accordo del 30 novembre 2016 non ripresa dal d.lgs. n. 75.

In tal caso, significherebbe riconoscere all'amministrazione una sorta di rappresentanza di ultima istanza degli interessi collettivi, poco coerente con l'assetto delle relazioni sindacali nel lavoro pubblico. Perciò, tenderei a dare un'interpretazione restrittiva dell'espressione pregiudizio alla funzionalità, ritenendola sussistente quando il mancato accordo impedisce all'amministrazione di realizzare i propri obiettivi verso gli utenti esterni.

Interessante è l'idea di istituire un Osservatorio a composizione paritetica presso l'Aran, al quale il novellato art. 40 c. 3-*ter* affida il compito di monitorare i casi e le modalità con cui ciascuna amministrazione adotta gli atti unilaterali, verificandone l'adeguata motivazione proprio in ordine al pregiudizio per la funzionalità dell'azione amministrativa. Va considerato, però, che già esistono analitici rapporti Aran in base ai quali sappiamo che il ricorso a questi atti unilaterali non è molto frequente (nel 2017 si registrano i numeri più alti: 215 casi su 14.641 contratti e atti trasmessi all'Aran, cioè l'1,5% del totale) (40). Forse la riforma avrebbe potuto optare per soluzioni un po' più coraggiose (41).

Nuove norme sono state introdotte anche per orientare la contrattazione collettiva in materia di fondi per salari accessori e assenteismo (art. 40 cc. 4-*bis* e 4-*ter*); norme che, a mio parere, hanno il valore di mero indirizzo per i soggetti pubblici che contrattano, non potendo il legislatore detta-

---

(40) Una diversa valutazione dei medesimi dati in Barbieri 2018, 45.

(41) Dando attuazione parziale anche alla lettera *h* della legge delega n. 124/2015, si sarebbe potuto riformulare il c. 3-*ter* (abrogando il pezzo collegato del c. 3-*bis*) in modo da affidare ai contratti collettivi nazionali l'individuazione di un termine minimo di durata delle sessioni negoziali in sede decentrata. Decorso tale termine, nel caso in cui non si fosse raggiunto l'accordo, si sarebbe potuto consentire all'amministrazione interessata di provvedere in via provvisoria sulle materie oggetto del mancato accordo, dandone contemporaneamente comunicazione all'Aran. La legge avrebbe poi potuto predeterminare la durata della regolamentazione provvisoria, ad esempio, fissandone una vigenza normale di 12 mesi dalla sua adozione (coerente con il periodo di utilizzazione dei relativi fondi e con le norme di contabilità pubblica), salvo diversa previsione dei contratti collettivi nazionali. Si sarebbe potuto infine prevedere che l'Aran, ricevuta la comunicazione di cui prima, prestasse specifica consulenza e assistenza all'amministrazione (già possibile in base all'attuale art. 46 del d.lgs. n. 165/2001), al fine di proseguire le trattative per pervenire in tempi celeri alla conclusione dell'accordo sulle materie oggetto di regolamentazione provvisoria. Nell'art. 46 del d.lgs. n. 165/2001 (o nella norma equivalente) si sarebbe potuto anche precisare che l'Aran avrebbe prestato la sua attività di assistenza e consulenza a livello decentrato secondo linee guida definite d'intesa con le principali confederazioni sindacali. Anche per questi suggerimenti vd. D'Alessio, Zoppoli L. 2017.

re contenuti alla contrattazione collettiva. Comunque, tali norme sono state riprese dai contratti collettivi 2016-2018, instaurando interessanti connessioni tra gli obiettivi di miglioramento dei tassi di assenteismo in relazione a *benchmark* di settore e incremento dei fondi destinati ai trattamenti economici accessori (vd., ad esempio, art. 21 del Ccnl istruzione e art. 70 del Ccnl funzioni locali, dove la prima valutazione dei dati sull'assenteismo avviene in sede di Organismo paritetico per l'innovazione).

A valle di tutte queste modifiche, resta il fatto che la funzionalizzazione *ex lege* della contrattazione – che comunque è ammissibile entro certi limiti (vd. C. cost. n. 178/2015) – non può operare se l'agente negoziale da parte delle amministrazioni non fa valere le relative norme in sede di contrattazione, e in particolare nella contrattazione integrativa. E sul punto non si registrano grandi novità proprio a livello integrativo, dove le amministrazioni sono lasciate a sé stesse dal legislatore.

6. — *Nuovi spazi partecipativi* — Nel potenziale nuovo equilibrio delle relazioni sindacali, specie a livello integrativo, un ruolo di tutto rilievo giocano le nuove norme in materia di partecipazione. Non c'è da nascondere al riguardo una buona dose di scetticismo. Anche se c'è chi è pronto a scommettere su un rilancio di tali prassi nelle pubbliche amministrazioni, purché siano incentrate su un ruolo meno rilevante dei sindacati e mirino a coinvolgere di più i singoli lavoratori (42).

La tematica è appena accennata nel d.lgs. n. 75/2017. Però è ripresa con una certa convinzione dai nuovi contratti collettivi, che, com'era prevedibile, si tengono piuttosto lontani dal prevedere forme di partecipazione che prescindano dai soggetti sindacali. Per converso, contengono nella terminologia e, quel che più conta, nei contenuti alcune modalità innovative. Meritano perciò qualche ulteriore attenzione.

Anzitutto va chiarito se la partecipazione può essere regolata solo dai contratti nazionali (43).

Forse, prima era così interpretabile l'art. 9 del d.lgs. n. 165/2001 in un contesto sistematico in cui la partecipazione andava limitata. Oggi, però, con l'affidamento ai contratti collettivi dell'intera materia delle relazioni sindacali, questa interpretazione appare alquanto restrittiva e immotivatamente diretta a delimitare le potenzialità del sistema di contrattazione nel lavoro pubblico (art. 40). Inoltre, essendoci un persistente legame tra partecipazione e contrattazione (vd. le relative norme dei Ccnl 2016-2018),

(42) Vd. Della Rocca, Ponzellini 2018.

(43) Ales 2018, 54.

escludere aprioristicamente che a livello integrativo possa tornare utile regolare qualche aspetto delle forme di partecipazione può essere fonte di notevole rigidità. Naturalmente, vale l'assetto gerarchico-piramidale: per cui i contratti integrativi non possono regolare altro che le materie o i segmenti di materie per le quali c'è un rinvio nei contratti integrativi.

Di particolare interesse risulta l'introduzione nei nuovi contratti nazionali del confronto e degli organismi paritetici per l'innovazione, che si aggiungono a informazione e contrattazione (44).

Informazione, confronto e contrattazione sembrano strutturati in modo sequenziale e funzionale, in un crescente coinvolgimento dei soggetti sindacali, non dissimile da quanto era previsto dai contratti di comparto precedenti alla riforma del 2009. Il «confronto» ha sostituito esame congiunto e concertazione, può svolgersi a vari livelli (vd. art. 5 del Ccnl funzioni centrali: a livello nazionale o di sede unica) ed è costituito da «un dialogo approfondito sulle materie rimesse a tale livello di relazione, al fine di consentire ai soggetti sindacali» legittimati a contrattare a livello integrativo «di esprimere valutazioni esaustive e di partecipare costruttivamente alla definizione delle misure che l'amministrazione intende adottare». Si avvia con la trasmissione delle informazioni, può essere proposto contestualmente dall'amministrazione o richiesto entro 5 giorni dai soggetti sindacali legittimati a contrattare, non può durare più di 30 giorni e si conclude con la redazione «di una sintesi dei lavori e delle posizioni emerse» (45).

Come già si è detto in precedenza, confronto e contrattazione – che hanno sempre i medesimi destinatari, cioè i soggetti legittimati a contrattare a livello integrativo (46) – non hanno testualmente il medesimo oggetto, ma alcune materie sembrano contigue o comunque difficili da distinguere. Invece per le informazioni i contratti usano una dizione molto generica: «tutte le materie per le quali i successivi articoli […] prevedano il confronto o la contrattazione integrativa, costituendo presupposto per la loro attivazione». Questa formulazione può essere foriera di problemi, quanto meno perché su molte materie può non esserci nulla su cui informare prima di una qualche elaborazione in sede negoziale (salvo a imma-

(44) Un'accurata ricostruzione delle novità in Ricci, Di Noia 2017, 14 ss.

(45) La concertazione dava luogo alla verbalizzazione: la sintesi pare essere un *minus* rispetto alla stessa verbalizzazione.

(46) Che normalmente sono i sindacati firmatari dei Ccnl e le Rsu. La materia è rimessa ai Ccnl *ex* art. 43, c. 5, del d.lgs. n. 165/2001. Per alcune questioni interpretative dei nuovi contratti sorti a valle della sentenza della C. cost. n. 231/2013 vd. Russo 2018.

ginare che l'amministrazione abbia sempre e comunque una piattaforma di partenza, che, in verità, spetterebbe ai sindacati elaborare). In ogni caso, sembra scomparsa o fortemente ridotta l'informazione successiva (essenzialmente rinvenibile nell'informazione «sugli esiti del confronto e della contrattazione integrativa»: vd. artt. 5, c. 5, e 22, c. 9, del Ccnl istruzione).

Problematica può essere anche la precisa individuazione dei soggetti destinatari delle informazioni, riscontrandosi una regolazione oscillante tra una formulazione generica dei destinatari («soggetti sindacali») e una più precisa funzionale («consentire alle parti negoziali…»). Nell'incertezza, converrebbe trasmettere le informazioni a una platea più ampia rispetto ai soggetti legittimati a trattare a livello integrativo.

Gli organismi paritetici sono una significativa innovazione, riconducibile, seppur tardivamente, all'art. 44 del d.lgs. n. 165/2001. Sono composti dai medesimi soggetti legittimati a contrattare, ma hanno competenze molto più ampie, ispirate a moduli partecipativi di istruttoria congiunta, proposte innovative, attivazione di inedite dinamiche organizzative, anche al fine di garantire la legalità dell'azione amministrativa. Non si configurano come interferenze con poteri decisionali, in quanto possono essere istituiti in varie sedi, ma non in organi o collegi con funzioni di amministrazione attiva. Quindi può dirsi che si è evitato di riproporre esperienze del passato (47). Piuttosto, si è in presenza di un modello che affianca moduli partecipativi e circuiti contrattuali. Forse con l'intento di rendere le seconde non conflittuali, grazie a una sempre maggiore partecipazione sindacale ad assetti organizzativi e regolativi pienamente funzionali all'ottimizzazione dell'azione amministrativa. In questo rinasce un'antica suggestione: di un'amministrazione a responsabilità condivisa, dove politici e *manager* riescono a coinvolgere nella *mission* istituzionale i lavoratori pubblici attraverso i loro sindacati (48).

7. — *Le relazioni sindacali interne come componente di un modello organizzativo orientato all'etica, ai risultati, al benessere organizzativo* — Molte delle novità segnalate portano a intrecciare nuovamente disciplina del la-

(47) Sulla necessità di tenersi lontani dalle prime esperienze dell'Italia postcostituzionale vd. Viscomi, Zoppoli L. 1995, 344 ss., e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

(48) O anche, in misura assai sorvegliata, senza i sindacati, laddove si riconosce una qualche iniziativa anche a «gruppi di lavoratori» (così, ad es., art. 6, c. 4, del Ccnl funzioni centrali): vd. Russo 2018. Non così però l'art. 9, c. 5, del Ccnl istruzione, che limita la possibilità di inoltrare progetti e programmi alle organizzazioni sindacali «titolari della contrattazione integrativa nazionale».

voro pubblico, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, etica pubblica, concreti assetti organizzativi, consenso sociale. Si pone di nuovo in modo non semplicistico il problema di come vitalizzare l'anima organizzativa di ciascuna amministrazione intorno ai temi dell'etica pubblica e del miglior funzionamento delle amministrazioni.

Non del tutto superato è il rischio di dar vita a modelli normativi e organizzativi, magari anche differenziati, ma sostanzialmente burocratico-formali, ai quali potrà essere più o meno facile adeguarsi da parte delle singole amministrazioni e delle organizzazioni sindacali.

In particolare, la spinta verso nuovi modelli partecipativi deve assumere una valenza sostanziale ed essere realizzata attraverso forme che solo in una certa misura possono essere predeterminate in astratto, ma che potrebbero richiedere molti adattamenti per ciascun ambito organizzativo interessato. La partecipazione non andrebbe troppo irrigidita, privando i dirigenti «di uno strumento centrale di gestione virtuosamente partecipata delle risorse umane, rischiando di trasformarli in sacerdoti di riti partecipativi imposti dall'alto» (49), anziché in responsabili anche del «benessere organizzativo» delle amministrazioni (50).

Questa tendenza può avere conseguenze regolative e pratiche notevoli. E presenta anche un notevole interesse di tipo sistematico, configurando un assetto non leggibile solo con la categoria delle «retrotopie» (51).

Proprio sotto il profilo sistematico, si può ragionare, ad esempio, prendendo in esame, senza i pregiudizi che caratterizzano molte analisi dei giuslavoristi (me compreso), la valenza organizzativa dei codici di comportamento delle amministrazioni. Si può al riguardo tentare di superare la contrapposizione tra un approccio prestazionale di tipo individualistico e uno a tutela dell'interesse pubblico e dell'etica pubblica, lungo una faglia che ha spesso visto in posizione dialettica giuslavoristi e amministrativisti (52). A ben guardare, entrambi gli approcci fanno leva su un certo intreccio tra doveri di comportamento e rilevanza giuridica dell'organizzazione. Tuttavia, l'approccio prestazionale-sinallagmatico si collega a un'organizzazione intesa come insieme di scelte e decisioni interre-

---

(49) Ales 2018, 54. In generale, sullo stallo in materia di dirigenza nelle più recenti riforme, vd.: Zoppoli A. 2018; Boscati 2017; e, in precedenza, Spinelli 2012.

(50) Nicosia 2018. Sul rilievo giuridico del benessere organizzativo, nonché sulle varie norme che nel settore pubblico se ne occupano, vd. Pascucci 2016.

(51) Bauman 2017.

(52) Da ultimi, emblematicamente: D'Avino 2015; D'Alessio 2017; Carloni 2017; Barbieri 2018.

late non statiche, ma dinamiche, da individuare ed eventualmente regolare nel loro movimento più che nel loro assestamento; invece il collegamento interesse pubblico/etica pubblica/modello organizzativo vede nell'elemento organizzativo una sorta di garanzia «formale» contro l'assunzione di certe decisioni e il verificarsi di determinati comportamenti. Intendiamoci: il secondo ha una sua ragion d'essere e si rinviene anche nei tentativi di arginare patologie nel mondo dell'impresa privata (si pensi al d.lgs. n. 231/2001, anche nei suoi risvolti riguardanti la sicurezza sul lavoro) (53). Però la responsabilità disciplinare – nelle sue ricadute finali sul piano sanzionatorio – non può essere interamente piegata alla garanzia di mantenimento di un modello organizzativo astratto, pena un suo snaturamento al fine delle connessioni con le finalità organizzative di tipo dinamico. Insomma, l'organizzazione può funzionare come «flusso dinamico» che non sempre richiede l'attivazione del sistema punitivo, oppure come «scudo» contro responsabilità eventuali dell'organizzazione di cui va in ogni caso salvaguardata l'integrità con l'esercizio del sistema sanzionatorio. I due profili si possono rendere compatibili, ma a patto di tenerne ben presenti compresenza e distinzioni.

Ne dovrebbe conseguire l'utilità di tenere scissi i comportamenti da sanzionare necessariamente, al fine di assicurare un modello organizzativo ispirato a finalità di trasparenza e anticorruttive, dai comportamenti che invece vanno puniti contemperando le esigenze disciplinari in senso stretto con quelle di perseguire le legittime finalità organizzative. Ad esempio, ritardi o assenze configurano sempre comportamenti che incidono sul clima organizzativo e sull'etica del lavoro; però non sempre si può pretendere che vengano puniti o almeno puniti nella medesima misura. Qualora a porli in essere fossero dipendenti competenti ed efficienti la cui attività lavorativa è assolutamente irrinunciabile per raggiungere un certo risultato, non si può obbligare l'amministrazione ad adottare una sanzione (esempio estremo: un licenziamento) che impedisca all'organizzazione di utilizzare la prestazione del lavoratore.

Naturalmente, se le distinzioni fossero frutto di una condivisione partecipata piuttosto che di decisioni arbitrarie caso per caso, si eviterebbe l'effetto negativo per le organizzazioni derivanti dalla «solitudine del manager». Per condividere profili così sofisticati dell'etica e della disciplina organizzativa occorrono procedure particolarmente aperte alla partecipazione, intesa anche come ricerca di confronti approfonditi e di sintesi condivise.

(53) Vd. Martone 2016; Fondaroli, Zoli 2014.

Del pari, le diverse funzioni o valenze dell'organizzazione vanno tenute presenti se si parla di sistemi punitivi o sistemi premiali. I primi possono essere configurati in modo da reprimere sempre e comunque la violazione dei doveri irrinunciabili. I secondi, invece, sono finalizzati a miglioramenti organizzativi, e dovrebbero attenere alla sfera dell'efficacia nei risultati più che alle garanzie di osservanza di doveri minimi (nel senso appunto di irrinunciabili). Forse una distinzione del genere già esiste nel codice di comportamento nazionale (vd. art. 16 del d.P.R. n. 12/2013), ma può essere meglio articolata, specie con un migliore sistema sanzionatorio, nei codici di amministrazione. Che però debbono al riguardo tener conto dei vincoli presenti nei contratti collettivi, rimuovibili solo attraverso circuiti regolativi integrativi abilitati dai contratti nazionali e che possono avvalersi delle nuove forme di partecipazione previste dai contratti stessi. Questa esigenza non è stata affatto tenuta presente negli ultimi contratti di comparto, ma potrebbe essere contemplata in futuro, anche sulla falsariga di esigenze o difficoltà segnalate dalle amministrazioni nell'adozione dei codici di amministrazione e nelle varie procedure aperte alla partecipazione.

Riferimenti bibliografici

Alaimo A. (2018), *Le fonti rivisitate e le autonomie territoriali*, in Esposito M. *et al.* (a cura di) (2018), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 61 ss.

Ales A. (2018), *L'esercizio partecipato del potere di organizzazione*, in Esposito M. *et al.* (a cura di) (2018), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 41 ss.

Alvino I. (2018), *I rinvii legislativi al contratto collettivo*, Jovene, Napoli.

Barbieri M. (2018), *Il sinallagma nei contratti di lavoro per le pubbliche amministrazioni*, relazione al congresso Aidlass 2018, Palermo 17/19 maggio 2018, in *www.aidlass.com*.

Bauman Z. (2017), *Retrotopia*, Bari, Laterza.

Bellavista A. (2017), *Gli infiniti tormenti del lavoro pubblico*, in *LPA*, 39 ss.

Bellavista A. (2018), *Contrattazione collettiva e partecipazione sindacale nella riforma Madia*, in Garilli *et al.*, *Il lavoro alle dipendenze della p.a. dopo la riforma Madia*, Wolters Kluwer, Milano, 57 ss.

Boscati A. (2017), *La riforma mancata: il ruolo della dirigenza pubblica nei nuovi assetti*, in *LPA*, 46 ss.

Carloni E. (2017), *I codici di comportamento «oltre» la responsabilità dirigenziale*, in *LPA*, 158 ss.

Carrieri M. (2017), *Migliorare il decentramento contrattuale: come le parti affrontano questa sfida*, in Dell'Aringa C. *et al.* (a cura di), *Salari produttività e diseguaglianza. Verso un nuovo modello contrattuale?*, il Mulino, Bologna, 484 ss.

Caruso B. (2017), *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e reintermediazione*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 326.
Casillo R., Tufo M. (2018), *Il lavoro agile*, in Esposito M. *et al.* (a cura di) (2018), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 204 ss.
Comandé D. (2017), *Dall'inderogabilità alla competenza*, Jovene, Napoli.
Cordella C. (2018), *Il procedimento disciplinare*, in Esposito M. *et al.* (a cura di) (2018), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 269 ss.
D'Alberti M. (2012), *Lezioni di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino.
D'Alessio G. (2017), *La legislazione anticorruzione: l'impatto sui rapporti di lavoro pubblico*, in *LPA*, 99 ss.
D'Alessio G., Zoppoli L. (2017), *Riforma della pubblica amministrazione: osservazioni sugli schemi di d.lgs. attuativi dell'art. 17 della legge n. 124/2015*, in *www.astrid-online.it*.
D'Avino E. (2015), *L'imperfetta contrattualizzazione del lavoro pubblico nel prisma della disciplina anticorruzione*, in *LPA*, 294 ss.
Dell'Aringa C. (2018), *Relazioni industriali alla prova del dopo-elezioni*, in *www.lavoce.info*, 13 marzo.
Dell'Aringa C. *et al.* (a cura di) (2017), *Salari produttività e diseguaglianza. Verso un nuovo modello contrattuale?*, il Mulino, Bologna.
Delfino (2018), *I nuovi «spazi negoziali»*, in Esposito M. *et al.* (a cura di) (2018), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 29 ss.
Della Rocca G., Ponzellini A.M. (2018), *I dilemmi della riforma dell'organizzazione pubblica*, in *DLM*, n. 1.
Esposito M. (2018), *Responsabilità disciplinare e reintegrazione*, in *Il libro dell'anno del diritto 2018*, Treccani, Roma.
Esposito M. *et al.* (2018), *Introduzione. La cd. riforma Madia ai blocchi di partenza*, in Esposito M. *et al.* (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 1 ss.
Esposito M. *et al.* (a cura di) (2018), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino.
Fondarlo D., Zoli C. (2014), *Modelli organizzativi ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 e tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giappichelli, Torino.
Gargiulo U. (2014), *La prestazione lavorativa tra prescrizioni etiche e obblighi contrattuali. Fonti e contraddizioni nella delimitazione dell'area di debito del dipendente pubblico*, in *LPA*, 17 ss.
Gargiulo U. (2018), *Il licenziamento disciplinare*, in Esposito M. *et al.* (a cura di) (2018), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 249 ss.
Garilli A. (2018), *Breve storia di una riforma incompiuta*, in Garilli *et al.*, *Il lavoro alle dipendenze della p.a. dopo la riforma Madia*, Wolters Kluwer, Milano.
Garilli A. *et al.* (2018), *Il lavoro alle dipendenze della p.a. dopo la riforma Madia*, Wolters Kluwer, Milano.

Ichino P. (2018), *Quel patto poco utile per la fabbrica*, in *www.lavoce.info*, 10 aprile.
Lazzeroni L. (2017), *La regolazione per legge del contratto collettivo aziendale alla luce del sistema costituzionale*, Giappichelli, Torino.
Liso F. (2018), *Qualche erratica considerazione sul recente Accordo interconfederale Confindustria, Cgil, Cisl, Uil del 9 marzo 2018*, in *Bollettino Adapt*, n. 16, 23 aprile.
Magri M. (2018), *Giurisprudenza costituzionale e fallimenti della «riforma» del lavoro pubblico*, in *LD*, 113 ss.
Martone M. (2016), *Rapporto di lavoro e corruzione*, in *LPA*, 575 ss.
Monda P. (2018a), Performance*: strumenti per la misurazione e verifica*, in *Il libro dell'anno del diritto 2018*, Treccani, Roma, 341 ss.
Monda P. (2018b), *La valutazione delle* performance*: programmazione degli obiettivi e gestione premiale*, in Esposito M. *et al.* (a cura di) (2018), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 370 ss.
Natullo G. (2018a), *Rapporto tra le fonti e ruolo della contrattazione*, in *Il libro dell'anno del diritto 2018*, Treccani, Roma, 353 ss.
Natullo G. (2018b), *Tra legge e contratto: l'«equilibrio instabile» del sistema delle fonti del lavoro pubblico*, in Esposito M. *et al.* (a cura di) (2018), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 15 ss.
Nicosia G. (2018), *I soggetti della valutazione (percorsi di apprendimento organizzativo)*, in Esposito M. *et al.* (a cura di) (2018), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 329 ss.
Nigro M. (1980), *Il nodo della partecipazione*, in *RTDPC*, 225 ss.
Orlandini G. (2018), *Legge contrattazione collettiva e giusta retribuzione dopo le sentenze 51/2015 e 178/2015 della Corte costituzionale*, in *LD*, 7 ss.
Pascucci P. (2016), *Il rilievo giuridico del benessere organizzativo nei contesti lavorativi*, in *Prisma*, 21 ss.
Ricci M., Di Noia F. (2017), *Relazioni sindacali e contrattazione collettiva nel settore pubblico dopo la riforma Madia e i rinnovi contrattuali*, in *LPA*, 1 ss.
Riccobono A (2017), *Organizzazione amministrativa e mobilità del personale nel lavoro pubblico privatizzato*, Esi, Napoli.
Rusciano M., Zoppoli L. (1999), *Sub art. 2*, in Corpaci A. *et al.* (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche (d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29)*, in *NLCC*, 1073 ss.
Russo C. (2018), *La contrattazione integrativa nel modello di relazioni sindacali del lavoro pubblico*, in Russo C. (a cura di), *Il lavoro pubblico dopo i decreti Madia. Aspetti giuridici, retributivi e sindacali*, Maggioli editore.
Spinelli C. (2012), *Il datore di lavoro pubblico: autonomia organizzativa e poteri del dirigente*, Cacucci, Bari.
Talamo V. (2018), *Diversamente agile? Lo* Smart Work *nelle pubbliche amministrazioni*, in Fiorillo L., Perulli A. (a cura di) (2018), *Il* Jobs Act *del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, Torino, 257 ss.
Treu T. (2018), *Un segnale unitario che guarda al futuro*, in *il Sole24Ore*, 10 marzo.
Trojsi A. (2013), *Le fonti del diritto del lavoro tra Stato e Regione*, Giappichelli, Torino.

Viscomi A., Zoppoli L. (1995), *La partecipazione all'organizzazione e alla gestione dei rapporti di lavoro*, in Carinci F. (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni dal d.lgs. 29/93 alla Finanziaria 1995*, Giuffrè, Milano, I, 344 ss.

Zoppoli A. (2018), *La dirigenza pubblica tra mancata riforma e persistenti equivoci*, in Esposito M. *et al.* (a cura di) (2018), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino.

Zoppoli L. (2011a), *La «riforma Brunetta» due anni dopo: relazioni sindacali, dirigenza e valutazione*, in Zoppoli L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale scientifica, Napoli, 449 ss.

Zoppoli L. (2011b), *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, in Zoppoli L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale scientifica, Napoli, 15 ss.

Zoppoli L. (a cura di) (2011), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale scientifica, Napoli.

Zoppoli L. (2018), *La «riforma Madia» del lavoro pubblico*, in *Il libro dell'anno del diritto 2018*, Treccani, Roma, 347 ss.

Abstract

Il saggio analizza la riforma del 2017, con riguardo al rapporto tra legge e contrattazione collettiva, sia per il parziale ritorno all'assetto precedente al 2009, sia per gli intrecci con l'introduzione di nuove modalità di partecipazione di lavoratori e sindacati alla regolazione delle pubbliche amministrazioni. Oltre a una puntuale analisi delle molte regole innovative – che non sono soltanto un ritorno al passato –, l'Autore mira a dimostrare che la riforma del 2017 configura un rilancio delle relazioni sindacali nel sistema regolativo del lavoro pubblico. Tale rilancio conta però più su moduli partecipativi che su relazioni conflittuali, e difficilmente avrà successo se non si coniugherà con una generale consapevolezza – tra operatori e studiosi – della doppia rilevanza dell'organizzazione nelle pubbliche amministrazioni: nel senso che l'organizzazione deve ispirarsi a modelli ideali che garantiscano trasparenza e correttezza dell'azione amministrativa, ma senza trascurare che l'organizzazione stessa va gestita in modo dinamico, favorendo il massimo consenso intorno alle regole dirette a garantire i migliori risultati per i cittadini.

The relationship between law and collective bargaining and the participative model of industrial relations

The article analyses the Reform of 2017 dealing with the hierarchical relationship between law and collective bargaining. Two profiles are examined: the partial coming back to the legal framework existing before 2009 and the impact of the new participative model of industrial relations on the regulation system of the Public Administration. Beside a specific and deep analysis of the new legal rules – that are not only a throwback –, the Author demonstrates that the Reform of 2017 represents a revival of industrial relations in the regulation system of the Public Administration. This revival is more based on collaborative patterns than on conflictive relations. Such a model is destined to not succeed without the

general awareness – among operators and scholars – that organization in the Public Administration has to have a double meaning. On the one hand, it has to be inspired to some ideal models guaranteeing transparency and fairness in the administrative action. On the other hand, organization has to be managed in a dynamic way, by promoting the growing of the maximum consensus on the rules whose goal is to ensure citizens the best results.

Madia D'Onghia (*)

IL FABBISOGNO DEL PERSONALE PUBBLICO E LE POLITICHE DI RECLUTAMENTO TRA NUOVE SFIDE E RIDUZIONE DEI COSTI

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Dalla dotazione organica al piano triennale dei fabbisogni. — 2.1. Le linee di indirizzo. — 3. Il rafforzamento dell'attuazione coordinata dei processi di mobilità e di reclutamento del personale. — 4. La «debole» eccezionalità delle assunzioni flessibili e il superamento del precariato con l'ennesima e (forse) ultima procedura di stabilizzazione. — 5. Per concludere: il perenne conflitto tra contenimento della spesa pubblica e investimenti sulle risorse umane.

1. — *Premessa* — Il contesto in cui è intervenuta la riforma Madia, caratterizzato da anni di blocco del ricambio generazionale, blocco della contrattazione collettiva nazionale, patto di stabilità e riduzione delle risorse non può certamente definirsi tra i più favorevoli al cambiamento e all'innovazione nell'organizzazione degli uffici pubblici e nell'efficientamento delle risorse umane.

È noto che le politiche di rigore degli ultimi anni hanno avuto come principale bersaglio, sotto il profilo della riduzione dei costi, proprio l'amministrazione pubblica (di seguito, p.a.), e dentro questo clima ha preso quota l'idea che il settore pubblico, a certe condizioni, più che funzionare da risorsa, possa rappresentare un aggravio per l'intero sistema sociale e produttivo. Sta di fatto che le scelte regolative di contenimento dei costi, unitamente al quasi generalizzato blocco del *turnover*, hanno fortemente compromesso la capacità organizzativa della macchina pubblica e le aspettative di maggiore efficienza, efficacia e produttività, considerata anche la significativa riduzione del numero di dipendenti pubblici.

Appare utile riportare qualche dato (1). Nell'arco di più di un decennio, la consistenza organica complessiva per tutta la p.a. si è ridotta di oltre

(*) Professoressa ordinaria di Diritto del lavoro presso il dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Foggia.

(1) Le fonti sono il *Primo report annuale sull'occupazione nelle pubbliche amministrazioni*, realizzato dalla Funzione Pubblica Cgil e dalla Fondazione Giuseppe Di

il 7%, a cui va aggiunto il *trend* al ribasso della spesa per il personale pubblico, che è andata costantemente diminuendo per effetto sia della riduzione complessiva degli organici sia del blocco, a decorrere dal 2010, dei rinnovi contrattuali, con il conseguente mancato incremento dei livelli retributivi del personale dipendente. Dal confronto poi con gli altri paesi europei, l'Italia risulta il paese in cui negli ultimi quindici anni il numero dei dipendenti pubblici si è maggiormente ridotto: 70% in meno di dipendenti rispetto alla Germania, il 65% rispetto all'Inghilterra e il 60% della Francia (2).

In un recente rapporto sul futuro della nostra p.a. (3) si è osservato come, nel momento in cui si è imposta la necessità di più stringenti controlli sulle dinamiche di spesa, il blocco delle assunzioni e della contrattazione, oltre ai tetti agli stipendi delle figure apicali, abbiano innescato una sorta di circolo vizioso fatto di rinuncia alla programmazione dei concorsi, di assegnazioni a vere o presunte mansioni superiori per coprire i vuoti di personale, di collaborazioni coordinate e continuative o di contratti a termine discrezionali e ripetuti nel tempo, di remunerazioni sempre più appiattite. Il tutto con l'effetto di creare inevitabilmente un serbatoio di precari, agguerrito nell'ottenere stabilizzazioni di massa, anche a prescindere da ogni valutazione soggettiva e oggettiva.

Non solo. Le politiche di contenimento degli organici, insieme alle manovre sulle pensioni che hanno visto il trattenimento in servizio di una larga parte del personale per l'adeguamento dei requisiti previdenziali all'allungamento dell'aspettativa di vita, hanno prodotto modificazioni rilevanti nella struttura anagrafica del personale pubblico in servizio. Nell'arco di un quindicennio l'incidenza degli *over* 50 sul totale della forza lavoro è praticamente raddoppiata, mentre quella degli *under* 35 appare molto più che dimezzata, e nel 2020 la classe d'età compresa fra 55 e 59 anni dovrebbe diventare la più affollata, con oltre 650.000 addetti in servizio, seguita dalla fascia 60-64 con 603.000 unità presenti (triplicati rispetto al 2001). E il personale, costituito per il 62% da diplomati, oltre a essere sempre più vecchio, fa sempre meno formazione (6/7 ore di media ogni anno). Queste

---

Vittorio, 9 aprile 2018; il *Conto annuale della Ragioneria dello Stato*, con i dati aggiornati al 16 novembre 2017, consultabili in *http://www.contoannuale.tesoro.it/cognos1022/samples/images/ANALISIDATI2007-2016.pdf*.

(2) Aa.Vv. 2018.

(3) *Reinventare lo Stato – Rapporto sulle pubbliche amministrazioni in Italia*, a cura dell'Associazione Amici di Marco Biagi, 17 luglio 2018, 13-14 (consultabile in *http://www.bollettinoadapt.it/reinventare-lo-stato-rapporto-sulle-pubbliche-amministrazioni-in-italia/*).

penalizzazioni, insieme anche a una bassa mobilità e a un sostanziale svuotamento dei contenuti della contrattazione integrativa, hanno reso i dipendenti più esposti ai rischi sociali: impoverimento delle retribuzioni, aumento dei carichi di lavoro, obsolescenza delle proprie competenze, con inevitabili riflessi sulla qualità dei servizi pubblici.

Lo ha evidenziato di recente anche la Commissione europea (4): l'Italia è lo Stato membro con la più alta percentuale di cittadini che non ha fiducia nelle amministrazioni pubbliche e gli uffici pubblici sono ritenuti un peso anziché un *partner* affidabile; sul piano delle competenze dei dipendenti pubblici, il settore pubblico italiano esercita scarsa attrattiva sui lavoratori altamente qualificati, il tutto aggravato dal persistere di un processo di selezione inefficiente, basato più sulle conoscenze scolastiche e sulla preparazione universitaria che sulle capacità, e della mancanza di incentivi monetari e di carriera adeguati.

Peraltro – è bene precisare –, le politiche economiche a monte di tale andamento non hanno neppure raggiunto gli obiettivi formalmente dichiarati di contenimento della spesa pubblica. Infatti, se, da un lato, la compressione della spesa, cioè il suo minore aumento (per il blocco del *turnover* e dei contratti, cui va aggiunta la riforma sulle pensioni), è avvenuto grazie al contenimento dell'occupazione pubblica, dall'altro, la composizione dell'occupazione per anzianità e tipologia ha creato un disequilibrio nel medio periodo.

In questo scenario s'inserisce la riforma Madia, che ha inteso ridefinire la disciplina dell'organizzazione degli uffici e del reclutamento, prendendo atto – sia pure in linea di principio – che per migliorare il funzionamento della p.a. non serve perseguire strategie basate sulla mera contrazione del numero dei dipendenti, quanto piuttosto rivedere il modello di individuazione dei fabbisogni e le connesse politiche di reclutamento (5), ivi comprese le tipologie contrattuali, ponendo un argine al problema del precariato pubblico, con una sorta di «ultima e definitiva sanatoria».

Contestualmente, si è consolidato il convincimento che gli aspetti organizzativi e gestionali inerenti al personale debbano essere affrontati anche attraverso un efficiente utilizzo delle risorse già disponibili, puntando sulla mobilità dei lavoratori per conciliare una più corretta distribuzione organizzativa tanto delle risorse umane quanto di quelle finanziarie. Da tempo,

---

(4) *Relazione Commissione europea per paese relativa all'Italia 2018*, del 7 marzo 2018 (consultabile in *https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2018-european-semester-country-report-italy-it.pdf*).

(5) Realfonzo, Viscione 2015, 497 ss.

la mobilità, da strumento eccezionale e circoscritto, è divenuto criterio generale di razionalizzazione degli uffici pubblici, per un'adeguata redistribuzione dei lavoratori già in servizio, riuscendo, al contempo, a contenere la spesa pubblica e a gestire in modo flessibile ed efficiente le risorse umane (6). Non a caso, l'art. 6, c. 2, terzo cpv., del d.lgs. n. 165/2001 (d'ora in poi T.U.), espressamente dispone che le p.a. si debbano preoccupare di curare «l'ottimale distribuzione delle risorse umane attraverso la coordinata attuazione dei processi di mobilità e di reclutamento del personale».

Invero, le norme sull'organizzazione degli uffici pubblici e il reclutamento sono state modificate più volte negli ultimi anni, limitatamente però a singoli profili e con interventi troppo spesso frammentari; da tempo oramai si reclamava una riforma più complessiva e organica. Il tema è stato posto al centro della legge delega di riforma della p.a. (l. 7.8.2015, n. 124), con l'obiettivo di ridisegnare le modalità operative dei concorsi pubblici e degli atti di macroorganizzazione a essi sottesi, nella logica della semplificazione e razionalizzazione delle regole, eliminando, ove necessario, alcune rigidità burocratiche. In questa cornice, la novella ha inteso puntare anche a una maggiore qualificazione professionale del personale e alla valorizzazione, per le assunzioni in ruolo, del lavoro prestato con contratti flessibili, nell'ottica di un progressivo assorbimento delle forme di lavoro precario, unitamente al contenimento delle assunzioni dettato dall'equilibrio della finanza pubblica. A tali princìpi ha cercato di dare attuazione il d.lgs. 25.5.2017, n. 75, con gli artt. 4, 5, 6, 7, 9, modificando in più parti il T.U., e l'art. 20, che invece non ha inciso direttamente su di esso.

Nelle pagine che seguono si illustreranno sinteticamente le novità più significative, anche alla luce di alcuni recenti provvedimenti attuativi, per verificare – con tutte le cautele del caso, considerata l'operatività delle nuove regole solo da pochi mesi – se con la riforma Madia si sia intrapresa concretamente una strada nuova e più efficace verso una maggiore e più qualificata occupazione (anche in termini di «svecchiamento» della p.a.), assolutamente necessaria e non più rinviabile specie se si vogliono garantire servizi pubblici sempre più efficienti e un maggiore grado di innovazione.

2. — *Dalla dotazione organica al piano triennale dei fabbisogni* — La valorizzazione del piano del fabbisogno a scapito della dotazione organica costituisce uno dei profili che più caratterizzano la riforma del 2015/2017 (7).

(6) In proposito, fra tanti, da ultimo, si rinvia a Basenghi 2013, 449 ss., Riccobono 2017, spec. 139 ss., e Gentile 2017, 3017 ss.

(7) Per un commento si vd. anche Mazzaro, Silvestro 2018.

In attuazione del criterio guida («progressivo superamento della dotazione organica come limite alle assunzioni fermi restando i limiti di spesa anche al fine di facilitare i processi di mobilità») (8), l'art. 4, d.lgs. n. 75/2017, ha riscritto *in toto* l'art. 6 del T.U., pur senza modificare nella sostanza l'architettura originaria. L'organizzazione degli uffici rimane, infatti, ancora incentrata su un sistema incardinato sull'adozione di atti di alta amministrazione previsti dagli ordinamenti di ciascuna amministrazione e di pertinenza dei diversi organi di Governo.

Le novità si registrano piuttosto sul piano procedurale, laddove sono stati introdotti diversi elementi di semplificazione che mirano a sburocratizzare il sistema e a velocizzare gli interventi di revisione organizzativa interna a ogni p.a. Scompare il riferimento alle dotazioni organiche – subentrate da tempo alle vecchie piante organiche e rivelatesi poco funzionali a una autentica flessibilità organizzativa (9) –, che, invero, di fatto non vengono superate, essendone prevista semmai una differente disciplina (10). L'elemento centrale sul quale ruota l'organizzazione degli uffici diviene ora il «Piano triennale dei fabbisogni di personale» (di seguito, Ptfp): documento che deve essere redatto «in coerenza con la pianificazione pluriennale delle attività e della *performance*» e che assorbe la vecchia programmazione triennale dei fabbisogni.

Il Piano deve indicare le risorse finanziarie destinate alla sua attuazione, nei limiti delle risorse quantificate sulla base della spesa per il personale in servizio e di quella connessa alle facoltà assunzionali previste a legislazione vigente; deve fare riferimento al personale in servizio al netto dei dipendenti che cessano dal lavoro, che, invece, in passato, si continuava a calcolare, anche per dimostrare come, a fronte di numerose cessazioni e a parità di funzioni, le attività fossero state comunque portate avanti con un numero inferiore di dipendenti (11).

Sul piano attuativo, si prevede un alleggerimento delle sequenze procedimentali, per garantire maggiore rapidità nell'attuazione delle determinazioni riguardanti la provvista di personale, compresa la sua variazione periodica e la sua articolazione interna. Scompaiono, infatti, i rinvii ai regolamenti governativi di delegificazione, previsti sia per l'organizzazio-

(8) Art. 17, lett. *q*, l. n. 124/2015.

(9) Vd., per tutti, Ales 2005, 537 ss., Lozito 2009, 61 ss., e Riccobono 2017, 109 ss.

(10) Sui problemi di coordinamento sia consentito rinviare a D'Onghia 2018a, 78 ss.; si veda anche Riccobono 2018, 992 ss.

(11) Cfr. Guizzardi 2017, 333 ss. Vd. anche Magri 2017, 581 ss.

ne degli uffici e la determinazione della consistenza delle dotazioni organiche, sia per eventuali variazioni delle dotazioni medesime; così come viene abrogata la partecipazione dei dirigenti al processo di elaborazione del piano.

Il Ptfp, pur redatto su base triennale, deve essere adottato annualmente dall'organo di vertice dell'amministrazione. Per le amministrazioni statali, è approvato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (o da un Ministro delegato), di concerto con il ministro dell'Economia e delle Finanze (Mef); per le altre p.a. è deliberato in conformità alle modalità previste dalla disciplina dei propri ordinamenti. In entrambi i casi continua a essere garantita l'informazione sindacale preventiva (ove prevista nei contratti collettivi nazionali).

Le p.a. che non provvedono a tali adempimenti non possono assumere nuovo personale (art. 6, c. 6, T.U.), fatte salve le categorie protette, e il medesimo divieto opera anche se la p.a. non comunica i contenuti dei piani entro trenta giorni dalla loro adozione (art. 6-*ter*, c. 5, T.U.).

2.1. — *Le linee di indirizzo* — Il Ptfp deve essere predisposto in coerenza con le «linee di indirizzo» (previste dal nuovo art. 6-*ter*, T.U.), adottate solo di recente con decreto interministeriale dell'8 maggio 2018 (pubblicate in *GU*, 2018, n. 173, 27 luglio) (12). Si tratta di un documento di estremo interesse perché non solo esplicita meglio la *ratio* sottesa al superamento della dotazione organica, ma fornisce anche una serie di indicazioni molto utili ai fini della concreta operatività del nuovo piano.

L'obiettivo del Ptfp, si legge nel documento, è quello di mutare la logica e la metodologia che le amministrazioni devono seguire nell'organizzazione e nella definizione del proprio fabbisogno di personale, prefigurando un circolo virtuoso tra organizzazione, scelta delle professioni e relative competenze professionali, ciclo di gestione della *performance* sviluppati e ciclo della programmazione finanziaria e di bilancio, tenendo conto anche della strategia anticorruzione e delle scelte in ordine al reclutamento delle risorse.

Le linee di indirizzo partono dal fatto che il fabbisogno di personale implica un'attività di analisi e una rappresentazione delle esigenze sotto un duplice profilo: quantitativo e qualitativo. Il primo è riferito alla consistenza numerica di unità di personale necessaria sulla base di parametri

(12) Le linee di indirizzo sono state adottate previa intesa in sede di Conferenza unificata (in ottemperanza alla nota sentenza del giudice delle leggi n. 251/2016), il 19 aprile 2018.

che consentano di definire un fabbisogno standard a livello territoriale, a livello di funzioni omogenee ovvero sulle cessazioni avvenute; il secondo è riferito alle tipologie di professioni e competenze professionali meglio rispondenti alle esigenze dell'amministrazione. Per ogni anno, nel piano vanno distinte le risorse quantificate sulla base della spesa per il personale in servizio a tempo indeterminato, dei possibili costi futuri da sostenere per il personale assegnato in mobilità temporanea in uscita per valutare gli effetti in caso di rientro, delle diverse tipologie di lavoro flessibile, dei risparmi da cessazione di rapporti di lavoro, delle facoltà assunzionali previste a legislazione vigente, dell'assunzione di categorie protette, delle eventuali procedure di mobilità.

Vi sono poi indicazioni puntuali per favorire l'ottimale impiego delle risorse umane, con attenzione innanzitutto ai profili professionali, facendo riferimento all'organizzazione del lavoro, e tenendo conto delle innovazioni, anche tecnologiche, e dei riflessi che queste comportano sulle declaratorie di area o categoria e sui contenuti dei profili, prefigurando la possibilità di definire in modo innovativo i contenuti professionali, individuare nuove figure o pervenire alla definizione di figure polivalenti.

Particolare enfasi viene data alle competenze: «è fondamentale – si legge nel documento – definire fabbisogni prioritari o emergenti in relazione alle politiche di Governo, individuando le vere professionalità infungibili, non fondandole esclusivamente su logiche di sostituzione ma su una maggiore inclinazione e sensibilità verso le nuove professioni e relative competenze professionali necessarie per rendere più efficiente e al passo con i tempi l'organizzazione del lavoro e le modalità anche di offerta dei servizi al cittadino attraverso, ad esempio, le nuove tecnologie». Nel merito, gli enti devono dare corso a forme di riconversione professionale volte a privilegiare il potenziamento delle funzioni istituzionali e di *core business* piuttosto che di quelle di supporto o di *back office*, valutando opportunamente le professionalità presenti e quelle mancanti e contemplando, all'occorrenza, ipotesi di conversione professionale, superando quindi la mera logica della sostituzione dei cessati. Ancora troppo timido il riferimento alle politiche formative e/o di riqualificazione del personale (13), a cui invece si sarebbe dovuto dare priorità, proprio per adeguare le competenze alle nuove sfide della p.a. e migliorare la produttività (14).

---

(13) Più in generale, sulla mancanza di una efficace politica di riordino del sistema formativo nella riforma Madia sia consentito rinviare a D'Onghia 2015, 585 ss.

(14) Sulla necessità di sviluppare le competenze del lavoratore pubblico in stretto collegamento con la formazione vd., per tutti, Tronti 2017, 505 ss.

Quanto ai vincoli di carattere finanziario, si ribadisce in più punti che il Ptfp deve essere predisposto in coerenza con la programmazione finanziaria e di bilancio e, conseguentemente, delle risorse finanziarie messe a disposizione, e «non può in ogni caso comportare maggiori oneri per la finanza pubblica».

Riguardo alle sanzioni per le amministrazioni inadempienti, il documento precisa che il divieto di assumere nuovo personale scatta sia per il mancato rispetto dei vincoli finanziari e la non corretta applicazione delle disposizioni che dettano la disciplina delle assunzioni, sia per l'omessa adozione del Ptfp e degli adempimenti previsti dagli artt. 6 e 6-*ter*, c. 5, T.U.

3. — *Il rafforzamento dell'attuazione coordinata dei processi di mobilità e di reclutamento del personale* — La definizione dei nuovi piani è diretta anche a fornire soluzioni efficaci al problema della cattiva distribuzione del personale (fra amministrazioni in grave carenza di organico e amministrazioni con eccedenze), facilitando i processi di mobilità (15). Chi ha partecipato alla redazione della riforma è partito dall'idea che il fabbisogno di personale di ciascuna amministrazione non deve essere immutabile, perché dipende da fattori contingenti e vari; ogni p.a. deve avere, quindi, la possibilità di valutare le proprie esigenze sia in termini di fabbisogno complessivo, sia in termini di figure professionali richieste, facendo affidamento su un sistema in cui i trasferimenti tra diverse amministrazioni siano più facili, le amministrazioni si contendano i dipendenti migliori impiegando le proprie risorse e i trasferimenti liberino, per le amministrazioni di provenienza, risorse da utilizzare per reclutare altro personale (16).

Col superamento della dotazione organica, l'obiettivo è consentire maggiore flessibilità nella gestione del personale all'interno della stessa amministrazione, ampliando il ricorso alla mobilità, come espressamente esplicitato nelle linee di indirizzo: «Gli enti devono inoltre assumere iniziative per l'impiego ottimale delle risorse. In tale ambito, il documento può dare corso alla individuazione dei sovrannumeri e delle eccedenze; alla indicazione della mobilità interna ed esterna, alle progressioni di carriera e verticali e ad assunzioni a tempo indeterminato previste nel triennio, nonché a ogni forma di ricorso a tipologie di lavoro flessibile» e «Lo strumento della mobilità interna non va sottovalutato». Peraltro, la valorizzazione della mobilità trova un riscontro anche nella giurisprudenza più recente, che le riconosce una funzione prioritaria nel reclutamento

(15) Cfr. art. 17, c. 1, lett. *q*, d.lgs. n. 75/2017.

(16) Mattarella 2017, 319 ss.

pubblico, non solo rispetto a una nuova procedura concorsuale ma anche allo scorrimento delle graduatorie (17).

Ma oltre a ottimizzare l'utilizzo delle risorse già disponibili, la programmazione del fabbisogno del personale è funzionale, quale suo naturale sbocco, al reclutamento effettivo della forza lavoro. Del resto, è proprio su una nuova regolamentazione dei concorsi pubblici (18) che la legge delega del 2015 aveva riposto buona parte del proprio disegno di riforma: flessibilità degli organici, ringiovanimento dei lavoratori pubblici, accrescimento professionale ed elevazione culturale delle burocrazie.

Tuttavia, la maggior parte dei criteri direttivi sono rimasti inattuati o adempiuti solo parzialmente (19), e laddove sono stati attuati si è proceduto con regole flessibili, intestando alle pubbliche amministrazioni non obblighi giuridici, bensì semplici facoltà. Così è accaduto sulla possibilità (e non obbligo) di richiedere, tra i requisiti previsti per specifici profili o livelli di inquadramento, il possesso del titolo di dottore di ricerca, che deve comunque essere valutato, ove pertinente, tra i titoli eventualmente rilevanti ai fini del concorso (art. 35, c. 3, lett. *e-ter*, T.U.). Meramente programmatica anche la previsione (ora contenuta nell'art. 35, c. 5, T.U.) secondo cui, per lo svolgimento delle selezioni, le p.a. possono rivolgersi al Dipartimento della funzione pubblica e avvalersi dell'assistenza della Commissione Ripam, consentendo anche di fissare nel bando un contributo di ammissione (non superiore a 10 euro), e fatte comunque salve le competenze delle commissioni esaminatrici. Più coraggiosa, invece, la scelta di aggiungere un nuovo principio guida cui ciascuna p.a. è tenuta a uniformarsi (lett. *e-bis*, c. 3, art. 35 T.U.), concernente la facoltà di limitare nel bando il numero degli eventuali idonei in misura non superiore al 20% dei posti messi a concorso, con arrotondamento all'unità superiore. L'obiettivo è qui di evitare la formazione di graduatorie di idonei che, in ragione anche del numero dei posti messi a bando, difficilmente vedrebbero soddisfatte le proprie aspettative di accesso. Ma la *ratio* rinviene soprattutto dall'esigenza per l'amministrazione di evitare di tenere aperte graduatorie per lungo tempo (come spesso accaduto anche

(17) Cfr. Cass. 12.5.2017, n. 12559, in *Banca dati Pluris*. Per una ricostruzione dell'istituto della mobilità nella p.a., nelle sue diverse declinazioni (interna, esterna, volontaria, d'ufficio, individuale, collettiva), si veda, oltre agli Autori citati nella nota 6, Luciani 1995, 221 ss., Esposito 2014, 331 ss., e, da ultimo, sia consentito rinviare anche a D'Onghia 2018b, 121 ss.

(18) Sulle criticità del sistema di reclutamento si rinvia, per tutti, a Rossi 2017, 2739 ss.

(19) In proposito cfr. Gentile 2018, 95 ss.

nel recente passato) (20) e, di conseguenza, di assumere personale con professionalità oramai obsolete.

A queste scarne disposizioni in tema di reclutamento ha fatto comunque seguito una disciplina più compiuta, affidata anche questa volta a un atto non regolamentare, contenuta nelle «Linee guida di indirizzo amministrativo», a cui il legislatore delegato aveva rinviato la generale revisione delle procedure di espletamento dei concorsi. Tali Linee guida sono state predisposte dal Dipartimento della funzione pubblica, previo «accordo» in Conferenza unificata (e di concerto con il ministero della Salute per quanto riguarda il personale sanitario, tecnico e professionale), con la direttiva n. 3 del 24 aprile 2018 (21). Tra i punti più rilevanti della direttiva vanno segnalati: la preferenza per il concorso unico come migliore pratica per il reclutamento di dirigenti e funzionari delle amministrazioni statali; una più puntuale definizione dei requisiti di ammissione ai concorsi; la possibilità di una preselezione più incisiva; un migliore bilanciamento tra i titoli di carriera e altri titoli; prove di esame più finalizzate alla valutazione delle competenze e della capacità di risolvere problemi che alla conoscenza teorica; commissioni di concorso neutrali e competenti e limitazione al numero degli idonei.

In particolare, nella individuazione dei requisiti che i candidati devono possedere, viene suggerito a tutte la p.a. di tenere conto sia del collegamento con le professionalità che si selezionano, sia della platea dei soggetti che sono in possesso di tali requisiti: gli enti devono evitare di ridurre eccessivamente il numero dei partecipanti, mantenendo quindi una platea ampia per la selezione. Nella scelta dei titoli, poi, oltre alla predetta facoltà di valutare il titolo di dottore di ricerca, si devono evitare il più possibile discriminazioni nei confronti dei più giovani (ad esempio, limitando il peso dei titoli di servizio), e nello svolgimento delle prove concorsuali si deve puntare soprattutto sull'accertamento della capacità di sapere mettere in pratica le conoscenze possedute e applicarle a specifiche situazioni o casi problematici, di ordine teorico o pratico. Viene anche chiarito che per l'accertamento del possesso delle conoscenze informatiche e di lingua straniera (che dopo il d.lgs. n. 75/2017 è, in via ordinaria, quella inglese, e non più una lingua a scelta dei candidati) si possono prevedere esami specifici e/o il possesso di specifici attestati di conoscenza.

---

(20) Si pensi, solo per citarne una, alla proroga della vigenza delle graduatorie al 31 dicembre 2018, disposta dall'art. 1, c. 1148, l. n. 205/2017 (legge di bilancio 2018).

(21) La direttiva è stata pubblicata in *GU*, 2018, n. 134, 12 giugno.

Si prevede anche l'attivazione da parte della Funzione pubblica di un albo di commissari tra cui scegliere sulla base di sorteggi, e lo stesso metodo viene suggerito a tutte le p.a., che devono inoltre verificare l'applicazione ai vincoli dettati dalla normativa anticorruzione.

Sul piano organizzativo, infine, viene data una forte sollecitazione alla attivazione di «uffici dedicati alla gestione di concorsi comuni o strutture preposte alla relativa funzione o delegando le relative incombenze a una di esse, in modo da realizzare economie di scala e ottenere maggiore specializzazione del personale addetto e maggiore imparzialità nella gestione dei concorsi». Si prevede anche la prossima istituzione del portale del reclutamento, ovvero una banca dati di monitoraggio delle procedure concorsuali che dovrebbe garantire la diffusione a livello nazionale dei bandi, oltre che una maggiore trasparenza nelle procedure concorsuali.

4. — *La «debole» eccezionalità delle assunzioni flessibili e il superamento del precariato con l'ennesima e (forse) ultima procedura di stabilizzazione* — Il disegno riformatore in tema di organizzazione degli uffici e di politiche di reclutamento si completa con alcune novità della disciplina del lavoro flessibile (l'art. 36 T.U. è stato modificato dall'art. 9 del d.lgs. n. 75/2017), confermata comunque nella sua specialità, rispetto al lavoro privato, stante la necessità di conciliare i princìpi di vincolatività degli oneri finanziari e di bilancio con l'esigenza di assicurare maggiore efficienza all'azione amministrativa anche attraverso il ricorso a forme più agili di utilizzo delle risorse umane.

Nell'economia del presente contributo, mi preme solo evidenziare come il legislatore delegato abbia mantenuto una linea per così dire permissiva, a fronte di rigidi criteri fissati nella delega, diretti a prevenire la precarizzazione (prevedere fattispecie di lavoro flessibile «limitate»; effettuare un'elencazione tassativa delle forme consentite; chiarire, all'interno delle forme autorizzate, le specifiche compatibilità delle stesse con la particolarità del lavoro pubblico e con le esigenze delle amministrazioni; ammettere l'utilizzo delle forme flessibili esclusivamente per fabbisogni temporanei); continua, infatti, a considerare utilizzabili tutte le forme contrattuali flessibili esistenti nel settore privato, peraltro con non pochi problemi di coordinamento con la disciplina privatistica (22).

Nessuna novità è stata apportata a quello che può considerarsi il tratto fondamentale della disciplina in materia, ovvero la peculiarità dell'apparato

(22) Più ampiamente si rinvia ai contributi di Casillo, Tufo, Santagata de Castro, Menghini, Pallini, Saracini e Monda, in Esposito *et al.* (a cura di) 2018.

sanzionatorio (23). Esso continua a essere caratterizzato dal divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato, con la previsione, da un lato, del risarcimento del danno riconosciuto in favore del lavoratore interessato e, dall'altro lato, della responsabilità erariale, disciplinare e per risultati a carico del dirigente che ha dato luogo alla violazione (24). È stata solo disposta (nuovo c. 5-*quater*) la nullità di tutti i contratti posti in essere in violazione delle prescrizioni contenute nel medesimo art. 36 T.U.

Alla scelta di non modificare l'apparato sanzionatorio fa da contraltare la promozione di un ampio programma di stabilizzazione del precariato pubblico (25) – probabilmente non l'ultima (26) –, per mezzo di due differenti procedure dettate dall'art. 20, d.lgs. n. 75/2017, i cui indirizzi operativi sono stati emanati con le circolari del ministro per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione n. 3 del 2017 e n. 1 del 2018.

Più nel dettaglio, durante il triennio 2018-2020, le p.a. potranno seguire due percorsi: o l'assunzione diretta o il concorso, fermo restando che non si configura un vero e proprio diritto all'assunzione per effetto della stabilizzazione, dovendosi comunque rispettare le condizioni di legittimità delineate dalla Corte costituzionale, che ha escluso ogni automatismo (27).

Seguendo il primo percorso, è possibile assumere a tempo indeterminato personale non dirigenziale in possesso dei seguenti requisiti: a) essere in servizio successivamente alla data di entrata in vigore della l. n. 124/2015 (28 agosto 2015) con contratto di lavoro a tempo determinato presso l'amministrazione che procede all'assunzione, o, in caso di amministrazioni comunali che esercitino funzioni in forma associata, anche presso le amministrazioni con servizi associati; b) essere stato reclutato a tempo determina-

---

(23) Come noto, tale regime sanzionatorio ha superato sinora positivamente il vaglio di compatibilità costituzionale ed eurounitaria, e anche quello della Cassazione, che, con pronuncia emessa a Sezioni Unite (Cass. n. 5072/2016, in *ADL*, 2016, II, 870 ss.), ha ritenuto giustificata la differente disciplina prevista per il lavoro pubblico contrattualizzato in esito a un'ampia ricostruzione della normativa – interna ed europea – in materia. Sennonché la questione di legittimità costituzionale del divieto di conversione del rapporto *ex* art. 36 T.U. è stata nuovamente sollevata dal Tribunale di Foggia, per violazione – fra gli altri – degli artt. 3 e 117 Cost. in relazione alle clausole 4 e 5 dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva n. 1999/70/Ce. In proposito, cfr. Fedele 2018, 383 ss.

(24) Per un approfondimento, si rinvia, da ultimo, a Pinto 2018, 1 ss.

(25) Per un approfondimento, si rinvia a Fedele 2018, 417 ss., e a Fiorillo 2018, 171 ss.

(26) Cfr. Fontana 2018.

(27) Vd. C. cost. 11.2.2011, n. 42, e C. cost. 13.4.2011, n. 127, entrambe in *www.cortecostituzionale.it*.

to, in relazione alle medesime attività svolte, con procedure concorsuali anche espletate presso amministrazioni diverse da quella che procede all'assunzione; c) aver maturato, al 31 dicembre 2017, alle dipendenze dall'amministrazione che procede all'assunzione, almeno tre anni di servizio, anche non continuativi, negli ultimi otto anni.

Nel secondo caso, la p.a. potrà bandire specifiche procedure concorsuali riservate (sempre in coerenza con il Ptfp, garantendo un adeguato accesso dall'esterno e previa indicazione della relativa copertura finanziaria), in misura non superiore al 50% dei posti disponibili, al personale non dirigenziale che: a) risulti titolare, successivamente alla data di entrata in vigore della l. n. 124/2015, di un contratto di lavoro flessibile presso l'amministrazione che bandisce il concorso; b) abbia maturato, alla data del 31 dicembre 2017, almeno tre anni di contratto, anche non continuativi, negli ultimi otto anni, presso l'amministrazione che bandisce il concorso.

Le amministrazioni possono prorogare i corrispondenti rapporti di lavoro flessibile con i soggetti che partecipano alle predette procedure fino alla loro conclusione, nei limiti delle risorse disponibili, ma non possono instaurare ulteriori rapporti di lavoro flessibile fino al termine delle procedure, almeno limitatamente alle professionalità interessate dalla stabilizzazione. Il meccanismo è anche incentivato mediante la possibilità di elevare gli stanziamenti per la copertura delle spese per la stabilizzazione riducendo proporzionalmente quelle previste per i contratti di lavoro flessibile.

In molte p.a. la stabilizzazione si è già avviata (e, in alcuni casi, anche conclusa), e molto verosimilmente consentirà il superamento del precariato; tuttavia, concordo con chi (28) opportunamente evidenzia l'altra faccia della medaglia, ovvero l'effetto (meno meritorio) di lasciare in eredità una p.a. poco svecchiata, trattandosi nella maggior parte dei casi di soggetti con parecchi anni di anzianità lavorativa, con buona pace dell'obiettivo di medio/lungo periodo di ringiovanire il personale pubblico.

5. — *Per concludere: il perenne conflitto tra contenimento della spesa pubblica e investimenti sulle risorse umane* — A questo punto è legittimo interrogarsi se questo ennesimo (e probabilmente non l'ultimo) (29) tentativo di cambiare la p.a. per via normativa sarà in grado di superare le insufficienze e le inadeguatezze di organizzazioni per lo più non in grado di assorbire e di attuare i cambiamenti richiesti. La impermeabilità ai cambiamenti è stata spesso imputata alle resistenze di questa o quella categoria (di

(28) De Marco 2018, 1005.
(29) Così Zoppoli 2018, 15.

volta in volta politica, dirigenza, personale, sindacato), talvolta perdendo di vista i problemi strutturali di organizzazioni non attrezzate.

La reazione più frequente è stata quella di «rilanciare» con ulteriori norme, alimentando un circolo vizioso che ha visto crescere a dismisura gli adempimenti e la complessità amministrativa. La storia si ripete? Il timore di cadere anche questa volta nella medesima trappola non è così infondato. Aleggia sempre la preoccupazione che si continui a produrre montagne di documenti a cui non corrisponda una più efficace allocazione di risorse, che continuano a essere sempre più scarse; il tutto sotto la lente di ingrandimento di pervasivi controlli di ragioneria.

È pur vero che il legislatore delegato del 2017 ha avviato un'importante (e inedita) semplificazione normativa anche sul piano delle fonti regolative. Si pensi alla scelta di privilegiare strumenti di regolazione flessibile e dinamica (come le linee di indirizzo o guida), che se, come osservato in altra sede (30), rischia di nascondere anche la *voluntas* di sottrarsi alla dialettica parlamentare, con l'effetto di sollecitare il sistema delle fonti a una torsione sempre più marcatamente autoritaria e tecnocratica (la cd. fuga dal regolamento) (31), nondimeno, potrebbe comunque essere funzionale al raggiungimento dei più vasti obiettivi di efficienza organizzativa e rendere più agevoli i processi di riallineamento dei fabbisogni organizzativi delle p.a. alle effettive esigenze di funzionamento (32). Certo non può negarsi che lo strumento del fabbisogno effettivo come principio ordinatore per determinare le future consistenze rappresenti una svolta importante, anche alla luce delle indicazioni contenute nelle linee di indirizzo.

Invero, le attese sono tante e, come le passate esperienze ci hanno insegnato, gli esiti finali, considerata pure la delicatezza e a un tempo la complessità dell'attività connessa all'elaborazione del piano dei fabbisogni del personale, dipenderanno in larga misura dall'impegno attuativo che si saprà mettere in campo, anche in termini di risorse finanziarie. Ma proprio qui si palesa l'anello debole del processo di riforma: la mancata previsione di un massiccio investimento economico (come pure aveva auspicato il Consiglio di Stato, ritenendolo necessario per rendere effettiva ed efficace la riforma) e la presenza di reiterate clausole di invarianza finanziaria nel d.lgs. n. 75/2017 (ampiamente riprese anche nelle Linee di indirizzo) ne sono una testimonianza. Il che svela una sorta di «ossessione» del legislatore

(30) D'Onghia 2018a, spec. 89 ss.

(31) Sulla fuga dal regolamento come fuga dalla certezza del diritto si veda, da ultimo, Longhi 2017.

(32) Riccobono 2017, 130 ss.

per il contenimento della spesa pubblica a discapito di importanti e strutturali investimenti sulle risorse umane e sulla sua formazione, imprescindibili per il perseguimento di concreti e misurabili obiettivi di politica organizzativa e di sviluppo del capitale umano.

La storia più recente ha dimostrato che le esigenze macroeconomiche, di garanzia dell'equilibrio dei conti pubblici, non hanno prodotto alcun effetto positivo (o comunque del tutto esiguo) sulle esigenze di regolazione virtuosa del settore pubblico, rendendo molto difficile conciliare due istanze diverse: quella di un'amministrazione che costi meno e quella di una p.a. in grado di erogare migliori servizi, con personale competente e motivato.

Opportunamente, in fase di attuazione della legge delega n. 124/2015, ci si domandava retoricamente come si potesse ridare smalto, direzione e slancio a una amministrazione pubblica profondamente invecchiata e demotivata da decenni di tagli cd. lineari (33). I dati della Ragioneria dello Stato, riportati in premessa, sono eloquenti in termini di invecchiamento, di calo degli investimenti e di depauperamento del capitale umano. È indubbio che nei prossimi anni ci sarà una progressiva accelerazione delle uscite dal mondo del lavoro pubblico, anche considerando la presenza non trascurabile del pensionamento anticipato prima del raggiungimento dell'età massima (34). Un così massiccio esodo di personale può rappresentare una opportunità di efficientamento del lavoro pubblico, ma è necessario che si proceda a una specifica programmazione del processo, un vero piano straordinario di occupazione nel settore pubblico (35). Occorre, cioè, come pure evidenziato di recente dalla Fp-Cgil (36), programmare un piano di assunzioni coerente con le esigenze della p.a. di garantire un adeguato livello di servizi, tenendo conto non soltanto delle variazioni intervenute in questi ultimi anni, ma soprattutto delle esigenze della società a cui risponde il servizio pubblico. Servono quindi importanti investimenti economici, non solo in ingresso, ma anche in termini di formazione continua.

Solo lungo queste direttrici potrebbe essere realistico sostenere che l'aspirazione a una amministrazione moderna, lungimirante, competente ed efficiente, in grado di erogare migliori servizi e di contribuire al progres-

---

(33) De Ioanna 2015.

(34) Secondo le stime della Funzione pubblica, da qui ai prossimi tre anni andranno in pensione 500.000 dipendenti pubblici, a cui si aggiungono le uscite per altre cause (dalle dimissioni ai passaggi al privato), pari a circa 15.000 all'anno in media.

(35) In tal senso vd. anche Aa.Vv. 2018.

(36) In occasione della presentazione del primo *Report annuale sull'occupazione nelle pubbliche amministrazioni* (già citato alla nota 1). Cfr. *http://www.rassegna.it/articoli/in-15-anni-persi-75-mila-impiegati-pubblici*.

so dell'intero paese, in termini di sviluppo e competitività, sia destinata finalmente a non restare nella terra di mezzo. È essenziale investire nelle nuove generazioni, perché occorre, come già da altri osservato, rimotivare, ridare energia e dignità a un corpo di dipendenti pubblici sfibrato dall'assenza di politiche e dalla retorica dei fannulloni (37).

E avviando questo processo si potrà cominciare a superare anche la storica (e persistente) criticità – altro *leitmotiv* dell'insuccesso di tutte le riforme della p.a. – rappresentata dalla carenza di una solida e competente regìa politica (38), in grado di dare un senso di prospettiva e di valorizzare, in chiave di sistema, alcune significative esperienze positive di buona amministrazione.

Riferimenti bibliografici

Aa.Vv. (2018), *I pubblici dipendenti sono troppo pochi*, in *Bollettino Adapt*, 7 maggio, n. 17.

Ales E. (2005), *La programmazione «impossibile»? I vincoli legali ai percorsi organizzativi delle pubbliche amministrazioni nella strategia di «ridimensionamento» delle risorse umane*, in *DLM*, 537 ss.

Basenghi A. (2013), *La mobilità del dipendente pubblico*, in Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giappichelli, Torino, 449 ss.

D'Onghia M. (2015), *La formazione dei dipendenti pubblici ancora Cenerentola tra esigenze di razionalizzazione e contenimento della spesa*, in *RGL*, I, 585 ss.

D'Onghia M. (2018a), *Organizzazione degli uffici e superamento della dotazione organica*, in Esposito M. *et al.* (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018)*, Giappichelli, Torino, 51 ss.

D'Onghia M. (2018b), *La mobilità del dipendente pubblico*, in Aa.Vv., *Il Lavoro pubblico, Lavoro* diretto da Curzio P. *et al.*, Giuffrè, Milano, 121 ss.

De Ioanna P. (2015), *Per la p.a. una cura ma senza diagnosi*, in *La Repubblica, Affari e Finanze*, 19 ottobre 2015.

De Marco C. (2018), *Utilizzo dei contratti flessibili e stabilizzazione del personale precario*, in *GI*, n. 3, 999 ss.

Esposito M. (2014), *Modelli e strumenti per la mobilità interna nel lavoro pubblico: tradizione, resistenze e spinte in avanti fra tensioni ideali e criticità operative*, in *LPA*, I, 331 ss.

(37) Ruffini 2017, 16.

(38) Melis 2017, 365 ss.

Esposito M. *et al.* (a cura di) (2018), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018)*, Giappichelli, Torino.

Fedele I. (2018), *I contratti flessibili e le procedure di stabilizzazione*, in Aa.Vv., *Il Lavoro pubblico*, *Lavoro* diretto da Curzio P. *et al.* Giuffrè, Milano, 383 ss.

Fiorillo L. (2018), *La stabilizzazione del personale precario*, in Esposito M. *et al.* (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018)*, Giappichelli, Torino, 171 ss.

Fontana G. (2018), *La strana storia delle stabilizzazioni dei lavoratori precari nel settore pubblico*, in *LPA*, n. 2, I, 1 ss.

Gentile G. (2017), *La mobilità nelle pubbliche amministrazioni*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, Ipsoa, Milano, 3016 ss.

Gentile G. (2018), *Il reclutamento del personale pubblico*, in Esposito M. *et al.* (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018)*, Giappichelli, Torino, 95 ss.

Longhi L. (2017), *Il ruolo dei regolamenti di fronte alla crisi del legislativo*, in *www.federalismi.it*, 27 novembre.

Lozito M. (2009), *Il passaggio dalla pianta organica alla dotazione organica complessiva nel lavoro pubblico*, in *LPA*, I, 61 ss.

LucianiV. (1995), *La mobilità del lavoro pubblico tra fonti unilaterali e procedure negoziali*, in Rusciano M., Zoppoli L. (a cura di), *Lo «spazio negoziale» nella disciplina del lavoro pubblico*, il Mulino, Bologna, 221 ss.

Magri M. (2017), *Il lavoro pubblico tra sviluppo ed eclissi della «privatizzazione»*, in *GDA*, n. 5, 593 ss.

Mattarella B. (2017), *Il lavoro pubblico*, in Mattarella B., D'Alterio E. (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione. Commento alla legge 124/2015 (Madia) e ai decreti attuativi*, *Il Sole24Ore*, Milano, 319 ss.

Mazzaro R., Silvestro C. (2018), *Fabbisogni e concorsi pubblici nella riforma Madia*, in *FA*, n. 1, 141 ss.

Melis G. (2017), *Il riformismo amministrativo nella storia d'Italia: i due attori fuori scena*, in Dell'Aringa C., Della Rocca G. (a cura di), in *Lavoro pubblico fuori dal tunnel?*, il Mulino, Bologna, 365 ss.

Pinto V. (2018), *Precarietà e flessibilità nel reclutamento delle amministrazioni pubbliche*, in *LPA*, n. 1, I, 1 ss.

Realfonzo R., Viscione A. (2015), *Costi ed efficienza dell'amministrazione pubblica italiana nel confronto internazionale*, in *RGL*, I, 497 ss.

Riccobono A. (2017), *Organizzazione amministrativa e mobilità del personale nel lavoro pubblico privatizzato*, Esi, Napoli.

Riccobono A. (2018), *Reclutamento e fabbisogni di personale dopo il d.lgs. n. 75/2017*, in *GI*, n. 4, 992 ss.

Rossi M. (2017), *Il reclutamento del personale nelle pubbliche amministrazioni*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, Ipsoa, Milano, 2739 ss.

Ruffini R. (2017), *Evoluzione «organizzativa» per la p.a. italiana ed evoluzione dei modelli di relazioni sindacali*, in *Risorse umane*, n. 1, 9 ss.
Tronti L. (2017), *Potenziare le competenze dei dipendenti pubblici. Quali strategie?*, in Dell'Aringa C., Della Rocca G. (a cura di), *Lavoro pubblico fuori dal tunnel?*, il Mulino, Bologna, 505 ss.
Zoppoli L. (2018), *Perché una quarta riforma del lavoro pubblico?*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 366.

ABSTRACT

L'articolo analizza le principali novità introdotte dal d.lgs. n. 75/2017 in tema di reclutamento del personale pubblico e di organizzazione degli uffici, a partire dal nuovo modello di individuazione dei fabbisogni, con un cenno anche alla procedura di stabilizzazione dei precari. L'Autrice, pur evidenziando alcune positività del nuovo assetto regolativo, sottolinea la persistente assenza di reali e significativi investimenti sulle risorse umane, anche in termini di formazione continua, nella perenne preoccupazione di ridurre la spesa pubblica.

THE NEED FOR PUBLIC STAFF AND THE RECRUITMENT POLICIES BETWEEN NEW CHALLENGES AND COST REDUCTION

The article analyzes the main changes introduced by the Legislative Decree n. 75/2017 with regard to the recruitment of public personnel and the organization of offices, starting from the new model of identification of needs, with a mention also to the stabilization procedure of precarious workers. The Author, highlighting some positive aspects of the new regulatory framework, underlines the persistent absence of real and significant investments in human resources, also in terms of continuing education, in the constant concern to reduce public spending.

Sandro Mainardi (*)

LA VALORIZZAZIONE DELLE RISORSE UMANE NELLE P.A. TRATTAMENTI ACCESSORI E FONDI PER LA CONTRATTAZIONE INTEGRATIVA (**)

SOMMARIO: 1. L'incentivazione nelle p.a. tra *performance* e circuiti di responsabilità. — 2. Dall'Accordo del 30 novembre 2016 ai decreti attuativi della l. n. 124/2015: la contrattazione collettiva al centro del sistema. — 3. Contrattazione integrativa, valutazione di *performance* e criteri di distribuzione delle risorse incentivanti. — 4. I fondi per la contrattazione integrativa: esigenze di contenimento della spesa e flessibilità di utilizzo. — 5. Progressioni professionali e valorizzazione delle risorse umane: le selezioni per Peo e Pev.

1. — *L'incentivazione nelle p.a. tra* performance *e circuiti di responsabilità* — Fin dagli esordi della cd. «privatizzazione», lo sviluppo professionale e la valorizzazione delle risorse umane hanno costituito tema centrale delle riforme del lavoro pubblico, addirittura collocato nella storica triade delle «finalità» cui era diretto l'intervento del legislatore. Insieme all'accrescimento dell'efficienza delle amministrazioni proiettata in una dimensione europea e all'esigenza di razionalizzare e contenere il costo del lavoro secondo i vincoli di finanza pubblica, l'art. 1 del d.lgs. n. 29/1993 poneva infatti l'obiettivo di «realizzare la migliore utilizzazione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni, curando la formazione e lo sviluppo professionale dei dipendenti, garantendo pari opportunità alle lavoratrici e ai lavoratori e applicando condizioni uniformi rispetto a quelle del lavoro privato».

Non è dubbio che tale proposizione, con il particolare riferimento alle «condizioni uniformi del lavoro privato», significasse all'epoca individuare l'attrezzatura privatistica di gestione delle risorse umane quale strumento per raggiungere gli altri obiettivi della riforma (1), appunto utilizzando il rinnovato assetto delle fonti e soprattutto il ruolo assunto dalla contratta-

---

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Bologna.

(**) Il presente contributo è destinato agli *Scritti in onore di Giuseppe Santoro Passarelli.*

(1) Così già Treu 1995, 23-24.

zione collettiva, all'epoca promossa dal Protocollo del luglio 1993 e destinata, nel settore pubblico, all'integrale competenza e controllo nella distribuzione dei trattamenti economici.

Tuttavia, l'avere il legislatore costantemente riproposto tale obiettivo della riforma, fra l'altro aggiornato secondo le declinazioni di «pari opportunità» e «non discriminazione» nel lavoro (2), consente oggi di apprezzare la questione della valorizzazione e sviluppo delle risorse umane quale valore «in sé» della riforma del pubblico impiego, costantemente perseguito, nelle sue ormai cicliche stagioni, al pari dell'efficientamento e della qualità dei servizi offerti dalle amministrazioni.

Sono note le ragioni di carattere finanziario e organizzativo (3) per cui tale obiettivo è stato solo parzialmente raggiunto, nell'ambito di una riforma che ha appena festeggiato le sue nozze di argento e che, solo pochi anni or sono, ha conosciuto letture che potrebbero apparire concettualmente antitetiche rispetto a quelle della promozione e sviluppo del personale, nel senso della incentivazione. Se è vero che la riforma del 2009 ha meritevolmente posto la questione della misurazione e valutazione delle prestazioni di lavoro quale momento imprescindibile dei processi incentivanti (economici e di carriera), è pure vero che i suoi immediati epigoni, talvolta pervicacemente riproposti dal legislatore nel decennio in corso, hanno rivelato intenti a matrice prevalentemente punitiva nelle politiche di gestione delle risorse umane: e ciò non tanto rispetto alla condivisibile necessità di repressione di gravi condotte illecite di sicura valenza disciplinare, come avvenuto in materia di false attestazioni delle presenze in servizio o di contrasto alla corruzione, quanto, per quel che qui rileva, nella sistematica creazione di circuiti sanzionatori o di responsabilità direttamente aggregati allo svolgimento della prestazione valutata come erronea o non efficace rispetto al percorso di legge (4), con una giurisprudenza contabile ormai adusa a in-

(2) La norma, nel suo contenuto essenziale, compare tutt'ora nel testo dell'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001, cui l'art. 21, comma 1, lett. *a*, della l. n. 183/2010, in una logica di parificazione con il lavoro privato, ha aggiunto la necessità di garantire «pari opportunità alle lavoratrici e ai lavoratori nonché l'assenza di qualunque forma di discriminazione e di violenza morale o psichica».

(3) Per una recente sintesi vd. Vignocchi, Peiti 2017, 289 ss.

(4) Ciò con particolare riferimento al personale titolare di funzioni dirigenziali o di responsabilità di procedimento che incorre in violazioni sul piano della gestione, come, ad esempio, con riguardo all'avvio e svolgimento di procedimenti disciplinari (art. 55-*sexies*, d.lgs. n. 165/2001), al ricorso a contratti di lavoro autonomo (art. 7, comma 6, d.lgs. n. 165/2001), alle flessibilità contrattuali (art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001), all'adozione del piano *performance* (art. 10, comma 5, d.lgs. n. 150/2009) ecc. Sulle criticità di sistema della valutazione della *performance* individua-

dividuare, in corrispondenza, ipotesi tanto frequenti quanto eterogenee di danno erariale, supportato dal cd. dolo di gestione o contrattuale, addirittura da considerarsi sostanzialmente *in re ipsa* laddove i termini dell'adempimento siano previsti da norma di legge (5).

Tale può essere l'effetto collaterale di un disegno legislativo che fin dal primo momento ha affidato in modo promiscuo alla dialettica *performance*/responsabilità, anche dal punto di vista mediatico, la chiave di funzionamento dell'intera riforma (6); ma è indubbio che il miglioramento di efficienza ed efficacia dei servizi potrebbe apparire oggi più il risultato di un *metus* diffuso circa le conseguenze di eventuali mancanze nell'adempimento dell'attività da parte di dirigenti e dipendenti pubblici, piuttosto che l'effetto virtuoso di un sistema di promozione e sviluppo della loro professionalità.

Del resto, questo cortocircuito concettuale ancora appare con evidenza nella lettura dell'art. 67 del d.lgs. n. 150/2009, che, nell'aprire la normativa disciplinare, poi confluita negli artt. 55 ss. del d.lgs. n. 165/2001, continua curiosamente a considerare obiettivo del sistema sanzionatorio delle p.a. quello di «potenziare il livello di efficienza degli uffici pubblici», affermando così una inedita funzione «incentivante» del potere disciplinare che, nelle parole del legislatore, pare in effetti andare oltre la pretesa datoriale al diligente e conforme adempimento della prestazione lavorativa *ex* art. 2104 c.c.

Certo, a depotenziare il progetto dell'incentivazione secondo le direttrici della riforma Brunetta ha principalmente contribuito la sterilizzazione della leva finanziaria. Con una lunga serie di provvedimenti legislativi, inaugurati dal d.l. n. 78/2010 e proseguiti sino al noto intervento di Corte costituzionale n. 178/2015 (7), si sono bloccati gli incrementi dei

---

le ai fini dell'incentivazione vd. Monda 2016, 169 ss. Più in generale sul tema si legga Nicosia 2011.

(5) Cfr., tra molte, Corte dei conti, S. giurisdizionale Piemonte, 23.1.2017, n. 1, e ivi i richiami a copiosa giurisprudenza contabile.

(6) Cfr., da ultimo, Avio (2017, spec. 68-69), ove tuttavia l'Autore considera il sistema sanzionatorio come *understatement* del legislatore rispetto al tema della misurazione/valutazione della *performance*.

(7) La quale, come noto, ha dichiarato l'incostituzionalità del blocco permanente della contrattazione collettiva e dunque degli incrementi economici del settore pubblico, valorizzando il ruolo dell'autonomia collettiva, anche in chiave incentivante, in quanto fonte che «contempera in maniera efficace e trasparente gli interessi contrapposti delle parti e concorre a dare concreta attuazione al principio di proporzionalità della retribuzione, ponendosi, per un verso, come strumento di garanzia della parità di trattamento dei lavoratori (art. 45, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001) e, per altro verso, come fattore propulsivo della produttività e del merito».

fondi di amministrazione per il riconoscimento del salario accessorio, inibendo le possibilità di percorsi di carriera sia in termini economici che di sviluppo professionale, quale prezzo della imposta invarianza dei trattamenti individuali. Tale imperativo finanziario ha sottratto linfa all'utilizzo incentivante della leva salariale e consegnato la contrattazione collettiva integrativa a un lungo periodo di sostanziale inattività; anzi, in alcune amministrazioni si è assistito alle prime inedite prove tecniche di «contrattazione in perdita» per il pubblico impiego, allorquando i contratti di secondo livello sono stati chiamati, per legge, a gestire il recupero nel tempo di trattamenti indebitamente erogati ai dipendenti, per superamento di vincoli finanziari o per altri vizi generati in sede di costituzione e incremento dei fondi di amministrazione (8), ai sensi, prima, dell'art. 40, comma 3-*quinquies*, del d.lgs. n. 165/2001, e poi dell'art. 4 del d.l. n. 16/2014 (cd. Salva Roma) (9).

2. — *Dall'Accordo del 30 novembre 2016 ai decreti attuativi della l. n. 124/2015: la contrattazione collettiva al centro del sistema* — È in questo scenario di ripresa della contrattazione collettiva e di ripensamento complessivo circa il rilancio dell'incentivazione del personale nel settore pubblico che devono essere collocati gli interventi della riforma avviata nel 2015 (con la legge n. 124) e poi portata a termine nel maggio del 2017 (con i d.lgs. n. 74 e n. 75).

La legge di delega n. 124/2015 si era mossa per vero nella direzione della «semplificazione» e «razionalizzazione» delle disposizioni in materia di valutazione e promozione del merito dei dipendenti, indicando quindi una originaria volontà di mantenere linee di sostanziale continuità con gli interventi precedenti (10). Come noto, tuttavia, nel lungo

(8) Cfr. D'Iorio, Petti 2014, 161 ss.

(9) Sul tema, anche per riferimenti giurisprudenziali e dottrinali, vd. Cangemi 2014a, 636 ss., e *Id.* 2014b, 967 ss. Più in generale le considerazioni di Boscati 2014, 253 ss.

(10) All'art. 17, comma 1, lett. *r*, della l. n. 124/2015, la delega prevede la «semplificazione delle norme in materia di valutazione dei dipendenti pubblici, di riconoscimento del merito e di premialità; razionalizzazione e integrazione dei sistemi di valutazione, anche al fine della migliore valutazione delle politiche; sviluppo di sistemi distinti per la misurazione dei risultati raggiunti dall'organizzazione e dei risultati raggiunti dai singoli dipendenti; potenziamento dei processi di valutazione indipendente del livello di efficienza e qualità dei servizi e delle attività delle amministrazioni pubbliche e degli impatti da queste prodotti, anche mediante il ricorso a standard di riferimento e confronti; riduzione degli adempimenti in materia di programmazione anche attraverso una maggiore integrazione con il ciclo di bilancio; coordinamento

periodo di gestazione dei decreti attuativi, un reale impatto di politica legislativa e contrattuale nel segno della «discontinuità» si è determinato per effetto dell'Accordo del 30 novembre 2016 tra Governo e sindacati confederali Cgil, Cisl, Uil, che ha letteralmente dettato la nuova linea di riforma, poi confluita nell'intervento legislativo del maggio 2017 e anche nella tornata di contrattazione di comparto appena conclusasi per il triennio 2016-2018.

Se è vero che l'accordo ha interpretato, seguendo un antico copione (11), la parte di «autorità salariale nascosta» (12), producendo l'impegno governativo necessario allo stanziamento delle risorse utili all'avvio della nuova stagione di contrattazione collettiva nazionale (punto 3 – *Parte economica*), è anche vero che tale atto di matrice politico-sindacale ha costituito reale ed espressa soluzione di continuità rispetto agli assetti determinatisi per effetto della riforma del 2009, anche e soprattutto sui temi della valutazione del personale e dell'incentivazione. Non è forse superfluo ricordare, in proposito, che la riforma Brunetta aveva escluso qualunque forma di relazione sindacale, anche di tipo partecipativo, sui temi della valutazione del personale, scegliendo una dimensione esclusivamente unilaterale nella regolamentazione; mentre, in materia di trattamenti accessori di tipo premiale, il d.lgs. n. 150/2009 aveva limitato l'intervento della contrattazione collettiva integrativa a contenute variazioni delle percentuali di distribuzione delle risorse tra le fasce di merito, in deroga alle imperative indicazioni di legge (art. 19, comma 4, d.lgs. n. 150/2009, nella versione originaria) (13).

In sintesi, secondo le disposizioni dell'accordo, per quanto qui interessa e in ragione di ciò che poi effettivamente confluirà nel successivo intervento del legislatore:

a) la contrattazione collettiva, in particolare quella di livello nazionale, viene riportata in posizione di preminenza nel rapporto con la fonte legale, conferendo alla prima competenza piena e privilegiata nelle materie del rapporto di lavoro e delle relazioni sindacali;

---

della disciplina in materia di valutazione e controlli interni; previsione di forme di semplificazione specifiche per i diversi settori della pubblica amministrazione».

(11) Si devono ricordare omologhi accordi sottoscritti con i sindacati confederali, anche disgiuntamente, da precedenti ministri della Funzione Pubblica: Bassanini, Nicolais, Fini, Patroni Griffi (ma non in materia economica), Brunetta.

(12) Così Barbieri (2018, punto 5.6, 46, del dattiloscritto), il quale, tuttavia, si mostra critico verso la cogenza dell'accordo (informale) nei confronti della stessa contrattazione collettiva nazionale («autorità salariale» formale) e dei suoi attori.

(13) Cfr., sul punto: Treu 2010, 683; Garilli 2016, 26.

b) vengono promosse relazioni sindacali piene in tutti gli ambiti e settori, secondo procedure definite dai Ccnl, al fine dichiarato di contribuire «a un innalzamento dei livelli di produttività, analogamente a quanto avviene nel settore privato»;

c) i contratti collettivi vengono abilitati a definire «criteri e modalità» di nuovi sistemi di valutazione, che garantiscano una adeguata valorizzazione delle professionalità e delle competenze;

d) si prevede l'impegno a modificare e semplificare il sistema dei fondi per la contrattazione di secondo livello, al fine di utilizzare a pieno le risorse destinate al «miglioramento delle condizioni di lavoro e alla valorizzazione dell'apporto individuale in relazione agli obiettivi di produttività», promuovendo altresì disposizioni contrattuali destinate a incentivare più elevati tassi medi di presenza in servizio del personale;

e) si promuove l'adozione di normative contrattuali che guidino la gestione ottimale delle risorse sotto il profilo dell'ambiente organizzativo e di lavoro, per superare la spesa improduttiva e il precariato, con gli obiettivi della migliore conciliazione vita-lavoro e della formazione continua; si affrontano i temi della demotivazione e della disaffezione del personale, nonché le forme anomale di assenteismo.

Sul piano delle fonti, e quindi in termini più generali, il d.lgs. n. 75/2017 ha immediatamente onorato gli impegni assunti per la via negoziale. La contrattazione collettiva ritorna al centro del sistema delle fonti, con piena facoltà di deroga delle disposizioni di legge in materia di rapporto di lavoro e relazioni sindacali (cfr. art. 2, comma 2, d.lgs. n. 165/2001), registrando la norma almeno due ordini di novità anche rispetto agli assetti delle riforme della fine degli anni novanta: la prima, costituita dal fatto che la deroga può essere retroattiva e riguardare pertanto disposizioni di legge introdotte prima del d.lgs. n. 75/2017, segnatamente quelle del d.lgs. n. 150/2009; la seconda, data dal fatto che la facoltà di deroga della legge da parte del contratto collettivo viene riconosciuta alla sola contrattazione nazionale, in ciò ulteriormente rafforzata sia nel rapporto con la fonte legislativa, che in quello con la contrattazione di secondo livello.

Peraltro, pare opportuno segnalare come, per i temi dell'incentivazione del personale che qui interessano, l'art. 29 del d.lgs. n. 150 continui ad affermare, anche dopo l'intervento del d.lgs. n. 74/2017, il carattere imperativo e inderogabile delle disposizioni di legge in materia, innescando così problemi di non poco momento circa la prova di resistenza tra norma di legge ed eventuale previsione di Ccnl in deroga: si dice, appunto in chiusura del Titolo III del d.lgs. n. 150/2009, che: «… le disposizioni del presente Titolo hanno carattere imperativo, non possono essere derogate dalla

contrattazione collettiva e sono inserite di diritto nei contratti collettivi ai sensi e per gli effetti degli articoli 1339 e 1419, comma 2, del codice civile, a decorrere dal periodo contrattuale successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto».

Ancora, tuttavia, va sottolineato come la stagione di contrattazione nazionale di comparto appena conclusa, forse consapevole delle aperture del legislatore del 2017 verso le relazioni sindacali, non abbia inteso fruire della possibilità di deroga rispetto alle disposizioni di legge: a segno evidente della riattivazione di circuiti stabili di scambio politico-sindacale che, appunto a partire dall'Accordo del 2016, hanno caratterizzato l'intera produzione normativa di matrice legale e contrattuale del settore.

3. — *Contrattazione integrativa, valutazione di* performance *e criteri di distribuzione delle risorse incentivanti* — Il recupero delle relazioni sindacali sui temi della valutazione della *performance* e della erogazione di trattamenti incentivanti per dipendenti e dirigenti pubblici, snodo centrale dell'Accordo del 30.11.2016, deve essere considerato effetto senz'altro positivo dell'ultima stagione di riforme. I due sistemi – di valutazione della *performance* e di gestione dei trattamenti premianti –, pur mantenendo fonti di regolamentazione diverse (unilaterali per la valutazione; negoziali per i trattamenti premianti), non possono che operare in stretta relazione reciproca, caratterizzata da costante dinamica informativa e continuo aggiornamento/monitoraggio.

Altre norme del d.lgs. n. 165/2001 e del d.lgs. n. 150/2009, introdotte rispettivamente dai d.lgs. n. 74 e n. 75 del 2017, appaiono significative del nuovo corso intrapreso dal legislatore con riguardo al ruolo della contrattazione collettiva in materia di trattamenti premiali, con particolare riferimento al profilo «distributivo» delle risorse incentivanti (14).

Appare anzitutto significativo il passaggio relativo all'abbandono del modello imposto dal legislatore del 2009 con riguardo alla destinazione delle risorse decentrate, che, nella previsione dell'art. 40, comma 3-*bis*, del d.lgs. n. 165/2001, sì come riferita ai trattamenti accessori di cui all'art. 45 del d.lgs. n. 165/2001 (15), doveva in «quota prevalente» essere collegato

(14) In materia di trattamento accessorio, vd., in generale: Gargiulo 2009, 355 ss.; Roma 2010, 177 ss.; *Id.* 2009, 23 ss.; Luciani 1998.

(15) Per il quale i trattamenti distribuiti in sede di contrattazione integrativa sono destinati a remunerare: a) la *performance* individuale; b) la *performance* organizzativa dell'amministrazione nel complesso e delle unità operative/aree di responsabilità; c) lo svolgimento di attività pericolose o dannose per la salute.

alla *performance* «individuale». Pur mantenendo la norma una proiezione della destinazione economica tramite contrattazione integrativa all'interesse (contrattuale) dell'amministrazione verso «adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici», si prevede ora che la contrattazione integrativa incentivi «l'impegno e la qualità della *performance*, destinandovi, per l'ottimale perseguimento degli obiettivi organizzativi e individuali, una quota prevalente delle risorse finalizzate ai trattamenti economici accessori comunque denominati ai sensi dell'articolo 45, comma 3».

Ferma dunque la competenza della contrattazione integrativa circa la distribuzione dei trattamenti in sede decentrata agli esiti della valutazione di *performance* (individuale e organizzativa), e ferma anche la destinazione a incentivi della quota prevalente delle risorse del fondo di amministrazione, il profilo giuridico di rilievo risiede nell'eliminazione di ogni vincolo di destinazione delle stesse in qualche modo «predeterminato» dal legislatore: è l'autonomia negoziale a stabilire se tale quota prevalente debba essere a sua volta maggiormente rivolta a premiare la *performance* «individuale» dei dipendenti ovvero quella «organizzativa», in attenta considerazione del contesto organizzativo, delle disponibilità di ente oltre che delle valutazioni di ordine sindacale.

È qui che si innesta un ulteriore importante snodo di competenza (e di responsabilità) demandato alla contrattazione nazionale di comparto o di area dirigenziale, a coniugare l'esito delle valutazioni con l'erogazione dei trattamenti incentivanti distribuiti dalla contrattazione integrativa.

Il nuovo art. 19, comma 1, del d.lgs. n. 150/2009, in luogo delle «vituperate» fasce di merito, presenta infatti oggi un meccanismo di integrale rinvio al contratto collettivo nazionale, il quale «stabilisce la quota delle risorse destinate a remunerare, rispettivamente, la *performance* organizzativa e quella individuale e fissa criteri idonei a garantire che alla significativa differenziazione dei giudizi di cui all'articolo 9, comma 1, lettera *d* [le valutazioni di *performance*], corrisponda un'effettiva diversificazione dei trattamenti economici correlati» (16). Chiaro, dunque, il legame indissolubile e imprescindibile fra valutazione ed erogazione dei trattamenti incentivanti; ma chiaro anche il vincolo determinato dalla contrattazione nazionale rispetto a quella integrativa, la quale sarà chiamata a «distribuire», nell'osservanza delle quote di risorse definite dal Ccnl (e non più dalla legge).

La chiave di prevalenza – se della *performance* «individuale» o di quella «organizzativa» («collettiva», nella corrente interpretazione sindacale) –

(16) Per i dirigenti, il criterio di attribuzione dei premi è applicato con riferimento ai trattamenti di risultato (art. 19, comma 2).

è dunque rimessa alla contrattazione collettiva, con minore condizionamento legale nella ripartizione del fondo di amministrazione. La bontà della soluzione andrà naturalmente verificata sul campo, sì come tradotta e interpretata dalla contrattazione di secondo livello (17), essendo, come detto, il fine dei trattamenti di *performance* quello di garantire «adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici», premiando impegno e qualità delle prestazioni. A fronte di una maggiore elasticità ed equità nella distribuzione degli emolumenti incentivanti, specie rispetto a équipe molto coese di dipendenti difficilmente differenziabili nella valutazione individuale di *performance* rispetto al risultato organizzativo dell'ufficio o dell'unità operativa di riferimento, il rischio è quello di un appiattimento dei trattamenti, laddove eccessivamente sbilanciati sulla *performance* «a matrice collettiva», storicamente preferita dal fronte sindacale.

Sul versante legislativo, si intravedono al riguardo forme di compensazione tra sistema della valutazione e sistema premiale, appunto con riguardo al rapporto *performance* organizzativa/*performance* individuale. A norma dell'art. 9, comma 1, lett. *a*, del d.lgs. n. 150/2009, nella valutazione della *performance* individuale del dirigente assumono peso prevalente gli indicatori di *performance* «organizzativa» legati all'ambito di responsabilità, così stabilendo la legge, almeno per i dirigenti, un legame coerente tra i due poli della valutazione (organizzativa e individuale) (18). E, in effetti, la valutazione della *performance* organizzativa consente di cogliere aspetti centrali della prestazione che possono essere valorizzati nell'incentivazione: si pensi alla misurazione dell'efficacia del servizio finale reso all'utente, sia nella misura erogata che percepita; all'efficienza del processo nel suo complesso e delle singole attività che lo compongono prodotta da dipendenti che presentano diverse professionalità; alla valorizzazione delle *performance* tra-

(17) Restano naturalmente sempre attuali il pensiero e l'insegnamento espressi al riguardo da D'Antona (1999, 493 ss).

(18) Sul tema vd.: Nicosia 2018; Monda 2016, 94 ss., 209 ss. Si è correttamente osservato, al riguardo del rapporto tra le due norme (cfr. Savazzi 2017, 567), che «solo apparentemente la nuova formulazione dell'art. 19 è in contrasto con la previsione dell'art. 9, laddove è stabilito che gli indicatori di *performance* organizzativa debbano essere parte prevalente della valutazione individuale. Infatti, una lettura sistematica delle norme porta a ritenere che la *performance* individuale, il cui schema valutativo deve essere rappresentato e dettagliato nel rispetto di quanto previsto dall'art. 9, concorrerà a determinare la quota di retribuzione di risultato a essa correlata, come sarà previsto dal Ccnl. Le risorse che quest'ultimo destinerà alla *performance* organizzativa verranno invece distribuite in relazione ai soli esiti di tali misurazioni».

sversali tra unità organizzative diverse in una dinamica di incentivo alla collaborazione tra settori dell'amministrazione (19).

Sul versante della contrattazione nazionale di comparto, tale processo di «collettivizzazione della *performance*» ai fini del trattamento incentivante non pare tuttavia essersi manifestato in modo evidente, mantenendo i Ccnl profili di flessibilità, ma anche di ambiguità nell'indirizzo alla contrattazione integrativa.

I contratti nazionali hanno infatti provveduto, come da disposizione di legge (art. 40, comma 4-*ter*, d.lgs. n. 165/2001), a una operazione di *drafting* dei testi contrattuali circa la razionalizzazione e semplificazione delle modalità di costituzione e utilizzo dei fondi – operazione senz'altro complicata dall'accorpamento/riduzione dei comparti di contrattazione imposto dal d.lgs. n. 150/2009 (20) –, la quale ha tuttavia prodotto positivi effetti di omologazione nella gestione dello strumento tecnico di finanziamento della contrattazione di secondo livello.

Nel fornire indicazioni circa la ripartizione delle risorse del fondo da parte della contrattazione integrativa, i Ccnl hanno poi optato per una soluzione di compromesso: da un lato, in parziale deroga all'art. 40, comma 3-*bis*, è stabilito che la «quota prevalente» delle risorse del fondo debba essere destinata a remunerare una serie di voci di trattamento accessorio più ampia della *performance* organizzativa e individuale (comprendendovi indennità correlate alle condizioni di lavoro, a obiettive situazioni di disagio, rischio, al lavoro in turno, a particolari o gravose articolazioni dell'orario di lavoro, alla reperibilità, allo svolgimento di attività implicanti particolari responsabilità); dall'altro, si impone alla contrattazione integrativa di destinare alla *performance* individuale almeno il 30% di tali risorse «prevalenti» (21), inviando così segnali significativi circa l'importanza «interna» della valutazione individuale, rispetto a quella collettivo/organizzativa.

Il profilo individuale della *performance*, sempre dal punto di vista dell'incentivazione, è tuttavia recuperato nei contratti collettivi nazionali per il tra-

---

(19) Cfr., sul punto, Presidenza del Consiglio dei ministri – Dipartimento della funzione pubblica, Linee guida per il Sistema di misurazione e valutazione della *performance*, Ministeri, dicembre 2017.

(20) Accorpamento poi realizzato per il tramite dell'Accordo quadro del 13 luglio 2016.

(21) Le disposizioni sull'utilizzo dei fondi sono omologhe nei Ccnl comparto Funzioni Centrali (art. 77) e Funzioni Locali (art. 68); Istruzione e Ricerca (artt. 64 e 66); maggiori differenziazioni presenta il Ccnl sanità dove sono indicate le tipologie di utilizzo premiale delle risorse in specifico fondo (Fondo premialità e fasce) con relative indicazioni di prevalenza (art. 84).

mite dell'istituto denominato «Differenziazione del premio individuale» (22), sul quale viene giocata la partita più alta, cioè quella premiale di eccellenza. Non pare ci si debba attendere particolare calore verso l'attuazione della differenziazione *in melius* del premio individuale in sede di contrattazione integrativa; piuttosto si tratterà di definire, ove le risorse lo consentiranno, il concetto di «limitata quota massima di personale valutato», a cui la maggiorazione potrà essere attribuita: l'espressione lessicale, associata al carattere di eccellenza del premio, induce a una lettura restrittiva; ma il significato di «limitata quota» potrebbe essere curvato su pressione sindacale verso percentuali significative nell'economia degli incentivi, che imporrebbero, quanto meno, una verifica di sostenibilità rispetto alle risorse disponibili.

4. — *I fondi per la contrattazione integrativa: esigenze di contenimento della spesa e flessibilità di utilizzo* — Si diceva della assoluta necessità manifestata dalla riforma Madia di indurre una rivisitazione delle norme contrattuali circa la costituzione e l'incremento dei fondi per la contrattazione collettiva integrativa, cioè dello strumento tecnico, gestito unilateralmente dall'amministrazione, destinato a rappresentare finanziariamente, indicandone misura e vincoli, le risorse destinate alla distribuzione dei trattamenti accessori appunto per il tramite della contrattazione. Molte le criticità verificate nelle esperienze di questi anni nell'ambito della costituzione, incremento e finalizzazione dei fondi, sovente appunto attribuibili alla scarsa chiarezza dei testi contrattuali e alla sovrapposizione di disposizioni in materia prodotte nelle varie stagioni di contrattazione collettiva nazionale. A ciò è da aggiungersi la straordinaria produzione di norme legislative volte al contenimento e alla riduzione delle disponibilità dei fondi, oltre che la fisiologica difficoltà degli enti di gestire in modo virtuoso lo strumento rispetto alla stabilità/variabilità delle risorse da utilizzare (23).

---

(22) Vd., ad es., l'art. 69 del Ccnl funzioni locali: «(Differenziazione del premio individuale) - 1. Ai dipendenti che conseguano le valutazioni più elevate, secondo quanto previsto dal sistema di valutazione dell'ente, è attribuita una maggiorazione del premio individuale di cui all'art. 68, comma 2, lett. *b*, che si aggiunge alla quota di detto premio attribuita al personale valutato positivamente sulla base dei criteri selettivi. 2. La misura di detta maggiorazione, definita in sede di contrattazione integrativa, non potrà comunque essere inferiore al 30% del valore medio *pro capite* dei premi attribuiti al personale valutato positivamente ai sensi del comma 1. 3. La contrattazione integrativa definisce altresì, preventivamente, una limitata quota massima di personale valutato, a cui tale maggiorazione può essere attribuita».

(23) La criticità più frequente è quella della progressiva erosione delle risorse stabili determinata dall'imponente svolgimento di progressioni economiche orizzontali,

La riforma ha dunque indotto, come anticipato, una sorta di contenuto «obbligatorio» dei Ccnl, stabilendo, all'art. 40, comma 4-*ter*, del d.lgs. n. 165/2001 (24), che, «al fine di semplificare la gestione amministrativa dei fondi destinati alla contrattazione integrativa e di consentirne un utilizzo più funzionale a obiettivi di valorizzazione degli apporti del personale, nonché di miglioramento della produttività e della qualità dei servizi, la contrattazione collettiva nazionale provvede al riordino, alla razionalizzazione e alla semplificazione delle discipline in materia di dotazione e utilizzo dei fondi destinati alla contrattazione integrativa».

Se viene quindi confermata, all'esito della stagione contrattuale 2016-2018, tale competenza della contrattazione nazionale, nondimeno il legislatore ha mantenuto linee di contenimento e di controllo dei fondi destinati ai trattamenti accessori, naturalmente percependo che proprio a livello decentrato/integrativo di amministrazione si gioca, storicamente, specie per le amministrazioni diverse da quelle statali, la partita più rilevante e complessa verso il contenimento e controllo della spesa per il personale.

Non essendo in questa sede possibile fornire una ricostruzione delle numerose disposizioni di legge che in questi anni hanno inciso sul tema, spesso attraverso tagli lineari che non tenevano conto della condotta finanziaria più o meno virtuosa delle amministrazioni, è invece possibile fornire breve sintesi delle indicazioni contenute nella norma di riferimento dell'art. 23 del d.lgs. n. 75/2017, appunto destinata, con carattere transitorio, alla disciplina di «salario accessorio e sperimentazione». Anche qui l'apertura di legge è rivolta alla contrattazione nazionale, alla quale, dopo aver affidato il compito di rivedere le meccaniche di finanziamento e gestione del fondo, la legge attribuisce pure il compito di perseguire la progressiva «armonizzazione» dei trattamenti economici accessori del personale delle amministrazioni «anche mediante la differenziata distribuzione, distintamente per il personale dirigenziale e non dirigenziale, delle risorse finanziarie destinate all'incremento dei fondi per la contrattazione integrativa di ciascuna amministrazione». L'indicazione entra nel merito delle prerogative della contrattazione nazionale e quindi anche della contrattazione integrativa, sostanzialmente imponendo ai contratti, già nella fase di costituzione dei fondi, di operare una distinzione delle risorse destinate a remunerare trattamenti accessori di personale dirigente e non, andandosi così a incidere «a monte» sulla successiva distribuzione (che spetterebbe alla contrattazione integrativa).

---

al cui finanziamento vengono quindi destinate risorse variabili che potrebbero non risultare disponibili e utilizzabili nel medio-lungo periodo.

(24) Comma aggiunto dall'art. 11, comma 1, lett. *g*, d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75.

Per quanto concerne il fondo destinato al trattamento accessorio, si prevede un contenimento entro i limiti dell'importo determinato per l'anno 2016, comprendendo al proprio interno sia il personale dirigente che non (25). Il contenimento del *budget* destinato a tali voci viene affiancato dalla abrogazione dell'art. 1, comma 236, l. 28 dicembre 2015, n. 208 (a far data dal 1° gennaio 2017), sicché non si richiede più alle pubbliche amministrazioni di ridurre i fondi della contrattazione integrativa in ragione della diminuzione del personale in servizio. Occorre altresì aggiungere che le Regioni e gli enti locali, a eccezione degli enti del servizio sanitario nazionale, *ex* art. 23, comma 3, d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75, potranno destinare le risorse variabili anche «per l'attivazione dei servizi o processi di riorganizzazione o per il loro mantenimento, nel rispetto dei vincoli di bilancio e in coerenza con quanto dispone la normativa contrattuale in materia di risorse variabili».

L'art. 23 disciplina, inoltre, nei cc. 4 e seguenti, una fase sperimentale, consentendo: a) di destinare apposite risorse alla componente variabile dei fondi per il salario accessorio anche per l'attivazione di nuovi servizi o per processi di riorganizzazione e il relativo mantenimento, fermo restando il limite massimo complessivo individuato e nel rispetto della normativa contrattuale vigente; b) di incrementare, per un dato triennio nel rispetto di limiti soggettivi e oggettivi, l'ammontare della componente variabile dei fondi per la contrattazione integrativa destinata al personale (dirigenziale e non) oltre il limite precedentemente individuato.

Quest'ultimo piano, previsto per il triennio 2018/2020, sarà destinato alle Regioni a Statuto ordinario e alle città metropolitane in possesso di specifici requisiti fissati con un apposito d.P.c.m. da adottarsi entro 90 giorni dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 75/2017. In particolare, il legislatore con tale disposizione consente agli Enti che potranno partecipare alla sperimentazione di incrementare l'ammontare della componente variabile dei fondi della contrattazione integrativa – ossia il tetto dell'anno 2016 (ovvero 2015) – in misura non superiore a una percentuale della componente stabile dei fondi stessi; percentuale definita con il sopracitato d.P.c.m. Al temine della sperimentazione, ai sensi del comma 6, con un successivo d.P.c.m., le predette disposizioni potranno essere applicate in via permanente, ed estese ad altre amministrazioni pubbliche, purché le stesse non determinino nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica (26).

(25) Sul punto vd. Formica 2018, 56-57.

(26) Cfr. Tagliabue 2018, 906 ss. Diversamente per gli Enti locali che non hanno potuto destinare, nell'anno 2016, risorse aggiuntive alla contrattazione integrativa a

Non pare eccessivo sostenere che un simile meccanismo possa essere visto come l'occasione per stabilizzare le risorse decentrate di natura variabile, secondo una prospettiva peraltro già coltivata dal legislatore nelle prime bozze di decreto legislativo (27).

Sembra tendenzialmente abbandonarsi la strada percorsa nel passato e generalmente diretta a un forte contenimento delle risorse da utilizzare per la contrattazione integrativa, imboccando una nuova via che, seppur timidamente, tenderebbe a riconoscere margini maggiori di flessibilità nell'incremento dei fondi. La nuova tendenza viene letta come una apertura in linea con la volontà di «migliorare la qualità dei servizi, garantire maggiori livelli di efficienza, efficacia e tempestività dell'agire pubblico» (28), anche se, ancora una volta, spetterà alle amministrazioni e agli attori sindacali fornire una attuazione virtuosa delle norme (29). Contemporaneamente, il legislatore appare voler uniformare quanto più possibile tra i vari comparti i diversi fondi incrementati nella loro componente variabile, a condizione che siano rispettati i requisiti espressamente previsti dalla stessa norma. È

---

causa del mancato rispetto del patto di stabilità interno per l'anno 2015. In questo caso, l'ammontare delle risorse destinate annualmente al trattamento accessorio del personale, anche di livello dirigenziale, non può superare l'importo determinato per l'anno 2015, diminuito in misura proporzionale alla riduzione del personale in servizio nell'anno 2016: Tamassia *et al.* 2017, 59.

(27) Non è entrata nel testo finale della norma la disposizione dell'art. 40, comma 4-*ter*, che avrebbe dato alla contrattazione nazionale anche la possibilità di operare «il consolidamento, per le amministrazioni in regola con i vincoli di contenimento della spesa, della consistenza della componente variabile dei fondi e tenuto conto delle esigenze di continuità dei servizi resi, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica». A mente di quanto indicato alla nota che precede, tale passaggio normativo avrebbe consentito, per le amministrazioni virtuose, di consolidare le risorse variabili del fondo, andando a sanare spostamenti tra risorse variabili e stabili potenzialmente in grado di creare squilibri nella consistenza complessiva delle risorse; con evidenza, la norma è apparsa troppo rischiosa per l'amministrazione finanziaria, che ha espunto l'inciso dal testo poi approvato in sede di Consiglio dei ministri.

(28) Così Formica 2018, 57.

(29) Nel senso della flessibilità, la circolare 23 novembre 2017, n. 3, della Presidenza del Consiglio dei ministri – Dipartimento della funzione pubblica, ha espressamente previsto che le risorse dell'art. 9, comma 28, del d.l. n. 78/2010, «dovranno coprire anche il trattamento accessorio e conseguentemente, solo ove necessario, andranno a integrare i relativi fondi oltre il limite previsto dall'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 75/2017». In particolare, nel fornire indirizzi operativi alle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, sulle procedure e modalità da attuare per il superamento del precariato e la valorizzazione dell'esperienza professionale *ex* art. 20, d.lgs. n. 75/2017, si consente alle p.a. che attueranno il piano straordinario di assunzioni nel triennio 2018/2020, in via eccezionale e in pre-

ovvio che l'uniformità risulta quanto mai più agevole a fronte della già indicata revisione e/o accorpamento dei comparti di contrattazione.

Che quella descritta sia solo una «apertura di credito» verso le amministrazioni e la contrattazione integrativa è dimostrato dalla permanenza di norme sul controllo circa il rispetto dei vincoli finanziari. Significativo, al riguardo, il comma 3 dell'art. 40-*bis*, ove si prevede non solo il controllo e accertamento del rispetto dei vincoli di bilancio per la contrattazione integrativa, ma anche la loro finalizzazione alla «concreta definizione e applicazione di criteri improntati alla premialità, al riconoscimento del merito e alla valorizzazione dell'impegno e della qualità della *performance* individuale, con riguardo ai diversi istituti finanziati dalla contrattazione integrativa, nonché a parametri di selettività, con particolare riferimento alle progressioni economiche» (30).

E non è tutto, perché il legislatore – a segno di una lettura, per così dire, «polifunzionale» del fondo per la contrattazione integrativa –, non manca di utilizzare la dinamica dei fondi anche in chiave *lato sensu* sanzionatoria laddove, all'art. 40, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 165/2001, con norma di difficilissima applicazione in ragione del *benchmarking* interno ed esterno che ne è presupposto, impone ai contratti nazionali di introdurre clausole che impediscono l'incremento dei fondi nei casi in cui i dati sulle assenze del personale di amministrazione, specie in continuità con giornate festive e di riposo o in determinati periodi in cui occorre garantire continuità dei servizi, rivelino scostamenti significativi rispetto al dato medio nazionale o di settore (31).

5. — *Progressioni professionali e valorizzazione delle risorse umane: le selezioni per Peo e Pev* — La riforma Brunetta, e dunque il d.lgs. n. 150/2009 nell'originaria formulazione, ha chiaramente catalogato i percorsi econo-

---

senza di dati presupposti, di derogare al limite imposto ai fondi del salario accessorio fissato dal commentato art. 23 del d.lgs. n. 75/2017.

(30) La norma va poi messa in relazione con il successivo art. 60, d.lgs. n. 165/2001, ove l'invio, il monitoraggio e le relazioni rese pubbliche in materia di fondi e spese per il personale consentono di verificare il reale rapporto tra i costi della contrattazione integrativa e il perseguimento delle finalità che il legislatore si era prefissato fin dalla riforma del 2009: ancora una volta il miglioramento della pubblica amministrazione, la premialità individuale e collettiva.

(31) Le clausole sono state introdotte in tutti i Ccnl di comparto, con rinvio a un'attività istruttoria svolta in sede paritetica tramite l'«Organismo paritetico per l'innovazione» e una competenza della contrattazione integrativa, in caso di mancato incremento del fondo, per stabilire gli effetti della «sanzione» sulla premialità individuale: cfr., ad es., art. 70 del Ccnl funzioni locali.

mici e di carriera del personale nell'ambito dell'incentivazione, come emerge dalla inequivocabile collocazione delle norme di riferimento nel Titolo III (Merito e premi) del decreto. Possono qui richiamarsi gli artt. 23 (32) e 31 del d.lgs. n. 150/2009, in base ai quali, pur nel rispetto delle previsioni contenute negli accordi nazionali e integrativi e nei limiti delle risorse disponibili, ai fini delle progressioni orizzontali non potrà prescindersi dal considerare «lo sviluppo delle competenze professionali» e «i risultati individuali e collettivi rilevati dal sistema di valutazione» (33).

La volontà di limitare l'uso di strumenti alternativi, idonei indirettamente a eludere tali princìpi di valutazione, e la necessità di collegare l'istituto delle progressioni economiche a princìpi selettivi, risultano confermati anche dalla riforma Madia.

Le amministrazioni, nel rispetto di tali princìpi, sono chiamate a individuare nel dettaglio i criteri selettivi, a stabilire il periodo di riferimento delle valutazioni dei risultati collettivi e individuali da utilizzare «per graduare l'accesso alle progressioni e per esprimere, in modo razionale e secondo criteri di utilità, il principio di selettività, ulteriormente rafforzato dall'art. 22, comma 15, del d.lgs. n. 75/2017» (34). Come si diceva, l'individuazione di criteri realmente selettivi e la loro corretta applicazione consentirà di scongiurare il rischio di «consumare», o ridurre notevolmente, attraverso l'istituto delle progressioni economiche orizzontali, risorse stabili eventualmente utilizzabili per il finanziamento di altri istituti di carattere fisso, annoverabili nell'ambito del trattamento accessorio del personale.

È questa in sostanza la grande potenzialità innovativa, ma anche la maggiore criticità espressa negli anni dall'istituto delle Progressioni economiche orizzontali (di seguito, Peo) (35).

Le Peo hanno esordito nel panorama della privatizzazione con i nuovi inquadramenti professionali dei Ccnl del 1999 sostituendo e ampliando la previsione del livello economico differenziato che era stato introdotto per effetto degli artt. 35 e seguenti del d.P.R. n. 333/1990. I Ccnl disciplina-

---

(32) «Le progressioni economiche sono attribuite in modo selettivo, a una quota limitata di dipendenti, in relazione allo sviluppo delle competenze professionali e ai risultati individuali e collettivi rilevati dal sistema di valutazione».

(33) Allo stesso modo, per l'art. 24, nell'ambito delle progressioni verticali, «l'attribuzione dei posti riservati al personale interno è finalizzata a riconoscere e valorizzare le competenze professionali sviluppate dai dipendenti, in relazione alle specifiche esigenze delle amministrazioni».

(34) In tal senso Tamassia *et al.* 2017, 90 ss.

(35) Per una efficace analisi critica dell'istituto dagli anni ottanta a oggi vd. Talamo 2018, 38 ss.

vano il nuovo sistema di classificazione professionale, sostituendo alle vecchie qualifiche funzionali la nuova distinzione all'interno delle aree o categorie professionali. In ciascuna area o categoria è prevista una progressione economica, che si realizza mediante la previsione, dopo il trattamento tabellare iniziale, di successivi incrementi economici.

L'istituto ha avuto una valenza quasi esclusivamente economica, concretizzandosi nell'acquisizione progressiva di posizioni retributive che il dipendente realizza a parità di mansioni svolte, sulla base – almeno in via teorica o negli auspici – dei criteri selettivi e meritocratici stabiliti e delle risultanze del sistema di valutazione adottato. Di fatto, come ricordato da numerose prese di posizione dei giudici contabili (36), l'istituto è stato utilizzato per riconoscere aumenti economici che si consolidano nel trattamento dei dipendenti pubblici senza il ricorso a strumenti veramente selettivi: tanto, viste le altissime percentuali di riconoscimento delle progressioni, da far dubitare della correttezza della collocazione dell'istituto nel novero dei trattamenti di carattere accessorio, come tale finanziato dalle risorse del fondo per la contrattazione integrativa di amministrazione, con assorbimento pressoché integrale delle relative risorse; tanto, come ovvio, da identificare nelle Peo l'obiettivo primo di ogni richiesta sindacale al tavolo della contrattazione collettiva integrativa.

La riforma Madia, nel confermare il testo dell'art. 23 del d.lgs. n. 150, non ha quindi potuto che ribadire la necessità che le Peo abbiano effettivo carattere premiante, per far sì che l'acquisizione di incrementi retributivi risulti realmente idonea a valorizzare professionalmente il dipendente chiamato a svolgere sempre le medesime mansioni del profilo posseduto: alla crescita sotto il profilo economico corrispondeva e corrisponde, come detto, il mantenimento della posizione giuridica e del ruolo all'interno del modello di organizzazione del lavoro presente nell'amministrazione. Per questo si ribadisce la necessità che le Peo vengano riconosciute a una quota limitata di dipendenti e, pur essendo venuto meno nell'art. 23, per effetto della citata modifica dell'art. 19, il riferimento alla fascia di merito alta quale criterio di priorità per le progressioni, l'esito della valutazione di *performance* resta indice fondamentale per l'affermazione del principio di selettività che deve governare il processo di progressione economica (37).

---

(36) Cfr., da ultimo, Corte dei conti, S. riunite controllo, 18.5.2018, in sede di certificazione del Ccnl funzioni locali, punto 2.5.

(37) In tale direzione si muovono espressamente le disposizioni dei nuovi Ccnl: cfr., ad es., art. 16, comma 3, Ccnl funzioni locali del 21 maggio 2018.

Praticamente scomparse dopo il varo della riforma Brunetta, con il d.lgs. n. 75/2017 risorgono le Progressioni economiche verticali (di seguito, Pev), seppur entro confini ristretti, con l'evidente finalità di fornire un riconoscimento premiale di carriera al personale interno. Tale finalità dovrebbe sciogliere immediati nodi interpretativi che si pongono e si porranno, ad esempio, con riguardo al rapporto tra Pev e mobilità e tra Pev e graduatorie di concorso ancora vigenti: in sostanza, deve essere colto il passaggio di un nuovo legislatore che intende valorizzare il patrimonio professionale interno, riportando equilibrio rispetto alla lettura dominante degli anni 2000, volta ad assorbire le progressioni verticali – anche queste introdotte con gli ordinamenti professionali del 1999 – nell'ambito del concorso pubblico di accesso alle p.a. e delle dinamiche delle quote di riserva (38).

Il legislatore delegato, in particolare, istituisce una disciplina transitoria per la progressione del personale dipendente, tra le aree o categorie, valida solo per il triennio 2018/2021, e volta appunto a «valorizzare le professionalità interne», nel rispetto di rigorosi limiti numerici e procedurali. Sarà possibile in tale periodo attivare procedure selettive per la progressione nel sistema di inquadramento, riservate al personale di ruolo in possesso dei titoli di studio richiesti per l'accesso all'esterno, per un numero di posti non superiore al 20% di quelli previsti nei piani dei fabbisogni, come nuove assunzioni, consentite per la stessa area o categoria (39). Il che determinerà la corrispondente riduzione della percentuale di riserva di posti destinata al personale interno, utilizzabile, da ogni amministrazione, ai fini delle progressioni tra le aree di cui al citato art. 52 del d.lgs. n. 165/2001. Costituiranno ancora una volta titoli rilevanti al fine della Pev la valutazione po-

---

(38) Cfr.: Esposito 2010, 174 ss.; Gotti 2011, 2703 ss., e la copiosa giurisprudenza costituzionale ivi citata. All'art. 52, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 165/2001, come modificato dal d.lgs. n. 150/2009, si stabilisce che «I dipendenti pubblici, […] sono inquadrati in almeno tre distinte aree funzionali. Le progressioni all'interno della stessa area avvengono secondo princìpi di selettività in funzione delle qualità culturali e professionali, dell'attività svolta e dei risultati conseguiti, attraverso l'attribuzione di fasce di merito. Le progressioni fra le aree avvengono tramite concorso pubblico, ferma restando la possibilità per l'amministrazione di destinare al personale interno, in possesso dei titoli di studio richiesti per l'accesso dall'esterno, una riserva di posti comunque non superiore al 50 per cento di quelli messi a concorso».

(39) La previsione di legge dovrà naturalmente confrontarsi con la revisione dei sistemi di inquadramento professionale, per il momento entrata nell'agenda dei Ccnl 2016-2018 unicamente sotto forma di istruttoria, demandata in tutti i contratti ad apposita Commissione paritetica sui sistemi di classificazione professionale (cfr., ad es., art. 12 del Ccnl sanità del 21 maggio 2018) con termine di conclusione dei lavori entro il luglio 2018.

sitiva conseguita dal dipendente per almeno tre anni, l'attività svolta e i risultati conseguiti, nonché l'eventuale superamento di precedenti procedure selettive.

Anche in questo caso si ha conferma del carattere imprescindibile e quindi necessariamente strutturale della valutazione ai fini della incentivazione, sì da ricondurre definitivamente a sistema uno degli obiettivi che portarono all'introduzione dell'istituto della valutazione nel pubblico impiego: la valorizzazione della professionalità dei dipendenti pubblici.

Riferimenti bibliografici

Avio A. (2017), *La performance come valutazione dell'adempimento nel rapporto alle dipendenze della p.a.*, Jovene, Napoli.

Barbieri M. (2018), *Il sinallagma nei contratti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Relazione tenuta al XIX Congresso Aidlass, dattiloscritto.

Boscati A. (2014), *La politica del governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?*, in *LPA*, 253 ss.

Cangemi V. (2014a), *La nullità della contrattazione collettiva integrativa e l'obbligo di recupero degli emolumenti indebitamente corrisposti dopo il decreto «Salva Roma»*, in *LPA*, 636 ss.

Cangemi V. (2014b), *Nuove considerazioni sull'obbligo degli emolumenti indebitamente corrisposti ai sensi del d.l. 16/2014 cd. «Salva Roma»*, in *LPA*, 967 ss.

D'Antona M. (1999), *Contratti nuovi e contraenti vecchi. Riflessioni dopo il rinnovo dei contratti collettivi pubblici*, in *LPA*, 493 ss.

D'Iorio D., Petti R. (2014), *La costituzione dei fondi per la retribuzione accessoria alla luce delle determinazioni della Corte dei conti e dei servizi ispettivi della Rgs*, in *LPA*, 161 ss.

Esposito M. (2010), *Ordinamento professionale e disciplina delle mansioni nel rapporto di lavoro pubblico*, in Carabelli U., Carinci M.T. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, 174 ss.

Formica G. (2018), *I limiti di carattere finanziario alla contrattazione*, in Esposito M. *et al.*, *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 54 ss.

Gargiulo U. (2009), *La promozione della meritocrazia*, in Zoppoli L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale scientifica, Napoli, 355 ss.

Garilli A. (2016), *Dirigenza pubblica e poteri datoriali*, in *LPA*, 26 ss.

Gotti P. (2011), *Principio di concorsualità per l'accesso al lavoro pubblico e per la progressione in carriera al vaglio del lavoro pubblico*, in *FA Cons. Stato*, n. 9, 2703 ss.

Luciani V. (1998), *Il ruolo del dirigente nell'erogazione della retribuzione incentivante*, in Santucci R., Viscomi A. (a cura di), *La dirigenza nelle autonomie locali dopo la riforma: problemi e prospettive*, Rubettino, 75, ss.

Monda P. (2016), *Contratto di lavoro pubblico, potere organizzativo e valutazione*, Giappichelli, Torino.
Nicosia G. (2011), *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche*, Giappichelli, Torino.
Nicosia G. (2018), *I soggetti della valutazione (percorsi di apprendimento organizzativo)*, in Esposito M. *et al.* (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. nn. 74 e 75/2017 (cd. riforma Madia)*, Giappichelli, Torino, 329 ss.
Roma G. (2009), *Merito e valutazione: dalla legge delega 15/2009 al decreto di attuazione*, in *Risorse umane nella pubblica amministrazione*, 23 ss.
Roma G. (2010), *La retribuzione nel lavoro pubblico*, in Carabelli U., Carinci M.T. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, Bari, 177 ss.
Savazzi A.M. (2017), *Le amministrazioni sono chiamate ad adeguare il sistema di misurazione e valutazione della performance*, in *Azienditalia - Il Personale*, n. 11, 567 ss.
Tagliabue S. (2018), *L'efficacia dei sistemi di valutazione: alcune riflessioni critiche*, in *Azienditalia*, n. 6, 906 ss.
Talamo V. (2018), *Valutazione e contrattazione collettiva. Dal disastro verso l'ignoto*, in *Nuova Etica Pubblica*, n. 10, 38 ss.
Tamassia L. *et al.* (2017), *Pubblico impiego. Guida alle modifiche del Testo Unico e alla valutazione della performance*, in *Il Sole24Ore*, 10 luglio, 59 ss.
Treu T. (1995), *Finalità della riforma*, in Carinci F. (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Commentario, Giuffrè, Milano.
Treu T. (2010), *Le forme retributive incentivanti*, in *RIDL*, I, 683 ss.
Vignocchi C., Peiti C. (2017), *Riorientare il governo del personale: i fabbisogni standard*, in Dell'Aringa C., Della Rocca G. (a cura di), *Lavoro pubblico fuori dal tunnel?*, Arel - il Mulino, Roma-Bologna, 289 ss.

Abstract

Il saggio analizza il tema della valorizzazione delle risorse umane nelle p.a. attraverso meccanismi incentivanti nel percorso delle riforme del lavoro pubblico. In particolare vengono fatte emergere le criticità collegate alla valutazione delle prestazioni e al controllo/contenimento delle risorse impiegate dalla contrattazione collettiva per il riconoscimento del merito.

The promotion of human resources in Italian public administrations. The legal and contractual discipline of additional remuneration and of funds for decentralized collective bargaining

The essay analyzes the theme of the enhancement of human resources in the public service through incentive mechanisms in the path of italian public labour law reforms. In particular, the critical issues related to the evaluation of performance and to the control/containment of public resources used by collective bargaining for the recognition of merit are made to emerge.

Laura Calafà (*)

MARGINALITÀ APPARENTE: L'INNOVAZIONE ORGANIZZATIVA NELLA P.A. ALLE SOGLIE DELLA XVIII LEGISLATURA

SOMMARIO: 1. Introduzione: l'attuazione dell'art. 14 della l. n. 124/2015 e la p.a. a plurime velocità. — 2. Conciliazione vita-lavoro *smart* e partecipazione nella p.a. — 2.1. *Focus*: conciliazione vita e lavoro nel lavoro pubblico… — 2.2. *Segue*: … e partecipazione sindacale. — 3. Conclusioni.

1. — *Introduzione: l'attuazione dell'art. 14 della l. n. 124/2015 e la p.a. a plurime velocità* — L'obiettivo del presente contributo non è di ricomporre le regole in vigore in materia di conciliazione vita-lavoro e benessere dei lavoratori e delle lavoratrici della pubblica amministrazione dando loro un senso compiuto nella logica del susseguirsi ininterrotto delle riforme della pubblica amministrazione (1) o del ruolo attribuito o negato al sindacato e alla contrattazione collettiva (2), o in rapporto alla normativa approvata nel 2017 relativa al lavoro autonomo e subordinato, seppure agile (3). Come suggerisce il titolo (4), l'idea che anima il contributo è di riflettere su quelle eredità, *solo in apparenza marginali*, perché collegate all'attuazione dell'art. 14 della l. 7 agosto 2015, n. 124, che pesano sull'avvio della XVIII Legislatura. Si tratta di una complessa serie di sollecitazioni collegate – direttamente o solo indirettamente – al binomio innovazione

(*) Professoressa ordinaria di Diritto del lavoro presso l'Università di Verona.

(1) Vd. Esposito *et al.* 2018; Casillo 2018a; 2018b.

(2) Cfr. Fontana 2015; Nicosia 2015; Spinelli 2018.

(3) Cfr. Sartori 2017, Casillo, Tufo 2018.

(4) Il titolo glossa liberamente un passaggio importante dell'*Introduzione* del recente commento dedicato alle vecchie e nuove filosofie o visioni della legge delega cd. Madia (n. 124 del 2015) e i decreti delegati n. 74 4 75 del 2017 (Esposito *et al.* 2018, 5). Gli Autori, in particolare, affrontano la questione del modo di porsi dell'interprete di fronte alle modifiche normative in commento, spiegando che non si dovrebbe solo ricondurre le novità normative al sistema in cui si inseriscono, ma anche «analizzare con un certo distacco» se tali «novità» sono portatrici di idee nuovo o solo il ritorno/rilancio di vecchie ideologie «intese come visioni o filosofie, non necessariamente negative».

organizzativa e innovazione sociale della pubblica amministrazione, progettate in modo disordinato e non sempre coerente, da una lunga serie di interventi, non solo legislativi, che si sono succeduti dal 2010 al 2017. La data di inizio è quella della legge 4 novembre 2010, n. 183, cd. Collegato lavoro, che all'art. 21 ha dettato «Misure atte a garantire pari opportunità, benessere di chi lavora e assenza di discriminazioni nelle amministrazioni pubbliche» (5); al 2017 ci si riferisce come all'anno di approvazione della coppia di d.lgs. di chiusura dell'attuazione della cd. legge Madia (d.lgs. 25 maggio 2017, n. 74 e n. 75).

Alla nuova legislatura si propone una riflessione di matrice giuridica sul cambiamento nel lavoro prestato nella p.a. La scelta non è casuale. Concorre a spiegare come sia riduttiva quella parte del «Contratto per il Governo del cambiamento» siglato dal Movimento 5 Stelle e dalla Lega nel maggio 2018 che, con riguardo al lavoro nella pubblica amministrazione, riconosce solo che è «inoltre essenziale introdurre un efficace sistema di valutazione delle *performances* della pubblica amministrazione nel suo complesso, del personale e della dirigenza pubblica, anche attraverso il coinvolgimento dell'utenza» (p. 37) (6).

Come spiegato dalla dottrina di recente (7), le complessità della materia sono davvero molte, ed è sul «cambiamento culturale» e «organizzativo» della p.a. che i frammenti normativi più di recente approvati, da ricomporre in questa sede, proiettano la questione teorico-pratica.

Con questo contributo s'intende rispondere a una domanda specifica: la pubblica amministrazione – come, e forse più, dell'impresa privata (8) – può legittimamente ricercare il lato positivo delle politiche volte a sostenere «l'adesione dell'azienda a un personale progetto di vita del lavoratore» (9)?

---

(5) La legge contiene «Deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, di incentivi all'occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile, nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro».

(6) Dopo aver introdotto il concetto di cittadinanza digitale dalla nascita («prevedendo l'accesso gratuito alla rete internet per ogni cittadino»).

(7) Spinelli 2018, 135-136.

(8) Vd. Caruso 2016.

(9) Il confronto pubblico-privato è sicuramente interessante, anche se Caruso (2016, in particolare, nota 4) collega il lato positivo della valorizzazione aziendale del progetto di vita del lavoratore al funzionamento dell'art. 2103, comma 6, del c.c., così come modificato dall'art. 3 del d.lgs. n. 81 del 2015, che ha ammesso il demansionamento «individualizzato» del lavoratore e della lavoratrice seppure nelle sedi protette previste dalla disposizione oggi in vigore.

Consapevoli delle plurime complessità delle amministrazioni pubbliche che condizionano la risposta: il regime giuridico diverso (pubblico-privato), «la necessità di bilanciare le esigenze di conciliazione vita-lavoro dei propri dipendenti con l'ampliamento dei servizi da erogare all'utenza, per soddisfare le analoghe esigenze di conciliazione dei cittadini», le questioni di macroorganizzazione e di gestione del rapporto di lavoro (10). Certamente la p.a. «agisce entro precisi vincoli normativi, più complessi che per l'impresa» (11): una complessità che – a parere di chi scrive – deve tener conto soprattutto della riapertura dei tavoli della contrattazione collettiva dopo un troppo lungo periodo di interruzione. La sequenza di firme apposte ai contratti collettivi di comparto terminata il 21 maggio 2018 certifica solo l'aumento della retribuzione di circa 80 euro e il recupero del pregresso oppure assume anche un diverso significato per le persone che lavorano nella pubblica amministrazione e per gli stessi sindacati chiamati a riattivare i tavoli di contrattazione?

Sicuramente importante, può apparire riduttivo limitarsi a considerare l'allineamento retributivo come l'unico risultato apprezzabile (seppur ritardato e nemmeno troppo soddisfacente viste le cifre reali riconosciute) del riavvio della stagione della contrattazione collettiva nel pubblico impiego. Lo confermano la lettura del Protocollo del ministero della Semplificazione e della Pubblica Amministrazione e Confederazioni sindacali del 30 novembre 2016 e il successivo Atto di indirizzo del ministro della Funzione Pubblica all'Aran per il rinnovo dei contratti collettivi nazionali di lavoro per il triennio 2016-2018 del 6 luglio 2017.

Le firme definitive apposte all'inizio del 2018 ai contratti dei quattro comparti successivi al riordino, dopo il blocco quasi decennale (si rinvia al contributo di Bavaro in questo fascicolo pp. 507 ss.), assumono sicuramente anche un'altra valenza. Le parole chiave scelte in questa sede da riportare a futura memoria all'avvio della XVIII Legislatura sono due: conciliazione vita-lavoro con declinazione *smart*, perché collegata alle scelte relative all'estensione del lavoro agile alla p.a., e partecipazione sindacale. Questa seconda parola, a sua volta, impone una riflessione sulle competenze in materia di benessere della persona: un binomio che risulta riproposto dalle scelte effettuate dalla contrattazione collettiva di comparto già siglata e sul quale ci si soffermerà in sede di conclusioni (12).

---

(10) Cfr. Spinelli 2018, 137; Calafà 2013.

(11) Spinelli 2018, 135.

(12) Le trattative per il rinnovo dei contratti si sono intersecate con le elezioni politiche. Si sono registrati tempi diversi di conclusione delle procedure, che devono es-

2. — *Conciliazione vita-lavoro* smart *e partecipazione nella p.a.* — Considerate queste premesse, i primi frammenti da ricomporre in questa sede sono l'art. 14 della l. n. 124/2015 e la successiva direttiva della Funzione pubblica n. 3 del 1° giugno 2017, espressamente collegati dall'art. 18 ss. al lavoro agile regolato per il lavoro privato nella l. 22 maggio 2017, n. 81, «Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato», ma reso applicabile – se e in quanto compatibile – anche al settore pubblico. Dell'art. 14 («la disposizione all'apparenza marginale») si è detto già molto in questi anni in termini di genesi, di trasformazione graduale dei contenuti, di affinità e distanze con la legge delega del *Jobs Act* e del successivo d.lgs. n. 80/2015 (13). La pubblicazione della direttiva n. 3/2017 e la riapertura della contrattazione collettiva a livello nazionale meritano di essere approfondite per le connessioni attuali e/o future e potenziali; merita altresì di essere evidenziato il legame tra la direttiva stessa e il sistema regolativo contenuto nel successivo d.lgs. n. 75/2017.

Da una parte, infatti, la direttiva n. 3 del 1° giugno 2017 (14) «promuove il lavoro flessibile, nel tempo e – soprattutto – nello spazio, che presuppone strategie di gestione del personale ispirate a relazioni fiduciarie e collaborative con i dipendenti. […] Uno dei principali compiti affidati al lavoro agile […] viene identificato nel superamento del "concetto della timbratura del cartellino e della presenza fisica in ufficio"» (par. 3.A); dall'altra, si pone l'accento sull'esercizio dei poteri di controllo sulla prestazione lavorativa, rivisitando le norme sul procedimento disciplinare e sui con-

---

sere ricondotte – formalmente – alla firma definitiva del contratto collettivo nazionale di lavoro 2016-2018 prima del comparto Funzioni centrali (12 febbraio 2018), poi del comparto Istruzione e Ricerca (19 aprile 2018) e, infine, del comparto Funzioni locali e Sanità, entrambi firmati il 21 maggio 2018.

(13) Sia consentito rinviare a Calafà 2015 e Calafà 2016. Sono numerosi i contributi dedicati all'esegesi approfondita dell'art. 14 in rapporto all'art. 18 della l. n. 81/2017; per tutti: Sartori 2018; Casillo, Tufo 2018a.

(14) Direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri recante «Indirizzi per l'attuazione dei commi 1 e 2 dell'art. 14 della legge 7 agosto 2015, n. 124, e Linee guida contenenti regole inerenti all'organizzazione del lavoro finalizzate a promuovere la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro dei dipendenti». Preliminare all'attuazione dei commi 2 e 3 dell'art. 14 era appunto l'adozione di una direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri (sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8, d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281), nella quale fossero definiti indirizzi per l'attuazione degli obiettivi indicati nei commi 1 e 2 e linee guida contenenti regole inerenti l'organizzazione del lavoro finalizzate a promuovere la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro dei dipendenti.

trolli di malattia (così come previsto dall'art. 55 del d.lgs. n. 165/2001, come modificato dal d.lgs. n. 75/2017).

Come a dire che la discussione sul lavoro agile nella pubblica amministrazione non consente solo di rinverdire vecchie metaquestioni sulla dimensione spazio-temporale del lavoro ampiamente trattate già negli anni novanta (15). Questa discussione consente anche di riflettere sull'innovazione organizzativa che la digitalizzazione della pubblica amministrazione può perseguire e in alcuni, pochi, casi già persegue.

Più che contraddizioni (come già segnalato dalla dottrina) (16), le novità legislative citate sono sollecitazioni normative reali, segnali chiari di una pubblica amministrazione non più monolitica, ma «a più velocità», con la quale il legislatore e la contrattazione collettiva dovranno confrontarsi nel presente, ma soprattutto nel prossimo futuro. Saranno interessate al lavoro agile quelle amministrazioni in cui il lavoro per obiettivi è una realtà o anche solo una prospettiva concreta, che hanno capacità progettuale, risorse tecnologiche e non sono completamente prive di risorse finanziarie e sono anche dotate di una dirigenza adeguata (17). Saranno disinteressate al lavoro agile tutte quelle amministrazioni che non presentano tale profilatura.

2.1. — Focus: *conciliazione vita e lavoro nel lavoro pubblico…* — Anche le disposizioni entrate di recente in vigore appena commentate confermano che il confronto tra lavoro pubblico e privato continua a qualificare il funzionamento degli strumenti di conciliazione vita-lavoro. Certi che vi è un diverso rapporto tra strumento/i normativo/i e obiettivo/i da perseguire. I due sistemi regolativi (pubblico e privato) perseguono, in effetti, obiettivi molto diversi: le regole dedicate alla conciliazione vita-lavoro nella pubblica amministrazione perseguono l'obiettivo principale di innovazione organizzativa della pubblica amministrazione (obiettivo al quale si aggiunge, dopo l'approvazione della l. n. 81/2017, anche quello della produttività del lavoro), mentre nel lavoro privato l'insieme delle regole dedicate alla conciliazione vita lavoro (flessibilità oraria, sospensioni e congedi, formule contrattuali *ad hoc*) perseguono storicamente l'obiettivo d'incidere sull'aumento dell'occupazione femminile (come confermano i documenti ufficiali dell'Unione europea pubblicati negli anni) (18).

---

(15) Cfr. Gaeta, Pascucci 1998; Nogler 2000.

(16) Cfr. Spinelli 2018, 135.

(17) Per le critiche all'arresto delle modifiche in materia di reclutamento della dirigenza vd. Zoppoli 2018.

(18) Sia consentito rinviare a Calafà 2014.

Stando alla genesi e alla lettera delle norme di recente entrate in vigore, la conciliazione vita-lavoro è, invece, l'obiettivo principale dell'adozione del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni, con una chiara inversione dei fini (19). Non è un caso che la dottrina tenti di rovesciare l'assunto affermando che non è la conciliazione in sé e per sé, ma è il ricorso al lavoro agile da parte delle amministrazioni a essere «concepito come misura volta al soddisfacimento del proprio interesse organizzativo, anche nella prospettiva della riduzione della spesa, almeno tanto quanto la si intende strumentale alle esigenze di conciliazione vita-lavoro dei lavoratori» (20).

A parere di chi scrive, la precisazione non è priva di conseguenze. Evidenzia non solo quanto sia riduttivo l'approccio al lavoro agile limitato alla finalità di conciliazione, ma anche lo snodo problematico tra competenze in materia di innovazione-conciliazione e soggetti chiamati a esercitarle (organismi di partecipazione collettiva oppure organismi sindacali in senso stretto) dopo la riforma Madia e la riapertura dei tavoli di contrattazione nazionale.

Procediamo con ordine.

Se in termini generali, di sistema politico-istituzionale, la riapertura dei tavoli della contrattazione collettiva ha assunto un complessivo e positivo valore di riattivazione dei canali di comunicazione con le organizzazioni intermedie bloccati per un tempo troppo lungo (21), in termini più concreti, di gestione della stagione contrattuale nazionale appena riavviata e in vista dell'apertura di quella decentrata, occorre considerare come doveroso l'adeguamento normativo alle disposizioni nel periodo del blocco della contrattazione nazionale entrate in vigore (2008-2018) che si collegano direttamente o indirettamente alla conciliazione vita-lavoro (22). Tra le tan-

---

(19) Anche se l'art. 14 della l. n. 124/2015 e la direttiva n. 3/17 utilizzano sempre la locuzione «*anche* al fine di tutelare le esigenze di conciliazione» (corsivo di chi scrive) con l'inclusione (almeno in linea teorica) di altre finalità, non vi è dubbio che la lettura del testo della direttiva conferma che il legame conciliazione-lavoro agile è davvero qualificante l'intervento (si rinvia all'art. 8 e all'art. 9 della direttiva, che dettano regole per l'individuazione delle lavoratrici e dei lavoratori da adibire a progetti di lavoro agile e le priorità in caso di richieste superiori al numero delle posizioni messe a disposizione.

(20) Spinelli 2018, 136.

(21) Cfr. Orlandini 2018; Guazzarotti 2018; Calafà 2018.

(22) Tutti i contratti di comparto contengono un significativo capitolo dedicato a permessi, assenze e congedi, ferie e festività, orario di lavoro. Alcuni contengono specificamente disposizioni dedicate alla conciliazione vita-lavoro con regole dedicate all'orario di lavoro flessibile e alla banca delle ore (artt. 26 e 27 del contratto di comparto Funzioni centrali; art. 27 sull'orario di lavoro flessibile nel contratto di comparto Funzioni locali).

te, pare necessario ricordare che i contratti hanno espressamente riconosciuto l'applicabilità delle regole in essi previste anche alle unioni civili nel frattempo approvate (23).

In termini di rapporto tra fonti (legislative, contrattuali collettive), queste disposizioni non creano particolari problemi: il contratto collettivo nel 2018 si adegua alle disposizioni negli anni del blocco modificate in conformità ai contenuti del T.U. sul pubblico impiego. Con questo adeguamento si comprende la trasformazione delle finalità di politica del diritto perseguita da alcuni istituti normativi nel medio-lungo periodo. Con riguardo al lavoro a tempo parziale, ad esempio, l'adeguamento normativo sancisce definitivamente il superamento del diritto al *part-time* nella p.a., ma altresì le difficoltà di continuare a considerare il *part-time* come strumento generale di conciliazione vita-lavoro (24).

La riapertura della stagione contrattuale pone però un problema del tutto nuovo in tema di competenze e soggetti chiamati a esercitarle in materia di conciliazione vita-lavoro che merita di essere approfondito a partire proprio dal lavoro agile.

L'art. 14 della l. n. 124/2015 legittima le amministrazioni pubbliche ad adottare «misure organizzative volte a fissare obiettivi annuali per l'attuazione del telelavoro e per la sperimentazione, anche al fine di tutelare le cure parentali, di nuove modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa che permettano, entro tre anni, ad almeno il 10 per cento dei dipendenti, ove lo richiedano, di avvalersi di tali modalità, garantendo che i dipendenti che se ne avvalgono non subiscano penalizzazioni ai fini del riconoscimento di professionalità e della progressione di carriera». Aggiunge che l'adozione di misure organizzative costituirà «oggetto di valutazione nell'ambito dei percorsi di misurazione della *performance* organizzativa e individuale all'interno delle amministrazioni pubbliche» che adegueranno «i propri sistemi di monitoraggio e controllo interno, individuando specifici indicatori per la verifica dell'impatto sull'efficacia e sull'efficienza dell'azione amministrativa, nonché sulla qualità dei servizi erogati, delle misure organizzative adottate in tema di conciliazione dei tempi di vi-

(23) Adeguandosi alla l. n. 76 del 2016: art. 49, contratto funzioni centrali; art. 50; contratto sanità; art. 48, contratto funzioni locali; art. 19, comparto Istruzione e Ricerca.

(24) In proposito, vd. Calafà 2012; Brollo 2017, 1404-1405. Per una conferma ulteriore, si confronti il punto 2.9 dell'Atto di indirizzo del ministero della Pubblica Amministrazione per il rinnovo della contrattazione collettiva, che segue il punto 2.5. dello stesso atto di indirizzo.

ta e di lavoro dei dipendenti, anche coinvolgendo i cittadini, sia individualmente, sia nelle loro forme associative».

L'art. 14 e la direttiva n. 3/2017 hanno a oggetto «l'organizzazione del lavoro finalizzata a promuovere la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro dei dipendenti». Nel sistema regolativo generato dall'art. 14 della l. n. 125/2015 e confermato dalla direttiva n. 3/2017 (vd. nota 7), sono indiscutibili la centralità della misura organizzativa e la moltiplicazione delle iniziative degli strumenti di regolazione «altri» (convenzioni, accordi con altre pubbliche amministrazioni) al fine di conciliare i tempi di vita e di lavoro dei dipendenti. Gli attori riconosciuti di questo sistema sono – con ruoli diversi – i dirigenti, l'Oiv e il Cug (25), che, come recitano le Linee guida in materia di promozione della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro «nell'ambito dei loro compiti propositivi, consultivi e di verifica […] contribuiscono attivamente all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico, migliorando l'efficienza delle prestazioni collegata alla garanzia di un ambiente di lavoro caratterizzato dal rispetto dei princìpi di pari opportunità, di benessere organizzativo e dal contrasto di qualsiasi forma di discriminazione e di violenza morale o psichica per i lavoratori» (pp. 3 e 4).

Qual è il ruolo del sindacato in questo contesto? La risposta è già tracciata nel testo della direttiva n. 3/2017, ma deve essere letta in raccordo con i contenuti dei contratti di comparto da poco siglati definitivamente. Questa domanda merita una risposta chiara per Rsu e Rsa nel momento dell'apertura dei tavoli della contrattazione decentrata.

Nelle proposte metodologiche per l'attivazione del lavoro agile, che rappresentano la seconda parte delle Linee guida citate, il processo di progettazione del lavoro agile si apre con la costituzione di un gruppo di lavoro interno composto da membri dell'amministrazione con esperienza in materia che supportino l'amministrazione nell'avvio della sperimentazione e nella fase di valutazione e di monitoraggio. Il processo termina con la predisposizione di un documento programmatico sul lavoro agile da trasmettere ai sindacati, «recante la definizione di alcuni degli aspetti più importanti che andranno a connotare il lavoro agile, quali, ad esempio: le attività ammesse al lavoro agile; i criteri di preferenza da utilizzare in caso di un numero di richieste superiore alla percentuale di dipendenti che, sulla base della normativa vigente, possano avere accesso a forme di lavoro agile; la disciplina sulle fasce di contattabilità; la definizione dei criteri per verificare l'attività resa a distanza».

---

(25) L'Organismo indipendente di valutazione (di seguito, Oiv); i Comitati unici di garanzia (d'ora in poi Cug), sui quali vd. *infra*, par. 3.

2.2. — … *e partecipazione sindacale* — Per la gestione delle relazioni sindacali, le linee guida proseguono indicando che nel ricorso al lavoro agile «per gli aspetti connessi alle determinazioni degli uffici è richiesta la sola informativa sindacale, mentre per i profili concernenti i rapporti di lavoro non potrà prescindersi dalle altre forme di partecipazione sindacale previste o dalla contrattazione laddove rientri nelle materie di competenza della stessa. *In assenza di una disciplina contrattuale in materia che preveda le modalità e gli istituti della partecipazione sindacale*, si ritiene che, limitatamente alle misure riguardanti i rapporti di lavoro, sia comunque opportuno un confronto preventivo con i sindacati» (in base all'art. 5, c. 2, e all'art. 40, c. 1, del d.lgs. n. 165/2001, corsivo di chi scrive).

Si impone, a questo punto, un primo sguardo ai contenuti dei contratti di comparto e una riflessione doverosa sugli organismi di partecipazione collettiva a partire dal tema del lavoro agile orientato alla conciliazione vita-lavoro al fine di verificare la portata del disposto appena citato delle linee guida.

Non è un caso che ciascuno dei contratti di comparto siglati definitivamente nel 2018 sotto il titolo «Relazioni sindacali» contenga un articolo specificamente dedicato a un nuovo Organismo paritetico per l'innovazione (26). Pur con sfumature diverse, l'organismo paritetico interviene in via consultiva su tutto ciò che «abbia una dimensione progettuale, complessa e sperimentale, di carattere organizzativo dell'Azienda o Ente». La formula più decisa è contenuta nel contratto funzioni centrali, che aggiunge che l'organismo «è la sede in cui si attivano stabilmente relazioni aperte e collaborative su progetti di organizzazione e innovazione, miglioramento dei servizi, promozione della legalità, della qualità del lavoro e del benessere organizzativo – anche con riferimento alle politiche formative, al lavoro agile e alla conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, alle misure di prevenzione dello stress lavoro-correlato e di fenomeni di *burnout* – al fine di formulare proposte all'amministrazione e alle parti negoziali della contrattazione integrativa».

Proprio con riguardo al legame-lavoro agile e conciliazione vita-lavoro si trova traccia precisa di un significativo cambiamento. L'assetto regolativo successivo all'approvazione del d.lgs. n. 75/2017 «supera il divieto di estendere le modalità del coinvolgimento al di là della sola informazione […] istituite e regolate dai contratti collettivi nazionali» e conferma un «rinnovato impulso al coinvolgimento della rappresentanza sindacale nel-

(26) Art. 6, contratto di comparto Funzioni centrali e Funzioni locali; art. 7, contratto di comparto Sanità; art. 9, comparto Istruzione e Ricerca.

l'esercizio del potere dell'organizzazione», assumendo una particolare valenza nella «prospettiva […] dell'affermarsi di una visione del potere organizzativo dirigenziale più attenta alla sua dimensione funzionale, collegata alla gestione delle risorse umane, che a quella strutturale, riferibile all'organizzazione degli uffici» (27).

Il tasto *rewind* è stato, quindi, premuto, e le opinioni dottrinali da subito si manifestano come non perfettamente coincidenti. Il rinvio ai contratti collettivi nazionali e integrativi contenuto nella direttiva n. 3/2017, per una parte della dottrina, aumenta la percezione del rischio di sconfinamento della dirigenza dall'ambito organizzativo a quello della disciplina del rapporto di lavoro. Con la finalità di attutire questi potenziali effetti negativi sulla contrattazione collettiva, si propone l'adozione di un contratto collettivo quadro sul lavoro agile (28) «che argini e contenga l'irrefrenabile propensione delle amministrazioni a espandere i confini delle proprie prerogative unilaterali dilatando i contenuti dell'attività di organizzazione, rispetto alla quale si possono prevedere, al più, forme di partecipazione sindacale». Ma non si deve negare che, d'altra parte, come scrive la dottrina (29), proprio la riproposizione di una gestione partecipata delle risorse umane «rischia di mettere seriamente in discussione l'esercizio autonomo e indipendente delle prerogative datoriali, così come richiesto dall'art. 4, comma 2, d.lgs. n. 165/2001».

Come a dire che la sfida è stata lanciata dal legislatore ai sindacati e alla contrattazione nella p.a., «entrambi tristemente complici di modelli partecipativi egoistici, orientati al soddisfacimento "sbilanciato" di meri interessi personali o di piccoli gruppi fidelizzati, in presenza di una parte datoriale sempre più debole e sempre meno autorevole» (30).

3. — *Conclusioni* — La rilegittimazione del d.lgs. n. 75/2017 di forme di partecipazione sindacale o, meglio, l'esclusione del divieto precedentemente in vigore, da parte della contrattazione collettiva, consente di affrontare la questione della riprogettazione degli organismi interni della p.a. chiamati alla costruzione del progetto di lavoro agile collegato alla conciliazione vita-lavoro. A partire da queste riflessioni ci si collega alle scelte effettuate dal legislatore nel 2010 in occasione dell'approvazione della l. n. 183, cd. Collegato lavoro, per le quali la dottrina già segnalava la sottrazio-

(27) Ales 2018, 52.
(28) Cfr. Spinelli 2018, 136-137.
(29) Ales 2018, 53.
(30) *Ibidem*; si rinvia anche a Magri 2018.

ne da parte della legge e delle direttive ministeriali della competenza regolativa della contrattazione collettiva, e non solo l'unificazione delle competenze dei comitati confluiti nell'acronimo Cug (31).

È arrivato il momento di approfondire la questione delle competenze specifiche in materia. Come recita l'art. 57 del d.lgs. n. 165 del 2001, comma 3, il «Comitato unico di garanzia, all'interno dell'amministrazione pubblica, ha compiti propositivi, consultivi e di verifica e opera in collaborazione con la consigliera o il consigliere nazionale di parità. Contribuisce all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico, migliorando l'efficienza delle prestazioni, collegata alla garanzia di un ambiente di lavoro caratterizzato dal rispetto dei princìpi di pari opportunità, di benessere organizzativo e dal contrasto di qualsiasi forma di discriminazione e di violenza morale o psichica per i lavoratori».

L'attenzione nella specifica materia non può che enfatizzare il diverso contesto organizzativo delle amministrazioni pubbliche che – dopo l'art. 21, l. n. 183/2010 (32) – si sono dotate di specializzati comitati Cug, chiamati istituzionalmente a operare, con alterne fortune, nella redazione e attuazione di politiche di conciliazione vita-lavoro per gli enti di appartenenza, attuando piani triennali obbligatori di azioni positive (33). E occorre ricordare che l'esperienza applicativa delle regole del 2010 ha esteso l'attività dei Cug al benessere organizzativo perché «l'attenzione per il benessere psicofisico si spinge oltre e non prende in considerazione

(31) Cfr. Corazza 2012, 154.

(32) La legge n. 183/2010, all'art. 21, interviene modificando gli articoli 1, 7 e 57 del d.lgs. n. 165/2001 nel modo seguente. All'articolo 1, comma 1, la lettera *c*, «Finalità e ambito di applicazione», è sostituita dalla seguente: «c) realizzare la migliore utilizzazione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni, assicurando la formazione e lo sviluppo professionale dei dipendenti, applicando condizioni uniformi rispetto a quelle del lavoro privato, garantendo pari opportunità alle lavoratrici e ai lavoratori nonché l'assenza di qualunque forma di discriminazione e di violenza morale o psichica». L'art. 7, rubricato «Gestione delle risorse umane», risulta modificato nel modo seguente: «Le pubbliche amministrazioni garantiscono parità e pari opportunità tra uomini e donne e l'assenza di ogni forma di discriminazione, diretta e indiretta, relativa al genere, all'età, all'orientamento sessuale, alla razza, all'origine etnica, alla disabilità, alla religione o alla lingua, nell'accesso al lavoro, nel trattamento e nelle condizioni di lavoro, nella formazione professionale, nelle promozioni e nella sicurezza sul lavoro. Le pubbliche amministrazioni garantiscono altresì un ambiente di lavoro improntato al benessere organizzativo e si impegnano a rilevare, contrastare ed eliminare ogni forma di violenza morale o psichica al proprio interno». Tutti gli articoli citati non risultano modificati dal 2010.

(33) Vd., da ultimo, Ferrara 2017.

solo la degenerazione delle disfunzionalità organizzative in fenomeni di vera e propria vessazione o persecuzione» (34).

Di fianco al blocco della contrattazione collettiva e alla riduzione dei margini per la partecipazione sindacale dopo il 2009, si è sviluppata una ricca esperienza che lega innovazione sociale e organizzativa nella p.a. Non è un caso che proprio il *Forum* dei Cug costituito a livello nazionale abbia protestato nei confronti delle scelte effettuate a livello contrattuale – direttamente con i sindacati e con Aran – segnalando il vincolo normativo sull'attività dei Comitati, la situazione di sovrapposizione di competenze e raddoppio degli organi che esercitano le medesime funzioni, con impatto in termini di razionalità ed economicità delle scelte effettuate. Senza dimenticare la questione della diversa composizione del Cug e dell'Organismo di origine contrattuale, per partecipare al quale non è richiesta nessuna competenza specifica nelle materie trattate a differenza da quanto previsto per il Cug. Con riguardo alla sua composizione (35), inoltre, «è ribadito che il criterio legale della maggiore rappresentatività a livello di amministrazione (art. 57, comma 2, d.lgs. n. 165/2001) deve essere interpretato in conformità alle Linee guida del 2011 (36), in cui si specifica che il Cug è formato da componenti designati da ciascuna delle organizzazioni sindacali rappresentative ai sensi degli articoli 40 e 43 del d.lgs. n. 165/2001». Il Gruppo di lavoro (costituito dalle stesse Linee guida) «precisa che è ininfluente il dato della sottoscrizione del Ccnl, rilevando solo il dato della rappresentatività (non inferiore al 5%, considerata la media tra il dato associativo e il dato elettorale) come individuato dall'Aran».

Nella scelta delle associazioni sindacali che hanno diritto a designare un proprio componente è prevalsa, quindi, un'interpretazione ampia, poiché si considera la rappresentatività collegata alle ammissioni alle trattative negoziali. Questa interpretazione estende la platea dei potenziali componenti sindacali ed è garanzia di pluralismo. Questa stessa scelta può rendere più complessa la dialettica all'interno dei Cug e il relativo concreto funzionamento. Di certo, dopo la costituzione dell'Organismo per l'innovazione, oltre al raddoppio degli organismi, che crea sicura

(34) Corazza 2012, 154; sulla questione dei rischi psico-sociali anche nella p.a.: Balandi, Calafà 2012.

(35) Cfr. Ferrara 2017, 168.

(36) Linee guida sulle modalità di funzionamento dei «Comitati unici di garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni» (art. 21, legge 4 novembre 2010, n. 183).

confusione, si deve, anche, notare che i futuri organismi per l'innovazione avranno una composizione ristretta ai soli firmatari del contratto di comparto, creando limiti al pluralismo rappresentativo per tematiche che riguardano – potenzialmente – l'intera amministrazione (37).

A prescindere dalle criticità del funzionamento dei Cug, che in questa sede non si intende negare (38), il problema segnalato è reale. Da una parte, la Corte dei conti in sede di controllo del contratto di comparto funzioni centrali segnala che «le competenze di tale organismo in taluni casi […] potrebbero sovrapporsi a quelle già spettanti al Comitato unico di garanzia (Cug), istituito dall'art. 57, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001. Appare, pertanto, opportuno, ad avviso della Corte, che la predetta discrasia venga superata attraverso la sottoscrizione di un'ulteriore dichiarazione congiunta, volta a precisare, in sede di attuazione del citato art. 6, [che] dovrà essere evitata ogni interferenza tra [le competenze del]l'organismo paritetico e quelle proprie del Cug» (39). Senza dimenticare – aggiungiamo in questa sede – che uguali disposizioni che prevedono gli stessi organismi sono contenute nelle ipotesi di rinnovo degli accordi per la dirigenza rendendo certa una proliferazione davvero eccessiva di nuovi organismi per l'innovazione.

La confusione delle competenze è un'ipoteca sulle potenzialità di progettazione e di sviluppo del lavoro agile, della conciliazione vita-lavoro, cui è collegato dal legislatore, insieme al benessere dei lavoratori e delle lavoratrici, il tema con cui ha condiviso fino a oggi le sedi di confronto (vd. art. 6 contratto di comparto Funzioni centrali; la stessa dicitura non compare negli altri contratti, in cui sono presenti, comunque, formule normative aperte del tipo «anche in riferimento alle politiche di conciliazione»). Un'ipoteca che tutti gli attori devono considerare attentamente alle soglie della XVIII legislatura.

---

(37) Inail, Inps e Corte dei conti risultano aver già nominato i componenti dell'Organismo.

(38) Per una rassegna, vd. Ferrara 2017.

(39) Corte dei conti, pronuncia 23.3.2018, Sezioni Unite in sede di controllo, ipotesi di contratto collettivo nazionale di lavoro relativo al personale del comparto Funzioni centrali triennio 2016-2018. Stesse posizioni sono state espresse nei confronti degli altri contratti di comparto. Si rinvia al sito *http://www.corteconti.it/attivita/uffici_centrali/sezioni_riunite_sede_controllo/contratti_collettivi*.

Riferimenti bibliografici

Ales E. (2018), *L'esercizio partecipato del potere di organizzazione*, in Esposito M. *et al.* (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. n. 74 e 75 del 25 maggio 2017 (cd. riforma Madia)*, Giappichelli, Torino, 41 ss.

Balandi G.G., Calafà L. (a cura di) (2012), *Il rischio psico-sociale nel lavoro. Un'analisi comparata*, in *LD*, 179 ss.

Brollo M. (2017), *Un quarto di secolo dopo, le trasformazioni del lavoro a tempo parziale*, in *ADL*, I, 1382.

Calafà L. (2012), *Il contratto di lavoro a tempo parziale*, in Brollo M. (a cura di), *Il mercato del lavoro*, Cedam, Padova, 1195 ss.

Calafà L. (2013), *Pari opportunità e patti sociali di genere: esperienze a confronto*, in *Aeroporto sui generis. Il Patto sociale di genere della Cittadella aeroportuale di Bari*, Cacucci, Bari, 119 ss.

Calafà L. (2014), *La delega alla conciliazione dei genitori al tempo dell'austerity*, in Carinci F. (a cura di), *La politica del lavoro del governo Renzi Atto II*, Modena, Adapt University Press, 145 ss.

Calafà L. (2016), *Le misure di conciliazione vita-lavoro: un quadro di sintesi*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario breve alla riforma* «Jobs Act», Cedam, Padova, 693 ss.

Calafà L. (2018), *Le riforme della scuola e del lavoro: questioni di «giustizia strategica»*, in *LD*, 35 ss.

Caruso B. (2016), *«The Bright Side of the Moon»: politiche del lavoro personalizzate e promozione del welfare occupazionale*, in *RIDL*, I, 177 ss.

Casillo R. (2018a), La conciliazione tra tempi di lavoro e non lavoro, in Esposito M. *et al.* (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. n. 74 e 75 del 25 maggio 2017 (cd. riforma Madia)*, Giappichelli, Torino, 216 ss.

Casillo R. (2018b), *Competitività e conciliazione nel lavoro agile*, in *RGL*, I, 115 ss.

Casillo R., Tufo M. (2018), *Il lavoro agile (artt. 18-24, l. n. 81/2017)*, in Esposito M. *et al.* (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. n. 74 e 75 del 25 maggio 2017 (cd. riforma Madia)*, Giappichelli, Torino, 204 ss.

Corazza L. (2012), *Misure atte a garantire pari opportunità, benessere di chi lavora e assenza di discriminazioni nelle amministrazioni pubbliche*, in Nogler L., Marinelli M. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro. Commento alle disposizioni della l. n. 183/2010*, Utet, Torino, 143 ss.

Esposito M. *et al.* (2018), *Introduzione*, in Esposito M. *et al.* (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni*

della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. n. 74 e 75 del 25 maggio 2017 (cd. riforma Madia), Giappichelli, Torino, 1 ss.

Ferrara M.D. (2017), *Pari opportunità ed effettività delle tutele nel lavoro pubblico*, in Bonardi O. (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, Roma, 157 ss.

Fontana G. (2015), *Contrattazione e partecipazione nel nuovo assetto di disciplina del lavoro nelle p.a.: quali prospettive dopo la terza riforma (e in attesa della quarta)?*, in *LPA*, 397 ss.

Gaeta L., Pascucci P. (a cura di) (1998), *Telelavoro e diritto*, Giappichelli, Torino.

Guazzarotti A. (2018), *Giustizia costituzionale e regime economico: fluidificare o resistere?*, in *LD*, 55 ss.

Magri M. (2018), *Giurisprudenza costituzionale e fallimenti della «riforma» del lavoro pubblico*, in *LD*, 113 ss.

Nicosia G. (2015), *Le relazioni sindacali che verranno: riflessioni e questioni sul ruolo degli attori negoziali in sede decentrata nel disegno di riforma Renzi-Madia*, in *LPA*, 633 ss.

Nogler L. (2000), *Il telelavoro a domicilio*, in Schlesinger P. (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano.

Orlandini G. (2018), *Legge, contrattazione collettiva e giusta retribuzione dopo le sentenze 51/2015 e 178/2015*, in *LD*, 7 ss.

Sartori A. (2018), *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione*, in Zilio Grandi G., Biasi M. (a cura di), *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam-Kluwer, Padova, 471 ss.

Spinelli C. (2018), *Il lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni*, in *RGL*, 127 ss.

Zoppoli L. (2018), *Perché una quarta riforma del lavoro pubblico?*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 366.

Abstract

Il contributo è dedicato alle potenzialità e ai limiti dell'innovazione sociale e organizzativa nella pubblica amministrazione a seguito delle più recenti riforme in materia. In particolare, si sofferma sulle regole dedicate al lavoro agile e alle esigenze di conciliazione vita-lavoro, e sui collegamenti tra queste e le nuove regole dei contratti collettivi approvate nel 2018 che introducono nuovi organismi di partecipazione sindacale.

Apparent marginality: organizational innovation in the public administration under the new government

The paper is dedicated to the analysis of the potential and limitations of social and organizational innovation in the Public Administration after its latest legislative reforms. In particular, it focuses on regulations concerning «smart work» and work-life balance in the light of their connections between these and the new Collective Agreements Regulations adopted in 2018 providing for new Collective Representation Bodies.

Elisa D'Alterio (*)

DALL'AMMINISTRAZIONE DI RISULTATO ALL'AMMINISTRAZIONE «PERFORMANTE»: STORIA DI PARADOSSI IN TEMA DI PUBBLICO IMPIEGO

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. L'amministrazione di risultato: tra principio e modello. — 2.1. I nodi del modello. — 3. L'amministrazione «performante» e la sua valutazione. — 3.1. La «*performance*»: una nuova dimensione? — 4. Il «circolo vizioso» della valutazione della dirigenza pubblica. — 5. Conclusioni.

1. — *Introduzione* — Sulla misurazione e valutazione delle *performance* nelle pubbliche amministrazioni esistono studi numerosi ed eterogenei. Molti di questi riguardano l'analisi degli strumenti di valutazione da un punto di vista aziendale (1); altri i riflessi della disciplina sulla gestione del lavoro pubblico (2); altri ancora l'esame più specifico della cd. «riforma Brunetta» (3); pochi altri la relazione tra tali attività e il sistema dei controlli nelle pubbliche amministrazioni (4). Di un tale assetto sono ormai abbastanza chiari i contenuti – peraltro, non particolarmente innovati dalla più recente riforma (5) –, il funzionamento e i principali effetti; meno chiari appaiono, ancora oggi, le finalità effettive di queste attività e i loro riflessi sulla configurazione dell'amministrazione e sul personale ivi impiegato.

La nozione di «*performance*» è tanto efficace quanto fuorviante: è efficace perché identifica esattamente l'oggetto delle attività di misurazione e valutazione; è fuorviante perché induce a ritenere che la «*performance*» stessa (o, meglio, la sua premiazione) sia anche il fine delle predette attività. Inoltre, tale nozione si basa, a sua volta, su quella di «risultato», il cui significato si scontra, tuttavia, con alcuni aspetti ormai consolidati della disci-

(*) Professoressa associata di Diritto amministrativo presso il dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Catania.

(1) Si cfr. Hinna, Valotti 2010.

(2) Si vd. Talamo 2009, 469; più recentemente, Esposito *et al.* 2018, e ivi spec. Nicosia, 329 ss.

(3) Si cfr. Fracchia 2011.

(4) Si consenta il rinvio a D'Alterio 2017, 570 ss.

(5) Si tratta delle modifiche apportate con il decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 74.

plina e delle attività della dirigenza pubblica. Queste sottili forme di «inganno» innescano una serie di (note) questioni: che senso ha valutare i vertici amministrativi se sono comunque soggetti a *spoils system*? Perché misurare e valutare la *performance* dei funzionari dal momento che la parte di retribuzione accessoria collegata alla cd. «produttività» corrisponde, in genere, a un importo irrisorio?

Questi sono soltanto alcuni esempi di falsi problemi sul tema. A tal riguardo, sarebbe utile provare a esaminare le ragioni per cui ancora questo ambito risulta caratterizzato da alcuni «miti», rilevanti disfunzioni, conseguenze paradossali. A questo fine, la presente analisi parte dall'esame della nozione e degli studi sulla cd. «amministrazione di risultato», a cui è collegata la disciplina della misurazione e valutazione delle *performance* (par. 2), segue con l'approfondimento di tale disciplina e di alcuni aspetti paradigmatici della sua evoluzione (par. 3), identifica quindi alcune tendenze in atto di difficile soluzione (par. 4), per poi giungere alle conclusioni (par. 5).

2. — *L'amministrazione di risultato: tra principio e modello* — Negli anni novanta (ma, probabilmente, anche già alla fine degli anni settanta) (6), l'espressione «amministrazione di risultato» o anche, nella versione anglosassone, «amministrazione *performance-oriented*» è entrata nel linguaggio corrente delle pubbliche amministrazioni (7). Il suo sviluppo è arrivato al punto di riconoscere in tale nozione un principio generale, quasi alla stregua di quelli di buon andamento, efficienza, efficacia dell'azione amministrativa. Questa definizione ha alimentato interessanti questioni circa, ad esempio, la possibilità di concepire una «legalità di risultato», il riconoscimento di una natura giuridica degli obiettivi, l'applicazione di diritti e garanzie in procedimenti sottoposti a cd. livelli attesi, e così via (8).

L'individuazione di risultati a cui orientare l'azione amministrativa, attraverso innanzitutto la fissazione di obiettivi, risponde all'esigenza di misurare l'attività amministrativa e, più precisamente, di attestare il livello di lavoro (produzione di beni e servizi) ed efficienza (rapporto tra risorse impiegate e risultati ottenuti) delle pubbliche amministrazioni (9). Tale esi-

(6) Romano Tassone 2001, 815 ss.

(7) Cammelli 2003, 107 ss.

(8) Perfetti 2008, 167 ss.; Immordino, Police 2004, *passim*; Spasiano 2003, *passim*; Perongini 2003, *passim*.

(9) Così, il *Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato*, trasmesso alle Camere il 16 novembre 1979, ripubblicato in *RTDP*, 1982, 715 ss. (cd. Rapporto Giannini).

genza si lega, a sua volta, all'interesse pubblico generale di verificare se l'uso delle risorse pubbliche (incluse quelle umane) sia avvenuto in modo efficiente ed efficace. Trattasi di una tipologia di controllo diversa da quella del controllo di legittimità (come i controlli della Corte dei conti) o di regolarità amministrativa e contabile (come i controlli dei revisori legali, degli ispettori di finanza pubblica ecc.), volti a verificare, invece, se la previsione di uso della risorsa pubblica, o il suo uso, rispetti determinati parametri e regole.

Queste indicazioni fanno emergere alcuni dati interessanti circa la complessità della nozione in esame. La definizione di principio generale si scontra, infatti, con la definizione di funzione di controllo, a cui sembrano in verità riconducibili le attività di misurazione e valutazione dei «risultati» nelle pubbliche amministrazioni, disciplinate a partire dagli anni novanta. La nozione di «amministrazione di risultato» non identifica, quindi, né una tipologia di amministrazione, né propriamente un principio (10): «se vogliamo, continuiamo pure a parlare di amministrazione di risultati. A condizione, però, di essere avvertiti che – a rigore – la formula è imprecisa e può servire come la teoria del flogisto: inutile per sé, ma efficace per le ricerche che stimolò» (11).

Tuttavia, non è possibile trascurare come l'introduzione di attività di misurazione e valutazione dell'azione amministrativa abbia gradualmente determinato una trasformazione organizzativa delle amministrazioni, secondo un modello, in verità, molto preciso (12). Tale modello implica, differentemente da un più lontano passato, l'obbligo per le amministrazioni di definire obiettivi non più soltanto in termini economico-finanziari, ma anche in termini strategici e gestionali, attraverso l'adozione di appositi piani o programmi o direttive o altre forme di programmazione su molteplici aspetti (definizione del fabbisogno di personale, previsione di acquisti di beni e servizi, realizzazione di lavori e opere pubbliche, determinazione della qualità dei servizi pubblici ecc.). In questo senso, l'amministrazione di risultati è un modello organizzativo che caratterizza, ormai da tempo e in modo trasversale, il funzionamento di tutte le pubbliche amministrazioni.

2.1. — *I nodi del modello* — Tuttavia, l'applicazione di tale modello ha ingenerato negli anni alcune false convinzioni, peraltro assecondate (o, an-

(10) Corso 2003, *passim*.

(11) Cassese 2004, 941.

(12) Sugli sviluppi recenti del cd. *New public management*, Di Mascio, Natalini 2018, *passim*.

cora prima, alimentate) da una produzione normativa con contenuti non sempre coerenti.

Una prima falsa convinzione è quella per cui l'espletamento di attività di valutazione nelle pubbliche amministrazioni dovrebbe attuare un principio di meritocrazia nella gestione del pubblico impiego, che andrebbe a sua volta tradotto nella determinazione di premi o irrogazione di sanzioni nei confronti dei dipendenti. Tale convinzione prende le mosse da un periodo in cui i controlli gestionali e le altre forme di valutazione erano pressoché sconosciuti nel settore pubblico. Era un contesto in cui la differenziazione e il merito, invece di essere considerati elementi strutturali del funzionamento dell'amministrazione, venivano ritenuti finalità generali da attuare con cd. strumenti premianti: «Se un desiderio io credo di poter esprimere con convinzione profonda, è quello che si abbia il coraggio in qualsiasi riforma finanziaria di mantenere […] forme di retribuzioni straordinarie (medaglie di presenza, gratificazioni, compensi per lavoro straordinario) […] queste forme di retribuzione sono l'unico modo col quale è consentito differenziare, sia pur molto lievemente, la posizione dell'impiegato che dà tutta la sua attività all'ufficio e di quegli che dedica tutto sé stesso a forme di attività professionale o commerciale più lucrose, considerando l'ufficio come un semplice *pied-a-terre*» (13).

Il collegamento tra le attività di misurazione e valutazione e l'assegnazione di premi o l'irrogazione di sanzioni ha sempre rappresentato un punto delicato della disciplina. Tale collegamento trae origine, in verità, dalla realtà privata aziendale. In questo contesto, infatti, la valutazione ha il fine sia di incentivo nei confronti del singolo, sia di impulso alla produzione, sia di remunerazione. Nel settore pubblico, invece, l'attività di valutazione ha precisi fini, che non possono coincidere perfettamente con quelli del settore privato. Tale coincidenza è impedita soprattutto da un dato strutturale: nelle pubbliche amministrazioni, a differenza che nelle aziende private, le risorse sono, per così dire, «calate dall'alto», in quanto disposte nella legge di bilancio e distribuite nel rigoroso rispetto dei vincoli imposti dalla legislazione finanziaria nazionale ed europea. Soltanto una piccola parte di risorse sono direttamente «prodotte» dalle amministrazioni (specialmente da quelle che erogano servizi finali), ma difficilmente le stesse possono essere definite nei termini di «profitto», così come avviene nella realtà di mercato.

Mentre, quindi, in una impresa la funzione principale della valutazione è quella di attuare una corretta politica di gestione delle risorse umane

(13) Jemolo 1919, 222.

nell'ambito del sistema aziendale, nel settore pubblico l'esigenza primaria è diversa: la valutazione è una forma di controllo gestionale su come sono usate le risorse (a partire da quelle umane), al fine di rendere conto su come opera l'amministrazione rispetto agli indirizzi impartiti dal Governo e, a sua volta, su come opera il Governo rispetto ai generali contenuti del suo mandato (per questo secondo aspetto, la disciplina dei controlli gestionali è ancora, però, soltanto a uno stadio embrionale) (14). Questa finalità principale delle attività di misurazione e valutazione nelle pubbliche amministrazioni non esclude, naturalmente, altri rilevanti fini quali quelli del miglioramento organizzativo e del più efficiente uso delle risorse pubbliche (incluse quelle umane). Da queste precisazioni si ricava come la previsione di cd. premi e l'irrogazione di sanzioni (si pensi al cd. licenziamento per scarso rendimento, che corrisponde a una sanzione disciplinare) (15) vadano più correttamente considerate come possibili effetti delle attività di valutazione, ma non come fini.

La seconda falsa convinzione è relativa alla possibilità che possa esservi un'amministrazione senza obiettivi (se c'è una amministrazione di risultato, c'è anche un'amministrazione non di risultato). Al riguardo, bisogna riconoscere che la programmazione strategico-gestionale si è sviluppata nel settore pubblico soltanto in tempi recenti (16). Questo farebbe pensare che nel passato le amministrazioni riuscivano a operare anche in assenza di obiettivi strategico-gestionali. Tuttavia, tale convinzione si fonda su una idea restrittiva di obiettivo e, più in generale, della stessa azione amministrativa (17). Ad esempio, già nella seconda metà dell'Ottocento, quando si discuteva del disegno di legge sugli impiegati civili presentato da Agostino Depretis (18), tra i diversi orientamenti ispirati o al modello inglese (idea del funzionario incaricato, espressione della volontà della maggioranza del Parlamento) o a quello tedesco (funzionario quale servitore

(14) Certamente, il sistema italiano è ancora lontano dal modello inglese, dove i risultati dei controlli, raccolti ed elaborati dal *National Audit Office*, sono utilizzati proprio al fine dell'esercizio del controllo parlamentare (attraverso il *Committee of Public Accounts*) sul Governo e sulle pubbliche amministrazioni. Sul punto, si consulti *www.nao.org.uk/about-us/*.

(15) Articolo 55-*quater*, c. 1, lett. *f-quinquies*, d.lgs. n. 165/2001.

(16) Sulla nozione e rilevanza della programmazione nel settore pubblico, si rinvia a Giannini (1977, 278 ss.), che evidenzia come al riguardo «i nomi hanno prevalso sulla realtà», ritenendo che molti atti definiti «programmi», in verità, non costituiscano effettiva programmazione.

(17) Sul punto, si ricorda il noto dibattito sui caratteri della cd. «discrezionalità efficiente»: tra tutti, Calandra 1987, 157.

(18) Il disegno di legge risale al 22 dicembre 1876.

dello Stato) emergeva, in ogni caso, la necessità di «imparzialità, speditezza e fruttuosità» (oggi si direbbe produttività) dell'azione amministrativa, garantendo che la stessa fosse svolta da «ufiziali stabili, indipendenti in certi limitati confini e responsabili verso il potere politico» (19).

Anche senza andare troppo in là nel tempo, è possibile ricordare che il d.P.R. 30 giugno 1972, n. 748, adottato in un periodo in cui ancora le pubbliche amministrazioni non predisponevano atti di programmazione strategico-gestionale *stricto sensu*, ha riconosciuto, all'art. 19, una cd. «responsabilità di risultato» in capo ai dirigenti che non garantiscano il buon andamento (20). In particolare, la norma, tuttora vigente, distingue tra l'osservanza degli indirizzi del vertice politico, il rispetto delle norme, il «conseguimento dei risultati dell'azione degli uffici cui sono preposti». Mentre i due primi aspetti si riferiscono alla necessaria conformità dell'azione dirigenziale a norme e direttive politiche, il terzo aspetto presuppone un differente parametro: non la conformità alla norma o all'indirizzo, ma la produzione di risultati anche in assenza di obiettivi specifici e codificati.

Infine, la terza falsa convinzione si basa sulla presupposta corrispondenza tra obiettivo e risultato. Di questa tendenza sono prova i numerosi casi in cui gli obiettivi dei dirigenti pubblici vengono formulati in termini di meri adempimenti (ad esempio, tenere «x» riunioni al mese), talvolta persino previsti dalla stessa legge (ad esempio, garantire una tempestiva pubblicazione dei dati previsti nel d.lgs. n. 33/2013). Questo approccio non solo costituisce una cattiva prassi, ma è anche frutto di un incredibile paradosso. Il «risultato» dovrebbe essere l'indice della capacità e del grado di realizzazione di una strategia da parte del dirigente, espressa appunto attraverso l'obiettivo (o più obiettivi). Di conseguenza, un risultato discreto potrebbe anche non corrispondere al raggiungimento pieno dell'obiettivo e potrebbe essere, teoricamente, valutato persino in modo positivo, se comunque lo stesso soddisfa le esigenze alla base di una certa strategia o è stato prodotto con modalità efficienti.

Tuttavia, anche in questo caso, la normativa vigente contribuisce alla confusione e porta a ritenere che la valutazione debba essere o «bianca» o «nera». Un esempio riguarda la cd. validazione che l'Organismo indipendente di valutazione (di seguito, Oiv) deve effettuare sulla relazione della *performance* contenente la rendicontazione, da parte dell'ammini-

(19) Tali indicazioni sono tratte da Faucci 1975, 76-77, che cita a sua volta Baer 1874.

(20) Si cfr. Rusciano 1998, 387.

strazione, relativa agli esiti delle attività di misurazione e valutazione. La validazione può essere approvata oppure negata, ma non prevede vie di mezzo (21). Ancora più significativa è, altresì, la difficoltà per gli stessi Oiv di presentare proposte di valutazione dei vertici amministrativi che dichiarino il non totale raggiungimento degli obiettivi (22). La mancata attestazione del «100%» nella valutazione sul raggiungimento dell'obiettivo, in rapporto al relativo indicatore, è interpretata come un dato radicale e, soprattutto, ostativo rispetto al conseguimento del premio pieno (che per la dirigenza pubblica corrisponde alla piena indennità di risultato). Ulteriore esempio è, infine, la disciplina della responsabilità dirigenziale oggi ricondotta, *ex* art. 21, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001, al mancato conseguimento degli obiettivi genericamente intesi, e non – più precisamente e come dovrebbe essere – alla produzione di risultati valutati in modo negativo (23).

Questo breve elenco di nodi dimostra come la disciplina attuale delle attività di misurazione e valutazione nel settore pubblico non sia nata «sotto una buona stella», ma, al contrario, in un contesto segnato da una nozione ingannevole (quella di amministrazione di risultato) e da numerosi e conseguenziali fraintendimenti.

3. — *L'amministrazione «performante» e la sua valutazione* — La disciplina normativa della «amministrazione di risultato» e, dunque, della valutazione nel settore pubblico si è sviluppata soprattutto a partire dagli anni novanta. Il d.lgs. n. 286/1999 (il cui modello è stato poi ripreso anche nel Testo Unico degli enti locali del 2000) ha introdotto un modello di controlli gestionali funzionale alla promozione dell'*accountability* interna nei rapporti tra organo di vertice politico e alta amministrazione, e ha previsto che i controlli fossero svolti tutti da soggetti interni (uffici del controllo interno, nuclei di valutazione, dirigenti ecc.), in stretta combinazione con lo svolgimento delle attività di cd. «amministrazione attiva» (per cui il controllo si confondeva con quest'ultima) (24). Coerentemente con questa visione, è stato altresì previsto che le funzioni di coordinamento e monito-

(21) Art. 14, c. 4, lett. *c*, e c. 6, d.lgs. n. 150/2009.

(22) La proposta della valutazione dei vertici amministrativi da parte dell'Oiv è prevista dall'art. 14, c. 4, lett. *e*, d.lgs. n. 150/2009.

(23) In tema di responsabilità dirigenziale, anche con riferimento alla conferma, al recesso o alla revoca dell'incarico, esiste una vasta giurisprudenza: tra tutte, Cass. n. 2972/2017, S. civ., e più recentemente Cass. n. 2603/2018, S. civ. In tema di incarichi dirigenziali, si cfr. Pioggia 2007, D'Alessio 2000, 761.

(24) Sulla distinzione tra controllo e amministrazione attiva, Forti 1915, 607 ss.

raggio generale fossero svolte dalla Presidenza del Consiglio dei ministri, attraverso un apposito Comitato tecnico scientifico (Cts).

Al contrario, nel d.lgs. n. 150/2009 (attualmente modificato dal d.lgs. n. 74/2017) (25), il modello dei controlli gestionali è orientato a promuovere forme di *accountability* esterna (ossia nei rapporti tra pubbliche amministrazioni e collettività), sulla base di un processo prestabilito (Ciclo di gestione della *performance*). In tale meccanismo, pur operando soggetti interni alla amministrazione, sono garantiti criteri prestabiliti e trasparenti di valutazione (grazie alla predefinizione dei sistemi di misurazione e valutazione delle *performance*) e la terzietà del controllo svolto sull'intero processo (attraverso l'operato degli Organismi indipendenti di valutazione-Oiv, ossia soggetti terzi rispetto sia all'amministrazione, sia ai vertici politici). I poteri di indirizzo generale e di monitoraggio sui sistemi di controllo nelle amministrazioni erano stati originariamente affidati a un'autorità esterna indipendente (Civit), in linea con l'esigenza di garantire l'imparzialità della funzione di controllo dai condizionamenti del Governo (26). In questo senso, il d.lgs. n. 150/2009 ha operato la dovuta demarcazione tra il controllo (gestionale), l'indirizzo politico e l'amministrazione attiva.

3.1. — *La «*performance*»: una nuova dimensione?* — L'assetto introdotto dal d.lgs. n. 150/2009 si basa sull'emersione di una nuova dimensione dell'azione amministrativa, la cd. «*performance*». Si tratta di una nozione che, sebbene riconducibile alla più generale idea di «amministrazione di risultato», presenta caratteri molto più sofisticati. Per poterne comprendere la portata, sia consentito il riferimento alla fantasiosa descrizione – poi considerata persino alla base degli studi sulla natura multidimensionale dell'universo nella teoria delle superstringhe! – utilizzata da Edwin A. Abbott, nella sua nota opera del 1882, in relazione alle differenze tra Flatlandia e Spacelandia (27). Nel primo mondo, quello di Flatlandia, una sfera è percepibile solo in base a due dimensioni e apparirà sempre come un cerchio; nel secondo mondo, invece, quello di Spacelandia, dove sono percepibili le

(25) Sul d.lgs. n. 74/2017, si consenta il rinvio a D'Alterio 2017, 570 ss.

(26) A tal riguardo, si ricorda però che, a partire dall'entrata in vigore del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito in legge 11 agosto 2014, n. 114, le funzioni di indirizzo e monitoraggio in materia di misurazione e valutazione delle *performance* sono state trasferite dalla Civit (ormai Autorità nazionale anticorruzione-Anac) al ministero per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione – Dipartimento della funzione pubblica (art. 19, c. 9).

(27) Abbott 1966 (ed. it.).

tre dimensioni, la stessa sfera appare come un qualcosa di diverso, di maggiore complessità e compiutezza.

Il passaggio dalla disciplina degli anni novanta a quella dei controlli delle *performance*, introdotti nel 2009, segna – *mutatis mutandis* – il passaggio dal primo al secondo dei due «mondi». L'oggetto del controllo dell'azione amministrativa e, dunque, della valutazione si estende, infatti, a profili più complessi, pur indagando sempre le medesime attività amministrative. La *performance* è definita come «il contributo che l'organizzazione (o unità organizzativa o gruppo di individui o singolo individuo) apporta al raggiungimento delle finalità e degli obiettivi assegnati e, in ultima istanza, alla soddisfazione dei bisogni per i quali l'organizzazione stessa è stata costituita» (28). L'azione amministrativa, secondo questa nuova accezione, è considerabile (e di conseguenza valutabile) non solo in relazione al conseguimento di obiettivi e indirizzi strategici (controllo strategico) e al rapporto costi-risultati raggiunti (controllo di gestione), ma anche con riferimento ai più generali bisogni (della collettività) che giustificano l'esistenza di una data struttura amministrativa e, dunque, l'esercizio di determinate funzioni. Quest'ultimo profilo, unito agli altri, consente di guardare all'azione amministrativa in senso non più «autoreferenziale», ma in una prospettiva più ampia. Questa nuova impostazione è evidente nella nozione di cd. «*performance* organizzativa», dove una delle dimensioni più rilevanti è proprio quella rappresentata dalla «qualità e quantità delle prestazioni e dei servizi erogati» dall'amministrazione, e in rapporto ai quali va valutata la sua intera azione (29).

Questo nuovo approccio non è, però, privo di limiti e paradossi. Per esempio, non è semplice considerare, per tutte le funzioni amministrative, il peso riconoscibile al grado di soddisfazione della collettività (si pensi alla funzione di regolazione ministeriale o all'attività dell'amministrazione della Presidenza del Consiglio dei ministri) (30). Anche poi per le funzioni e attività cd. finali (quali le funzioni del benessere, le funzioni di ordine, la cultura, la gestione del territorio e l'ambiente, i servizi di pubblica utilità), la rilevazione e la riconducibilità del livello di soddisfazione alla valutazione complessiva dell'amministrazione di riferimento non sono così semplici.

---

(28) Tale definizione è tratta dalla delibera Civit, n. 112/2010 ed è stata ripresa anche nelle più recenti linee guida del Dipartimento della funzione pubblica (*Linee guida per il Piano della performance. Ministeri*), n. 1, giugno 2017.

(29) Art. 8, c. 1, lett *g*, d.lgs. n. 150/2009.

(30) Sebbene l'ordinamento preveda forme di valutazione persino di questo tipo di attività in rapporto agli impatti prodotti (come l'Analisi di impatto della regolazione-Air). In merito, si cfr. Vesperini *et al.* 2014, *passim*.

Riguardo alla rilevazione, lo sviluppo di strumenti di indagine sul livello di soddisfazione della collettività rispetto ai servizi resi dalle amministrazioni (cd. *customer satisfaction*) risale addirittura ai primi anni novanta (cd. carte dei servizi); tuttavia, tale disciplina, ripresa dal d.lgs. n. 150/2009 (art. 28), al fine di ricondurla nell'ambito del più ampio funzionamento del Ciclo di gestione della *performance*, è ancora oggi in secondo piano (31). Per le amministrazioni non è, infatti, semplice ricondurre i dati, raccolti attraverso strumenti di rilevazione della qualità effettiva e percepita delle attività amministrative, alla più complessa valutazione della *performance* della struttura amministrativa di riferimento. L'ordinamento, però, a tal fine prevede che le amministrazioni, nella programmazione strategica (Piano della *performance*), debbano adottare cd. obiettivi e indicatori di *outcome*, ossia indicatori di impatto in grado di rilevare gli effetti prodotti da quella data attività sulla collettività e sull'ambiente (superando, in questo modo, i limiti delle carte dei servizi) (32). Il fine è quello di conferire un peso al livello di raggiungimento di tali standard proprio sul piano della valutazione della *performance* organizzativa e, di conseguenza, della *performance* individuale dei titolari delle strutture amministrative di riferimento. Tale pratica diviene però molto più complicata per la valutazione dell'amministrazione in rapporto a servizi e attività esternalizzate: come collegare, infatti, in questi casi il livello di raggiungimento degli standard di qualità o degli indicatori di impatto alla valutazione della *performance* dell'amministrazione committente o concedente?

Anche qui, però, l'ordinamento offre soluzioni: prima fra tutte quella di prevedere nei bandi di procedure di appalto o di concessione, aventi a oggetto tali servizi, la predefinizione di «requisiti particolari di esecuzione» dell'appalto o della concessione, da imporre al privato aggiudicatario e che possono riguardare anche la definizione di standard di qualità, su cui l'amministrazione committente – attraverso soprattutto il Responsabile unico del procedimento (Rup) – sarà chiamata a svolgere attività di garanzia e vigilanza (33). Ed è anche rispetto a tali attività, nonché alla buona riuscita dell'appalto o della concessione, che la struttura appaltante e i relativi responsabili dovrebbero poter essere, appunto, valutati (il che dovrebbe in-

(31) In tema di carte dei servizi, si cfr. Battini, Vesperini 1997, *passim*.

(32) Sul punto, si rinvia alle linee guida elaborate dalla Ragioneria generale dello Stato (*www.rgs.mef.gov.it*) in merito alla compilazione delle note integrative al bilancio di previsione, dove devono essere indicati obiettivi e indicatori (inclusi quelli di *outcome*) in merito all'attuazione dei programmi di spesa delle amministrazioni ministeriali.

(33) Art. 100 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici.

durre, a monte, ad affidare appalti e concessioni a operatori economici che effettivamente poi garantiscano la qualità delle prestazioni oggetto dell'affidamento).

In tempi più recenti, proprio a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 74/2017, è stata per di più prevista la partecipazione dei cittadini e degli altri utenti finali alla valutazione della *performance* (nuovo art. 19-*bis*, da leggere in combinato disposto con l'art. 7, comma 2, lett. *c*, e con il comma 4-*bis* dell'art. 14 del d.lgs. n. 150/2009). Questa nuova norma, dal valore ancora programmatico, stabilisce che i cittadini, anche in forma associata, e gli utenti interni partecipino al processo di misurazione delle *performance* organizzative, anche comunicando direttamente all'Oiv il proprio grado di soddisfazione per le attività e i servizi erogati, secondo le modalità stabilite dallo stesso Organismo. Di questi rilievi l'Organismo dovrà poi tenere conto ai fini della validazione della relazione sulla *performance* (34).

4. — *Il «circolo vizioso» della valutazione della dirigenza pubblica* — Il paradosso più forte rimane comunque quello che interessa la disciplina della dirigenza pubblica. Come collegare il livello di soddisfazione della collettività – e dunque la *performance* in senso pieno – alla valutazione dei dirigenti pubblici?

Nella disciplina degli anni novanta, le attività di valutazione – all'epoca riguardanti solo la dirigenza e nella maggior parte dei casi svolte, peraltro, in via soltanto sperimentale – si basavano su modelli e parametri molto semplici, riconducibili soprattutto agli specifici obiettivi assegnati al dirigente nel contratto individuale e, quindi, senza alcun diretto collegamento con i livelli di attuazione della più ampia programmazione strategico-gestionale sia della struttura di riferimento, sia dell'intera amministrazione (35).

Il d.lgs. n. 150/2009, invece, segna un rilevante punto di rottura rispetto al passato, prevedendo un collegamento diretto tra la valutazione individuale dei titolari di uffici e unità organizzative (sia dirigenti, sia funzionari titolari di posizioni organizzative) e la valutazione di quegli stessi uffici e/o unità di cui tali soggetti sono posti a capo. Tale collegamento è insito nella nozione stessa di *performance* e dovrebbe impedire, ad esempio, che a

---

(34) Sul punto, si vd. le *Linee guida per il sistema di misurazione e valutazione della performance dei Ministeri*, n. 2, dicembre 2017, par. 4.4, adottate dal Dipartimento della funzione pubblica.

(35) Si vd. i Rapporti di monitoraggio (2001-2008) del Comitato tecnico e scientifico (Cts), che operava presso la Presidenza del Consiglio dei ministri. Si cfr., altresì, Carinci, Mainardi 2005, *passim*.

fronte di rendimenti negativi di una data struttura il relativo titolare consegua, invece, una valutazione individuale «stellare». In questo senso, la nozione di *performance*, nonostante la sua distinzione in organizzativa e individuale (artt. 8 e 9 del d.lgs. n. 150/2009), dettata principalmente dalla necessità di considerare anche il personale non titolare di alcuna struttura e/o unità organizzativa, unisce fortemente il profilo organizzativo con quello dei comportamenti individuali. Del resto, se vista nella prospettiva del livello di soddisfazione dei bisogni della collettività, la distinzione tra i due elementi è irrilevante, perché ciò che conta è l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa – o, in altri termini, dell'uso delle risorse pubbliche – nel suo insieme.

Tuttavia, questo nuovo approccio ha incontrato non poche difficoltà applicative. Una prima difficoltà è stata rappresentata dall'assenza di collegamento tra gli obiettivi stabiliti nei contratti/incarichi individuali dei dirigenti (a partire da quelli dei vertici amministrativi) e gli obiettivi strategici e operativi fissati nel Piano della *performance* e nei Sistemi di misurazione e valutazione. La *performance* va, infatti, valutata sulla base di quanto stabilito nella programmazione, poiché si presuppone che gli obiettivi assegnati a livello individuale siano determinati proprio in relazione a siffatta programmazione. Poiché però nella prassi questa corrispondenza non è stata sempre garantita, è sovente accaduto che alcuni dirigenti (specialmente vertici amministrativi) abbiano richiesto di essere valutati positivamente sulla base degli obiettivi definiti nel solo contratto individuale, nonostante non avessero sempre pienamente raggiunto gli obiettivi definiti nel Piano della *performance* e nel Sistema di misurazione e valutazione.

Questa è la ragione per la quale il d.lgs. n. 74/2017, nel modificare varie norme del d.lgs. n. 150/2009, ha riformulato l'art. 9 di tale decreto, stabilendo che la valutazione della *performance* individuale dei dirigenti e del personale responsabile di unità organizzative in posizione di autonomia e responsabilità debba essere collegata «agli indicatori di *performance* relativi all'ambito organizzativo di diretta responsabilità, ai quali è attribuito un peso prevalente nella valutazione complessiva», e che, inoltre, la valutazione della *performance* individuale degli alti dirigenti vada «collegata altresì al raggiungimento degli obiettivi individuati nella direttiva generale per l'azione amministrativa e la gestione e nel Piano della *performance*, nonché di quelli specifici definiti nel contratto individuale» (comma 1-*bis*).

Una seconda difficoltà attiene al graduale processo di dequalificazione e deresponsabilizzazione che ha, di fatto, investito parte della dirigenza pubblica, ormai da vari decenni a questa parte. La cd. «questione dirigenza», già emersa ai tempi del disegno di legge sulla riforma dei Ministeri nel

1866, rispetto all'assenza di forme di responsabilità specifiche dei «capi di amministrazione», si è poi storicamente caratterizzata per il difficile rapporto tra il ruolo di garanzia della legalità e quello di garanzia della qualità ed efficienza (36). A questo difficile equilibrio si sono sommate vere e proprie fasi di crisi della dirigenza (ne sono state riconosciute almeno quattro) (37), tradottesi in una generalizzata «debolezza della classe burocratica, che, contrariamente a quanto avviene in molti dei principali paesi europei, non gode di adeguato prestigio sociale […] ed è tuttora ancorata a un sistema di progressione in carriera basato prevalentemente sull'anzianità, ciò che riduce fortemente l'emergere e la valorizzazione delle migliori professionalità» (38).

Attualmente, alcune questioni critiche riguardano il livello eccessivamente elevato dell'età media dei dirigenti, l'assenza di un'adeguata politica di reclutamento, l'assenza di una élite (dimostrata dal fatto che le amministrazioni importano spesso funzionari da altre carriere, come i magistrati, gli avvocati dello Stato, i consiglieri parlamentari ecc.) (39); ma i problemi principali corrispondono, però, soprattutto a tre aspetti. Primo, la presenza di numerosi dirigenti privi di funzioni direttive, in ragione di un generale scorrimento verso l'alto del personale pubblico (per cui il numero dei dirigenti è, in vari casi, assolutamente eccessivo e sproporzionato rispetto alla quantità del personale da dirigere). Secondo, la forte incertezza che ancora caratterizza i rapporti tra l'alta dirigenza e la politica, in cui il meccanismo dello *spoils system* tende ad annacquare gli elementi di merito e a privilegiare la mera «fedeltà» al politico. Terzo, la diffusione di impliciti e informali processi di «commissariamento» delle amministrazioni, per cui anche funzioni basilari (come potrebbe essere la firma di un semplice impegno di spesa) vengono accentrate nelle mani di pochi e alti dirigenti, e non invece distribuite – come dovrebbe essere – tra tutti i dirigenti in relazione alle specifiche competenze.

Questi elementi sono scarsamente compatibili con l'efficace funzionamento del sistema di valutazione delle *performance*, rendendo dunque il collegamento tra la valutazione del dirigente e il livello della soddisfazione della collettività molto difficile. I paradossi sono evidenti. Primo fra tutti l'effetto di assegnare ai dirigenti obiettivi individuali, non soltanto scolle-

(36) Così, D'Orta 2005, 69.

(37) Melis 1998, 91 ss.

(38) Dipartimento della funzione pubblica, *Rapporto sulle condizioni delle pubbliche amministrazioni*, Roma, 1993 (cd. Rapporto Cassese).

(39) Mattarella 2017, 141 ss.

gati da quelli della programmazione strategica-gestionale, ma, soprattutto, corrispondenti alla descrizione di meri adempimenti comportamentali. In un tale contesto appare, del resto, inevitabile che gli obiettivi e, a maggior ragione, i relativi risultati perdano completamente di peso e di sostanza .

In primo luogo, infatti, l'applicazione di sistemi di pianificazione e valutazione avviene «senza capire che le nuove logiche presuppon[gono] anche l'abbandono della storica "diffidenza" verso la discrezionalità degli amministratori pubblici» (40), ma, al contrario, avviene incrementando limiti e presìdi a freno di tale discrezionalità: si pensi, ad esempio, alla nuova disciplina dei contratti pubblici, dove viene regolato ogni singolo comportamento del responsabile unico del procedimento (41).

In secondo luogo, l'indipendenza della dirigenza pubblica è ormai soltanto un «mito», a cui si contrappongono sia numerosi meccanismi di condizionamento lesivi dell'indipendenza stessa (42), sia il diffuso, e talvolta eccessivo, timore delle incursioni della Corte dei conti sul piano dell'accertamento delle responsabilità erariali, che tende a paralizzare, ancor prima di esprimersi, l'azione dei dirigenti più esposti. Il risultato è uno svilimento del ruolo dirigenziale a fronte, invece, di una cristallizzazione del generale livello di trattamento retributivo, in sempre più casi ormai sproporzionato rispetto all'effettivo grado di impegno e di difficoltà dell'incarico ricoperto.

A tutto questo non può che conseguire l'ulteriore effetto di appiattimento della valutazione dirigenziale, per cui anche la cosiddetta retribuzione di risultato alla fine è ancorata a parametri standardizzati, blindati in sede di contrattazione collettiva e scarsamente collegati agli effettivi risultati (43). Al contempo, però, è previsto che la valutazione dei dirigenti debba basarsi anche sulla capacità dei dirigenti stessi di differenziare i giudizi dei propri collaboratori (art. 9, comma 1, lett. *d*, d.lgs. n. 150/2009), il che contribuisce a un ulteriore e duplice paradosso: da una parte, la differenziazione imposta sui giudizi dei funzionari privi di qualifica dirigenziale non sembra – almeno esplicitamente – imposta sui giudizi dei dirigenti stessi; dall'altra, la differenziazione dei giudizi sembra così essere il

(40) D'Orta 2005, 83.

(41) Sul punto, si vd. spec. le linee guida n. 3 dell'Anac, *Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni*.

(42) Ponti 2012, 37 ss.

(43) Sul cd. *performance-related pay* o *pay for performance* esiste una nota e ampia letteratura internazionale, che non è possibile qui analizzare e citare in modo esaustivo. Tra tutti, si ricorda il lavoro di Weibel *et al.* (2009, 1 ss.), che analizza i principali studi sul tema e alcune rilevanti problematiche applicative.

fine della valutazione quando invece dovrebbe costituire soltanto un suo possibile e auspicabile effetto.

5. — *Conclusioni* — Questa storia di paradossi spiega perché non ci si debba sorprendere se le amministrazioni riescano, quasi sempre, a raggiungere la totalità dei loro obiettivi e i dirigenti pubblici conseguano, diffusamente e quasi sistematicamente, la piena indennità di risultato (44). Si tratta, infatti, di riflessi diretti del più generale contesto di riferimento, dove il lavoro del dirigente è ridotto a meri e molto specifici adempimenti e dove quindi l'obiettivo descrive, nella maggior parte dei casi, un compito, e il «risultato» non può che avere un carattere binario: adempimento eseguito-adempimento non eseguito. Ma questa non è vera «amministrazione di risultato o *performance-oriented*».

Nell'epigrafe di una nota opera di Gogol', nella versione del 1842, si legge: «non dar la colpa allo specchio se il muso è storto» (45). In altri termini, i vizi da sempre contestati alla disciplina della valutazione, in verità, risiedono innanzitutto in fattori esterni alla stessa disciplina. Primo fra tutti, emerge la perdurante incertezza dei rapporti tra vertici politici delle amministrazioni e (specialmente alta) dirigenza pubblica (46), che continua a produrre fraintendimenti in ordine alla cd. questione dell'«efficienza della burocrazia» (47). In secondo luogo, la prevenzione della «cattiva amministrazione», originariamente basata sullo sviluppo di forme di maggiore trasparenza, responsabilità (anche disciplinari) e attenzione ai conflitti di interessi (legge n. 190/2012 e relativi decreti attuativi), si è poi tradotta, attraverso una serie di interventi successivi soprattutto in materia di contrattualistica pubblica, in un «guinzaglio al collo» delle amministrazioni, secondo una logica troppo restrittiva. In terzo luogo, la scarsa attenzione alla formazione e all'aggiornamento del personale, innanzitutto dirigenziale, contribuisce all'attuazione di cattive prassi, in molti casi dettate, infatti, più dall'ignoranza che dalla malafede.

---

(44) Nei primi rapporti della Civit sull'attuazione del d.lgs. n. 150/2009, veniva evidenziato come quasi tutte le amministrazioni statali dichiarassero un livello di raggiungimento degli obiettivi prossimo al 100% («Rapporto generale sull'avvio del ciclo di gestione della *performance* – 2012»).

(45) Gogol' 2011 (trad. it.), 33, citato in D'Alterio 2015, 501.

(46) Sui rapporti tra politica e amministrazione in chiave storica, si ricorda Ragionieri 1967, *passim*.

(47) Ruffolo (1970, 69) che nota: «l'inefficienza sorge, come problema, quando – consapevolmente o no, questo è aspetto secondario della questione – i fini degli amministratori divergono da quelli dei politici».

Per queste e molte altre ragioni, il recente «naufragio» della riforma della disciplina della dirigenza pubblica ha, purtroppo, rappresentato una vera occasione mancata (48). Tuttavia, questo quadro non deve portare all'erronea conclusione per cui la correlata disciplina della valutazione sia inutile, poiché il corretto svolgimento dei controlli gestionali costituisce un aspetto imprescindibile per il buon funzionamento delle pubbliche amministrazioni e per il più generale equilibrio del sistema democratico, a cui non è possibile rinunciare (49). Certamente, è auspicabile un ulteriore miglioramento di tale disciplina, preceduto però da una più ampia riflessione sul ruolo della dirigenza pubblica, sui suoi effettivi margini di azione, sulla sua responsabilizzazione, anche in rapporto al soddisfacimento delle esigenze della collettività (*performance*). Per altre disfunzioni, poi, come emerso nella presente analisi, non va, altresì, trascurato che le «soluzioni» sono già presenti nell'ordinamento: vanno, quindi, soltanto applicate (50).

Lo scopo generale dovrebbe essere quello di ricostruire un quadro funzionale allo svolgimento di forme di controllo adatte sia a conoscere come effettivamente sono usate le risorse, fornendo dati utili, in ultima istanza, al Parlamento per controllare (e poter intervenire su) il Governo e le pubbliche amministrazioni, sia a promuovere forme di miglioramento organizzativo nell'interesse della collettività. È, del resto, ciò che avviene nei principali ordinamenti giuridici che attuano forme di controllo gestionale nel settore pubblico, adottando sistemi di *performance management* (51). Proprio queste esperienze mostrano come, una volta «scoperta» la dimensione della *performance* e la sua rilevanza, non è bene tornare indietro: chi è stato in Spacelandia non può voler tornare a Flatlandia.

(48) Come noto, i più recenti tentativi di riforma della dirigenza pubblica sono naufragati a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2016.

(49) Sulla funzione di controllo nei termini di «stabilizzatore» dei rapporti tra poteri pubblici nei sistemi democratici contemporanei, sia consentito il rinvio a D'Alterio 2015, 435 ss.

(50) Si rinvia al par. 3.

(51) Tra tutti, si cfr. l'interessante analisi di Kooiman, Van Vliet 1993, *passim*.

Riferimenti bibliografici

Abbott A.E. (1966), *Flatlandia. Racconto fantastico a più dimensioni*, ed. it., Adelphi, Milano.

C. Baer (1874), *Il ministero delle Finanze e il Consiglio del tesoro*, in *Nuova Antologia*, ottobre, 468 ss.

Berti G. (1968), *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Cedam, Padova.

Calandra P. (1987), *Il buon andamento dell'amministrazione pubblica*, in Aa.Vv., *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Giuffrè, Milano, I, 157 ss.

Cammelli M. (2003), *Amministrazione di risultato*, in *Innovazione del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione*, Annuario Aipda 2002, Giuffrè, Milano.

Carinci F., Mainardi S. (a cura di) (2005), *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni. Dal modello unico ministeriali ai modelli caratterizzanti le diverse amministrazioni*, Giuffrè, Milano.

Cassese S. (2004), *Che vuol dire amministrazione di risultati*, in *GDA*, n. 9, 941 ss.

Cecora G, D'Orta C. (a cura di) (1994), *La riforma del pubblico impiego*, il Mulino, Bologna.

Corso G. (2003), *Una nuova amministrazione?*, in *Nuove autonomie*, n. 3, 301 ss.

D'Alessio G. (2000), *Gli incarichi di funzioni dirigenziali*, in Carinci F., D'Antona M. (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giuffrè, Milano, 2000, 761 ss.

D'Alterio E. (2015), *I controlli sull'uso delle risorse pubbliche*, Giuffrè, Milano.

D'Alterio E. (2017), *Il lungo cammino della valutazione nelle pubbliche amministrazioni*, in *DLRI*, n. 5, 570 ss.

D'Orta C. (2005), *I dirigenti pubblici: custodi della legalità o* managers*?*, in Aa.Vv., *Miti e paradossi della riforma della burocrazia*, Mondadori, Milano, 69 ss.

Di Mascio F., Natalini A. (2018), *Oltre il New Public Management*, Carocci, Roma.

Esposito M. *et al.* (a cura di) (2018), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino.

Faucci R. (1975), *Finanza, amministrazione e pensiero economico. Il caso della contabilità di Stato da Cavour al Fascismo*, Einaudi, Torino.

Forti U. (1915), *I controlli sull'amministrazione comunale*, in Orlando V.E. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, II, 2, 607 ss.

Fracchia F. (2011), *I fannulloni pubblici e l'irritazione di Brunetta*, Editoriale scientifica, Napoli.

Giannini M.S. (1995), *Diritto pubblico dell'economia 2*, il Mulino, Bologna.

Gogol' N. (2011), *L'ispettore generale*, ed. it., trad. e cura di Prina S., Feltrinelli, Milano.

Hinna L., Valotti G. (a cura di) (2010), *Gestire e valutare la performance nella p.a. Guida per una lettura manageriale del d.lgs. n. 150/2009*, Maggioli, Rimini.

Immordino M., Police A. (a cura di) (2004), *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del convegno, Palermo 27-28 febbraio 2003*, Giappichelli, Torino.

Jemolo C.A. (1919), *Sull'ordinamento della pubblica amministrazione in Italia*, in *RDP*, n. 3, 222 ss.

Kooiman J., Van Vliet M. (1993), *Governance and Public Management*, in Eljassen K.A., Kooiman J. (a cura di), *Managing Public Organizations: Lessons from Contemporary European Experience*, Sage, London, *passim*.

Mattarella B.G. (2017), *Burocrazia e riforme. L'innovazione nella pubblica amministrazione*, il Mulino, Bologna.

Melis G. (2003), *La burocrazia*, il Mulino, Bologna.

Nicosia G. (2018), *I soggetti della valutazione (percorsi di apprendimento organizzativo)*, in Esposito M. *et al.* (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 329 ss.

Pasquino G. (1993) (a cura di), *Politici e burocrati*, Consiglio nazionale delle ricerche, Roma.

Perfetti L.R. (a cura di) (2008), *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241, tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Wolters Kluwer, Padova.

Perongini S. (2003), *Il principio di legalità e amministrazione dei risultati*, Giappichelli, Torino.

Pioggia A. (2007), *Il principio di distinzione e gli atti di incarico dirigenziale. Giurisdizione e natura del potere impiegato*, in *Rassegna Astrid*, *www.astrid-online.it.*

Ponti B. (2012), *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Maggioli, Rimini.

Ragionieri E. (1967), *Politica e amministrazione nella storia dell'Italia unita*, Laterza, Bari.

Romano Tassone A. (2001), *Sulla formula amministrazione di risultato*, in *Scritti in onore di E. Casetta*, Esi, Napoli, vol. II, 815 ss.

Ruffolo G. (1970), *I dirigenti delle pubbliche amministrazioni negli anni '70*, in Aa.Vv. *I dirigenti di fronte alla nuova società*, FrancoAngeli, Milano, 69.

Rusciano M. (1998), *Spunti sul rapporto di lavoro e «responsabilità di risultato» del dipendente pubblico*, in *RTDPC*, n. 2, 387 ss.

Sorrentino G. (2003), *Diritti e partecipazione nell'amministrazione di risultato*, Esi, Napoli.

Spasiano M.R. (2003), *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Giappichelli, Torino.

Talamo V. (2009), *Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico*, in *GDA*, 469 ss.

Vesperini G. *et al.* (a cura di) (2014), *L'analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione. Annuario Air 2013*, Osservatorio Air.

Vesperini G., Battini S. (1997), *La carta dei servizi pubblici. Erogazione delle prestazioni e diritti degli utenti*, Maggioli, Rimini.

Weibel A. *et al.* (2009), *Pay for Performance in the Public Sector – Benefits and (Hidden) Costs*, in *Journal of Public Administration Research and Theory*, n. 20, 387 ss.

Abstract

La disciplina della misurazione e valutazione delle performance *è stata nel tempo – ed è tuttora – caratterizzata da numerosi paradossi. Alcune cattive interpretazioni, applicazioni distorte e perduranti difficoltà ne sono una evidente dimostrazione. Il contributo prova a esaminare le ragioni per cui ancora questo ambito risulta caratterizzato da alcuni «miti», rilevanti disfunzioni, conseguenze paradossali. A questo fine, l'analisi parte dall'esame della nozione e degli studi sulla cd. «amministrazione di risultato», a cui è collegata la disciplina della misurazione e valutazione delle* performance*, prosegue con l'approfondimento di tale disciplina e di alcuni aspetti paradigmatici della sua evoluzione, identifica quindi alcune tendenze in atto di difficile soluzione con particolare attenzione alla dirigenza pubblica, per poi giungere alle conclusioni.*

From the «performance-oriented administration» to the «performing administration»: history of paradoxes about civil service

The legal framework of performance management in the public sector has been – and still is – characterized by numerous paradoxes over time. Some misinterpretations, distorted applications and persistent difficulties are a clear demonstration of the trend. The essay tries to examine the reasons why this area is still characterized by some «myths», significant dysfunctions, and paradoxical consequences. To this end, the analysis starts from the examination of the notion and of the studies on the so called «performance-oriented administration», to which the regulation of performance measurement and assessment is linked. Then it comes to the analysis of the rules and of some paradigmatic aspects of its evolution, and then it identifies some actual tendencies characterized by a difficult solution, with particular attention to the public managers.

Vincenzo Bavaro (*)

NOTE SUL POTERE DISCIPLINARE NEL LAVORO PUBBLICO FRA AZIENDALISMO E AMMINISTRATIVISMO

SOMMARIO: 1. Potere disciplinare e cultura aziendalista: contrastare la scarsa produttività. — 2. Potere disciplinare e cultura amministrativista: contrastare la disonestà. — 3. La funzione delle fattispecie sanzionatorie legali: a) la questione del principio di proporzionalità. — 4. *Segue*: b) la questione della responsabilità dirigenziale nell'azione disciplinare. — 5. *Segue*: c) la questione della (presunta) disfunzione dell'autonomia collettiva.

1. — *Potere disciplinare e cultura aziendalista: contrastare la scarsa produttività* — C'è un'ambiguità nell'evoluzione legislativa dell'ultimo decennio in materia di rapporto di lavoro alle dipendenze della p.a., ancora di recente ben messa in evidenza (1); ambiguità che, riguardo alla specifico profilo del potere disciplinare, mi sembra una vera e propria contraddizione: da una parte, si è voluto impostare l'organizzazione del lavoro secondo modelli di gestione manageriale e aziendalista; dall'altra parte, però, gli istituti normativi sull'organizzazione del lavoro sono in gran parte regolati direttamente dalla legge, finendo per ingenerare il dubbio che la gestione del lavoro nelle p.a. sia finalizzata al perseguimento di un interesse pubblico-amministrativo più che privato-organizzativo. Proprio l'evoluzione della legislazione sull'esercizio del potere disciplinare mi pare dia conferma di questa ambiguità/contraddizione.

Altri, prima di me e con condivisibili argomenti, hanno sostenuto che il fondamento del potere disciplinare nei rapporti di lavoro pubblico privatizzati è di natura privatistico-organizzativa, tant'è che non ritengo utile ripetere i medesimi e convincenti argomenti (2). Che la procedimentalizzazione del potere disciplinare costituisca un limite a un potere privato, re-

(*) Professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università di Bari «Aldo Moro».

(1) Mi riferisco, da ultimo, a Zoppoli 2018.

(2) Vd., per tutti, Villa 2013 e Voza 2011. In generale, cfr.: Borgogelli 2009, Di Paola 2010, Corpaci 2010, Romei 2011, Martelloni 2013, e, da ultimo, Sanlorenzo 2018.

lativo a un rapporto giuridico privato, è una tecnica ormai consolidata dal diritto positivo: dal rinvio operato nel d.lgs. n. 165/2001 alle norme del codice civile e alle leggi sul lavoro subordinato (art. 2); nell'esplicito rinvio all'art. 2106 c.c. (art. 55, c. 2), oppure alla legge n. 604/1966 (art. 55-*quater*); nell'esplicita affermazione che la responsabilità disciplinare è diversa da tutte le altre responsabilità giuridiche (civile, amministrativa, contabile e penale) (art. 55, c. 2).

Ebbene, tutte queste disposizioni normative confermano che l'esercizio del potere disciplinare risponde a un interesse privato-organizzativo del datore di lavoro pubblico (3), fermo restando l'interesse pubblico-amministrativo che la p.a. deve costituzionalmente perseguire (art. 97 Cost.), ma che è interesse diverso da quello organizzativo perseguito attraverso il contratto di lavoro (4). Il potere disciplinare, quindi, è uno dei poteri della p.a., esercitati dalla dirigenza, per l'organizzazione del lavoro, a sua volta necessaria a perseguire fini di interesse pubblico.

---

(3) Cfr., ad esempio, Cass. 2.3.2017, n. 5313, in *Banca dati Pluris*, secondo cui, confermando un orientamento consolidato della Cassazione, «il licenziamento disciplinare, nel regime giuridico dei rapporti di lavoro di cui al decreto legislativo n. 165 del 2001, articolo 2, *è negozio giuridico di diritto privato* regolato, quanto alla forma dell'atto, dalla l. n. 604 del 1966. *L'obbligo di motivazione, quindi, non è quello dei provvedimenti amministrativi* ed è assolto dall'amministrazione con l'indicazione del fatto, già oggetto di contestazione, che, a giudizio del datore di lavoro, giustifica il recesso» (corsivi miei).

(4) Questo è un fondamento della dogmatica del contratto di lavoro subordinato che però un prolifico e influente Autore, di formazione giusamministrativistica, qual è Vito Tenore, accetta malvolentieri (Tenore 2017). Infatti, egli, dopo aver concesso che «il fondamento del potere disciplinare nell'attuale regime privatizzato è […] di natura prevalentemente contrattuale», scrive che «tale "privatizzazione" non esclude, come invece pervicacemente propugnato da tanto autorevole quanto ostinata dottrina di matrice privatistica [riferendosi, fra gli altri, a Ratti 2012, Villa 2013, Mainardi 2004], che la p.a. non persegua più interessi pubblici esterni al contratto (che resta funzionalizzato al rispetto dell'art. 97 Cost.), in quanto ogni scelta gestionale di un dirigente pubblico (anche in materia disciplinare), ancorché espressa con poteri privatistici, è e deve essere sempre ispirata al principio costituzionale di buon andamento e imparzialità della p.a.» (Tenore 2017, 54). Quindi, Tenore prima riconosce la «contrattualizzazione» del lavoro pubblico, ma poi la priva del suo significato essenziale. L'«ostinazione» che questo Autore rimprovera alla dottrina giuslavorista è niente altro che una basilare costruzione della dogmatica del contratto di lavoro (quantomeno, nei sistemi di *civil law*) grazie alla quale si estromette dal (l'adempimento del) contratto di lavoro subordinato – nel caso di un datore di lavoro privato – il perseguimento del «profitto» *ex* art. 41 Cost. o – nel caso della p.a. – il «buon andamento» *ex* art. 97 Cost. In questa sede, non posso far altro che replicare alla tesi di Tenore suggerendo quantomeno la lettura di Persiani 1966 o Liso 1982. Potrebbe essere però

Sennonché, la riforma introdotta col d.lgs. n. 150/2009 ha impresso un carattere aziendalista alla natura privatistico-organizzativa del rapporto di lavoro, imponendo l'adozione di sistemi di misurazione e valutazione delle *performance* per ciascuna amministrazione, finendo per funzionalizzare al raggiungimento di tali obiettivi di *performance* anche il potere disciplinare, tanto da indurre a pensare che fra sanzioni disciplinari e produttività vi sia una relazione diretta e proporzionale (5). L'art. 67, c. 1, d.lgs. n. 150/2009, enunciando esplicitamente che «le disposizioni [che] recano modifiche in materia di sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti [sono poste] al fine di potenziare il livello di efficienza degli uffici pubblici e di contrastare i fenomeni di scarsa produttività e assenteismo», sembra confermare questa induzione. L'impostazione aziendalista si connota così di caratteri vagamente autoritari non perché la legge regola la responsabilità disciplinare in modo meno garantista rispetto a prima, ma perché le sanzioni disciplinari sono concepite – per espressa ammissione – come uno strumento col quale migliorare l'efficienza, contrastare la scarsa produttività e l'assenteismo.

Il problema sta proprio in questa correlazione stretta e diretta fra sanzioni disciplinari ed efficienza/produttività, come se la scarsa efficienza/produttività della p.a. fosse un problema disciplinare e non piuttosto organizzativo. Beninteso, non intendo dire che l'inefficienza o la scarsa produttività non possano derivare *anche* da comportamenti sanzionabili disciplinarmente; il fatto è che l'inefficienza e la scarsa produttività sono talvolta un problema di natura «disciplinare», mentre sono sempre un problema «organizzativo»: chiunque può convenire sul fatto che un ufficio può essere inefficiente nonostante la rigorosa osservanza delle norme sull'esatto adempimento della prestazione di lavoro; così come, di contro – per quanto paradossale possa sembrare –, un ufficio può avere una elevata capacità produttiva anche in presenza di comportamenti di taluni dipendenti suscettibili di responsabilità disciplinare.

Il caso dell'assenteismo è il miglior banco di prova di questa mia affermazione. Consideriamo l'assenteismo come un problema derivante dal fatto che in un'organizzazione i tassi di assenza dal lavoro risultano in percen-

---

che l'Autore in parola – data la sua formazione giuspubblicista – ritenga che l'estromissione dal contratto di lavoro del profitto *ex* art. 41 Cost. sia possibile, mentre non lo sarebbe per il buon andamento della p.a. *ex* art. 97 Cost., in ragione – presumo – di una maggiore rilevanza costituzionale del secondo rispetto al primo. Se così fosse, l'impegnativa tesi dovrebbe essere argomentata e non postulata.

(5) La questione è colta da Tullini (2014) e, di recente, da Avio (2017, in particolare nei capitoli terzo e quarto).

tuale superiore alla media. Si tratta di un problema organizzativo che influisce negativamente sulla produttività marginale del lavoro (6). Il fatto è che le ore lavorate ma non produttive (cioè quelle di assenza) non configurano necessariamente un illecito disciplinare, almeno fino a prova contraria: di fronte al disdicevole fenomeno di assenze per malattia a ridosso dei fine settimana, si potrà configurare la sussistenza di un'infrazione disciplinare solo se si dimostrasse che si è in presenza di assenze ingiustificate (7). In tal caso, l'assenteismo ha rilevanza disciplinare solo se le assenze sono ingiustificate. Ma se le assenze fossero tutte giustificate, ciò non farebbe venir meno il problema dell'assenteismo.

Mentre la rilevanza disciplinare riguarda l'assenza ingiustificata dei singoli dipendenti, l'assenteismo è un fenomeno patologico dell'organizzazione, rilevante perché influente negativamente sulla produttività del lavoro. L'assenteismo è un problema di natura organizzativa che solo qualche volta può assumere rilevanza disciplinare. Invece la legge sul lavoro pubblico finisce per banalizzare questo problema organizzativo riducendolo a mera questione disciplinare. Così facendo, l'azione organizzativa di contrasto all'assenteismo rischia di risolversi tutta nell'azione disciplinare, risultando inefficace nella gran parte dei casi sia sul piano disciplinare (quando non si rilevano infrazioni) sia su quello organizzativo (perché estraneo alla prospettiva disciplinare).

Insomma, contrastare la scarsa produttività del lavoro pubblico attraverso le sanzioni disciplinari significa pensare che la scarsa produttività/efficienza del lavoro pubblico dipenda dalla propensione dei dipendenti pubblici a commettere infrazioni disciplinari. Non intendo negare che le infrazioni disciplinari possano influire sulla scarsa produttività/efficienza; ma la bassa produttività/efficienza non dipende dalle infrazioni disciplinari. Insomma, è forte il sospetto che la terapia disciplinare proposta da questa versione della cultura aziendalista adottata per le p.a. risulta inefficace perché è la diagnosi a essere sbagliata.

2. — *Potere disciplinare e cultura amministrativista: contrastare la disonestà* — La questione del contrasto alla scarsa produttività/efficienza appa-

(6) Se consideriamo la formula (semplice ed efficace) della produttività marginale del lavoro come il rapporto fra il valore della produzione e il costo delle ore lavorate (dove per ore lavorate si intendono le ore che incidono sul costo del lavoro, quindi anche le ore di assenza giustificata) (cfr. Costabile 2009, 175), possiamo dire che l'assenteismo influisce pesantemente perché sono ore lavorate (cioè corto orario) che non producono nessun valore.

(7) Cfr. artt. 55-*quinquies* e 55-*septies*, d.lgs. n. 165/2001.

re impostata malamente anche perché, in fondo, c'è un'altra finalità che anima questa materia, soprattutto nella legislazione che ha riformato la materia a partire dalla legge anticorruzione del 2012 (legge n. 190). È come se il fine della disciplina sanzionatoria non sia più solo (e tanto) il contrasto alla scarsa produttività, ma anche (e quanto) il contrasto alla «disonestà». Le due prospettive si saldano nell'idea che un comportamento disonesto è improduttivo, mentre un comportamento onesto è produttivo. Uso gli aggettivi «onesto/disonesto» perché suggeriti dal presidente dell'Anac in occasione della presentazione scritta in un volume sulle sanzioni disciplinari nel lavoro pubblico, che così scrive: «la magistratura, l'Anac e la stessa dottrina, con volumi come [quello di Tenore 2017], vogliono giungere al medesimo fine: ovvero al rispetto delle regole dell'onestà» (8).

Non sarà certo la cultura giuslavorista a dissentire sulla lotta alla corruzione o alla disonestà nell'esercizio di una funzione pubblica o nel mero adempimento della prestazione di lavoro pubblico. Tuttavia, la legislazione sulla responsabilità disciplinare che si è prodotta dal 2009 (col d.lgs. n. 150) fino al 2017 (da ultimo, con il d.lgs. n. 75) (9), passando per la legge anticorruzione del 2012 e per il primo intervento sui cd. furbetti del cartellino del 2016 (d.lgs. n. 116), mostra l'ispirazione di utilizzare le sanzioni disciplinari in senso esclusivamente «punitivo» della «disonestà», al più come se questa fosse sinonimo di «improduttività».

Ripeto: nulla da obiettare sulla lotta ai disonesti; il fatto è che l'onestà non può essere confusa con l'efficienza; essere un dipendente onesto non rende, di per sé, efficiente un ufficio pubblico. Inoltre – e la questione è ancor più rilevante ai nostri fini –, se un dipendente pubblico commette un'infrazione disciplinare non vuol dire che è «disonesto». Anche in questo caso si finisce per cadere in una trappola culturale simile a quanto visto per la produttività: non intendo negare che i comportamenti disonesti siano sanzionabili disciplinarmente; ma non tutte le infrazioni disciplinari presuppongono la disonestà di un lavoratore pubblico.

La legislazione dell'ultimo decennio in materia di responsabilità disciplinare nel lavoro pubblico si è connotata per avere caricato il potere disciplinare di una funzione ridondante rispetto a quella organizzativa. Al potere disciplinare della p.a. sono state affidate due funzioni improprie rispetto al suo fisiologico esercizio come potere «privato» del datore di lavoro:

(8) Vd. la *Presentazione* di Raffaele Cantone, presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione, al volume di Tenore 2017, XVI.

(9) Per tutti: rinvio a Tosi 2018 ed Esposito *et al.* (a cura di) 2018.

nella prima fase, gli si assegna la funzione di incrementare l'efficienza/produttività delle p.a.; nella seconda fase, la funzione di contrasto all'illegalità a rilevanza giuspubblicistica.

Alcune fattispecie sanzionatore previste dalla legge mi sembra che mostrino questa connotazione unitamente alla loro inadeguatezza (se non proprio l'inutilità) a perseguire i fini per i quali sono state poste.

3. — *La funzione delle fattispecie sanzionatorie legali: a) la questione del principio di proporzionalità* — Prenderò in considerazione solo due fattispecie di infrazioni previste dalla legge che rimandano a tre diverse questioni: a) l'applicazione del principio di proporzionalità *ex* art. 2016 c.c.; b) l'obbligo di attivare l'azione disciplinare (par. 4); c) la funzione svolta dalla contrattazione collettiva mediante i codici disciplinari (par. 5).

Cominciamo col prendere in esame la fattispecie generale della «violazione di obblighi concernenti la prestazione lavorativa».

Questa infrazione è richiamata in diverse norme: nell'art. 55-*quater*, c. 1, lett. *f-quater*, secondo cui «la *reiterata violazione di obblighi concernenti la prestazione lavorativa*, che abbia determinato l'applicazione, in sede disciplinare, della sospensione dal servizio per un periodo complessivo superiore a un anno nell'arco di un biennio»; nell'art. 55-*quater*, c. 1, lett. *f-quinquies*, secondo cui l'«insufficiente rendimento, dovuto alla *reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa*, stabiliti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza, e rilevato dalla costante valutazione negativa della *performance* del dipendente per ciascun anno dell'ultimo triennio…» (corsivi miei). A queste fattispecie di infrazioni potremmo aggiungere anche l'art. 55-*quater*, c. 1, lett. *f-bis*, perché viene prevista l'ipotesi di «gravi o reiterate violazioni dei codici di comportamento, ai sensi dell'articolo 54, comma 3», i quali istituiscono ulteriori obblighi di comportamento concernenti la prestazione lavorativa (10).

La prima osservazione da fare è che anche senza l'espressa previsione di legge (incluso il recente d.lgs. n. 75/2017) la «violazione degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa» sarebbe comunque sanzionabile co-

(10) Cfr. Quaranta 2018. Anche nell'art. 55-*sexies*, c. 1, secondo cui «la *violazione di obblighi concernenti la prestazione lavorativa* che abbia determinato la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno comporta comunque, nei confronti del dipendente responsabile, l'applicazione della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da un minimo di tre giorni fino a un massimo di tre mesi, in proporzione all'entità del risarcimento, salvo che ricorrano i presupposti per l'applicazione di una più grave sanzione disciplinare» (corsivo mio).

me inadempimento di obblighi contrattuali, e perciò sanzionabile secondo le previsioni dei codici disciplinari, fino ad arrivare al licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo: basta scorrere i codici disciplinari previsti dai Contratti collettivi nazionali di comparto, già nelle versioni precedenti a quelle attualmente in vigore, e scoprire che la fattispecie generale trovava esplicita sanzione (11).

A me pare, dunque, che la ragione della previsione per legge delle fattispecie sanzionatorie disciplinari non stia tanto nella configurazione dell'infrazione – già riconducibile alla disciplina generale legale o a quella dei codici contrattuali – quanto nella disposizione della sanzione del licenziamento. Infatti, la ragione principale di questo ridondante catalogo di infrazioni sta nel primo periodo dell'art. 55-*quater*, c. 1, laddove si stabilisce che, «ferma la disciplina in tema di licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo e salve ulteriori ipotesi previste dal contratto collettivo, si applica *comunque* la sanzione disciplinare del licenziamento» (corsivo mio) nei casi appena citati e in altri (12).

La legge – le modifiche apportate dal 2009 al 2017 – ha voluto stabilire che in queste ipotesi di infrazione la sanzione deve essere il licenziamento senza alcuna possibilità di graduare la sanzione in base alla gravità dell'infrazione. La lotta alla improduttività e alla disonesta si tramuta nell'inasprimento delle sanzioni in spregio al principio di proporzionalità. Da ciò deriverebbe un vincolo non solo (direi, non tanto) per l'amministrazione,

---

(11) Anzi, a ben vedere, in qualche caso il paradosso è che la disciplina legale prevista dall'art. 55-*quater* ha reso più difficile ricorrere alla sanzione rispetto alla generale disciplina in materia di licenziamento per scarso rendimento. Infatti, secondo la lettera *f-quinquies*, prima citata, per comminare un licenziamento motivato da scarso rendimento occorre che il dipendente abbia avuto un rendimento negativo causato da un reiterato inadempimento degli obblighi contrattuali e – ecco il punto – certificato da almeno tre anni di valutazione negativa: insomma, occorre che l'adempimento con scarso rendimento sia continuamente ripetuto per almeno tre anni; condizione temporale che la giurisprudenza sul tema, relativa al rapporto di lavoro alle dipendenze di privati, non richiede. Si vd., per tutte, Cass. 11.11.2017, n. 16676, in *Banca dati Pluris*: «è legittimo il licenziamento intimato al lavoratore per scarso rendimento soltanto qualora sia risultata provata, sulla scorta della valutazione complessiva dell'attività resa dal lavoratore stesso e in base agli elementi dimostrati dal datore di lavoro, una evidente violazione della diligente collaborazione dovuta dal dipendente – e a lui imputabile – in conseguenza dell'enorme sproporzione tra gli obiettivi fissati dai programmi di produzione per il lavoratore e quanto effettivamente realizzato nel periodo di riferimento, avuto riguardo al confronto dei risultanti dati globali riferito a una media di attività tra i vari dipendenti e indipendentemente dal conseguimento di una soglia minima di produzione». In dottrina, rinvio per tutti a Pantano 2012.

(12) Mi riferisco a tutti quelli indicati nell'art. 55-*quater*, c. 1, d.lgs. n. 165/2001.

quanto per il giudice del lavoro chiamato a valutare il comportamento: si tratterebbe di un vincolo a valutare come legittimo il licenziamento tutte le volte in cui il giudice dovesse riscontrare «comunque» l'infrazione, senza poter valutarne la gravità. A mio parere, la previsione legale delle causali del licenziamento ha il solo fine di limitare la discrezionalità del giudice nel valutare la gravità dell'infrazione e – di conseguenza – la proporzionalità della sanzione.

Fortunatamente, la giurisprudenza finora sembra propensa a conservare la prerogativa di valutare la gravità dell'infrazione, come si legge in diverse sentenze di Cassazione: «come più volte affermato da questa Corte (Cass. n. 22798/2012), deve escludersi la configurabilità in astratto di qualsivoglia automatismo nell'irrogazione di sanzioni disciplinari, specie laddove queste consistano nella massima sanzione, permanendo il sindacato giurisdizionale sulla proporzionalità della sanzione rispetto al fatto addebitato» (13). Si tratta di una valutazione che diventa finanche necessaria a scongiurare il rischio che la fattispecie legale possa incorrere in vizio di costituzionalità se il principio di proporzionalità evoca il rispetto della dignità del lavoratore, come si è cercato di sostenere altrove (14).

---

(13) Cass. 26.9.2016, n. 18858, in *Banca dati Pluris*. Anche quando ha riconosciuto la supremazia delle ipotesi legali rispetto a quelle previste dai Ccnl, la Cassazione ha ribadito che, «come questa Corte ha già avuto modo di affermare in tema di licenziamento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato, le fattispecie legali di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo, introdotte dal d.lgs. n. 165 del 2001, art. 55-*quater*, comma 1, lett. da *a* a *f*, e comma 2, costituiscono ipotesi aggiuntive rispetto a quelle individuate dalla contrattazione collettiva – le cui clausole, ove difformi, vanno sostituite di diritto ai sensi dell'art. 1339 c.c. e dell'art. 1419, comma 2, c.c. –, per le quali compete soltanto al giudice, *ex* art. 2106 c.c., il giudizio di adeguatezza delle sanzioni» (Cass. 25.10.2017, n. 25374, in *Banca dati Pluris*).

(14) Il «giudizio di adeguatezza del licenziamento» come applicazione generale del principio dell'*extrema ratio*, sia nel licenziamento economico sia in quello disciplinare, è una necessità di ordine costituzionale non solo per valutare se il licenziamento è legittimo o illegittimo, ma anche se è nullo per contrasto con norma imperativa. In altri termini, quando la Cassazione sostiene che «l'operazione valutativa compiuta dal giudice di merito nell'applicare le clausole generali come quella di cui all'art. 2119 c.c. o all'art. 2106 c.c., che dettano tipiche "norme elastiche", non sfugge a una verifica in sede di giudizio di legittimità, sotto il profilo della correttezza del metodo seguìto nell'applicazione della clausola generale», e che «l'operatività in concreto di norme di tale tipo deve rispettare criteri e princìpi desumibili dall'ordinamento generale, a cominciare dai princìpi costituzionali e dalla disciplina particolare (anche collettiva) in cui la fattispecie di colloca» (Cass. 13.12.2010, n. 25144, ripresa testualmente da Cass. 14.4.2016, n. 7419, entrambe in *Banca dati Pluris*), non fa altro che collegare «norme elastiche», clausole generali e princìpi costituzionali, al punto che le categorie giuridiche del «notevole inadempimento» e della «proporzionalità» della sanzione rap-

In secondo luogo, prendiamo in esame la fattispecie della «falsa attestazione della presenza in servizio» (art. 55-*quater*, c. 1, lett. *a*). La fattispecie si configura «mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente, ovvero giustificazione dell'assenza dal servizio mediante una certificazione medica falsa o che attesta falsamente uno stato di malattia». Riguardo alla presenza in servizio, il c. 1-*bis* dell'art. 55-*quater* precisa che «costituisce falsa attestazione della presenza in servizio qualunque modalità fraudolenta posta in essere, anche avvalendosi di terzi, per far risultare il dipendente in servizio o trarre in inganno l'amministrazione presso la quale il dipendente presta attività lavorativa circa il rispetto dell'orario di lavoro dello stesso»; aggiungendo poi che «della violazione risponde anche chi abbia agevolato con la propria condotta attiva od omissiva la condotta fraudolenta».

Appare evidente che, così posta la fattispecie, anche l'assenza dal servizio per 10 minuti al fine di consumare un semplice caffè in un bar accanto alla sede di lavoro configura la fattispecie, col conseguente licenziamento. Eppure, distinguere fra questa infrazione e quella commessa dal dipendente che attesti la presenza in servizio mentre trascorrere l'intera giornata dedicandosi ad attività di piacere è necessario per rispettare il principio di proporzionalità (paradossalmente, riconosciuto finanche sul piano penale) (15) in ossequio al generale principio costituzionale di rispetto della dignità dei lavoratori (arg. *ex* art. 41, c. 2, Cost.).

4. — Segue: *b) la questione della responsabilità dirigenziale nell'azione disciplinare* — La seconda questione riguarda il ruolo della dirigenza (o di chi ne esercita le funzioni) nel procedimento disciplinare e, in particolare, riguarda l'obbligo di procedere in caso di infrazione disciplinare. La questione è stata molto valorizzata perché si è voluto – sin dal 2009 – sollecitare le amministrazioni ad accentuare il controllo sulle infrazioni disciplinari, ritenendo evidentemente che vi fosse un certo lassismo. Ciò ha indotto a ritenere che, col d.lgs. n. 150/2009 (e con le altre modifiche, fino al d.lgs. n. 75/2017), fosse stato istituito un obbligo in capo ai dirigenti di conte-

presentano il riflesso dei princìpi generali di dignità e libertà di cui al c. 2 dell'art. 41 Cost. Sul punto, vd. già Bavaro, D'Onghia 2016, in particolare par. 6.

(15) Secondo l'art. 55-*quinquies*, c. 1: «il lavoratore dipendente di una pubblica amministrazione che attesta falsamente la propria presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente, ovvero giustifica l'assenza dal servizio mediante una certificazione medica falsa o falsamente attestante uno stato di malattia è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da euro 400 a euro 1.600».

stare le infrazioni e, quindi, di sanzionare, per il solo fatto che la legge aveva finalmente stabilito che «il responsabile della struttura presso cui presta servizio il dipendente segnala immediatamente, e comunque entro dieci giorni, all'ufficio competente per i procedimenti disciplinari i fatti ritenuti di rilevanza disciplinare di cui abbia avuto conoscenza» (art. 55-*bis*, c. 4). A conferma di ciò ci sarebbe anche il fatto che «il mancato esercizio o la decadenza dall'azione disciplinare, dovuti all'omissione o al ritardo, senza giustificato motivo, degli atti del procedimento disciplinare, inclusa la segnalazione di cui all'articolo 55-*bis*, c. 4, ovvero a valutazioni manifestamente irragionevoli di insussistenza dell'illecito in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare, comporta, per i soggetti responsabili, l'applicazione della sospensione dal servizio fino a un massimo di tre mesi, salva la maggiore sanzione del licenziamento» (art. 55-*sexies*, c. 3) (16).

La prima cosa da osservare è che non credo che un dirigente o responsabile di struttura di una p.a., fino al 2009, non avesse l'obbligo di esercitare il potere disciplinare derivante dal suo contratto di lavoro – cioè dalla sua posizione nell'organizzazione gerarchica del lavoro –, in quanto prerogativa che deve esercitare per poter diligentemente adempiere al proprio obbligo contrattuale. Per potere diligentemente «dirigere» una organizzazione di lavoro nell'interesse del datore di lavoro, il dirigente è obbligato a esercitare necessariamente tutti i suoi poteri, incluso il potere disciplinare allorché ciò sia necessario per soddisfare l'interesse organizzativo. In parole povere, se un dirigente acconsente che i lavoratori a lui sottoposti gerarchicamente commettano impunemente illeciti disciplinari senza alcuna azione disciplinare, sarebbe a sua volta responsabile di inadempimento dei suoi obblighi contrattuali. Ora, il fatto che la legge abbia esplicitato questo obbligo per il dirigente pubblico non muta il fondamento contrattuale di tale potere.

In ogni caso, a me pare che anche la lettera delle disposizioni normative non osta a una più esatta configurazione dell'obbligo in parola. La prima cosa da tenere in considerazione è la volontà di distinguere chi ha il compito di rilevare l'infrazione da chi ha il compito di avviare formalmente il procedimento disciplinare mediante contestazione scritta (art. 55-*bis*, c. 4). Con la modifica apportata dal d.lgs. n. 75/2017, «ciascuna amministrazione, secondo il proprio ordinamento e nell'ambito della propria organizza-

(16) A ciò va aggiunto l'ultimo periodo dell'art. 55, c. 1, inserito col d.lgs. n. 75/2017, secondo cui «La violazione dolosa o colposa delle suddette disposizioni costituisce illecito disciplinare in capo ai dipendenti preposti alla loro applicazione».

zione, individua l'Ufficio per i procedimenti disciplinari [di seguito, Upd] competente per le infrazioni punibili con sanzione superiore al rimprovero verbale e ne attribuisce la titolarità e responsabilità» (art. 55-*bis*, c. 2) (17).

Questa differenza di funzioni ci permette almeno di rilevare, che nell'organizzazione di ciascuna p.a., agli Upd spetta la funzione disciplinare in senso stretto, mentre ai dirigenti o responsabili di struttura spetta la funzione organizzativa che implica anche l'attivazione di una contestazione disciplinare. Però, l'obbligo di procedere alla contestazione (e, a seconda del caso, alla archiviazione o alla sanzione) grava sull'Ufficio disciplinare perché la sua unica ed esclusiva funzione è accertare se vi è stata infrazione e, eventualmente, sanzionare. Diversa è la posizione del dirigente o responsabile di struttura che ha la funzione di organizzare il lavoro per l'efficienza/produttività dell'attività amministrativa. Egli ricopre senza dubbio la funzione primaria e più rilevante nella materia disciplinare perché è dalla sua attività di controllo che dipende l'attivazione di tutto il procedimento.

Tuttavia, quest'attività di controllo non è un atto amministrativo, e certamente non può essere scevra dalla volontà discrezionale, che è notevolmente più accentuata nella dirigenza: l'art. 55-*bis*, c. 4, stabilisce che il dirigente o responsabile di struttura «segnala immediatamente, e comunque entro dieci giorni […] i fatti *ritenuti* di rilevanza disciplinare di cui abbia avuto conoscenza» (corsivo mio). Il dirigente non è privato del potere organizzativo di *ritenere* che il fatto abbia rilevanza disciplinare, oppure no; cioè di valutare se il fatto ha rilevanza disciplinare. Questa valutazione discrezionale è confermata dall'art. 55-*sexies*, c. 3, secondo cui solo se «il mancato esercizio» è «senza giustificato motivo» ovvero è dovuto a «valutazioni manifestamente irragionevoli» il dirigente/responsabile potrà essere sanzionato a sua volta. In tal senso, si potrebbero fare innumerevoli esempi nei quali la valutazione del dirigente/responsabile di non attivare il procedimento disciplinare sia stata giustificata dalla valutazione che un intervento (di esercizio del potere) organizzativo o di controllo potesse risolvere la situazione e migliorare l'efficienza/produttività ben più di una contestazione disciplinare.

Se la funzione della legge è solo quella di punire il disonesto, come atto esemplare per il colpevole e tutta la comunità dei lavoratori, allora certamente una infrazione richiede sempre e soltanto la sanzione; ma se la funzione del potere disciplinare è di soddisfare l'interesse organizzativo del datore di lavoro, questo potere deve essere esercitato affinché sia risolto il pro-

(17) Sulla terzietà dell'Ufficio legittimato a comminare la sanzione disciplinare vd. Cass. 4.11.2106, n. 22487, in *Banca dati Pluris*.

blema per l'organizzazione, cioè – per dirla con le parole semplici di prima – affinché la punizione del disonesto renda più produttiva l'organizzazione. Ma occorre che vi sia il margine di discrezionalità attribuito al dirigente nel valutare la condotta del dipendente e qualificarla come illecito disciplinare. Si tratta della prima valutazione che è necessaria per attivare poi il procedimento da parte dell'Upd; se anche quest'Ufficio ha discrezionalità nel valutare l'*an* dell'infrazione, non si capisce perché questa autonomia di valutazione non debba essere assicurata anche al dirigente, purché – beninteso – sia giustificato da valutazioni ragionevoli.

Su questo versante si manifesta una delle maggiori distanze fra la dottrina giuslavorista e quella amministrativa (18). Fra quest'ultima si distingue chi ritiene che, «dopo tali inequivoci interventi normativi, è auspicabile che la coriacea dottrina di estrazione lavoristica classica, che ha tanto strenuamente quanto inutilmente propugnato la tesi della facoltatività dell'azione disciplinare per il datore pubblico per mero formale e dogmatico tentativo di trasporre categorie privatistiche in sede pubblicistica, dimenticando le ontologiche finalità costituzionali dell'azione pubblica, rimediti sui propri approdi, tenendo ben presente soprattutto il contesto ove il principio (di obbligatorietà o facoltatività) deve operare» (19). Soprassiedo sui toni sarcastici, e mi limito a dire che al fondo di questa posizione c'è sempre il rifiuto di accettare fino in fondo che il rapporto di lavoro alle dipendenze della p.a. è un rapporto di diritto privato, regolato dalle categorie del diritto privato (20). Il problema di fondo, dunque, è quello che ho indicato all'inizio, e cioè pensare che il lavoro pubblico debba essere punito nella sua propensione alla disonestà anziché essere efficacemente ed efficientemente organizzato per migliorare la produttività del lavoro; obiettivo per cui il diritto pubblico può poco, mentre molto possono fare la scienza dell'organizzazione del lavoro e il diritto che la regola.

Piuttosto, è auspicabile che la giurisprudenza del lavoro, che – come detto – con riferimento al principio di proporzionalità ha già dato prova di autonomia di giudizio rispetto alla incontinenza del legislatore, possa avallare la necessaria discrezionalità del potere organizzativo/controllo/disciplinare della dirigenza pubblica, beninteso, solo se adeguatamente giustificato e non frutto, invece, di lassismo o perniciosa compiacenza (21).

---

(18) Cfr. Borgogelli (2010) per la prima, e Mattarella (2010) per la seconda.

(19) Tenore 2017, 172.

(20) Lo ribadisce Mainardi 2010.

(21) Secondo Tenore (2017, 169, nota 126) una recente sentenza di Cassazione (2.3.2017, n. 5317, in *Banca dati Pluris*) avallerebbe l'obbligatorietà dell'azione di-

5. — Segue: *c) la questione della (presunta) disfunzione dell'autonomia collettiva* — Vengo alla terza e ultima questione con cui concludere queste note.

Se il problema della scarsa produttività del lavoro pubblico viene affrontato con l'approccio aziendalista o amministrativista, nel senso cui mi sono riferito all'inizio, cioè a dire in prospettiva prevalentemente disciplinare anziché organizzativa, è conseguenziale il ridimensionamento della funzione organizzativa svolta dalla contrattazione collettiva: anzi, se la scarsa produttività è addebitata alla scarsa disciplina dei dipendenti pubblici e non piuttosto alla scarsa capacità direttivo-organizzativa, la contrattazione collettiva appare addirittura come un ostacolo. In questo senso depongono le numerose norme che riducono la funzione normativa del contratto collettivo a cominciare dall'art. 40, d.lgs. n. 165/2001, per finire con l'art. 55, secondo cui le norme di legge previste in materia di responsabilità disciplinare «costituiscono norme imperative, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile, e si applicano ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 2, comma 2, alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche».

Vero è che il carattere imperativo delle norme del d.lgs. n. 165 era già stato sancito dall'art. 2, c. 2, del medesimo decreto; tuttavia, ciò non aveva impedito alla contrattazione collettiva, pur nelle materie delegate dalla legge, di prevedere disposizioni di miglior favore per i lavoratori. Non a caso, l'art. 55 modificato nel 2009 richiama espressamente le due norme del codice civile sulla nullità parziale e la sostituzione automatica, che rappresentano un fatto di grande rilievo per la disciplina delle fonti del contratto di lavoro subordinato. Insomma, non è certo un mistero che la materia disciplinare del lavoro pubblico è una di quelle in cui più chiaramente si è manifestata la tendenza anticollettiva nel sistema delle fonti.

Il fine di questa norma, unitamente all'art. 40, è quello di limitare drasticamente l'autonomia collettiva che si può esprimere attraverso un

---

sciplinare perché in un capoverso della sentenza, decidendo sulla titolarità dell'azione disciplinare, c'è scritto che «il legislatore ha solo voluto rimarcare un compito istituzionale che fa capo al dirigente il quale, in ragione della posizione organizzativa e funzionale ricoperta, è di norma il soggetto che può acquisire la conoscenza dei fatti di potenziale rilievo disciplinare, fermo restando che l'Upd deve attivare il procedimento, obbligatorio nel pubblico impiego contrattualizzato, anche qualora altri procedano alla segnalazione e può acquisire autonomamente la notizia, come avvenuto nella fattispecie». A me pare che questa estrapolazione provi troppo. Sulla giurisprudenza in materia di lavoro pubblico vd., di recente, Esposito 2016.

contratto collettivo. Si tratta di una norma di grande impatto per la dogmatica tradizionale del rapporto di lavoro subordinato, e che – per certi versi – avvalora le tesi di chi denuncia una distanza troppo grande fra lavoro pubblico e privato. Appartengono ai fondamenti del diritto del lavoro l'inderogabilità *in peius* della legge da parte del contratto collettivo e la piena derogabilità *in melius*. Invece, richiamando le norme del codice civile sulla nullità parziale del contratto e la sostituzione legale, il d.lgs. n. 165/2001 applica queste norme – concepite per i contratti *sui generis* e non certo per il contratto collettivo – al rapporto fra legge e contratto collettivo, sicché tutte le norme contrattuali migliorative per i lavoratori sono state sostituite dalla disciplina legale (22).

La legge mostra una chiara sfiducia nei confronti della contrattazione collettiva in materia di sanzioni disciplinari, già ampiamente e meritoriamente spiegata da altri (23). Aggiungo soltanto che anche la recente legislazione conserva (e forse accentua) il medesimo atteggiamento ostile verso la contrattazione collettiva in materia disciplinare, che forse si spiega con l'idea che il contratto collettivo sarebbe in fin dei conti espressione della sola volontà unilaterale del sindacato (e dei lavoratori) e non anche dell'amministrazione, che attraverso l'Aran l'ha sottoscritto. Insomma, la sfiducia nei confronti della contrattazione collettiva presuppone la sfiducia nella capacità dell'Aran e delle pubbliche amministrazioni di esercitare le proprie prerogative come datore di lavoro a tutela dell'interesse pubblico. Sarebbe necessario, allora, affrontare il problema alla radice, e cioè affrontare il problema della dirigenza e della sua capacità di rappresentare l'interesse della p.a. nella direzione, organizzazione e nel

---

(22) Il ridimensionamento del ruolo del contratto collettivo in materia disciplinare è proseguito fino ai più recenti interventi legislativi del 2017, allorché – per esempio – si è previsto che «la violazione di obblighi concernenti la prestazione lavorativa, che abbia determinato la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno, comporta comunque, nei confronti del dipendente responsabile, l'applicazione della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione» (art. 55-*sexies*, c. 1). In questo caso, la versione precedente la modifica lasciava salva la riconduzione dell'infrazione alle fattispecie previste dal codice disciplinare, e solo nel caso (raro) in cui non avessero trovato configurazione nel codice disciplinare si sarebbe applicata questa fattispecie legale. Oppure si pensi all'art. 55-*bis*, c. 9-*bis*: «sono nulle le disposizioni di regolamento, le clausole contrattuali o le disposizioni interne, comunque qualificate, che prevedano per l'irrogazione di sanzioni disciplinari requisiti formali o procedurali ulteriori rispetto a quelli indicati nel presente articolo o che comunque aggravino il procedimento disciplinare».

(23) Rinvio, per tutti, a Zoppoli 2017 e Pinto 2016.

controllo del lavoro, anziché esautorare una fonte utile (se non proprio necessaria) a regolare un'organizzazione efficace e produttiva (24).

Riferimenti bibliografici

Avio A. (2017), *La* performance *come valutazione dell'adempimento nel rapporto alle dipendenze della p.a.*, Jovene, Napoli.

Bavaro V., D'Onghia M. (2016), *Profilo costituzionale del licenziamento nullo*, in *VTDL*, n. 3, 443 ss., e in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 305, in *www.csdle.lex.unict.it*.

Borgogelli F. (2009), *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, in Zoppoli L. (a cura di), *Ideologia e tecnica della riforma*, Editoriale scientifica, Napoli, 410 ss.

Borgogelli F. (2010), *Responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale. Una proposta di ricomposizione*, in *RGL*, I, 664 ss.

Corpaci A. (2010), *Regime giuridico e fonti di disciplina dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *RGL*, I, 473 ss.

Costabile L. (2009), *Glossario dell'economista per il giuslavorista*, in *RGL*, I, 175 ss.

Di Paola L. (2010), *Il potere disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato*, Giuffrè, Milano.

Esposito M. (2016), *I giudici e il lavoro pubblico: dalla contrattualizzazione alla cd. «riforma Madia»*, in *LD*, 871 ss.

Esposito M. *et al.* (a cura di) (2018) , *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. n. 74 e 75 del 25 maggio 2017 (cd. riforma Madia)*, Giappichelli, Torino.

Liso F. (1982), *La mobilità del lavoratore*, FrancoAngeli, Milano.

---

(24) La questione e ripresa ancora di recente da Zoppoli 2018. A me pare emblematica la questione dell'assenteismo. L'atteggiamento ottusamente disciplinare nei confronti di questo problema, che è prima di tutto organizzativo – come ho detto in precedenza –, ha portato il d.lgs. n. 75/2017 a inserire il c. 3-*bis* nell'art. 55-*quinquies*, che così stabilisce: «i contratti collettivi nazionali individuano le condotte e fissano le corrispondenti sanzioni disciplinari con riferimento alle ipotesi di ripetute e ingiustificate assenze dal servizio in continuità con le giornate festive e di riposo settimanale, nonché con riferimento ai casi di ingiustificate assenze collettive in determinati periodi nei quali è necessario assicurare continuità nell'erogazione dei servizi all'utenza». Sennonché il minimo che potesse accadere è che in nessuno dei Ccnl firmati fra la fine del 2017 e l'inizio del 2018 si è provveduto a recepire quel contenuto, che, peraltro, è già insito nelle infrazioni relative alle assenze ingiustificate. Questa ipotesi dimostra chiaramente l'inutilità cui conduce la sovrapposizione fra problemi di natura disciplinare e problemi di natura organizzativa.

Mainardi S. (2004), *La responsabilità disciplinare*, in Carinci F., Zoppoli L. (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino, 840 ss.

Mainardi S. (2010), *Profili della responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, in *RGL*, I, 615 ss.

Martelloni F. (2013), *La responsabilità disciplinare del personale non dirigenziale*, in Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giappichelli, Torino, 551 ss.

Mattarella B.G. (2010), *La responsabilità disciplinare*, in *GDA*, n. 1, 34 ss.

Pantano F. (2012), *Il rendimento e la valutazione della prestazione del lavoratore subordinato nell'impresa*, Cedam, Padova.

Persiani M. (1966), *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova.

Pinto V. (2016), *Il lavoro pubblico nella transizione dall'autogoverno responsabile delle pubbliche amministrazioni al rinnovato protagonismo della legge*, in *DLM*, n. 2, 107 ss.

Quaranta M. (2018), *Illeciti rilevanti e tipologia delle sanzioni*, in Esposito M. *et al.* (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 233 ss.

Ratti L. (2012), *Discrezionalità dell'azione disciplinare e limiti esterni all'esercizio del potere*, in Mainardi S. (a cura di), *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Giappichelli, Torino, 240 ss.

Romei R. (2011), *Spunti sulla responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale*, Jovene, Napoli, vol. III, 1633 ss.

Sanlorenzo R. (2018), *Il potere disciplinare*, in Aa.Vv., *Il lavoro pubblico*, diretto da Curzio P. *et al.*, Giuffrè, Milano, 285 ss.

Tenore V. (2017), *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, Giuffrè, Milano.

Tosi P. (2018), *Le novelle legislative sul lavoro privato e pubblico privatizzato tra armonizzazione e diversificazione*, in *RIDL*, I, 17 ss.

Tullini P. (2014), *L'inadempimento e la responsabilità disciplinare del dipendente pubblico: tra obblighi giuridici e vincoli deontologici*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 229.

Villa E. (2013), *Il fondamento del potere disciplinare nel lavoro pubblico privatizzato alla luce delle più recenti riforme*, in *LPA*, 976 ss.

Voza R. (2011), *Fondamento e fonti del potere disciplinare nel lavoro pubblico*, in *LPA*, I, 660 ss.

Zoppoli L. (2017), *Le fonti del lavoro pubblico: dinamiche recenti e prospettive*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Utet, Torino, 2695 ss.

Zoppoli L. (2018), *Perché una quarta riforma del lavoro pubblico?*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 366.

Abstract

L'articolo analizza il problema della funzione del potere della pubblica amministrazione di irrogare sanzioni disciplinari. L'Autore critica la tendenza a considerare le sanzioni disciplinari come principale strumento di contrasto della scarsa produttività del lavoro pubblico e di contrasto dei comportamenti disonesti. Piuttosto, questo potere ha una funzione organizzativa e richiede responsabilità da parte della dirigenza nonché della contrattazione collettiva.

NOTES ON THE POWER TO IMPOSE DISCIPLINARY SANCTIONS IN PUBLIC WORK BETWEEN CORPORATE CULTURE AND ADMINISTRATIVISM

The article analyzes the problem about the function of the Public Administration power to impose disciplinary sanctions. The Author criticizes the tendency to consider disciplinary sanctions as the main means of combating the improductivity of public work and, also, means of fighting against dishonest behavior. Rather, this power has an organizational function and requires management and collective bargaining responsibility.

Paola Saracini (*)

LICENZIAMENTO INGIUSTIFICATO E REINTEGRAZIONE NEL LAVORO PUBBLICO

SOMMARIO: 1. Uno sguardo al passato per comprendere il presente. — 2. Lavoro pubblico e reintegrazione: un connubio in discussione dopo la «legge Fornero» e il cd. *Jobs Act*? — 3. La «riforma Madia» e la reintegrazione nel lavoro pubblico tra potere organizzativo e valutazione dei risultati dell'attività delle pubbliche amministrazioni. — 4. A mo' di conclusione.

1. — *Uno sguardo al passato per comprendere il presente* — La reintegrazione contro il licenziamento ingiustificato nel lavoro pubblico ha, da sempre, trovato pieno riconoscimento nel nostro ordinamento. Storicamente, come noto, tale scelta rinviene il suo fondamento nell'esigenza di impedire possibili abusi del potere esecutivo e di assicurare alla pubblica amministrazione un legame stabile con i funzionari cui è rimesso il compito di far concretamente agire il soggetto pubblico (1).

Anche dopo la cd. «privatizzazione» degli inizi degli anni novanta e il conseguente radicale cambiamento dello *status* giuridico del lavoratore (2), l'applicazione della tutela reintegratoria, a eccezione di qualche dubbio in riferimento alla sola figura del dirigente – poi fugato dalla Corte costituzionale con la nota sentenza n. 351 del 2008 –, non è stata messa in discussione (3).

Il quadro comincia a cambiare nel 2012. Infatti, con la sostanziale riscrittura dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori a opera della legge n.

(*) Professoressa associata di Diritto del lavoro presso l'Università del Sannio.

(1) Rusciano 1978, 13 ss.

(2) Avviata, come si sa, dalla legge delega n. 421/1992 e dal successivo d.lgs. n. 29/1993.

(3) Il riferimento all'applicazione delle norme contenute nello Statuto dei lavoratori anche ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni contenuto nell'art. 55, d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, determina, infatti, anche l'applicazione della tutela reintegratoria prevista dall'art. 18; un riferimento normativo, quello dell'art. 55, che non ha subìto modifiche nelle diverse riforme che hanno avuto a oggetto la cd. privatizzazione.

92/2012 (cd. legge Fornero), si ha una sensibile riduzione dello spazio riconosciuto alla reintegrazione in caso di licenziamento ingiustificato (4). Il problema, come si ricorderà, nasce per alcune previsioni poste in apertura della legge (art. 1, cc. 7 e 8), connotate da un certo grado di ambiguità, che palesano le difficoltà per una totale e immediata omogeneizzazione tra lavoro pubblico e lavoro privato, marcando, tra l'altro, quel processo di allontanamento e diversificazione tra le due relative discipline avviatosi ormai da qualche anno (5).

La questione era di non poco momento e, come prevedibile, ha suscitato, da subito, un corposo e discordante dibattito tanto in dottrina (6) quanto in giurisprudenza, dove, in particolare, si sono susseguite, a distanza di pochi mesi, alcune sentenze di legittimità dal tenore completamente opposto, che hanno messo fortemente in discussione la scelta operata sino a quel momento dal legislatore (7). In tale confuso contesto, ad animare ulteriormente il dibattito si inserisce la Carta dei diritti fondamentali delle lavoratrici e dei lavoratori, elaborata dalla Cgil; questa proposta, nel prevedere una tutela reintegratoria in caso di licenziamento ingiustificato declinata in termini ancor più ampi di quelli dettati dall'originario art. 18 St. lav., ne ipotizza l'applicazione al lavoro sia privato sia pubblico (artt. 83 ss.) (8).

La recente riscrittura del d.lgs. n. 165/2001, realizzata dal d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75 (cd. riforma Madia) (9), ha finalmente fatto chiarezza sul tema, confermando la persistenza di un regime peculiare di reintegrazione nel lavoro pubblico. In queste pagine si cercherà essenzialmente di capire, sul piano teorico-sistematico, le ragioni delle scelte legislative. A tal fine è anzitutto utile ritornare sul dibattito che, a partire dal 2012, si è sviluppato sul tema.

---

(4) Per una riflessione complessiva dedicata esclusivamente alla riforma dell'art. 18, per tutti, vd. Cester 2013.

(5) Sul punto, vd., da ultimo: Ricci 2014, 461 ss.; Battini 2015, 145 ss.

(6) Tra i primi, cfr. Carinci 2013; vd., inoltre, i riferimenti bibliografici richiamati nelle note 9 e 10.

(7) Si tratta in particolare delle sentenze della Cassazione del 26.11.2015, n. 24157, e del 9.6.2016, n. 11868, entrambe in *Banca dati Pluris*. La prima a favore dell'applicazione dell'art. 18 *post* Fornero, la seconda dell'art. 18 nella sua versione originaria. A conferma delle difficoltà interpretative poste dalla norma, possono inoltre essere segnalate anche le sentenze della Cassazione del 6.10.2016, n. 20056, del 4.4.2017, n. 8722, e del 25.10.2017, n. 25376, tutte in *Banca dati Pluris*.

(8) Per un commento, anche più ampio, all'intera Carta, vd. Riccobono 2017, 63 ss.

(9) Sulla cd. riforma Madia, vd. Esposito *et al.* (a cura di) 2018; Garilli *et al.* 2018.

2. — *Lavoro pubblico e reintegrazione: un connubio in discussione dopo la «legge Fornero» e il cd.* Jobs Act*?* — Il dibattito sull'applicazione dell'art. 18 St. lav., come riformato dalla l. n. 92/2012, al lavoro pubblico può essere schematicamente ricondotto a due diverse tesi.

La prima propende per l'applicazione, sostenendo, in estrema sintesi, che il rinvio contenuto nel d.lgs. n. 165/2001, tanto nell'art. 2 quanto nell'art. 51, c. 2, sarebbe da interpretare quale «rinvio mobile»; sicché il nuovo testo dell'art. 18 risulterebbe, sin da subito, direttamente applicabile ai rapporti di lavoro pubblico privatizzati (10).

La seconda tesi, invece, ritiene non estensibile in via immediata la «legge Fornero» ai dipendenti pubblici, ancora soggetti quindi alla versione originaria dell'art. 18, per motivi sia letterali sia logico-sistematici. In particolare, si è sostenuto che a impedire una completa omogeneizzazione del regime sanzionatorio in materia di licenziamenti individuali sarebbero state proprio le diverse *ragioni* di tutela sottese ai due ambiti: nel settore pubblico, alla tutela dell'interesse del dipendente si affianca, infatti, quella dell'interesse generale (11).

Nel già animato dibattito si inserisce poi anche il nuovo regime sanzionatorio contro il licenziamento illegittimo per il cd. contratto a tutele cre-

---

(10) In tal senso, cfr. Esposito 2016, 665 ss.; Fiorillo 2016, 676 ss.; Giubboni, Colavita 2016, 1 ss.; Mainardi 2016, 687 ss.; Tampieri 2015, 97 ss.; Cavallaro 2013, 926 ss.; De Luca 2013, 1 ss. A questa prospettiva ricostruttiva può ricondursi anche l'opinione secondo cui, nel caso di licenziamento illegittimo di un pubblico dipendente, è possibile *solo* la sanzione «ripristinatoria», alla luce della necessaria qualificazione, nel settore pubblico, del provvedimento di licenziamento illegittimo *sempre* come atto nullo per violazione di norme imperative. Secondo questa posizione, nell'ambito delle pubbliche amministrazioni, il licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo, e comunque qualsiasi licenziamento illegittimo, deve essere assoggettato al regime di nullità, in quanto in tale settore la giustificazione del licenziamento assume una valenza non limitata alla sola tutela del prestatore di lavoro; pertanto, essa è riconducibile alle ipotesi di nullità previste dalla legge di cui al modificato art. 18, c. 1, l. n. 300/70: così Boscati 2012, 993 ss.

(11) Si esprime in questi termini Luciani (2018, 400 ss.). A tal proposito, la dottrina citata si avvale pure della pronuncia dalla Cassazione del 9.6.2016, n. 11868, cit., là dove si afferma che, in ambito pubblico, «il potere di risolvere il rapporto di lavoro, è circondato da garanzie e limiti che sono posti non solo e non tanto nell'interesse del soggetto da rimuovere, ma anche e soprattutto a protezione di più generali interessi collettivi». In riferimento, poi, alla tecnica del rinvio mobile e ai suoi effetti, prima illustrata, la si è ritenuta superabile alla luce dell'applicazione dei princìpi che regolano l'abrogazione delle leggi nonché dei meccanismi di successione delle norme nel tempo; pertanto, la (co)vigenza delle due versioni dell'art. 18 sarebbe praticabile in base all'istituto dell'abrogazione parziale (sebbene circoscritto nell'ambito di applicazione) di una legge da parte della legge successiva.

scenti *ex* d.lgs. n. 23/2015, che riduce ulteriormente gli spazi per la reintegrazione. Pur in assenza di specifiche disposizioni testuali, gli interpreti, in maniera pressoché unanime in questo caso, ne avevano però già esclusa l'applicabilità ai lavoratori pubblici (12).

Ma non è il caso di indugiare oltre sul punto, in quanto, come anticipato, il legislatore, di lì a poco, chiarisce la sua scelta.

3. — *La «riforma Madia» e la reintegrazione nel lavoro pubblico tra potere organizzativo e valutazione dei risultati dell'attività delle pubbliche amministrazioni* — La questione è stata, infatti, «risolta» dal nuovo art. 63 del d.lgs. n. 165/2001, come modificato dall'art. 21 del d.lgs. n. 75/2017. La norma espressamente garantisce al dipendente pubblico illegittimamente licenziato la «stabilità» del rapporto, tramite la «reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro» e il «pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegra, e comunque in misura non superiore alle 24 mensilità». La disposizione in parola esclude dall'indennizzo solo quanto percepito dal lavoratore per lo svolgimento di altre attività lavorative, e prevede altresì la condanna del datore di lavoro al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali.

Il legislatore, quindi, conferma, senza ombra di dubbio, la reintegrazione quale tecnica di tutela esclusiva in caso di licenziamento del pubblico dipendente. La norma, infatti, riprende la struttura della sanzione prevista nella vecchia formulazione dell'art. 18 St. lav. dal momento in cui contempla un'«unica» sanzione per qualsiasi tipo di licenziamento, a differenza di quanto invece si rinviene sia nella nuova formulazione dell'art. 18 sia per il contratto a tutele crescenti (13), anche se, pur escludendo dal computo l'*aliunde percipiendum*, a differenza del passato, pone un tetto massimo al risarcimento del danno; quest'ultimo è comunque superiore a quello previsto sia dalla «legge Fornero» sia dal d.lgs. n. 23/2015. Inoltre, non v'è traccia dell'istituto dell'indennità sostitutiva; soluzione dettata, secondo alcuni, dalla necessità di evitare ricadute sul contenimento della spesa pubblica rimesse alla volontà dei dipendenti, con una prevalenza dei loro interessi particolari rispetto a quelli generali (14).

---

(12) Tra gli altri, cfr. Giubboni, Colavita 2016; Tampieri 2015, spec. cap. III, sez. II; Mainardi 2015, 25 ss.; Santoni 2015, 118 ss.

(13) Sia la «legge Fornero» sia il d.lgs. n. 23/2015, infatti, prevedono regimi sanzionatori diversi in relazione alla tipologia di licenziamento viziato.

(14) Si esprime in questi termini Vidiri 2016, 579.

Prima di addentrarsi nelle motivazioni della nuova formulazione dell'art. 63, va ricordato che, al riguardo, non si rinvengono specifiche indicazioni nella legge delega. Sul punto, tuttavia, appare ampiamente condivisibile la tesi che risolve la questione inquadrando il citato art. 21 del d.lgs. n. 75/2017 nell'ambito delle soluzioni mirate a coordinare le disposizioni vigenti e a risolvere antinomie in base ai princìpi dell'ordinamento e alle discipline regolatrici della materia (15).

Tornando all'art. 63, è dunque, evidente la collocazione della nuova disciplina nella scia dell'originario art. 18 dello Statuto dei lavoratori, che a questo punto può dirsi definitivamente abrogato. È altresì palese l'allontanamento dall'art. 18 della «legge Fornero» e, ancor più, dalla disciplina sui licenziamenti ingiustificati per il contratto a tutele crescenti.

La scelta del legislatore sembra quindi porre su piani diametralmente opposti la disciplina del regime sanzionatorio in caso di licenziamento ingiustificato nel lavoro privato e nel lavoro pubblico. V'è da chiedersi, a questo punto, quanto una differenza così netta sia condivisibile.

In proposito, possiamo ricordare le tesi di coloro i quali considerano la scelta «obbligata», in quanto imposta dal rilievo costituzionale della reintegrazione in ambito pubblico: segnatamente dai princìpi di buon andamento e imparzialità che il processo di contrattualizzazione non ha fatto venir meno e che, di conseguenza, continuano a improntare l'operato del datore di lavoro pubblico (16). In questa ottica si sottolinea che: a) l'introduzione di un regime di tutela economico/indennitario per i licenziamenti ingiustificati si scontrerebbe con il principio di buon andamento perché, consentendo al datore di lavoro di «monetizzare» un atto illegittimo, comporterebbe per l'amministrazione l'esborso di denaro pubblico, nonché, eventualmente, l'adozione di un nuovo bando di concorso per sopperire alla vacanza in organico; b) l'obbligatorietà del meccanismo di accesso al lavoro tramite concorso pubblico, sorretto dai princìpi del «merito» e dell'«imparzialità», produce i suoi riflessi anche sulla fase estintiva del rapporto (17); pertanto – si rileva –, la sottrazione di un posto di lavoro conseguito con concorso può avvenire solo seguendo pro-

(15) Così Luciani 2018, 410 ss. Si veda anche il parere del Consiglio di Stato, comm. spec., 21.4.2017, n. 916. In senso conforme, e per una più approfondita e ampia analisi della questione, v. Zoppoli L. 2017, 7.

(16) Tra i fautori della costituzionalizzazione possono essere qui richiamati, Luciani 2018, 402-405, e Vallebona 2016, 143. Limita il profilo della costituzionalizzazione alla sola dirigenza Cester 2016, 385.

(17) Luciani 2018, 404.

cedure gestite con i medesimi criteri, al contrario di quanto accadrebbe qualora l'estinzione del rapporto avvenisse per punire condotte che non integrano gli estremi del licenziamento giustificato.

A supporto di tale ricostruzione, la dottrina in parola richiama, in particolare, la sentenza della Corte costituzionale del 24.10.2008, n. 351, dove si afferma: da un lato, che la valutazione di idoneità/inidoneità professionale del lavoratore pubblico deve essere affidata a criteri e procedure di carattere oggettivo; dall'altro lato, che la reazione a un atto risolutivo illegittimo non può essere esclusivamente di tipo risarcitorio (18).

A ben vedere, però, la tesi non convince. In discussione, ovviamente, non è la rilevanza dei princìpi di buon andamento e imparzialità nel lavoro pubblico contrattualizzato. Piuttosto, v'è da osservare che la sentenza appena richiamata riguardava un dirigente e le motivazioni erano legate al fatto che la sanzione di tipo economico avrebbe esposto questo «particolare» lavoratore alle pressioni dell'organo politico, compromettendo l'autonomia e l'imparzialità dell'azione amministrativa. E, soprattutto, la tesi rammentata non convince perché sembra mettere del tutto in secondo piano la fondamentale scelta legislativa di disciplinare il potere organizzativo secondo le regole privatistiche, ossia del contratto di lavoro. Specularmente, sembra confidare in misura eccessiva e aprioristica nella «bontà» della reintegra per il funzionamento delle pubbliche amministrazioni, dimenticando che, com'è stato ancor di recente scritto, «le finalità organizzative vanno salvaguardate anzitutto attraverso il puntuale e responsabile esercizio dei poteri (organizzativi) istituzionalmente preposti alla loro realizzazione» (19). L'esperienza del lavoro pubblico, non solo degli ultimi decenni, induce a ritenere che questo sia il vero problema. Se così è, il raffronto con il lavoro privato va impostato in termini diversi da quelli profilati nella tesi in parola.

Nel lavoro privato, che piaccia o no, un ruolo di primo piano nell'orientare e valutare le scelte datoriali lo svolge il mercato, sia pure con tutte le sue imperfezioni. Nelle pubbliche amministrazioni così ovviamente non è. Non si dice nulla di nuovo affermando che, da qualche anno ormai, di questo si è preso consapevolezza: tanto la terza quanto la quarta riforma del lavoro pubblico attribuiscono decisamente rilievo alla «valutazione» dei risultati dell'attività delle amministrazioni pubbliche, alle quali si riconosce lo stesso ruolo svolto dal «mercato» nel privato, ossia di verificare e riorien-

(18) Sul punto, cfr. Nicolosi 2018.
(19) Esposito *et al.* 2018.

tare le scelte organizzative (20). Sicché, ad assumere una posizione centrale è il rapporto tra potere organizzativo e valutazione (21).

Tuttavia, questa relazione, nonostante sia ormai a ragione considerata un elemento portante dell'intero processo di contrattualizzazione, non è stata adeguatamente concepita dal legislatore, né, di conseguenza, in concreto, sufficientemente implementata. Ciò si è tradotto, e si traduce tuttora, nella carenza strutturale di meccanismi in grado di assicurare che le scelte datoriali siano improntate alla imparzialità e al raggiungimento di oggettivi livelli di buon andamento. Per converso, determina il forte rischio di patologie anche gravi, come del resto mostrano, spesso, le cronache quotidiane. Non a caso, a giudizio di molti, siffatta carenza, se non colmata, potrà giungere finanche a determinare l'implosione del cd. modello privatistico (22).

Ritornando al nostro tema, in questa logica, l'estensione delle regole sui licenziamenti, previste tanto dalla legge n. 92/2012 quanto dal d.lgs. n. 23/2015, avrebbe finito per rimettere le decisioni in materia di licenziamenti a scelte datoriali prive di intrinseci meccanismi di regolazione, e quindi di controllo, circa l'effettiva corrispondenza alle esigenze dell'organizzazione (23).

Insomma, sembra proprio che sia il dato storico a rendere comprensibile la scelta del legislatore di conservare la tutela ripristinatoria per i lavoratori delle pubbliche amministrazioni. Se così è, spingersi a ritenere che questa scelta sia imposta da precisi vincoli costituzionali appare, probabilmente, eccessivo.

4. — *A mo' di conclusione* — Dunque, la disciplina dettata dal nuovo art. 63 del d.lgs. n. 165/2001 ha determinato ormai un sensibile allontanamento tra «pubblico» e «privato» per quanto concerne i sistemi rimediali contro il licenziamento ingiustificato.

---

(20) Come si legge nella relazione di accompagnamento al d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, l'intento è di creare un generale e compiuto contesto in cui valutazione e trasparenza «sostituiscono la concorrenza di mercato, quale si riscontra nel settore privato, quali efficaci stimoli esterni al miglioramento continuo di processi e servizi offerti dalle pubbliche amministrazioni». E nel medesimo senso si esprime pure la relazione di accompagnamento alla legge delega Madia. Così anche Nicosia 2018, 352 ss.

(21) Sulla rilevanza del sistema di valutazione e sulla sua persistente inadeguatezza vd., per tutti e da ultimo, Zoppoli A. 2018, 317 ss., nonché D'Alterio, in questo fascicolo p. 488 ss.

(22) Si esprime in questi termini, da ultimo, Monda 2016, 119-120. Sul tema vd. anche, *ex plurimis*: Ales 2007, 18 ss.; Zoppoli L. 2008, 2-5.; Carinci 2009; Bellavista 2010, 87 ss.; Spinelli 2012, 56-59.

(23) Sul punto, vd. anche i rilievi di Monda 2016, 119-120.

Questo approdo, tuttavia, è di estrema evidenza rispetto alla disciplina del contratto a tutele crescenti, dove l'ambito di applicazione della reintegrazione è stato decisamente e inequivocabilmente circoscritto. Merita qualche considerazione nei confronti dei lavoratori ai quali continua ad applicarsi l'art. 18 St. lav. nella versione riformata dalla legge Fornero.

In primo luogo, infatti, occorre sottolineare come, nonostante i condivisibili tentativi di una parte della giurisprudenza e della dottrina volti ad ampliare tuttora nel lavoro privato gli spazi per la reintegrazione (24), nel lavoro pubblico, come si è visto, il quadro normativo è assai più chiaro; anzi è inequivocabilmente a favore della reintegra. In secondo luogo, non bisogna sottovalutare che nel lavoro pubblico la tutela reintegratoria ha da sempre goduto di una maggiore effettività. Infatti, mentre nel lavoro privato l'annosa questione dell'incoercibilità dell'obbligo reintegratorio pone, da sempre, ostacoli insormontabili per l'esecuzione della relativa sentenza, nel lavoro pubblico tale problema non sembra emergere (25). Qui, al di là degli spazi relativi al giudizio di ottemperanza, da esaminare alla luce del nuovo riparto di giurisdizione conseguente alla «privatizzazione», e su cui – a dire il vero – si registrano opinioni decisamente discordanti (26), la realtà, supportata da persistenti precisi vincoli e peculiarità, prospetta una situazione molto diversa. In sintesi, appare estremamente improbabile che un dirigente, chiamato a dare esecuzione a una sentenza di reintegra, non la esegua: una simile decisione, attenendo alla gestione di risorse pubbliche, potrebbe essere a sua volta oggetto di un ulteriore giudizio da parte della Corte dei conti e, di conseguenza, chiamare il dirigente a rispondere dell'eventuale danno erariale. Nel momento in cui il dirigente sceglie di non procedere alla reintegrazione: a) retribuisce un lavoratore delle cui prestazioni l'amministrazione non si avvale; b) rischia di fare condannare l'amministrazione al pagamento di ulteriori danni, qualora il lavoratore, proprio in virtù della sentenza di reintegra, decidesse di agire nuovamente in giudizio per chiedere, ad esempio, il risarcimento per danni alla professionalità. A ciò si aggiunga che la mancata reintegra comporta il congelamen-

(24) Sul tema, le riflessioni della dottrina sono assai numerose; per tutti, da ultimo, vd. Caruso 2017.

(25) Più ampiamente, sia consentito rinviare a Saracini 2018, anche per il parallelismo della tutela reintegratoria con quella economica/indennitaria, intesa però – si badi bene – non nell'accezione (e nella misura) assai scarna prevista, in particolare, dall'attuale art. 3, d.lgs. n. 23/2015, sì da risultare inconsistente dal punto di vista tanto pratico quanto giuridico, bensì in un'accezione ampiamente funzionale al recupero dell'occupazione, così com'è venuto emergendo anche sul piano sovranazionale.

(26) Vd., per tutti, Albenzio 1999; Apicella 2003.

to di una casella della dotazione organica, risultando il lavoratore non reintegrato comunque un dipendente in organico a tutti gli effetti, nonché l'impossibilità di procedere a nuove assunzioni.

Insomma, per il dirigente pubblico, i rischi dell'inottemperanza alla sentenza di reintegra sono così elevati che, nei fatti, il problema appare eliminato in radice. Questa è, un'ulteriore conferma della sensibile divergenza tra lavoro pubblico e lavoro privato.

Riferimenti bibliografici

Albenzio G. (1999), *L'esecuzione delle sentenze del giudice del lavoro nei confronti della pubblica amministrazione*, in *FI*, I, 3475.

Ales E. (2007), *Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino.

Apicella E.A. (2003), voce *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *ED*, VI, 602 ss.

Battini S. (2015), Jobs Act *e lavoro pubblico: i «contro limiti» alla privatizzazione*, in *GDA*, 145 ss.

Bellavista A. (2010), *La figura del datore di lavoro pubblico*, in *DLRI*, 87 ss.

Boscati A. (2012), *La difficile convivenza tra il nuovo art. 18 e il lavoro pubblico*, in *LPA*, I, 993 ss.

Carinci F. (2009), *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla l. n. 133/2008 alla l.d. n. 15/2009*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 88.

Carinci F. (2013), *Versione definitiva… ma non troppo. È applicabile il novellato art. 18 St. al pubblico impiego privatizzato? (una domanda ancora in cerca di una risposta*), in *LPA*, I, 913 ss.

Caruso B. (a cura di) (2017), *Il licenziamento disciplinare nel diritto vivente giurisprudenziale. Dal fatto insussistente alla violazione delle regole procedimentali*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*, *Collective Volumes*, n. 7.

Cavallaro L. (2013), *Perché il nuovo art. 18 St. lav. si applica al pubblico impiego*, in *LPA*, I, 926 ss.

Cester C. (a cura di) (2013), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova.

Cester C. (2016), *Lavoro pubblico e licenziamento illegittimo davanti alla Corte di Cassazione*, in *RIDL*, II, 385 ss.

De Luca M. (2013), *Riforma della tutela reale contro il licenziamento illegittimo e rapporto di lavoro privatizzato alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: problemi e prospettive di coordinamento*, in *LPA*, I, 1 ss.

Esposito M. (2016), «Quo usque tandem…?»*: politica, giudici e realtà nel dibattito sul licenziamento dei pubblici dipendenti*, in *DLM*, 665 ss.

Esposito M. *et al.* (a cura di) (2018), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. nn. 74 e 75 2017 (cd. riforma Madia)*, Giappichelli, Torino.

Fiorillo L. (2016), *Riflettendo sull'articolo 18 dello Statuto nel lavoro pubblico*, in *DLM*, 676 ss.

Garilli A. *et al.* (2018), *Il lavoro alle dipendenze della p.a. dopo la «riforma Madia»*, Cedam, Padova.

Giubboni S., Colavita A. (2016), *La nuova disciplina dei licenziamenti e i rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 304.

Luciani V. (2018), *Il licenziamento illegittimo del dipendente pubblico e la tutela reintegratoria «universale»*, in Esposito M. *et al.* (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. nn. 74 e 75 2017 (cd. riforma Madia)*, Giappichelli, Torino, 397 ss.

Mainardi S. (2015), *Il campo di applicazione del d.lgs. n. 23/2015. Licenziamenti illegittimi, tutele crescenti*, in *LPA*, I, 25 ss.

Mainardi S. (2016), *L'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori alla prova della riforma Madia: «vorrei… ma non posso»*, in *DLM*, 687 ss.

Monda P. (2016), *Contratto di lavoro pubblico, potere organizzativo e valutazione*, Giappichelli, Torino.

Nicolosi M. (2018), *Modifiche al licenziamento disciplinare e tutele contro il licenziamento illegittimo*, in Garilli A. *et al.* (2018), *Il lavoro alle dipendenze della p.a. dopo la «riforma Madia»*, Cedam, Padova, 101 ss.

Nicosia G. (2018), *I soggetti della valutazione (percorsi di apprendimento organizzativo)*, in Esposito M. *et al.* (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. nn. 74 e 75 2017 (cd. riforma Madia)*, Giappichelli, Torino, 329 ss.

Ricci M. (2014), *Lavoro privato e lavoro pubblico: rapporti tra le due ipotesi di riforma, estensione delle regole e modelli*, in *LPA*, I, 461 ss.

Riccobono A. (2017), *Sulla «Carta dei diritti» della Cgil. La riforma dei contratti e dei rapporti di lavoro: privato e pubblico a confronto*, in *RGL*, I, 63 ss.

Rusciano M. (1978), *L'impiego pubblico in Italia*, il Mulino, Bologna.

Santoni F. (2015), *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. n. 23 del 2015*, in Ferraro G. (a cura di), *I Licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*, *Quaderni di Adl*, n. 14, 118 ss.

Saracini P. (2018), *Reintegra* monetizzata *e tutela* indennitaria *nel licenziamento ingiustificato*, Giappichelli, Torino.

Spinelli C. (2012), *Il datore di lavoro pubblico. Autonomia organizzativa e poteri del dirigente*, Cacucci, Bari.

Tampieri A. (2015), *Il licenziamento del dipendente pubblico prima e dopo il* Jobs Act, Giappichelli, Torino.

Vallebona A. (2016), *Licenziamenti dei dipendenti pubblici: tutela reale o indennitaria*, in *MGL*, 143 ss.

Vidiri G. (2016), *L'art. 18 St. lav. ed il pubblico impiego ovvero la disperata ricerca della nomofilachia*, in *MGL*, 579 ss.

Zoppoli A. (2018), *La dirigenza pubblica tra mancata riforma e persistenti equivoci*, in Esposito M. *et al.* (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. nn. 74 e 75 2017 (cd. riforma Madia)*, Giappichelli, Torino, 317 ss.

Zoppoli L. (2008), *A dieci anni dalla riforma Bassanini: dirigenza e personale*, in *LPA*, I, 2 ss.

Zoppoli L. (2017), *Tre pareri sulla costituzionalità della disposizione del decreto legislativo Madia in tema di reintegrazione dei lavoratori pubblici nel posto di lavoro*, in *Rassegna Astrid*, n. 7, 18 ss.

ABSTRACT

L'Autrice, dopo avere inquadrato sul piano sistematico l'istituto della reintegrazione nel lavoro pubblico «contrattualizzato», esprime un giudizio positivo sull'espressa scelta legislativa a favore della reintegra (nuovo art. 63 del d.lgs. n. 165/2001). Le ragioni risiedono però non in vincoli costituzionali insuperabili, come ritiene una diffusa opinione, bensì nella persistente assenza di meccanismi e dinamiche organizzative che garantiscano l'attuazione dei princìpi costituzionali di cui all'art. 97: primo fra tutti, il sistema di valutazione, ancora lontano dal dare garanzia di adeguato funzionamento.

UNJUSTIFIED DISMISSAL AND REINSTATEMENT IN PUBLIC EMPLOYMENT

After framing the system of reinstatement in «contracted» public work on a systematic level, the Author expresses a positive opinion on the legislative choice in favour of reinstatement (new Article 63 of Legislative Decree n. 165/2001). However, the reasons of such a view do not lie in insurmountable constitutional constraints, as highlighted by a widespread opinion, but in the persistent lack of mechanisms and organizational dynamics that guarantee the implementation of the constitutional principles set forth in Article 97: first of all, the principle of the evaluation system, which is still far from functioning in an adequate way.

Fabio Ratto Trabucco (*)

LA RESPONSABILITÀ CONTABILE DEL PUBBLICO DIPENDENTE PER ATTIVITÀ EXTRAISTITUZIONALE NON AUTORIZZATA

SOMMARIO: 1. L'attività extraistituzionale del pubblico dipendente. — 2. La responsabilità contabile del pubblico dipendente per attività extraistituzionale non autorizzata. — 3. La responsabilità contabile del personale medico-universitario per attività libero-professionale non autorizzata.

1. — *L'attività extraistituzionale del pubblico dipendente* — Nell'ambito degli innumerevoli profili che connotano l'attività del pubblico dipendente, uno fra i maggiori quesiti che si pongono attiene all'ambito della prestazione di attività extraistituzionali. Indi, la domanda se sia possibile esercitarle o meno, e in caso negativo quali siano le conseguenze del loro svolgimento indebito ovvero non autorizzato, potendo pervenire all'irrogazione di sanzioni disciplinari financo di grave entità, ivi compreso il licenziamento senza preavviso (1).

La risposta è formalmente contenuta nel c. 7 dell'art. 53, d.lgs. n. 165/2001, laddove si prevede che «i dipendenti pubblici non possono svolgere incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza», e si aggiunge che, «in caso di inosservanza del divieto, salve le più gravi sanzioni e ferma restando la responsabilità disciplinare, il compenso dovuto per le prestazioni eventualmente svolte deve essere versato, a cura dell'erogante o, in difetto, del precettore, nel conto dell'entrata del bilancio dell'amministrazione di appartenenza del dipendente a incremento del fondo di produttività o di fondi equivalenti».

La stessa norma stabilisce una particolare procedura per i professori universitari a tempo pieno, rinviando agli statuti e ai regolamenti degli Atenei

(*) Professore a contratto di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università di Venezia «Iuav».

(1) Cottone 2009, 375-382; Tenore 2007, 1097-1127; Noviello, Tenore 2002, 152-160.

le procedure per il rilascio dell'autorizzazione (2) con riflessi anche penali in ordine al reato d'abuso d'ufficio, *ex* art. 323 c.p., per l'autorizzazione a effettuare lavoro esterno rilasciata a un ricercatore universitario non confermato da parte di un organo incompetente quale il direttore del dipartimento e in contrasto con il divieto di svolgimento di libere professioni o attività esterne non saltuarie (3).

Altresì, ulteriori deroghe di tipo soggettivo e oggettivo al generale regime delle incompatibilità sono state introdotte da specifiche disposizioni di legge per il personale scolastico e dell'alta formazione artistica e musicale (4), degli enti lirici (5), del Servizio sanitario nazionale (6), per i magistrati ordinari, speciali e avvocati erariali (7), nonché per l'ordinario personale pubblico con rapporto di lavoro *part-time* avente prestazione lavorativa inferiore al 50% (8).

Come si può notare, il sistema derogatorio dell'incompatibilità, dovuta a incarichi o prestazioni extraistituzionali retribuiti da parte di un pubblico dipendente con rapporto a tempo pieno per un'altra pubblica amministrazione (e anche per le prestazioni rese a privati, *ex* art. 23-*bis*, d.lgs. n. 165/2001, con previsione, in tal caso, di concessione di aspettativa), ruota attorno alla richiesta e al relativo rilascio dell'autorizzazione da parte dell'amministrazione di appartenenza del dipendente. Essa va richiesta sulla base di quanto disposto dall'art. 53, c. 10, d.lgs. n. 165/2001, e gli incarichi sono conferibili da parte dell'amministrazione di appartenenza in base a criteri predeterminati e oggetti deliberati dall'ente stesso (9).

In materia, giova rammentare che lo stesso art. 53, c. 10, cit., prevede una forma di silenzio significativo sulle istanze presentate per il conferimento di incarichi, in quanto, decorso il termine per provvedere, l'autorizzazione, se richiesta per incarichi da conferirsi da amministrazioni pubbliche, s'intende accordata; in ogni altro caso, s'intende definitivamente ne-

(2) In tema di attività extraistituzionale per professori e ricercatori universitari si veda anche l'art. 6, l. n. 240/2010. In tema, cfr.: Ferluga 2017, 251-281; Guglielmini 2017, 1-8; Santucci 2017; Morzenti Pellegrini 2016, 431-456.

(3) Cass. 17.1.2012, n. 15948, S. V pen., in *Cassazione penale*, 2013, n. 4, 1498 ss.

(4) Artt. 267, 273, 274 e 508, d.lgs. n. 297/1994.

(5) Art. 9, l. n. 498/1992.

(6) Art. 4, c. 7, l. n. 412/1991, e d.P.R. n. 270/2000.

(7) Art. 53, c. 3, d.lgs. n. 165/2001.

(8) Art. 1, c. 56, l. n. 662/1996.

(9) In tema, cfr.: Tenore 2015, 642-679; D'Aponte 2011, 965-999; Molica 2007, 2098-2099; Paolucci 2004, 796-826; Zingale 2004, 1063.

gata. Ne consegue che l'accoglimento o il rigetto «silenzioso» della domanda di autorizzazione non comporta violazione dei doveri d'ufficio e quindi responsabilità per il soggetto competente cui è devoluta l'istruttoria della domanda, proprio perché trattasi di silenzio significativo, e non già inadempimento, che non sarà perciò in alcun modo sanzionabile disciplinarmente ovvero penalmente in punto di reato di omissione di atti d'ufficio, *ex* art. 328, c. 2, c.p. (10).

Così, ad esempio, anche un pubblico dipendente in stato di aspettativa per dottorato di ricerca e senza borsa di studio, con mantenimento della retribuzione, deve chiedere l'autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza per lo svolgimento di attività extraistituzionale, sulla base del rispetto del principio generale dell'esclusività del rapporto di lavoro pubblico, previsto dall'art. 53, d.lgs. n. 165/2001, di talché per poter svolgere attività *extra* ufficio occorre il preventivo *placet* dell'ente onde verificare l'eventuale incompatibilità.

Il generale potere autorizzatorio in capo all'amministrazione di appartenenza è perciò strettamente coerente con il carattere di esclusività che connota il rapporto di lavoro a favore delle pubbliche amministrazioni. Tale autorizzazione è prescritta dall'art. 53, c. 7, cit., al fine di verificare in concreto:

a) se l'espletamento dell'incarico possa ingenerare, anche in via solo ipotetica o potenziale, situazione di conflittualità con gli interessi facenti capo all'amministrazione, e quindi con le funzioni (a essi strumentali) assegnate sia al singolo dipendente che alla struttura di appartenenza (problema particolarmente delicato in alcuni comparti del settore pubblico come le agenzie fiscali);

b) la compatibilità del nuovo impegno con i carichi di lavoro del dipendente e della struttura di appartenenza (che dovrà comunque non solo essere svolto fuori dall'orario di lavoro, ma pure compatibilmente con le esigenze di servizio), nonché con le mansioni e posizioni di responsabilità attribuite al dipendente, interpellando eventualmente a tal fine il responsabile dell'ufficio di appartenenza, che dovrà esprimere il proprio parere o assenso circa la concessione dell'autorizzazione richiesta;

---

(10) Cass. 17.10.2013, n. 45629, S. VI pen., in *Cassazione penale*, 2014, n. 9, 2939; Cass. 24.11.2009, n. 7348, S. VI pen., in *Cassazione penale*, 2010, n. 10, 3484; Cass. 6.4.2000, n. 5691, S. VI pen., in *RPen.*, 2000, n. 8, 1168. In tema, cfr.: Centofanti, Centofanti 2011, 409-418; De Flammineis 2009, 656-672; D'Ortona 1998, 479-481; D'Arma 1997, 3022-3033; Tenore 1998, 1676-1682; De Amicis 1997, 788-792.

c) la occasionalità o saltuarietà, ovvero non prevalenza, della prestazione sull'impegno derivante dall'orario di lavoro, ovvero l'impegno complessivo previsto dallo specifico rapporto di lavoro, con riferimento a un periodo determinato;

d) la materiale compatibilità dello specifico incarico con il rapporto di impiego, tenuto conto del fatto che taluni incarichi retribuiti sono caratterizzati da una particolare intensità di impegno;

e) le specificità attinenti alla posizione del dipendente stesso (incarichi già autorizzati in precedenza, assenza di procedimenti disciplinari recenti o note di demerito in relazione all'insufficiente rendimento, livello culturale e professionale del dipendente);

f) la corrispondenza fra il livello di professionalità posseduto dal dipendente e la natura dell'incarico esterno a lui affidato.

Particolarmente, giova rammentare che l'inosservanza dell'obbligo di previa autorizzazione allo svolgimento di attività extraistituzionali comporta per tutti i dipendenti, compresi quelli in *part-time*, sia sanzioni disciplinari che la sanzione pecuniaria prevista dall'art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165, che prescrive il versamento dei compensi indebitamente riscossi nel conto dell'entrata dell'amministrazione di appartenenza, costituendo l'omissione ipotesi di responsabilità erariale.

Nel corso degli anni sono state numerose le impugnazioni dei pubblici dipendenti colti in flagrante nell'esercizio di attività extraistituzionali, tanto che la giurisprudenza, a seguito di specifiche sentenze spesso avverse alle norme dell'ordinamento, s'è drasticamente evoluta, contribuendo a rimodellare le radici della riforma attuale sulla disciplina delle incompatibilità, chiarendo che il provvedimento di perdita dell'impiego si configura nelle ipotesi in cui si verifichi il presupposto di un vero e proprio lavoro o mestiere extralavorativo, continuo, professionale e prevalente rispetto al principale, e la cui retribuzione deve essere adeguata tanto da sostituire materialmente in tutto e per tutto quella dell'impiego principale, nonché equa e proporzionata allo stesso.

In buona sostanza, vi è stata una evoluzione della giurisprudenza che, nel corso del tempo, ha reindirizzato i propri orientamenti nel senso di adeguarli alle norme, alla vita e alle esigenze reali e attuali; cambiamento inevitabile a fronte della società attuale anche in considerazione del fatto che il singolo salario di un dipendente statale non è spesso sufficiente per un dignitoso e sereno tenore di vita di una famiglia.

In primo luogo, l'aspetto rilevante che occorre evidenziare è quello di analizzare se sussistano cause d'incompatibilità tra il rapporto d'impiego pubblico e altre situazioni genericamente lavorative (e un suggerimento, in

tal senso, è posto nei documenti di aggiornamento del Piano nazionale anticorruzione 2013-2016) (11).

In via generale, il concetto d'incompatibilità risiede nel dovere del pubblico dipendente di porre a disposizione dell'amministrazione pubblica tutte le proprie energie fisiche e psichiche per l'adempimento dei doveri inerenti al rapporto di impiego. Ne consegue, quindi, in linea di massima, che risulterebbe incompatibile l'esercizio di ogni altra professione. L'incompatibilità tra prestazione lavorativa del dipendente della pubblica amministrazione e attività lavorative concomitanti ed extraprofessionali deriva dal principio di esclusività stabilito dall'art. 98, c. 1, Cost., secondo il quale «I pubblici dipendenti sono al servizio esclusivo della Nazione», poiché ne va del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione, *ex* art. 97, c. 1, Cost. Il regime autorizzatorio degli incarichi esterni per i pubblici dipendenti delineato dall'art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001, è, dunque, conforme alla Carta, rispondendo a princìpi di valenza costituzionale.

La *ratio* di tale divieto, che permane anche in un sistema «depubblicizzato» a rimarcare la peculiarità dell'impiego presso la pubblica amministrazione, va rinvenuta nel citato principio costituzionale di esclusività della prestazione lavorativa a favore del datore pubblico, onde preservare le forze dell'impiegato e tutelare il buon andamento dell'amministrazione, che risulterebbe turbato dall'espletamento da parte di propri dipendenti di altre attività lavorative. Infatti, centri di interesse alternativi all'ufficio pubblico rivestito, implicanti un'attività caratterizzata da intensità, continuità e professionalità, potrebbero alterare la regolarità del servizio o attenuare l'indipendenza del lavoratore pubblico e il prestigio dell'amministrazione.

In secondo luogo, risulta di fondamentale importanza che le singole amministrazioni disciplinino la materia con la redazione di un regolamento *ad hoc*. La parte essenziale di tale documento dovrebbe riguardare l'individuazione delle attività che non possono essere svolte perché determinano un conflitto di interessi, anche solo potenziale. Il vincolo ad adottare questo documento è stato ribadito dalla l. n. 190/2012, cd. legge anticorruzione, ed è bene ricordare che tale vincolo non esclude i dipendenti in regime di tempo parziale fino al 50%; da qui discende come conseguenza

---

(11) Reperibili in: *http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=6314* (aggiornamento 2015); *http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=6550* (aggiornamento 2016) e *http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=7035* (aggiornamento 2017) (accesso 26 settembre 2018).

l'obbligo da parte di questi dipendenti di comunicare eventuali incarichi remunerati ricevuti.

2. — *La responsabilità contabile del pubblico dipendente per attività extraistituzionale non autorizzata* — La specifica materia della responsabilità erariale del pubblico dipendente di qualsiasi comparto per mancato versamento all'amministrazione di appartenenza del compenso percepito per attività extraistituzionale non autorizzata è stata variamente affrontata dalla giurisprudenza contabile (12), e particolarmente in questo solco s'inseriscono quattro recenti giudicati della Sezione giurisdizionale contabile lombarda, che, a partire dalla sentenza pilota n. 214/2016, si sono dipanati negli anni a seguire con ulteriori tre arresti (13).

Per l'effetto, nelle pronunce *de quibus* si tratta diffusamente della tematica inerente il regime autorizzatorio per gli incarichi esterni dei dipendenti pubblici e l'azione di responsabilità per attività extraistituzionali non autorizzate. Nello specifico, i casi attengono a dipendenti di enti ospedalieri del comparto Sanità che avevano svolto, per archi temporali anche pluriennali, attività retribuita medica o paramedica presso terzi senza l'imprescindibile l'autorizzazione prescritta dall'art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001.

Un ulteriore peculiare caso di danno erariale in materia di attività extraistituzionale non autorizzata è quello generato dalla violazione del regime di esclusività del personale medico-universitario da parte di docenti che fittiziamente optano per il tempo pieno allorquando, in realtà, svolgono anche attività extramuraria non autorizzata (14), su cui si tornerà più diffusamente in seguito sulla scorta di un peculiare caso che ha occupato la stessa Sezione giurisdizionale contabile lombarda (15).

L'inosservanza del basilare precetto connesso alla previa doverosa autorizzazione comporta, per tutti i dipendenti, sia sanzioni disciplinari che pecuniarie oggetto del contendere. Se, infatti, l'art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001, impone che il compenso dovuto per le prestazioni eventualmente svolte deve essere versato, a cura dell'erogante o, in difetto, del percettore, nel conto dell'entrata del bilancio dell'amministrazione di appartenenza, il no-

---

(12) Cfr. Tenore *et al.*, 268-397, e Scudieri 2009, 1748-1756.

(13) C. conti, S. Lombardia, 25.11.2014, n. 216, in *Rassegna giuridica della sanità*, 2016, n. 71, 387; C. conti, S. Lombardia, 30.12.2014, n. 233, confermata da C. conti 31.5.2018, n. 351, S. II app., inedite a quanto consta; C. conti, S. Lombardia, 16.4.2015, n. 54; C. conti, S. Lombardia, 14.12.2016, n. 214, inedita a quanto consta.

(14) Cfr. Dalfino 2000, 1367-1381.

(15) C. conti, S. Lombardia, 17.2.2017, n. 14, inedita a quanto consta.

vellato c. 7-*bis*, quale introdotto dalla l. n. 190/2012, aggiunge: «L'omissione del versamento del compenso da parte del dipendente pubblico indebito percettore costituisce ipotesi di responsabilità erariale soggetta alla giurisdizione della Corte dei conti», con relativi risvolti anche di natura previdenziale (16).

In realtà non si tratta di una vera e propria innovazione, ma di norma meramente ricognitiva di un pregresso prevalente indirizzo (17) tendente a radicare in capo alla Corte dei conti la giurisdizione in materia nel termine prescrizionale quinquennale, escludendo quella del giudice ordinario propugnata da un minoritario indirizzo giurisprudenziale (18) sulla base di una qualificazione della pretesa in chiave civilistica-lavoristica della pretesa azionata in giudizio.

Tuttavia, la Suprema Corte ha successivamente chiarito che, nel dirimere la prospettata questione di giurisdizione, occorre distinguere tra il concetto di mera reversione del profitto conseguito (che «rappresenta una particolare sanzione *ex lege* al fine di rafforzare la fedeltà del dipendente pubblico e quindi prescinde dai presupposti della responsabilità per danno») e quello di eventuale danno asseritamente conseguente alla condotta del pubblico dipendente, da valutare proprio in base a detti presupposti (19).

I giudici contabili, peraltro, ribadiscono come il divieto di incarichi extraistituzionali nel pubblico impiego non sia assoluto, costituendo eccezione al principio dell'esclusività un *numerus clausus* di minori attività escluse dalla preventiva autorizzazione dell'ente di appartenenza, stante il loro limitato rilievo e l'assenza di potenziali conflitti d'interesse con l'attività nell'amministrazione, quali tassativamente elencate all'art. 53, c. 6, lett. *a-f-bis*), d.lgs. n. 165/2001. Trattasi di attività di modesta rilevanza e perciò poco assorbenti, ovvero espressive di diritti costituzionalmente garantiti in forza della gerarchia delle fonti (libertà di pensiero, associazione, diritti politici, tutela delle opere d'ingegno ecc.), e dunque anche del pubblico dipendente, e, come tali, non sottoponibili a regimi autorizzatori al pari delle attività gratuite. Peraltro, si rammenta che, parimenti, non sussiste un divieto di cumulo d'impieghi per i dipendenti degli enti locali in regime di *part-time*, in relazione a incarichi assunti presso altra amministrazione, es-

(16) Cfr. Caponetti 2017, 322-326.

(17) Cass. 2.11.2011, n. 22688, S.U., in *GC*, 2011, n. 12, 896.

(18) C. conti 27.1.2012, n. 31, in *Riv. C. conti*, 2012, n. 3, 342, riformata da C. conti 13.3.2014, n. 406, S. I app., inedita a quanto consta: Ferretti 2012, 864-875, e Vetro 2012.

(19) Cass. 28.9.2016, n. 19072, S.U., ord., in *GC*, 2016, n. 11, 1251.

sendo prevista la possibilità per i medesimi di svolgere prestazioni per conto di altri enti, previa autorizzazione dell'amministrazione d'appartenenza, a meno che tale divieto non sia espressamente contemplato dallo Statuto del singolo ente locale o dalla contrattazione collettiva (20).

Ancora, in materia, giova sottolineare come la lett. *f-bis*, cit., è stata novellata dall'art. 2, c. 13-*quinquies*, lett. *b*, d.l. n. 101/2013, conv. in l. n. 125/2013, che ha sancito la liberalizzazione dell'attività di docenza e ricerca scientifica erogabile a favore di soggetti terzi conferenti. Per l'effetto, risulteranno del tutto illegittime eventuali norme interne dell'amministrazione in tema di limiti all'attività di docenza, costituendo l'unico vincolo la compatibilità e il conseguente rispetto dell'orario di lavoro, oltre il quale le attività di docenza e ricerca non potranno avere limitazioni.

Non a caso, la stessa giurisprudenza contabile ha avuto modo di escludere la ripetizione per le somme introitate dal dipendente per attività extraistituzionale di docenza non autorizzata, quale financo svolta anche anteriormente della citata novella legislativa in vigore dal 31 ottobre 2013, così disapplicando il disposto di cui all'art. 53, c. 7 (per la ripetizione all'amministrazione di appartenenza) e c. 7-*bis* (per la responsabilità contabile in caso di mancata ripetizione), d.lgs. n. 165/2001. Per l'effetto, è stata riconosciuta la retroattività *in melius* in ambito contabile (21), che, a maggior ragione, s'estenderà all'eventuale corrispettivo ambito penale, per esempio a fronte della contestazione di un falso ideologico correlato alla mendace dichiarazione di non essere pubblico dipendente onde svolgere, anteriormente al d.l. n. 101/2013, attività di docenza senza autorizzazione, configurando un falso inutile in quanto inidoneo per *ius superveniens* ai fini della valenza probatoria e dell'interesse tutelato dalla dichiarazione sostitutiva (22).

Del resto, se è vero che, in linea di principio, la legge si applica solo per il futuro, eccetto i casi di norma espressamente retroattiva o di carattere chiaramente interpretativo e non innovativo, ovvero in materia di sanzioni penali, giova però anche rammentare che la norma sulla liberalizzazione dell'attività di docenza e ricerca ha contenuto pacificamente innovativo, perché amplia – aggiungendo una specifica tipologia di attività (la docenza) – il novero dei casi in cui è esclusa l'autorizzazione da parte dell'amministrazione d'appartenenza. E peraltro, nell'insieme generale degli incarichi generalizzati, deve essere ancora richiamato il significativo Piano nazionale

(20) Cass. 12.4.2010, n. 8642, in *GC*, 2010, n. 10, 2347.

(21) C. conti, S. Piemonte, 16.4.2015, n. 78, inedita a quanto consta.

(22) Cass. 4.4.2001, n. 13623, S. V pen., in *Cassazione penale*, 2001, n. 6, 3054.

anticorruzione (Pna) 2013-2016, adottato già dalla Civit e poi aggiornato dall'Anac, *ex* l. n. 190/2012, che chiarisce: «continua comunque a rimanere estraneo al regime delle autorizzazioni e comunicazioni l'espletamento degli incarichi espressamente menzionati nelle lettere da *a* a *f-bis* del c. 6 dell'art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001, per i quali il legislatore ha compiuto *a priori* una valutazione di non incompatibilità; essi, pertanto, non devono essere autorizzati, né comunicati» (23).

Ancora, in ordine al dovere di ripetizione delle somme percepite in costanza d'attività extraistituzionale non autorizzata, si ritiene che la medesima seconda occupazione, svolta successivamente alla cessazione del rapporto del lavoro per dimissioni – anche se la stessa attività non autorizzata era iniziata durante l'attività lavorativa –, non deve ritenersi soggetta alla ripetizione dell'indebito, in quanto è stata svolta fuori dal rapporto di lavoro, e quindi senza ricoprire più la funzione di pubblico dipendente. Pertanto, nel caso di specie, difetta pacificamente il fondamento normativo e dunque nel momento in cui non si è più dipendente pubblico per cessazione dal servizio per dimissioni, la citata normativa non può trovare applicazione; di talché i compensi percepiti dopo la fine dello *status* di pubblico dipendente non possono formare oggetto della ridetta ripetizione d'indebito.

Nell'ambito dei giudicati contabili in materia d'attività extraistituzionali non autorizzate dei pubblici dipendenti si pongono anzitutto le questioni preliminari circa la ventilata questione di legittimità costituzionale dello stesso art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001, usualmente sollevate dalle varie difese dei dipendenti convenuti, certamente rilevanti in ordine alla causa ma per le quali il consolidato orientamento contabile opta decisamente per l'esclusione della non manifesta infondatezza.

Anzitutto, stante l'assenza di lesione dell'art. 36 Cost., in quanto la refusione dell'importo introitato *contra legem* non vìola il precetto del diritto del lavoratore a una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro, bensì regola legittimamente il prevalente buon funzionamento dell'azione pubblica in ossequio all'esclusività tendenziale sancita dall'art. 98 Cost. Parimenti, la norma è ritenuta conforme all'art. 97 Cost., in quanto, al contrario, ne esalta la portata, regolando e sanzionando un profilo lavoristico dell'impiego pubblico proprio in vista del buon andamento e dell'imparzialità dell'azione pubblica. Indi, l'aggiunta di una

(23) All. 1, par. B7, Piano nazionale anticorruzione (Pna) 2013-2016, adottato con delibera della Civit dell'11 settembre 2013, n. 72, in *http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/Anticorruzione/PianoNazionaleAnticorruzione/_piani?id=38b75d7a0a7780427070dde0b21940b1* (accesso 26 settembre 2018).

sanzione amministrativa a quella disciplinare rafforza la finalità sottesa all'art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001, e all'art. 98 Cost., ovvero prevenire e reprimere condotte che possano porsi in contrasto con il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione e dei suoi funzionari.

Tuttavia, occorre evocare come la giurisprudenza amministrativa abbia avuto modo di dubitare della compatibilità costituzionale dell'atipica norma della ripetizione d'indebito *de qua* nella misura in cui detta disposizione, indipendentemente dal (doveroso) procedimento disciplinare, pone a carico del dipendente pubblico l'obbligo di restituire all'amministrazione d'appartenenza i compensi percepiti per incarichi extraistituzionali privi della prescritta autorizzazione preventiva.

Se per espresso dettato costituzionale «Il lavoratore ha diritto a una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro» (art. 36, c. 1, Cost.), appare infatti di dubbia legittimità costituzionale la previsione normativa che imponga al pubblico dipendente di restituire all'amministrazione d'appartenenza i compensi percepiti per incarichi extraistituzionali non autorizzati, laddove non venga verificata preventivamente dalla medesima amministrazione l'incidenza negativa dello svolgimento dei predetti incarichi lavorativi sul corretto adempimento degli obblighi istituzionali del dipendente o, in generale, sul buon andamento dell'azione amministrativa.

Richiedendo al dipendente pubblico *sic et simpliciter* la restituzione di quanto percepito per incarichi non autorizzati, senza una preventiva verifica dell'incidenza di questi incarichi sullo svolgimento delle prestazioni lavorative che connotano l'oggetto del rapporto di pubblico impiego, l'amministrazione verrebbe potenzialmente a conseguire un arricchimento ingiustificato, di dubbia compatibilità con il principio d'imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.

Inoltre, la norma esige la ripetizione d'indebito al pubblico dipendente che abbia già riscosso il relativo compenso dal soggetto committente a prescindere dal fatto che il medesimo fosse stato a piena conoscenza dello *status* di pubblico dipendente non autorizzato a svolgere l'attività extraistituzionale e abbia comunque provveduto a erogare l'importo dovuto.

Peraltro, giova rammentare che la questione di legittimità costituzionale in esame è già stata affrontata dalla Corte costituzionale con soluzione nel mero senso dell'inammissibilità, senza alcuna decisione in merito, stante l'infelice redazione della relativa ordinanza di rinvio adottata (24), in

(24) Tar Puglia, Lecce, 27.6.2013 2013, n. 1532, ord., punti 4.2, 5.3 e 5.4, inedita a quanto consta.

quanto la questione di legittimità costituzionale del suddetto art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001, è stata prospettata dal Collegio in forma ancipite stante una duplice ricostruzione ermeneutica, ciascuna delle quali era orientata a un proprio *petitum* e a una differente soluzione decisoria, di talché l'impossibilità per la Consulta di pronunciarsi nel merito della *quaestio* (25).

Di talché, in generale, la medesima questione di costituzionalità della ripetizione d'indebito derivata dallo svolgimento di funzioni extraistituzionali non autorizzate risulta ancora lontana dall'essere risolta nel merito, e ben probabilmente sarà in un prossimo futuro riproposta alla Consulta nell'ambito di contenziosi attivati da dipendenti pubblici attinti da provvedimento di ripetizione da parte dell'ente di servizio.

Tuttavia, da ultimo, la giurisprudenza amministrativa, ancora sollecitata nell'investire la Corte costituzionale della legittimità del disposto in esame, ha ritenuto l'art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001, in linea con gli artt. 3, 24, 36, 97 e 103 Cost., di cui si lamentava violazione (26). Infatti, la norma tende a salvaguardare il principio consacrato dall'art. 98 Cost., secondo il quale i pubblici impiegati sono a servizio esclusivo della Nazione;, norma dalla quale si desume il divieto del cumulo di impieghi e incarichi. Per altro verso, è introdotto ragionevolmente un meccanismo sanzionatorio finalizzato a stigmatizzare il comportamento infedele del dipendente, il quale percepisce, in presenza di attività extraprofessionale non autorizzata, una duplicità di compensi, finendo col sottrarre energie all'ente d'appartenenza e indebitamente lucrando una doppia retribuzione. Parimenti è stata esclusa la prospettata illegittimità costituzionale dell'art. 210, d.lgs. n. 66/2010, recante il Codice dell'ordinamento militare, che esclude i medici militari dall'applicazione delle norme relative alle incompatibilità inerenti l'esercizio delle attività libero-professionali. Infatti, l'eventuale individuazione di una categoria professionale immune dal divieto di svolgimento di un'attività extraprofessionale non priva l'art. 53, c. 7, di conformità al canone di ragionevolezza. Detto canone è costantemente inteso nel senso che il principio di uguaglianza è salvaguardato ogni qual volta situazioni perfettamente sovrapponibili, e dunque identiche nel loro nucleo essenziale, ricevano identico trattamento giuridico. Ne residua un margine di discrezionalità legislativa nel diversificare il trattamento di categorie professionali e di cittadini, non appena sia rintracciabile qualche profilo di disomogeneità tra gli stessi, come nel caso del personale medico militare.

---

(25) C. cost. 17.3.2015, n. 41, ord., in *GCost.*, 2005, n. 1, 323.

(26) Tar Puglia, Lecce, 7.2.2018, n. 142, inedita a quanto consta (app. Cons. Stato, ricorso n. 3778/2018, S. IV).

In tema di natura della sanzione risulta dirimente il rinvio agli arresti della Corte europea dei diritti dell'uomo sul distinguo e cumulo tra illecito penale e amministrativo (27), per cui la giurisprudenza contabile ritiene che l'art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001, regola un illecito chiaramente amministrativo, non solo formalmente, ma anche ontologicamente. Difatti, il diritto punitivo amministrativo, in cui rientra l'art. 53, c. 7, si differenzia in generale dal diritto penale sul piano del diritto positivo: non sanziona un fatto-reato; non consegue all'accertamento giudiziale di un reato, né produce «effetti penali», non creando uno *status* di condannato afflittivo della personalità. Inoltre, mentre l'illecito penale (e le relative sanzioni) abbraccia fatti di elevato tasso offensivo, l'illecito amministrativo riguarda lesioni minori di beni (anche costituzionali), di talché risulta palese che l'espletamento di un'attività extraistituzionale non detiene notevole potere offensivo, ben prestandosi a una mera sanzione amministrativa e non certo penale (28).

Inoltre, nel rispetto del principio *ne bis in idem*, uno Stato ben può imporre una doppia sanzione (fiscale e penale; amministrativa e penale; amministrativa e disciplinare) per gli stessi fatti purché le misure punitive abbiano diversa natura e differenti fini. Nello stesso pubblico impiego sono assai frequenti le previsioni normative che valorizzano la multiilliceità di talune condotte di pubblici dipendenti, che ben possono tradursi, per il medesimo fatto, in illecito penale, disciplinare, civile, amministrativo contabile e anche in responsabilità dirigenziale. Tali reazioni ordinamentali sono certamente cumulabili tra loro e non sono certo alternative.

In materia, del resto, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha avuto modo di chiarire anche la distinzione ontologica tra illeciti non della medesima natura penale (29), sulla base dei cd. *Engel criteria*, secondo cui le sanzioni irrogate dagli Stati, anche se definite amministrative, sono da considerarsi, agli effetti della Convenzione, «accuse in materia penale» in virtù di tre criteri alternativi, e non cumulativi, quali la qualificazione giuridica della misura in causa nel diritto nazionale, la natura stessa della misura e la natura e il grado di severità della «sanzione». Indi, la mera restituzione del compenso conseguito per attività extraistituzionale non previamente autorizzata rappresenta una particolare sanzione *ex lege* al fine di

---

(27) C. Edu 4.3.2014, *Grande Stevens e al. c. Italia*, in *FI*, 2015, n. 3, IV, 129; C. Edu 28.10.1999, *Escoubet c. Belgio*, inedita a quanto consta; C. Edu 21.2.1984, *Ozturk c. Germania*, in *RDI*, 1985, n. 2, 2312.

(28) Corte di Cassazione – Ufficio del Massimario penale 2017.

(29) C. Edu 13.5.2014, *Rigolio c. Italia*, inedita a quanto consta.

rafforzare la fedeltà del dipendente pubblico, e quindi prescinde dai presupposti della responsabilità per danno conseguente alla condotta del pubblico dipendente (30).

In relazione invece alle componenti strutturali dell'illecito amministrativo in esame, evidenti, riconosciuti e incontestati appaiono la condotta e il danno *ex lege* determinato dai lavoratori. Parimenti sussistente è in tutti i casi la colpa grave dei dipendenti, a fronte del chiaro precetto normativo che, unito al noto principio *ignorantia legis non excusat*, rendono inconferenti le ridondanti argomentazioni difensive circa la buona fede dei medesimi convenuti.

Pertanto, la giurisprudenza contabile aderisce all'univoco indirizzo secondo cui, in assenza della prescritta autorizzazione, i dipendenti hanno disatteso l'obbligo di esclusività del rapporto di pubblico impiego. Conseguenzialmente, sussistono gli elementi di responsabilità per danno erariale per attività extraistituzionali non autorizzate, *ex* art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001, e per mancato versamento delle somme indebitamente percepite, con il risultato dell'ineludibile condanna alla restituzione degli stipendi riscossi quando i dipendenti svolgevano il doppio incarico.

Particolarmente, le pronunce contabili sottolineano come il c. 7-*bis*, cit., introdotto dalla l. n. 190/2012, conferisce effettività alla regola dell'esclusività del rapporto, sancendo la sussistenza della giurisdizione contabile in ordine alla fattispecie caratterizzata dall'omissione del versamento da parte del dipendente «indebito percettore».

Da ultimo, giova annotare come le pronunce contabili in materia d'attività extraistituzionale dei pubblici dipendenti registrano spesso la mancata interposizione d'appello, sia da parte della Procura contabile che delle difese dei convenuti. Infatti, appare evidente che sovente il risultato ottenuto dalle stesse parti convenute non appare indifferente, pur a fronte di condanna al risarcimento dell'amministrazione di appartenenza, laddove interviene il riconoscimento della prescrizione *ante* quinquennio, la significativa riduzione del *quantum* in applicazione dell'esercitato potere di riduzione dell'addebito, nonché la presenza di considerazioni motivazionali in ordine all'elemento subiettivo, fondate anche sul *curriculum* professionale dei lavoratori, del loro leale riconoscimento (salva prescrizione) della condotta *contra legem*, della limitazione temporale dell'attività extraistituzionale di cui trattasi e della carenza di attività formativa/divulgativa nella materia in esame a cura delle amministrazioni di appartenenza; il tutto da

(30) Cons. Stato 28.12.2016, n. 5506, S. IV, inedita a quanto consta; Cass. 28.9.2016, n. 19072, ord., in *GC*, 2016, n. 11, 1342.

valutare in connessione alla qualifica non apicale dei dipendenti medesimi e in totale assenza di pregiudizio sulla prestazione resa in favore dei rispettivi enti di appartenenza.

3. — *La responsabilità contabile del personale medico-universitario per attività libero-professionale non autorizzata* — Un peculiare caso di danno erariale in materia d'attività extraistituzionale non autorizzata è quello generato dalla violazione del regime di esclusività del personale medico-universitario da parte di docenti che fittiziamente optano per il tempo pieno allorquando, in realtà, svolgono anche attività extramuraria non autorizzata (31).

In materia, la Sezione giurisdizionale contabile lombarda ha avuto recentemente modo di occuparsi di un macroscopico concreto caso (32), mentre si ricorda che la giurisprudenza amministrativa aveva già escluso l'incompatibilità per lo svolgimento di corsi di formazione medica da parte dei supplenti di assistenti medici, in quanto rapporti privi di stabilità che comportano la sostituzione occasionale di titolari di rapporto convenzionale (33).

Nel dettaglio, il luminare interessato, professore ordinario in ambito medico, con impiego a tempo pieno presso un Ateneo statale, nel quale deteneva anche la direzione del dipartimento di afferenza, oltre all'incarico di direttore di struttura complessa in un'azienda ospedaliera pubblica, in realtà svolgeva altresì attività libero-professionale in studio privato. I giudici contabili meneghini hanno condannato il convenuto a risarcire un danno erariale di ben oltre 4 milioni di euro, in parte a favore dell'Ateneo e in parte dell'azienda ospedaliera, in ragione dello svolgimento della ridetta attività *extra moenia* non autorizzata.

In materia, è ben noto che i professori universitari a tempo pieno non possono svolgere attività professionali, né ricoprire cariche in enti e società costituiti a fine di lucro, perché tali attività sono assolutamente incompatibili con il regime di impegno prescelto, anche qualora siano autorizzati dall'Ateneo, in quanto tale consenso sarebbe del tutto illegittimo. Financo le prestazioni professionali svolte in regime di partita Iva non possono considerarsi attività occasionali compatibili con la posizione di professore uni-

(31) Cfr. Dalfino 2000, 1367-1381.

(32) C. conti, S. Lombardia, 17.2.2017, n. 14, inedita a quanto consta.

(33) Tar Lombardia, Milano, 9.2.2010, n. 303, S. I, in *D&L RCDL*, 2010, n. 1, 175, e Tar Lombardia, Milano, 18.10.1994, n. 3111, ord., inedita a quanto consta: Cavallo 2010, 175-177.

versitario in regime di tempo pieno. Peraltro, occorre correlativamente ricordare che la Consulta, nel ricondurre le disposizioni in tema di attività sanitaria intramuraria alla materia della «tutela della salute», *ex* art. 117, c. 3, Cost., ha avuto modo di acclarare come l'espletamento dell'attività libero-professionale all'interno della struttura sanitaria pubblica costituisce una prerogativa per solo il personale medico e i dirigenti del ruolo sanitario (34).

L'eventuale svolgimento d'attività in violazione delle suddette norme in punto di regime di esclusività è sottoposto alla giurisdizione della Corte dei conti, in quanto causa di responsabilità amministrativa per il danno erariale cagionato all'Ateneo e all'ente ospedaliero, consistente nella differenza tra quanto percepito come professore a tempo pieno e quanto sarebbe spettato per il tempo definito, maggiorato di eventuali indennità riscosse sul presupposto di aver scelto il regime d'impegno a tempo pieno [indennità d'esclusività (35), indennità di risultato e parte della retribuzione di posizione, nonché le cd. risorse aggiuntive regionali]. Inoltre, il danno sussiste a prescindere dal fatto che le attività didattiche siano state regolarmente svolte dal docente.

Altresì, la qualifica soggettiva di professore universitario e l'accettazione del regime d'impegno a tempo pieno sono elementi incompatibili con l'invocazione della buona fede a escludere l'elemento soggettivo dell'illecito amministrativo, e sono viceversa riconducibili al dolo. Peraltro, sul punto, i connotati di gravità del caso, a fronte di un sanitario a tempo pieno che ha svolto per oltre un decennio anche attività privata sommando *intra moenia* ed *extra moenia*, hanno portato la Sezione contabile lombarda financo a coniare la formula creativa del «dolo di protervia», su cui, peraltro, la più acuta dottrina aveva genericamente già dissertato (36).

Del resto, è evidente che l'espletamento di attività extramuraria impone, in base all'art. 11, d.P.R. n. 382/1980, l'ineluttabile opzione per il tempo definito, da formalizzare con domanda al rettore dell'Università sei mesi prima dell'inizio di ogni anno accademico, e preclusiva, peraltro, delle funzioni di direttore dipartimentale. La scelta del tempo pieno per un professore universitario impedisce, infatti, *ex* art. 6, l. n. 240/2010 (che ha ripreso il precedente disposto dell'art. 11, c. 5, lett. *a*, d.P.R. n. 382/1980), lo svolgimento di attività professionale, quale quella svolta per anni dai personale medico-universitario infedele presso studi sanitari privati.

---

(34) C. cost. 31.3.2015, n. 54, in *GCost.*, 2015, n. 2, 484.

(35) Tar Lombardia, Milano, 20.9.2013, n. 2189, S. IV, in *FA TAR*, 2013, n. 9, 2693.

(36) Cfr. Cendon 2009, 1, 16-17.

Del resto, il medico docente universitario a tempo pieno, che opti volontariamente per il rapporto esclusivo con il Servizio sanitario nazionale con le regole dell'*intra moenia*, non può svolgere anche attività *extra moenia*, espletabile esclusivamente da professori a tempo definito. Il medico-docente universitario infrange così palesemente la regola di divieto dell'art. 11, c. 5, lett. *a*, d.P.R. n. 382/1980, con il conseguente venir meno del diritto a percepire la differenza stipendiale prevista dal successivo art. 36, c. 6, compatibile nel sistema legislativo vigente con lo svolgimento dell'attività libero-professionale in regime di *intra moenia*, ma non con un'illegittima pluriennale e rilevante attività *extra moenia*.

Inoltre, a fronte di tale patente violazione in punto di attività extraistituzionale, non possono assumere alcuna rilevanza gli eventuali eccellenti risultati didattici e scientifici conseguiti del luminare medico nonostante il parallelo svolgimento di attività professionali *contra legem*. Del resto, appare ovvio e insito nel doveroso compito di ciascun accademico, ordinario ovvero associato, a tempo pieno ovvero a tempo definito, che tali apprezzabili e meritevoli frutti non costituiscono certo una «peculiarità» del professore universitario «a tempo pieno».

Così, per la giurisprudenza contabile è un dato «oggettivo ed empirico inconfutabile» che l'espletamento di attività professionale comporta necessariamente una minor presenza in Ateneo, quale conseguenza della minore ridotta retribuzione prevista dal d.P.R. n. 382/1980 per i docenti a tempo definito, al quale il personale medico-universitario si deve eticamente conformare, ben sapendo di svolgere rilevante attività professionale, tra l'altro fiscalmente rilevabile.

Le eccezioni difensive sollevate nei casi di personale medico-universitario che ha svolto attività libero-professionale non autorizzata appaiono solitamente tutte strumentali e incapaci di cogliere nel segno, a fronte d'inoppugnabili quadri probatori di natura documentale agli atti, supportati da univoci parametri normativi e una giurisprudenza ormai consolidata, per cui il protratto espletamento dell'attività libero-professionale privata in sfregio alle regole del regime intramurario pone nel nulla l'esclusività del rapporto di lavoro e il connesso titolo a percepire gli emolumenti derivanti (37). Così, anzitutto, per la censura del difetto di giurisdizione contabile per il danno da esercizio della libera professione non autorizzata, pur a fronte di una co-

(37) *Ex multis*: C. conti, S. Abruzzo, 31.1.2017, n. 9, in *Rassegna di diritto farmaceutico*, 2017, n. 10, 601; C. conti 18.7.2016, n. 261, S. I app., inedita a quanto consta; C. conti 24.8.2015, n. 415, S. III app., inedita a quanto consta; C. conti, S. Campania, 17.9.2013, n. 1111, inedita a quanto consta.

mune ipotesi di responsabilità tipica che soggiace all'accertamento della sussistenza dei tipici presupposti del giudizio di responsabilità erariale (*in primis*: elemento soggettivo e nesso di causalità). Ancora, l'insussistenza del dolo stante l'intervenuta archiviazione da parte della competente Procura circa l'ipotesi di reato della truffa aggravata, *ex* art. 640, c. 2, c.p., appare del tutto priva di portata vincolante in sede giuscontabile, risultando inapplicabile l'art. 652 c.p.p. in presenza di mera, sia pur discutibile, archiviazione. Infine, la parziale prescrizione del credito azionato risulta posta nel nulla dalla presenza di un pacifico occultamento doloso del danno erariale, inteso come un comportamento volto a nascondere un danno *in fieri* ovvero già prodotto (38).

Ne consegue, la pacifica coerenza del giudicato contabile a fronte del notevole *quantum* della lesione erariale cagionata, stante l'estensione dell'arco temporale d'incompatibilità. Prova ne sia il fatto che lo stesso potere riduttivo dell'addebito, *ex* artt. 52, c. 2, r.d. n. 1214/1934, e 19, c. 2, d.P.R. n. 3/1957, viene limitato dal Collegio, come in casi non dissimili (39), al solo 15% e limitatamente alla voce di danno relativa alla violazione dell'art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001, stante l'incidenza della corresponsabilità datoriale da parte dell'Ateneo e dell'azienda ospedaliera, che avrebbero dovuto svolgere *ex lege* un'imprescindibile attività di vigilanza con finalità preventiva e sanzionatoria, attraverso controlli o strumenti di verifica tesi ad accertare eventuali situazioni d'incompatibilità, *ex* artt. 1, c. 62, l. n. 662/1996, e 72, c. 8, l. n. 448/1998, di talché sono certamente colpevoli di un omesso o superficiale monitoraggio (40).

Sul punto, si ricorda come la giurisprudenza contabile ha già avuto ampiamente modo di ribadire quanto sancito dall'art. 15, d.P.R. n. 382/1980, in punto d'incompatibilità del docente universitario, per cui, in caso di violazione delle relative norme, l'Ateneo è tenuto a diffidare il docente a cessare dalla situazione d'incompatibilità, pena la decadenza dall'ufficio (41).

Ne consegue che il professore universitario fittiziamente a tempo pieno, in quanto svolge a un tempo e celatamente dall'Ateneo attività libero-professionale privata non autorizzata, non già solo raggira il basilare dovere di lealtà verso l'amministrazione di appartenenza, ma si appropria di compe-

(38) C. conti 20.12.2012, n. 830, S. III app., in *Riv. C. conti*, 2012, n. 12, 867.

(39) C. conti, S. Lombardia, 6.10.2015, n. 165, inedita a quanto consta.

(40) C. conti 24.8.2015, n. 415, S. III app., inedita a quanto consta.

(41) C. conti, S. Liguria, 2.7.2014, n. 85, confermata sul punto da C. conti 2.2.2017, n. 55, S. III app., inedite a quanto consta.

tenze retributive non spettanti. Il tutto, peraltro, a evidente detrimento degli utenti dell'azienda ospedaliera, e cioè i pazienti, nonché degli stessi colleghi docenti universitari – sia a tempo pieno che definito – per la disparità di trattamento a fronte della loro eticamente corretta posizione in punto di cumulabilità degli incarichi.

Riferimenti bibliografici

Andriani G. (2017), *Evoluzione delle funzioni giurisdizionali della Corte dei conti. Il nuovo Codice di giustizia contabile*, Aracne, Roma.

Bartole S., Bin R. (2008), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 291.

Barzazi G. (2016), *La «codificazione» della giustizia contabile. Considerazioni a prima lettura sul nuovo codice*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, n. 4, 35 ss.

Battini S. (2000), *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Cedam, Padova.

Boghetich E. (2009), *Dipendente pubblico privatizzato e regime di incompatibilità*, in *LPA*, n. 2, II, 384 ss.

Buscema A. (2016), *Il nuovo Codice della giustizia contabile: obiettivi e possibili impatti*, in *RIMP*, n. 2, 177 ss.

Cacciavillani I. (2018), *Il nuovo Codice della giustizia contabile. Una giustizia anomala*, Editoriale scientifica, Napoli.

Caponetti B. (2017), *Sulle conseguenze previdenziali della violazione della disciplina del cumulo di incarichi nel pubblico impiego*, in *RGL*, n. 2, II, 322 ss.

Cardillo M.R. (2013), *Incompatibilità di attività extra-istituzionali del pubblico dipendente*, in *Rivista delle Cancellerie*, n. 2, 140 ss.

Carinci F., Mainardi S. (2011), *La terza riforma del lavoro pubblico*, Ipsoa, Milano.

Cavallo A. (2010), *Questioni di incompatibilità relative ai corsi di formazione in Medicina generale*, in *RCDP*, n. 1, 175 ss.

Centofanti N., Centofanti P. (2011), *La nuova disciplina del silenzio della p.a.*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 409 ss.

Corso G. (2010), *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 437.

Corte di Cassazione – Ufficio del Massimario penale (2017), Ne bis in idem*. Percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*, rel. n. 26/17, 21 marzo.

Cottone M. (2009), *Legittima la sanzione disciplinare in un caso di incompatibilità nel pubblico impiego*, in *LPA*, n. 2, II, 375 ss.

D'Aponte M. (2011), *L'autorizzazione dei dipendenti pubblici allo svolgimento di incarichi esterni dopo la riforma Brunetta*, in *LPA*, n. 6, II, 965 ss.

D'Arma S. (1997), *Il maturare del silenzio rigetto vale ad escludere la fattispecie penale dell'omissione di atti di ufficio?*, in *Cassazione penale*, n. 2, 3022 ss.

D'Ortona E. (1998), *Omissione di atti d'ufficio ed omesso rilascio, puro e semplice, di documenti da parte del pubblico ufficiale*, in *Giurisprudenza di merito*, n. 3, 479 s.

Dalfino D. (2000), *Attività libero-professionale ed incompatibilità dei medici dipendenti dal servizio sanitario nazionale*, in *FI*, n. 5, I, 1367 ss.

Dallacasa M. (2015), *Le incompatibilità del pubblico dipendente tra decadenza e licenziamento disciplinare*, in *LG*, n. 6, 613 ss.

De Amicis G. (1997), *Sulla tutela penale dell'accesso ai documenti amministrativi*, in *Giurisprudenza di merito*, n. 4-5, 788 ss.

De Flammineis S. (2009), *La tutela penale contro il silenzio amministrativo: «modi» e «tempi» di un'interconnessione disciplinare*, in *La giustizia penale*, n. 11, 656 ss.

Ferluga L. (2017), *I doveri dei professori e ricercatori universitari e il regime delle sanzioni tra norme disciplinari e codici etici*, in *DML*, n. 2, 251 ss.

Ferretti M. (2012), *Violazione del principio di esclusività del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e danno erariale: orientamenti giurisprudenziali difformi e risposta del legislatore*, in *LPA*, n. 5, II, 864 ss.

Gagliardi B. (2004), *La giurisdizione in materia di pubblico impiego e il regime delle incompatibilità dei dipendenti pubblici*, in *FA Cons. Stato*, n. 9, 2562 ss.

Gardini G. (2012), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, il Mulino, Bologna.

Goisis F. (2004), *La violazione dei termini previsti dall'art. 2 della l. 241 del 1990: conseguenze sul provvedimento tardivo e funzione del giudizio ex art. 21*-bis*, l. 1034/1971*, in *DPA*, n. 2, 576 ss.

Guglielmini P. (2017), *Regime di incompatibilità dei docenti universitari*, in *giustamm.it*, n. 7, 1 ss.

Leone G. (2017), *Brevi riflessioni sul nuovo Codice della giustizia contabile*, in *FA*, n. 2, 425 ss.

Mainardi S. (2002), *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, Giuffré, Milano, 159.

Mattarolo M.G. (2000), *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro*, Giuffré, Milano.

Merloni F., Cavallo Perin R. (2009), *Al servizio della Nazione. Etica e Statuto dei funzionari pubblici*, Giuffré, Milano.

Molica S. (2007), *Autorizzazione ad incarichi per i dipendenti pubblici in posizione di comando presso altra amministrazione*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, n. 21, 2098 ss.

Morgante D. (2017), *Il Codice di giustizia contabile e le novità di maggiore rilievo per il Pubblico Ministero contabile*, in *federalismi.it*, n. 3, 1 ss.

Morzenti Pellegrini R. (2016), *Il regime di incompatibilità proprio dei docenti universitari a tempo pieno*, in *LPA*, n. 3-4, II, 431 ss.

Noviello G., Tenore V. (2002), *La responsabilità ed il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, Giuffré, Milano, 152 ss.

Paolucci L. (2004), *Incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi*, in Carinci F., Zoppoli L. (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino, 796 ss.

Perrino A.M. (2015), *Sul rapporto tra decadenza per incompatibilità dal rapporto di lavoro e responsabilità disciplinare nel pubblico impiego*, in *FI*, n. 11, I, 3535 ss.

Pirruccio P. (2008), *Sulla responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione per i danni causati a terzi da illegittimo svolgimento dell'attività amministrativa in caso di colpa lieve*, in *FA Cons. Stato*, n. 1, 182-193.

Rodriquez S. (2009), *La responsabilità amministrativa e le sue più recenti evoluzioni. Spunti di riflessione sugli interventi, negli anni, del giudice contabile*, in *RCP*, n. 6, 1246 ss.

Rodriquez S. (2012), *I più recenti interventi del giudice contabile in materia di responsabilità amministrativa*, in *RCP*, n. 4, 1093 ss.

Sandulli M. (1989), *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 285.

Santoro P. (1989), *Incompatibilità e libera professione nel pubblico impiego, onorari e compensi dei pubblici dipendenti autorizzati ad accettare incarichi professionali tecnici in materia di opere pubbliche*, in *Rivista della Corte dei conti*, n. 1, 322 ss.

Santucci R. (2017), *Libertà di ricerca e rapporto di impiego di ricercatori e docenti*, Esi, Napoli.

Scudieri A. (2009), *La responsabilità del pubblico dipendente nella giurisdizione della Corte dei conti*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, n. 16, 1748 ss.

Siotto F. (2010), *Incompatibilità e decadenza del dipendente pubblico: dietro il licenziamento illegittimo sta «in agguato la dura moneta» del cumulo*, in *RIDL*, n. 2, II, 413 ss.

Tenore V. (1998), *Omissione di atti d'ufficio ed omessa risposta ad istanza d'accesso: una criticabile sentenza della Cassazione*, in *FA*, n. 6, 1676 ss.

Tenore V. (2007), *Le attività extraistituzionali e le incompatibilità per il pubblico dipendente*, in *LPA*, n. 6, II, 1097 ss.

Tenore V. (2008), *Le incompatibilità nel pubblico impiego, gli incarichi, le consulenze e l'anagrafe delle prestazioni*, Epc, Roma, 143 ss.

Tenore V. (2015), *Il Manuale del pubblico impiego privatizzato*, Epc, Roma, 642 ss.

Tenore V. *et al.* (2013), *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente: responsabilità civile, responsabilità penale, responsabilità amministrativo-contabile, responsabilità disciplinare, responsabilità dirigenziale: normativa, dottrina, giurisprudenza*, Giuffré, Milano, 268 ss.

Torchia L. (2008), *La responsabilità*, in Cassese S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffré, 1648, 1699.

Tullini P. (1999), *Il diritto di critica civile del sindacalista*, in *RIDL*, n. 2, II, 346.

Vetro A. (2012), *La giurisdizione della Corte dei conti sul danno erariale derivante da attività non autorizzate di pubblici dipendenti presso terzi, il cui compenso non viene riversato nel bilancio della p.a.*, in *contabilita-pubblica.it*, 5 marzo.

Virga P. (2002), *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, Giuffré, Milano.

Zingale P. (2004), *Pubblici dipendenti. L'attività professionale non autorizzata*, in *LPA*, II, n. 7-8, 1063.

Abstract

Il contributo esamina la disciplina delle incompatibilità del pubblico dipendente e quindi la vera natura sanzionatoria per l'attività extraistituzionale non autorizzata, quale emerge dalla consolidata giurisprudenza della Corte dei conti, che la considera come una sanzione amministrativa. A tale conclusione si perviene sulla base della differente giurisprudenza della Corte dei conti fondata sulle decisioni della Corte Edu in tema di distinzione tra illecito penale e amministrativo. Una volta preso atto della natura amministrativa della responsabilità per attività extraistituzionale non autorizzata, la si considera come castigo in denaro da irrogare all'impiegato che ha violato il regime delle incompatibilità. Infine, l'articolo si sofferma anche sulla responsabilità contabile del personale medico-universitario per attività libero-professionale non autorizzata, che non già solo raggira il basilare dovere di lealtà verso l'amministrazione di appartenenza, ma anche si appropria di competenze retributive non spettanti, a evidente detrimento degli utenti dell'azienda ospedaliera, e cioè i pazienti.

The accounting responsibility of the public employee for non-authorized extra-institutional activity

This essay outlines the regulation of the incompatibility of the public employee and then the real nature of the sanction for the non-authorized extra-institutional activity, considered as administrative offence by the established case-law of the Court of Auditors. This conclusion is reached on the basis of the different body of laws of the Court of Auditors, that considers the sentences of the ECHR in terms of distinction between criminal and administrative offense. Once affirmed the administrative nature of the sanction for non-authorized extra-institutional activity, the essay consider the sanction as a fine imposed on the clerk violating the incompatibility regime. Finally, the Author focuses on the accounting responsibility of the medical academic personnel for unauthorized private activity, infringing the basic duty of loyalty to the public administration and receiving illegal economic advantages.

Marzia Barbera (*)

TRE NARRAZIONI DELLA *FLEXICURITY* (**)

People are drawn to stories for a reason:
In politics as in art, they say more
than a list of bullet points.
James Poniewozik, giornalista del *New York Times*

SOMMARIO: 1. Introduzione. Il pragmatismo impossibile. — 2. Alle origini della *flexicurity*: la narrazione neoliberista. Un caso di narrazione autoevidente. — 3. La narrazione compromissoria del *Libro verde sulla modernizzazione del mercato del lavoro*. — 4. La *flexicurity* nella crisi economica. — 5. Ripensare la *flexicurity*. La narrazione neoindividualista e neorepubblicana. — 6. Nuove narrazioni.

1. — *Introduzione. Il pragmatismo impossibile* — Con la riforma del mercato del lavoro intrapresa con la riforma Fornero e conclusa con il *Jobs Act* si sarebbe realizzato, secondo molti, un vero e proprio cambio di paradigma del diritto del lavoro. Se il giudizio è largamente condiviso, le letture di questo passaggio sono antitetiche. Per usare un'efficace sintesi, secondo gli apologeti si tratterebbe di una «rivoluzione copernicana» che avrebbe attuato lo spostamento delle tutele storiche del diritto del lavoro, incentrate sul rapporto individuale di lavoro, verso la protezione e la sicurezza nel mercato del lavoro; secondo i critici, sarebbe meglio definirla una «rivoluzione tolemaica», per il suo carattere regressivo, foriero di effetti distorsivi del mercato del lavoro e ingiuste disparità di trattamento fra lavoratori (1). Nel mezzo, si situa chi ritiene che il *Jobs Act* segni non la rinuncia alla regolazione, ma semmai una nuova riregolazione nel segno della *flexicurity*,

(*) Professoressa ordinaria di Diritto del lavoro presso l'Università di Brescia.

(**) Il saggio riproduce in parte l'intervento svolto al *workshop* organizzato dal Cnel su «Nuovi orizzonti del diritto del lavoro. Paradigma, attori, regolazione», svoltosi a Roma il 19 gennaio 2018, i cui atti sono in corso di pubblicazione per i tipi de il Mulino.

(1) Mariucci 2015, 13, e ivi riferimenti bibliografici.

e che la riforma andrebbe valutata alla luce di un «riformismo pragmatico», vale a dire misurandone l'impatto e gli effetti concreti in una proiezione almeno di medio termine, senza cadere in teoremi e giudizi precostituiti. Ciò varrebbe sia sul versante della flessibilità, proiettata nel sistema delle regole del rapporto attraverso il contratto a tutele crescenti e gli interventi sulla cd. flessibilità funzionale (mansioni e controlli), sia sul versante della sicurezza, tradotta nella rimodellazione delle politiche attive del lavoro e delle varie forme di sostegno al reddito in caso di disoccupazione (2).

In realtà, come si dirà più avanti, è stato possibile farsi un'idea del senso complessivo della riforma anche senza attendere la verifica dei fatti. Ma anche a voler seguire la strada del test empirico, si tratta di un esercizio difficile da svolgere, anche se sono trascorsi ormai tre anni dal varo del *Jobs Act*, se non altro perché una sua importante premessa, vale a dire la ricentralizzazione, con la creazione dell'Anpal, delle politiche del lavoro e del loro monitoraggio, sulla scorta del modello definito «*one stop shop*» di ispirazione tedesca (in pratica quello che vede un solo soggetto referente unitario delle misure di politica del lavoro), non si è poi realizzata, a seguito dell'esito negativo del referendum sulla riforma costituzionale promosso dal governo Renzi.

Quel che sappiamo per certo è che, fino a ora, l'Italia ha speso per le politiche del lavoro poco più della metà rispetto alla media europea: lo 0,37% del Pil nel 2011, a fronte di una media europea dello 0,7%. Dividendo la spesa totale per il numero di disoccupati, la spesa per le politiche attive in Italia è molto lontana da quella dei paesi della *flexicurity*: nel 2012, in media, 1.800 euro per disoccupato a fronte dei 16.900 della Danimarca (3). Difficile è anche condurre un ragionamento sulle singole misure di politica attiva: a parte il ritardo nel monitoraggio a livello nazionale (4), anche la raccolta di dati a livello locale risulta complicata per la ri-

(2) Cfr. Treu 2017, 621; Caruso, Cuttone 2015, 4.

(3) Fonte: Oecd 2015 (cfr. Maselli 2015).

(4) Un'indagine compiuta dall'Osservatorio nazionale dei consulenti del lavoro sui dati relativi all'anno scorso segnala che l'assegno di ricollocazione, che dovrebbe essere la nuova principale misura di attivazione, resta ancora ai nastri di partenza. Nella fase sperimentale, l'assegno ha riguardato solo 30.000 soggetti estratti casualmente, e ha visto l'adesione solo di 3.000 persone all'iniziativa. Inoltre, nel 2016, su circa 1,75 milioni di disoccupati involontari vi era un gruppo di 200.000 costituito da chi aveva trovato lavoro trascorsi i quattro mesi dalla cessazione e da chi non aveva più diritto al sostegno in quanto nei precedenti quattro anni non aveva maturato sufficienti contributi: l'11,3% del totale. Sono gli esclusi dall'assegno di ricollocazione, tra i quali rientrano presumibilmente una buona parte dei lavoratori stagionali.

salente mancanza di un sistema di monitoraggio decentrato efficiente (con qualche lodevole ma isolata eccezione) e rischierebbe di dare un quadro frammentato e impreciso dello stato delle cose, come frammentata e imprecisa, del resto, è spesso la costellazione delle misure locali.

C'è da dire che, anche se vi fossero dati disponibili, gli studi condotti sulle politiche attive rendono difficile comprendere quali funzionino veramente (5). Da un'analisi comparata dei diversi programmi, quelli che sembrerebbero dare maggiori risultati sono relativi alla formazione, agli incentivi al settore privato per la creazione di posti di lavoro, all'assistenza nella ricerca di un'occupazione. I primi due settori di intervento sono anche quelli in cui l'Italia ha speso di più, mentre resta molto bassa la spesa per i centri per l'impiego: solo lo 0,03% del Pil, a fronte dello 0,25% in Francia o dello 0,27% in Svezia. Infine, i risultati migliori in termini di percentuali di disoccupati attivati (non necessariamente ricollocati) si riscontra, come è ovvio, nei paesi con le amministrazioni pubbliche più efficienti; e l'Italia non è fra questi (6).

I centri per l'impiego, in assenza di una seria programmazione regionale, sono rimasti fermi al palo proprio nell'attivazione degli strumenti più innovativi di politica attiva. L'esempio più clamoroso è quello dei «patti di servizio» – le convenzioni tra utenti-disoccupati e amministrazione pubblica, dirette a definire i reciproci impegni nelle attività di reinserimento al lavoro –, per la cui predisposizione si è fatto molto poco (7). Si comprende, allora, perché la riorganizzazione dei servizi per l'impiego, allo stato solo disegnata dalla riforma, e lo sviluppo di *partnership* di tipo cooperativo pubblico/privato siano stati definiti «la madre di tutte le sfide affrontate dal *Jobs Act*» (8).

Risulta inevitabile, dunque, occuparsi, più che dei risultati della nuova regolazione del mercato del lavoro, della politica che l'ha ispirata: la *flexicurity*. In realtà, non esiste una sola formula di *flexicurity*: ne esistono molte; e questa polisemia, o se volete questa ambiguità, del concetto in parte ne spiega la fortuna. Come è stato notato di recente, tale molteplicità di significati non soltanto ha consentito di raggiungere accordi su questioni controverse attraverso soluzioni compromissorie capaci di mettere d'accor-

(5) Per un'analisi dei diversi sistemi e modelli nazionali si vd. Sartori (2013), che segnala il loro convergere verso il modello di *welfare to work*, pur nel permanere di elementi di continuità delle diverse esperienze nazionali.

(6) Fonte: Oecd 2015 (cfr. Maselli 2015).

(7) Cfr. Esposito 2016.

(8) Cfr. Caruso, Cuttone 2015.

do tutti, ma ha reso anche difficilmente verificabili e criticabili i risultati di tali politiche (9).

Propongo di guardare a queste formule non solo come a politiche reali ma anche come a *narrazioni*. Qui parlo di narrazione come ne parla Jerome Bruner: vale a dire come di «una versione della realtà la cui accettabilità è governata da convenzioni e da "necessità narrative" piuttosto che da verifiche empiriche e da necessità logiche» (10). Ragionare di come una politica viene narrata è non meno importante di ragionare di come una politica viene attuata, perché la narrazione è anch'essa una forma di conoscenza. Più precisamente, il modo narrativo di interpretare la realtà non ci dà le stesse conoscenze verificate dall'empirismo e dallo studio delle catene causali stimolo-effetto, ma dà un'idea di come avviene la costruzione di significati e di come poi questa costruzione di significati, a sua volta, orienti la prassi, dandole legittimità e credibilità.

La ricostruzione delle politiche di *flexicurity* richiede che si parli di varie narrazioni: la *narrazione neoliberista* di stampo tecnocratico da cui nascono inizialmente le politiche di *flexicurity*; la *narrazione compromissoria* proposta dalla Commissione europea nei suoi «princìpi di *flexicurity*» e declinata, negli anni della crisi economica e dell'austerità, nelle forme della *governante hard* della sorveglianza fiscale e monetaria; la *narrazione neoindividualista* e *neorepubblicana*, che, a partire da un ripensamento critico delle politiche di *flexicurity*, mira ad affrontare i «nuovi rischi», generati dalla crisi economica ma anche dalla forza creativo-distruttiva dell'innovazione, rivalutando l'individuo, le sue capacità, l'assunzione personale di responsabilità e la fiducia.

2. — *Alle origini della* flexicurity: *la narrazione neoliberista. Un caso di narrazione autoevidente* — La narrazione sulla *flexicurity* entra a pieno titolo nel dibattito politico e istituzionale europeo con le conclusioni del Consiglio europeo della primavera del 2006 e con l'*Employment Report* e il *Libro verde sulla modernizzazione del diritto del lavoro*, presentati quasi contemporaneamente dalla Commissione nell'autunno dello stesso anno a una platea molto ampia di interlocutori.

La narrazione, come si detto, è una costruzione intenzionale di significati. È, perciò, niente affatto casuale che la narrazione della *flexicurity* parta

(9) Treu 2017, 599. Nello stesso senso Corti 2018. Sia l'uno che l'altro Autore, con accenti diversi, sottolineano come la polisemia del termine ammetta una molteplicità di applicazioni a livello nazionale.

(10) Bruner 1991, 4, 9.

da più lontano, da quello che viene presentato come un *fallimento* della Strategia di Lisbona. Tale fallimento non si riferisce agli obiettivi occupazionali della Strategia: anche se i progressi registrati sono ancora inferiori rispetto agli obiettivi quantitativi fissati a Lisbona, questi vi sono sicuramente stati, e continueranno a esservi almeno fino allo scoppio della crisi economica globale del 2008. Nel periodo 1997-2007, l'occupazione nell'Ue aumenta, infatti, dell'11,5%, fino ad arrivare a un tasso complessivo del 65,4%; un risultato non così lontano dall'obiettivo del 70% stabilito per il 2010 dal Consiglio di Lisbona. I paesi dell'Ue con i maggiori incrementi dell'occupazione non sono, come forse si potrebbe pensare, i paesi modello in materia di *flexicurity*, ma la Spagna (+9,3%), l'Italia (+5%) e la Germania (+3,8%), insieme alla Grecia (+4,9%) e all'Irlanda (+3,9%) (11). A paragone con il principale modello antagonistico, vale a dire il modello Usa, l'Europa cresce sì meno, ma la crescita economica pare produrre più occupazione.

Dov'è, allora, il problema?

Uno dei problemi, si potrebbe ipotizzare, è che, dei nuovi 16 milioni di posti di lavoro creati in quel decennio, quasi 5 milioni e mezzo sono creati nella sola Spagna, soprattutto nel settore delle costruzioni, a seguito di una crescita economica gonfiata da un'eccezionale bolla immobiliare finanziata principalmente da banche tedesche e francesi, che sarebbe esplosa di lì a poco con ricadute drammatiche in termini occupazionali.

Un altro dei problemi che si manifesta nel *post* Lisbona è quello dell'«occupazione senza crescita». È quanto avviene proprio in Italia, dove, dalla fine degli anni novanta, alla semistagnazione si accompagna, come si è detto, una significativa crescita dell'occupazione, frutto di diversi fattori sociali e demografici (quali la maggiore partecipazione di donne al mercato del lavoro e l'emersione del lavoro nero dei migranti) (12), ma anche delle politiche di liberalizzazione del mercato del lavoro e di contenimento salariale, che hanno reso più facile assumere con contratti di lavoro a tempo determinato e con salari più bassi. Il che ha fatto bene all'occupazione, ma non alla produttività. Negli stessi anni, infatti, a causa proprio del combi-

(11) Che questi paesi abbiano effettivamente messo in atto le linee guida della Strategia europea per l'occupazione (di seguito, Seo) è questione tutt'altro che pacifica (vd. Meardi 2011); ma, in ogni caso, tali risultati all'epoca vennero percepiti come un successo della Seo stessa.

(12) In particolare, il maggiore incremento in termini di creazione di posti di lavoro si è verificato nel 2002-2003, quando l'occupazione totale è aumentata di circa 750.000 persone. Questa cifra corrisponde quasi esattamente al numero totale di immigrati privi di documenti regolarizzati dalla legge Bossi-Fini del 2002.

narsi di bassa crescita e di aumento dell'occupazione, il tasso di produttività (dato dal rapporto Pil/numero di occupati) si è andato riducendo. E questo è accaduto per problemi riguardanti il versante della domanda aggregata (scarsa crescita) e le particolarità del modello produttivo (scarsa tendenza all'innovazione). In più, la crescita dell'occupazione è avvenuta soprattutto in posti di lavoro a termine e di scarsa qualità.

I problemi di cui si occupa la narrazione di stampo neoclassico delle autorità monetarie e delle comunità di esperti più attivi nel dibattito europeo sono, però, del tutto diversi. La narrazione dice, piuttosto, nelle parole dell'allora presidente della banca europea Trichet, che «la mancanza di sufficienti riforme strutturali in Europa è una delle principali cause della differenza nel tasso di crescita economica in Europa rispetto agli Stati Uniti» (13). Più diretto il linguaggio dell'economista tedesco Hans Werner Sinn, secondo il quale l'impegno di Lisbona di rendere l'Europa «la regione più dinamica del mondo» si è rovesciato in quello di renderla «la più ritardataria», e questo perché «i politici si sono concentrati sulle priorità sbagliate»: sottolineando il ruolo della ricerca e dell'innovazione, hanno ignorato i problemi del mercato del lavoro (14).

In sostanza, i problemi del periodo *post* Lisbona sono soprattutto problemi di dimensione *macro*, che attengono alla presenza di una *domanda* aggregata stagnante o gonfiata artificialmente, sia a livello nazionale che europeo. Le ricette che vengono proposte dalla narrazione neoliberista, tuttavia, sono principalmente di tipo *micro*, e riguardano il versante dell'*offerta*. Più precisamente, consistono nella liberalizzazione del mercato del lavoro (oltre che dei prodotti).

Molte di tali affermazioni – in particolare l'idea che la protezione sociale abbia effetti restrittivi nei confronti della domanda – sono diventate dei mantra. Invito chi voglia resistervi a leggere il libro che Andrea Boitani (un economista neokeynesiano dichiarato) ha dedicato ad alcuni di essi (15), ma anche alcune analisi dell'Oecd riguardanti l'andamento dell'occupazio-

---

(13) Vd. Funk 2008. Sulla stessa linea le analisi dell'Oecd (Oecd 1994 e Oecd 2002).

(14) Sinn 2007, 288. Si tratta dello stesso economista che, nel 2014, avrebbe suggerito ai paesi del Sud dell'eurozona di recuperare la loro competitività di costo attraverso una «svalutazione interna», cioè tagliando le retribuzioni e mettendo in atto politiche fiscali austere, in modo da deprimere la domanda interna e dunque le importazioni. Sinn aveva calcolato che per paesi come il Portogallo, la Grecia e la Spagna fosse necessario un taglio del 30%; per l'Italia sarebbe bastato il 10%. In effetti, una svalutazione interna in questi paesi c'è stata, con gli effetti che sappiamo.

(15) Cfr. Boitani 2016.

ne durante la crisi economica (16). Si apprenderà così, ad esempio: che paesi considerati meno competitivi sulla base dell'Indice di competitività globale (Icg) elaborato ogni anno dal *World Economic Forum* (che comprende vari indicatori, relativi, fra l'altro, all'efficienza dei mercati dei beni e del lavoro) hanno conosciuto negli anni scorsi tassi di crescita più elevati di paesi ritenuti più competitivi, anche nel caso di paesi con Pil *pro capite* molto simili, il che indica, quanto meno, la necessità di rivedere gli indicatori più in voga; che le imprese sottoposte a più pressione concorrenziale potrebbero, a determinate condizioni, investire *di meno* e non *di più*; che, nel periodo della crisi economica, il coordinamento collettivo delle dinamiche salariali ha avuto effetti positivi sull'occupazione.

Il fatto è che le politiche europee di *flexicurity* nascono da narrazioni «*autoevidenti*». Una narrazione tende a rendere una storia «*autoevidente*» attraverso la «*banalizzazione narrativa*»: si presenta una storia come così generalmente nota, così canonica da non richiedere altro che interpretazioni routinarie e automatiche dei fatti. In questo caso, la funzione epistemica svolta dalla narrazione si risolve in «*an economical, time-and-effort-saving way of dealing with knwoledge,* […] *a form of mindlessness*»: un modo di apprendere che fa risparmiare tempo e fatica, ma che si traduce in un mancato «uso della testa»: in inconsapevolezza (17). Le politiche di *flexicurity* hanno origine da qui: da storie autoevidenti, da luoghi comuni così ripetuti nel dibattito accademico e politico da essere assurti al rango di verità scientifiche, che non richiedono «*mindfulness*».

3. — *La narrazione compromissoria del* Libro verde sulla modernizzazione del mercato del lavoro — Le correzioni alla Strategia di Lisbona suggerite dalla Commissione a seguito del primo esercizio di riesame intrapreso nel 2005 non seguono pedissequamente le ricette neoliberiste indicate a Francoforte e Berlino, ma optano per un'opzione politica di compromesso: la *flexicurity*, per l'appunto. La Commissione, per altro, ha il vantaggio di muoversi lungo linee di sviluppo implicite nel pilastro dell'adattabilità della Seo, nel quale è possibile intravedere *in nuce* alcuni dei temi di fondo della *flexicurity*, in particolare quello secondo il quale anche i sistemi di protezione sociale debbano favorire l'adattabilità di lavoratori e imprese al mercato, soprattutto flessibilizzando i rapporti di lavoro.

Vi è un punto, tuttavia, in cui la strategia dell'adattabilità rischia di ritorcersi contro se stessa, producendo più posti di lavoro ma anche di peg-

(16) Oecd 2013.
(17) Bruner 1991, 11.

giore qualità e di minor durata. La *flexicurity*, e in particolare il ripensamento dei legami fra occupazione e forme della protezione sociale, con la complementarietà fra politiche del lavoro, politiche previdenziali e assistenziali, politiche di attivazione, è la risposta a questo dilemma. Anche a questo proposito, la proposta elaborata dalla Commissione si distacca dall'ortodossia economica. Mentre questa ritiene che generosi livelli di sussidi di disoccupazione tendano a far aumentare la disoccupazione perché scoraggiano i disoccupati ad attivarsi per uscire dallo stato di disoccupazione, la Commissione afferma, invece, che le forme di *moral hazard* possano essere superate intervenendo sul tasso di sostituzione dei sussidi: in particolare attraverso una durata limitata del sussidio e l'introduzione di elementi di costrizione e condizionalità, oltre che apprestando un'efficace strategia di «attivazione» da parte dei servizi all'impiego. Regimi di prestazioni sociali e politiche attive del lavoro progettati seguendo queste linee non ostacolano, secondo la Commissione, gli aggiustamenti del mercato del lavoro e sembrano funzionare più delle protezioni tradizionali del posto di lavoro anche nel migliorare la sicurezza *percepita* dei lavoratori.

La presentazione nel 2006 del *Libro verde sulla modernizzazione del diritto del lavoro* costituisce un importante tassello della costruzione di consenso e legittimità alle politiche di *flexicurity* della Commissione, che, in tale occasione, chiama un numero molto vasto di interlocutori istituzionali e sociali a partecipare a una discussione pubblica di livello europeo su come far evolvere il diritto del lavoro. La ricostruzione di questo processo offre uno spaccato rivelatore del modello di *governance* europea, dell'intrecciarsi di dinamiche istituzionali sovranazionali e intergovernative, del ruolo giocato da comunità epistemiche in grado di fornire legittimità culturale e scientifica ai processi di decisione politica (18), delle pressioni dei gruppi di interesse organizzati, della funzione della Commissione come «*broker of interests*» (19). La fase di consultazione degli *stakeholders* mostra il delicato gioco di pressioni politiche da parte degli Stati membri e di pressioni più o meno lobbistiche da parte degli attori sociali che la Commissione si è trovata ad arbitrare. Il fatto che i sindacati europei, inizialmente sostenitori delle proposte della Commissione, ne siano diventati successivamente fra i principali critici rivela indirettamente quali voci hanno trovato maggiore ascolto presso le istituzioni europee.

I commentatori di allora mostrarono una certa sorpresa nel non trovar

(18) Fra i primi studiosi a parlare di *flexicurity*: Wilthagen 1998; Wilthagen, Rogowski 2002; Wilthagen, Tros 2004.

(19) Vd. Keune, Jepsen 2007.

traccia nel *Libro verde* di altre analisi e proposte su questi temi provenienti da autorevoli studiosi e diffuse in rapporti di ricerca commissionati dalla Commissione stessa. Nel *Libro verde* non vi è menzione, ad esempio, né del Rapporto Supiot né del Rapporto Sciarra (20). Il quadro concettuale in cui si colloca il *Libro verde* è, chiaramente, un altro: quello della teoria economica degli *insiders-outsiders*.

Secondo la Commissione, «i dati esistenti sul mercato del lavoro» confermerebbero che «l'esistenza di una legislazione troppo rigidamente protettiva dell'occupazione tende a ridurre il dinamismo del mercato lavoro, aggravando le prospettive di lavoro delle donne, dei giovani e dei lavoratori più anziani». Una deregolamentazione ai margini come quella che si è avuta nell'ultimo decennio, con una proliferazione di contratti atipici, che mantiene intatte le rigide regole applicabili ai contratti standard – sostiene ancora la Commissione –, tende a favorire la segmentazione dei mercati del lavoro, e un mercato del lavoro segmentato «rischia di aumentare la precarietà dell'occupazione, di nuocere a una integrazione professionale sostenibile e di limitare la costituzione di capitale umano». È per questa ragione, prosegue il *Libro verde*, che si tratta di «spostare l'accento dalla preoccupazione di proteggere particolari posti di lavoro alla creazione di un quadro di sostegno in grado di garantire la sicurezza dell'occupazione, compresa un'assistenza sociale e misure attive di sostegno ai lavoratori durante i periodi di transizione». Dato per assodato che i lavoratori si sentono più protetti da un sistema di aiuti in caso di disoccupazione che non da una legislazione che tutela il posto di lavoro, «regimi di sussidi di disoccupazione ben concepiti, uniti a politiche attive del mercato del lavoro, sembrano costituire una migliore assicurazione contro i rischi connessi al mercato del lavoro». La *flexicurity* è, dunque, la soluzione in grado di dare risposta «all'esigenza di migliorare la capacità di adeguamento dei lavoratori e delle imprese di fronte alla rapida evoluzione e alla segmentazione del mercato del lavoro».

Al tempo in cui fu lanciata la consultazione sul *Libro verde*, chi scrive si trovò a preparare insieme a Bruno Caruso e Giuseppe Bronzini un documento di osservazioni cui aderì successivamente un numero insolitamente alto di docenti universitari, giudici e avvocati del lavoro (21). Personal-

(20) Cfr. Supiot 1999; Sciarra 2005. Mentre esistono punti di contatto fra il Rapporto Supiot e la strategia della *flexicurity*, nel Rapporto Sciarra si indicava una strategia che, pur partendo dalla considerazione di una diversa funzione da far giocare al diritto del lavoro, era iscritta ancora in una cornice regolativa fondata più su diritti che su politiche.

(21) Lo si può leggere, insieme a una ricca raccolta di altri materiali relativi al *Libro verde*, in Massimiani 2007.

mente, sottoscriverei di nuovo le critiche (così come gli apprezzamenti) mosse alla politica di *flexicurity* delineata nel *Libro verde* e trasposta poi in successivi atti della Commissione e del Consiglio (22). La principale era quella dell'astrattezza del modello economico di riferimento di tale strategia. Esso assume che maggiore è la flessibilità del mercato dei prodotti e del lavoro, migliori saranno le *performance* economiche in termini di crescita, competitività, occupazione. Ma questo è, per l'appunto, solo un modello, un'ipotesi, in cui i parametri di valutazione utilizzati riflettono le convinzioni di chi li costruisce. In questo caso, i parametri riguardano il costo dei licenziamenti, il livello e la durata dei sussidi di disoccupazione e via dicendo. Le simulazioni prodotte con questo modello assumono, pertanto, come *veri* per definizione i benefici derivanti dalla riduzione del costo dei licenziamenti, dalla riduzione del tasso di sostituzione dei sussidi per la disoccupazione ecc. Sono, in sostanza, anch'esse *narrazioni autoevidenti.*

Se, però, si passa al piano della verifica empirica, molti di questi assunti non tengono. Non c'è alcuna stabile correlazione tra allentamento dei vincoli sulla flessibilità in uscita e aumento della propensione delle imprese a occupare. Casi nazionali dimostrano il contrario: la persistenza di alti tassi occupazionali nonostante la permanenza di rigidità regolative in uscita. Neppure l'equazione «meno rigidità in uscita, minore segmentazione, più produttività» è pacificamente dimostrata. Al contrario lo spostamento dai lavoratori alle imprese di parte dei costi associati alla riallocazione del lavoro può condurre, a certe condizioni, a un guadagno di efficienza produttiva. Quanto all'ipotesi che un processo di riduzione delle tutele di cui godono i contratti standard potrebbe produrre una riduzione della segmentazione del mercato del lavoro, non è dato sapere quanto questo effetto possa effettivamente realizzarsi, e anzi le analisi longitudinali mostrano la persistenza nel tempo di una fascia notevole di rapporti stabilmente precari anche in casi di allentamento dei vincoli al licenziamento. Guardando al versante della sicurezza, è difficile immaginare come sia possibile rendere il rapporto di lavoro standard più flessibile e meno carico di costi, a partire dai *firing costs*, senza pregiudicare la funzione di tutela dall'insicurezza giocata da tutti i contratti a lungo termine, compreso il contratto di lavoro. Si tratta di una funzione alla quale, al contrario di quanto sorprendentemente

(22) Nella Comunicazione Com(2007)359 della Commissione e nelle conclusioni del Consiglio europeo di Bruxelles dell'8-9 marzo 2007, la *flexicurity* si sviluppa lungo quattro assi di intervento, che sono poi stati incorporati negli orientamenti della Seo del 2008 (Decisione del Consiglio n. 2008/618/Ce del 15 luglio 2008, sulle politiche degli Stati membri a favore dell'occupazione).

affermato dal *Libro verde*, i lavoratori tengono molto, a prescindere dagli interventi pubblici di sostegno del reddito, giacché solo una ragionevole stabilità del lavoro consente una ragionevole programmazione della propria vita. I soggetti economici sono notoriamente avversi al rischio, e questo vale anche per i lavoratori.

4. — *La* flexicurity *nella crisi economica* — La crisi economica e finanziaria iniziata nel 2008, appena un anno dopo il lancio dei Princìpi comuni in tema di flessibilità, sembrava aver messo in questione le narrazioni autoevidenti della *flexicurity*, confermando una volta di più che non c'è flessibilità che tenga, in termini di aumento dell'occupazione, se non c'è crescita e che non c'è crescita in assenza di un aumento della domanda aggregata e di politiche macroeconomiche di sostegno a tale domanda. In effetti, segni di una riflessione più attenta al problema di come una strategia concepita in momenti di crescita economica possa reggere anche in momenti di crisi sono rintracciabili nelle conclusioni del Consiglio dell'8 giugno 2009, dedicato proprio alla *flexicurity* nella crisi (23).

Così, però, non è stato. Secondo il *Bruxelles-Frankfurt-Berlin consensus*, la crisi ha confermato la bontà delle diagnosi e delle ricette neoliberiste più volte indicate (24), svelando anzi quello che il boom economico degli anni precedenti aveva in parte mascherato.

Nei paesi più colpiti dalla crisi, le applicazioni concrete della *flexicurity* non sono state né nel segno *soft* dell'*Open Method of Coordination*, né nella forma più *hard* di quel «coordinamento rafforzato» che segue al riallineamento delle politiche sociali ed economiche e all'istituzione del Semestre europeo realizzati alla metà degli anni duemila (25). I meccanismi di trasferimento delle politiche sono stati, piuttosto, quelli della nuova *governance* europea costituita dal *Fiscal Compact*, dal Mes (Meccanismo europeo di

(23) *Council Conclusions on Flexicurity in times of crisis*, Luxembourg, 8 giugno 2009.

(24) Cfr., per un'illustrazione di questo punto di vista, Benczes, Szent-iIányi 2016, 180 ss.

(25) L'espressione è usata da Edoardo Ales (2017, 122 ss.) per designare un processo di integrazione a metà strada fra la convergenza e la coordinazione, indotto dalla sovrapposizione fra gli strumenti delle politiche per l'occupazione e l'inclusione sociale e gli strumenti delle politiche economiche, dovuta al processo di riallineamento delle linee guida in tema di occupazione e inclusione sociale agli indirizzi di massima delle politiche economiche, iniziato a partire dal 2005 nell'ambito della revisione della Strategia di Lisbona e proseguito poi nel quadro dell'Agenda Europa 2020: European Commission, Europe 2020. *A strategy for smart, sustainable and inclusive growth*, Comunicazione della Commissione, 3 marzo 2010, Com(2010)8.

stabilità), dai regolamenti, direttive e procedure di vigilanza rafforzata contenuti nei cd. *Six Pack* e *Two Pack*, dai *Memorandum of understanding* siglati fra i Governi nazionali coinvolti nelle operazioni di *bailout* o di assistenza finanziaria e le autorità europee.

L'Italia non era in una situazione di potenziale *default* e, dunque, contrariamente ai sette paesi interni ed esterni all'Eurozona interessati dai *bailouts* (Grecia, Irlanda, Portogallo, Cipro, Ungheria, Romania, Lettonia), non era soggetta alle clausole di condizionalità cui erano subordinati i piani di aiuto finanziario, ma solo vincolata al Patto di stabilità e al *Fiscal Compact*, mantenendo pertanto spazi virtuali di discrezionalità nelle decisioni interne in materia di politica economica e sociale. Tuttavia, la sua condizione di «sorvegliata speciale», determinata da una situazione del debito pubblico sostenibile solo grazie al sostegno del sistema delle banche centrali europee, ha fatto sì che la cura del consolidamento fiscale e delle «riforme strutturali», che includevano tagli alle prestazioni sociali e misure di deregolazione del mercato del lavoro, sia stata somministrata anche al nostro paese. In questo caso, uno dei *medium* è stato abbastanza irrituale: la famosa lettera della Bce del 5 agosto 2011, che chiedeva al Governo italiano, riprendendo le Raccomandazioni già inviate all'Italia dal Consiglio europeo, di adottare specifiche riforme strutturali tra le quali, in particolare, la riforma del sistema pensionistico e quella del mercato del lavoro. La contropartita era quella di una maggiore flessibilità nella valutazione della situazione del bilancio pubblico. Recapitata al governo Berlusconi e rimasta senza risposta per la caduta del Governo stesso, la lettera ha avuto seguito da parte del governo Monti prima e di quello Renzi poi, rispettivamente con la riforma Fornero e il *Jobs Act*.

È un giudizio condiviso da molti, compresa chi scrive, che la somma delle due riforme del mercato del lavoro abbia iniettato dosi di flessibilità eccessiva nel sistema, non bilanciate sul versante della sicurezza (26). Questa valutazione è difficilmente controvertibile già sul piano delle opzioni di politica del diritto, a prescindere dal quadro che emerge dalle prime applicazioni pratiche del modello di *flexicurity* messo in atto dal legislatore italiano.

---

(26) Per una ricostruzione critica delle scelte di politica legislative operate con le due riforme del dibattito che ne è seguìto, vd. Corti (2018, 175 ss.), il quale sottolinea il carattere non necessario di tali scelte, alla luce della notevole discrezionalità lasciata agli Stati membri dal carattere «versatile» delle prescrizioni di *flexicurity* e dalla natura *soft* del loro meccanismo di recepimento (Corti 2018, 86 ss. e 176 ss.). Su questo specifico punto si tornerà più avanti nelle considerazioni finali.

La riforma dei licenziamenti individuali tende non solo a limitare il controllo del giudice sull'atto, riducendo l'incertezza derivante dall'attività interpretativa, ma anche a renderlo marginale perché poco costoso, o a evitarlo del tutto. A ciò si aggiunga che, in contraddizione con uno degli assunti principali della *flexicurity*, con la riforma Poletti del 2014 si è continuato a intervenire anche sulla flessibilità ai margini, accrescendo in misura notevole la possibilità di ricorrere ai contratti a termine. Sul versante della sicurezza, alcuni dei princìpi della riforma, pur spiegabili con la necessità di non accrescere la spesa previdenziale, appaiono in contrasto con la logica di universalismo delle tutele e di garanzia di un reddito congruo nelle fasi di transizione da un posto di lavoro a un altro che dovrebbe ispirare la logica della protezione nel mercato. Ci si riferisce, in particolare, alla conferma di un impianto rigidamente mutualistico-assicurativo, che lega la durata della prestazione alla pregressa storia contributiva del disoccupato, e alla riduzione dell'ammontare delle prestazioni in conseguenza della modifica della retribuzione parametro (27). Sul versante delle politiche attive, gli aspetti sanzionatori e obbligatori appaiono più pronunciati di quelli promozionali e tali da indebolire l'approccio delle «reciproche obbligazioni» sotteso alla riforma. La crisi, per altro, ha esasperato queste debolezze, riducendo drasticamente le occasioni di lavoro e, in tal modo, riducendo anche la capacità dei servizi dell'impiego di reperire quelle offerte di lavoro adeguate che innescano il principio di condizionalità (28). Gli effetti sociali di queste riforme hanno oscurato altri interventi tesi a migliorare l'ambiente economico e giuridico in cui le imprese operano e la qualità del capitale umano (si pensi al Codice degli appalti varato nel 2016, alle misure anticorruzione, al Piano Calenda, volto a favorire gli investimenti in innovazione e competitività).

5. — *Ripensare la* flexicurity. *La narrazione neoindividualista e neorepubblicana* — Cambiamenti radicali nel *welfare State* e nelle politiche del mercato del lavoro non sono mai facili da mettere in atto, a meno che non si sia in presenza di momenti di svolta critici (29). Nel nostro caso, questo momento è consistito nella pressione determinata da un'austerità fiscale

(27) Orlandini 2015; Balandi 2017.

(28) Due effetti che avevano cominciato a verificarsi già a partire dalla messa in atto della riforma delle politiche di attivazione voluta dalla legge Fornero (vd. Corazza 2013, 500; Treu 2013; Alaimo 2013, 520). Secondo Freedland e Counturis si tratta di un elemento intrinseco a tali politiche che, tuttavia, è andato assumendo un'importanza crescente nel corso del tempo (Freedland, Counturis 2005, 559).

(29) Theodoropoulou 2018, 8.

senza precedenti, per lo meno nella fase postbellica. Tuttavia, ciò non ha consentito altro che riforme condotte all'insegna della *flexicurity* ma aventi, nella realtà, fini deregolativi ed effetti deflazionistici. E questo è vero non solo per l'Italia, ma per tutti i paesi in cui le politiche di *flexicurity* sono state attuate nelle loro diverse declinazioni (30).

Alcune ricerche compiute per la Commissione europea (31) e per la Fondazione di Dublino (32) nel 2010 e nel 2012 mostravano già un certo ripensamento delle politiche di *flexicurity*. Nella prima ricerca si sosteneva che l'assunto secondo il quale ogni incremento di flessibilità potesse essere compensato da un rafforzamento delle tutele nel mercato del lavoro si era rivelato illusorio, e che, più che a un'astratta occupabilità, bisognasse guardare a una vera continuità dell'occupazione. Nella seconda ricerca si parlava di «seconda fase della *flexicurity*». Dalla flessibilità esterna, e cioè maggiore flessibilità in entrata e in uscita, si sarebbe dovuto passare a una maggiore flessibilità interna. La ragione di questo ripensamento appariva, già da allora, evidente: non ci sono (soprattutto in un periodo di crisi) sufficienti risorse per assicurare un vero sostegno al reddito nei periodi di transizione e non ci sono (soprattutto in un periodo di crisi) prospettive di rioccupazione praticabili. Di qui la proposta di politiche di *job retention*, che dovrebbero rafforzare gli elementi di stabilità del rapporto (limitazione dei contratti temporanei) e favorire il mantenimento dell'occupazione (adozione di forme flessibili di organizzazione del tempo di lavoro o riduzione dell'orario di lavoro, flessibilità degli inquadramenti, flessibilità salariale, riduzione del costo del lavoro, politiche attive messe in atto dall'azienda).

Queste critiche generate dalla crisi sono approdate, in qualche caso, a un rifiuto complessivo delle politiche di *flexicurity* (33). In altri casi, si sono tradotte in proposte di una «correzione di rotta» che modifichi le regole e le condizioni d'uso della flessibilità, sia nel senso di rafforzare la continuità e la stabilità del rapporto di lavoro, attraverso politiche di *job retention*, sia nel senso di facilitare le transizioni da un posto di lavoro all'altro, attraverso sistemi di garanzia del reddito in caso di inattività e una rete efficiente di servizi per l'impiego (34).

---

(30) Theodoropoulou 2018, Heyes 2013; per un giudizio più articolato, in relazione al caso tedesco, si vd. Corti 2018, 201 ss.

(31) Muffels *et al.* 2010.

(32) Mandl, Celikel Esser 2012.

(33) Cfr. Auer 2011; in riferimento all'Italia, Loy 2013.

(34) Cfr.: Treu 2017; Caruso 2018; Del Punta 2018.

Il ripensamento critico della *flexicurity* si fonda anch'esso su una nuova narrazione, alla cui base si situa l'individuo e il senso di responsabilità verso se stessi e verso gli altri. Il fondamento «neorepubblicano» di questa posizione è particolarmente evidente nell'attenzione riservata al tema della condizionalità dei diritti di *welfare*, in cui il lavoratore è visto non solo come fruitore di beni-diritti soggettivi, ma anche come soggetto che si impegna a contribuire alla loro produzione (35).

La versione dei mercati transizionali proposta dalla concezione di *flexicurity* in esame si ispira, in parte, all'impostazione del Rapporto Supiot. Al centro c'è sì l'individuo e il mercato, ma è un individuo «*embedded*» in un ciclo di vita e di relazioni (anche di relazioni collettive), e le transizioni non sono da un posto di lavoro all'altro, ma da uno *status* – professionale e non professionale – all'altro, con una elevata attenzione ai profili della formazione e l'adozione di un'ottica di regolazione processuale che presuppone un'integrazione tra diversi attori (pubblici e privati) e livelli (locali e centrali) di regolazione. L'idea di adattabilità si sposa, dunque, con quella di *capability*, con tutti i riferimenti filosofici del caso ad Amartya Sen e a Martha Nussbaum. Rispetto al Rapporto Supiot, permane, tuttavia, una certa indifferenza al lavoro di cura, che a sua volta deriva da una certa indifferenza all'intreccio fra produzione e riproduzione sociale o, per dirla con un linguaggio più aggiornato, fra contratto di genere e contratto sociale (36). Infine, l'idea di responsabilità come virtù civica, che lega il diritto di lavorare e di avere mezzi di sostentamento al dovere di «attivarsi» (37), presuppone l'individualizzazione del rischio e un rapporto di obbligazioni reciproche fra Stato e individui, che nascerebbe, contraddittoriamente, da rapporti di natura contrattuale (così era stato pensato originariamente l'assegno di ricollocazione), e non dallo *status* di cittadinanza.

Queste nuove narrazioni della *flexicurity* soffrono, anzitutto, della critica dei fatti.

Alcune ricerche condotte di recente sulle riforme del mercato del lavoro messe in atto dai paesi membri dell'Unione europea mostrano che i processi di riadattamento hanno comportato, complessivamente, maggiore flessibilità e attivazione e minore sicurezza/protezione (38). Il fatto che la tendenza verso l'attivazione sia stata rafforzata, nonostante i tagli alla spesa pubblica, ha significato che l'attivazione è stata perseguita più attraverso il

(35) Caruso, Cuttone 2015.
(36) Sul concetto si può vedere Barbera 2008, e ivi riferimenti bibliografici.
(37) Caruso, Cuttone 2015.
(38) Theodoropoulou 2018; Schömann 2014.

rafforzamento degli incentivi a trovare un nuovo lavoro che attraverso programmi, più costosi, di riqualificazione. È quanto accaduto anche in paesi come l'Olanda, una volta paese modello della *flexicurity*, dove vi è stato un drastico taglia della spesa pubblica per politiche di attivazione. In questo senso, può dirsi che gli squilibri nella protezione di *insiders* e *outsiders* sono stati affrontati più riducendo la protezione degli *insiders* che non aumentando la protezione degli *outsiders*. Quanto al piano della responsabilità, si è osservato che, in un sistema di condizionalità come il nostro, in cui i benefici hanno una base assicurativa, il lavoratore si è già dimostrato responsabile costruendo una storia contributiva adeguata a reggere il costo e la durata dell'intervento, e non dovrebbe avere altri titoli di merito (39). Tanto più che a questo accentuarsi dei profili della responsabilità individuale del lavoratore si accompagna una progressiva deresponsabilizzazione del datore di lavoro in merito alle sorti individuali dei propri dipendenti (40).

In secondo luogo, queste narrazioni soffrono di critiche di tipo valoriale, che partono dalla concezione del diritto al lavoro come diritto di libertà, non solo in termini di libertà negativa, ma anche in termini di libertà positiva, vale a dire come diritto di rifiutare un lavoro che non sia «decente», «appagante» e «adeguato», senza perdere prestazioni sociali e previdenziali. La base normativa di tale diritto è rintracciabile nelle carte costituzionali e nelle carte sovranazionali di protezione dei diritti fondamentali, e viene più precisamente individuata nei princìpi di non discriminazione, nella protezione della salute e sicurezza nel lavoro, nella tutela del mantenimento dei propri standard di vita personali e familiari, nella tutela delle proprie competenze e del proprio capitale umano, nella salvaguardia della vita personale e familiare (41).

Ovviamente, della nozione di lavoro «decente», «adeguato» e «appagante» si possono dare declinazioni diverse. Quel che si può dire è che la nozione di «offerta di lavoro congrua» utilizzata dalla recente legislazione è una nozione insieme vaga e minimalista, che non tiene conto del tessuto di vicende personali che emergono nelle transizioni da un lavoro all'altro, né si sofferma sui diritti fondamentali in gioco (42). Il che è comprensibile

(39) Orlandini 2015, 75; Balandi 2017, 532.

(40) Ales 2017, 357.

(41) Cfr. Freedland, Counturis 2005, 582.

(42) L'art. 25 del d.lgs. n. 150/2015, a cui rimanda la disciplina sul patto di servizio personalizzato, prevede che «Il ministero del Lavoro e delle politiche sociali provvede alla definizione di offerta di lavoro congrua, su proposta dell'Anpal, sulla base dei seguenti princìpi: a) coerenza con le esperienze e le competenze maturate; b) distanza dal domicilio e tempi di trasferimento mediante mezzi di trasporto pubblico;

se la condizionalità è intesa secondo la concezione circolante nelle istituzioni sovranazionali. Come osservano gli stessi sostenitori di queste politiche di condizionalità, nella visione economicista che l'attraversa, «(c)on la condizionalità si perseguono, infatti, obiettivi di equilibrio economico e di massimizzazione della efficienza di funzionamento delle istituzioni del mercato del lavoro» (43). È meno comprensibile se queste forme di condizionalità vengono descritte, come fa la narrazione in esame, come una riconcettualizzazione, sul piano etico e costituzionale, del dovere di lavorare.

Infine, la concezione di «responsabilità» di fronte al rischio, secondo la quale ciascuno deve essere responsabile per le conseguenze che egli stesso ha provocato, riflessa in modo plastico nella nozione di *disoccupazione involontaria*, soffre della critica già mossa alle politiche di *workfare* clintoniane e blairiane, e cioè di essere una concezione *backword looking and blame-allocating*, vale a dire che guarda soprattutto alle cause che hanno determinato la condizione di bisogno e che genera meccanismi di «colpevolizzazione» (e dunque di stigmatizzazione) dei lavoratori colpiti dalla disoccupazione. Secondo questa prospettiva critica, sarebbero, invece, da preferire forme di responsabilità collettiva (non necessariamente pubblica) *forward looking and task allocating*, che guardano, cioè, al superamento della condizione di bisogno, qualunque ne sia l'origine, e che sono guidate dal principio dell'assegnare un compito a chi è in grado di svolgerlo nel modo migliore. E questo perché tali forme di responsabilità sono in grado di contrastare nel modo più efficace le conseguenze dell'esposizione dei singoli al rischio e al bisogno (44).

6. — *Nuove narrazioni* — Nascono da argomenti simili proposte di politica concorrenti: in particolare la proposta di un reddito di base tendenzialmente universalistico. Questa proposta non riguarda solo i casi di esposizione a rischi involontari o non prevedibili e comunque transitori, come l'essere disoccupato/a, ma anche quelli nascenti da rischi prevedibili e non transitori (o non transitori nel breve periodo), come l'essere occupato/a *e*

---

c) durata della disoccupazione; d) retribuzione superiore di almeno il 20 per cento rispetto alla indennità percepita nell'ultimo mese precedente». L'art. 23, comma 5, lett. *d*, del d.lgs. n. 150/2015, in materia di assegno di ricollocazione, prevede «l'assunzione dell'onere del soggetto di cui al comma 1 di accettare l'offerta di lavoro congrua rispetto alle sue capacità, aspirazioni e possibilità effettive, in rapporto alle condizioni del mercato del lavoro nel territorio di riferimento nonché al periodo di disoccupazione».

(43) Caruso, Cuttone 2016, 14.

(44) Schimdtz, Goodin 1998, specie 152 ss.

povero/a, o anche da rischi scelti, come quelli di sottrarsi a lavoro «indecente» o di sottrarsi al lavoro *tout court* per investire nell'accrescimento del proprio capitale sociale (45). In questa ultima versione, il reddito di base diventa anche una condizione di esercizio della libertà dal bisogno e di diritti che non sono la contropartita di rischi o soggezioni particolari, ma di un universalistico *ius existentiae* (46).

In questo scritto non ci si occuperà di questa diversa narrazione, nonostante essa, in una versione ancora tutta da decifrare, occupi le pagine della cronaca politica. È dubbio che le proposte sul reddito di base possano essere presentate come l'ennesima reincarnazione delle politiche di *flexicurity* (47). Si tratta, in verità, di una narrazione alternativa dell'idea di *welfare* e della stessa idea di cittadinanza democratica.

Il che ci porta a un'ultima riflessione sul potere e sulla funzione delle narrazioni.

In un recente libro dedicato alla *flexicurity*, già citato in precedenza, si contesta con forza l'idea che le politiche del diritto di cui sono espressione le ultime riforme del mercato del lavoro fossero scelte *necessarie* per i Governi che le hanno messe in atto. Non solo: si sostiene che la *flexicurity* ammette una molteplicità di opzioni che rispettino le diversità nazionali, ma la stessa natura *soft* degli strumenti che veicolano la strategia nei sistemi nazionali, pur in presenza degli accresciuti vincoli derivanti dal Patto di stabilità e dalla crisi dei debiti sovrani, fa sì che i legislatori nazionali godano di una ampia discrezionalità, che li rende, in ultima istanza, padroni e responsabili, al tempo stesso, delle proprie politiche (48).

È innegabile che la titolarità delle scelte compiute in materia di lavoro sia da attribuire ai Governi che si sono succeduti in questi anni e alle maggioranze politiche che li hanno sostenuti, e che in molti casi queste scelte riflettano anche propensioni de regolative locali. Ma temo vi sia una sottovalutazione delle diverse forme di «isomorfismo» presenti nelle politiche di *policy transfer* che hanno fatto da veicolo alla *flexicurity*. Con questo temine – isomorfismo –, la letteratura fa riferimento a varie forme di *policy transfer* (49)

---

(45) Per una storia delle radici e degli sviluppi più recenti del tema del reddito di base vd.: Bronzini 2011 e 2017; Granaglia, Bolzoni 2016; Ravelli 2018.

(46) Allegri 2015; Ravelli 2018.

(47) E questo nonostante il collegamento che alcuni documenti delle istituzioni europee e le recenti proposte dell'attuale compagine governativa istituiscono fra reddito di base e politiche attive del lavoro (in questo senso anche Bronzini 2017, 132 ss.).

(48) Corti 2018, 92 e 176 ss.

(49) Cfr. Barbera 2000; Guarriello 2010, 709 ss.; più in generale, sulle politiche di *policy transfer*, Dolowitz, Marsh 2000; Radaelli 2000. Per isomorfismo si intende,

e, in particolare: all'«isomorfismo istituzionale» di tipo mimetico, che entra in gioco quando le istituzioni pubbliche hanno la necessità di assicurarsi legittimazione politica; all'«isomorfismo normativo», indotto dalla pressione di comunità epistemiche; all'«isomorfismo coercitivo», in cui vi è una situazione di dominio di un'istituzione su un'altra. Nel primo caso, l'isomorfismo ha origine da una situazione di incertezza o di mascheramento di una posizione di imprenditore politico, il che rende vantaggioso sostenere che si sta imitando una soluzione di successo perché ci si guadagna in legittimità, in quanto le soluzioni indicate non vengono viste come imposte dall'alto, ma come lezioni impartite dalla prassi. Nel secondo caso, l'isomorfismo è indotto dall'influenza di comunità epistemiche costituite da esperti e tecnocrati che hanno una base cognitiva comune e una legittimazione che deriva dalla loro professionalizzazione. Essi sono spesso i conduttori principali di certi modelli perché agiscono in una forma di collegamento tecnocratico con le burocrazie nazionali e sovranazionali. Infine, nel terzo caso, l'isomorfismo coercitivo nasce dal fatto che si è obbligati a trasferire al proprio interno una certa politica perché è imposta dall'istituzione da cui si dipende in termini di risorse o di finanziamenti.

La forza di queste varie forme di isomorfismo spiega perché, nonostante le caratteristiche dei diversi regimi nazionali mostrino spiccati elementi di *path dependence*, sia possibile intravedere linee e strategie comuni di *flexicurity* nei diversi contesti locali, a prescindere dalle specificità nazionali e a prescindere anche dall'orientamento politico dei vari Governi (in questo campo Governi di sinistra non hanno fatto molto di diverso dai Governi di destra).

La narrazione della *flexicurity* è stata una componente essenziale di queste diverse forme di isomorfismo, sia in quanto forma di conoscenza, di costruzione di significati, sia in quanto modello d'azione che dona legittimazione. Una volta condivise culturalmente, le narrazioni acquistano uno straordinario potere di coercizione (50). È per questa ragione che la costruzione di una narrazione diversa dalla *flexicurity* presuppone che si metta in moto un processo di accumulazione di conoscenze nuove e di costruzione di significati nuovi. Anzitutto, sarebbe necessario liberarsi delle narrazioni autoevidenti, il che richiede un processo culturale di lettura ed elaborazione della realtà meno affidato alle *élites* epistemiche e tecnocratiche, più socialmente condiviso. In secondo luogo, nonostante la dottrina sia una me-

---

in senso ampio, la corrispondenza fra gli elementi di strutture organiche o istituzionali complesse.

(50) Bruner 1991, 19.

scolanza di discorsi descrittivi, valutativi e prescrittivi (51), una dose maggiore di «descrittività» sarebbe comunque desiderabile, se non altro per ritrovare il carattere sperimentale, l'apertura cognitiva e l'ecletticità metodologica che sono stati da sempre le cifre peculiari del diritto del lavoro.

Riferimenti bibliografici

Aa.Vv. (2007), *La* flexicurity *in Europa. Quale «modernizzazione» del diritto del lavoro?*, in *DLM*, 447 ss.

Alaimo A. (2013), *Politiche attive del lavoro, patto di servizio e «strategia delle obbligazioni reciproche»*, in *DLRI*, 507 ss.

Ales E. (2017), *The European Employment Strategy as Enhanced Coordination: A holistic approach to the EU social commitment*, in *European Labour Law Journal*, 122 ss.

Allegri G. (2015), *Per un nuovo garantismo sociale. Una rilettura costituzionale oltre la società salariale*, in *RCDP*, 613 ss.

Auer P. (2011), *La* flexicurity *nel tempo della crisi*, in *DRI*, 37 ss.

Balandi G.G. (2017), voce *Mercato del lavoro (tutele nel)*, in *ED*, 519 ss.

Barbera M. (2000), *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Promodis, Brescia.

Barbera M. (2008), voce *Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro*, in *EGT*, 1 ss.

Benczes I., Szent-iIányi B.S. (2016), *Rising Hopes in the European Economy Amidst Global Uncertainties*, in *Journal of Common Market Studies*, 180 ss.

Boitani A. (2016), *Sette luoghi comuni sull'economia*, Laterza, Bari.

Bronzini G. (2011), *Il reddito di cittadinanza. Una proposta per l'Italia e per l'Europa*, Edizioni Gruppo Abele, Torino.

Bronzini G. (2017). *Il diritto a un reddito di base. Il* welfare *nell'era dell'innovazione*, Edizioni Gruppo Abele, Torino.

Bruner J. (1991), *The Narrative Construction of Reality*, in *Critical Inquiry*, 1 ss.

Caruso B. (2018), *Strategie di flessibilità funzionale e di tutela dopo il* Jobs Act*: fordismo, post fordismo e industria 4.0*, in *DLRI*, 81 ss.

Caruso B., Cuttone M. (2015), *Verso il diritto del lavoro della responsabilità: il contratto di ricollocazione tra Europa, Stato e Regioni*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 283.

Corazza L. (2013), *Il principio di condizionalità al tempo della crisi*, in *DLRI*, 489 ss.

Corti M. (2018), *Flessibilità e sicurezza dopo il* Jobs Act*. La* flexicurity *italiana nell'ordinamento multilivello*, Giappichelli, Torino.

(51) Guastini 1996, 717.

Del Punta R. (2018), *Valori e metodi del diritto del lavoro*, relazione al *workshop* organizzato dal Cnel su «Nuovi orizzonti del diritto del lavoro. Paradigma, attori, regolazione», Roma 19 gennaio 2018, in corso di pubblicazione.
Dolowitz D.P., Marsh D. (2000), *Learning from Abroad: The Role of Policy Transfer in Contemporary Policy Making*, in *Governance*, 5 ss.
Esposito M. (2016), *Servizi e politiche per il lavoro nell'attuazione del* «Jobs Act»*: riforme, vincoli e necessità*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 306.
Freedland M., Counturis N. (2005), *Diritti e doveri nel rapporto tra disoccupati e servizi per l'impiego in Europa*, in *DLRI*, 2005, 557 ss.
Funk L. (2008), *European Flexicurity Policies: A Critical Assessment*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 349 ss.
Granaglia E., Bolzoni M. (2016), *Il reddito di base*, Ediesse, Roma.
Guarriello G. (2010), *Le lezioni apprese dal metodo aperto di coordinamento*, in Ales E. *et al.*, *Lavoro, welfare e democrazia deliberativa*, Giuffrè, Milano, 709 ss.
Guastini R. (1996), *Diritto mite*, *diritto incerto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 513 ss.
Heyes J. (2013), *Flexicurity in crisis: European labour market policies in a time of austerity*, in *European Journal of Industrial Relations*, 71 ss.
Joerges C., Kreuder-Sonnen C. (2016), *Europe and European Studies in Crisis: Inter-Disciplinary and Intra-Disciplinary Schisms in Legal and Political Science, Discussion Paper*, SP IV, 109 ss.
Keune M., Jepsen M. (2007), *Not balanced and hardly new: the European Commission's quest for flexicurity*, in *W.P. Etui for Research, Education and Health Safety*, n. 1.
Loy G. (2013), *Oltre la flessicurezza*, in *RGL*, n. 3, I, 479 ss.
Mandl I., Celiker Esser F. (2012), *The second phase of flexicurity: an analysis of practices and policies in the Member States*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions.
Mariucci L. (2015), *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, in *LD*, 13 ss.
Maselli I. (2015), *Il mistero delle politiche attive*, in *Bollettino Adapt*, reperibile su *http://www.bollettinoadapt.it/il-mistero-delle-politiche-attive/*.
Massimiani C. (a cura di) (2007), *Dal Libro verde sulla modernizzazione del diritto del lavoro alla comunicazione sulla flexicurity*, reperibile su *http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/dossier.htm*.
Meardi G. (2011), *Flexicurity meets State Traditions*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 256 ss.
Morrone A. (2014), *Crisi economica e diritti. Appunti per lo Stato costituzionale in Europa*, in *QC*, 79 ss.
Muffels R.J.A. *et al.* (2010), *The State of Affairs of Flexicurity: a dynamic perspective*. Paper delivered to DG Employment of the European Commission.
Oecd (1994), *The Oecd Jobs Study. Facts, Analyses, Strategies*, Oecd, Paris.
Oecd (2002), *Implementing the Oecd Jobs Strategy: Lessons from Member's Countries Experience*, Oecd, Paris.
Oecd (2013), *Going for Growth, Economic Policy Reforms*, Oecd, Paris.
Oecd (2015), *Economic Surveys: Italy 2015*, Oecd, Paris.

Orlandini G. (2015), *La via italiana alla* flexicurity*: la riforma degli ammortizzatori sociali nel* Jobs Act, in *Questione giustizia*, n. 3.
Radaelli M. (2000), *Policy Transfer in the European Union: Institutional Isomorphism as a Source of Legitimacy*, in *Governance*, 25 ss.
Ravelli F. (2018), *Il reddito minimo. Tra universalismo e selettività delle tutele*, Giappichelli, Torino.
Sartori A. (2013), *Servizi per l'impiego e politiche dell'occupazione in Europa*, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna.
Schimdtz D., Goodin R.E. (1998), *Social Welfare and Individual Responsibility. For and Against*, Cambridge University Press, Cambridge.
Schömann I. (2014), *Labour law reforms in Europe: adjusting employment protection legislation for the worse?*, in *W.P. Etui*, n. 2.
Sciarra S. (2005), *The evolution of labour law* (1992-2003), vol. 1, *General Report*, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, Luxemburg.
Sinn H.W. (2007), *Can Germany be Saved? The Malaise of the World's first Welfare State*, Mit Press, Cambridge (MA).
Supiot A. (1999), *Au-delà de l'emploi: transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe. Rapport pour la Commission des Communautés européennes*, Flammarion, Paris (trad. it. E. Mingione, P. Barbieri, *Il futuro del lavoro*, Carocci, Roma, 2003.
Theodoropoulou S. (2018), *Drifting into labour market insecurity? Labour market reforms in Europe after 2010*, in *W.P. Etui*, n. 3.
Treu T. (2013), *Le istituzioni del lavoro al tempo della crisi*, in *DLRI*, 597 ss.
Treu T. (2017), *Una seconda fase della* flexicurity *per l'occupabilità*, in *DRI*, 597 ss.
Wilthagen T. (1998), *Flexicurity: A New Paradigm for Labour Market Policy Research?*, in *Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (Wzb) Discussion Paper*, FS, Berlin.
Wilthagen T., Rogowski R. (2002), *Legal Regulation of Transitional Labour Markets*, in Schmid G., Gazier B. (a cura di), *The Dynamics of Full Employment: Social Integration through Transitional Labour Markets*, Edward Elgar, Cheltenham, 233 ss.
Wilthagen T., Tros F. (2004), *The concept of «flexicurity»: a new approach to regulating employment and labour markets*, in *Transfer*, 166 ss.

ABSTRACT

L'articolo analizza le politiche di flexicurity *che hanno ispirato le recenti riforme del mercato del lavoro, proponendo di guardare a queste formule non solo come a politiche reali, ma anche come a narrazioni. Ragionare di come una politica viene narrata è non meno importante del ragionare di come una politica viene costruita e attuata, perché la narrazione è anch'essa una forma di conoscenza: una costruzione di significati condivisi che, a sua volta, orienta la prassi politica, dandole legittimità e credibilità.*

L'articolo descrive le varie narrazioni della flexicurity *proposte nel corso del tempo: la narrazione neoliberista di stampo tecnocratico da cui nascono inizialmente le politiche di* flexicurity*; la narrazione compromissoria proposta dalla Commissione europea nei suoi «principi di* flexicurity*»; la narrazione neoindividualista e neorepubblicana che, a partire da un ripensamento critico delle politiche di* flexicurity *già sperimentate, tende oggi a proporsi come nuovo paradigma lavorista. Nella parte finale, il saggio mette in luce come la costruzione di narrazioni diverse dalla* flexicurity *presuppone che si metta in moto un processo di accumulazione di conoscenze nuove e di costruzione di significati nuovi, che tenda a ritrovare il carattere sperimentale, l'apertura cognitiva e l'ecletticità metodologica che sono state da sempre le cifre peculiari del diritto del lavoro.*

Three narratives on flexicurity

The article analyses the flexicurity policies that have inspired the recent labour market reforms by suggesting to look at them not only as real policies, but also as «narratives». Reasoning about how a policy is told as a narrative is no less important than reasoning about how a policy is constructed and implemented. In fact, narrative is a form of knowledge: a construction of shared meanings that, in turn, orients the political action, giving it legitimacy and credibility.

The article describes the various types of narratives of flexibility proposed over time: the neoliberal, technocratic type from which the flexicurity policies were initially born; the compromise narrative proposed by the European Commission in its «principles of flexicurity»; the neo-individualist and neo-republican type that, rethinking critically already tested flexicurity policies, describes itself as a new labour law paradigm. In the final part, the essay highlights how the construction of a different narrative requires the accumulation of new knowledge and the construction of new meanings, aimed at rediscovering the experimental character, the cognitive openness and the methodological eclecticism that have always constituted the peculiar features of labour law.