

# RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

*Fondata da Aurelio Becca e da Ugo Natoli  
già diretta da Luciano Ventura e da Giorgio Ghezzi*

**ANNO LVIII - 2007 - N. 2**

*Trimestrale  
aprile-giugno 2007*

---

---

## **DIRETTORE**

*Piergiovanni Alleva*

## **COMITATO DIRETTIVO**

*Amos Andreoni, Vittorio Angiolini, Bruno Balletti, Marzia Barbera, Vincenzo Bavaro,  
Franca Borgogelli, Umberto Carabelli, Gaetano D'Auria, Antonio Di Stasi,  
Francesco Fabbri, Mario Giovanni Garofalo, Fausta Guarriello, Carmen La Macchia,  
Andrea Lassandari, Gianni Loy, Luca Nogler, Massimo Pallini, Adalberto Perulli,  
Massimo Roccella, Franco Scarpelli, Stefania Scarponi, Valerio Speciale,  
Sergio Vacirca, Bruno Veneziani, Lorenzo Zoppoli*

## **REDAZIONE**

*Andrea Allamprese, Guido Canestri, Carlo de Marchis,  
Lorenzo Fassina, Ginevra Galli, Antonino Sgroi*

## **COMITATO SCIENTIFICO**

*Gianni Arrigo, Gian Guido Balandi, Maria Vittoria Ballestrero, Marco Barbieri,  
Alessandro Bellavista, Paolo Boer, Olivia Bonardi, Franco Carinci,  
Maria Teresa Carinci, Bruno Caruso, Pasquale Chieco, Maurizio Cinelli,  
Franco Coccia, Adolfo Di Majo, Madia D'Onghia, Giuseppe Ferraro,  
Franco Focareta, Fabio Fonzo, Alessandro Garilli, Gino Giugni, Enrico Gagnoli,  
Raffaele Guariniello, Canio Lagala, Mariorosario Lamberti, Alberto Lepore,  
Franco Liso, Salvatore Mazzamuto, Luigi Menghini, Giovanni Naccari,  
Mario Napoli, Angelo Pandolfo, Alberto Piccinini, Andrea Proto Pisani,  
Federico Maria Putaturo Donati, Alessandra Raffi, Carlo Smuraglia,  
Ugo Spagnoli, Patrizia Tullini, Tiziano Treu, Lucia Valente, Roberto Voza*

## **SEGRETERIA DI REDAZIONE**

*Maria Clotilde Domenichini*

*Proprietario ed editore*

Ediesse s.r.l.

Via dei Frentani, 4/A - 00185 Roma

Tel. 06/44870325 - Fax 06/44870335

E-mail: ediesse@cgil.it

Autorizzazione del Tribunale di Roma n. 3848/1954

*Segreteria di redazione*

Via dei Frentani 4/A - 00185 Roma

Tel. 06/44870323 - Fax 06/44870335

E-mail: rgl.redazione@mail.cgil.it

*Ufficio abbonamenti*

Tel. (06) 44870283 - Fax (06) 44870335

Dal lunedì al venerdì 10-13 / 14-16,30

E-mail: ediesse@cgil.it

*Tariffe di abbonamento*

ordinario 80,00 euro; estero 160,00 euro

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.

L'importo dell'abbonamento può essere versato sul conto corrente postale n. 935015, intestato a Ediesse, specificando la causale.

Una copia: 27,00 euro; arretrati: 54,00 euro

*Progetto grafico e fotocomposizione*

EDIESSE

*Stampa*

O.GRA.RO. s.r.l.

Vicolo dei Tabacchi, 1 - 00153 Roma

*Egregio Abbonato,*

*ai sensi dell'art. 10 della legge n. 675/1996 La informiamo che i Suoi dati sono conservati nel nostro archivio informatico e saranno utilizzati dalla nostra società, nonché da enti e società esterne ad essa collegate, solo per l'invio di materiale amministrativo, commerciale e promozionale derivante dalla ns. attività. La informiamo inoltre che, ai sensi dell'art. 13 della Legge, Lei ha il diritto di conoscere, aggiornare, cancellare, rettificare i suoi dati o opporsi all'utilizzo degli stessi, se trattati in violazione della legge.*



Associato all'USPI  
Unione Stampa Periodica Italiana

DOTTRINA

IL TEMA

La riforma del lavoro pubblico

*Lorenzo Zoppoli*

Una riforma che riprende faticosamente il suo cammino 289

*Alessandro Garilli*

La privatizzazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni  
e l'art. 97 Cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi 301

*Alessandro Bellavista*

Lavoro pubblico e contrattazione collettiva 333

*Enrico Maria Mastinu*

Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni regionali  
nel Titolo V della Costituzione 371

*Cinzia De Marco*

La funzione del Comitato dei Garanti nell'ambito  
della responsabilità dei dirigenti pubblici 403

SAGGI

*Carlo Smuraglia*

Il lavoro nella Costituzione 424

*Enrico Gragnoli*

Tempo e contratto di lavoro subordinato 439

## GIURISPRUDENZA

## IL CASO

*Massimo Roccella*

Spigolature in tema di subordinazione. Lo strano caso del sig. B.  
(*Cassazione, 9 ottobre 2006, n. 21646, Sez. lav.*) 131

## OSSERVATORIO

## LA CORTE COSTITUZIONALE

Le decisioni nel trimestre gennaio-marzo 2007

Rapporto di lavoro 149

Sicurezza sociale 163

*A cura di Lorenzo Fassina e Massimo Pallini*

## RAPPORTO DI LAVORO

Corte Costituzionale n. 103 e n. 104 del 2007 165

*Alessandro Riccobono*

Le Sezioni Unite sulle clausole di fungibilità tra mansioni  
considerate equivalenti dalla contrattazione collettiva  
(*Cassazione, Ss.Uu., 24 novembre 2006, n. 25033*) 193

*Mariangela Grasso*

Gli ostacoli all'accesso degli stranieri al lavoro pubblico  
(*Cassazione, 13 novembre 2006, n. 24170, Sez. lav.*) 218

*Antonio Federici*

L'omessa impugnativa del licenziamento:  
quale tutela per il lavoratore?  
(*Cassazione, 12 ottobre 2006, n. 21833, Sez. lav.*) 235

*Annamaria Lucarelli*

Demansionamento, fra onere della prova e patti in deroga  
(*Cassazione, 5 ottobre 2006, n. 21406, Sez. lav.*  
*Cassazione, 10 ottobre 2006, n. 21700, Sez. lav.*  
*Cassazione, 20 ottobre 2006, n. 22551, Sez. lav.*) 243

*Serena Zitti*

Licenziamento illegittimo e indennità di mancato preavviso  
(*Cassazione, 14 giugno 2006, n. 13732, Sez. lav.*) 263

*Micaela Vitaletti*

Definizione e contenuto del «rapporto a progetto»:  
tre anni di esperienza giurisprudenziale  
(*Tribunale Modena, 21 febbraio 2006*  
*Tribunale Milano, 2 agosto 2006*) 271

#### CONTROVERSIE DI LAVORO

*Pasquale Passalacqua*

L'interesse ad agire del dipendente nell'azione  
di accertamento della nullità del trasferimento d'azienda  
(*Tribunale Bologna, 17 ottobre 2005, Sez. lav.*  
*Tribunale Torino, 8 febbraio 2006, Sez. lav.*) 289

#### DIRITTO SINDACALE

*Giorgio Frontini*

Annotazioni sulla applicabilità del Ccnl all'estero  
(*Cassazione, settembre 2006, n. 19424, Sez. lav.*) 297

#### SICUREZZA SOCIALE

*Claudia Ruperto*

Il regime della ripetibilità degli indebiti pensionistici pubblici  
(*Corte Costituzionale, ord. 28 aprile 2006, n. 178*  
*Corte dei Conti, 17 maggio 2006, n. 215*  
*Corte dei Conti, 29 maggio 2006, n. 236*  
*Corte dei Conti, 26 maggio-4 luglio 2006, n. 153*) 303

*Raffaella Cultrera*

Sulla determinazione della retribuzione giornaliera pensionabile  
degli operai agricoli, base di calcolo per la pensione di vecchiaia  
(*Cassazione, 5 febbraio 2007, n. 2377, Sez. lav.*) 324

*Barbara Caponetti*

La nozione giurisprudenziale di imponibile contributivo

(Cassazione, 4 settembre 2006, n. 19023, Sez. lav.

Cassazione, 15 giugno 2006, n. 13791, Sez. lav.

Cassazione, ord. 15 giugno 2006, n. 13791, Sez. lav.)

331

*Daniele Costanzi*

Compatibilità tra le prestazioni di invalidità

ex legge n. 118/1971 e rendita Inail

(Tribunale Bergamo, 6 dicembre 2006, n. 681, Sez. lav.)

345

**DOTTRINA**



*Lorenzo Zoppoli (\*)*

### UNA RIFORMA CHE RIPRENDE FATICOSAMENTE IL SUO CAMMINO

1. — In questo numero della Rivista si affrontano alcuni nodi cruciali, vecchi e nuovi, dell'ampia e articolata riforma del lavoro pubblico, maturata ormai circa 15 anni fa (la prima legge delega, n. 421, è del 23 ottobre 1992). Come si sa, tale riforma ha molto faticato a trovare un assestamento normativo all'altezza dei tempi e una soddisfacente attuazione in ordine all'imponente strumentazione via via prevista. Se si ignora questo percorso, si rischia oggi di tracciare bilanci affrettati e suggerire terapie sbagliate o parziali e foriere di nuovi squilibri. Perciò vale la pena di ripercorrere la strada seguita, seppure in estrema sintesi e con inevitabili semplificazioni, ricordando sempre che il lavoro pubblico è un enorme contenitore istituzionale e concettuale, nel quale coesistono realtà tra loro diversissime, che andrebbero considerate nelle loro peculiari storie istituzionali, politiche, sindacali e normative.

Quanto all'assestamento normativo, bisogna quanto meno considerare che a una «prima privatizzazione» – iniziata con il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, e culminata con l'ultimo di due decreti correttivi, il n. 546 del 23 dicembre 2003 – ha fatto seguito una «seconda privatizzazione», iniziata sulla base dei principi di delega contenuti negli artt. 11, commi 4 e 6, e 21 della legge 15 marzo 1997, n. 59, e proseguita con altri tre decreti legislativi, di cui l'ultimo è il n. 387 del 29 ottobre 1998. Tra queste due stagioni ci sono stati: l'avvio tardivo della prima tornata contrattuale post-riforma (il primo contratto collettivo di comparto, quello dei ministeriali, viene firmato il 16 maggio 1995); la soluzione di una cruciale questione di costituzionalità, riguardante la compatibilità con l'art. 97 Cost. della «privatizzazione» della dirigenza (questione di costituzionalità aggravata dall'originaria scelta legislativa di escludere dalla riforma la dirigenza generale dello Stato), risolta con la fondamentale

---

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

sentenza della Corte Costituzionale n. 313 del luglio 1996; il *referendum* del 1995, che abrogò l'art. 47 del d.lgs. n. 29/93 (nel quale era contenuta una soluzione pavida e vecchia dell'annoso problema della verifica di rappresentatività delle organizzazioni sindacali: in sostanza si perpetuava la cd. circolare Pomicino del 1988), inferendo un *vulnus* gravissimo a un già fragile tessuto regolativo, colmato alla meno peggio da una confusa «nota di indirizzo» del Ministro della funzione pubblica, Frattini, e da un *repechage* unilaterale dei vecchi criteri di selezione delle controparti sindacali da parte dell'Aran; l'avvio di una profonda ristrutturazione del sistema politico-amministrativo all'insegna del «federalismo a Costituzione invariata», sfociato proprio nella legge delega n. 59/97. Se a questo si aggiunge che nella «prima privatizzazione» si era proceduto con cautela estrema anche su altri due punti importantissimi – l'abrogazione di tutta la precedente normativa speciale per i vari settori del lavoro pubblico e il passaggio di giurisdizione, agganciato a una non meglio precisata fase transitoria (v. l'originario art. 68, comma 3) – non si esagera ad affermare che in realtà gli anni dal 1992 al 1998 sono stati soltanto una «prova d'orchestra» generale, tanto coraggiosa quanto sgangherata. Per questo lo spartito originario dovette essere profondamente rivisto.

2. — La «seconda privatizzazione», forte anche del rodaggio quinquennale della prima, parte egualmente all'insegna del coraggio e di un'ambizione riformatrice, se possibile, ancora più grande. All'integrazione *last minute* della delega racchiusa nella legge n. 59/97 – che, nel disegno complessivo del decentramento, aveva inizialmente sottovalutato il problema di una revisione del d.lgs. n. 29/93 – segue una decretazione delegata che ridisegna profondamente la riforma originaria: ne estende la portata soggettiva e oggettiva; articola la disciplina della dirigenza, rendendo più realistica la distinzione tra politica e amministrazione; potenzia e semplifica la contrattazione collettiva; pur mantenendo un Aran centralizzato, introduce i Comitati di settore, specchio di un sistema politico-istituzionale che si apre a un reale policentrismo, almeno regolativo; detta per la prima volta in Italia una normativa su criteri di legittimazione delle rappresentanze sindacali certi e democratici; fissa una *deadline* per l'opera di «ripulitura» della pregressa normativa speciale, ancora per intero affidata alla contrattazione collettiva; indica con nettezza il momento nel quale entra in scena da protagonista il giudice ordinario (luglio 1998), per giunta con alcuni accorgimenti processuali

di grande innovatività e funzionalità (l'art. 68-*bis* del d.lgs. n. 29/93, introdotto dai d.lgs. nn. 80/98 e 387/98).

Questa fase è sicuramente particolare e, forse, irripetibile, sia per la congiuntura politica in cui matura sia per la guida tecnica della riforma. Quest'ultima viene affidata dal Ministro Bassanini a un Massimo D'Antona in splendida forma, lucido e determinato in ogni momento, mai precipitoso o superficiale nei necessari passaggi politico-sindacali. Mentre scrivo, ricorre proprio l'ottavo anniversario del suo assurdo omicidio: e non riuscirò mai a dimenticare i suoi occhi accesi dalla passione per il lavoro di riforma affidatogli; occhi con i quali sembrava offrire e chiedere tutta l'intelligenza di cui poteva essere capace insieme alla squadra di esperti che lo affiancava.

Ma non è con la nostalgia o con il cuore che traccio qualche bilancio: quella fase, ripeto, era speciale, soprattutto per la congiuntura politica e la tensione civile che si ricominciava a respirare. Si lavorava sotto l'egida di una compagine ministeriale che, succeduta a un governo Berlusconi tanto inatteso quanto caduco, costituiva, nel bene e nel male, la prima ripresa della politica come tale in una Repubblica scossa nelle fondamenta da una profondissima crisi istituzionale, economica e finanziaria. Nonostante la paura di molti soggetti di perdere quota, si respirava la voglia di fare riforme serie, che, cioè, incidessero nel tessuto delle istituzioni e che portassero veri benefici ai cittadini, soprattutto a quelli che avevano tirato la cinghia per anni. Insomma, sembrava davvero possibile chiedere di cambiare, dando il meglio delle proprie esperienze, culture, speranze. In quel contesto anche la riforma del lavoro pubblico sembrò poter spiccare il volo con il contributo di tutti, ivi compreso un movimento sindacale chiamato a essere all'altezza delle sue migliori tradizioni riformatrici. Certo, anche in quella fase vi era chi calcolava attentamente la redditività futura di investimenti politici fatti *ob-torto collo*; ma lo sforzo di rendere più coerente e incisiva la riforma del lavoro pubblico era reale, a cominciare dal tentativo di innescare circuiti inediti di reponsabilità che non mortificassero la politica, ma che nemmeno offuscassero il ruolo di una dirigenza rinnovata, autonoma e responsabile, e di un sistema di relazioni sindacali alla ricerca di un baricentro dialettico, non consociativo, bensì propulsivo di equilibri gestionali più efficienti e criteri remunerativi più giusti, incentrati sul riconoscimento del merito e dell'impegno di singoli e di gruppi.

Purtroppo fu un volo breve. Già mentre si completava la seconda privatizzazione, ci si rese conto che molti pezzi mancavano al mosaico: un

mosaico che più ci si sforzava di comporre e più appariva complesso. Il decentramento e l'emergere delle Regioni come delle altre amministrazioni locali (era la «stagione dei sindaci», ma stava per cominciare quella dei «governatori») richiedeva più coraggio riformatore e più rigore finanziario al contempo; l'attivazione della dirigenza imponeva un *self-restraint* alla politica e una strumentazione difficile da progettare e attivare nei tempi giusti in tutte le amministrazioni; la contrattazione non riusciva ad andare avanti con la speditezza e la chiarezza che sarebbero state necessarie, manifestando anche coerenza tra progetti ambiziosi partoriti al centro e prassi di basso profilo perpetuate in periferia.

Ad alcune di queste difficoltà si provò a porre rimedio con ulteriori riforme legislative, come il d.lgs. n. 286/99, che strutturò attentamente i controlli interni e la valutazione della dirigenza, chiarendo alcune ingenuità del d.lgs. n. 29 e inserendo ambiziose novità in tutte le amministrazioni, come l'indirizzo strategico e il controllo di gestione; o come l'attivazione di un ulteriore percorso regolativo che, a partire dalla legge delega n. 50 dell'8 marzo 1999, avrebbe dovuto, nel giro di pochi mesi, condurre a un Testo Unico che razionalizzasse e chiudesse la fase transitoria della riforma avviata già da sette anni, dicendo una parola definitiva sulle residue regole speciali per il lavoro pubblico di ogni ordine e grado, che la contrattazione non aveva voluto o saputo superare. Entrambi i pezzi del mosaico si dimostrarono tra i più complicati. Controlli e valutazione della dirigenza andavano, e vanno, calati nel corpo vivo e nella cultura gestionale di ciascuna organizzazione: e una legge dignitosa (come peraltro è, seppure con qualche tranello, il d.lgs. n. 286) è solo un primissimo passo. Il progetto del Testo Unico post-privatizzazione si rivelò la classica montagna che partorisce un topolino, anche perché, forse, a gestirla non c'era più Massimo D'Antona, che aveva contribuito a idearla, e i sindacati – che, inizialmente non coinvolti, ebbero l'ultima parola, dopo una proroga dei tempi di delega resasi tecnicamente necessaria (contenuta nella legge n. 340/2000) –, dinanzi a un prodotto tecnico rigoroso ma di difficile decifrazione politica (vedilo in *Lav. pubbl. amm.*, 2000, supplemento al n. 2), pronunciarono un drastico *niet* (in realtà c'era poco da decifrare, ma si era rotto l'incantesimo e i sindacati, subodorando la fine del secondo governo D'Alema, logorato dalla sconfitta alle regionali del 2000, non si fidavano né dei politici né dei tecnici che avevano lavorato al Testo Unico, tra i quali c'ero io, ma, soprattutto, l'estroso e imprevedibile Franco Carinci).

Nacque così il d.lgs. n. 165/01: una mera riscrittura del d.lgs. n. 29/93. Tuttavia, benché molto meno utile di un moderno Testo Unico post-privatizzazione, col senno di poi credo che quel decreto abbia assolto almeno a un compito minimo: una sorta di riverniciata alla casa che non si vuole demolire ma nemmeno ristrutturare per bene, non avendo le risorse. Per questo verso una funzione analoga ebbe anche il Testo Unico del 18 agosto 2000 n. 267 (oggi in via di rifacimento), che, pur con alcuni piccoli adattamenti, riconfermò per le autonomie locali le scelte del '97-'98. Così la riforma del lavoro pubblico indossò una nuova veste, almeno formale, che, negli anni immediatamente successivi, le consentì di non apparire del tutto un frutto fuori stagione. Infatti il cambio di stagione era imminente, dal momento che la stessa maggioranza parlamentare, mentre si accingeva ad abbandonare il campo, aprì una nuova fase istituzionale, varando un testo Costituzionale in cui un «federalismo» incompiuto e affrettato alterava profondamente gli equilibri disegnati tra centro e periferia nella Carta originaria.

3. — Con il nuovo governo di centro-destra, entrato in carica nel 2001, si apre un periodo di notevole incertezza. Si poteva infatti pensare che, approvata definitivamente la riforma costituzionale del Titolo V con il *referendum* confermativo (v. la legge 18 ottobre 2001, n. 3), si sarebbe proceduto anche a una profonda rivisitazione della riforma del lavoro pubblico, nel senso di un radicale smantellamento dell'impianto centralista, che, comunque, permaneva pur dopo la seconda privatizzazione. Invece non accadde nulla di tutto questo (addirittura la legge di delega per attuare il nuovo Titolo V della Costituzione fu approvata nel giugno 2003), anche perché, come si sa, il centro-destra puntò su un progetto di revisione costituzionale diverso e assai più ampio, partorito anch'esso a legislatura avanzata e poi bocciato dal *referendum* del giugno 2006.

Il governo Berlusconi generò invece una piccola «controriforma» della dirigenza pubblica, la legge n. 145 del 2002, che tornò essenzialmente sulla già tormentata disciplina della dirigenza, accentuando gli aspetti di contiguità tra politica e dirigenza molto al di là di quanto contenuto nella riforma del '97-'98, fino al punto da far temere, più o meno strumentalmente, una nuova subalternità della seconda alla prima. Continuo a pensare che si sia trattato di un intervento piuttosto limitato e di scarso impatto sotto il profilo tecnico-giuridico (come confermato da una fulminea Cass. 20 marzo 2004, n. 5659, in *Dir. lav. merc.*, 2004, pp. 337 ss., con note di Ales e Corpaci); ma esso, unitamente al-

l'incertezza costituzionale, ha finito per caratterizzare politicamente una stagione delicatissima della riforma del lavoro pubblico, con un ritorno a tutto tondo della politica intenta a rioccupare gli spazi istituzionali in precedenza perduti o ridotti. Giuridicamente quindi una fase inutile, in cui non si è andati avanti, ma si è fatto solo qualche passo laterale: come una danza, magari coinvolgente per alcuni ballerini provetti (giudici e giuristi si sbizzarriscono ad analizzare la portata dello *spoils system* all'italiana), ma sostanzialmente sterile quanto all'impatto applicativo di una riforma che avrebbe invece avuto bisogno di un clima di certezza normativa, fiducia politica e cooperazione, seppure dialettica, tra i vari soggetti (basti al riguardo ricordare le assurde vicende della valutazione della dirigenza scolastica, anche formalmente paralizzata fino al 2004). Quasi tutte le innovazioni della legge n. 145/2002 sono poi cadute sotto la scure della Corte Costituzionale, bollate già con l'ordinanza n. 398 del settembre 2005 (più clemente con la legge n. 145/02 solo perché il governo, intervenendo all'ultimo minuto, aveva reintrodotta con il d.lgs. n. 168/05 il termine di durata minimo per l'incarico dirigenziale) e poi con le sentenze nn. 233/06, 103/07 e 104/07.

Le questioni della dirigenza polarizzano in quel periodo l'attenzione di giuristi teorici e pratici. Ma anche su altri fronti la riforma del lavoro pubblico, mai rinnegata dal centro-destra, conosce nuove difficoltà. Da un lato c'è infatti la cattiva prova dei Comitati di settore, il costante allungamento dei tempi necessari a stipulare i contratti nazionali, il riemergere prepotente delle esigenze di controllo centralizzato della spesa pubblica con il protrarsi del blocco delle assunzioni, l'esuberanza di una contrattazione integrativa inserita in un sistema fortemente regolato ma non governata bene in periferia. Gli ultimi due elementi danno luogo a varie norme delle finanziarie 2005 e 2006 che, alla faccia del federalismo sbandierato, tentano di ricentralizzare e sottoporre a forti controlli la concreta gestione della contrattazione collettiva.

Su un altro versante, cioè quello del lavoro privato, si registrano pure notevoli trasformazioni.

4. — Mentre infatti nel sistema pubblico tornano la politica invasiva e il controllo del governo centrale – che non affossano la riforma, ma le tarpano le ali – parallelamente il diritto del lavoro privato – cioè l'approdo giuridico-istituzionale cui tende la riforma sin dalla nascita (e infatti un altro nome di battesimo della medesima riforma è «unificazione normativa del lavoro») – subisce profonde trasformazioni: alcune so-

lo minacciate altre invece realizzate. Nel ripercorrere le fasi della riforma del lavoro pubblico, non si può infatti dimenticare che gli anni 2001-2003, sotto il profilo sindacale, sono gli anni in cui domina il tema del superamento dell'art. 18 Stat. lav. o, comunque, della profonda flessibilizzazione del lavoro privato. I prodotti più significativi di quella stagione sono il d.lgs. n. 368/01, sui contratti a termine, e il d.lgs. n. 276/03, che ha moltiplicato e complicato la tipologia contrattuale dei rapporti precari. Il secondo più del primo incrocia in modo diretto il processo riformatore del lavoro pubblico e lo incrocia in negativo: nel senso che neanche il legislatore se la sente di coinvolgere il lavoro pubblico in un disegno di flessibilizzazione dagli esiti assai incerti e, probabilmente, tanto faticosi da perseguire quanto poco apprezzabili per clima e cultura organizzativi. Con il d.lgs. n. 276/03, insomma, compare un nuovo freno all'innovazione rappresentato da un improvvido progetto di precarizzazione che invade il punto di approdo della riforma ancora *in itinere*.

La prudenza del legislatore e l'ostilità delle parti sociali non mettono però affatto al riparo il lavoro pubblico dal processo di precarizzazione: semplicemente lo indirizzano verso l'uso di strumenti già esistenti. Il blocco delle assunzioni – secondo una dinamica ben nota – produrrà infatti una notevole espansione delle assunzioni a termine e della stipulazione di contratti di collaborazione coordinata e continuativa; tutti rapporti di lavoro precari che spesso servono a coprire vuoti di organico ed esigenze di nuove ed elevate professionalità (e tardiva è la disciplina vincolistica prevista dall'art. 36, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 165/01, introdotto con il d.lgs. n. 4/06, convertito con la legge n. 80 del marzo 2006). Tutto ciò avviene inoltre mentre i processi di mobilità, che il decentramento avrebbe dovuto innescare, non si riescono a realizzare o si realizzano con grandissimo ritardo e al di fuori di una capacità di programmazione e allocazione rapida e razionale.

Si devono infine aggiungere, per completare il quadro, anche altri due elementi emersi con chiarezza negli stessi anni. Il primo attiene all'esaurirsi della reale capacità riformatrice del sistema politico a livello locale, che, dopo essere stato un «luogo» di attivazione di nuove dinamiche, viene fortemente condizionato dall'esigenza di imboccare percorsi di più sicuro radicamento elettorale e persino di difesa delle posizioni acquisite. Il secondo è che anche l'entrata in scena del giudice ordinario non determina immediatamente una semplificazione degli assetti giuridico-istituzionali: basti pensare alle incertezze sulla qualificazione e sulla

disciplina degli incarichi dirigenziali, alla giurisprudenza della Cassazione sulle progressioni in carriera, alla ricostruzione del complesso quadro legislativo in materia di licenziamento della dirigenza, alla difficile gestione giurisprudenziale di una fase transitoria ricchissima di trabocchetti interpretativi, alla complessa sistemazione di un'inedita disciplina delle relazioni sindacali e della contrattazione collettiva (tutte tematiche affrontate nei saggi che seguono).

5. — Se insomma si vogliono tracciare bilanci, bisogna ammettere che – considerate le turbolenze istituzionali, le brevi fasi di buona progettazione/realizzazione politica (in definitiva poco più di un triennio), le ristrettezze economico-finanziarie, il difficile avvio giurisprudenziale – è quasi un miracolo che la riforma progettata nel '92-'93 stia ancora sostanzialmente in piedi. E anzi abbia prodotto nelle amministrazioni contrattazioni, assetti regolamentari, esperienze applicative che non si vedevano da decenni. Naturalmente con molti limiti di estensione e con grandissimi ritardi, nonché con alcuni nodi di estrema importanza che appaiono ancora irrisolti e sui quali occorre riprendere, anche in fretta, il cammino riformatore (i principali – assetto della dirigenza e nuove forme di garanzia, efficienza del sistema di relazioni contrattuali, definizione delle competenze regionali – sono trattati approfonditamente nei saggi che seguono).

Questo cammino però non si può riprendere partendo dal lato più vecchio e dirompente, come la polemica sui «nullafacenti» promossa nell'estate del 2006. I «nullafacenti» ci sono sempre stati e sempre ci saranno: e, certo, è meglio disfarsene o fare in modo che non condizionino il clima lavorativo e organizzativo. Ma i problemi veri della riforma del lavoro pubblico non sono i nullafacenti (persino se fossero in crescita). I problemi veri derivano dalla buona politica che è evaporata e tarda a ripresentarsi e da alcuni nodi istituzionali che, per quel che ci compete, attendono di essere di nuovo affrontati con un piglio riformatore analogo a quello della fine degli anni novanta. Necessario mi sembra soprattutto il recupero della tensione a creare consenso intorno ai miglioramenti organizzativi e operativi ancora da realizzare in tante amministrazioni e la disponibilità a mettere in comune il meglio di tutti gli attori coinvolti. Sul palcoscenico della riforma non ci sono infatti nemici da buttare giù, ma solo ruoli da distribuire in modo appropriato, in considerazione di professionalità, attitudini e risorse di ciascuno, e chiedendo a tutti di essere coerenti e di

concorrere a trovare i modi per sanzionare, con certezza e rigore, i comportamenti contraddittori, da qualunque parte provengano.

6. — Dalla fine dello scorso anno pare comunque che qualcosa si sia rimesso in moto. La riforma è tornata un tema di attualità, anche perché, contemporaneamente, l'approdo del lavoro privato non sembra più svaporare in una sorta di gran bazar del lavoro nel quale dominano i colori grigio/nero e la precarietà. Anche se non si può ancora dire che siamo agli albori di una «terza privatizzazione», la finanziaria per il 2007 (legge n. 296/06) fornisce elementi sufficienti per segnalare, almeno sul piano delle politiche del diritto, un'inversione di tendenza. Vi si legge, quanto meno, un deciso *stop* alla precarizzazione del lavoro nel privato e nel pubblico (v. art. 1, commi 417 ss., 519 ss. e 1202 ss.) e la volontà di rilanciare la contrattazione proprio nel lavoro pubblico (art. 1, comma 548). Anche se l'ultima norma citata (su cui v. il saggio di Bellavista) interviene sì sulla procedura per l'approvazione dei contratti nazionali con l'intento di accelerarne la stipulazione, ma senza centrare il cuore dei problemi (nulla si dice sui Comitati di settore) e anzi rendendo ancora più confusa la distinzione dei ruoli tra soggetti tecnici (Aran e delegazioni sindacali) e soggetti politici (governo e confederazioni).

In effetti proprio questo sembra il punto dolente che emerge pure dall'«intesa» del 6 aprile 2007 (*ex memorandum*) tra i Ministri Nicolais e Padoa-Schioppa e un ampio schieramento sindacale. Con quel protocollo di sicuro si dà nuovo impulso alla riforma, molto puntando sulla contrattazione, ma in una notevole confusione dei ruoli istituzionali e con scarsa chiarezza su priorità e tempi (come si è poi subito visto dalle difficoltà a dar seguito all'intesa). Questi aspetti richiedono un nuovo impegno politico, legislativo e contrattuale, che attiene alla progettazione e alla normazione – su quest'ultima occorrerebbe il massimo sforzo di chiarezza, poco lasciando a diatribe interpretative/applicative –, ma soprattutto alla coerenza tra progettazione, azione centrale e azione periferica. Insomma nessuno può più permettersi in questa materia «doppie verità», se non si vogliono aprire le porte non solo al vero e definitivo fallimento della riforma degli anni novanta, ma a un destino di progressivo *downsizing* dell'intero apparato pubblico.

Qualcosa di positivo si intravede nell'ipotesi di contratto quadro per la definizione dei comparti di contrattazione per il quadriennio 2006-2009 stipulato il 18 aprile 2007, nel quale si fornisce qualche risposta ai problemi di articolazione del sistema amministrativo, riducendo i con-

tratti di comparto e istituendo una sezione per i dipendenti regionali nel contratto delle autonomie locali (pure di rilievo è l'unanime segnalazione di rivedere l'art. 70 del d.lgs. n. 165/01). Tuttavia sulla struttura della contrattazione occorrerebbe avere maggior coraggio, anche procedendo ad accorpamenti trasversali riguardanti l'ottimizzazione dei servizi forniti da amministrazioni di comparti diversi (qualcosa è anche realizzabile a livello decentrato, come in qualche esperienza in atto, ad esempio in Toscana).

Guardando ad altri versanti, pure si può cogliere qualche elemento positivo. In particolare la Corte Costituzionale, sebbene chiamata in causa fin troppo spesso e in modo assai diversificato da un quadro costituzionale ancora estremamente complesso, sembra orientata a dare un serio contributo di chiarezza ricostruttiva. Infatti le sentenze n. 233/2006 e nn. 103-104/2007 diradano un po' la nebbia accumulata in questi anni in ordine a *spoils system*, valutazione della dirigenza e distinzione di competenze tra Stato e Regioni. Sul primo punto si fissano dei limiti molto netti: non è ipotizzabile, se non per fasce assai ristrette, la decadenza automatica della dirigenza al rinnovo degli organi di governo. Sul secondo punto la Corte sottolinea con decisione l'importanza della valutazione dei risultati perseguiti dalla dirigenza pubblica, il cui funzionamento tempestivo e imparziale è elemento centrale della costituzionalità della nuova disciplina legislativa e contrattuale. Sulla terza intricatissima problematica (su cui v. i saggi di Garilli e Mastinu) la Corte delinea alcune linee di possibile «coesistenza pacifica» tra legislatore statale e legislatore regionale, grazie alle quali le Regioni possono perseguire obiettivi di razionalità organizzativa senza eccessive intrusioni centralistiche (v. anche, oltre le sentenze nn. 233/06 e 104/07, la n. 50/07, con specifico riguardo alla sanità). Certo qualche passaggio argomentativo desta notevoli perplessità: ad esempio quello in cui la sentenza n. 233/06 esclude che la Regione, regolando la decadenza dall'incarico dirigenziale al venir meno del vertice politico, legiferi in materia di «ordinamento civile», di competenza esclusiva del legislatore statale, in quanto si limiterebbe a rinviare al principio secondo cui gli effetti di un contratto cessano quando ne venga meno la causa (c'è da chiedersi: nella specie il venir meno della causa non sarebbe effetto della configurazione *intuitu personae* dell'incarico dirigenziale addebitabile interamente al legislatore regionale?). Ma, tutto sommato, si tratta ancora di tentativi dell'interprete di sopperire a un legislatore oscuro o imprevedente.

In ogni caso se la riforma non è ancora del tutto ripartita, ciò è imputabile, a mio avviso, soprattutto al fatto che ancora mancano: una nuova stella polare, che non può essere il mero aggiustamento della disciplina del lavoro pubblico, meno che mai nella sua versione «punitiva»; il mezzo di trasporto, cioè il politico o i politici che su di essa puntino davvero; e il relativo carburante politico e sindacale (le alleanze), che può alimentarlo.

È probabile che questa volta la stella polare non possa essere neanche il riassetto del sistema politico-amministrativo, bensì l'attivazione di tutti gli strumenti e le risorse utili per dare rilevanza alla qualità dei servizi erogati dal punto di vista del cittadino utente. Lo fa pensare qualche iniziativa del Ministro Nicolais (in particolare la Direttiva «Per una pubblica amministrazione di qualità», del 19 dicembre 2006) e della maggioranza (v. il d.d.l. sulla modernizzazione delle pubbliche amministrazioni, in AC 2161 del 27 gennaio 2007). Ma è una stella polare tanto impegnativa quanto generica. Si attendono perciò precisazioni per renderla davvero utile nel misurare le coerenze di tutti gli attori che si accingono a rimettere le mani nei gangli vitali della riforma del lavoro pubblico: della politica, che non deve pensare a questa materia solo per realizzare risparmi di cassa o scambi di voto o enclaves di fedeli clienti; dei sindacati, che non devono né rincorrere i politici né sfuggire al compito di realizzare sintesi di interessi collettivi nei quali i lavoratori sono anche utenti; degli stessi dipendenti pubblici, che hanno tutto da guadagnare nel puntare sulla propria professionalità; dei cittadini utenti, che devono trovare i modi per essere attivi e non rassegnati all'uso scriteriato delle risorse collettive.

Certo è che, se davvero si vuole mettere al centro una seria misurazione della qualità dei servizi, non c'è altra strada che una valorizzazione nel concreto dell'impegno dirigenziale, delle infrastrutture informatiche e del coinvolgimento dei cittadini come utenti, e non solo come elettori. Va quindi di nuovo contrastata l'autoreferenzialità delle amministrazioni e favorito in ogni modo un approccio gestionale e valutativo fortemente tecnocratico e tecnologico, naturalmente nel quadro di buone relazioni sindacali. A quest'ultimo riguardo c'è da chiedersi se questa fase non si gioverebbe di un alleggerimento del carico rappresentativo delle organizzazioni sindacali, che, almeno a livello periferico, non sembrano oggi più di ieri in grado di dare adeguato peso agli interessi degli utenti, nemmeno quando coincidono con i lavoratori da loro rappresentati. Ma qui si entra nei complessi circuiti della rappresentanza colletti-

va e dei ruoli istituzionali e risaltano con evidenza le carenze, ai vari livelli, di una progettazione politica che tenga presente l'estrema complessità delle nostre società. È fin troppo chiaro che proprio dalla politica bisogna pretendere un nuovo slancio riformatore e la dimostrazione di capacità realizzative tempestive: senza di esse, soprattutto in questa materia, non è pensabile far ripartire circoli virtuosi, ma, al massimo, tenere acceso qualche lampione nella notte.

*Alessandro Garilli* (\*)

LA PRIVATIZZAZIONE DEL LAVORO  
NELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI E L'ART. 97 COST.:  
DI ALCUNI PROBLEMI E DEI POSSIBILI RIMEDI

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La funzione dell'art. 97 Cost. nel contesto della privatizzazione. — 3. La dirigenza: il dibattito sulle garanzie per il conferimento degli incarichi e i limiti allo *spoils system*. — 4. Il licenziamento del dirigente: problemi aperti e prospettive di riforma. — 5. Altri punti di sofferenza: a) reclutamento e carriera; b) i rapporti flessibili. — 6. Osservazioni critiche sulle proposte per risanare la pubblica amministrazione.

1. — *Premessa* — La privatizzazione del pubblico impiego continua a essere oggetto di un'alluvionale e rapsodica produzione legislativa, non sempre coerente con l'impianto originario della riforma, e per lo più indirizzata verso il contenimento e il controllo della spesa mascherati da intenti di razionalizzazione organizzativa. Mosso da questa pur legittima esigenza, il legislatore degli ultimi anni ha però operato allontanandosi dal principio dell'uniformazione tra lavoro pubblico e lavoro privato con una disciplina speciale (ad esempio in materia di rapporti di lavoro flessibili, di contratti a contenuto formativo, di contratti di somministrazione) fortemente criticata.

Un altro filone di intervento ha riguardato la dirigenza, anche qui senza un'organica revisione della materia, ma piuttosto con operazioni contraddittorie sui meccanismi che presiedono alla preposizione agli uffici e sul cd. *spoils system*. Su quest'ultimo, controverso istituto la Corte Costituzionale si è di recente pronunciata, circoscrivendone la portata in modo coerente con il precetto dell'imparzialità dell'azione amministrativa; e così censurando i tentativi messi in atto dal legislatore del 2002 di sbilanciare il rapporto tra dirigenza e potere politico in favore di questo.

Di fronte a tale confusione si spiegano le tensioni che percorrono la giurisprudenza e l'esigenza da molti avvertita di una nuova sistematizzazione dell'intera materia. Fare il punto sullo stato dell'arte può essere pertanto di qualche utilità. Questo breve scritto intende affrontare, sen-

---

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

za presunzione di completezza, alcuni temi al centro del dibattito. Resta fuori dall'analisi la contrattazione collettiva, che costituisce oggetto d'indagine nello scritto di Alessandro Bellavista pubblicato in questo numero della Rivista.

2. — *La funzione dell'art. 97 Cost. nel contesto della privatizzazione* — In primo luogo, il punto nevralgico, non ancora univocamente risolto in dottrina e in giurisprudenza, è quello relativo alle modalità di attuazione nel nuovo sistema dei principi contenuti nell'art. 97 Cost.: vale a dire se ed entro quali limiti il principio di funzionalizzazione dell'agire della p.a. coesista con la privatizzazione del rapporto e la contrattualizzazione delle fonti. Qualche breve considerazione di carattere generale può concorrere a chiarire i termini della questione.

Secondo la risalente lettura tradizionale del pubblico impiego, il vincolo di scopo che caratterizza l'organizzazione amministrativa, indirizzata alla cura di interessi altrui, essenziali per la collettività e quindi generali, informa non solo la specializzazione delle competenze all'interno degli uffici, ma anche il substrato materiale necessario allo svolgimento delle attività pubbliche, e cioè la divisione del lavoro e gli aspetti più significativi del rapporto di lavoro (1).

Così il perseguimento degli interessi generali è stato da sempre affidato a strutture organizzative composte stabilmente e istituzionalmente da una minoranza di persone appositamente reclutate e destinate a questo scopo; di guisa che, secondo l'opinione consolidata, si crea uno stretto nesso tra la struttura organizzativa e la soddisfazione degli interessi generalizzati (2).

Di per sé questa concezione non esclude che l'amministrazione, specie quella erogatrice di servizi, possa essere governata secondo tecniche proprie dell'impresa privata; e infatti non mancò chi, anche a livello politico, già tra il secondo e il terzo decennio del Novecento auspicò un metodo *Taylor* del governo e dell'amministrazione. Insomma lo Stato moderno, «poiché è un'impresa al pari di una fabbrica» deve essere sottoposto alle regole dell'economia. Del resto, anche nel diritto privato si

---

(1) E. Ghera, *Rapporto di lavoro e burocrazia nel pubblico impiego*, in *Riv. dir. lav.*, 1970, I, pp. 144 ss.; M. Rusciano, *L'impiego pubblico in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1975.

(2) G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Cedam, Padova, 1968; M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice delle pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, Milano, 1966.

rinvencono istituti in cui assume rilevanza il nesso tra struttura organizzativa e soddisfazione di interessi generalizzati (3).

Sotto quest'aspetto si può a ragione sostenere che il potere organizzativo è strutturalmente identico (o quantomeno simile) sia nelle imprese sia nelle pubbliche amministrazioni, in quanto in entrambe l'organizzazione, rivolta nel suo insieme al raggiungimento di uno scopo unitario (il profitto, l'interesse pubblico), riguarda l'apparato (aziendale o amministrativo), la gestione del lavoro per il raggiungimento del risultato complessivo, la disciplina dei rapporti di lavoro.

Quindi il potere organizzativo «implica sia decisioni concernenti la struttura, sia decisioni [...] concernenti lo svolgimento delle singole prestazioni» (potere di conformazione della prestazione, potere direttivo, *ius variandi*) (4).

Tuttavia l'amministrazione non è un soggetto economico tenuto al rispetto delle regole del mercato, ma intrinsecamente politico, cioè mosso dall'esigenza di perseguire interessi pubblici. E non è dato presumere che, in assenza di regole giuridiche, prevalga l'interesse a operare per il miglior risultato. Inoltre, accanto all'esigenza di efficienza, si pone la necessità di garantire l'amministrazione dall'ingerenza del potere politico. Da qui la separazione tra governo e amministrazione, introdotta con il principio di auto-organizzazione, il quale però non esclude che gli organi di governo siano anche organi di vertice dell'amministrazione. Da qui, inoltre, il potere di indirizzo e di controllo del Parlamento sulla spesa pubblica.

Il punto cruciale consiste allora nello stabilire il giusto dosaggio di regole giuridiche che garantiscano il funzionamento dell'amministrazione e il raggiungimento degli obiettivi rivolti alla tutela degli interessi pubblici. Ciò con riferimento sia alla natura delle regole sia alla loro quantità. Stella polare che guida il giurista alla ricerca di questo percorso è la Carta costituzionale, la quale indica non solo le garanzie dell'amministrazione nei confronti del governo, ma anche le garanzie della collettività nei confronti dell'amministrazione e pone a canone dell'attività di organizzazione (giuridicamente rilevante) i principi di buon andamento e imparzialità.

---

(3) V. Frosini, *Osservazioni sulla struttura giuridica dell'ufficio*, in *Rass. dir. civ.*, 1964, I, pp. 1940 ss.

(4) C. D'Orta, *Il potere organizzativo delle amministrazioni pubbliche tra diritto pubblico e diritto privato*, in F. Carinci, M. D'Antona (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, *Commentario*, tomo I, II ed., Milano, 2000, pp. 89 ss.

Sia pure nella sua equivocità semantica, il buon andamento non è soltanto una regola formale rivolta alle modalità dell'organizzazione, ma sostanziale dell'azione amministrativa. Vero è che il principio ha radici non giuridiche, e si ispira a criteri tecnici ricavabili dalle scienze aziendali e dalla scienza dell'amministrazione, ma esso ha forti implicazioni giuridiche, indirizzando la discrezionalità legislativa (l'art. 97 Cost. finalizza la riserva di legge al buon andamento e all'imparzialità), l'organizzazione degli uffici e l'attività amministrativa, e infine (ed è questo il punto più controverso dopo la privatizzazione) almeno parte dell'organizzazione del lavoro e della disciplina del pubblico impiego (5).

La dottrina traduce l'espressione con il termine efficienza (6), convenendo che implica «mezzi giuridici elastici per consentire il miglior proporzionamento, al fine stabilito, dell'attività erogata» (7). Si tratta di un'accezione specifica della produttività, collegata non alla produzione di beni e servizi fornita dal singolo lavoratore nell'ambito di un arco di tempo determinato, ma all'ottimale rapporto tra le risorse impiegate e i risultati ottenuti. Di conseguenza, e coerentemente con le argomentazioni della Corte Costituzionale (8), le norme di organizzazione e del rapporto di lavoro non necessariamente devono essere di diritto pubblico.

Vi è dunque un «confine mobile» affidato al legislatore nella scelta tra regime privatistico e pubblicistico per la regolamentazione dell'organizzazione e dei rapporti di lavoro (9). In altri termini, riserva di legge e perseguimento dell'interesse generale non significano riserva assoluta di regime pubblicistico. La Costituzione, infatti, lascia al legislatore, come messo in evidenza da un'attenta dottrina (10), ampia possibilità di scelta del regime giuridico da applicare sia alle materie (o porzioni di materie) che riguardano l'organizzazione amministrativa in senso stretto, sia alla zona grigia che penetra nell'organizzazione del lavoro, sia infine alla disciplina del rapporto.

Tuttavia, l'opzione per il regime di diritto privato deve essere accompagnata da strumenti idonei «per la verifica della corrispondenza

---

(5) G. D'Alessio, *Il buon andamento dei pubblici uffici*, Clua, Ancona, 1993.

(6) M. S. Giannini, *Le incongruenze della normazione amministrativa e la scienza dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, pp. 286 ss.

(7) M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice delle pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, Milano, 1966.

(9) P. Caretti, *Istituzioni di diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 1994.

(10) A. Orsi Battaglini, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1993, pp. 461 ss.

dell'esercizio del potere organizzativo al principio di buon andamento modernamente inteso» (11); vale a dire da meccanismi di controllo e misure di responsabilità diretti a valutare l'attività organizzativa nel suo complesso e a sanzionare gli esiti negativi della gestione e il mancato raggiungimento degli obiettivi predeterminati dall'organo politico. Il controllo di legittimità sugli atti, affidato *a posteriori* al giudice amministrativo (perché quelli preventivi esercitati dalla Corte dei Conti sono stati eliminati dalla legge n. 20 del 1994), cede il passo a controlli rivolti a verificare l'efficienza (anche in termini di qualità dei servizi e delle prestazioni) e il contenimento dei costi pubblici (12). Quanto il sistema predisposto dal legislatore della riforma abbia funzionato lo vedremo in seguito.

Il buon andamento è strettamente connesso con il canone dell'imparzialità (intesa come parità di trattamento o come principio di non discriminazione), la quale non è, a differenza del primo, principio elastico, ma rigido, poiché impone una precisa modalità di esercizio al potere di auto-organizzazione. Si tratta dunque di un limite esterno condizionante il potere amministrativo che interessa soprattutto le amministrazioni autoritative, ma che, con la precedente disciplina di diritto pubblico, e oggi con alcune norme speciali del d.lgs. n. 165 del 2001, si proietta anche nell'amministrazione del rapporto.

La Costituzione, inoltre, pur ribadendo la concezione garantista della burocrazia – in materia di parità di accesso agli uffici pubblici, di concorso pubblico, di organizzazione degli uffici e distribuzione delle competenze e delle responsabilità dei funzionari, di posizione speciale dell'impiegato perché al «servizio della Nazione» e quindi al riparo da interferenze politiche di parte (artt. 51, 97 e 98 Cost.) – postula una lettura coordinata dei principi speciali con l'insieme delle norme che regolano i diritti dei cittadini e dei lavoratori in ordine alla loro partecipazione alla vita politica economica e sociale del paese. Da ciò consegue che un eventuale regime di separatezza del corpo burocratico, vuoi sotto il profilo della scelta della fonte di disciplina, vuoi sotto quello della specialità della normativa, rispetto al lavoro privato, deve risultare giu-

---

(11) A. Corpaci, *La revisione del d.lgs. n. 29 del 1993 con riferimento al sistema delle fonti di regolazione del rapporto di lavoro e dell'organizzazione degli uffici e ai relativi riflessi di ordine giurisprudenziale*, in M. D'Antona, P. Mattini, V. Talamo (a cura di), *Riforma del lavoro pubblico e riforma delle pubbliche amministrazioni (1997-1998)*, Milano, 2001.

(12) Corte Cost. 8 febbraio 1991, n. 60, in q. *Riv.*, 1991, II, p. 129.

stificata dall'esigenza di garantire il raggiungimento dell'interesse pubblico cui l'amministrazione è protesa e di «proteggerne la scelta e le prestazioni da improprie interferenze politiche di parte» (13). Il sistema costituzionale, dunque, non consente una regolamentazione separata del pubblico impiego se non nei punti in cui essa risulti strumentale al perseguimento dell'interesse generale.

È perciò necessaria una verifica sull'essenzialità della disciplina speciale (pubblica o privata che sia) e sulla sua compatibilità, in termini di bilanciamento, con i principi ricavabili da altre disposizioni costituzionali che tutelano il lavoro nelle sue espressioni individuali e collettive. E non solo costituzionali: perché se tra i principi della riforma campeggia quello della riconduzione del rapporto e dell'organizzazione del lavoro al diritto privato, privilegiando la fonte del contratto collettivo (14), tutte le deviazioni rispetto alla disciplina comune vanno sottoposte al filtro dell'art. 97 Cost., e, qualora non risultino giustificate dal perseguimento dell'efficienza e dell'imparzialità, potrà sollevarsi questione di legittimità costituzionale per irragionevolezza della disciplina speciale e incoerenza col sistema.

3. — *La dirigenza: il dibattito sulle garanzie per il conferimento degli incarichi e i limiti allo spoils system* — Il problema della funzionalizzazione ci conduce immediatamente a uno dei nodi più delicati della riforma, la dirigenza. Qui l'aspetto controverso riguarda il rapporto tra (organo di) indirizzo e (soggetto preposto alla) gestione; e ciò sia in ordine al profilo più volte disinvoltamente affrontato dal legislatore (statale in primo luogo, ma anche regionale) del cd. *spoils system*, sia per quanto attiene alle forme e ai modi della preposizione del dirigente alle funzioni, specie se trattasi di funzioni di alta amministrazione. Prendiamo in esame quest'ultimo aspetto.

È fuor di dubbio che l'art. 97 Cost. abbia diretta incidenza sul sistema delineato dal legislatore della riforma per individuare l'oggetto del contratto dirigenziale, oggetto variabile in relazione all'incarico di volta in volta attribuito sulla base di una fattispecie complessa costituita da un provvedimento unilaterale di conferimento e dal successivo contratto a esso collegato. La ragione della scelta operata dal legislatore della riforma

(13) G. Pastori, voce *Burocrazia* (), in *Dig. IV, disc. pubbl.*, II, Torino, 1987, pp. 403 ss.

(14) Corte Cost. 20 luglio 2006, n. 308, vedila in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, pp. 706 ss., con nota di M. Montini; cfr. anche Cass. 5 luglio 2006, n. 14193.

ma – specie di quello che ha dettato le regole della «seconda fase» della privatizzazione – di tenere distinto il contratto di lavoro dirigenziale a tempo indeterminato dall'incarico di funzioni a termine sta infatti nell'esigenza di collegare la logica privatistica con l'attività pubblica dell'amministrazione finalizzata al perseguimento dei principi di buon andamento e imparzialità. Da qui la distinzione di ruoli tra potere di indirizzo, affidato all'organo politico-amministrativo e attività di gestione, assegnata alla competenza della dirigenza, la quale è chiamata a svolgere una duplice funzione: di preposizione alla gestione dei rapporti di lavoro e di esercizio di funzioni pubbliche. La connessione strutturale tra gli organi politici e i dirigenti viene poi realizzata conferendo al primo il potere di preposizione dei secondi agli uffici o ad altri incarichi che, per solito ma non necessariamente, hanno una rilevanza pubblica. Per garantire questa doppia distinzione – indirizzo-gestione, rapporto di lavoro-incarico di funzioni –, e altresì per assicurare l'equilibrio tra efficienza e imparzialità, il legislatore, secondo l'opinione corrente e conformemente all'indirizzo della Corte Costituzionale (ord. 30 gennaio 2002, n. 11), ha dosato le fonti di disciplina private e pubbliche, prevedendo che gli incarichi della dirigenza di vertice (apicale e generale) vadano conferiti con un provvedimento amministrativo che precede il contratto.

Questa tesi è smentita dalla giurisprudenza della Cassazione, ormai consolidata sul punto, e da una parte della dottrina (15) secondo cui l'atto di nomina che precede il contratto avrebbe natura schiettamente privatistica, trattandosi di determinazione di carattere organizzativo gestionale. Tale atto non rientrerebbe tra quelli di macro-organizzazione, ai sensi dell'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001, non riguardando i criteri generali e astratti in materia di configurazione strutturale e di potere conferito ai pubblici uffici, ma la sola preposizione individuale alla funzione pubblica. Cosicché la sfera di potere non deriva direttamente dall'atto di conferimento, ma dalla legge e da atti di formazione secondaria che definiscono la struttura e la funzione dei vari uffici. La distinzione tra macro e micro-organizzazione amministrativa ricondurrebbe pertanto il provvedimento di incarico a un atto unilaterale posto in

---

(15) Cfr. da ultimo, anche per i riferimenti alla dottrina, A. Boscati, *Il dirigente dello Stato: contratto di lavoro e organizzazione*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 231 ss., e per la giurisprudenza Cass. 20 marzo 2004, n. 5659, in *Lav. pubbl. amm.*, 2004, pp. 153 ss., commentata negativamente da F. Carinci, *Privatizzazione del pubblico impiego e ripartizione della giurisdizione per materia (breve storia di una scommessa perduta, ivi*, 2006, pp. 1079 ss.; Cass. 22 febbraio 2006, n. 3880, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 2.

essere con i poteri privati, con la funzione di individuare la durata della preposizione e il contenuto del rapporto; questi elementi sono poi trasfusi senza possibilità di modifiche (*ex lege* n. 145/2002) nel contratto a cui è demandato il solo compito di determinare il trattamento economico. Inoltre alla natura pubblicistica dell'atto osterebbe l'art. 63, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001 che attribuisce al giudice ordinario le controversie relative ai conferimenti, senza distinzione tra controversie aventi a oggetto l'atto e controversie sul contratto: se il primo avesse natura di atto amministrativo, il giudice ordinario eserciterebbe, in dissonanza con i principi generali sul riparto di giurisdizione, il potere di annullamento e non quello di semplice disapplicazione.

La questione ha suscitato forti dubbi perché nessuno degli argomenti portati a sostegno della tesi della privatizzazione del provvedimento d'incarico è risolutivo. Non quello che fa leva sulla distinzione tra macro e micro-organizzazione, perché l'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001 espressamente indica tra i primi «i modi di conferimento della titolarità» degli «uffici di maggiore rilevanza». E neppure l'altro sull'incompatibilità della natura pubblicistica con la giurisdizione del giudice ordinario, smentito dalla Corte Costituzionale con la sentenza 23 luglio 2001, n. 275 (16), che ha negato l'esistenza di una regola costituzionale a favore del riparto di giurisdizione fondato sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi (17).

È certo però che l'opzione interpretativa della Cassazione, a cui ormai si sono conformati i giudici di merito, conduce al rafforzamento del carattere fiduciario dell'incarico. Infatti, la sua (asserita) natura privatistica e il disconoscimento della necessità di porre in essere una procedura comparativa per il conferimento degli incarichi (che una lettura dell'art. 19, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001 avrebbe consentito), rende inapplicabili (ma vedi *infra* il contrario avviso della Corte Costituzionale) al provvedimento le disposizioni sul procedimento amministrativo, in particolare quelle di cui alla legge n. 241 del 1990 (e successive modificazioni), e il controllo di legittimità, specie sotto il profilo dell'eventuale vizio di eccesso di potere.

Da ciò consegue che, secondo siffatta opinione, l'unico controllo possibile sull'esercizio del potere è limitato ai principi di correttezza e

---

(16) Vedila in *Lav. pubbl. amm.*, 2001, pp. 619 ss., con nota di G. D'Alessio, *Incarichi dirigenziali, riparto di giurisdizione e poteri del giudice ordinario*.

(17) Cfr., *funditus*, F. Carinci, *Privatizzazione del pubblico impiego e ripartizione della giurisdizione per materia*, cit., pp. 1049 ss.

buona fede, in ultima analisi ritenuti violati soltanto di fronte a motivi *lato sensu* discriminatori, diretti a favorire arbitrariamente gli interessi di un candidato.

In effetti, anche a volere ritenere che la riforma non ha comportato un arretramento delle soglie di tutela dei dipendenti pubblici, in quanto anche in un contesto privatistico è garantita l'osservanza delle regole sostanziali e procedurali stabilite dalle diverse fonti legali e contrattuali e filtrate attraverso i principi delle clausole generali di correttezza e buona fede (18), nel caso degli incarichi dirigenziali la questione centrale non riguarda la sola garanzia dei diritti dei lavoratori, ma soprattutto l'interesse alla correttezza della scelta in vista della funzione pubblica a cui il dirigente è preposto. Emergono qui tutti i limiti di un controllo esercitato *ex post*, cioè a consuntivo dell'attività svolta, attraverso la valutazione dei risultati raggiunti dai dirigenti, affidati a nuclei la cui composizione dovrebbe garantire la serietà e l'imparzialità dell'esame.

Non solo in concreto il meccanismo ha funzionato poco e male a causa della genericità degli obiettivi indicati nel provvedimento di incarico e del «buonismo» dei nuclei di valutazione, ma anche in astratto il sistema lascia perplessi. Infatti esso postula una democrazia matura in cui la collettività degli elettori sceglie i candidati alle cariche pubbliche sulla base di un programma e li conferma o li sostituisce a seconda che questo sia o non sia stato realizzato. Il rapporto discendente tra corpo elettorale, organi di indirizzo politico-amministrativo e organi di gestione dovrebbe quindi garantire il perseguimento degli obiettivi. Non v'è chi non veda che nel nostro bel paese tale rapporto difficilmente si realizza (soprattutto in quelle sue zone a forte tradizione clientelare).

L'operazione condotta dalla Cassazione sulla base di argomenti controvertibili, poco convincenti e con alcuni salti logici, non trova il conforto della Corte Costituzionale, la quale con tre fondamentali sentenze ha censurato in larga parte i meccanismi di *spoils system* introdotti dalla legge n. 145 del 2002 e da diverse leggi regionali. Prendendo spunto dalle questioni sollevate, la Corte ha indicato i principi fondamentali che governano i rapporti tra potere politico di indirizzo e organo di gestione.

---

(18) C. Zoli, *Subordinazione e poteri dell'imprenditore: privato e pubblico a confronto*, in *Lav. dir.*, 1997, p. 310.

Con le sentenze n. 233 del 16 giugno 2006 (19) e n. 104 del 23 marzo 2007 (20) la Corte ha valutato varie questioni di legittimità delle leggi delle Regioni Calabria, Abruzzo, Lazio e della Regione Siciliana nelle parti in cui prevedono l'estensione più o meno generalizzata della decadenza automatica dagli incarichi dirigenziali al momento della data di insediamento di nuovi organi rappresentativi, precisando che tale meccanismo è legittimo soltanto quando le nomine «riguardano gli organi di vertice degli enti regionali (e i rappresentanti regionali nei consigli di amministrazione degli enti dell'ordinamento regionale), effettuate dagli organi rappresentativi della Regione; esse sono tutte caratterizzate dall'*intuitus personae*, nel senso che si fondano su valutazioni personali coerenti all'indirizzo politico regionale». Si deve trattare perciò di incarichi apicali, i quali soltanto, per la loro contiguità con l'organo di governo, assicurano il rispetto dell'indirizzo politico-amministrativo. In ragione di ciò si giustifica la loro cessazione quando siano stati conferiti dalla precedente Giunta regionale.

Uno dei motivi di impugnazione di queste leggi riguardava la lesione della competenza legislativa esclusiva statale in materia di «ordinamento civile» (art. 117, comma 2, lett. *l*, Cost.), in quanto la decadenza dall'incarico avrebbe inciso sul rapporto di lavoro di diritto privato.

La Corte sottolinea che la disciplina degli incarichi, e quindi lo *spoils system*, riguarda, ai sensi dell'art. 117, comma 4, Cost., «l'organizzazione amministrativa delle Regioni, comprensiva dell'incidenza della stessa sulla disciplina del relativo personale, da esercitarsi nel rispetto dei "principi fondamentali di organizzazione e funzionamento" fissati negli statuti (art. 123 Cost.)». Siamo pertanto nell'ambito della competenza esclusiva, estranea all'obbligo del rispetto dei principi fondamentali disposti dal legislatore statale vincolanti per le Regioni (art. 117, comma 3, Cost.). L'atto del conferimento e quello di decadenza dall'incarico attengono al momento dell'organizzazione e costituiscono provvedimenti amministrativi (ciò non è espressamente detto, ma è implicito nel discorso della Corte), mentre la cessazione degli effetti del contratto non è altro che una conseguenza del venir meno della sua causa, secondo i principi del diritto civile.

---

(19) Vedila in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, pp. 679 ss., con nota di G. L. Gardini, e pp. 692 ss., con nota di R. Salomone.

(20) Corte Cost. 23 marzo 2007, pubblicata, unitamente alla gemella n. 103, in questo fascicolo nella sezione *Giurisprudenza*, p. 165 ss.

La Corte, dunque, aderisce alla tesi della doppia natura della fattispecie complessa costituita dall'atto unilaterale di incarico e dal successivo contratto, e smentisce il diverso avviso della Cassazione.

Altri interessanti elementi di riflessione, che non riguardano la natura dell'incarico, ma la conformità delle procedure per il conferimento dell'incarico ai precetti di cui agli artt. 97 e 98 Cost., si trovano nella fondamentale sentenza n. 103 del 2007, la quale puntualizza, in relazione alle censure di legittimità costituzionale dello *spoils system* previsto dall'art. 3, comma 7, della legge n. 145 del 2002 (nella parte in cui prevede che gli incarichi di funzioni dirigenziali di livello generale cessano il sessantesimo giorno dalla data di entrata in vigore della legge stessa), la necessità di una fase valutativa che sostanzialmente è costituita dal procedimento di responsabilità dirigenziale. La preventiva valutazione (qui dell'operato del dirigente generale, anche in relazione agli obiettivi programmati dalla nuova compagine governativa) «si presenta essenziale per assicurare, specie dopo l'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241 [...] come modificata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, il rispetto del principio del giusto procedimento, all'esito del quale dovrà essere adottato un atto motivato che, *a prescindere dalla sua natura giuridica, di diritto pubblico o di diritto privato*, consenta comunque un controllo giurisdizionale». «Scelte trasparenti e verificabili», precisa la Corte, sono infatti indispensabili per dare effettività «al precetto costituzionale della imparzialità dell'azione amministrativa» posta «alla base della stessa distinzione funzionale tra organi politici e burocratici». Dunque la Corte Costituzionale ribalta la visione di politica del diritto della Cassazione, precisando che il vertice politico istituzionale non può operare alla stessa guisa di un datore di lavoro privato nel disporre la revoca dell'incarico dirigenziale, perché il dirigente pubblico, pur dovendo attuare l'indirizzo politico, è posto al servizio esclusivo della Nazione (art. 98 Cost.) «al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obiettivate dall'ordinamento». Soltanto per gli incarichi di vertice – di segretario generale, capo dipartimento e altri equivalenti – la maggiore coesione con gli organi politici giustifica lo *spoils system* e, secondo noi, conseguentemente potrebbe giustificare maggiore discrezionalità nella scelta del soggetto da proporre all'ufficio, comunque pur sempre adeguatamente motivata.

Se il principio è applicato dalla Corte «a valle», nel momento della cessazione automatica o della revoca prima della scadenza naturale delle

funzioni, *a fortiori* esso deve trovare ingresso «a monte» al momento della scelta del dirigente a cui conferire l'incarico: si tratta infatti di una fase particolarmente delicata in cui il contemperamento tra l'*intuitus personae* e il buon andamento/imparzialità devono trovare sintesi in una valutazione sì fiduciaria, ma «trasparente e verificabile» e che quindi dia conto delle attitudini e capacità professionali del soggetto in comparazione con la platea degli aspiranti.

Se pertanto non si vuole lasciare all'arbitrio del soggetto politico-istituzionale la scelta del dirigente, una possibilità di controllo sui requisiti e le competenze deve essere riconosciuta; e forse sarebbe il caso di pensare di affidare tale compito a un organismo «terzo», una sorta di autorità indipendente, che esprima un giudizio preventivo sulla rosa di candidati, tra i quali poi effettuare la nomina fiduciaria, secondo il modello che è previsto dal d.lgs. n. 502 del 1992 per il conferimento degli incarichi di struttura complessa ai dirigenti sanitari. Qui la commissione di tecnici formula un elenco di idonei dal punto di vista delle qualità professionali, e tra questi il direttore generale sceglie fiduciarmente, ma con atto motivato, il soggetto da nominare. Beninteso, con questo non si vuole affermare che nelle aziende sanitarie il rapporto tra governo regionale e dirigenti di vertice, e tra questi e i dirigenti delle strutture, sia esente da critiche. Anzi, la sanità è il comparto in cui più vistoso è l'intreccio tra interessi politici (di partito e personali), tangenti e gestione del servizio. E la Corte Costituzionale con le citate sentenze n. 233 del 2006 e n. 104 del 2007 è intervenuta per ricondurre la gerarchia fiduciaria tra i diversi soggetti entro limiti accettabili. Ciò che si vuole semplicemente osservare è che una parte di questo modello, con gli opportuni correttivi nella direzione della trasparenza e imparzialità delle procedure, può essere utilizzato anche negli altri comparti e, soprattutto, a differenza del modello originario, anche per la preposizione dei dirigenti a uffici apicali o di livello generale.

Non si può invero riconoscere alla generale selezione concorsuale per l'accesso alla dirigenza una sufficiente capacità valutativa in relazione all'ampia gamma di incarichi che possono essere assegnati. Il correttivo proposto, invece, consentirebbe un più adeguato equilibrio tra imparzialità e buon andamento, da una parte, e fiduciarità, dall'altra, oggi risolto tutto a favore della seconda.

Posta in questi termini la soluzione del problema non è risolta dall'opzione sulla natura dell'incarico. E neppure riprospettando la pubblicizzazione della dirigenza, tutta intera secondo le indicazioni a suo tem-

po formulate da Massimo Severo Giannini (21), o soltanto di quella «alta», come era previsto nella prima fase della riforma. Qui la soluzione al tema si complica a causa delle diversità della dirigenza, la quale non appare affatto monolitica come il legislatore ha inteso configurarla, ma risulta diversamente articolata sul piano funzionale a seconda sia della tipologia degli enti, sia delle posizioni rivestite dai soggetti preposti agli incarichi (dirigenza di vertice legata alle direttive politiche, dirigenza generale, dirigenza preposta a uffici semplici, dirigenza tecnico-operativa nelle diverse articolazioni). La ripubblicizzazione dovrebbe essere, a tutto concedere, solo parziale, limitata alla dirigenza di vertice preposta a funzioni pubbliche e «agli uffici di maggiore rilevanza» di cui parla l'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001 (22). E avrebbe il pregio di sottrarre questa parte della categoria, che rappresenta e agisce da datore di lavoro, dalle pressioni sindacali e dal giogo del contratto collettivo.

Tuttavia il problema del corretto funzionamento non riguarda soltanto l'alta dirigenza burocratica, ma anche quella della seconda fascia e, più in generale, la dirigenza preposta a strutture destinate all'erogazione di servizi alla collettività. Si pensi al caso già ricordato della sanità: qui rileva la tutela del bene salute che può anche richiedere scelte politiche generali e di indirizzo, ma che presuppone poi competenze tecniche specialistiche. Non è immaginabile, perché inopportuno, pubblicizzare anche questa larga fascia; piuttosto il suggerimento è quello di abolire il sistema misto (incarico e contratto) e introdurre elementi procedurali nella fase della scelta, che garantiscano l'equilibrio tra imparzialità/professionalità, da un lato, e fiduciarità, dall'altro. Superata la fase precontrattuale della scelta, va poi data centralità al contratto, che deve tornare a svolgere il ruolo prefigurato dal legislatore prima della riforma del 2002, e garantire l'impegno dell'amministrazione a fornire al dirigente risorse umane e finanziarie in grado di consentire il raggiungimento degli obiettivi concordati (23).

#### 4. — *Il licenziamento del dirigente: problemi aperti e prospettive di riforma* — Il contenzioso sul licenziamento dei dirigenti, pur non assu-

(21) M. S. Giannini, voce *Impiego pubblico (teoria e storia)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970.

(22) In questo senso cfr. M. Rusciano, *Contro la privatizzazione dell'alta dirigenza pubblica*, in *Dir. lav. merc.*, 2005, pp. 621 ss.

(23) Cfr. G. D'Alessio, *La disciplina della dirigenza pubblica; profili critici ed ipotesi di revisione del quadro generale*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, pp. 549 ss.

mendo una consistente rilevanza quantitativa, tuttavia costituisce una casistica non solo maggiore rispetto al passato – a dimostrazione del fatto che la privatizzazione qualche risultato sulla responsabilità per inadempimento e mancato raggiungimento degli obiettivi l'ha ottenuto –, ma anche interessante per le incertezze applicative della disciplina legale e contrattuale.

Il quadro normativo della disciplina della materia non è limpido: esso infatti, per un verso, sembra suffragare la tesi di quanti ritengono la categoria del settore pubblico assimilabile – o addirittura identificabile – a quella del settore privato (24); per altro verso contiene connotati di specialità, che hanno spinto la giurisprudenza della Corte di Cassazione e di alcuni giudici di merito a enfatizzare gli elementi di differenza al di là delle ipotesi espressamente previste fino al punto di spingersi ad applicare la tutela reale in tutte le ipotesi di licenziamento illegittimo, e così parificando i dirigenti agli impiegati. Se quest'orientamento dovesse consolidarsi, si verificherebbe una sorta di ritorno al passato sia pure in un mutato contesto giuridico della materia. Sotto il regime di diritto pubblico, si era attuata, com'è noto, una sorta di scambio politico tra il potere esecutivo e la dirigenza, per cui questa aveva rinunciato all'esercizio delle proprie prerogative ottenendo quale contropartita la garanzia del posto (25). La giurisprudenza (semi-domestica) del giudice amministrativo aveva avallato questo patto, annullando, di solito per vizi di forma, i pochissimi provvedimenti di destituzione o di applicazione della responsabilità dirigenziale prevista dal d.P.R. 30 giugno 1972, n. 748.

Oggi i giudici ordinari si accingono a compiere un'operazione simile: da una parte, infatti, essi accentuano il nesso fiduciario che astringe il dirigente al potere politico, rifiutando il controllo sulla scelta del soggetto cui attribuire la preposizione all'ufficio; dall'altra, quasi per compensazione, offrono al dirigente su un piatto d'argento la

---

(24) Si veda S. Mainardi, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, in F. Carinci e S. Mainardi (a cura di), *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni. Dal modello unico ministeriale ai modelli caratterizzanti le diverse amministrazioni*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 271. Nonché S. Battini, *Il personale*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di Diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, tomo I, II ed., Giuffrè, Milano, 2003, p. 543; L. Zoppoli, *La reintegrazione del dirigente pubblico tra «capriccio degli organi politici» e «giurisprudenza creativa»*, in *Dir. lav. merc.*, 2003, p. 527. Ma si veda anche Pastori, M. Sgroi, voce *Dirigenti pubblici*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, V, Milano, 2001, p. 374.

(25) S. Cassese, *Il sistema amministrativo italiano*, Il Mulino, Bologna, 1983, p. 69.

stabilità reale (26). Con la conseguenza che ci troveremo di fronte a dirigenti reintegrati nel rapporto, ma senza incarico e quindi nullafacenti senza colpa.

La tesi che parifica, quanto agli effetti del licenziamento illegittimo, il dirigente all'impiegato prende le mosse dalla scissione tra l'acquisto della categoria dirigenziale con rapporto a tempo determinato previo il superamento di un concorso o del corso-concorso (27) e l'incarico a tempo determinato delle funzioni; da qui la distinzione tra licenziamento (disciplinare) per giusta causa o privo di giustificatezza (secondo le disposizioni dei contratti di area) e recesso per responsabilità dirigenziale *ex art.* 21, d.lgs. n. 165 del 2001 (mancato raggiungimento degli obiettivi e inosservanza delle direttive ricevute). Afferma la Cassazione che nel secondo caso, pur essendo incrinata «la fiducia nelle capacità manageriali del dirigente», il recesso è consentito solo per le mancanze più gravi e a seguito di un complesso procedimento di accertamento. Vi sarebbe dunque una diversa disciplina rispetto ai dirigenti privati, ai quali si applica l'art. 2118 cod. civ., «in coerenza con la tradizionale stabilità del rapporto di pubblico impiego». E tale diversità emerge anche nelle previsioni dei contratti collettivi di area, i quali per il licenziamento in tronco e con preavviso – vale a dire per giusta causa e validi motivi – applicano il principio della preventiva contestazione e possibilità di difesa secondo il modello dell'art. 7 Stat. lav. e sanciscono la forma scritta.

Fin qui nulla di nuovo, nel senso che è pacifico in dottrina il divieto a favore del dirigente pubblico del recesso *ad nutum* e la prescrizione della «causalità» del licenziamento. Del resto questo principio è affermato anche per dirigenti del settore privato dalla contrattazione collettiva, la quale ha introdotto la regola della giustificatezza del licenziamento, più ampia di quella legale di giustificato motivo soggettivo e rispondente al particolare vincolo fiduciario che lega il dirigente al datore di lavoro (28). E per quanto riguarda il procedimento disciplinare di cui all'art. 7,

---

(26) Cass. 1° febbraio 2007, n. 2233, in *Giust. civ. Mass.*, 2, 2007; Trib. Napoli (ord.) 27 settembre 2006, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, p. 1211, con nota di A. Boscati, *Licenziamento del dirigente pubblico tra diritto vigente e prospettive di riforma*; nonché, nello stesso senso, cfr. Trib. Napoli 7 gennaio 2003, in *DLM*, 2003, pp. 505 ss.; Trib. Milano 1° aprile 2004, in *D&L*, 2004, p. 414; Trib. Roma (ord.), 20 luglio 2000, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 500; Tar Veneto 18 marzo 1999, n. 380, in *Foro amm.*, 2000, I, p. 547.

(27) Cfr. Cass. 12 febbraio 2007, n. 3003 in *Giust. civ. Mass.*, 2, 2007.

(28) Cfr. Cass. 29 gennaio 1999, n. 825, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 208; Cass. 13 marzo 1998, n. 2761, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, p. 582; Cass. 9 giugno 1995, n. 6520, in *Foro it.*, 1996, I, c. 1359, nonché in *Dir. lav.*, 1996, II, p. 252, con nota di Minacci.

cit., commi 2 e 3, la stessa Corte di Cassazione (29), modificando il precedente orientamento (30), ne ha riconosciuto l'applicabilità a tutti i dirigenti, anche apicali, ritenendo, in coerenza con la Corte Costituzionale (31), che la previa contestazione dell'addebito è principio di civiltà giuridica applicabile all'esercizio del potere disciplinare riferito allo svolgimento di qualsiasi rapporto di lavoro subordinato (di diritto privato o di pubblico impiego) ovvero anche autonomo e professionale.

Il cuore dell'argomentazione non sta in questa scontata premessa, *che non conduce di per sé ad alcuna conseguenza quanto agli effetti dell'atto di recesso privo di contestazione*, ma nell'interpretazione dell'art. 51 del d.lgs. n. 165 del 2001. Secondo la Cassazione «l'estensione operata» dal comma 2 della disposizione, si riferisce «anche al rapporto fondamentale di lavoro dei dirigenti pubblici».

Ma la norma non consente questa conclusione, perché si limita a estendere lo Statuto dei lavoratori alle pubbliche amministrazioni «a prescindere dal numero dei dipendenti», e non modifica per il resto il limite soggettivo di cui all'art. 10 della legge n. 604 del 1966. Per pervenire all'applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, la Corte legge l'art. 51 in combinato disposto con l'art. 21 del d.lgs. n. 165 del 2001, che assimilerebbe il rapporto dirigenziale a quello della categoria impiegatizia e pertanto renderebbe non estensibile al primo l'art. 10 della legge n. 604 del 1966. L'accostamento tra le due disposizioni normative è però del tutto arbitrario sol che si rifletta che la responsabilità dirigenziale è istituto tipico ed esclusivo della categoria, dotato di regole proprie non applicabili al licenziamento degli altri dipendenti, né a quello disciplinare dello stesso dirigente. A tale riguardo si è addirittura ritenuto che la responsabilità dirigenziale sia inquadrabile nell'area della responsabilità oggettiva perché indipendente dall'esistenza di un inadempimento colpevole degli obblighi contrattuali e invece ascrivibile al mancato raggiungimento degli obiettivi indicati nel provvedimento d'incarico (32).

---

(29) Cass. 3 aprile 2003, n. 5213, in q. *Riv.*, 2004, II, p. 559, con nota di L. Gaeta; Cass., Ss.Uu., 30 marzo 2007, n. 7880, a quanto consta inedita, ma vedila in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

(30) Cass., Ss.Uu., 25 maggio 1995, n. 6041, in *Foro it.*, 1995, I, p. 1778, con nota di Amoruso, oltre che in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 1749, con nota di G. Pera.

(31) Corte Cost. 30 novembre 1982, n. 204, in *Foro it.*, 1982, I, p. 2981; Corte Cost. 25 luglio 1989, n. 427, in q. *Riv.*, 1989, II, p. 195; Corte Cost. 1° giugno 1995, n. 220, in *Foro it.*, 1996, I, p. 47.

(32) Vedi M. Rusciano, *Spunti su rapporto di lavoro e responsabilità «di risultato» del dirigente pubblico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, pp. 387 ss. In generale, sul regime

Anche se la tesi è discutibile – specie dopo la modifica all'art. 21 introdotta dalla legge n. 145 del 2002 che ha espressamente previsto l'imputabilità al dirigente dell'inefficienza dell'ufficio cui è preposto o della mancata osservanza delle direttive –, dovendo pur sempre applicarsi il criterio della *culpa-diligentia* secondo il parametro dell'art. 1176 cod. civ., nondimeno si tratta di una responsabilità collegata con la funzione precipua del dirigente di ottenere dei risultati dalla gestione delle risorse umane e materiali dell'organizzazione da lui diretta. Nulla a che vedere, dunque, con il rapporto di lavoro impiegatizio. Le garanzie predisposte dalla legge, consistenti nell'affidare la valutazione sulla gestione del dirigente a nuclei tecnici costituiti ai sensi del d.lgs. 30 luglio 1999, n. 286, e, in caso di risultati negativi particolarmente gravi e reiterati, nell'obbligo di acquisire il parere conforme del Comitato dei garanti sulla legittimità della procedura e sul merito del licenziamento che l'amministrazione intenda effettuare, non perseguono lo scopo di rafforzare la tutela individuale. Come ha chiarito la Corte Costituzionale «la previsione di adeguate garanzie procedurali nella valutazione dei risultati e dell'osservanza delle direttive ministeriali» assolve alla funzione di «garantire il rispetto del principio di imparzialità e di buon funzionamento della pubblica amministrazione» (33). L'eccezione è pertanto giustificata dalla necessità di rispettare l'art. 97 Cost. Per le altre ipotesi che possono condurre al licenziamento si ritorna invece al diritto comune.

Giova a questo riguardo citare l'art. 2, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 165 del 2001, che rinvia alle regole contenute nel codice civile e nelle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, «fatte salve le diverse disposizioni contenute nel medesimo decreto», e sancisce il primato della contrattazione collettiva nella regolamentazione dei rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni. L'art. 51, comma 1, espressamente richiama questi principi, e pertanto non è consentito all'interprete dedurre dalle previsioni speciali ulteriori conseguenze relativamente a istituti non espressamente regolati in deroga alla disciplina comune di diritto privato.

Del resto, la contrattazione collettiva di tutte le aree dirigenziali disciplina la materia in sintonia con quanto previsto nel settore privato, e

---

delle responsabilità, v. D. Sorace, *Le responsabilità pubbliche: civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, Cedam, Padova, 1998.

(33) A tal riguardo v. Corte Cost. 16 maggio 2002, n. 193, in *Foro it.*, 2002, I, pp. 2964 ss., con nota di G. D'Auria. Cfr. anche Corte Cost., ord. 30 gennaio 2002, n. 11, cit., e 25 luglio 1996, n. 313, cit.

quindi sancisce la nullità del licenziamento in tutti i casi previsti «dal codice civile e dalle leggi sul rapporto di lavoro dei dirigenti di impresa»; e in particolare se è discriminatorio (con l'applicazione dell'art. 18 Stat. lav.), se privo di giusta causa durante i periodi di sospensione previsti dall'art. 2110 cod. civ., nonché, in considerazione del richiamo alla disciplina comune (art. 2, comma 4, legge n. 604 del 1966), se intimato oralmente (ma il caso è puramente ipotetico nel settore pubblico). A queste ipotesi si affianca quella dell'«annullamento delle procedure di accertamento della responsabilità dirigenziale» (grave e reiterata), e quando il licenziamento per responsabilità dirigenziale non sia stato preceduto o sia difforme dal parere del Comitato dei Garanti di cui all'art. 23 del d.lgs. n. 165 del 2001, in quanto questo costituisce un presupposto per l'esercizio del potere di licenziamento richiesto dalla legge in funzione di garanzia del dirigente (34).

L'illegittimità del licenziamento non direttamente connesso all'incarico ma piuttosto collegato al rapporto di lavoro sottostante, licenziamento per giusta causa – ravvisata dai contratti collettivi in «fatti o comportamenti, anche estranei alla prestazione lavorativa, di gravità tale da essere ostativi alla prosecuzione, sia pure provvisoria, del rapporto di lavoro» – o per valido motivo, comporta invece la condanna alla corresponsione di un'indennità supplementare di un importo equivalente a un minimo di due mensilità e un massimo di ventiquattro, elevabili ulteriormente in considerazione dell'età del dirigente. Solo in via transitoria, in attesa che venisse disciplinata con accordo quadro la procedura di conciliazione e di arbitrato, i contratti avevano esteso l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori al licenziamento ingiustificato. E del pari tutela di tipo obbligatorio dovrebbe ravvisarsi per la violazione delle procedure disposte dal contratto collettivo e dall'art. 55 del d.lgs. n. 165 del 2001. Ciò discende dal consolidato (e controverso in dottrina) orientamento della Corte di Cassazione che, sulla base della distinzione tra sanzioni conservative e sanzioni espulsive, estende a queste ultime il regime del licenziamento applicabile nel caso specifico (è il cd. principio del parallelismo delle tutele).

Dunque la disciplina di legge e di contratto collettivo non sempre estende la tutela reale, o applica il regime della nullità, al licenziamento

---

(34) Cfr. C. De Marco, *La funzione del Comitato dei garanti nell'ambito della responsabilità dei dirigenti*, in questo numero della Rivista; nonché Cass. 20 febbraio 2007, n. 3929, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2.

illegittimo del dirigente. Essa invece segue il diritto comune per l'ipotesi di licenziamento per inadempimenti collegati al rapporto di lavoro e regola in modo speciale il recesso dell'amministrazione per responsabilità dirigenziale.

È certo però che le due fattispecie spesso si confondono, soprattutto se si ritiene che anche nella responsabilità dirigenziale rilevi l'elemento soggettivo del dolo o della colpa. Infatti, se il mancato raggiungimento degli obiettivi «dipenda da negligenza o inerzia del dirigente», tale responsabilità «sarà tutt'uno con quella disciplinare o per mancanze» (35) e dunque essa assorbirà molte ipotesi di giusta causa cd. soggettiva e di giustificata. Con la conseguenza che anche in tali casi, al di là della qualificazione formale del licenziamento, dovrà seguirsi la procedura di cui agli artt. 21 e 22 del d.lgs. n. 165 del 2001.

Di fronte a tale groviglio normativo, determinato soprattutto dalla previsione di due tipologie di licenziamenti con effetti diversi sul rapporto di lavoro qualora riconosciuti illegittimi, si spiega l'operazione manipolatrice del dato normativo da parte della Cassazione, la quale con l'applicazione generalizzata dell'art. 18 Stat. lav. intende porre rimedio a una ritenuta irrazionalità del sistema, per cui un vizio formale del procedimento di responsabilità dirigenziale comporta la nullità del recesso e la continuità del rapporto, mentre l'insussistenza della giusta causa o di una valida giustificazione rende annullabile il licenziamento, ma ne fa salvi gli effetti con l'applicazione soltanto di una sanzione risarcitoria. È lo stesso argomento utilizzato dai giudici per determinare la sanzione in caso di licenziamento disciplinare posto in essere con violazione della procedura. Ma, come abbiamo visto sopra, la tesi non regge a un esame sistematico e funzionale della responsabilità dirigenziale.

Resta comunque il fatto che la legge e la contrattazione non distinguono tra alta e bassa dirigenza così come invece è avvenuto nel settore privato a opera della giurisprudenza, la quale di recente ha modulato le conseguenze del licenziamento illegittimo in relazione alle diverse posizioni dirigenziali, escludendo l'applicazione dell'art. 18 Stat. lav. soltanto al dirigente apicale (36). Com'è noto questa giurisprudenza sposa la concezione elitaria di dirigente *alter ego* dell'imprenditore – fatta propria da Corte Cost., 6 luglio 1972, n. 121 (37) – che però non trova riscon-

---

(35) Cass. n. 3929/2007, cit.

(36) Cass. 22 dicembre 2006, n. 27464, vedila in *Diritto e giustizia*, 2007.

(37) In *Foro it.*, 1972, I, 2730.

tro nella contrattazione collettiva, la quale invece gradua le diverse posizioni. E per eludere il problema della scomposizione della categoria in ordine al trattamento legale la Cassazione fa ricorso in modo improprio alla figura dello pseudo-dirigente. Orbene, se è pur vero che nel lavoro pubblico, a differenza del settore privato, l'appartenenza alla categoria dirigenziale si acquisisce formalmente con l'iscrizione nei ruoli della dirigenza e la stipula del contratto di lavoro (e non con la successiva preposizione all'incarico), e che quindi non si pone un problema di qualificazione (38), tuttavia suscita perplessità la costruzione unitaria della dirigenza quanto alla disciplina in materia di licenziamenti e di sanzioni disciplinari (la contrattazione collettiva esclude quelle conservative). L'ostacolo a regole differenziate, che prevedano per il dirigente minore la reintegrazione nel posto di lavoro nel caso di licenziamento privo di giusta causa o di «giustificatezza», non sta nel fatto che qui la qualificazione formale prevale sulle mansioni effettivamente svolte, ma sulla distinzione e separazione del rapporto di lavoro dall'incarico di funzioni. Posto in questi termini il problema potrebbe risolversi estendendo per via contrattuale la tutela reale e le sanzioni disciplinari conservative ai soli dirigenti di seconda fascia che non siano transitati nella prima ai sensi dell'art. 23, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001 (nel testo modificato dall'art. 14-*sexies* del d.l. 30 giugno 2005, convertito con modificazioni dalla legge 17 agosto 2005, n. 168), e alle figure equivalenti previste nei settori diversi dall'amministrazione dello Stato.

5. — *Altri punti di sofferenza: a) reclutamento e carriera; b) i rapporti flessibili* — Con riferimento al tema delle differenze tra i due rapporti di lavoro, pubblico e privato, e della loro giustificazione sul piano dei principi, un interessante esercizio di verifica può svolgersi con riguardo al reclutamento e alla carriera del personale e alle tipologie flessibili di rapporti di lavoro.

– a. La procedura concorsuale, che il Costituente considera la forma naturale e necessaria di accesso al rapporto d'impiego, è rimasta per volontà del legislatore della riforma attratta nell'area del diritto pubblico e nella giurisdizione del giudice amministrativo. Ciò ha comportato non pochi problemi, sia per l'individuazione del momento in cui il giudice ordinario si riappropria della cognizione delle controversie in materia (39),

(38) P. Tosi, *Dirigenze pubbliche e private*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 67.

(39) Cfr. Cass., Ss.Uu., 8 luglio 2005, n. 14330, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 6, e Cass., Ss.Uu., 28 giugno 2006, n. 14852, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 6; per un caso par-

sia per le interferenze tra il principio del concorso e i meccanismi di progressione consentiti dal decreto legislativo e regolati dalla contrattazione collettiva (40), sia infine per la determinazione della giurisdizione nelle forme di selezione che non prevedono una procedura concorsuale in senso stretto (41).

A seguito di una costante giurisprudenza costituzionale (42), che ha esteso l'obbligo del concorso pubblico alle progressioni verticali di carriera (con la possibilità di riservare non più del 50 per cento dei posti agli interni), sul presupposto delle diverse funzioni che il dipendente è chiamato a svolgere e della necessità della vacanza di posto nella dotazione organica, la Corte di Cassazione, in sede di regolamento di giurisdizione, ha demandato le relative controversie alla cognizione del giudice amministrativo, anche nel caso di concorsi misti (43).

Si è così verificata la sottrazione al giudice ordinario di una materia che riguarda l'amministrazione del rapporto di lavoro (le promozioni). È una crepa nel sistema delineato dalla riforma, sanabile soltanto con un intervento legislativo che ripristini il primato della giurisdizione ordinaria, estendendola a tutte le procedure concorsuali.

Non vi sono al riguardo preclusioni di principio. Non l'art. 97 Cost., che, al fine di garantire la scelta degli aspiranti all'impiego secondo criteri di efficienza (i migliori nell'ambito di una platea la più ampia possibile) e di imparzialità (regole oggettive e trasparenti), impone il principio del concorso pubblico, il quale però, una volta dettate con legge (e con atti amministrativi) le norme generali che devono essere osservate, può essere gestito con i poteri del privato datore di lavoro obbligato a rispettare le regole strumentali stabilite dalle fonti generali in vista dell'interesse finale. Ma, anche a volere mantenere le singole procedure nell'area degli atti amministrativi, e quindi restare nel solco della controversa distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, ritenendo che il

---

ticolare, Trib. Milano, sentenza 27 maggio 2006, n. 1609, e sentenza 22 giugno 2006, n. 1987, in *Riv. imp. pubbl.*, 2006, n. 3, pp. 98 ss.

(40) Tar Lazio, Sez. I, 4 novembre 2004, n. 12370, in *Lav. pubbl. amm.*, 2005, p. 110, con nota di M. Sgroi; Tar Lazio, Sez. II, sentenza 5 giugno 2006, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, p. 907, con nota di L. Sgarbi.

(41) In generale, per tutti i problemi relativi alla giurisdizione, cfr. la rassegna in P. Picone, *Lavoro pubblico e lavoro privato: problemi di giurisdizione. Il punto di vista del giudice ordinario*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, pp. 579 ss.

(42) Da ultimo v. Corte Cost. 9 novembre 2006, n. 363, in *Giur. cost.*, 2006, 6.

(43) Cass. 15 ottobre 2003, n. 15403, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, p. 904, con nota di L. Sgarbi.

singolo vanti soltanto posizioni del secondo tipo nella fase relativa alla scelta del candidati, non per questo si sarebbe costretti a mantenere ferma la giurisdizione del giudice amministrativo. Infatti, il limite ai poteri del giudice ordinario di fronte a un atto amministrativo illegittimo (sancito dall'art. 5 della legge n. 2248 del 1865) non costituisce «una regola di valore costituzionale, che il legislatore sarebbe tenuto a osservare in ogni caso» (argomentando *ex art.* 113 Cost.), potendo questo conferire a tale giudice «il potere di conoscere ed eventualmente annullare un atto della pubblica amministrazione o incidere sui rapporti sottostanti» (44). Semmai la necessità che si pone è di individuare un solo giudice territorialmente competente a sindacare atti che riguardano una pluralità di soggetti (il bando di concorso, la graduatoria ecc.) onde evitare sentenze difformi che determinino disparità di trattamento.

Del resto quest'ultima esigenza si pone anche per l'ipotesi di procedure che non necessitano di una comparazione a seguito di valutazione mediante prove e che perciò sono demandate, secondo la giurisprudenza, alla cognizione del giudice ordinario (graduatorie per incarichi nella scuola, selezione per affidamento di incarichi di dirigente sanitario ecc.).

– b. Sulle tipologie flessibili si è assistito, a far data dalla legge n. 30 del 2003, a una sempre più insistita divaricazione dalle regole generali dettate per il rapporto di lavoro tra privati, per esigenze di contenimento della spesa e di controllo sulle assunzioni (45).

Certo va osservato che la spinta verso la precarizzazione dei rapporti è stata negli ultimi tempi molto forte, anche al di là dei tradizionali comparti dove il fenomeno ha radici antiche e strutturali (ad esempio nella pubblica istruzione il precariato costituisce la via d'accesso ordinaria), rappresentando lo strumento classico per eludere il blocco delle assunzioni, da diversi anni disposto dalle leggi finanziarie, e per garantire gli ordinari servizi. Risulta pertanto giustificato cercare di tenere a freno il fenomeno, riconducendolo entro un alveo fisiologico, median-

---

(44) In dottrina v. A. Garilli, *Le controversie sui concorsi e sulla progressione verticale: riparto di giurisdizione, discrezionalità amministrativa e poteri del giudice ordinario*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003 p. 217. In giurisprudenza cfr. Corte Cost. 23 luglio 2001, n. 275, in *Lav. pubbl. amm.*, 2001, p. 619, con nota di D'Alessio, nonché Corte Cost. (ord.), 23 maggio 2001, n. 165, e Corte Cost. (ord.) 9 maggio 2001, n. 140; vedi a tal riguardo F. Carinci, *Giurisprudenza costituzionale e c.d. privatizzazione del pubblico impiego*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, pp. 499 ss.

(45) Cfr., anche per la bibliografia, S. Mainardi, *Piccolo requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della legge 9 marzo 2006, n. 80*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, pp. 12 ss.

te la previsione di strumenti di monitoraggio e di più rigorose procedure di reclutamento. Meno accettabili però sono gli interventi che direttamente incidono sul rapporto di lavoro, rimodellandone le discipline e introducendo divieti e limiti alle flessibilità contrattuali e gestionali, in modo tale da condizionare l'esercizio del potere organizzativo dirigenziale e comprimere l'autonomia collettiva. Né da parte di quest'ultima è sempre possibile attivare il meccanismo di deroga di cui all'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, concordando una diversa disciplina contrattuale in deroga a quella legale: infatti, la maggior parte delle nuove disposizioni di legge è inserita nell'impianto dello stesso decreto legislativo che attua la privatizzazione, mediante la tecnica dei commi aggiunti agli articoli preesistenti, e quindi assume carattere di norma speciale inderogabile.

L'intervento del legislatore del 2006 ha riguardato in particolar modo i rapporti di lavoro a tempo determinato, sia limitandone il ricorso, sia prevedendone nell'ultima legge finanziaria (legge 27 dicembre 2006, n. 296) la stabilizzazione nell'arco di un triennio, unitamente alla possibilità di trasformazione delle collaborazioni coordinate e continuative in contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Su questo secondo aspetto, rivolto al superamento del precariato cd. storico, serie riserve debbono formularsi, perché ancora una volta si assiste alla vanificazione del principio del buon andamento, con il favorire soggetti che sono stati reclutati talvolta anche senza adeguata selezione a discapito di giovani capaci e meritevoli.

Diverso è il giudizio per quella parte delle modifiche all'art. 35 del d.lgs. n. 165 del 2001 che intendono limitare l'assunzione a tempo determinato «solo per esigenze temporanee ed eccezionali e previo esperimento di procedure inerenti l'assegnazione di personale anche temporanea, nonché previa valutazione circa l'opportunità di attivazione di contratto [...] per la somministrazione a tempo determinato [...] ovvero di esternalizzazione e appalto di servizi».

È evidente la preoccupazione di incrementare nuovo precariato e la speranza di contenere i costi del personale, specie con le esternalizzazioni, perché la somministrazione comporta in realtà costi aggiuntivi determinati dal ricavo delle agenzie. Invece, la critica che è stata formulata a questa modifica alla disciplina, nella parte in cui precisa le causali giustificative dell'apposizione del termine non ci trova concordi.

Invero, piuttosto che un irrigidimento rispetto alla disciplina generale di cui al d.lgs. n. 368 del 2001, la novella risponde alle interpretazio-

ni della Direttiva n. 1999/70/Ce (46) elaborate dalla giurisprudenza comunitaria (sentenza 22 novembre 2005, causa C-144/04, meglio nota come *Mangold*) (47). Ci si riferisce al principio secondo cui i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune di rapporto di lavoro, e alla nozione di «ragioni obiettive», di cui all'art. 5, n. 1, lett. a, della Direttiva, che devono essere ricondotte a «circostanze precise e concrete caratterizzanti una determinata attività»; di tal guisa che questa tipologia contrattuale è volta unicamente a soddisfare fabbisogni di carattere temporaneo e non permanente e durevole. Semmai il problema è quello dell'adeguatezza della sanzione risarcitoria prevista nel settore del lavoro pubblico in luogo della conversione del rapporto a tempo indeterminato, per prevenire il ricorso abusivo a contratti a termine successivi.

La Corte di Giustizia (cfr. sentenza 4 luglio 2006, causa n. 212/04, *Adeneler*; nonché nello stesso senso vedi Corte di Giustizia, sentenza 7 settembre 2006, causa n. 53/04, *Marrosu e Sardino*, e causa n. 180/04, *Vassallo*) (48) si è sostanzialmente conformata sul punto alla sentenza della Corte Costituzionale n. 89 del 2003 (49), la quale ha ritenuto conforme agli artt. 3 e 97 Cost. la differenza di trattamento.

E tuttavia la Corte di Giustizia, pur valutando conforme alla Direttiva e al principio di parità di trattamento e di equivalenza con «situazioni analoghe di natura interna» la previsione di una sanzione risarcitoria, ha rimesso alla valutazione del giudice nazionale l'accertamento dell'adeguatezza dello strumento di cui all'art. 36, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001 per «prevenire e [...] sanzionare l'utilizzo abusivo da parte della pubblica amministrazione di una successione di [...] rapporti di lavoro a tempo determinato» (punto 103, Corte di Giustizia, sentenza 4 luglio 2006, causa n. 212/04; nonché punto 56, Corte di Giustizia, 7 settembre 2006, causa n. 53/04 e causa n. 180/04). Si tratta infatti di interpretazione del diritto interno, su cui non spetta alla Corte pronunciarsi.

---

(46) Cfr. A. Garilli, *Il recepimento della Direttiva sul lavoro a termine nell'ordinamento giuridico italiano*, in A. Garilli, M. Napoli (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 35 ss.; nonché A. Bellavista, *La direttiva sul lavoro a tempo determinato*, *ibidem*, pp. 1 ss.

(47) Vedila in q. *Riv.*, 2, 2006, p. 205, con nota di L. Calafà; nonché in *Dir. lav.*, 1, 2006, II, pp. 16 ss., con nota di A. Riccobono.

(48) Vedile in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, pp. 713 ss., con nota di L. Nannipieri; nonché in q. *Riv.*, 2006, 4, p. 601, con nota di A. Gabriele.

(49) Vedila in q. *Riv.*, 2003, 2, p. 355, con nota di P. Greco.

Si potrebbe allora sostenere che il risarcimento genericamente previsto dall'art. 36 del decreto legislativo citato non presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela del lavoratore, secondo i risultati prescritti dalla Direttiva (art. 2, comma 1), in quanto il danno nel nostro ordinamento non può essere presunto (cd. danno evento), ma deve essere rigorosamente provato, sia pure anche attraverso presunzioni ai sensi dell'art. 2727 cod. civ. ovvero «facendo ricorso, ex art. 115 cod. proc. civ., a quelle nozioni generali derivanti dall'esperienza» (50).

Ne consegue l'opportunità – e forse la necessità – di un intervento legislativo correttivo, che preveda, come nel caso di licenziamento illegittimo, una quantificazione predeterminata del risarcimento, commisurato, ad esempio, al periodo di svolgimento del rapporto.

6. — *Osservazioni critiche sulle proposte per risanare la pubblica amministrazione* — Più in generale, in questi ultimi mesi si insiste sulle inefficienze della p.a., e a tale riguardo sono state elaborate proposte di legge rivolte, da un canto, a ridurre gli oneri burocratici per i cittadini e per le imprese, accelerando il procedimento amministrativo e prevedendo risarcimenti e multe in favore dell'utente e sanzioni pecuniarie per i dirigenti inadempienti, e, dall'altro, a istituire un'autorità indipendente con funzioni di supervisione nella valutazione dell'efficienza degli uffici e del personale, compresi i dirigenti, nonché a favorire la mobilità del personale e i licenziamenti per scarso rendimento.

Invero, la riforma della privatizzazione aveva l'obiettivo primario di «accrescere l'efficienza delle amministrazioni in relazione a quella dei corrispondenti uffici e servizi dei paesi dell'Unione europea...» e di «realizzare la migliore utilizzazione delle risorse umane [...] curando la formazione e lo sviluppo professionale dei dipendenti...». L'idea illuministica, secondo cui la sostituzione del diritto pubblico con il diritto privato avrebbe determinato forti innovazioni nella pubblica ammini-

---

(50) In questi termini, da ultimo, vedi Corte di Cassazione, Ss.Uu., 24 marzo 2006, n. 6572, in q. *Riv.*, 2, 2006, p. 233, con nota di F. Fabbri. Per il caso specifico, nega il diritto al risarcimento del danno sulla base di allegazioni vaghe, indeterminate e del tutto ipotetiche, quali le eventuali occasioni di lavoro a tempo indeterminato che si sarebbero potute presentare, Trib. Marsala, 9 marzo 2007. *Contra*, Trib. Trapani, 26 gennaio 2007, secondo cui lo «strumento sanzionatorio» adeguato, a cui fa riferimento la Corte di Giustizia, postula il diritto al risarcimento del danno senza necessità di prova, da liquidarsi nelle retribuzioni spettanti dalla data di messa in mora alla data della pronuncia (secondo un criterio analogo a quello previsto dall'art. 18 Stat. lav.). Entrambe le sentenze, a quanto consta, sono inedite.

strazione, modificando l'organizzazione del lavoro, migliorando il rendimento dei lavoratori, la qualità dell'attività amministrativa e la gestione dei servizi, è stata purtroppo smentita dai fatti. Anzi, secondo studi recenti, il divario tra l'efficienza della pubblica amministrazione italiana e quella degli altri paesi dell'Europa occidentale si è ulteriormente accentuato. E la responsabilità della situazione, a nostro avviso, dipende in buona parte dal cattivo funzionamento dei meccanismi che sovrintendono alla dirigenza: preposizione agli uffici e ai servizi di soggetti scarsamente competenti o troppo legati politicamente all'organo di indirizzo; incursioni del sindacato sull'autonomia gestionale dei dirigenti; mancanza o estrema genericità degli obiettivi assegnati; sistema dei controlli del tutto inefficiente e comunque tollerante anche a causa della mancanza di una cultura della valutazione. Queste le cause più vistose. Solo alcune di esse vengono affrontate nelle proposte di legge di cui si è detto.

La prima – disegno di legge «in materia di efficienza delle amministrazioni pubbliche di riduzione degli oneri burocratici per i cittadini e per le imprese», approvato dal Consiglio dei ministri il 1° dicembre 2006 –, accanto a interventi di semplificazione e di utilizzo di innovazioni tecnologiche, contiene modifiche alla legge n. 241 del 1990 per rendere più rapidi e certi i tempi dell'azione amministrativa e introduce il diritto dell'utente al risarcimento del danno provocato dall'inservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento oltre alla corresponsione, «a titolo sanzionatorio del mero ritardo», di una somma di denaro in misura fissa ed eventualmente progressiva in relazione agli interessi coinvolti. La disposizione che qui più interessa è contenuta nell'art. 7, il quale, modificando l'art. 21 del d.lgs. n. 165 del 2001 con l'aggiunta del comma 1-*bis*, introduce una nuova ipotesi di responsabilità dirigenziale nel caso in cui, per i provvedimenti che ricadano nella competenza dell'ufficio diretto dal dirigente, si verificano e siano accertate dai nuclei di valutazione gravi e ripetute inosservanze negli obblighi di concludere i procedimenti entro i termini previsti, di non chiedere certificazioni e documenti laddove è ammessa l'autocertificazione, di pubblicizzare l'elenco aggiornato della documentazione richiesta. La sanzione consiste nella perdita in tutto o in parte (a seconda della gravità dei casi) del trattamento economico accessorio. A ben vedere le ipotesi indicate potrebbero ricadere tra quelle già contenute nell'art. 21, cit., e quindi la disposizione sarebbe superflua, se non avesse introdotto una nuova sanzione di tipo economico

che si aggiunge alle precedenti. La reiterata inosservanza di norme a presidio dei diritti dei cittadini all'efficienza dell'amministrazione può infatti sussumersi nelle ipotesi di violazione delle direttive (che in materia verranno impartite) o di mancato raggiungimento degli obiettivi. E quindi sarebbe forse opportuno prevedere espressamente che nelle forme più gravi di disfunzione del servizio oltre alla sanzione tipica vanno irrogate quelle previste dall'art. 21.

La seconda proposta è contenuta in un disegno di legge presentato il 18 dicembre 2006 alla Camera dei deputati (n. 2080) e il 22 dicembre 2006 al Senato (n. 1233), avente a oggetto «Norme in materia di valutazione dell'efficienza e del rendimento delle strutture e dei dipendenti pubblici», e che recepisce in parte le stimolanti (e ovviamente discutibili) riflessioni di un Autore, Pietro Ichino, a cui va riconosciuto il coraggio di avere smosso le acque di un dibattito stagnante sull'irrisolto problema della produttività della pubblica amministrazione. Prendiamo le mosse dall'agile libro di Ichino, che larga eco ha avuto nei media (51).

L'analisi parte dal presupposto secondo cui negli uffici la pubblica amministrazione non riesce a conseguire gli obiettivi che dovrebbero essere prefissati, a causa di un sistema nel quale manca un effettivo accertamento delle responsabilità e invece prevale una sorta di lassismo nella gestione dei rapporti di lavoro. I dirigenti non sono in grado di controllare i dipendenti perché, nel caso in cui il licenziamento dovesse essere annullato dal giudice, andrebbero incontro alla responsabilità amministrativa e contabile che li scoraggerebbe dall'esercitare il proprio potere. Eliminato il dirigente come punto centrale dell'attività di controllo del personale, si propone di costituire organismi indipendenti di valutazione (Oiv) in luogo dei nuclei di valutazione previsti dal d.lgs. n. 286 del 1999. Essi dovrebbero individuare parametri di efficienza ed efficacia/produttività in tutti gli uffici ed effettuare una valutazione del rendimento delle diverse strutture e dei singoli dipendenti.

La tesi intende trasferire i concetti di efficienza e di efficacia dall'intera struttura al singolo dipendente. Gli Oiv infatti dovrebbero esprimere un giudizio di merito sulle capacità professionali dei singoli, suddivisi in due categorie, a cui corrispondono due elenchi: il primo di dipendenti individuati sulla base di macroscopici inadempimenti (i «nullafacenti dolosi»), le cui *performances* sono pari o vicine allo zero (facen-

---

(51) P. Ichino, *I nullafacenti. Perché e come reagire alla più grave ingiustizia della nostra pubblica amministrazione*, Mondadori, Milano, 2006.

do ricorso al cd. *Elefant test*); e il secondo di lavoratori che hanno riportato un indice insufficiente sulla base di un criterio di normale diligenza e buon funzionamento (i lavoratori scarsamente produttivi).

Costruiti i due elenchi, si può provvedere alla riduzione degli organici. Una legge dovrebbe affidare per alcuni anni a un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri il compito di indicare per ciascun comparto la percentuale di riduzione del contingente totale, sulla base delle valutazioni dei rispettivi Oiv, in modo che il numero dei licenziamenti risulti non superiore al numero dei dipendenti indicati nel primo elenco e comunque non superiore all'uno per cento dell'organico complessivo nell'arco di un anno. L'organo direttivo del comparto procede poi al licenziamento dei soggetti che non abbiano i requisiti minimi fino alla concorrenza della percentuale fissata dal governo secondo un ordine determinato dall'anzianità e dal carico di famiglia. Per gli iscritti nel secondo elenco dovranno invece essere previsti disincentivi economici e procedure di mobilità.

La proposta mira a creare un sistema speciale nel settore del pubblico impiego, facendo applicazione di una tesi già sostenuta dall'Autore, che riconduce il cd. scarso rendimento non a un'ipotesi di giustificato motivo soggettivo, ma a un legittimo motivo economico di licenziamento valutato sulla base dell'interesse dell'imprenditore a eliminare un costo-opportunità: «il minor rendimento di un lavoratore rispetto a un altro» può giustificare il licenziamento «quando la differenza supera una soglia, oltre la quale il costo-opportunità costituirebbe una perdita non ragionevolmente accollabile all'impresa» (52). Certo nel caso specifico lo scarso rendimento «oggettivo» non comporta l'automatico licenziamento, ma la messa in mobilità del dipendente, e solo in caso di esito negativo di questa la cessazione del rapporto di lavoro. E tuttavia la *ratio* non cambia in quanto nel sistema prefigurato si confondono momenti di responsabilità individuale imputabili al singolo e momenti di responsabilità collettiva addebitati anche a carenze strutturali e di gestione; e ciò determina una confusione tra quelli che sono i principi posti alla base del licenziamento individuale con i principi che riguardano la mobilità e il licenziamento collettivo per riduzione di personale.

È noto che la teoria dell'Autore sullo scarso rendimento non ha avuto seguito in dottrina e in giurisprudenza perché ritenuta in contrasto con il dato positivo, che conosce come sola ipotesi di rilevanza dell'ina-

---

(52) P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, III, Milano, 2003, p. 446.

dempimento incolpevole l'impedimento oggettivo della prestazione ai sensi dell'art. 1464 cod. civ., e quindi richiede la perdita totale dell'interesse del datore di lavoro alla prestazione. La giurisprudenza ha infatti precisato che il rendimento lavorativo inferiore al minimo contrattuale «non integra *ex se* l'inesatto adempimento che, a norma dell'art. 1218 cod. civ., si presume fino a prova contraria imputabile a colpa del debitore, dato che [...] il lavoratore è obbligato a un *facere* e non a un risultato, e l'inadeguatezza della prestazione resa può essere imputabile alla stessa organizzazione dell'impresa o comunque a fattori non dipendenti dal lavoratore». Da ciò consegue che lo scarso rendimento può essere fatto valere solo come giustificato motivo soggettivo di licenziamento, e richiede pertanto la prova, a carico del datore di lavoro, non soltanto del mancato raggiungimento del risultato, ma del notevole inadempimento (colpevole) degli obblighi contrattuali.

Del pari discutibile è innestare in una procedura di mobilità collettiva elementi che riguardano la persona del lavoratore, individuando i soggetti da porre in disponibilità mediante una valutazione che tenga conto dell'inadempimento colpevole della prestazione o della scarsa produttività del dipendente oggettivamente considerata. È palese la violazione del divieto, sancito dalle Direttive comunitarie in materia di licenziamenti collettivi (53) – ma il principio è estensibile alla mobilità collettiva in considerazione dell'*eadem ratio* –, di scegliere i lavoratori sulla base di criteri soggettivi. Inoltre la previsione di regole speciali non trova legittimazione nell'art. 97 Cost. che, come già ricordato, nel proclamare il principio di efficienza/produttività, non si riferisce al singolo lavoratore ma alla gestione complessiva dell'attività amministrativa.

Il disegno di legge si muove su questa linea, e intende migliorare il sistema di valutazione dei rendimenti, intervenendo su tre istituti tra loro connessi: i controlli interni, la responsabilità dei dipendenti, le retribuzioni. In primo luogo viene istituita un'Alta autorità – nominata con decreto del Presidente della Repubblica a seguito di una procedura che garantisce l'indipendenza dei suoi componenti –, dotata di autonomia organizzativa e contabile, e che opera con indipendenza di giudizio e di valutazione. L'Autorità assorbe le funzioni di tre uffici: l'Alto commissario

---

(53) Direttiva 17 febbraio 1975, n. 129, Direttiva 24 giugno 1992, n. 56, e Direttiva 20 luglio 1998, n. 59. In dottrina cfr. M. Biagi, *Vecchie e nuove regole in tema di licenziamenti collettivi: spunto comunitari e comparati*, in *Dir. rel. ind.*, 1992, 2, p. 151; nonché M. Marinelli, *I licenziamenti per motivi economici*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 116 ss.

per la prevenzione della corruzione, il Comitato tecnico scientifico di cui al d.lgs. n. 286 del 1999 e il Comitato dei Garanti. La disciplina del sistema di valutazione del rendimento del personale e degli uffici pubblici è poi demandata a decreti legislativi che dovranno, tra l'altro, prevedere: l'obbligo di valutazione per tutto il personale (e non per i soli dirigenti); la ridefinizione degli uffici per il controllo di gestione con garanzia dell'accesso alle associazioni di consumatori e utenti a tutti i dati sui quali si basa la valutazione, il conferimento all'Agenzia di una funzione di supercontrollore con possibilità di procedere a ispezioni e segnalazioni. Riprendendo la tesi di Ichino, sulla base delle segnalazioni pervenute dall'Agenzia, le amministrazioni dovranno individuare il personale «in esubero o la cui prestazione non risulti adeguata alle esigenze dell'amministrazione» e quello «le cui prestazioni siano di nullo o scarso rendimento» per «grave e colpevole inefficienza ovvero» per «violazione degli obblighi individuali». Per questi ultimi casi si procederà direttamente al licenziamento per giustificato motivo, mentre per i primi scatterà il collocamento in disponibilità (con la conservazione della sola retribuzione fissa) seguito da mobilità e riqualificazione e risoluzione del rapporto in caso di rifiuto del trasferimento. Per i dipendenti oggettivamente improduttivi è fatto altresì divieto di attribuire «aumenti retributivi di qualsiasi genere». Il disegno di legge dovrebbe rafforzare i poteri del dirigente, limitandone la responsabilità civile per la decisione di avviare il procedimento disciplinare (e quindi anche per il licenziamento poi riconosciuto illegittimo) ai soli casi di dolo o colpa grave, ma lo sanziona con la perdita dell'indennità di risultato in mancanza di una valutazione del personale corrispondente agli indirizzi e ai criteri definiti dall'Autorità e dell'intero trattamento accessorio (quindi anche dell'indennità di posizione) se non abbia aperto il procedimento disciplinare nei confronti dei dipendenti colpevolmente inefficienti.

La proposta è certamente condivisibile nella parte in cui intende porre rimedio alle inefficienze attuali dei controlli, oggi largamente auto-referenziali, mediante la costituzione di un'autorità indipendente con il compito di diffondere e imporre sistemi di valutazione in linea con i modelli di maggior successo a livello internazionale. Ma non sfugge ai rilievi già segnalati sulla doppia configurazione dello scarso rendimento. Inoltre lascia perplessi il conferimento all'Agenzia delle funzioni del soppresso comitato di cui all'art. 22 del d.lgs. n. 165 del 2001, in quanto l'organo assume l'inconciliabile veste di controllore e di garante del corretto accertamento in concreto della responsabilità dirigenziale.

Resta infine il ragionevole dubbio sull'adesione al progetto da parte delle organizzazioni sindacali. E invero il *memorandum* d'intesa «per una nuova qualità dei servizi e delle funzioni pubbliche» sottoscritto con il governo il 6 aprile 2007 (54), contiene sì alcune petizioni di principio sull'esigenza di una profonda riorganizzazione, ma ne rimette le misure ai contratti collettivi. E in ordine alla questione fondamentale dell'autonomia dei dirigenti nell'attività di organizzazione e gestione, il documento, se per un verso auspica che l'affidamento degli incarichi avvenga attraverso procedure negoziali improntate a principi di trasparenza e pubblicità e che lo *spoils system* sia rigorosamente limitato – come del resto già statuito dalla Corte Costituzionale – alle figure apicali e a quegli incarichi fiduciari in cui possono essere chiamati anche esterni all'amministrazione, per altro verso afferma che «la riorganizzazione degli uffici pubblici che comporti nuovi riparti delle funzioni [...] avverrà con il coinvolgimento delle organizzazioni sindacali» e che «le riorganizzazioni interne ai dipartimenti [...] saranno oggetto di preventiva informazione e concertazione». Come dire, il dirigente resta sorvegliato speciale e condizionato nelle scelte organizzative. Altro che ruolo più incisivo e responsabile nella gestione delle risorse!

In attesa che i progetti facciano il loro corso – se mai riusciranno ad andare in porto – qualche risultato utile potrebbe conseguirsi anche con le regole legali vigenti.

In particolare, l'applicazione della disciplina sui licenziamenti è più che sufficiente per contrastare la piaga dello scarso rendimento, se ovviamente si vuole davvero reprimere il fenomeno. Da un punto di vista normativo le uniche modifiche necessarie riguardano i codici disciplinari, improntati a un malinteso garantismo e quindi troppo permissivi. Invero, l'«insufficiente rendimento rispetto ai carichi di lavoro e comunque nell'assolvimento dei compiti assegnati» dà luogo a modeste sanzioni conservative, che diventano più gravi nei casi di recidiva, ma che soltanto dopo due anni di «comportamenti attestanti il perdurare della situazione» possono dare luogo al licenziamento con preavviso. Non v'è dubbio che si tratta di una previsione troppo macchinosa e lunga, e in cui vi è un consistente sbilanciamento tra la tutela di un dipendente gravemente colpevole di inadempimento (per violazione dell'obbligo di diligenza) e l'interesse pubblico all'efficienza e al buon anda-

---

(54) F. Carinci, *Di buone intenzioni è lastricata la via dell'inferno*, in *Lav. pubbl. amm.*, 6, 2006, p. 1043.

mento dell'amministrazione. L'esigenza di una modifica del codice si impone; anche perché, secondo i giudici, quando il contratto collettivo prevede sanzioni disciplinari conservative non è consentito apprezzare la condotta del lavoratore come causa che legittimi il licenziamento da parte del datore di lavoro (55).

Un altro istituto assai importante, e fin qui negletto, è rappresentato dalla mobilità del personale, ovviamente quella di ufficio perché quella a domanda è di fatto oggi l'unica praticata. Solo di recente, con le modifiche apportate all'art. 6 del d.lgs. n. 165/2001 (a opera della legge n. 80 del 2006) e con l'inserimento dell'art. 34-*bis* allo stesso decreto (disposto dalla legge n. 3 del 2003 e successive modifiche), è stato dato un impulso alla mobilità, collegandola con le dotazioni organiche e stabilendo che non vi possano essere contemporaneamente situazioni di vacanze in organico e situazioni di soprannumero, con la conseguenza che in ipotesi di progressioni verticali a eventuali inquadramenti soprannumerari deve corrispondere una riduzione delle vacanze di organico. Si è inoltre disposta la sanzione della nullità di diritto delle assunzioni effettuate in violazione del previo esperimento della procedura di mobilità, garantendo in via prioritaria, rispetto alle procedure concorsuali, le immissioni in ruolo dei dipendenti provenienti da altre amministrazioni in posizione di comando (art. 30, comma 2-*bis*, aggiunto dal d.l. n. 7 del 2005). Infine è prevista una rilevazione annuale delle eccedenze di personale su base territoriale per categoria o area, qualifica o profilo professionale, nell'intento di dare effettiva e celere attuazione alle disposizioni in materia. Piuttosto che da ulteriori interventi legislativi, la messa a regime del sistema di mobilità dipende dalla contrattazione collettiva, la quale fino a ora ha frenato le procedure, assumendo una posizione di netta ostilità nei confronti soprattutto della mobilità geografica.

---

(55) Cass. 29 aprile 1998, n. 4395, in *Mass. Giur. it.*, 1998; Cass. 29 settembre 2005, n. 19053, in *Or. giur. lav.*, 2005, 4, p. 918; Cass. 20 marzo 2007, n. 6621, vedila in [www.studiolegalelaw.it](http://www.studiolegalelaw.it).

*Alessandro Bellavista* (\*)

## LAVORO PUBBLICO E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La negoziabilità dell'organizzazione e dei poteri dirigenziali. — 3. Il sistema di relazioni sindacali nella contrattazione collettiva. — 4. Le tendenze delle relazioni sindacali nel lavoro pubblico. — 5. Quali prospettive? — 6. Un cantiere aperto.

1. — *Premessa* — La contrattazione collettiva del lavoro pubblico presenta ancora oggi profonde difformità, sul piano della disciplina e delle concrete dinamiche negoziali, rispetto a quella del settore privato. Le ragioni delle peculiarità regolative dipendono principalmente dalle speciali esigenze di rilievo costituzionale (cfr. soprattutto gli artt. 81 e 97 Cost.) che gravano sull'area del lavoro pubblico. Queste appunto impongono una necessaria disciplina legale degli spazi e delle procedure contrattuali, anche se sulla loro precisa estensione il dibattito resta sempre aperto (1).

Invece, le particolarità relative all'effettivo comportamento degli attori sono probabilmente dovute alla persistente mancanza di incentivi di mercato e alla prevalenza dello scambio politico: condizioni che caratterizzano ancora il mondo delle pubbliche amministrazioni (2). Chiunque

---

(\*) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso la Facoltà di Scienze politiche dell'Università degli Studi di Palermo.

(1) Cfr. F. Carinci, *Una riforma «conclusa». Fra norma scritta e prassi applicativa*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2004, pp. 340 ss.; Idem, *La disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, pp. 76 ss.; M. Rusciano, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Utet, Torino, 2003, pp. 227 ss.; M. Marazza, *Il contratto collettivo di lavoro*, Cedam, Padova, 2005, pp. 147 ss.; A. Pileggi, *Efficienza della pubblica amministrazione e diritto del lavoro*, Aracne, Roma, 2004; S. Battini, *Il personale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, II ed., vol. I, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 438 ss.; M. Barbieri, *Problemi costituzionali della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico*, Cacucci, Bari, 1997, pp. 53 ss.; A. Garilli, *Dalle leggi ai contratti*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 16, 1995, pp. 307 ss.

(2) Cfr. M. Ricciardi, *La contrattazione collettiva nelle pubbliche amministrazioni. Luci, ombre e pregiudizi*, in *Lav. dir.*, 2004, p. 633 ss.; A. Zucaro, *L'attuazione della*

abbia avuto un contatto, sebbene rapsodico, con l'esperienza delle relazioni sindacali nel lavoro pubblico, non può negare che qui emergono comportamenti lontani anni luce dalle logiche di mercato e invece ancora ispirati a modalità consociative e a forte rilievo politico. Spesso, infatti, si assiste a un uso delle risorse finanziarie pubbliche orientato alla ostinata ricerca del consenso politico al prezzo del sacrificio dell'efficienza dei servizi e degli interessi degli utenti (3).

Scopo delle pagine che seguono è quello di analizzare i due temi qui accennati (che presentano profili di stretto collegamento), di mettere in luce i problemi più scottanti e di suggerire qualche soluzione (4).

2. — *La negoziabilità dell'organizzazione e dei poteri dirigenziali* — Beninteso, passando a trattare il primo aspetto, è noto che la regolazione della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico è permeata dalla necessità di garantire lo spazio di auto-determinazione delle pubbliche amministrazioni e di assicurare il rispetto dei principi costituzionali in tema di organizzazione dei pubblici uffici scaturenti dall'art. 97 Cost. (5). Inoltre, il principio costituzionale della copertura della spesa pubblica di cui all'art. 81 Cost. impone una speciale disciplina legale dell'attività contrattuale proprio in relazione agli effetti di spesa a questa connessi (6). Su questo aspetto non vale la pena al momento soffermarsi, in quanto a prima vista indiscusso. Semmai esso verrà rievocato quando si parlerà delle concrete dinamiche negoziali, le quali in pratica tendono ad aggirare gli indispensabili controlli sui limiti alla spesa pubblica.

---

*riforma del pubblico impiego*, Ipsoa, Milano, 2000, pp. 9 ss.; *Pubblici dipendenti. Una nuova riforma?*, a cura di C. Dell'Aringa, G. Della Rocca, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2007.

(3) Cfr. A. Zucaro, *Relazioni sindacali e carriere del personale nelle amministrazioni pubbliche*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2004, pp. 314 ss.

(4) Sulle altre scottanti questioni concernenti l'attuazione della privatizzazione del lavoro pubblico cfr. il saggio di A. Garilli, in questo stesso numero della *Rivista*.

(5) Cfr. A. Orsi Battaglini, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1993, pp. 461 ss.; F. Carinci, *Giurisprudenza costituzionale e cd. privatizzazione del pubblico impiego*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, pp. 523 ss.

(6) Cfr. F. Carinci, *Giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 542; G. Giugni, *Quattro grandi problemi da non sottovalutare*, in *Lav. inf.*, 1992, n. 11, pp. 6 ss.; C. Spinelli, *La contrattazione collettiva e il contratto collettivo nazionale*, in F. Carinci, L. Zoppoli (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario. Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, vol. V, tomo I, Utet, Torino, 2004, pp. 381 ss.; M. Barbieri, *Profili costituzionali*, cit., pp. 410 ss.

Orbene, l'esigenza della salvaguardia del potere di auto-determinazione della pubblica amministrazione ha trovato riscontro, durante la prima privatizzazione, mediante la tecnica dell'esclusione dall'area di competenza della contrattazione collettiva di alcune materie e dell'assoggettamento delle stesse all'esclusiva regolazione per legge o per atto unilaterale in regime pubblicistico. Il che non ha impedito che, in quel periodo, sorgesse la questione della negoziabilità dei poteri dirigenziali rispetto alle materie sottoposte a regime privatistico, e oggetto esclusivamente di esame congiunto o consultazione sindacale.

Più precisamente, durante la prima privatizzazione, s'è alquanto discusso se il dirigente potesse validamente negoziare e quindi stipulare contratti collettivi decentrati su materie che, alla stregua del d.lgs. n. 29/1993 e dei contratti collettivi nazionali, costituivano mero oggetto di informazione o consultazione ed esame. In effetti, la questione della negoziabilità dei poteri dei dirigenti pubblici coinvolgeva profili di notevole rilievo tali da influenzare l'equilibrio complessivo del nuovo quadro normativo. Per quanto concerne i poteri dirigenziali sulle materie (che allora riguardavano l'intera organizzazione) assoggettate a disciplina pubblicistica, e quindi alla legge o agli atti unilaterali, s'è ovviamente esclusa la negoziabilità in forza della elementare considerazione che in questo caso non sussistesse *a priori* la competenza della contrattazione collettiva sulla base, appunto, della predetta riserva di regime di atto unilaterale pubblicistico (7).

Invece, quanto alla negoziabilità dei poteri dirigenziali sulle materie sottoposte a regime privatistico, e oggetto esclusivamente di esame congiunto o di consultazione e d'informazione, le opinioni erano più articolate. A questo proposito, vi era infatti chi accennava alla possibilità che a seguito delle suddette procedure partecipative potesse attivarsi sulle suddette materie «un processo negoziale vero e proprio» (8) e giungersi alla stipula di un contratto decentrato (9). Poi vi era chi parlava degli eventuali contratti così formalizzati come di «accordi atipici» ovvero di ti-

---

(7) Così, A. Albanese, *I poteri dei dirigenti pubblici nel d.lgs. n. 29/1993, e il problema della loro «negoziabilità»*, in *Lav. dir.*, 1996, p. 425; C. Zoli, *Subordinazione e poteri del datore di lavoro: privato e pubblico a confronto*, in *Dir. pubb.*, 1997, p. 408.

(8) T. Treu, *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego: ambiti e struttura*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1994, p. 11 e p. 23.

(9) Cfr. A. Viscomi, L. Zoppoli, *La partecipazione alla organizzazione ed alla gestione dei rapporti di lavoro*, in F. Carinci (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche dal d.lgs. n. 29/1993 alla finanziaria 1995*, *Commentario*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 355 ss.

po (non normativo ma) gestionale che incidono sui poteri imprenditoriali e non sui rapporti di lavoro (10). Tuttavia, la tesi contraria alla negoziabilità degli stessi poteri dirigenziali trovava un forte argomento a suo sostegno proprio nella salvaguardia operata dall'art. 10 del d.lgs. n. 29/1993, allora vigente, della autonoma determinazione definitiva e della responsabilità dei dirigenti nelle materie sulle quali le organizzazioni sindacali dei lavoratori avevano il diritto di essere informate e di svolgere la procedura d'esame ivi regolata. E perciò l'art. 10, d.lgs. n. 29/1993, operava come una clausola di garanzia/salvaguardia del potere unilaterale privatistico del dirigente pubblico (11).

La questione della negoziabilità dei poteri privatistici del dirigente si ripropone nel quadro della seconda privatizzazione, con la complicazione che deriva dall'ampliamento dell'area privatizzata, che tocca anche la micro o bassa organizzazione, e con la scomparsa della clausola di salvaguardia di cui all'art. 10 del d.lgs. n. 29/1993. Intanto, nessuno dubita della non contrattabilità nell'area delle scelte organizzative rimaste in regime pubblicistico (12). E ancora oggi, secondo una condivisibile dottrina (13), vi sono forti argomenti che depongono nella direzione di ritenere non contrattabili gli atti organizzativi anche se privatistici e comunque di giungere alla conclusione che il dirigente pubblico non possa validamente e legittimamente contrattare su materie che, alla stregua del contratto collettivo nazionale, non possono costituire oggetto di contrattazione in sede decentrata o integrativa.

In primo luogo, si sostiene che l'organizzazione privatizzata non sembra essere nemmeno nella disponibilità della contrattazione col-

---

(10) Cfr. M. D'Antona, *Le fonti privatistiche. L'autonomia contrattuale delle pubbliche amministrazioni in materia di rapporti di lavoro*, in *Foro it.*, 1995, V, 41; M. Barbieri, *Problemi costituzionali*, cit., pp. 381 ss.

(11) Cfr. F. Carinci, *Una riforma aperta: fra contrattazione e legge (dalla tornata contrattuale 1994-1997 alla nuova legge delega)*, in F. Carinci (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. I contratti collettivi di comparto*. *Commentario*, Giuffrè, Milano, 1997, I, p. XLV; A. Albanese, *I poteri dei dirigenti*, cit., pp. 426 ss.; A. Corpaci, *I contratti collettivi nel passaggio dal vecchio al nuovo regime*, in *Lav. dir.*, 1996, p. 275; F. Liso, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal d.lgs. n. 29/1993*, cit., pp. 98 ss.

(12) Cfr. A. Corpaci, A. Orsi Battaglini, *Sub art. 2*, in *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, a cura di A. Corpaci, M. Rusciano, L. Zoppoli, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, p. 1070.

(13) Cfr. F. Carinci, *Le fonti della disciplina*, cit., pp. 76 s.; Idem, *La dirigenza nelle amministrazioni dello Stato ex capo II, Titolo II, d.lgs. n. 29/1993 (il modello «universale»)*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 50 ss.

lettiva nazionale o di comparto (14). Infatti, quando l'art. 40 del d.lgs. n. 165/2001 dice che «la contrattazione collettiva si svolge su tutte le materie relative al rapporto di lavoro e alle relazioni sindacali», indirettamente pare escludere la possibilità che essa possa lambire l'organizzazione privatizzata, e cioè la micro o bassa organizzazione; e ciò trova conferma nel confronto tra la formula di questa disposizione con quella dell'art. 5 del d.lgs. n. 165/2001, laddove vengono menzionate in modo distinto le «determinazioni per l'organizzazione degli uffici» e «le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro», sebbene esse ricadano entrambe nel regime privatistico.

Inoltre, la nuova versione dell'art. 10 del d.lgs. n. 29/1993, ora confluita nell'art. 9 del d.lgs. n. 165/2001, afferma che «i contratti collettivi nazionali disciplinano i rapporti sindacali e gli istituti della partecipazione anche con riferimento agli atti interni di organizzazione aventi riflessi sui rapporti di lavoro»; e perciò sembrerebbe ammettere la possibilità che, per questa via, i contratti collettivi nazionali prevedano anche la forma di partecipazione più intensa sugli atti interni di organizzazione, come la contrattazione. Ma l'interpretazione di tale disposizione va operata in stretta connessione con quanto stabilito dall'art. 11, comma 1, lettera *b*, della legge delega n. 59/1997, secondo cui il legislatore delegato avrebbe potuto prevedere solo l'introduzione di «procedure di consultazione delle organizzazioni sindacali firmatarie dei contratti collettivi dei relativi comparti prima dell'adozione degli atti interni di organizzazione aventi riflessi sul rapporto di lavoro». Perciò, pare proprio che il termine «partecipazione», di cui all'attuale art. 9 del d.lgs. n. 165/2001, non possa essere declinato dalla contrattazione collettiva in modo tale da introdurre pretese negoziali nell'area dell'organizzazione. Tale soluzione appare l'unica se si vuole evitare che l'art. 9 del d.lgs. n. 165/2001 possa essere sospettato di essere incostituzionale per eccesso di delega (15). Il che sembra confermare l'esistenza di una preclusione legale a

---

(14) Così, F. Carinci, *Le fonti della disciplina*, cit., p. 76; A. Boscati, *La partecipazione sindacale nel settore pubblico e la negoziabilità dei poteri privatistici del dirigente datore di lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2000, p. 417.

(15) Cfr. A. Garilli, *Profili dell'organizzazione e tutela della professionalità nelle pubbliche amministrazioni*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2004, pp. 135 s.; F. Carinci, *La dirigenza*, cit., p. 51; C. D'Orta, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in F. Carinci, M. D'Antona (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, *Commentario*, II ed., Giuffrè, Milano, 2000, p. 174; A. Zucaro, *L'attuazione della riforma*, cit., p. 38.

qualsiasi forma di contrattazione che si estenda nell'area dell'organizzazione sia ancora in regime pubblicistico sia privatizzata.

Peraltro, gli stessi limiti che gravano sulla contrattazione nazionale valgono anche per gli eventuali contratti decentrati o integrativi stipulati su materie organizzative rispetto alle quali la stessa contrattazione nazionale non potrebbe intervenire. In effetti, alla stregua dell'art. 40, comma 3, del d.lgs. n. 165/2001, la contrattazione integrativa può validamente toccare solo quelle materie delegate dal livello contrattuale nazionale, e ciò ovviamente presuppone che la stessa contrattazione nazionale possa anch'essa legittimamente governare le materie che intende delegare alla fonte decentrata. In tale chiave di lettura, va considerato il tentativo svolto per aggirare l'ostacolo dato dalla subordinazione dello spazio negoziale della contrattazione integrativa a quello concesso dal contratto nazionale di comparto; tentativo che consiste nell'individuare nell'art. 40, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001 – che dice che «la contrattazione collettiva si svolge su tutte...», ma senza distinguere tra il livello contrattuale nazionale o decentrato – l'autonomo fondamento di una contrattazione integrativa concernente anche gli atti organizzativi. Ora, tale posizione si scontra con la precisazione, subito dopo effettuata dalla stessa disposizione, al comma 3, da cui si desume che la contrattazione integrativa, nel settore pubblico, ha i soli margini di autonomia concessi dalla fonte contrattuale nazionale. E tale soluzione è confermata dal comma 3 del nuovo art. 40-*bis* del d.lgs. n. 165/2001: il quale ribadisce, seppure indirettamente, che spetta alle previsioni del livello contrattuale nazionale di comparto il governo della disponibilità delle risorse e quindi anche delle materie della contrattazione integrativa (16).

Beninteso, notevoli perplessità desta l'opinione, pur autorevolmente sostenuta (17), secondo cui sarebbe pur sempre ammissibile un contratto integrativo stipulato su materie non delegate al livello contrattuale decentrato e quindi anche su materie organizzative, perché legittimato dal comma 1 dell'art. 39 Cost. In sostanza, sarebbe configurabile un'area lecita di manovra della contrattazione collettiva, a livello integrativo, per così dire «gestionale» o *extra ordinem*, che potrebbe toccare anche la co-

---

(16) Cfr. C. Spinelli, *La contrattazione collettiva*, cit., p. 361; A. Viscomi, *La contrattazione integrativa*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 410.

(17) Cfr. M. D'Antona, *Le fonti privatistiche*, cit., p. 40; M. Barbieri, *Problemi costituzionali*, cit., pp. 381 ss.; Idem, *La contrattazione collettiva*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, II ed., cit., pp. 1126 ss.; e anche C. Spinelli, *La contrattazione collettiva*, cit., pp. 368 ss.

siddetta micro o bassa organizzazione privatizzata proprio in forza della circostanza della sua sottoposizione al regime privatistico (comprensivo dell'autonomia contrattuale) e della generale libertà di organizzazione e di attività sindacale di cui al comma 1 dell'art. 39 Cost. Questa teoria però si risolve in un vero e proprio aggiramento delle barriere normative erette dalla riforma a garanzia degli assetti organizzativi della pubblica amministrazione e comunque enfatizza la portata dell'art. 39 Cost. senza tenere conto dell'art. 97 Cost. E, in effetti, s'è fatto notare come invece emerga dalle pronunce della Corte Costituzionale l'ancoraggio della costituzionalità della riforma al «contemperamento» tra l'art. 39, comma 1, e l'art. 97, comma 1, Cost. (18). Di conseguenza, è preferibile una lettura del quadro normativo volta a bilanciare tali principi costituzionali, e a rintracciare, a conclusione di tale ragionamento, un principio generale, seppure non del tutto esplicito, che fonda l'indisponibilità del potere organizzativo privatistico delle amministrazioni pubbliche (19). Sicché, anche a seguito della seconda privatizzazione, resterebbero «*managerial rights* privatizzati assoggettabili a partecipazione ma non a contrattazione» (20). E la ragione di tale profonda diversità con la posizione del datore di lavoro privato, nonché la giustificazione della differente portata delle prerogative manageriali nei due settori, va individuata nell'esigenza di salvaguardare l'autonomia della dirigenza pubblica che, rispetto a quella privata, è «più esposta per non avere dietro di sé, né un vero datore di lavoro, né il mercato» (21). D'altra parte, se, com'è stato sostenuto con dovizia d'argomenti, è compito della dirigenza, «e non è vincolo di scopo della contrattazione collettiva», assicurare che la medesima contrattazione collettiva raggiunga risultati coerenti con il canone del buon andamento (22), allora emerge la necessità di sostenere la posizione della dirigenza – non solo nei confronti del potere politico, ma anche – «rispetto a controparti sindacali, di diritto e di fatto particolarmente presenti e aggressive proprio nel settore pubblico, in virtù di

---

(18) Cfr. F. Carinci, *Le fonti della disciplina*, cit., p. 67 e p. 77. Da ultimo Idem, *Giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 523 e p. 527.

(19) Cfr. C. D'Orta, *Il potere organizzativo*, cit., p. 171.

(20) F. Carinci, *Le fonti della disciplina*, cit., p. 77; A. Boscati, *La partecipazione*, cit., p. 417; A. Garilli, *Profili dell'organizzazione*, cit., p. 136. In senso contrario cfr. M. Barbieri, *La contrattazione collettiva*, cit., pp. 1124 ss.; e C. Spinelli, *La contrattazione collettiva*, cit., pp. 374 ss.

(21) F. Carinci, *La dirigenza*, cit., p. 52.

(22) Cfr. M. D'Antona, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, p. 71.

un regime privilegiato di protezione individuale e di promozione collettiva» (23): controparti tendenzialmente portate a flirtare con il potere politico, in modo da imporre alla dirigenza accordi già raggiunti mediante circuiti informali, questi sì, del tutto *extra ordinem*.

Così, per salvaguardare l'autonomia della dirigenza, è possibile ritenere rintracciabile, nel tessuto normativo della riforma, un grappolo di regole e soprattutto un principio generale che fondano, seppure non in modo del tutto esplicito, l'esclusione della contrattabilità degli atti organizzativi anche micro; limitando quindi, nell'area dell'organizzazione, l'eventuale partecipazione sindacale a momenti e procedure che non possono sfociare in trattative che giungano a risultati negoziali con carattere vincolante per la parte pubblica (24).

V'è poi chi ricava il principio dell'indisponibilità del potere organizzativo privatistico attraverso un ulteriore suggestivo ragionamento. Si dice che «la privatizzazione di una quota del potere organizzativo delle amministrazioni pubbliche in tanto è costituzionalmente legittima in quanto l'esercizio del potere organizzativo privatistico è suscettibile di verifica, a consuntivo e in base ai risultati, alla luce dei principi di imparzialità e buon andamento», e pertanto gli atti dispositivi del potere organizzativo privatistico realizzati con contratti collettivi sarebbero compatibili con la Costituzione solo se fossero temporanei e orientati a obiettivi di buon andamento (25): e perciò si profila la questione della legittimità costituzionale (prima dell'art. 45, comma 4, del d.lgs. n. 29/1993, e ora) dell'art. 40, comma 3, del d.lgs. n. 165/2001, «nella parte in cui non garantisce alle pubbliche amministrazioni, direttamente o rinviando ad apposite disposizioni dei contratti collettivi, il potere di far cessare alla naturale scadenza, attraverso la disdetta, l'efficacia delle clausole contrattuali concernenti le modalità di esercizio del potere organizzativo» (26). Questa posizione si espone però alle obiezioni secondo cui sarebbe sempre possibile disdettare un contratto collettivo stipulato senza un termine finale, e ritenere necessario che il contratto collettivo sia «orientato a

(23) F. Carinci, *La dirigenza*, cit., p. 53.

(24) Cfr. C. D'Orta, *Il potere organizzativo*, cit., p. 171; M. Rusciano, *Giannini e il pubblico impiego*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2000, p. 1143.

(25) Così, C. D'Orta, *Il potere organizzativo*, cit., p. 171; Idem, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in F. Carinci, L. Zoppoli (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario. Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, vol. V, tomo II, Utet, Torino, 2004, pp. 152 ss.

(26) C. D'Orta, *Il potere organizzativo*, cit., p. 171; Idem, *Il potere organizzativo*, cit., 2004, pp. 153 s.; A. Boscati, *La partecipazione sindacale*, cit., p. 417.

obiettivi di buon andamento» fa sì che in questo modo si perviene a «una inammissibile rifunzionalizzazione dell'attività di diritto privato delle amministrazioni» (27). In effetti, una cosa è affermare che anche l'attività di diritto privato delle pubbliche amministrazioni vada finalizzata al buon andamento e all'imparzialità; e su questo non si può che concordare, almeno in linea di principio. Altra cosa è pensare che tale finalizzazione debba avvenire allo stesso modo indipendentemente dal regime giuridico dell'attività medesima (28). È nella logica della privatizzazione del potere organizzativo (micro) il fatto che il soddisfacimento dell'interesse pubblico venga controllato «a consuntivo e in base ai risultati» (29): e quindi se l'atto organizzativo privatistico, a seguito della sua sottoposizione a verifica, non risulta coerente con l'interesse pubblico, si porrà il problema della responsabilità del dirigente che lo abbia posto in essere, ma non quello della validità in sé dell'atto; a meno che non siano state violate precise disposizioni imperative (30).

Tuttavia, va considerato che tutte le posizioni che argomentano l'indisponibilità dei poteri organizzativi privatistici, per quanto apprezzabili e condivisibili, corrono il rischio di essere talvolta un po' troppo astratte e inutilizzabili sul piano pratico. Infatti, è vero che, in concreto, vi è sovente un inestricabile intreccio tra aspetti organizzativi e questioni inerenti al rapporto di lavoro, soprattutto al livello dell'attività di organizzazione degli uffici che si sviluppa a stretto contatto con lo svolgimento del rapporto di lavoro (31): e perciò la fissazione di chiari confini tra le due aree può rivelarsi, in questi casi, estremamente ardua (32). Ciò spinge alcuni a osservare realisticamente che, al di là della zona in cui le scelte organizzative restano affidate alla legge e all'esercizio della potestà pubblicistica di organizzazione, «per tutto ciò che forma oggetto delle determinazioni operative e gestionali ora ricondotte alla capacità di diritto privato» la preclusione «all'utilizzo dello strumento contrattuale [...] non può essere più predicata in via di principio» (33). E v'è chi, partendo da una considerazione analoga, suggerisce che la soluzio-

(27) M. Barbieri, *La contrattazione collettiva*, cit., p. 1127.

(28) Cfr. A. Orsi Battaglini, *Fonti normative*, cit., p. 471.

(29) Cfr. C. D'Orta, *Il potere organizzativo*, cit., p. 170.

(30) Cfr. F. Liso, *La privatizzazione*, cit., p. 224.

(31) Cfr. M. D'Antona, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassanini»*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1998, p. 44; C. D'Orta, *Il potere organizzativo*, cit., p. 109.

(32) Cfr. M. Rusciano, *Giannini e...*, cit., p. 1144.

(33) A. Corpaci, A. Orsi Battaglini, *Sub art. 2*, cit., p. 1070.

ne, per escludere una capacità negoziale della dirigenza su determinati assetti organizzativi, sarebbe realizzabile tramite l'atto organizzativo di cui al comma 1 dell'art. 2 del d.lgs. n. 165/2001, che potrebbe fissare «l'effettiva latitudine del potere privatistico» (34).

D'altra parte, autorevole dottrina rimarca la necessità di garantire «l'intangibilità» del potere di organizzazione del datore di lavoro pubblico, come di quello privato, in forza della considerazione che «le regole di organizzazione di qualsivoglia apparato, pubblico o privato che sia, non possono che essere dettate da chi, in tale apparato, è titolare delle scelte e delle decisioni riguardanti il "processo produttivo", del quale egli assume anche ogni responsabilità». E osserva che il problema che si pone proprio nell'area del lavoro pubblico è che «risulta ancora oggi estremamente difficile elevare una sicura linea di confine tra materie che sono espressione» del potere di organizzazione, «e dunque di esclusiva competenza di una fonte unilaterale», «e materie che, rientrando invece nell'area delle "condizioni di lavoro", sono oggetto di una fonte negoziata» (35). Certo, di fronte alla naturale tendenza dell'azione sindacale a invadere e condizionare le zone più esclusive delle prerogative datoriali, questa dottrina evoca un problema reale: e cioè il rischio che anche nel lavoro pubblico riformato la «partecipazione sindacale» degeneri in «cogestione», come s'è verificato nel sistema precedente. E tuttavia l'antidoto migliore, più che la ricerca di barriere normative di fatto sempre superabili, sembra essere proprio quello (una volta esaurita l'attuale fase transitoria, in cui la privatizzazione deve ancora imporsi come modello culturale dominante) (36) dello sviluppo di una dirigenza pubblica realmente preparata e portata «a fare da controparte nel confronto/scontro sindacale», e quindi dotata anch'essa «geneticamente» di una «capacità di resistenza» come quella posseduta dai dirigenti del settore privato (37).

### 3. — *Il sistema di relazioni sindacali nella contrattazione collettiva* —

Comunque, le difficoltà poc'anzi messe in evidenza non dovrebbero impedire di vagliare attentamente il contenuto dei contratti collettivi nazionali, per evitare l'incursione della contrattazione nazionale e integrativa nelle materie organizzative. Ma anche la bontà di questa afferma-

---

(34) F. Liso, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, II ed., cit., p. 224 e p. 236.

(35) M. Rusciano, *Giannini e...*, cit., p. 1144.

(36) Cfr. F. Liso, *La privatizzazione*, II ed., cit., p. 187.

(37) M. Rusciano, *Giannini e...*, cit., p. 1145.

zione va verificata sul campo, tenendo conto della realtà effettuale in cui il risultato della dinamica negoziale spesso travalica i limiti a essa formalmente apposti.

Infatti, attualmente la contrattazione nazionale di comparto di fatto gode del potere discrezionale di ampliare o ridurre gli spazi negoziali anche in relazione alle tematiche organizzative. Quindi, il primo problema è quello di fissare argini adeguati affinché la contrattazione collettiva nazionale si svolga, come dice il comma 1 dell'art. 40 del d.lgs. n. 165/2001, soltanto «su tutte le materie relative al rapporto di lavoro e alle relazioni sindacali». Più in generale, probabilmente prendendo atto della difficoltà di tracciare una netta linea di confine tra area aperta alla negoziazione e area esclusa, si afferma l'esistenza di materie che, pur non costituendo espressamente oggetto di riserva di legge e delle altre fonti unilaterali, non sono liberamente disponibili dalla contrattazione collettiva. Ciò in quanto «la loro disciplina è stata concepita non in funzione protettiva degli interessi del lavoratore, bensì di determinati interessi pubblici appunto garantiti dall'esistenza di quei particolari assetti organizzativi» a cui la suddetta disciplina fornisce rilevanza: e si fa l'esempio della normativa sulle mansioni, sulla graduazione delle funzioni e sulla responsabilità dirigenziale, o sulle conseguenze della violazione delle disposizioni sull'assunzione dei lavoratori (38).

Un evidente caso di invasione da parte della contrattazione collettiva di zone riservate alla legge, o quantomeno a essa non formalmente attribuite, è stato quello che ha riguardato la questione della derogabilità o meno della disciplina degli incarichi dirigenziali, da parte della contrattazione collettiva, soprattutto in considerazione del fatto che la contrattazione collettiva nazionale delle aree dirigenziali della seconda tornata (specie l'art. 13 del Ccnl dell'Area I, 1998-2001) aveva introdotto disposizioni che ripristinavano garanzie per i dirigenti già escluse dalla legge: in particolare era stata sterilizzata la disattivazione dell'art. 2103 cod. civ. in relazione al conferimento degli incarichi dirigenziali e al passaggio a incarichi diversi, operata dal comma 1 dell'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001. La tesi a favore dell'inderogabilità in via contrattuale delle disposizioni legali in tema di rapporto dirigenziale, che stabiliscono determinate condizioni organizzative (39), è stata ora esplicitamente accolta dalla recente

---

(38) F. Liso, *La privatizzazione*, II ed., cit., p. 222.

(39) Cfr. V. Talamo, *La contrattazione collettiva della dirigenza pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 680; F. Liso, *La privatizzazione*, II ed., cit., p. 223.

legge 15 luglio 2002, n. 145, che ha introdotto, nell'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001 (il quale appunto contiene la disciplina nevralgica degli incarichi dirigenziali), un nuovo comma 12-*bis*, secondo cui «le disposizioni del presente articolo costituiscono norme non derogabili dai contratti o accordi collettivi». Il che ha indotto la contrattazione collettiva nazionale delle aree dirigenziali della terza tornata a riformulare le norme contrattanti con la disciplina legale in modo consona a quest'ultima.

Ovviamente, sempre nell'area delle materie non coperte da riserva di legge o di atto unilaterale, resta aperta la questione della derogabilità o meno da parte della contrattazione collettiva nazionale di comparto di tutte quelle disposizioni legali per cui barriere del genere non siano espressamente previste dalla medesima legge. A questo proposito, va ricordato che la questione dei limiti di intervento alla contrattazione collettiva ricavabili in via ermeneutica dalla disciplina legale vigente si presenta estremamente delicata, perché coinvolge valori costituzionali di indubbio pregio e talvolta tra loro contrapposti (40); e non è esclusa l'eventualità di altri interventi chiarificatori del legislatore come si è verificato per la materia degli incarichi dirigenziali.

S'è già detto che il perno del sistema contrattuale è costituito dal contratto collettivo nazionale di comparto. Con la conseguenza che – e qui vanno richiamate le osservazioni precedenti sulla inconfigurabilità di una contrattazione collettiva di tipo gestionale – in sede integrativa l'area negoziale sarà solo quella delegata dalla fonte contrattuale superiore e pertanto saranno nulli, *ex art. 40*, comma 3, d.lgs. n. 165/2001, tutti gli accordi che vadano al di là delle materie delegate al livello inferiore di contrattazione, estendendosi, per esempio, su materie solo oggetto di procedure partecipative deboli, come l'informazione e la consultazione (41).

Tuttavia, anche qui, è stata la stessa contrattazione collettiva nazionale di comparto a muoversi in modo ambiguo, allargando surrettiziamente le materie oggetto di contrattazione a livello integrativo.

---

(40) Cfr., ampiamente, M. Rusciano, *Contratto collettivo*, cit., pp. 238 ss.; M. Barbieri, *Problemi costituzionali*, cit., pp. 419 ss.

(41) Cfr. F. Carinci, *Le fonti della disciplina*, cit., p. 77; A. Boscati, *La partecipazione sindacale*, cit., pp. 416 ss.; Trib. Ragusa, 4 luglio 2001 (giudice Bonanni), inedita, ma su *Internet*: [www.unicz.it](http://www.unicz.it). Tuttavia, cfr. Trib. Milano, 26 giugno 2006, n. 2029, in *La rivista dell'impiego e della dirigenza pubblica*, 2006, n. 3, pp. 119 ss.; e Trib. Bari, 27 gennaio 2006, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, p. 380, con nota di C. Spinelli, *Il rapporto tra contratti collettivi di diverso e di pari livello nel lavoro pubblico*. Da queste due pronunce emerge una visione dei rapporti tra contratti collettivi

Infatti, i contratti collettivi nazionali della seconda tornata (1998-2001) hanno creato una forma di partecipazione sindacale intermedia tra la vera e propria contrattazione e la consultazione: la concertazione. Essa, secondo la definizione prevalentemente adottata, si svolge mediante appositi incontri, deve concludersi entro un determinato termine e dell'esito della stessa va redatto specifico verbale dal quale risultano le posizioni delle parti. Così, ci si è posti la domanda se la procedura possa finanche concludersi con un apposito accordo. La risposta non è facile. Va tenuto conto che in un contratto collettivo nazionale è stabilito che «gli impegni concertati hanno per le parti carattere vincolante» (42); mentre in gran parte dei contratti di comparto si afferma che «nella concertazione le parti verificano la possibilità di un accordo» (43). E quindi, con l'utilizzazione di entrambe le formule, si ammette espressamente che la concertazione possa sfociare in un vero e proprio accordo.

A questo punto, si può dire che con la concertazione s'è allargato di fatto lo spazio operativo della contrattazione integrativa. Beninteso, le materie oggetto di concertazione sono ulteriori rispetto a quelle pertinenti alla contrattazione integrativa e riguardano aspetti strategici dell'organizzazione del lavoro delle singole amministrazioni: soprattutto, per esempio, i criteri generali per la disciplina delle procedure selettive ai fini della progressione verticale da una categoria a un'altra, i criteri generali per il conferimento di incarichi al personale a cui è collegata l'attribuzione di una specifica indennità. È agevole comprendere come gli attori negoziali abbiano trovato una soluzione di compromesso nel prevedere la sola concertazione, e non la contrattazione, su materie estremamente importanti, quali i concorsi interni e l'attribuzione degli incarichi. Tuttavia, stante l'endemica debolezza della parte pubblica al livello della contrattazione integrativa, è altresì facile prevedere come nella pratica concreta il confine tra concertazione e contrattazione corra il rischio di assottigliarsi se non di scomparire del tutto (44). Al riguardo bisogna svolgere alcune considerazioni più approfondite sul piano giuridico.

---

di diverso livello (nazionale e integrativo), nel settore pubblico, in evidente contrasto con l'assetto gerarchico risultante dalla disciplina legale.

(42) Così l'art. 7, comma 3, del Ccnl del comparto Università del 9 agosto 2000.

(43) Così, l'art. 6, lettera *b*, comma 3, del Ccnl del comparto Aziende e amministrazioni autonome dello Stato del 24 maggio 2000; e l'art. 6, lettera *b*, comma 4, del Ccnl del comparto Enti pubblici non economici del 16 febbraio 1999.

(44) Cfr. A. Garilli, *Profili dell'organizzazione*, cit., p. 136; A. Boscati, *La partecipazione sindacale*, cit., p. 419.

Laddove i contratti collettivi nazionali si limitino a regolare genericamente la concertazione, arrestandosi a stabilire che dell'esito della seduta vada redatto un apposito verbale, senza aggiungere null'altro, è desumibile la volontà delle parti collettive di escogitare una procedura partecipativa del tutto diversa dalla contrattazione e che presenta alcune similitudini con la consultazione (45). Anche se, in genere, la concertazione è attivata su richiesta dei sindacati dei lavoratori, mentre la consultazione di quest'ultimi è un obbligo delle amministrazioni da rispettare prima di adottare le decisioni per le quali sia previsto il rispetto di tale procedura partecipativa. Qui sarebbe lo stesso contratto collettivo nazionale a escludere la possibilità che la concertazione possa risolversi in un vero e proprio accordo; altrimenti avrebbe dovuto prendere esplicita posizione al riguardo. Il silenzio del Contratto collettivo nazionale sull'eventualità di un accordo dovrebbe indurre a ritenere che esso abbia voluto separare nettamente la concertazione dalla contrattazione. E perciò la concertazione si ridurrebbe a una consultazione rafforzata, giustificata dall'esigenza di rendere trasparenti le scelte dell'amministrazione (46). Se la concertazione sfociasse in un accordo, questo sarebbe nullo, poiché concreterebbe una contrattazione integrativa su materie per le quali non vi è stato uno specifico rinvio dal livello nazionale a quello integrativo.

Altro discorso quando i contratti collettivi sanciscono la natura vincolante degli impegni assunti in sede di concertazione oppure ammettono che essa possa confluire in un accordo. In questo caso, bisogna esaminare le materie oggetto della procedura di concertazione. Se esse ricadono nella disponibilità della contrattazione collettiva, allora non vi sarebbe alcun ostacolo a negoziare su di esse (47). Ma se, invece, esse fossero materie organizzative, ovvero assoggettate comunque a una disciplina inderogabile di legge, bisognerebbe giungere alla conclusione secondo cui ogni accordo sul punto sarebbe nullo, poiché è già nulla la disposizione del contratto collettivo nazionale che invade il campo riservato ad altre fonti e che pertanto regola ambiti esulanti dalla sua competenza.

---

(45) In questo senso cfr. R. Soloperto, *Il nuovo Ccnl dell'area della dirigenza del comparto delle Regioni e delle Autonomie Locali*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2000, p. 53.

(46) Così, cfr. A. Boscati, *La partecipazione*, cit., pp. 419 ss.; Trib. L'Aquila 26 ottobre 2002 (giudice Mostarda) inedita, ma su *Internet*: [www.google.com](http://www.google.com); *contra*, M. Barbieri, *La contrattazione collettiva*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, II ed., cit., p. 1127.

(47) Cfr. A. Boscati, *La partecipazione*, cit., p. 420.

L'esperienza ha dimostrato quanto fosse concreto il rischio della sovrapposizione tra concertazione e contrattazione integrativa (48). Pertanto, prima dell'inizio della terza tornata contrattuale (2002-2005) l'organismo di coordinamento dei Comitati di settore, nell'ambito della definizione degli indirizzi generali per la contrattazione collettiva del relativo quadriennio, ha chiaramente invitato i Comitati di settore a fissare, in modo preciso, i confini tra concertazione e contrattazione integrativa. L'appello ha trovato riscontro in un contratto di comparto laddove si afferma che «la procedura di concertazione, nelle materie a essa riservate non può essere sostituita da altri modelli di relazioni sindacali» (49). Il che significa che la concertazione non può essere depotenziata, riducendosi a una mera informazione, ma anche che essa non può essere dilata fino a risolversi in una sorta di contrattazione integrativa, dalla quale sorgano impegni in qualche modo giuridicamente vincolanti (50).

4. — *Le tendenze delle relazioni sindacali nel lavoro pubblico* — Come s'è già accennato, le concrete dinamiche negoziali nel settore pubblico assumono caratteristiche tali da renderle lontane ancora molti anni luce da quelle del privato: lo scambio politico continua a imperare a qualsiasi livello negoziale, permangono l'intrusione della politica sulla gestione amministrativa, la ricerca del consenso a qualsiasi prezzo sull'interesse pubblico e degli utenti dei servizi (51). Sicché, è ancora attuale il giudizio di Umberto Romagnoli relativo alla contrattazione nel sistema della legge quadro e pertanto può essere, *mutatis mutandis*, riferito anche al nuovo regime. E cioè che «nel pubblico impiego la contrattazione collettiva non è che una caricatura di quella praticata in ambito privatistico: un po' perché le ragioni dell'efficienza non sono percepite come un

---

(48) Cfr. F. Carinci, *Una riforma «conclusa»*, cit., p. 366; M. Ricciardi, *Riflessioni sull'entrata a regime del nuovo sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, in *Dir. rel. ind.*, 2002, pp. 618 ss.; e già prima cfr. M. D'Antona, *Contratti nuovi e contraenti vecchi. Riflessioni dopo il rinnovo dei contratti collettivi pubblici*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1999, p. 496.

(49) Così l'art. 6 del Ccnl del comparto Regioni-Autonomie Locali del 22 gennaio 2005.

(50) Cfr. R. Soloperto, *Le novità del Ccnl del personale del comparto delle Regioni e delle Autonomie Locali 2002-2005: le relazioni sindacali*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2004, pp. 75 ss.

(51) Cfr. A. Zucaro, *Relazioni sindacali e carriere del personale nelle amministrazioni pubbliche*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2004, pp. 314 ss., e spec. pp. 322 ss.; M. Ricciardi, *Riflessioni*, cit., p. 619.

vincolo implicito delle rivendicazioni del personale e un po' perché ogni accordo di comparto vede la luce dopo un'infinità di pazienti soggiorni nei corridoi del Palazzo per abbordare ministri e sottosegretari». E inoltre che «la contrattazione è una parvenza formale ossia un ectoplasma; ma i suoi alti costi sono reali». E concludeva «la contrattazione è fittizia, perché non ci sono né padroni o azionisti che mettano in gioco il loro patrimonio né un mercato che possa allontanare i clienti insoddisfatti né il sistema delle regole non scritte, delle sanzioni e degli incentivi che è indotto dalla concorrenza» (52).

Comunque, è vero che alcune peculiarità del quadro normativo incidono sullo spazio di azione della parte pubblica in modo tanto esteso da comprometterne finanche le potenzialità di tentare di imitare il comportamento delle rappresentanze datoriali private ai tavoli delle trattative. Il profilo più rilevante, da questo punto di vista, sta nella circostanza che la parte pubblica, sia al livello della contrattazione collettiva nazionale sia a quello della contrattazione integrativa, è costretta (dalle norme legali di riferimento) a rendere note le proprie disponibilità finanziarie ben prima che abbiano inizio le trattative per i rinnovi (53). E così si realizza una situazione paradossale in base alla quale dei due giocatori di un'immaginaria partita a poker l'uno conosce le carte dell'altro.

Bene s'è osservato che «in questo modo viene sottratta all'Aran la negoziazione del *quantum* degli incrementi, che, invece, è il cuore della contrattazione nel privato» (54). Di conseguenza, manca quel formidabile incentivo di mercato rappresentato dalla possibilità, presente nel settore privato, per l'attore negoziale di parte datoriale di spingere verso la chiusura tempestiva della trattativa offrendo somme ulteriori rispetto a quelle note in partenza. Peraltro, la predeterminazione dei costi contrattuali pone la parte pubblica in una situazione di grande debolezza, in quanto i sindacati partono dal presupposto che tali risorse siano già dovute, senza alcuna contropartita, e così possono concentrare la propria azione per l'ottenimento di somme ulteriori; mentre la

---

(52) U. Romagnoli, *La revisione della disciplina del pubblico impiego: dal disastro verso l'ignoto*, in *Lav. dir.*, 1993, p. 243.

(53) Cfr. G. D'Auria, *Organizzazione amministrativa, contrattazione collettiva e datori di lavoro pubblico, attraverso le privatizzazioni del pubblico impiego*, in *Riv. Corte conti*, 2000, p. 236; V. Talamo, *Il lavoro pubblico dieci anni dopo la privatizzazione: conflittualità, tendenze e prospettive*, in *La riforma del lavoro pubblico: progressioni di carriera e relazioni collettive*, a cura di V. Talamo, Ipsosa, Milano, 2004, pp. 22 ss.

(54) A. Zucaro, *L'attuazione della riforma*, cit., p. 40.

parte pubblica deve lottare per affermare il principio del necessario scambio tra retribuzione e qualità della prestazione (55).

Questa caratteristica incide, in modo perverso, su tutto lo svolgimento della contrattazione. Pertanto, il primo vero momento contrattuale, benché non sia previsto dalla normativa, avviene nelle stanze dei soggetti politici titolari, ai vari livelli, delle disponibilità finanziarie allo scopo di ottenere la maggiore quantità possibile di risorse. Così, prima dell'avvio delle trattative per il rinnovo dei contratti nazionali, le organizzazioni sindacali premono sul governo affinché, nella legge finanziaria, vengano immesse adeguate risorse. Nel caso delle amministrazioni diverse da quelle dello Stato, per cui non opera il principio della preventiva iscrizione del finanziamento dei contratti all'interno della legge finanziaria, le organizzazioni sindacali agiscono nei confronti dei Comitati di settore a cui tocca il compito di predisporre il relativo meccanismo di finanziamento. Lo stesso accade per quanto concerne i contratti collettivi integrativi dove la pressione sindacale opera nell'ambito dei singoli enti. E, a qualunque livello, qualora le risorse annunciate come disponibili si rivelassero insufficienti, la parte pubblica competente a gestire il negoziato viene scavalcata, perché le organizzazioni sindacali si rivolgono direttamente agli organi politici in modo da ottenere un incremento dei relativi valori monetari. Sicché, l'autorità politica trova la giustificazione formale – ma in realtà esclusivamente fondata sulla necessità pratica di conquistare il consenso dei lavoratori – per aumentare la dote finanziaria, attraverso vari stratagemmi di «finanza creativa» (56).

Emblematica del predominio dello scambio politico è la circostanza che, proprio allo scopo di favorire l'apertura delle trattative relative ai contratti collettivi nazionali, per i bienni 2002-2003 e 2004-2005, il governo è arrivato al punto di stipulare accordi (l'uno del 4 e 6 febbraio 2002, l'altro del 27 maggio 2005) con le organizzazioni sindacali: con ciò soprattutto definendo l'importo complessivo degli aumenti retributivi, i relativi stanziamenti nella legge finanziaria e la copertura a carico del bilancio dello Stato degli oneri per il rinnovo dei contratti del personale non statale. È evidente che tali accordi si collocano del tutto al di fuori della cornice legale della contrattazione collettiva.

---

(55) Cfr., ampiamente, V. Talamo, *Il lavoro pubblico*, cit., pp. 24 ss.

(56) Cfr. V. Talamo, *Il lavoro pubblico*, cit., pp. 26 ss.; A. Zucaro, *L'attuazione della riforma*, cit., pp. 29 ss.

Situazioni ambigue e al di là della normativa legale si producono in relazione all'andamento delle trattative sul piano dei contenuti sostanziali. È noto che anche gli atti di indirizzo all'Aran sono sovente oggetto di una trattativa informale tra i Comitati di settore e le organizzazioni sindacali prima della loro definitiva predisposizione (57). A ogni modo, se lo spazio negoziale risulta poi troppo circoscritto dagli atti di indirizzo all'Aran, allora lo stallo della trattativa viene lo stesso superato tramite l'azione delle organizzazioni sindacali presso i Comitati di settore, affinché modifichino gli atti d'indirizzo in modo tale da soddisfare le richieste sindacali (58).

Questi sono fenomeni particolarmente gravi a livello nazionale, dove l'Aran – che dovrebbe pilotare la trattativa – è ridotta a giocare un ruolo del tutto marginale. E ciò è in contraddizione con la ragione dell'istituzione dell'Aran, che avrebbe dovuto operare come organismo tecnico di rappresentanza delle pubbliche amministrazioni, adeguatamente separato dalle stesse: in modo tale da evitare le tradizionali e indebite influenze politiche sull'andamento della contrattazione. Ma se i Comitati di settore assumono, nei confronti delle organizzazioni sindacali, atteggiamenti a dir poco consociativi, l'Aran è posta di fronte a una secca alternativa. O affronta da sola le organizzazioni sindacali, con tutti i rischi che ciò comporta, tra cui quello di essere bypassata tramite nuovi atti di indirizzo (informalmente contrattati tra sindacati e Comitati di settore) che la inducono ad adottare una strategia più morbida. Oppure, l'Aran, prendendo atto della difficoltà di opporsi all'offensiva sindacale, sceglie una linea di minore resistenza, e cioè: preferisce raggiungere l'accordo su testi ambigui, con enunciati formulati in modo estremamente tortuoso. Tale soluzione si limita a traslare, e non a risolvere, il conflitto, perché fa sì che a livello decentrato si riaprano i negoziati sulle materie già trattate in sede centrale, con interminabili controversie sulla loro esatta delimitazione e interpretazione. Questo sistema favorisce le applicazioni più distorte degli istituti contrattuali a detrimento degli interessi pubblici.

A mo' di esempio, basti ricordare la storia tormentata della disciplina del trattamento economico e giuridico del personale del comparto Università che presta servizio presso le aziende ospedaliere universitarie. A questo personale è stato in passato riconosciuto, con un apposito in-

---

(57) Così, A. Zucaro, *Relazioni sindacali*, cit., p. 322; V. Talamo, *Il lavoro pubblico*, cit., pp. 25 ss.

(58) Cfr. F. M. Macioce, *Le relazioni sindacali*, in *La riforma del lavoro pubblico*, cit., pp. 135 ss.; V. Talamo, *Il lavoro pubblico*, cit., p. 25.

tervento di fonte legale, il diritto di beneficiare di un'indennità economica di perequazione rapportata al trattamento spettante per i dipendenti del Servizio sanitario nazionale che svolgessero mansioni analoghe. L'applicazione non omogenea (e fortemente influenzata dalle pressioni sindacali), nelle varie sedi universitarie, della vecchia normativa pubblicistica ha comportato la corresponsione di emolumenti differenziati pur a parità di mansioni svolte. Fin dalla prima tornata contrattuale era stata annunciata una soluzione definitiva della questione. In realtà, la contrattazione collettiva nazionale s'è limitata ad adottare misure del tutto compromissorie che, come osserva icasticamente la Corte dei Conti, realizzano il bizzarro assetto secondo cui i dipendenti in servizio presso le aziende ospedaliere universitarie sono «attualmente destinatari, a parità di mansioni, di due diversi contratti collettivi e provvisoriamente inquadri in differenti qualifiche» (59).

Su un piano più generale, un attento osservatore mette in luce come sovente si instauri un gioco perverso e paradossale tra Aran e Comitati di settore nel farsi reciprocamente portatori delle istanze sindacali l'una verso gli altri e viceversa (60).

Peraltro, al livello degli enti sede di contrattazione integrativa è più probabile una vera e propria confusione tra parte pubblica e parte sindacale, specie nel caso in cui a guidare la delegazione di parte pubblica è il soggetto politico titolare della rappresentanza dell'ente in questione. Infatti, la parte datoriale pubblica è ancora più debole nelle sedi dove si svolge la contrattazione decentrata o integrativa: a causa della maggiore vicinanza tra soggetti politici e corpo elettorale, di cui una parte significativa è rappresentata dai dipendenti dell'amministrazione interessata (61). Come dimostrano accurate ricerche sul campo, in sede decentrata la rottura delle trattative a opera della parte pubblica è un fatto estremamente raro (62); mentre la risorsa conflittuale è usata esclu-

---

(59) Corte dei Conti, Sez. Riun., 23 marzo 2006, n. 8/CONTR/CL/06, p. 4. Questa delibera, come tutte le altre che verranno citate in seguito, è reperibile nel sito *Internet* [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it).

(60) Cfr. A. Zucaro, *Relazioni sindacali*, cit., p. 322.

(61) Cfr. M. Ricciardi, *Le relazioni sindacali nel lavoro pubblico all'inizio della nuova legislatura*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, pp. 277 ss.; G. Della Rocca, *Contrattazione senza innovazione*, *ivi*, pp. 280 ss.

(62) Cfr. L. Bordogna, *Gestione delle risorse umane e relazioni sindacali nelle pubbliche amministrazioni. Un'indagine sull'esperienza 1998-2001*, in *Contrattazione integrativa e gestione del personale nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di L. Bordogna, Angeli, Milano, 2002, p. 45.

sivamente dal sindacato. In pratica la parte pubblica persegue la cosiddetta «logica del consenso a ogni costo» (63). In questo contesto, esigenze di pace sociale e di consenso politico inducono la parte pubblica a singolari alleanze con la controparte negoziale, tali da favorire lo sfondamento degli apparenti limiti finanziari e normativi fissati dai contratti nazionali (64). Il tutto è aggravato dalla mancanza di effettivi controlli sul loro rispetto (65). Al riguardo bastino alcuni esempi. Il primo attiene al sistema salariale. È noto che nel lavoro pubblico esiste una forte rigidità salariale, specie rispetto al settore privato, almeno al livello della contrattazione collettiva nazionale di comparto. Ma questa rigidità ha come contraltare, in sede decentrata, l'endemica spinta a utilizzare gli spazi negoziali per distribuire a pioggia incentivi e premi senza alcun legame con l'aumento dell'efficienza dei servizi offerti. E quindi senza assicurare l'ancoraggio degli aumenti salariali alla produttività del lavoro. Tutto questo induce a letture forzate delle disposizioni dei contratti collettivi nazionali in modo tale da calcolare i fondi per il salario di produttività nella forma più estesa possibile e a sganciare la relativa erogazione dai pur tenui criteri di verifica dell'effettivo apporto di ogni lavoratore al miglioramento della produttività individuale e collettiva stabiliti dagli stessi contratti collettivi nazionali (66). Bisogna dire che dovrebbe essere la stessa contrattazione collettiva nazionale a impedire applicazioni distorte del meccanismo della retribuzione incentivante. In questa prospettiva, la fissazione di una percentuale massima predefinita di personale a cui destinare almeno una quota dei fondi per la produttività rappresenterebbe una valida barriera per affermare il principio della cosiddetta selettività necessaria e per arginare la prassi delle erogazioni generalizzate in cifra fissa, tanto nota nella storia del lavoro pubblico (67). Altra tipica caratteristica della contrattazione collettiva integrativa è quella che gli aumenti retributivi ivi concessi non presentano alcuna correlazione con le condizioni economiche dei mercati locali e quindi con le retribuzioni del settore privato: l'unico limi-

(63) Cfr. V. Talamo, *Le carriere collettive contrattate dei dipendenti pubblici: criticità e prospettive*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2004, p. 1078.

(64) Cfr. C. Dell'Aringa, *Una regia nazionale per la Pa*, in *Lavoce.info*, 27 novembre 2006; P. Mastrogioseppe, *La contrattazione integrativa nel comparto Regioni e Autonomie locali: i risultati di un monitoraggio dell'Aran*, in *Organizzazione e lavoro negli enti locali*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2005, pp. 78 ss.

(65) Cfr. G. D'Auria, *I controlli amministrativi*, in *Dir. lav.*, cit., pp. 1420 ss.

(66) Cfr. S. Nespor, *La fabbrica dei nullafacenti*, Il Mulino, 2007, p. 49.

(67) Cfr. A. Garilli, *Profili dell'organizzazione*, cit., p. 136.

te reale è quello delle condizioni di bilancio dell'ente dove avviene la contrattazione. Ma come dimostrano le più recenti ricerche, «spesso le buone condizioni di bilancio sono state ottenute con maggiorazioni delle addizionali di imposta e con più elevate tariffe dei servizi pubblici» (68), e perciò a danno della collettività.

Emblematico è un recente caso in cui la pressione sindacale ha riscosso successo, in modo eclatante, già al livello del contratto collettivo nazionale di comparto, con l'introduzione di uno strumento retributivo del tutto divergente dai principi legali (69). L'art. 41, comma 4, del Ccnl del comparto Università del 27 gennaio 2005, ha previsto che «nell'ambito della contrattazione integrativa e a valere sulle risorse del Fondo per le progressioni economiche e per la produttività collettiva e individuale [...] gli Atenei istituiranno un'indennità accessoria mensile, erogabile per dodici mensilità. Tale emolumento riassume e sostituisce le eventuali indennità già corrisposte con carattere di generalità, e non è decurtabile se non in caso di sciopero». La disposizione ha suscitato i dubbi della Corte dei Conti in occasione della certificazione dell'ipotesi d'accordo che la introduceva. Per i giudici contabili, infatti, «tale norma, come osservato anche dal Consiglio dei ministri, è destinata a provocare un ulteriore irrigidimento del relativo Fondo e a ridurre le già scarse risorse utilizzabili per incrementare la produttività» (70). Una valutazione ancora più negativa sulla suddetta indennità è contenuta nella certificazione dell'ipotesi di accordo successiva, concernente il biennio economico 2004-2005, che ha sancito la riduzione della medesima esclusivamente in caso di assenza per sciopero e non nelle altre situazioni di mancato svolgimento della prestazione lavorativa. La Corte sottolinea che, «trattandosi nel caso di specie di risorse destinate a una forma di retribuzione fissa quale si presenta l'indennità accessoria mensile, tali risorse vengono in pratica a essere utilizzate per compensare prestazioni non rese durante il periodo di assenza e quindi a scapito di altri possibili impieghi legati alla produttività del personale, con conseguente irrigidimento dei margini di manovra del Fondo previsto per la contrattazione integrativa». Infine, la Corte rileva «la carenza di ogni elemento informativo circa

(68) Cfr. C. Dell'Aringa, *Due binari per la riforma della Pa*, in *La voce.info*, 8 febbraio 2007.

(69) Cfr. N. Giannone, *Commento all'ipotesi di Ccnl 2002-2005 comparto Università*, in *Lexitalia.it*, n. 10, 2004.

(70) Cfr. Corte dei Conti, Sez. Riun., 26 gennaio 2005, n. 4/CONTR/CL/05, p. 8.

la incidenza che l'applicazione» della disposizione «comporterà sulla consistenza complessiva del Fondo» (71).

Comunque, l'istituto appare del tutto illegittimo in quanto contrastante con l'art. 45 del d.lgs. n. 165/2001. Ciò perché il comma 3 dell'enunciato stabilisce che «i contratti collettivi definiscono, secondo criteri obiettivi di misurazione, trattamenti economici accessori collegati: a) alla produttività individuale; b) alla produttività collettiva tenendo conto dell'apporto di ciascun dipendente». E al comma 4 aggiunge che «i dirigenti sono responsabili dell'attribuzione dei trattamenti economici accessori». Ora non si vede come sia possibile congegnare «un'indennità accessoria mensile», finanziata con l'apposito Fondo destinato al trattamento accessorio, quando questa indennità non è in alcun modo legata alla produttività individuale o collettiva, che costituisce la ragion d'essere dell'impiego del medesimo Fondo. Anzi, l'indennità sembra decurtabile solo in caso di sciopero e non in tutti gli altri casi in cui il lavoratore non svolge la relativa prestazione. In realtà, tale indennità assume carattere fisso e continuativo, poiché legata alla sola presenza in servizio. Di fatto si maschera come forma di trattamento economico accessorio un'indennità che invece rientrerebbe nel trattamento economico fondamentale. È probabile, quindi, che gli attori negoziali intendessero aumentare i valori del trattamento economico fondamentale; ma hanno trovato ostacolo nella mancanza di risorse disponibili e nelle esigenze di compatibilità dei costi contrattuali con gli strumenti di programmazione e di bilancio. Pertanto, è stato congegnato un meccanismo surrettizio: un vero e proprio *escamotage*. Così è stato spostato a valle il problema della quantificazione dell'indennità e si è lasciato ai rapporti di forza in ogni amministrazione la soluzione finale circa la definitiva messa in opera dell'istituto. Con la prevedibile conseguenza che, nelle varie Università sedi di contrattazione integrativa, l'azione sindacale è al momento diretta a cercare di utilizzare il massimo delle risorse disponibili per finanziare tale indennità, di ottenere valori monetari più elevati possibili e soprattutto di evitare ogni legame tra l'erogazione della stessa e la valutazione della qualità delle prestazioni individuali o collettive. Il che aumenta a dismisura le già notevoli difficoltà della parte pubblica nell'affermare le ragioni dello scambio tra retribuzione e qualità della prestazione: ovvero nel condizionare la percezione della quota accessoria del salario all'effettivo accertamento della produttività individuale o collettiva e al miglioramento dei servizi.

---

(71) Cfr. Corte dei Conti, Sez. Riun., 23 marzo 2006, n. 8/CONTR/CL/06, p. 4.

Altro esempio di come nel settore pubblico continuino a operare logiche perverse concerne le modalità con cui sono stati applicati i nuovi sistemi di classificazione del personale introdotti dai contratti collettivi nazionali della seconda tornata contrattuale (1998-2001), sulla base delle modifiche normative apportate dalla seconda privatizzazione al testo originario del d.lgs. n. 29/1993. Già di per sé la disciplina legale (ora art. 52, commi 1 e 6, d.lgs. n. 165/2001) prefigurava «un vero e proprio sistema di carriere collettive contrattate» (72), in quanto affidava al contratto collettivo nazionale di comparto il compito di regolare gli ordinamenti professionali e gli eventuali meccanismi di sviluppo professionale. I contratti collettivi nazionali di comparto hanno preliminarmente unificato le precedenti qualifiche funzionali in categorie o in aree. E poi hanno previsto una progressione orizzontale per fasce retributive (all'interno dell'area o della categoria) e una progressione verticale da una categoria all'altra o da un'area all'altra. La gestione concreta delle progressioni è stata poi rinviata alla contrattazione collettiva integrativa (73). Con il che di fatto, in violazione dei principi legali e dei contratti collettivi nazionali di comparto, sono stati permessi passaggi multipli tra fasce retributive, progressioni economiche (74) e verticali di massa; quest'ultime con forti limitazioni degli accessi dall'esterno, riservando la quasi totalità dei posti disponibili ai dipendenti interni.

Gli effetti disastrosi dell'attuazione di tale modello, pur formalmente condivisibile, sono stati di tale portata che hanno indotto il legislatore a intervenire e a porre limiti sulle risorse utilizzabili per le progressioni professionali dei dipendenti: con ciò cercando di evitare il rischio (ma non è detto che l'obiettivo sia stato realizzato) che i bilanci degli enti potessero essere assorbiti quasi esclusivamente dalle spese per le

---

(72) V. Talamo, *Le carriere collettive*, cit., p. 1049; così, A. Zucaro, *Relazioni sindacali*, cit., p. 317.

(73) Cfr. A. Garilli, *Profili dell'organizzazione*, cit., pp. 151 ss.; L. Sgarbi, *Mansioni e inquadramento dei dipendenti pubblici*, Cedam, Padova, 2004, pp. 145 ss.; M. Ricciardi, *I nuovi sistemi di classificazione del personale nei rinnovi contrattuali 1998-2001*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1999, pp. 263 ss.

(74) Come segnala C. Dell'Aringa, *Una regia nazionale*, cit., le progressioni economiche «dovevano fornire uno strumento efficace di incentivazione», ma «sono diventate uno strumento per concedere aumenti retributivi di carattere generalizzato». Ancora peggiore è il risultato prodotto dalle progressioni verticali, che ha di fatto consentito il reinquadramento verso l'alto di gran parte del personale, a danno del principio meritocratico e di ogni esigenza organizzativa.

progressioni e che queste potessero avvenire a getto continuo; nonché di impedire aggiramenti delle modalità di calcolo delle risorse finanziarie destinate a questa tipologia di costi dai contratti collettivi nazionali. Altro intervento restrittivo è stato quello della giurisprudenza costituzionale che ha fissato principi tali da porre argini, almeno potenziali, a tali sistemi di progressione ineluttabilmente portati, grazie alla mediazione sindacale e alla accondiscendenza dei singoli amministratori, a favorire uno scivolamento generalizzato verso l'alto del personale delle varie amministrazioni, a eliminare ogni reale forma di selezione, a valorizzare in modo assolutamente ingiustificato l'anzianità di servizio, e a escludere gli accessi dall'esterno, tanto da compromettere i valori costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione (75). Tuttavia, al momento, la limitazione delle progressioni dipende più che altro dalla crisi finanziaria che interessa il paese e che si riverbera anche nelle disponibilità economiche delle singole amministrazioni. Anche se è vero che le critiche poc'anzi messe in evidenza hanno reso più responsabili molte amministrazioni nel gestire il sistema e hanno influenzato la stessa contrattazione collettiva nazionale di comparto che, già nella fase finale della seconda tornata contrattuale, ha quantificato in termini percentuali la quota di posti che, rispetto alle progressioni verticali per il personale interno, deve essere necessariamente riservata agli accessi dall'esterno (76). Comunque, questa vicenda dimostra, senza alcun'ombra di dubbio, come l'ampliamento dello spazio negoziale possa – in assenza di un'amministrazione che agisca come un vero datore di lavoro privato, e cioè che assuma una posizione realmente antagonista rispetto alle rivendicazioni sindacali – consentire alla contrattazione collettiva di «piegare l'organizzazione (degli uffici, del lavoro, delle competenze)» in «funzione prevalente dell'interesse dei dipendenti cui assicura spazi di carriera» (77). Con ciò capovolgendo la nota massima – formulata da Massimo Severo Giannini – che «in principio sono le funzioni» (78) e solo dopo va considerato il proble-

---

(75) Su questi aspetti cfr., ampiamente, V. Talamo, *Le carriere collettive contrattate*, cit., pp. 1053 ss.; S. Pasqua, *Ordinamento del personale e sviluppo professionale*, in *La riforma del lavoro pubblico*, cit., pp. 99 ss.; e, da ultimo, cfr. S. Nespore, *La fabbrica dei nullafacenti*, cit., pp. 50 ss.

(76) Cfr. A. Garilli, *Profili dell'organizzazione*, cit., p. 158.

(77) V. Talamo, *Le carriere collettive contrattate*, cit., p. 1051.

(78) M. S. Giannini, *In principio sono le funzioni*, in *Scritti*, vol. IV, Giuffrè, 2004, pp. 721 ss.

ma dell'inquadramento del personale che si deve adattare all'organizzazione, e non questa a quello (79).

Altri problemi del sistema negoziale riguardano soprattutto i tempi della contrattazione nazionale, che, per varie ragioni, si sono allungati a dismisura determinando una situazione di fatto analoga a quella sotto il vigore della legge quadro: situazione che ne ha rappresentato uno dei più importanti motivi di crisi, inducendo il legislatore ad avviare il processo di privatizzazione. Sicuramente il nodo fondamentale è stato rappresentato dalla carenza di risorse che ha spinto il governo a procrastinare il più possibile i rinnovi contrattuali e a dare il via libera solo in prossimità di scadenze elettorali. Il suddetto allungamento ha riguardato non tanto la fase delle trattative, bensì «il periodo medio di attesa degli atti d'indirizzo e di approvazione delle ipotesi d'accordo» (80). E l'alterazione delle scadenze contrattuali ha provocato sia una perdita del potere d'acquisto dei salari sia molteplici effetti sistemici: di travolgere il sistema dei cicli negoziali ipotizzati dal Protocollo del 23 luglio 1993, nonché di fornire una giustificazione oggettiva alle richieste delle organizzazioni sindacali basate sull'egualitarismo più spinto e di spostare le risorse destinate ai rinnovi contrattuali nella parte fissa del salario, compromettendo il finanziamento del salario di produttività (81). Bene s'è detto che «il paradosso di dover assegnare risorse per la qualità della prestazione riguardanti esercizi finanziari già da tempo archiviati è stato uno degli elementi di sofferenza del sistema»; e si aggiunge «anche di sofferenza personale per chi ha dovuto arrampicarsi sugli specchi per sostenere posizioni piuttosto improbabili al tavolo delle trattative: chi scrive può testimoniare» (82).

Peraltro, il faro che ha guidato, negli anni recenti, la politica governativa nel lavoro pubblico è stato quello della riduzione della spesa, anche se con improvvise eccezioni (83). Ciò è stato realizzato con una se-

---

(79) Cfr. S. Cassese, *Il sofisma della privatizzazione del pubblico impiego*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, I, p. 292.

(80) M. Ricciardi, *Il lavoro pubblico: non si uccidono così anche le riforme?*, in *Dopo la flessibilità, cosa?*, a cura di L. Mariucci, Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 315 s. Cfr., ampiamente, R. Soloperto, *Il rinnovo del contratto collettivo nazionale di lavoro della dirigenza del comparto Regioni-Autonomie Locali*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, pp. 308 ss.

(81) Cfr. V. Talamo, *Il lavoro pubblico*, cit., pp. 25 ss.

(82) M. Ricciardi, *Il lavoro pubblico*, cit., p. 317; cfr. V. Talamo, *Il lavoro pubblico*, cit., pp. 25 ss.

(83) Cfr. M. Ricciardi, *Il lavoro pubblico*, cit., p. 319; L. Zoppoli, *La riforma della contrattazione collettiva vista dal versante del lavoro pubblico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, I, pp. 317 ss.

quela di interventi legislativi, iniziati con gli artt. 16 e 17 della legge 28 dicembre 2001, n. 488, che hanno appesantito le procedure contrattuali nazionali di ulteriori controlli rispetto alla versione originaria del d.lgs. n. 165/2001; e hanno ancora di più legato la contrattazione collettiva dei comparti diversi dalle amministrazioni dello Stato ai parametri previsti dalla legge finanziaria per le amministrazioni statali (84). In particolare, il rigore s'è abbattuto sulla contrattazione collettiva integrativa di cui è stato circoscritto lo spazio economico; fino ad arrivare a limitare *ex auctoritate* l'ammontare complessivo delle dimensioni dei fondi disponibili per il finanziamento dei contratti collettivi integrativi (85).

Le tensioni del sistema di relazioni sindacali pubbliche si diffondono anche in capo agli organismi di controllo. È nota infatti la profonda insoddisfazione che gli attori negoziali manifestano nei confronti del ruolo svolto dalla Corte dei Conti in relazione alla certificazione della compatibilità economica e finanziaria dei contratti collettivi nazionali. Questo soprattutto perché la Corte dei Conti intraprende la sua opera quando già la trattativa è terminata e si è raggiunta un'ipotesi d'accordo: e le parti, fin dalla firma della medesima, partono dall'idea (invero presupposta, ma smentita dalla disciplina legale) che essa sia già del tutto definitiva (86). Ma la Corte dei Conti rappresenta, al momento, l'unico vero soggetto, titolare del potere di controllo sulla contrattazione collettiva, che agisce in modo imparziale, senza cedere alle pressioni esterne. Il che è dimostrato dall'elevato numero di contratti collettivi nazionali che non sono stati certificati positivamente e per i quali s'è dovuto riaprire le trattative o adeguare la quantificazione dei relativi costi alle osservazioni della Corte dei Conti. E il primato della logica dello scambio politico ha avuto conferma quando alcuni contratti sono stati definitivamente sottoscritti pur senza avere ottenuto la certificazione positiva della Corte dei Conti (87). Sicché, è probabile che la Corte dei Conti mantenga il suo atteggiamento rigoroso, specialmente attivando forme di controllo sulle amministrazioni competenti ad applicare contratti collettivi su cui la

---

(84) Cfr. V. Talamo, *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, pp. 569 ss.

(85) Cfr. D. Iorio, *La contrattazione integrativa nel pubblico impiego per l'anno 2006*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, pp. 45 ss.; G. D'Auria, *L'organizzazione, il lavoro pubblico e i controlli*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 257; C. Spinelli, *La contrattazione collettiva*, cit., pp. 361 ss.

(86) Cfr. V. Talamo, *Il lavoro pubblico*, cit., p. 21.

(87) Cfr. A. Zilli, *Il ruolo della Corte dei Conti nella contrattazione collettiva nazionale*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2005, p. 220.

certificazione positiva sia stata faticosamente rilasciata, accompagnandola da numerose osservazioni, raccomandazioni e riserve; oppure (ma si tratta auspicabilmente di casi limite) non sia stata mai ottenuta. Però, è anche vero che in qualche recente certificazione, seppure positiva, si leggono osservazioni che lasciano trasparire una sorta di rassegnazione da parte dei giudici contabili nei confronti di modalità di comportamento degli attori negoziali che, pur di arrivare alla definizione di un'ipotesi di accordo, si accontentano di formulare istituti e clausole di difficile comprensione, se non del tutto oscuri, e soprattutto che destano molteplici perplessità sul piano dell'attendibilità dei costi quantificati e della loro compatibilità con gli strumenti di programmazione e di bilancio (88). Ed è emblematico che la Corte dei Conti, di fronte a contratti collettivi nazionali sottoscritti definitivamente dall'Aran, nonostante la certificazione negativa, invia referti al Parlamento in cui stigmatizza il comportamento della parte pubblica (non solo dell'Aran, ma soprattutto dei Comitati di settore) mettendo in luce come essa abbia tenuto in considerazione soltanto l'esigenza, tutta politica, di chiudere l'accordo (89).

Infine, può essere solo qui accennato che la frantumazione dell'attuale assetto della contrattazione collettiva (e, più in generale, dell'intero lavoro pubblico) potrebbe scaturire da alcune interpretazioni della riforma del Titolo V della Costituzione, attuata con la legge costituzionale 18 ottobre 2003, n. 3, che ha ampliato le competenze legislative regionali. Al momento però hanno prevalso le letture più prudenti (90): sia perché v'è stato un relativo *self restraint* delle Regioni sia grazie alla Corte Costituzionale che ha manifestato «una chiara preferenza per il centro, a dispetto della periferia» (91), mediante una sapiente manipolazione del nuovo testo dell'art. 117 Cost.

5. — *Quali prospettive?* — Sicuramente le conclusioni non possono essere del tutto ottimiste, stante il quadro che si è disegnato nel corso di

---

(88) Cfr. Corte dei Conti, Sez. Riun., 26 gennaio 2005, n. 4/CONTR/CL/05, pp. 5 ss.

(89) Cfr. Corte dei Conti, Sez. Riun., 27 settembre 2006, n. 41/CONTR/CL/06, pp. 3 ss.; Idem, Sez. Riun., 22 luglio 2003, n. 37/CONTR/CL/03, pp. 3 ss.

(90) Cfr. A. Garilli, *Le incerte prospettive del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *Riforma del mercato del lavoro e federalismo*, a cura di C. La Macchia, Università degli Studi di Messina, Bagheria, 2005, pp. 35 ss.; L. Zoppoli, *La riforma*, cit., pp. 318 ss.; A. Viscomi, *Riflessioni minime su contrattazione integrativa e relazioni sindacali nel comparto degli enti locali*, in *Organizzazione e lavoro*, cit., pp. 13 ss.

(91) F. Carinci, *Giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 543.

queste pagine. Però, è anche vero che alcune piccole soluzioni sono state suggerite. Intanto, bisognerebbe evitare le reciproche invasioni di campo tra legge e contrattazione collettiva nell'area delle rispettive competenze. Inoltre, va segnalato che, da un po' di tempo, si assiste a un'interferenza della legge nell'ambito della regolazione delle condizioni di lavoro, per soddisfare interessi perdenti al tavolo negoziale. Così si osserva che «il governo, quando non riesce a imporre il suo punto di vista nella contrattazione collettiva, fissa con legge alcune regole, rendendole innataccabili dai successivi contratti; a loro volta, i sindacati ottengono per legge risultati che non hanno avuto la forza di spuntare nella contrattazione collettiva» (92).

Su un piano più generale, l'unico modo di sganciare la contrattazione collettiva nel settore pubblico dal peso predominante della logica dello scambio politico è quello di completare il percorso faticosamente avviato con la privatizzazione del lavoro pubblico che implica un radicale mutamento culturale e comportamentale dei suoi protagonisti (93). Vanno quindi allontanati ancora di più gli attori politici dai tavoli della contrattazione e va enfatizzata la piena responsabilità della dirigenza amministrativa in relazione a obiettivi e risultati. Quanto alla contrattazione collettiva nazionale, si dovrebbe provare ad aumentare l'indipendenza dell'Aran, legando la sua azione a *budget* predeterminati senza alcuna possibilità di modifiche *in itinere*, ma gestibile con autonomia da parte di questa. Si può anche immaginare un complesso di premi per i componenti dell'Aran, qualora si giunga alla stipula di contratti nazionali valutati positivamente da un apposito organismo indipendente. Semmai, è possibile escogitare un sistema di finanziamento dei contratti collettivi nazionali che, opportunamente, non sia del tutto visibile alle controparti sindacali: in modo da immettere un tipico incentivo della contrattazione dell'area privata (94).

In relazione ai patologici ritardi nei rinnovi dei contratti collettivi nazionali, si tratta di vedere l'effetto concreto della novella del comma 7

---

(92) G. D'Auria, *L'organizzazione*, cit., p. 258, e, *ivi*, molteplici esempi.

(93) Cfr. le illuminanti considerazioni di M. D'Antona, *Il rinnovo dei contratti collettivi delle pubbliche amministrazioni 1998-2001: verso l'Europa a più velocità?*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1998, pp. 779 ss.; Idem, *Contratti nuovi e contraenti vecchi*, cit., pp. 493 ss.

(94) Cfr. G. D'Auria, *Corte dei Conti e contrattazione collettiva nel settore pubblico*, in F. Carinci (diretto da), *I contratti collettivi di comparto*, *Commentario*, tomo I, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 60 ss.; U. Romagnoli, *Ripensare l'Aran*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1999, pp. 29 ss.

dell'art. 47 del d.lgs. n. 165/2001 contenuta nella legge finanziaria per il 2007 (art. 1, comma 548, legge 27 dicembre 2006, n. 296): la quale interviene solo nella direzione di cercare di ancorare a tempi certi il controllo sulle ipotesi di accordo, sia delle amministrazioni statali sia, soprattutto, di quelle diverse dallo Stato, esercitato dal governo, alla stregua dell'art. 47, comma 3, del d.lgs. n. 165/2001. Se questa è una finalità del tutto condivisibile (95), desta alcune perplessità la soluzione prescelta. Prima della novella la disposizione si limitava ad affermare che «in ogni caso, la procedura di certificazione deve concludersi entro quaranta giorni dall'ipotesi di accordo, decorsi i quali il Presidente dell'Aran ha mandato di sottoscrivere definitivamente il contratto collettivo»: con ciò lasciando alla responsabilità politica del Presidente dell'Aran la scelta (ovviamente sempre previamente concertata con il Comitato di settore) se avvalersi di tale facoltà. Ora, invece, la nuova disposizione dice che «in ogni caso i contratti divengono efficaci trascorso il cinquantacinquesimo giorno dalla sottoscrizione dell'ipotesi di accordo»: e con ciò sembra che, decorso tale periodo temporale, l'efficacia dell'accordo si produca automaticamente. È evidente il rischio che in questo modo, sull'onda delle pressioni sindacali, possano essere aggirati, mediante preordinate strategie di rallentamento dell'*iter* procedurale, i controlli necessari per l'accertamento della correttezza dei costi contrattuali e della loro compatibilità con le linee di politica economica e finanziaria nazionale; senza che nemmeno operi il pur tenue limite della responsabilità politica che derivava dalla subordinazione dell'entrata in vigore del contratto collettivo alla sottoscrizione definitiva da parte del Presidente dell'Aran.

Resta invece del tutto indefinita, sul piano temporale, la fase preliminare all'avvio del negoziato: che concerne la formulazione dell'atto di indirizzo all'Aran da parte del Comitato di settore e il preventivo controllo su di esso, da parte del governo, in base all'art. 47, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001, se l'atto d'indirizzo attiene ad amministrazioni diverse dallo Stato. Qui (e la stessa soluzione andava ricercata per la verifica sulle ipotesi di accordo) andrebbe modificata la disciplina in modo tale da inserire sanzioni negative e positive volte a spingere gli organi competenti a rispettare le scadenze contrattuali; senza però scaricare i ritardi a carico delle finanze pubbliche. Ma v'è di più. Posto che la normativa vigente (già l'art. 48, comma 2, d.lgs. n. 165/2001) vincola i

---

(95) Cfr. R. Soloperto, *Il rinnovo del contratto collettivo nazionale di lavoro della dirigenza del comparto Regioni-Autonomie Locali*, cit., p. 309.

Comitati di settore delle amministrazioni diverse dallo Stato, nel quantificare gli oneri sostenibili per i rinnovi contrattuali, a procedere in coerenza con i medesimi parametri previsti per le amministrazioni statali, è evidente che il punto nevralgico su cui va concentrata l'attenzione è costituito dall'accelerazione delle modalità di finanziamento dei rinnovi contrattuali per i comparti statali. Peraltro, è necessario affermare il principio che la certificazione negativa della Corte dei Conti sull'ipotesi di contratto produce effetti impeditivi della definitiva sottoscrizione (96).

Riguardo alla contrattazione integrativa, e riprendendo la lezione di Massimo Severo Giannini, la storia ha dimostrato che non può essere riformata la pubblica amministrazione considerando solo i problemi relativi al personale, dovendo invece partire prioritariamente dal riassetto dell'organizzazione (97); ma anche che non può essere imposto un adattamento di quest'ultimo ai mutamenti organizzativi a colpi di norme legali e contrattuali senza alcuna sua spontanea partecipazione alle trasformazioni programmate (98). È fin troppo nota l'esperienza di come importanti riforme siano state di fatto svuotate e annichilite dalla «resistenza sorda della burocrazia» (99). Invero, «nella pubblica amministrazione, come in tutte le organizzazioni di servizi, a parità di tecnologia è il personale a costituire la risorsa critica per il conseguimento di livelli soddisfacenti di qualità ed efficienza»; e «da ciò deriva il ruolo strategico della direzione del personale» (100). Nell'ambito di una moderna politica di gestione del personale, orientata ai risultati e non più imperniata

---

(96) Cfr. A. Bonomolo, *Il Ccnl del comparto delle amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo per il quadriennio normativo 2002-2005 e relativi bienni economici*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, p. 1354; M. Barbieri, *La contrattazione collettiva*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, II ed., cit., p. 1177.

(97) Cfr. M. S. Giannini, *Per la privatizzazione del rapporto di pubblico impiego*, in *Scritti in onore di Mario Nigro*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 168 ss.; S. Cassese, *I problemi del personale posti a raffronto con le soluzioni*, in *Cons. Stato*, 1991, II, p. 651.

(98) Cfr. G. D'Alessio, *La razionalizzazione dell'organizzazione amministrativa*, in F. Carinci (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 288 ss.; G. Della Rocca, *Contrattazione*, cit., pp. 280 ss.; S. Cassese, *Lo stato dell'amministrazione pubblica a vent'anni dal rapporto Giannini*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, p. 100.

(99) G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 529; e cfr. A. Natalini, *Il tempo delle riforme amministrative*, Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 15 ss.

(100) A. Camuffo, *Organizzazione e risorse umane per la nuova pubblica amministrazione*, in *Lav. dir.*, 1995, p. 677.

sul modello burocratico, la contrattazione collettiva integrativa costituisce uno strumento fondamentale, seppure non l'unico (101).

Sul piano pratico, va detto che esistono, come dimostrano alcune ricerche, anche esperienze virtuose, dove opera una cultura dell'innovazione organizzativa, assente nella maggior parte dei casi (102). Così, bisogna diffondere tale atteggiamento, facendo sì che le pubbliche amministrazioni imparino ad agire avendo come modello i casi di maggiore efficienza, senza essere gravate dal peso, e dalla maggiore pubblicità, dei casi peggiori. Bene s'è detto che va contraddetta «l'opinione diffusa secondo cui esisterebbe una sorta d'alternativa secca tra l'affermarsi dell'innovazione e il metodo del consenso: si rileva invece che nelle realtà dinamiche anche la contrattazione sembra in grado di superare i conservatorismi e le spinte egualitarie, rendendo possibili e legittimando anche le differenziazioni per merito». E il dato caratterizzante le situazioni dinamiche è «che esse non limitano la gestione del personale all'applicazione più o meno fedele del contratto nazionale, o alla contrattazione integrativa, ma ricorrono all'utilizzo di moderni strumenti di gestione del personale, tendenti a creare cooperazione e integrazione, e più in generale benessere organizzativo» (103).

In questa prospettiva, è decisivo trovare strumenti tali da rompere il circuito politico-elettorale così intenso in ogni momento delle relazioni sindacali nel lavoro pubblico, e maggiormente visibile in sede locale: laddove il dipendente pubblico assume la doppia veste di lavoratore ed elettore che porta l'attore politico a tenere conto soprattutto, se non esclusivamente, della seconda componente (104). Per fare ciò, bisogna escogitare criteri e modelli in grado di distanziare sempre più la politica

---

(101) Cfr. M. Ricciardi, *Riflessioni*, cit., p. 616; G. Della Rocca, *Contrattazione*, cit., pp. 294 ss.; A. Camuffo, *Organizzazione*, cit., pp. 686 ss.; L. Bordogna, *Gestione delle risorse*, cit., pp. 86 ss.; N. Giannone, *La contrattazione integrativa in affanno sulla progettualità*, in *Guida al Pubblico impiego*, *Il Sole 24 Ore*, n. 11, 2006, pp. 26 ss.

(102) Cfr. le ricerche citate da M. Ricciardi, *La contrattazione collettiva*, cit., pp. 643 ss.; e Idem, *Le relazioni sindacali*, cit., pp. 276 ss.; e da G. Della Rocca, M. Ricciardi, *Contrattazione collettiva e relazioni sindacali nel pubblico impiego*, in C. Dell'Aringa, S. Negrelli (a cura di), *Le relazioni industriali dopo il 1993*, Angeli, Milano, 2005, pp. 217 ss.

(103) Entrambe le citazioni da M. Ricciardi, *Le relazioni sindacali*, cit., p. 278. In particolare, cfr. *L'innovazione imperfetta. Casi di contrattazione integrativa negli enti locali*, a cura di M. Carrieri, M. Ricciardi, Il Mulino, Bologna, 2006.

(104) Cfr. V. Talamo, *Il lavoro pubblico*, cit., p. 53; F. M. Macioce, *Le relazioni sindacali*, cit., p. 136 e p. 148; U. Romagnoli, *La fase 2 della privatizzazione del pubblico impiego*, in *Scritti in onore di Gino Giugni*, tomo II, Cacucci, Bari, 1999, p. 1016.

dall'amministrazione concreta, pur garantendo alla prima i poteri d'indirizzo e controllo. E qui si ripropone la questione della dirigenza amministrativa che è stata interessata da interventi normativi che ne hanno fortemente compromesso la possibilità di una reale autonomia operativa (105). Il che dovrebbe indurre ad apportare quelle innovazioni tali da ristabilire l'equilibrio tra politica e amministrazione, favorendo le condizioni affinché la dirigenza abbia uno specifico e concreto interesse al buon andamento dell'amministrazione (106).

Ma è necessario fare di più. L'auto-referenzialità della pubblica amministrazione può essere frantumata solo, come poc'anzi si accennava, continuando il percorso della riforma avviata negli anni novanta, la cui linea portante era e resta quella di attivare «circuiti di responsabilità»: e cioè di fare sì che tutti gli attori che agiscono in quella scena svolgano il proprio ruolo, assumendosene totalmente le responsabilità (107). Di fronte al perenne risorgere di pratiche consociative e clientelari, che invece confondono ruoli e responsabilità, vanno incrementati, nelle pubbliche amministrazioni, tutti gli equivalenti funzionali all'azione di stimolo che il mercato esercita nei confronti dell'impresa privata. Ma il proseguimento della diffusione della logica manageriale all'interno delle amministrazioni pubbliche va accompagnata all'adozione di una strategia integrata. Essa dovrebbe mirare all'innervamento di relazioni inclusive e dialogiche tra i vari soggetti coinvolti dall'azione amministrativa; all'attivazione di processi di costruzione di una solida etica pub-

---

(105) Cfr. G. D'Auria, *Ancora una riforma della dirigenza pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, pp. 1149 ss.; S. Cassese, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici: una modificazione costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, pp. 1341 ss.; G. D'Alessio, *La legge di riordino della dirigenza pubblica: nostalgie, antilogie ed amnesie*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, pp. 213 ss.; Idem, *Nuove norme sulla dirigenza: il legislatore miope e le voci amiche*, *ivi*, 2005, pp. 445 ss.

(106) Cfr. le indicazioni di A. Garilli, *Profili dell'organizzazione*, cit., pp. 115 ss.; S. Cassese, *Il rapporto tra politica e amministrazione e la disciplina della dirigenza*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, pp. 231 ss.; Idem, *La dirigenza di vertice tra politica e amministrazione: un contributo alla riflessione*, *ivi*, 2005, pp. 1039 ss.; C. D'Orta, *I dirigenti pubblici: custodi della legalità o managers?*, *ivi*, 2005, pp. 1035 ss.; G. D'Alessio, *La disciplina della dirigenza pubblica: profili critici ed ipotesi di revisione del quadro normativo*, *ivi*, 2006, pp. 575 ss.; U. Romagnoli, *Dirigenti pubblici: lo scenario politico-istituzionale per la valutazione*, in *Dir. lav. merc.*, 2004, pp. 599 ss.

(107) F. Liso, *La privatizzazione*, II ed., cit., pp. 181 ss.; e già A. Orsi Battaglini, *Impiego pubblico e lavoro privato: per un nuovo statuto comune*, in *Lav. dir.*, 1989, pp. 578 ss.; M. Rusciano, *Rapporto di lavoro «pubblico» e «privato». Verso regole comuni?*, *ivi*, 1989, pp. 392 ss.

blica e di radicale mutamento culturale dei protagonisti della vita delle amministrazioni; alla diffusione di tecniche di controllo dal basso e di partecipazione motivata e consapevole dei dipendenti all'attività lavorativa; all'ampliamento delle forme di cittadinanza amministrativa e dei diritti degli utenti alla qualità e all'efficienza dei servizi pubblici (108).

A proposito di quest'ultimo profilo, resta imprescindibile trovare le soluzioni più adeguate per fare sì che gli utenti, i cittadini elettori non dipendenti, possano avere la reale possibilità di attivare «circuiti di responsabilità» nei confronti delle pubbliche amministrazioni. Orbene, vanno proseguiti (ma anche disegnati *ex novo*) tutti quegli interventi concentrati sull'obiettivo di edificare «un'amministrazione al servizio del cittadino e degli utenti, *consumer oriented*, operante non solo nell'interesse pubblico, ma nell'interesse del pubblico» (109). D'altra parte, «il vero e legittimo titolare della cosa pubblica e delle sue risorse» (110) è il cittadino; e pertanto egli ha il diritto di pretendere che l'amministrazione sia orientata al suo servizio (111). Pertanto, «la soddisfazione delle istanze e dei bisogni dei cittadini» si pone come «il fondamentale risultato da conseguire nello svolgimento di quell'attività di cura degli interessi pubblici, che rappresenta il naturale riferimento funzionale, anzi, la stessa motivazione che giustifica l'esistenza delle amministrazioni pubbliche in quanto tali» (112). E ciò va realizzato con riforme, anche radicali, che non ascoltino più le «voci di dentro» (113) o finanche le «voci amiche» degli apparati pubblici (114), ma che si orientino esclusivamente verso la cura degli interessi generali della collettività, sviluppando meccanismi tali che la voce del pubblico e dell'utenza possa trovare riscontro. Per esempio, andrebbero introdotte effettive misure di penalizzazione per le amministrazioni che non legano gli incrementi retributi-

(108) Cfr. P. Ginsborg, *L'Italia del tempo presente*, Einaudi, Torino, 1998, pp. 423 ss.

(109) S. Cassese, *La riforma amministrativa all'inizio della quinta Costituzione dell'Italia unita*, in *Foro it.*, 1994, III, p. 250. Cfr. A. Zucaro, *L'attuazione della riforma del pubblico impiego*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, pp. 832 ss.; U. Romagnoli, *La fase 2*, cit., pp. 1012 ss.; M. Rusciano, *Utenti senza garanti*, *Lav. dir.*, 1996, pp. 39 ss.

(110) A. Orsi Battaglini, *Impiego pubblico*, cit., pp. 580 ss.

(111) Cfr. F. Merloni, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 36.

(112) G. D'Alessio, *La razionalizzazione dell'organizzazione amministrativa*, in F. Carinci (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 293 s.; U. Romagnoli, *La fase 2*, cit., p. 1013.

(113) Cfr. S. Cassese, *Le voci di dentro*, in *Micromega*, 1986, n. 2, pp. 178 ss.

(114) Cfr. S. Cassese, *Lo stato dell'amministrazione*, cit., p. 100; G. D'Alessio, *Nuove norme*, cit., p. 455 ss.

vi per il proprio personale all'aumento della qualità dei servizi o a risparmi di altre spese correnti: indicatori da accertare da organi terzi, formati con una presenza significativa di soggetti esponenti degli interessi dell'utenza ed effettivamente spronati a fare scattare responsabilità e a valorizzare i meriti reali (115).

Beninteso, pensare che la spinta a un uso riformatore della disciplina legale e dello strumento contrattuale possa venire esclusivamente dagli attori politici e sindacali nonché dal corpo burocratico del mondo delle pubbliche amministrazioni è mera illusione. Prendendo a prestito un'eloquente frase di Umberto Romagnoli si può dire che «la "razza padrona" non può sedersi intorno al tavolo contrattuale per trattare la propria estinzione» (116).

6. — *Un cantiere aperto* — Le difficoltà di un reale cambiamento dello stato delle cose, emergenti dalla metafora descritta alla fine del precedente paragrafo, sono confermate dalla lettura del *Memorandum* d'intesa su lavoro pubblico e riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, «Per una nuova qualità dei servizi e delle funzioni pubbliche», sottoscritto, in una prima versione, il 18 gennaio 2007, e, in via definitiva, il 6 aprile 2007 (a seguito dell'Accordo integrativo del 22 marzo 2007, tra organizzazioni sindacali e Regioni, Province e Comuni: che ha accolto le richieste di questi enti su alcune modifiche della versione originaria del *Memorandum*), dal Presidente del Consiglio dei ministri, dal Ministro per le riforme e le innovazioni nella pubblica amministrazione, dal Ministro dell'economia e delle finanze, dal Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome, dal Presidente dell'Anci, dal Presidente dell'Upi, dal Presidente dell'Uncem, da Cgil-Cisl e Uil, nonché da quasi tutte le altre organizzazioni sindacali gravitanti nel settore pubblico.

Subito dopo il varo del testo originario del *Memorandum*, è stato osservato che non si tratta del primo né sarà l'ultimo accordo in materia di riforma della pubblica amministrazione, «secondo un *continuum* di diagnosi e terapia: la pubblica amministrazione è la grande ammalata del sistema Italia, e può e deve essere curata con una dose via via più massiccia di partecipazione sindacale da parte delle tre gran-

(115) Cfr. G. D'Auria, *L'amministrazione centrale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 371.

(116) U. Romagnoli, *Dieci tesi sul pubblico impiego*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 750.

di Confederazioni» (117) e delle altre organizzazioni sindacali. Qui domina lo «scambio politico» in cui l'elemento cardine è la reciproca legittimazione tra governo e movimento sindacale. Per giunta lo «scambio politico» è suggellato dalla sottoscrizione, il 6 aprile 2007, contestualmente al varo del testo definitivo del *Memorandum*, di un nuovo protocollo con cui il governo («anche ai fini dell'attuazione degli obiettivi di miglioramento delle funzioni pubbliche indicati nel *Memorandum*») «assume l'impegno, nell'ambito della prossima legge finanziaria, di integrare le risorse economiche destinate ai rinnovi contrattuali del biennio economico 2006-2007».

Considerata la genesi del *Memorandum*, appunto frutto dell'accordo tra i massimi vertici politici e le organizzazioni sindacali, sarebbe illusorio pensare di trovarvi una chiara e oggettiva descrizione delle terapie necessarie per curare i mali della pubblica amministrazione. Tuttavia, a un esame più attento e pervaso da illuministica fiducia, si può dire che alle ombre si alternano le luci. In effetti, nelle pieghe del *Memorandum* si rintracciano frasi che fanno sorgere il sospetto della volontà delle parti di favorire «l'occupazione contrattuale dell'intera area dell'organizzazione» (118), specie con riferimento alla dirigenza. A tal punto che v'è chi ha osservato che, a seguito del risalto attribuito alle varie forme di partecipazione sindacale, risultante dal *Memorandum*, «in questo modo il governo concorda con i sindacati ciò che un imprenditore privato non sarebbe mai disposto a concordare, cioè l'assetto della propria organizzazione produttiva» (119). È peraltro sorprendente come l'Aran non venga mai nominata nel documento, a dimostrazione del suo ruolo di «intercapedine fittizia» (120). Così, le critiche convergono nel ritenere che il *Memorandum* si ponga in aperta contrapposizione con i principi della privatizzazione del lavoro pubblico, e specialmente con il tentativo di ricondurre questo alla cultura del lavoro privato (121). Ma, come si è detto, tra le molte ombre è possibile rintracciare diverse luci, come quelle relative all'accento sull'esigenza

---

(117) F. Carinci, *Di buone intenzioni è lastricata la via dell'inferno*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, p. 1043.

(118) Cfr. F. Carinci, *Di buone intenzioni...*, cit., p. 1046.

(119) S. Battini, *Per una nuova qualità dei servizi e delle funzioni pubbliche: sì, ma come?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, p. 1121.

(120) F. Carinci, *Di buone intenzioni...*, cit., p. 1044.

(121) Così, F. Carinci, *Di buone intenzioni...*, cit., p. 1048; S. Battini, *Per una nuova qualità*, cit., p. 121.

della diffusione di un metodo che imponga alle amministrazioni l'idea dell'agire per obiettivi, e, di conseguenza, sia fondato su una cultura della valutazione dei risultati che dovrebbe permeare ogni momento e ogni interstizio dell'attività delle pubbliche amministrazioni; e che quindi l'obiettivo principale debba essere quello di aumentare l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa nella direzione di garantire la soddisfazione degli utenti. D'altra parte, se si concepisce la pubblica amministrazione come un imparziale erogatore di servizi a favore del cittadino, la valutazione dei risultati di tale attività permette di accertare se effettivamente l'amministrazione realizzi o meno la sua missione di aumentare il livello di benessere degli stessi cittadini.

In questa prospettiva, è interessante il punto relativo alla contrattazione integrativa, laddove si coglie l'esplicito riconoscimento delle storture del sistema e la distanza che attualmente corre tra la teoria e la prassi. Se non vi fosse tale distanza, il relativo punto non sarebbe stato neppure scritto, e pertanto ha almeno il significato di svelare alcune convenzionali ipocrisie. Si legge, infatti, che «la contrattazione integrativa si deve svolgere sulle materie e nelle modalità definite dai contratti nazionali. Le parti concordano nei prossimi rinnovi contrattuali di finanziare l'utilizzo dei fondi anche per conseguire nella contrattazione integrativa risultati mirati alla qualità e quantità dei servizi; ad esempio, l'ampliamento degli orari di apertura dei servizi, riduzione dei tempi di attesa, misure integrative di stabilizzazione del precariato, innovazioni di processo. Le risorse finanziarie destinate alla contrattazione integrativa sono individuate dai contratti collettivi evitando ricorso a interventi legislativi e normativi per integrare le risorse non conseguenti ad accordi tra le parti finalizzati a specifici obiettivi di miglioramento della qualità dei servizi o a seguito di eventi straordinari o per l'implementazione di riforme amministrative. La contrattazione integrativa deve rispondere a criteri omogenei e cogenti dettati dai contratti collettivi nazionali in cui siano riflessi a fini premiali i risultati positivi della gestione. Saranno introdotti nei Ccnl sistemi di valutazione e misurazione e criteri di accertamento dell'apporto individuale alla produttività. Il raggiungimento dei risultati costituisce uno strumento di differenziazione del trattamento economico. Sui risultati vanno altresì introdotti controlli concertati tra le amministrazioni, le confederazioni sindacali e i cittadini utenti, predisponendo appositi strumenti di rilevazione del loro grado di soddisfazione dei servizi erogati, al fine di verificare l'effettiva efficacia delle politiche di gestione dell'incentivazione. Al tempo stesso, verrà assicurato

che, come nella contrattazione nazionale, l'amministrazione sia reale controparte del sindacato». Basti qui osservare che se si arriva a sostenere che bisognerà fare sì che nella contrattazione collettiva integrativa la pubblica amministrazione «sia reale controparte del sindacato», si ammette che attualmente così non è: e che quindi la pubblica amministrazione non si comporta da «privato datore di lavoro», non manifestando interessi «fisiologicamente» contrapposti a quelli del sindacato (122).

Questo punto del *Memorandum* per giunta non è recepito nella parte del *Memorandum* relativo al sistema delle Regioni e delle Autonomie locali, ma è sostituito con un'altra formulazione ben più sfumata; anche se pure lì si legge che «sui risultati, vanno altresì introdotte verifiche con i cittadini utenti, i cui esiti saranno resi accessibili alle organizzazioni sindacali, predisponendo appositi strumenti di rilevazione del grado di soddisfazione dei servizi erogati, anche al fine di verificare l'effettiva efficacia dei sistemi incentivanti».

Significativo è altresì il fatto che le esigenze della valutazione dei risultati dell'azione amministrativa e dei lavoratori pubblici, e quindi l'accento sull'attivazione concreta di circuiti di responsabilità, hanno riassunto rilievo nel dibattito pubblico (123). Sicché, ha avuto grossa risonanza la proposta, di alcuni studiosi e parlamentari, volta a istituire un'apposita «Autorità per la valutazione del personale e delle strutture pubbliche» (124). Al di là degli aspetti tecnico-giuridici del progetto e del fatto se vi sia effettivamente bisogno di un organo del genere, l'a-

---

(122) Cfr. C. Dell'Aringa, *Una regia nazionale*, cit.

(123) Sulla ripresa dell'attenzione ai problemi dell'inefficienza della pubblica amministrazione e del personale pubblico e sui diversi rimedi necessari per contrastarla, da ultimo, cfr. S. Nespore, *La fabbrica dei nullafacenti*, Il Mulino, 2007, pp. 45 ss.; M. Dal Co, *La malattia burocratica*, *ivi*, pp. 54 ss.; P. Ichino, *I nullafacenti. Perché e come reagire alla più grave ingiustizia della nostra pubblica amministrazione*, Milano, Mondadori, 2006; A. Sandulli, *I dirigenti pubblici e l'isola che non c'è*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, pp. 1281 ss.

(124) Cfr. la proposta di legge n. 2080, «Norme in materia di valutazione dell'efficienza e del rendimento delle strutture e dei dipendenti pubblici», presentata alla Camera dei Deputati il 18 dicembre 2006 da un numeroso gruppo di deputati, e della quale il primo firmatario è l'onorevole Turci. Di contenuto analogo è il disegno di legge presentato al Senato della Repubblica il 22 dicembre 2006, tra i cui firmatari v'è il senatore Treu. Il progetto è stato elaborato da un gruppo di studiosi coordinato da P. Ichino e B. G. Mattarella. E su di esso cfr. P. Ichino, *Per rompere il circolo vizioso*, in *La voce.info*, 6 febbraio 2007; C. Dell'Aringa, *Due binari per la riforma*, cit.; e gli altri intervenienti su *La voce.info*, tra cui: *Ma l'Authority non serve*, 15 febbraio 2007, a cura del Gruppo di lavoro Sisper; B. Dente, *Più pubblica o più privata?*, 15 febbraio 2007.

spetto di esso condivisibile è quello di cercare di fare sì che possa trovare *audience*, all'interno delle pubbliche amministrazioni, il punto di vista, antagonista al mantenimento dello *status quo*, del cittadino utente dei servizi. Il che è messo in evidenza, per esempio, nelle parti della proposta che parlano di: «organizzazione di un confronto pubblico annuale sull'attività di valutazione compiuta da ciascuna pubblica amministrazione, con la partecipazione di associazioni dei consumatori e degli utenti, di studiosi qualificati e di organi di informazione; disponibilità permanente sul sito *Internet* dell'Autorità dei dati relativi al confronto pubblico»; «previsione di modalità di partecipazione delle associazioni dei consumatori e degli utenti agli organi di valutazione e alla loro attività».

Come si vede, il lavoro pubblico resta un cantiere aperto di cui è incerto l'assetto finale e sarà solo la successiva «lezione dei fatti» (125) a fornire il giudizio conclusivo. Ma al momento sembra opportuno ritenere che siano questi, da ultimo accennati, gli spunti che andrebbero valorizzati per realizzare effettivamente una democrazia amministrativa in cui (grazie a inchieste, dibattiti pubblici, forme di partecipazione diffusa) siano coinvolte le collettività interessate in tutti i processi decisionali pubblici, scardinandone la tradizionale auto-referenzialità (126). E così permettendo di realizzare l'auspicato modello di un'amministrazione come efficiente «apparato pubblico al servizio della collettività» (127).

---

(125) Cfr. F. Carinci, *Una riforma «conclusa»*, p. 374.

(126) Cfr. S. Cassese, *Per una nuova disciplina dei diritti dei privati nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, p. 5; A. Natalini, *Il tempo delle riforme*, cit., pp. 81 ss.

(127) S. Cassese, *Grandezze e miserie dell'alta burocrazia italiana*, in *Pol. dir.*, 1981, p. 223; così, S. Cassese, A. Mari, *L'oscuro ruolo dell'alta dirigenza italiana*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 17.

*Enrico Maria Mastinu* (\*)

IL LAVORO ALLE DIPENDENZE  
DELLE AMMINISTRAZIONI REGIONALI  
NEL TITOLO V DELLA COSTITUZIONE

SOMMARIO: 1. Il *se* della competenza delle Regioni ad autonomia differenziata in materia di pubblico impiego regionale. — 2. Il *come* della competenza delle Regioni ad autonomia differenziata in materia di pubblico impiego regionale. Premessa. — 2.1. *Segue*: Le Regioni ordinarie. — 2.2. *Segue*: I riflessi per le Regioni ad autonomia differenziata. — 3. Il *quanto* della competenza delle Regioni ad autonomia differenziata in materia di pubblico impiego regionale. Il problema dei limiti. — 3.1. Il limite costituzionale. — 3.1.1. *Segue*: L'art. 120, comma 1, della Costituzione. — 3.1.2. *Segue*: La scelta privatistica e il regime delle fonti della disciplina del pubblico impiego regionale. — 3.2. I vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. — 3.3. La competenza statale esclusiva in materia di *determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*. — 3.4. Il limite derivante dall'iscrizione alla potestà legislativa statale della competenza in materia di *ordinamento civile*. — 3.5. Il limite derivante dalla *funzione* statale di coordinamento della finanza pubblica. — 3.6. Il limite derivante dalla potestà legislativa statale in materia di *giurisdizione e norme processuali*. — 3.7. *Segue*: ... e in materia di *previdenza sociale di base e complementare*. — 3.8. Considerazioni conclusive sull'attuale ambito delle competenze legislative regionali in materia di pubblico impiego. — 4. Gli scenari e le prospettive. La posizione della contrattazione collettiva regionale.

1. — *Il se della competenza delle Regioni ad autonomia differenziata in materia di pubblico impiego regionale* — Senza sostanziali difformità di accenti e formulazione gli Statuti delle cinque Regioni italiane ad autonomia differenziata ascrivono la materia dell'ordinamento degli uffici regionali e dello stato giuridico ed economico del personale dipendente (e dipendente dagli enti strumentali regionali) alla competenza legislativa primaria dell'ente Regione, da esercitarsi nel rispetto e nei limiti: a) della Costituzione; b) dei principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica; c) degli obblighi internazionali; d)

---

(\*) Ricercatore di Diritto del lavoro presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Cagliari.

degli interessi nazionali; e) delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica (1).

Presso le Regioni a Statuto speciale, l'esercizio di questa competenza si è tradotto nell'adozione di discipline del pubblico impiego regionale proprie e distinte rispetto all'omologa nazionale (2). Mai eversive nei contenuti rispetto a questa, tuttavia, come mostra bene l'esperienza della Regione Sardegna, la quale: a) sotto il vigore del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, ha emanato la legge regionale 17 agosto 1978, n. 51, che del primo ha ripetuto contenuti e struttura; b) sotto il vigore della legge quadro sul pubblico impiego 29 marzo 1983, n. 93, ha emanato la pressoché gemella legge regionale 25 giugno 1984; c) dopo l'adozione del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, ha adottato l'attualmente vigente legge regionale 13 novembre 1998, n. 31, che il provvedimento nazionale sostanzialmente riprende nella versione risultante dalle integrazioni e modifiche apportate dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80.

2. — *Il come della competenza delle Regioni ad autonomia differenziata in materia di pubblico impiego regionale. Premessa* — La legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (legge di riforma del Titolo V della Costituzione), non ha inciso in modo diretto sugli Statuti delle Regioni ad autonomia differenziata e delle Province autonome. Ha, tuttavia, disposto che i maggiori ambiti di autonomia, riconosciuti alle Regioni ordinarie in materie già di competenza di quelle speciali, si estendono anche a queste ultime (3). E ha riconosciuto anche alle Regioni ordinarie una sfera di competenza esclusiva, analoga a quella già propria delle Regioni speciali, solo da esercitarsi entro i meno penetranti limiti: a) del

(1) Art. 3, comma 1, lett. *a*, Statuto Sardegna; art. 4, comma 1, n. 1, Statuto Friuli-Venezia Giulia; art. 14, comma 1, lett. *p* e *q*, Statuto Sicilia; art. 4, comma 1, n. 1, Statuto Trentino-Alto Adige; art. 2, comma 1, lett. *a*, Statuto Valle D'Aosta.

(2) Cfr. legge Regione Sardegna 13 novembre 1998, n. 31; legge Regione Sicilia, 15 maggio 2000, n. 10; legge Regione Valle D'Aosta 23 ottobre 1995, n. 45; legge Regione Trentino-Alto Adige, 21 luglio 2000, n. 3; legge Regione Friuli-Venezia Giulia, 27 marzo 1996, n. 18.

(3) L'art. 10, legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, legge di riforma del Titolo V della Costituzione, dispone testualmente che *sino all'adeguamento dei rispettivi statuti, le disposizioni della presente legge costituzionale si applicano anche alle Regioni a Statuto speciale e alle Province autonome di Trento e di Bolzano per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite*. Medesimo contenuto ha avuto l'art. 54 della delibera legislativa costituzionale approvata definitivamente dal Senato il 16 novembre 2005 (in *Gazz. Uff.* n. 269 del 18 novembre 2005), poi non confermata dal referendum popolare previsto dall'art. 138, comma 2, Cost.

rispetto della Costituzione; b) dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali (art. 117, comma 1, Cost.).

2.1. — Segue: *Le Regioni ordinarie* — Nella lettura che ne ha fatto un sostanzialmente non contraddetto orientamento della Corte Costituzionale, l'attuale formulazione dell'art. 117 della Costituzione alloca presso le Regioni ordinarie la potestà legislativa esclusiva in materia di pubblico impiego regionale (4). È vero che la proposizione ha avuto carattere incidentale; nondimeno deve essere condivisa in quanto appoggiata da solidi argomenti testuali, storici e sistematici.

Sul piano testuale rileva che l'organizzazione amministrativa degli enti regionali e lo stato economico e giuridico del correlativo personale non sia fra le materie di competenza esclusiva dello Stato, fra le quali invece si annovera l'*ordinamento e l'organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali* (5); e neppure fra quelle di competenza ri-

---

(4) Corte Cost. 24 luglio 2003, n. 274, sulla quale si vedano le annotazioni e i rilievi critici di: R. Salomone, *Nessun dubbio sulla collocazione del lavoro pubblico regionale rispetto al riparto di competenze delineato dal nuovo 117 Cost.*, in *Forum di QC*, 2003; Idem, *Il diritto del lavoro nella riforma costituzionale*, Cedam, 2005, pp. 171 ss.; A. Trojsi, *Lavoro pubblico e riparto di potestà normativa*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2005, pp. 491 ss.; nonché degli altri Autori citati alla successiva nota 6. Sulla stessa linea della pronuncia n. 274 si pongono pure Corte Cost. 15 novembre 2004, n. 345 (anche se nella forma dell'*obiter*); Corte Cost. 16 giugno 2006, n. 233, e Corte Cost. 5 luglio 2006, n. 308.

(5) Art. 117, comma 2, lett. g, nella formulazione risultante dalla novella apportata dalla legge costituzionale n. 3/2001. La formula costituzionale non si estende anche al profilo dello *stato giuridico ed economico del personale* statale; non di meno lo ricomprende in ragione della stretta implicazione fra la disciplina dell'organizzazione amministrativa e quella dei rapporti di lavoro in ambito pubblico (cfr. Corte Cost. 19 dicembre 2003, n. 359; da ultimo si veda anche Corte Costituzionale 24 gennaio 2005, n. 26, e Corte Cost. 27 gennaio 2005, n. 37). Questa, come si dirà subito, è stata anche l'interpretazione invalsa sotto il vecchio testo dell'art. 117 Cost., in relazione alla dizione *ordinamento degli uffici e degli enti amministrativi dipendenti dalla Regione*.

In merito all'ampiezza di questa competenza statale esclusiva, la Corte Costituzionale ha avuto modo di precisare che lo Stato può istituire e disciplinare enti pubblici nazionali solo nei casi in cui disponga di una competenza legislativa non limitata ai principi fondamentali, «perché la sua competenza a legiferare nella materia «ordinamento e organizzazione amministrativa degli enti pubblici nazionali» non rappresenta un titolo «trasversale» in grado di legittimare qualsivoglia intervento legislativo indipendentemente dalle specifiche funzioni che a un determinato ente pubblico vengano in concreto attribuite e dalle materie di competenza legislativa cui tali funzioni afferiscano. Pertanto, detta competenza esclusiva può essere legittimamente esercitata solo allorché la legge statale affidi a tali enti funzioni afferenti a materie di propria legislazio-

partita delle Regioni. Donde la sua ascrizione alla competenza residuale, esclusiva delle Regioni ordinarie, in applicazione del criterio contenuto nell'art. 117, comma 4, Cost.

Sul piano storico rileva che già sotto il vigore del vecchio testo dell'art. 117 della Costituzione, le Regioni a Statuto ordinario si videro riconosciuta una competenza legislativa concorrente in materia di *ordinamento degli uffici e degli enti amministrativi dipendenti dalla Regione* (art. 117, comma 1, punto 1), formula che comprendeva anche lo stato giuridico ed economico del personale, secondo una premessa evidentemente condivisa anche dal legislatore ordinario se è vero che la legge 29 marzo 1983, n. 93, è stata espressamente qualificata come legge quadro e che valenza di norme di principio, ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost. (vecchio testo), si auto-attribuiva l'intero articolato del d.lgs. 2 febbraio 1993, n. 29 (6).

---

ne esclusiva, oppure nei casi in cui, al fine di garantire l'esercizio unitario di determinate funzioni, che pur sarebbero di normale competenza delle Regioni o degli enti locali, intervenga in sussidiarietà proprio mediante la previsione e la disciplina di uno o più appositi enti pubblici nazionali» (così, Corte Cost. 23 giugno 2005, n. 270).

(6) In questo senso, cfr. L. Zoppoli, *Neoregionalismo e contrattualizzazione del lavoro pubblico*, in M. D'Antona e F. Carinci (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, *Commentario*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 81; Idem, *La riforma del Titolo V della Costituzione e la regolamentazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni: come ricomporre i «pezzi» di un difficile puzzle?*, in *Lav. pubbl. amm.*, suppl. I, 2002, p. 159; si veda, inoltre, *infra*, la nota 8. L'opinione contraria è, invece, sostenuta, fra gli altri, da F. Carinci, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, pp. 63 ss.; Idem, *Regola maggioritaria, alternanza e bulimia riformatrice*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, p. 849; A. Trojsi, *Lavoro pubblico...*, cit., pp. 491 ss.; F. Borgogelli, *L'ordinamento del lavoro fra Stato e regioni*, in L. Ammannati, T. Groppi, *La potestà legislativa fra Stato e regioni*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 83 ss.; e, da ultimo, anche da L. Zoppoli, *Applicabilità della riforma del lavoro pubblico alle regioni e riforma costituzionale*, in F. Carinci, L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino, 2004, vol. V, pp. 62 ss., che, sul punto, rettifica l'opinione espressa nella precedente edizione del *Commentario*. Per l'analisi dell'esperienza legislativa in materia di pubblico impiego nelle Regioni ordinarie si veda la ricerca di G. Natullo, *I rapporti di lavoro nella legislazione regionale dopo la riforma del pubblico impiego*, in G. Lisella e L. Zoppoli (a cura di), *Nuovi strumenti giuridici nelle autonomie locali*, ESI, Napoli; nonché L. Zoppoli (a cura di), *Ordinamento, organizzazione amministrativa e rapporti di lavoro nella legislazione calabrese*, Rubbettino, 1996.

Nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, cfr. Corte Cost. 30 luglio 1993, n. 359; Corte Cost. 29 novembre 1995, n. 528; Corte Cost. 25 maggio 1999, n. 185; da ultimo, con riferimento al testo dell'art. 117 Cost. *post* riforma, con riferimento alla disciplina dei rapporti di lavoro della dirigenza regionale, Corte Cost. 16 giugno 2006, n. 233, ha definito *l'organizzazione amministrativa della Regione*, come una materia *comprensiva dell'incidenza della stessa sulla disciplina del relativo personale*, devoluta alla com-

Sul piano sistematico, rileva, infine, che adesso quella stessa materia non figura più fra quelle di competenza concorrente, e postularne l'ascrizione a quelle di competenza esclusiva statale (*sub specie di ordinamento civile*), comporterebbe, a dir del meno, l'effetto incongruo di riconoscere alle Regioni ordinarie una competenza minore rispetto a quella loro riconosciuta nel regime precedente, che è proposizione troppo forte per poter essere argomentata sulla base di soli elementi extratestuali.

Da ultimo, una conferma dell'opzione che ascrive la materia del pubblico impiego regionale alla competenza residuale, esclusiva delle Regioni, proviene dalla riscrittura dell'art. 117 Cost., compiuta dall'art. 39 della delibera legislativa costituzionale approvata definitivamente dal Senato il 16 novembre 2005; disposizione mai entrata in vigore in quanto non ha superato il vaglio del *referendum* confermativo previsto dall'art. 138, comma 2, Cost. Questo provvedimento, il quale si curò di attribuire esplicitamente alla competenza legislativa esclusiva dello Stato ulteriori, specifiche materie per le quali si era posto il dubbio se dovessero rifluire nella competenza legislativa regionale residuale, quali materie innominate (7), nulla dispose sull'ordinamento, sull'organizzazione amministrativa e sui rapporti di lavoro alle dipendenze di Stato e Regioni, con ciò evidentemente ritenendo pacifico che la competenza su questa materia fosse da ritenere saldamente allocata presso le Regioni.

2.2. — Segue: *I riflessi per le Regioni ad autonomia differenziata* — La premessa che ascrive la materia dell'*organizzazione degli uffici e dello stato giuridico ed economico del personale regionale* alla competenza esclusiva delle Regioni a Statuto ordinario ha uno svolgimento cruciale sul terreno delle potestà legislative di quelle a Statuto speciale, che si ampliano significativamente: auspice la clausola di adeguamento automatico contenuta nell'art. 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, le Regioni a Statuto speciale, in materia di pubblico impie-

---

petenza residuale delle Regioni. Sul punto, è anche il caso di rammentare un altro insegnamento della Corte Costituzionale, la quale ha ritenuto che *per individuare i contenuti delle «materie» elencate nei commi 2 e 3 dell'art. 117 Cost., come modificato dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, utili elementi possono trarsi anche dalla normativa precedente la modifica stessa, considerata nelle sue sistemazioni e nelle sue valutazioni* (cfr. Corte Cost. 13 gennaio 2004, n. 4, e Corte Cost. 29 ottobre 2003, n. 324).

(7) Cfr. la Relazione al Senato sulla delibera legislativa costituzionale di modifica dell'art. 117 Cost.

go regionale, risultano affrancate (anche) dal limite statutario dell'obbligo di rispettare *le norme fondamentali delle riforme economiche e sociali della Repubblica*, che non è proprio della competenza esclusiva delle Regioni ordinarie (8). Con il che, l'analisi che segue, con il corredo di argomenti correlato, è riferibile indifferentemente alle Regioni ordinarie come a quelle speciali.

3. — *Il quanto della competenza delle Regioni ad autonomia differenziata in materia di pubblico impiego regionale. Il problema dei limiti* — Anche nella forma esclusiva, la potestà legislativa regionale si esplica entro una cornice di limiti di varia entità. Ond'è che la maggiore ampiezza guadagnata dalle proprie competenze legislative non procura alle Regioni la piena disponibilità dei contenuti materiali della disciplina del pubblico impiego regionale.

Il tema dei limiti alle potestà legislative primarie delle Regioni trova una disciplina lineare sul piano formale nell'art. 117, comma 1, Cost., il quale impegna l'esercizio delle potestà legislative delle Regioni al rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, ma presenta qualche difficoltà sul piano applicativo, dove le competenze dell'una potestà legislativa si devono misurare anche con competenze coestensive dell'altra, in una guisa che legittima incursioni della legge statale in aree materiali, in astratto, proprie della competenza regionale residuale, esclusiva (9).

(8) Il testo dell'art. 10, legge costituzionale 10 ottobre 2001, n. 3, è riportato *retro* alla nota 3. Sul punto cfr., ancora, Corte Cost. 24 luglio 2003, n. 274, in parte contraddetta dalla successiva Corte Cost., 21 ottobre 2003, n. 314, con posizione condivisa da A. Bellavista, *Federalismo e lavoro pubblico regionale*, in *Diritto del lavoro i nuovi problemi. L'omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, Cedam, 2005, spec. pp. 13 e 14. Sulla stessa linea di Corte Cost. 24 luglio 2003, n. 274, si sono da ultimo poste Corte Cost. 16 giugno 2006, n. 233, e Corte Cost. 5 luglio 2006, n. 308.

Per spunti e annotazioni sul funzionamento della clausola di adeguamento automatico contenuta nell'art. 10 della legge costituzionale n. 3/2001 rinvio a G. Coinu e G. Demuro, *Regioni a statuto speciale e clausola di adeguamento automatico*, in P. Caretti, (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2002*, Giapichelli, Torino, 2003, pp. 101 ss.; spunti anche in P. Pinna, *Il diritto costituzionale della Sardegna*, Giapichelli, 2003, pp. 89 ss.

(9) Questo carattere di molte delle competenze legislative attribuite allo Stato è stato concettualizzato in termini di *trasversalità* e ha sollevato una serie di questioni applicative acutamente analizzate da S. Bartole, *Regioni ed ordinamento civile: il punto di vista del costituzionalista*, in *L'ordinamento civile nel nuovo sistema delle fonti legislative*, in *Quad. Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 6, 2003, pp. 77 ss., e da B. Caruso, *Il diritto del lavoro nel tempo della sussidiarietà (le competenze territoriali nella governance multivelo)*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, pp. 801 ss.

Il rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali integrano un limite *immediato e diretto* alla potestà legislativa regionale; carattere *mediato e indiretto* hanno invece le limitazioni derivanti dall'esercizio di competenze coestensive statali.

3.1. — *Il limite costituzionale* — L'esercizio della potestà legislativa regionale in materia di pubblico impiego domestico incontra un primo, non piccolo limite *diretto* nella Costituzione (art. 117, comma 1, Cost.), che, sulla materia del lavoro in generale (artt. 3, 4, 35, 36, 37, 39, 40) e di quello alle dipendenze della pubblica amministrazione in particolare, detta precetti di speciale pregnanza e pervasività (artt. 28, 51, 97 e 98) (10). La capacità delle regole e dei principi costituzionali di circoscrivere la discrezionalità delle scelte dei legislatori regionali in questa materia procede dal loro contenuto, per lo più rappresentato da criteri di conformazione *dei modelli di tutela di chi lavora* (11). E questi modelli, in ragione della sostanziale uniformità territoriale degli interessi protetti, deve trovare attuazione tendenzialmente uniforme su tutto il territorio nazionale, onde non ledere il principio di eguaglianza fra i cittadini e dell'unità dell'ordinamento giuridico (artt. 3 e 5 Cost.) (12).

---

(10) Cfr. *infra*, par. 3.1.2. Al contrario di molte disposizioni costituzionali, le quali enunciano *principi*, cioè «direttive di ottimizzazione rivolte al legislatore o al giudice ed esprimenti un comando di attuazione nella misura consentita dalle possibilità di fatto e giuridiche...», le disposizioni costituzionali in materia di lavoro hanno, per lo più, carattere immediatamente precettivo (così è per gli artt. 28, 36, 37, 39, comma 1, 40, 51, 97 Cost.): enunciano propriamente *regole*, ossia direttive di comportamento autosufficienti, capaci di imporsi sia quali parametri di legittimità costituzionale della legge regionale, sia come fonti di regole di condotta immediatamente vincolanti nei confronti dei singoli dipendenti e delle Oo.Ss. Sul punto cfr. L. Mengoni, *L'influenza del diritto civile, diritto processuale civile e diritto amministrativo - Diritto civile*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, pp. 5 ss.; M. Magri, *L'applicazione diretta della Costituzione da parte della pubblica amministrazione*, in E. Malfatti, R. Romboli (a cura di), *Il giudizio di costituzionalità delle leggi e la sua diffusione*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 118 ss. In giurisprudenza cfr. Cass. 26 febbraio 2002, n. 31895.

(11) Così, M. Persiani, *Devolution e diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, p. 29.

(12) Il limite dell'unità dell'ordinamento giuridico e dell'eguaglianza fra i cittadini ha un rilievo esplicitamente riconosciuto sul terreno della normazione di diritto privato (cfr. *infra*, par. 3.4.), ma evidentemente opera in modo analogo anche entro l'orizzonte pubblicistico di disciplina del pubblico impiego [uno spunto in tal senso ancora in M. Persiani, *Devolution...*, cit., pp. 22 ss., e in M. Dell'Olio, B. Sassani (a cura di), *Amministrazioni pubbliche, lavoro, processo. Commento ai decreti legislativo 31 marzo 1998, n. 80 e 29 ottobre 1998, n. 387*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 19].

Si dirà meglio trattando dei limiti derivanti dall'esercizio di competenze coestensive statali quali speciali svolgimenti abbia questa premessa (13). Qui si deve enunciare quello più generale, il quale consiste nella elevazione della disciplina legislativa nazionale del rapporto di lavoro pubblico a fonte indiretta di vincoli per i legislatori regionali: nei luoghi nei quali abbia svolto il nucleo essenziale dei richiamati precetti costituzionali, la legge nazionale finisce, difatti, per rappresentare un parametro o un *modello* sia pure mediato o di fatto di controllo della legittimità delle scelte dei legislatori regionali (14). E tanto più forte saranno questi vincoli quanto meno l'attuazione di quei precetti tolleri differenziazioni su base regionale. Un esempio su tutti è rappresentato dalla disciplina dei criteri per la misurazione della rappresentatività del sindacato dei lavoratori nella negoziazione collettiva (15), che, non a caso, i legislatori regionali, che si sono dotati di una propria legge, hanno mutuato dalla legge nazionale con la tecnica del richiamo integrale (16).

---

(13) Cfr. *infra*, spec. parr. 3.1.2., 3.3., 3.4., 3.5.

(14) Qui con la precisazione che non è sufficiente addurre l'esistenza di una mera difformità fra legge regionale e legge statale per concludere che la legge regionale sia in-costituzionale, dovendosi pur sempre allegare una violazione dei precetti costituzionali da parte della legge regionale. Sul punto cfr. Corte Cost. 16 giugno 2006, n. 233.

(15) Invece, vi sono maggiori margini di differenziazione per quel che concerne la disciplina della rappresentanza delle amministrazioni regionali nella contrattazione collettiva, come peraltro avviene già presso le Regioni speciali, che si sono dotate di un organismo di rappresentanza autonomo e distinto rispetto all'Aran. Per approfondimenti rinvio alle annotazioni di T. Treu, *Diritto del lavoro e federalismo*, in *L'ordinamento civile nel nuovo sistema delle fonti legislative*, in *Quad. Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 6, 2003, pp. 50-51, A. Garilli, *Diritto del lavoro e nuovo assetto dello Stato*, in *q. Riv.*, 2004, p. 359; ma si veda anche A. Viscomi, *Prime riflessioni sulla struttura della contrattazione collettiva nelle pubbliche amministrazioni nella prospettiva della riforma costituzionale*, in *Lav. pubbl. amm.*, suppl., 2002, pp. 165 ss.

Nella giurisprudenza costituzionale, qualche indicazione sul punto è anche contenuta nella nota sentenza del 13 gennaio 2004, n. 2, che, scrutinando l'art. 50 dello Statuto della Regione Calabria, ha ritenuto rispettosa del riparto di competenze fra Stato e Regioni la disciplina degli aspetti procedurali della contrattazione collettiva per la dirigenza regionale, ivi contenuta.

(16) Si veda, ad es., la legge regionale sarda 13 novembre 1998, n. 31, il cui art. 60, comma 2, rinvia ai commi 1 e 3 dell'art. 43 del d.lgs. n. 165/2001 ai fini della determinazione della rappresentatività delle Oo.Ss. dei lavoratori. Nello stesso ordine di idee osservo che i contenuti materiali della disciplina nazionale sulla rappresentatività sindacale di cui all'art. 43 del d.lgs. n. 165/2001 sono ripresi anche dal legislatore nazionale ai fini della disciplina legislativa dei rapporti di lavoro di alcune delle categorie escluse dalla privatizzazione, quali ad es. le forze di polizia a ordinamento autonomo (cfr. l'art. 2 del d.lgs. 12 maggio 1995, n. 195).

3.1.1. — Segue: *L'art. 120, comma 1, della Costituzione* — Poca efficienza a limitare la competenza delle Regioni in materia di pubblico impiego regionale ha, invece, il divieto di adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone tra le Regioni, o limitino altrimenti l'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale, contenuto nell'art. 120, comma 1, della Costituzione. Questo precetto non solo è assai poco invocato nei giudizi di costituzionalità, ma se riferito alla disciplina dell'impiego regionale sarebbe efficiente a impedire che i singoli legislatori regionali imponessero limitazioni di accesso agli impieghi eccessivamente gravose per alcune categorie di cittadini e/o per quelli provenienti da altre Regioni (17), oppure a giustificare interventi della legge statale volti a rimuovere dette limitazioni, come di recente è avvenuto (18). Avrebbe, cioè, una funzione essenzialmente antiprotezionistica, con una portata poco significativa in quanto sopravanzata dal principio di eguaglianza enunciato nell'art. 3 Cost., dal principio di imparzialità dell'amministrazione e dalla regola del pubblico concorso enunciata negli artt. 51 e 97 Cost. (19).

3.1.2. — Segue. *La scelta privatistica e il regime delle fonti della disciplina del pubblico impiego regionale* — Non rappresenta un vincolo costituzionale all'esplicarsi della potestà legislativa regionale la scelta della cd. *privatizzazione*, che sarà (stata) anche oggetto di un principio fondamentale contenuto in norma di riforma economica e sociale della Repubblica (20), ma che non può dirsi sia stata costituzionalmente ne-

---

(17) Sul punto, qualche notazione in M. Carli, *I limiti alla potestà legislativa regionale*, in *Re*, 2002, pp. 1361 s. In giurisprudenza, uno spunto è contenuto in Corte Cost. 28 gennaio 2005, n. 50, e in Corte Cost. 12 aprile 2005, n. 147, ove, con ampi richiami alla giurisprudenza precedente, è precisato che il divieto posto dall'art. 120, comma 1, Cost. è da intendersi come preclusione per la legge regionale di porre limiti alla possibilità per i cittadini di svolgere attività di lavoro nel territorio della Regione e non anche, invece, di individuare limitazioni all'interno di esso sulla base di specifiche esigenze.

(18) Cfr. ancora Corte Cost., 15 dicembre 2004, n. 388, che ha ritenuto costituzionalmente legittima la previsione dell'art. 7 della legge 16 gennaio 2003, n. 3 (collegato ordinamentale alla finanziaria per l'anno 2003), il quale ha subordinato le nuove assunzioni di personale pubblico al previo esperimento delle procedure di mobilità a fine finalizzate al riassorbimento del personale in esubero presso altri enti.

(19) Ma in senso parzialmente contrario, cfr. M. Persiani, *Devolution...*, cit., pp. 3-31.

(20) Cfr. l'art. 1, comma 3, d.lgs. 30 marzo 2000, n. 165. Si rammenta che, secondo l'insegnamento della Corte Costituzionale, la nozione di *norme fondamentali* di

cessitata e, per questo, non rappresenta più un limite all'esplicitarsi della potestà legislativa delle Regioni ad autonomia differenziata (21). Donde la legittimità della scelta di quei legislatori regionali che decidessero di portare l'intera disciplina del pubblico impiego, anche quella concernente la bassa organizzazione degli uffici e il rapporto individuale di lavoro, in regime di diritto amministrativo, quindi sotto il governo di atti di carattere autoritativo-provvedimentale.

La possibilità riconosciuta alle Regioni di incidere sull'assetto formale delle fonti della disciplina del pubblico impiego regionale rappresenta il lineare svolgimento della premessa che attribuisce a questi enti la competenza esclusiva in materia. Ma non consente che si dia luogo a un arretramento degli orologi della storia alla fase antecedente alla riforma dei primi anni novanta del secolo scorso. E non perché la scelta privatistica fatta dal legislatore storico degli anni 1992/93 sia stata costituzionalizzata in blocco (22), quanto perché, nel frattempo, per l'opera insensibile della riflessione dottrinale e per quella più incisiva dell'elaborazione della Corte Costituzionale, è mutato il quadro costituzionale sostanziale di riferimento. In dieci anni di evoluzione normativa, dall'art. 2 della legge n. 421/1992, al d.lgs. n. 165/2001,

---

*riforma economico-sociale* ha un contenuto oggettivo, che vincola lo stesso legislatore nazionale, ricavandosi dall'esigenza di unità sotto il profilo delle scelte politiche fondamentali della Repubblica, in specie dall'esigenza che le grandi scelte riformatrici prese con la legge dello Stato non siano contraddette da provvedimenti diversamente ispirati del legislatore regionale. Pertanto, possono qualificarsi quali norme fondamentali di riforma economica e sociale solo quelle misure *che corrispondono a scelte di «incisiva innovatività» in settori qualificanti la vita sociale e, in particolare, quelle che mirano a strutturare tali settori attraverso istituzioni che, per la natura degli interessi che coinvolgono, non possono che valere su tutto il territorio nazionale* (Corte Cost. 8 novembre 2000, n. 447).

(21) Cfr. *retro*, par. 2.2.

(22) Questa tesi è stata avanzata, sia pure in termini problematici, da F. Carinci, *Riforma...*, cit., pp. 63 ss. È stata ripresa e sviluppata più recentemente da A. Trojsi, *Lavoro pubblico...*, cit., spec. pp. 515 ss. Ma, svolta in tutte le sue implicazioni, la premessa che ne è alla base produrrebbe l'effetto di rimettere alla discrezionalità del legislatore ordinario statale la determinazione dell'ampiezza delle competenze regionali, che guadagnerebbero o perderebbero spazi a seconda che a livello nazionale ci si attestasse su di un assetto autoritativo-provvedimentale delle fonti di disciplina o si mantenesse quello paritetico-privatistico. Che è conclusione con la quale non ritengo di poter concordare (sul punto, cfr. anche le indicazioni contenute in Corte Cost. 28 gennaio 2005, n. 50, nonché le annotazioni svolte da R. Salomone, *Il diritto del lavoro...*, cit., pp. 151 ss.; pp. 171 ss., spec. pp. 183-184, e da A. Garilli, *Diritto del lavoro...*, cit., pp. 357 ss., il quale ultimo rammenta, a ragione, che la disciplina della bassa organizzazione del lavoro sarebbe sicuramente attratta nella competenza esclusiva regionale).

passando per l'art. 11 della legge n. 59/1997, le disposizioni di Costituzione sotto il cui segno il processo di privatizzazione è stato condotto, e più di tutte gli artt. 51, 97 e 98, hanno appreso o hanno disvelato significati precettivi che prima non gli si attribuivano o rimanevano celati. E adesso la nuova modulazione delle regole e dei principi da queste ricavabili si impone ai legislatori regionali condizionandone le scelte, in ogni caso impedendo che si possa dar luogo a un puro e semplice ritorno al passato.

Se un limite deriva ai poteri legislativi delle Regioni dall'imponente riforma del rapporto di pubblico impiego iniziata nel 1992/93 questo non concerne la forma o il regime giuridico degli atti o dei rapporti (cioè l'assetto delle fonti), bensì i contenuti materiali della disciplina: fra i principi fondamentali che hanno guidato il legislatore della privatizzazione, contenuti nell'art. 2 del d.lgs. n. 421/1992 e nell'art. 11 della legge n. 59/1997, poi svolti nella decretazione attuativa, ve ne sono alcuni che hanno certamente rappresentato una scelta discrezionale del legislatore ordinario nazionale storico: fra questi, si ribadisce, l'opzione privatistica, che non è stata costituzionalmente imposta, bensì solo costituzionalmente consentita (23). Ma non pochi altri, per la più stretta attenzione ai beni costituzionali da attuare, sono stati o sono diventati il frutto di una scelta costituzionalmente vincolata, da mantenere anche sotto un assetto delle fonti di disciplina del pubblico impiego di tipo autoritativo-provedimentale, se su questa strada si dovesse incamminare qualche legislatore regionale.

Dove si sia situato il punto di non ritorno della disciplina del pubblico impiego non è possibile dire *a priori* (24), ma qualche ipotesi è possibile formularla, anche senza il conforto delle verifiche sul piano applicativo. Così: non sarà possibile rimettere in discussione la regola della separazione fra indirizzo politico e gestione amministrativa,

---

(23) Cfr. Corte Cost. 16 ottobre 1997, n. 309; Corte Cost. 30 gennaio 2002, n. 11, alle quali *adde*, anche per riferimenti, le annotazioni di A. Bellavista, *Fonti del rapporto. La privatizzazione del rapporto di lavoro*, in F. Carinci, L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino, 2004, vol. V, pp. 79 ss.

(24) Le ipotesi che si possono formulare in questa materia scontano un elevato grado di opinabilità, e ciò sia in ragione dei caratteri propri dell'ermeneutica costituzionale, che è qualificata dal contenuto politico del suo oggetto, sia perché in questa materia ha un peso dirimente il *farsi dell'ordinamento*, quale risulta dagli equilibri che gli attori coinvolti (in questo caso Stato e Regioni) ritengono di accettare. Sul punto cfr. L. Mengoni, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in Idem, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 115 ss.

che è direttamente funzionale al miglioramento dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione della p.a. (25); la determinazione degli istituti fondamentali del rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti dovrà comunque avvenire con metodo negoziale e con la partecipazione di sindacati autenticamente rappresentativi (26); non potranno riproporsi forme di inclusione del sindacato negli organi di gestione degli enti e nelle commissioni di concorso (27); la regola secondo la quale l'accesso agli impieghi avviene mediante concorso pubblico continuerà a regolare i flussi di ingresso dall'esterno all'impiego (28), ma

---

(25) Sul punto si vedano le annotazioni di S. Cassese, *Il rapporto fra politica e amministrazione e la disciplina della dirigenza*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, pp. 231 ss.; di M. Cammelli, *Politica e amministrazione: modelli costituzionali, realizzazione e problemi aperti*, *ivi*, pp. 257 ss.; di G. Arena, *Amministrazione autonoma e responsabile*, *ivi*, pp. 263 ss.; di M. Rusciano, *Contro la privatizzazione dell'alta dirigenza pubblica*, in *Scritti in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, Padova, 2005, pp. 1553 ss.

(26) Cfr. Corte Cost. 5 luglio 2006, n. 308.

Si rammenti che la disciplina consensuale degli istituti fondamentali del rapporto individuale di lavoro, sia pure in seno a un procedimento destinato a sfociare nell'adozione di un provvedimento autoritativo da parte dell'amministrazione datrice di lavoro, era la regola nel sistema della legge quadro n. 93/1983 così come oggi è la regola per le categorie escluse dalla contrattualizzazione, anche quelle più lontane dalla logica privatistica, come le forze di polizia anche a ordinamento militare e finanche le forze armate (cfr. d.lgs. 12 maggio 1995, n. 195), che pure esprimono *un'evidente specificità* nel panorama delle pubbliche amministrazioni (Corte Cost. 18 luglio 1996, n. 313).

La tesi secondo la quale la privatizzazione del pubblico impiego obbligherebbe a reinterpretare i rapporti fra l'art. 97, comma 1, e l'art. 39 Cost., in guisa da rendere costituzionalmente necessitato il ricorso alla negoziazione collettiva *di diritto privato* per la determinazione delle condizioni di lavoro dei pubblici dipendenti, è sostenuta con argomenti persuasivi da M. Barbieri (*Problemi costituzionali della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico*, Cacucci, Bari, 1997, pp. 100 ss., spec., pp. 121-122). Sul punto cfr., anche, G. Rolla, *Autonomia costituzionale e limite dei principi della materia in tema di organizzazione e disciplina del personale: profili costituzionali del decreto legislativo n. 29 del 1993*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti Di Celso*, vol. II, Cedam, Padova, 1995, pp. 577 ss. Nello stesso ordine di idee si colloca anche quella giurisprudenza della Corte Costituzionale, che considera non conforme a Costituzione l'attribuzione *ex lege* di emolumenti non previsti dalla contrattazione collettiva ai lavoratori (cfr. ad es. Corte Cost. 25 maggio 1999, n. 185, oppure Corte Cost., 21 ottobre 2003, n. 314).

(27) Precetto svolto dall'art. 44, d.lgs. n. 165/2001, che ha vietato ogni forma di rappresentanza, anche elettiva, del personale nei consigli di amministrazione degli enti e nelle commissioni di concorso. Sul punto cfr. anche Corte Cost. 25 marzo 1996, n. 88.

(28) Sul punto, cfr., da ultimo, Corte Cost. 9 novembre 2006, n. 363, ma già prima Corte Cost. 10 maggio 2005, n. 190 (vedila in *Mass. Giur. lav.*, 2005, p. 563, con nota di E. M. Barbieri, *Pubblico impiego e concorsi pubblici*), che ha dichiarato costituzionalmente illegittima una legge della Regione Marche a mezzo della quale si intendeva immettere nei ruoli organici delle aziende sanitarie locali, con procedura ri-

dovrà applicarsi anche alle procedure per la progressione nei sistemi di inquadramento professionale (29).

3.2. — *I vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali* — Il rispetto degli obblighi internazionali e i vincoli che derivano dall'appartenenza all'Unione europea rappresentano la seconda limitazione *diretta* (30) dell'attività legislativa delle Regioni (art. 117, comma 1, Cost.), le quali, nelle materie di propria competenza, non potrebbero legiferare in contrasto con le previsioni di trattati o convenzioni internazionali ratificati dall'Italia, né con le disposizioni dei trattati istitutivi o con gli atti di diritto derivato dell'Unione europea (31).

---

servata, quindi non pubblica, personale già dipendente da strutture sanitarie private convenzionate. Fermi restando i requisiti della *pubblicità* e della *concorsualità*, che sono direttamente prescritti dall'art. 97 Cost., la disciplina concreta delle modalità di espletamento dei concorsi rientra nella competenza normativa della Regione per le assunzioni da questa effettuate (per uno spunto in tal senso, cfr. Corte Cost. 24 gennaio 2005, n. 26).

(29) Per riferimenti sul punto mi sia consentito il rinvio ai miei precedenti studi: E. M. Mastinu, *Progressione nel sistema di inquadramento professionale del pubblico dipendente, qualificazione formale delle relative procedure e giurisdizione. Prove di dialogo fra Corte Costituzionale e Corte di Cassazione*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, pp. 821 ss.; Idem *Impiego pubblico, avanzamenti di inquadramento professionale mediante concorso, procedimento cautelare, giurisdizione: la giurisprudenza ordinaria di merito dopo la sentenza a Sezioni Unite n. 15403/03*, in questa rivista, 2004. Per la giurisprudenza più recente della Corte Costituzionale, si veda, Corte Cost., 3 marzo 2006, n. 81; Corte Cost. 9 novembre 2006, n. 363.

(30) Cfr. *supra*, par. 3.

(31) Se, in una materia di propria competenza, la disposizione legislativa della Regione contrasta con disposizioni di carattere immediatamente precettivo dei Trattati istitutivi dell'Unione europea, queste ultime prevalgono sulla legge regionale, la quale potrà essere inapplicata direttamente dal giudice ordinario nazionale (cfr., da ultimo, Corte Cost. 18 aprile 1991, n. 168). Nel caso in cui il contrasto si producesse con una disposizione di trattato internazionale, la disposizione regionale potrebbe e dovrebbe essere giudicata incostituzionale dalla Corte Costituzionale. Con riferimento a quest'ultima ipotesi, si deve osservare che se fosse stata confermata (all'esito del *referendum* popolare confermativo, che invece ha avuto esito negativo) la disposizione di cui all'art. 39, comma 1, della delibera legislativa costituzionale approvata definitivamente dal Senato il 16 novembre 2005, la quale aveva eliminato gli obblighi internazionali dal novero dei limiti di legittimità della potestà legislativa di Stato e Regioni, gli obblighi derivanti da trattati internazionali diversi da quello istitutivo dell'Unione europea avrebbero cessato di rappresentare un parametro di controllo costituzionale della legge statale e di quella regionale. Nulla sarebbe cambiato, invece, con riferimento ai principi e alle consuetudini generali internazionali, che vincolano i legislatori interni in forza dell'art. 10 Cost.

Questo limite è parzialmente controbilanciato dal riconoscimento costituzionale alle Regioni del potere di attuare gli accordi internazionali e gli atti normativi comunitari, nelle materie di competenza esclusiva e ripartita (32), ma è reso più incisivo dalla previsione di un potere sostitutivo dello Stato (che è l'unico garante e l'unico responsabile del rispetto degli accordi internazionali) da esercitarsi in caso di inadempienza delle Regioni (33).

Con tutto ciò vi è da osservare che, allo stato attuale della sua evoluzione, l'ordinamento comunitario e gli obblighi internazionali rappresentano in concreto un vincolo solo teorico all'esplicarsi delle competenze regionali in materia di pubblico impiego, perché, sul piano dei contenuti materiali, i trattati, le convenzioni internazionali e le fonti di diritto derivato dell'Unione europea hanno a oggetto la disciplina di i-

---

Nel caso di contrarietà della legge regionale alle disposizioni di diritto derivato dell'Unione europea occorre distinguere fra regolamenti e direttive: nel primo caso, la legge regionale potrà essere inapplicata dal giudice nazionale; nel secondo caso, vertendosi in materia di rapporti verticali fra cittadino e pubblica amministrazione datrice di lavoro, la inapplicazione potrà essere disposta solo se la direttiva abbia un contenuto incondizionato e auto-esecutivo e sia già scaduto il termine per la trasposizione nell'ordinamento nazionale (cfr. ancora Corte Cost. 168/1991, cit.), altrimenti potendosi avanzare solo una pretesa risarcitoria del cittadino lavoratore verso lo Stato per l'inadempimento all'obbligo di puntuale e tempestiva trasposizione delle Direttive comunitarie. Per il caso di inerzia della Regione nel dare attuazione a una Direttiva comunitaria valgono, invece, le considerazioni svolte nella successiva nota 33. In generale sul punto, cfr. F. Ghera, *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della corte di giustizia*, in *Giur. cost.*, 2000, 2, pp. 1193 ss.

(32) Cfr. l'art. 117, comma 5, Cost. Per approfondimenti e riferimenti sul potere delle Regioni di attuare il diritto internazionale e comunitario, anche nel contesto ordinamentale precedente alla riforma del Titolo V della Costituzione, rinvio alle annotazioni di A. Pajno, *Il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario come limite alla potestà legislativa nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Ist. Fed.*, 2003, pp. 813 ss.

(33) Cfr. l'art. 117, comma 5, e l'art. 120, comma 2, Cost. In dottrina cfr. T. Groppi, *Regioni e diritto comunitario: il disegno di legge di modifica della legge La Pergola*, in *Ist. Fed.*, 2002, pp. 259 ss.; P. Bilancia, *Regioni ed attuazione del diritto comunitario*, *ivi*, pp. 49 ss.; nonché, in modo più approfondito, A. Pajno, *Il rispetto...*, cit., pp. 813 ss.

Conformemente alle indicazioni contenute nel noto parere dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, n. 2 del 25 febbraio 2002 (in *Cons. Stato*, 2002, III, p. 2392), il potere sostitutivo statale ha ricevuto una declinazione che ne ammette l'esercizio non solo a posteriori, cioè se e in quanto vi sia già stata infrazione delle Regioni agli obblighi internazionali, ma anche in via preventiva, mediante l'adozione di disposizioni legislative *cedevoli* destinate a trovare applicazione fino a quando Regioni e Province autonome esercitino il loro potere di attuare la Direttiva comunitaria. Cfr., adesso, gli artt. 11, comma 8, e 16, comma 3, legge 4 febbraio 2005, n. 11.

stituti del rapporto di lavoro, che, quando non si riferiscono al solo settore dell'impiego privato, si collocano comunque in aree di competenza esclusiva statale (34) e che talora trovano normazione di pari o migliore livello nella Costituzione (ad es. in materia di parità di trattamento fra uomini e donne, di divieti di discriminazione per i diversi fattori tipizzati, di libertà sindacale, di limiti all'orario di lavoro, di retribuzione sufficiente, di tutela dell'integrità fisica e morale del prestatore, di tutela della lavoratrice madre).

3.3. — *La competenza statale esclusiva in materia di* determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale — All'interno della cornice di regole e principi posti dalla Costituzione e/o derivanti dai trattati internazionali e dall'ordinamento comunitario, la sfera di azione dei legislatori regionali trova un limite verso il basso nell'intangibilità dello zoccolo duro di tutele riconducibili all'area materiale delle prestazioni concernenti *i diritti civili e sociali che debbono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*, i cui livelli essenziali è compito dello Stato stabilire, nell'esercizio di una propria competenza esclusiva (art. 117, comma 2, lett. m) alla quale la Corte Costituzionale riconosce *idoneità a investire tutte le materie* (35). Si tratta di un'area di intervento

(34) Cfr. *infra*, parr. 3.3. e 3.4.

(35) Corte Cost. 26 giugno 2002, n. 283; Corte Cost. 28 gennaio 2005, n. 50. In altra occasione la stessa Corte Costituzionale ha ritenuto che la legge dello Stato sia abilitata a dettare discipline anche di dettaglio in materia di pubblico impiego quando queste siano dirette al perseguimento di altri beni e valori costituzionalmente tutelati, quali la promozione di condizioni che rendono effettivo il diritto al lavoro di cui all'art. 4 Cost. nel settore del pubblico impiego e la rimozione degli ostacoli all'esercizio di tale diritto in qualunque parte del territorio nazionale (art. 120 Cost.). Cfr., in termini, Corte Cost., 15 dicembre 2004, n. 388, che ha scrutinato, ritenendone la legittimità, una disposizione di legge finanziaria statale (art. 7, legge 16 gennaio 2003, n. 3 – collegato ordinamentale alla legge finanziaria per il 2003), che introduceva una disciplina procedurale di dettaglio concernente le modalità di reclutamento del personale delle Regioni. Senza questo collegamento con altre disposizioni di livello costituzionale, quella disciplina sarebbe stata ingiustificatamente invasiva della competenza primaria delle Regioni in materia di organizzazione degli uffici e stato giuridico del proprio personale. Chi ne cerchi conferma può attingere a Corte Cost. 24 gennaio 2005, n. 26, che, a parti invertite, cioè in situazione nella quale una legge regionale (la n. 42 del 4 agosto 2003 adottata dalla Regione Toscana) introdusse una disciplina del reclutamento del personale estesa anche alle amministrazioni statali, ha ritenuto l'incostituzionalità della legge regionale perché invasiva della competenza primaria dello Stato in materia di organizzazione amministrativa e stato giuridico del proprio personale.

vasta, che incrocia contenuti importanti del diritto del lavoro (36), quali la tutela dell'integrità fisica e morale del lavoratore, i limiti di orario di lavoro, la tutela della famiglia, la libertà sindacale, il diritto di sciopero, la parità di trattamento e divieti di discriminazione (37), la tutela della lavoratrice madre, la garanzia del diritto di difesa nei procedimenti disciplinari, l'accesso al lavoro dei disabili ecc. (38).

3.4. — *Il limite derivante dall'iscrizione alla potestà legislativa statale della competenza in materia di ordinamento civile* — Ancora sul terreno delle competenze legislative coestensive statali, un limite rilevante alla potestà legislativa regionale in materia di pubblico impiego è costituito dall'attribuzione allo Stato della competenza esclusiva in materia di *ordinamento civile*. Formula dalla portata molto discussa, ma che si deve ritenere comprenda il diritto dei privati, incluso il diritto dei contratti, quindi anche del contratto (individuale e collettivo) e del rapporto di lavoro (39).

---

(36) Segnalo che in dottrina prevale l'opinione che questa competenza del legislatore statale abbia tratto a diritti di pretesa o di libertà, che poco hanno a che spartire con i profili dell'organizzazione degli uffici pubblici e con gli istituti del rapporto di lavoro pubblico e privato. Cfr. L. Zoppoli, *Applicabilità...*, cit., pp. 60 ss., ma altresì M. Persiani, *Devolution...*, cit., pp. 25-26, e M. Pallini, *La modifica del Titolo V della Costituzione: quale federalismo per il diritto del lavoro?*, in q. *Riv.*, 2002, pp. 33-34, M. Magnani, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2006, pp. 59 ss.

(37) L'attrazione della disciplina dei divieti di discriminazione verso questo titolo di esercizio della competenza legislativa statale è oggi reso più evidente dalle recenti Direttive europee in materia (la n. 43 del 29 giugno 2000, la n. 78 del 27 novembre 2000, la n. 73 del 23 settembre 2002) e dalle disposizioni interne di attuazione (il d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215; il d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, il d.lgs. 30 maggio 2005, n. 145), le quali spostano il fulcro della definizione del concetto di discriminazione verso la tutela della dignità della persona, intesa come oggetto di un diritto fondamentale dell'individuo.

(38) Sul punto un atto legislativo generale di esercizio di questa competenza in materia di lavoro è rappresentato dall'art. 7, comma 1, lett. a, del d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124, che attribuisce agli ispettori del lavoro, fra gli altri, anche i compiti di: «a) vigilare sull'esecuzione di tutte le leggi in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, di tutela dei rapporti di lavoro e di legislazione sociale...».

(39) Laddove invece la disciplina del mercato del lavoro, in particolare dei servizi per l'impiego, rientrerebbe nella competenza ripartita di Stato e Regioni in materia di *tutela e sicurezza del lavoro*. Nella giurisprudenza della Corte Cost. la più chiara indicazione in tal senso è contenuta in Corte Cost. 28 gennaio 2005, n. 50; in senso analogo si veda anche Corte Cost. 8 giugno 2005, n. 219.

La proposizione che esclude i rapporti di diritto privato dagli oggetti di possibile disciplina legislativa regionale è efficiente a introdurre un limite specifico alla potestà legislativa delle Regioni ad autonomia differenziata in materia di pubblico impiego a condizione che queste decidano di mantenere invariata la scelta della privatizzazione nei termini nei quali la hanno portata avanti fino a oggi, ossia sostanzialmente ricalcando le scelte del legislatore nazionale. In quest'evenienza produce conseguenze asimmetriche a seconda che incida: sull'alta organizzazione amministrativa degli uffici, che è e deve rimanere affidata al regime del diritto pubblico (40), in seno al quale la potestà legislativa esclusiva regionale non incrocia la competenza esclusiva dello Stato in materia di diritto privato (41), né, ormai, il limite delle norme di riforma economica e sociale della Repubblica (42); oppure sulla bassa amministrazione e sulla disciplina del contratto e del rapporto di lavoro, che, fino a quan-

---

In dottrina, cfr., oltre i contributi contenuti in *L'ordinamento civile nel nuovo sistema delle fonti legislative*, in *Quad. Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 6, 2003, F. Galgano, *Ordinamento civile e diritto del lavoro*, in A. Di Stasi (a cura di), *Diritto del lavoro e federalismo*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 7 ss.; L. Zoppoli, *L'applicabilità...*, cit., pp. 59 ss., P. Tosi, *I nuovi rapporti tra Stato e regioni: la disciplina del contratto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, pp. 599 ss.; M. Magnani, *Il lavoro nel Titolo V della Costituzione*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, pp. 645 ss.; M. Napoli, *Disegno di legge delega e modifiche al Titolo V della Costituzione*, in *Dir. rel. ind.*, 2002, pp. 361 ss.; A. Garilli, *Diritto del lavoro...*, cit., pp. 346 ss.; R. Pessi, *Il diritto del lavoro tra Stato e regioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, pp. 75 ss.; M. Pallini, *La modifica...*, cit., pp. 30 ss.; E. Lamarque, *Regioni e ordinamento civile*, Cedam, Padova, 2005; M. Marinelli, *Corte Costituzionale e competenza concorrente della regione siciliana in materia di lavoro privato*, in *Scritti in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, Padova, 2005, pp. 1097 ss.; e, con articolata analisi, R. Salomone, *Il diritto del lavoro...*, cit. Nella giurisprudenza costituzionale, cfr. Corte Cost. 19 dicembre 2003, n. 359, in *Mass. Giur. lav.*, 2004, n. 297, e ivi la pedissequa nota di M. Lanotte, *La disciplina del mobbing e la nuova ripartizione di competenze Stato-Regioni*; V. Angiolini, *Ordinamento civile e competenza regionale*, in *q. Riv.*, 2004, II, pp. 26 ss.

(40) Nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, cfr. Corte Cost. 16 ottobre 1997, n. 309. In dottrina, anche per riferimenti rinvio a R. Salomone, *Il diritto del lavoro...*, cit., pp. 151 ss.; pp. 171 ss. Sul punto non è inutile rammentare che, sebbene in un contesto ordinamentale profondamente diverso, l'art. 2, comma 1, della legge quadro 29 marzo 1983, n. 93, riconosceva esplicitamente la competenza della legge regionale a disciplinare gli aspetti della cd. macro organizzazione.

(41) Sul punto, rinvio alle sempre puntuali annotazioni di L. Zoppoli, *La riforma...*, cit., pp. 149 ss.; di A. Garilli, *Diritto del lavoro...*, cit., pp. 357 ss.; nonché di A. Corpaci, *L'incidenza della riforma del Titolo V della Costituzione in materia di organizzazione amministrativa*, in *Lav. pubbl. amm.*, suppl., 2001, pp. 39 ss.

(42) Cfr. *retro*, par. 2.2.

do resta affidata al governo di atti e a fonti di carattere privatistico, non dovrebbe essere nei poteri della Regione normare.

L'asimmetria è, tuttavia, tenue, auspice il concorso di due fattori controtendenti. Nell'area della macro-organizzazione, quella sulla quale insiste la disciplina di stampo pubblicistico, la libertà di intervento del legislatore regionale è grandemente limitata dall'incidenza di regole e principi desumibili direttamente dalla Costituzione, specialmente quelli enunciati dall'art. 97 (43). Viceversa, nell'area affidata al governo di atti paritetici, occorre considerare che l'esclusione della competenza delle Regioni a legiferare in materia di diritto privato, e quindi anche su aspetti o istituti del rapporto di lavoro, ha da tempo cessato di rappresentare una massima di ragion pura. Almeno se si presta fede agli orientamenti più recenti espressi dalla Corte Costituzionale, la quale ritiene che il limite del diritto privato non rappresenta un impedimento assoluto all'esplicazione della potestà legislativa regionale, che può intervenire ad *adattare* la disciplina statale *ove questo risulti in stretta connessione con la materia di competenza regionale e risponda al criterio di ragionevolezza* (44).

---

(43) Istruttiva in merito è Corte Cost. 15 luglio 2005, n. 277, che ha dichiarato incostituzionale una legge della Regione Lazio (per la precisione l'art. 6 della legge regionale 27 febbraio 2004, n. 2), la quale – ha sostenuto la Consulta – ha introdotto *una modalità di organizzazione degli uffici di vertice del Consiglio regionale che ne pregiudica il buon andamento, in violazione del precetto di cui all'art. 97, comma 1, della Costituzione*. Nello stesso ordine di considerazioni si è mossa anche Corte Cost. 16 giugno 2006, n. 233.

Rammento inoltre che, in materia di organizzazione amministrativa, il rispetto dei principi costituzionali rappresenta un vincolo non solo per il legislatore regionale ordinario, ma anche per i singoli Statuti regionali, che, ai sensi dell'art. 123 Cost., devono determinare i principi fondamentali di organizzazione e funzionamento della Regione *in armonia con la Costituzione*.

(44) Cfr. spec. Corte Cost. 6 novembre 2001, n. 352. Un'applicazione, sia pure non pienamente esplicitata, di questo principio è compiuta da Corte Cost. 4 maggio 2005, n. 172, la quale ha ritenuto legittimo costituzionalmente l'art. 3, legge della Regione Veneto 27 febbraio 2004, n. 4, che, in aggiunta a quanto disposto dall'art. 3, comma 1, legge 27 marzo 2001, n. 97, prevedeva la misura del trasferimento di ufficio del dipendente pubblico che avesse commesso determinati reati contro la p.a. Per una ricostruzione dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte Costituzionale in ordine al cd. limite del diritto privato, rinvio alle puntuali annotazioni di M. Pallini, *La modifica...*, cit., pp. 27 ss., e, da ultimo, nel contesto di un'articolata ricostruzione dei limiti all'esercizio delle competenze legislative regionali in materia di diritto del lavoro, a quelle di R. Salomone, *Il diritto del lavoro...*, cit., pp. 92 ss. Invece, sul significato sistematico di questa proposizione della Consulta, ai fini dell'assetto complessivo delle relazioni fra potestà legislativa statale e regionale, si veda M. Persiani, *Devolution...*, cit., pp. 19 ss.

Questa opzione ermeneutica è coerente col modo con il quale la legislazione di stampo privatistico sul pubblico impiego regionale si è storicamente sviluppata: conoscendo non pochi interventi su istituti del rapporto di lavoro alle dipendenze della p.a., in materia di mansioni, retribuzione, potere disciplinare, contrattazione collettiva, aspettative, permessi, comandi, assunzioni, interpretazione autentica dei contratti collettivi, disciplina della dirigenza ecc. Vero è che questa disciplina è stata implicitamente *coperta* dal legislatore statale stesso, quando ha imposto alle Regioni speciali di rispettare i vincoli delle norme di riforma economica e sociale della Repubblica, contenute nell'art. 2 della legge n. 421/1992 e nell'art. 11 della legge n. 59/1997, quindi implicitamente autorizzandole a emanare disposizioni legislative di stampo privatistico in materia di pubblico impiego (45). Ma proprio per questo, adesso che quei vincoli non gli si impongono più, i legislatori regionali debbono poter conservare un margine di manovra almeno pari a quello che avevano sotto il precedente regime, se non si vuole concludere che la maggiore autonomia riconosciuta alle Regioni si traduca, per l'aspetto qui considerato, in sottrazione di competenze. E se non si vogliono incentivare *fughe* delle Regioni verso la modalità pubblicistica di normazione del pubblico impiego. Donde, se le Regioni speciali vorranno mantenere ferma la scelta della privatizzazione, non solo potranno conservare la disciplina di marca privatistica esistente, ma potranno anche modificarla adattandola alle proprie peculiari esigenze (46). Con misura, certo: sul versante privatistico, non differentemente da quanto si è detto e si dirà ancora in relazione al versante pubblicistico delle fonti di disciplina del pubblico impiego regionale (47), occorrerà avere cura che le differenziazioni di disciplina regionale rispetto a quella nazionale non compromettano quell'unità dell'ordinamento della quale l'iscrizione della materia *ordinamento civile* alla competenza esclusiva statale costituisce presidio (arg. ex artt. 2, 3, 5, 51, 97 e 117, comma 1, Cost.) (48).

(45) Con riferimento alla disciplina della dirigenza, analogo potere di normazione di stampo privatistico (anche se solo in funzione attuativa) è stato dalla legge riconosciuto anche alle Regioni ordinarie (cfr. l'art. 27, d.lgs. n. 165/2001).

(46) Su questo terreno le Regioni autonome avrebbero dunque spazi più ampi di quelli che ad alcune di loro deriverebbero dall'esercizio della competenza integrativa e attuativa già loro propria, secondo le previsioni degli Statuti, in tutte o in alcune materie di competenza legislativa statale (cfr. art. 5, comma 1, Statuto Sardegna; art. 6, comma 1, Statuto Friuli; art. 3, Statuto Valle D'Aosta; art. 6, Statuto Trentino-Alto Adige).

(47) Cfr. *infra*, parr. 3.1. e 3.8.

(48) Cfr., ancora, Corte Cost. 6 novembre 2001, n. 352. Sul punto, si vedano anche le annotazioni di S. Bartole, *Regioni...*, cit., pp. 83-84.

3.5. — *Il limite derivante dalla funzione statale di coordinamento della finanza pubblica* — Non è solo sul terreno della competenza in materia di rapporti negoziali fra privati, e di fissazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, che l'esercizio della potestà legislativa statale vanta titolo per incunarsi nell'area materiale del pubblico impiego regionale. Chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di alcune disposizioni delle leggi finanziarie degli ultimi anni, che hanno introdotto limitazioni alle nuove assunzioni e obblighi di ridimensionare le dotazioni organiche anche a carico delle Regioni, la Corte Costituzionale ha ritenuto che, allo Stato, in quanto garante unico del rispetto degli obiettivi di finanza pubblica stabiliti in sede europea e in quanto titolare della *funzione* di dettare *norme di coordinamento della finanza pubblica* (artt. 117, commi 3 e 119, Cost.), non sarebbe inibito di fissare limiti alla crescita della spesa pubblica, che concernano anche le Regioni (ordinarie e speciali), anche quando questo comporti vincoli alla normazione regionale in materia di organizzazione degli uffici e stato giuridico ed economico del personale (49).

---

(49) Cfr. Corte Cost., 17 dicembre 2004, n. 390. Nella specie si trattava delle Regioni ordinarie, ma, stante la premessa che le parifica a quelle speciali quanto all'ampiezza della competenza legislative in materia di pubblico impiego, le argomentazioni svolte dalla Consulta si attagliano anche a queste ultime (cfr. *retro*, par. 2.2.). Sul punto si vedano anche le annotazioni di R. Salomone, *Il diritto del lavoro...*, cit., pp. 177 ss., e di V. Cerulli Irelli, *I vincoli europei e le esigenze di coordinamento della finanza pubblica*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, pp. 814 ss.

Anche dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, la disciplina limitativa delle assunzioni non si è applicata uniformemente alle Regioni a Statuto ordinario e a quelle a Statuto speciale. A queste ultime è stato disposto si applicasse compatibilmente con le norme dei rispettivi Statuti (art. 4, comma 295, legge 24 dicembre 2003, n. 350; art. 95, comma 2, legge 27 dicembre 2002, n. 289; art. 1, comma 569, legge 30 dicembre 2004, n. 311). Il che ha significato che non gli si sia applicata per niente, almeno stando alle disposizioni dei decreti presidenziali attuativi emanati sotto il vigore della legge n. 289/2002, e della legge n. 350/2003, che non dettarono nessun criterio e nessun limite alle assunzioni delle Regioni a Statuto speciale.

La sottrazione delle Regioni speciali e delle Province autonome alla disciplina limitativa delle assunzioni è coerente con l'esclusione di questi enti dai vincoli del patto interno di stabilità, rispetto al quale i blocchi delle assunzioni possono considerarsi una misura collegata, se non proprio complementare. Ma non considera adeguatamente che, nella medesima materia sulla quale incidono i provvedimenti limitativi delle nuove assunzioni, anche le Regioni ordinarie hanno una competenza della stessa latitudine, onde questa differenziazione di regime fra Regioni ordinarie e Regioni speciali (e Province autonome) non è minimamente imposta dalla diversa ampiezza dell'autonomia riconosciuta a queste due categorie di enti dalla Costituzione. Non, per lo meno, nella lettura data dalla Corte Costituzionale all'art. 117 della Costituzione, che, co-

La legittimità di questi interventi è, tuttavia, subordinata al rispetto di due condizioni concorrenti: entrambe necessarie, entrambe espressione dei principi di sussidiarietà e adeguatezza, nella declinazione che ne ha fatto la giurisprudenza della Corte Costituzionale (50).

La prima consiste in ciò: che sia lasciata alle Regioni sufficiente libertà nella scelta degli strumenti da adottare per perseguire gli obiettivi fissati a livello nazionale (51). Proposizione di per sé sola non sufficiente a giustificare l'ingerenza della legge statale nelle materie di competenza residuale, esclusiva delle Regioni, perché le disposizioni di coordinamento della finanza pubblica si muovono sul terreno della competenza ripartita Stato/Regioni, e quindi non sarebbero capaci di vincolare questi enti minori nella materia dell'organizzazione degli uffici e dello stato giuridico ed economico del personale, che è invece ascritta alla loro competenza esclusiva (52).

---

me detto, ascrive la materia dell'organizzazione degli uffici e dello stato giuridico ed economico del personale dipendente alla competenza esclusiva anche delle Regioni ordinarie (cfr. *retro*, par. 2.1.). E allora, non è facile giustificare questa differenziazione di regime, che non deriva dalla Costituzione ma da una scelta, peraltro non chiarissima, del legislatore ordinario.

(50) Cfr. Corte Cost. 1° ottobre 2003, n. 303; Corte Cost. 13 gennaio 2004, n. 6. In dottrina cfr. B. Caruso, *Il diritto...*, cit., pp. 801 ss.

(51) Cfr. Corte Cost., 17 dicembre 2004, n. 390; Corte Cost. 13 gennaio 2004, n. 4; Corte Cost. 26 gennaio 2004, n. 36; Corte Cost. 23 dicembre 2004, n. 414 (ivi anche la precisazione che il coordinamento della finanza pubblica non è propriamente una *materia*, bensì una *funzione*).

(52) La precisazione ha la sua importanza sul piano generale, perché, svolta in tutte le sue implicazioni, la premessa secondo la quale le Regioni ordinarie sono tenute a osservare la disciplina limitativa delle nuove assunzioni a tempo indeterminato, in quanto questa contiene principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost., presupporrebbe che la materia dell'organizzazione degli uffici e del personale delle Regioni ordinarie fosse da considerare fra quelle ascritte alla competenza ripartita di questi enti. Con uno stravolgimento complessivo dell'assetto, che ascrive alla competenza primaria delle Regioni ordinarie e di quelle speciali la materia dell'organizzazione degli uffici e dello stato giuridico del proprio personale. E con conseguenze di rilievo anche sull'ampiezza dell'autonomia che, nella medesima materia, gli Statuti speciali riconoscono alle Regioni ad autonomia differenziata, che non potrebbero più avvalersi dell'effetto trascinarsi previsto dall'art. 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, con il risultato di dovere ancora sottostare alle limitazioni derivanti dalle norme fondamentali di riforma economica e sociale della Repubblica, delle quali la Corte Costituzionale ha, in passato, ritenuto essere espressione proprio il blocco delle assunzioni (cfr. Corte Cost. 27 luglio 1995, n. 406, Corte Cost. 29 dicembre 1995, n. 528, e Corte Cost., 17 giugno 1996, n. 205, che hanno riconosciuto ai provvedimenti limitativi delle assunzioni il rango di norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica, in quanto in rapporto di *coessenzialità* e

La seconda consiste in ciò: che l'attuazione delle limitazioni stabilite dal legislatore nazionale deve avvenire con l'*adeguato* coinvolgimento delle Regioni medesime, in guisa tale che vincoli e condizioni non risultino essere imposti dall'esterno, ma possano essere ritenuti espressione di un'auto-limitazione della discrezionalità legislativa delle Regioni (53).

Sulla base di queste premesse, la Consulta ha ritenuto conformi a Costituzione le disposizioni di legge statale che:

a) affidano la fissazione di criteri e limiti per le nuove assunzioni e per la riduzione delle dotazioni organiche ad accordi da raggiungere in sede di Conferenza unificata Stato-Regioni, da recepire poi in decreto del Presidente del Consiglio dei ministri;

b) stabiliscono obiettivi di riduzione della spesa per il personale, anche fissando le correlate grandezze economiche;

c) condizionano l'assunzione di nuovo personale al preventivo riasorbimento di quello esuberante, proveniente da altre amministrazioni o che abbia chiesto di transitare volontariamente presso altri enti;

d) introducono divieti e limiti puntuali nelle more della conclusione delle sopradette procedure interistituzionali.

Per le stesse ragioni, la Corte ha, invece, ritenuto illegittimamente invasiva delle competenze regionali in materia di pubblico impiego una disposizione la quale stabiliva che le nuove assunzioni dovessero essere contenute nel limite del 50% delle cessazioni dal servizio verificatesi negli anni precedenti.

Il pronunciamento della Consulta è intervenuto quando era in fase avanzata la discussione della manovra finanziaria per l'anno 2005. Cosicché la legge finanziaria per l'anno 2005 (legge 30 dicembre 2004, n. 311) ne ha prontamente recepito le indicazioni, omettendo di prescrivere le limitazioni del *turn over* a carico delle Regioni, che invece e-

---

di *necessaria integrazione* con quelle che perseguono gli obiettivi di razionalizzazione e riorganizzazione dei pubblici apparati, e che, per questo motivo, sono qualificabili come norme fondamentali di riforma economica e sociale della Repubblica).

(53) Corte Cost. 17 dicembre 2004, n. 390, e, seppure in materia diversa da quella lavoristica, Corte Cost. 27 gennaio 2005, Corte Cost. 19 luglio 2005, n. 285. Sull'efficienza delle procedure partecipative, predisposte nello spirito e nella logica di un regionalismo cooperativo, a giustificare (auto)riduzioni dell'area di competenza regionale, rinvio alle puntuali annotazioni di G. Rolla, *Autonomia costituzionale...*, cit., p. 565. Anche se vi è da osservare che, nel caso degli accordi raggiunti in sede di Conferenza unificata, il consenso, che legittima l'invasione della sfera di competenza legislativa regionale, non promana direttamente dal titolare di quella competenza, cioè dal legislatore regionale.

rano presenti nel disegno di legge, e stabilendo che la rimodulazione delle dotazioni organiche e la fissazione dei criteri e limiti per le nuove assunzioni a tempo indeterminato per il triennio 2005/2007 debbano essere effettuati d'accordo con Regioni e autonomie locali, in sede di Conferenza unificata e poi recepiti in un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, che si limita a dare veste formale a quell'accordo. E tanto basterebbe a escludere che vi sarebbe intervento espropriativo dello Stato in materia riservata alla competenza delle Regioni.

3.6. — *Il limite derivante dalla potestà legislativa statale in materia di giurisdizione e norme processuali* — I legislatori regionali non sono abilitati a legiferare in materia di giurisdizione e processo (54), la cui disciplina ha pure rappresentato una porzione non secondaria della normazione nazionale sul pubblico impiego (55). Su questo terreno, il limite all'esplicazione della potestà legislativa regionale è più rigido di quello che si è visto essere rappresentato dalla riserva di legislazione statale in materia di diritto privato (56). Onde resta affidata alla competenza esclusiva del legislatore statale, senza possibilità di interferenza da parte della legge regionale, la disciplina concernente: a) il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie individuali con l'amministrazione datrice di lavoro (57); b) l'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità e interpretazione del contratto collettivo; c) il riparto di

---

(54) Nella poca dottrina che si è occupata del problema, si veda S. Chiarloni, *Nuovo ordinamento regionale, processo, giurisdizione*, in *L'ordinamento civile nel nuovo sistema delle fonti legislative*, in *Quad. Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 6, 2003, pp. 15 ss.; G. F. Ricci, comunicazione, *ivi*, p. 123. In giurisprudenza cfr. Corte Cost. 28 gennaio 2005, n. 50.

(55) Il Titolo VI del d.lgs. n. 165/2001 è intitolato alla *giurisdizione*, e l'art. 1, comma 133, della legge 30 dicembre 2004, n. 311 (legge finanziaria per l'anno 2005), ha inserito nell'art. 61 del medesimo decreto un comma 1-*bis*, che autorizza la Presidenza del Consiglio dei ministri – Dipartimento della funzione pubblica, d'intesa con il Ministero dell'economia e delle finanze, a intervenire nel processo ai sensi dell'articolo 105 del codice di procedura civile, quando vi siano controversie relative ai rapporti di lavoro dalla cui soccombenza potrebbero derivare oneri aggiuntivi significativamente rilevanti sulla finanza pubblica anche in considerazione del numero dei soggetti direttamente o indirettamente interessati.

(56) Cfr., fra le tante, Corte Cost. 23 aprile 1998, n. 133, ma anche la già richiamata Corte Cost. 6 novembre 2001, n. 352. In dottrina, un accenno in tal senso anche in M. Marinelli, *Federalismo e diritto del lavoro: il caso della Sicilia*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2004, p. 414.

(57) Cfr. ancora Corte Cost. 28 gennaio 2005, n. 50, e Corte Cost. 14 ottobre 2005, n. 384.

giurisdizione (58); d) la responsabilità civile e amministrativa del dipendente pubblico (59). Resta invece salva la possibilità che la legge regionale renda agibili a organismi regionali gli strumenti e gli istituti processuali che la legge nazionale riferisce a organismi nazionali, come nel caso dell'accertamento pregiudiziale sulla validità ed efficacia del contratto collettivo, in relazione al quale nulla dovrebbe ostare a che le prerogative attribuite all'Aran nel processo possano essere esercitate anche dagli omologhi organismi già istituiti e operanti oggi nelle Regioni a Statuto speciale e domani, forse, in quelle a Statuto ordinario.

3.7. — Segue: ... *e in materia di* previdenza sociale di base e complementare — La previdenza sociale di base è materia ascritta alla com-

---

(58) In punto di giurisdizione, la circostanza che la disciplina legislativa nazionale abbia devoluto le controversie relative ad alcuni istituti (le procedure concorsuali per l'assunzione – art. 63, comma 4, d.lgs. n. 165/2001) alla cognizione del giudice amministrativo e quelle relative ad altri (il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali ecc. – art. 63, comma 1) alla cognizione del giudice ordinario ha fatto dubitare che il legislatore nazionale abbia privilegiato il criterio della *materia* ai fini del riparto di giurisdizione nelle controversie sul pubblico impiego. Se così fosse la competenza a conoscere delle controversie concernenti il rapporto di lavoro degli impiegati regionali dovrebbe essere riconosciuta al giudice ordinario anche qualora le Regioni scegliessero di adottare un regime delle fonti di tipo autoritativo provvedimentale in materia di pubblico impiego (in questo senso e sulla base di questa implicita premessa si esprime M. Marinelli, *Federalismo...*, cit., p. 414).

Se non che, nonostante la non perspicua formulazione legislativa, non vi sono sufficienti ragioni per ritenere che si sia abbandonato il tradizionale criterio di riparto, che fa perno sul tipo di situazione giuridica soggettiva tutelata, quindi secondo la sequenza: poteri esclusivamente privatistici (di gestione dei rapporti di lavoro o di bassa organizzazione del lavoro), diritti soggettivi del personale, giudice ordinario; ovvero poteri autoritativi di alta organizzazione, interessi legittimi, giudice amministrativo [così è anche l'orientamento maggioritario della dottrina (per riferimenti, cfr. il mio studio, E. M. Mastinu, *Progressione...*, cit., p. 840, nota, 41), che ha ricevuto il recente, autorevole avallo della Corte Costituzionale, la quale ha ribadito che, nel nostro sistema costituzionale (spec. art. 103 Cost.), ai fini della determinazione della giurisdizione, il criterio della *materia* ha carattere residuale (Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204; ma già prima Corte Cost. 23 luglio 2001, n. 275)]. Donde la conseguenza che, ove qualche legislatore regionale ritenesse di optare per la modalità pubblicistica di regolazione dei rapporti di lavoro, il giudice competente a conoscere delle relative controversie dovrebbe essere quello amministrativo.

(59) Cfr. Corte Cost. 15 novembre 2004, n. 345, che argomenta l'ascrizione della disciplina della responsabilità del dipendente pubblico, il quale ha un suo preciso referente costituzionale nell'art. 28 Cost., alla materia della giurisdizione e processo, argomentando sulla premessa dell'esistenza di uno stretto intreccio fra i profili sostanziali e i poteri che la legge attribuisce al giudice chiamato ad accertare detta responsabilità.

petenza legislativa esclusiva statale (art. 117, comma 2, lett. *o*, Cost.) (60). Ma senza significativi profili di interferenza con la potestà legislativa delle Regioni in materia di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Se non per un aspetto, che, particolarmente nella più recente evoluzione normativa, può avere significative ricadute sul piano applicativo: quello attinente alla fissazione dei limiti di età per il collocamento in quiescenza, in relazione al quale ci si deve interrogare se la disciplina statale si imponga legittimamente anche alle amministrazioni regionali pure quando stabilisca facoltà di permanere in servizio oltre il compimento dell'età massima stabilita dagli ordinamenti dei singoli enti, come è avvenuto con l'art. 1-*quater* della legge 27 luglio 2004, n. 186, che ha riconosciuto ai dipendenti pubblici (compresi quelli regionali) (61) il diritto di optare per la permanenza in servizio fino a settanta anni, senza diritto ad accredito di contributi, né a incrementi del trattamento pensionistico (62). Quesito che deve ricevere risposta positiva, per diverse ragioni concorrenti, la principale delle quali consiste in ciò: che per i dipendenti pubblici vi è stretta correlazione fra compimento dell'età pensionabile (in via generale fissata a sessantacinque anni) e limite alla permanenza del rapporto di impiego, cosicché la posticipazione del termine per la permanenza in servizio sposta in avanti l'accesso alle prestazioni pensionistiche di vecchiaia, con dirette ripercussioni sui bilanci dell'ente di previdenza nazionale, alla cui salvaguardia provvede lo Stato nell'esercizio di una sua duplice competenza: una esclusiva, in materia di previdenza di base, per l'appunto (63);

---

(60) *L'assistenza sociale*, invece, è materia che gli Statuti speciali ascrivono talora alla competenza concorrente (art. 3, lett. *i*, Statuto Valle D'Aosta; art. 5, comma 6, Statuto Friuli-Venezia Giulia; art. 4, lett. *b*, Statuto Sardegna), tal altra alla competenza esclusiva delle Regioni (art. 14, lett. *m*, Statuto Sicilia) o della Provincia (art. 8, n. 25, Statuto Trentino-Alto Adige, il cui art. 5, comma 2, ascrive alla competenza concorrente della Regione la materia dell'ordinamento delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza).

(61) La disposizione ha ambito di applicazione testualmente riferito *ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165*.

(62) Opzione che – si osserva *in limine* – l'art. 1, comma 69, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, assoggetta alla disciplina limitativa delle assunzioni.

(63) Per uno spunto in tal senso, cfr. Corte Cost., 21 ottobre 2003, n. 314, e Corte Cost. 28 gennaio 2005, n. 50. Dal punto di vista sostanziale, pur non potendosi negare l'intreccio fra profili attinenti al rapporto di pubblico impiego e profili previdenziali, sembrano questi ultimi ad essere *prevalenti*. Si osservi, inoltre, che l'art. 1-*quater* della legge 27 luglio 2004, n. 186, novella l'art. 16 del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 503, che, a sua volta, è disposizione inserita in un articolato normativo intitolato al *riordi-*

l'altra concorrente, attinente alla funzione di coordinamento della finanza pubblica (64).

La previdenza complementare è, invece, materia assegnata alla competenza legislativa ripartita delle Regioni (art. 117, comma 3, Cost.) (65). E incrocia la competenza regionale esclusiva in materia di pubblico impiego per quel che concerne il profilo fondamentale

---

*no del sistema previdenziale dei lavoratori pubblici e privati*, quindi di natura (almeno) formalmente previdenziale. Sotto entrambi i profili (sostanziale e formale) la riconduzione del provvedimento legislativo in argomento alla materia della *previdenza sociale* è in linea con l'insegnamento della Corte Costituzionale, la quale ha ritenuto che *l'inquadramento in una materia piuttosto che in un'altra deve riguardare la ratio dell'intervento legislativo nel suo complesso e nei suoi aspetti fondamentali, non anche aspetti marginali o effetti riflessi dell'applicazione della norma* (cfr. Corte Cost. 26 gennaio 2005, n. 30; per un'applicazione particolare del canone ermeneutico della *prevalenza* nella determinazione del riparto di competenze fra Stato e Regioni si veda anche Corte Cost. 16 giugno 2005, n. 234).

In materia si sono avuti già i primi pronunciamenti giudiziari, di segno non concordante: il Tribunale di Sassari in composizione monocratica, decidendo su un ricorso d'urgenza, è stato dell'avviso che la disposizione vertesse in materia di previdenza di base, quindi in materia di competenza statale (Trib. Sassari, ord. 13 gennaio 2005); lo stesso Tribunale, in composizione collegiale (Trib. Sassari, ord. 8 aprile 2004), decidendo in sede di reclamo, è, invece, stato dell'avviso opposto, opinando che si vertesse in materia di rapporto di pubblico impiego regionale, quindi in materia di competenza regionale. Stesso contrasto si è contemporaneamente manifestato presso il Tribunale di Cagliari, fra giudice monocratico (Tribunale di Cagliari, ord. 1° febbraio 2005, n. 6) e collegio (Tribunale di Cagliari, ord. 10 marzo 2005, n. 6).

La Regione Sardegna ha anche adottato una disposizione di legge che, in contrasto con l'art. 1-*quater* della legge 27 luglio 2004, n. 186, ha stabilito che il personale regionale non possa comunque chiedere di permanere in servizio oltre il sessantasettesimo anno di età (art. 18, legge regionale. 21 aprile 2005, n. 7).

(64) Sul punto torna utile rammentare che, a norma di Costituzione (art. 38, comma 4), all'erogazione delle prestazioni previdenziali *provvedono organi e istituti predisposti o integrati dallo Stato*.

Sul piano della competenza in materia di armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica, che è competenza ripartita, la disciplina in argomento sarebbe sufficientemente rispettosa degli ambiti di competenza ripartita delle Regioni in quanto strutturata in guisa da lasciare alle amministrazioni regionali datrici di lavoro i giusti spazi di libertà in ordine all'attuazione degli obiettivi di risparmio di spesa fissati a livello nazionale (cfr. *retro*, par. 3.5.); e difatti, la disposizione autorizza l'amministrazione datrice di lavoro a rifiutare l'istanza di prolungamento del servizio sulla base della valutazione delle proprie esigenze, attinenti all'efficiente andamento dei servizi.

(65) In generale, sulle competenze regionali in materia di previdenza complementare si vedano M. Magnani, *Il lavoro...*, cit., pp. 659 ss.; M. Persiani, *Devolution...*, cit., pp. 32 s.; G. Ciocca, *Il sistema previdenziale e il federalismo*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, pp. 755 ss.

del finanziamento, che utilizza quote di retribuzione corrente e differita del dipendente (66). Neppure su questo piano, tuttavia, il legislatore regionale guadagna grandi spazi di manovra: la più circoscritta potestà legislativa statale, che qui è limitata alla sola posizione dei principi fondamentali della materia, e la conseguente maggiore ampiezza della competenza regionale, si scontra sia con la natura *privatistica* degli istituti oggetto di disciplina (67), sia con l'esistenza di una legislazione nazionale che, già sul piano dei principi generali, è rigida e assorbente di qualsiasi intervento delle Regioni, che, difatti, fino a ora, non vi è stato, se non nella forma attenuata del sostegno alle forme di previdenza complementare istituite nel rispetto della normativa statale (68).

3.8. — *Considerazioni conclusive sull'attuale ambito delle competenze legislative regionali in materia di pubblico impiego* — Tradotte in direttive pratiche per l'operatore giuridico, le riflessioni fin qui svolte comportano che la misurazione dell'ampiezza della competenza delle Regioni in materia di stato giuridico ed economico del proprio personale dipendente (e la legittimità della disciplina di legge eventualmente adottata) sia effettuata utilizzando un quadruplice filtro: in primo luogo, occorrerà valutare se la disciplina regionale sia coerente con i principi di diretta ascendenza costituzionale, anche in rapporto agli svolgimenti che ne abbia eventualmente già fatto il legislatore statale (69); in secondo luogo, dovrà verificarsi che l'esercizio della competenza non violi l'ordinamento comunitario (70) o le altre disposizioni di diritto internazionale vincolanti per l'Italia; in

---

(66) Cfr. l'art. 8, del d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252.

(67) Sebbene il funzionamento del fondo e le prestazioni erogate possano essere regolati anche dalla legge regionale (art. 3, comma 1, lett. *d*, d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252), il profilo del finanziamento resta devoluto ad atti di autonomia contrattuale individuale o collettiva. Sul punto cfr. anche *retro*, par. 3.4.

(68) Sul punto cfr. M. Persiani, *Devolution...*, cit., pp. 39 ss.; P. Tosi, *I nuovi rapporti...*, cit., pp. 604 ss.; G. Ferraro, *La flessibilità previdenziale nell'evoluzione del lavoro*, in *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Cedam, Padova, 2005, pp. 327 ss.; L. Anselmi, *La «dimensione territoriale» della previdenza complementare*, in *Prev. e ass. pubbl. e priv.*, 2004, pp. 931 ss.; spunti anche in R. Costi, *Il limite dell'ordinamento civile in materia di banche, fondazioni bancarie e fondi pensione*, in *L'ordinamento civile nel nuovo sistema delle fonti legislative*, in *Quad. Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 6, 2003, pp. 25 ss.; G. Ciocca, *Il sistema previdenziale...*, cit., p. 757.

(69) Cfr. *retro*, par. 3.1.

(70) Cfr. *retro*, par. 3.2.

terzo luogo, occorrerà tener conto delle discipline adottate nell'esercizio di competenze statali esclusive coestensive (71); infine, occorrerà valutare se l'istituto normato abbia quella stretta connessione con la materia di competenza delle Regioni e la sua regolamentazione differenziata risponda a quei criteri di ragionevolezza che, secondo la Corte Costituzionale, legittimano l'intervento del legislatore regionale sui modelli normativi di relazione fra privati cittadini o, si aggiunge qui, fra cittadino lavoratore e pubblica amministrazione datrice di lavoro (72).

Il concorso dei sopra rappresentati quattro fattori limitativi rappresenta un potente elemento unificante della disciplina del rapporto di pubblico impiego regionale e impedisce il prodursi di significative divergenze su base regionale (73). Cosicché sarebbe escluso, ad esempio, che la legge regionale possa derogare alla regola, oggi canonizzata dall'art. 52 del d.lgs. n. 165/2001 e variamente ripresa nella legislazione regionale (74), la quale vieta che l'esercizio di fatto di mansioni superiori protratto per un certo tempo possa comportare il diritto all'acquisizione di una qualifica superiore a quella posseduta, perché detta regola è diretto svolgimento del principio costituzionale di imparzialità dell'azione amministrativa (75) e perché la disciplina differenziata (rispetto a quella nazionale) di questo particolare istituto del rapporto di lavoro pubblico non risponde ad alcun canone di ragionevolezza. Onde, se mai una legge regionale introducesse questa singolare previsione, l'operatore giuridico avrebbe il dovere di contrastarla: con gli strumenti dell'interpretazione, fino a dove consentito in applicazione del canone ermeneutico dell'interpretazione costituzionalmente conforme; oppure, se decidente, provocando un giudizio incidentale

(71) Cfr. *retro*, par. 3.3., 3.4., 3.5., 3.6., 3.7.

(72) Rammento che, questa limitazione, la quale trova un suo specifico svolgimento sul terreno della normazione di diritto privato (cfr. *retro*, par. 3.4.), opera anche sul terreno della disciplina di marca pubblicistica, in quanto espressione dei principi di uguaglianza e dell'unità dell'ordinamento giuridico (cfr., anche *retro*, par. 3.1.).

(73) Una considerazione analoga è espressa anche da R. Salomone, *Nuova riforma costituzionale e lavoro pubblico. Osservazioni a margine della cd.* Devolution (legge Cost. 18 novembre 2005), in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, p. 61.

(74) Cfr. l'art. 36 della legge Regione Sardegna 13 novembre 1998, n. 31; l'art. 23, legge Regione Sicilia, 15 maggio 2000, n. 10; l'art. 10, legge Regione Valle D'Aosta 23 ottobre 1995, n. 45; art. 6, comma 1, legge Regione Trentino-Alto Adige, 21 luglio 2000, n. 3.

(75) Sul punto cfr. anche F. Liso, *La più recente giurisprudenza sul lavoro pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1998, p. 199.

di legittimità costituzionale (76). Discorso analogo sarebbe da farsi in relazione ad altri istituti. Ma tanto basta, in questa sede, a dimostrare l'assunto: sotto qualsiasi assetto formale delle fonti del pubblico impiego che le Regioni scegliessero di darsi, non solo non sarebbe possibile prefigurare un ritorno puro e semplice al regime normativo tale e quale era quello esistente prima della cd. privatizzazione, ma neppure il proliferare di legislazioni molto differenziate su base regionale.

4. — *Gli scenari e le prospettive. La posizione della contrattazione collettiva regionale* — Quali saranno le opzioni che i legislatori regionali riterranno di privilegiare non è dato prevedere. Ma mi sembra difficile ipotizzare moti di riforma radicale, verso i quali, peraltro, non è emerso alcun interesse concreto; anche perché, in questa materia, non si improvvisano soluzioni nuove da un giorno all'altro: cosicché è facile prevedere che, per lungo tempo, il modello di disciplina del d.lgs. n. 165/2001 rappresenterà ancora la stella polare per i legislatori delle Regioni speciali, come anche di quelle ordinarie (77).

Il pericolo è, piuttosto, quello delle micro-erosioni, conseguenti a provvedimenti legislativi contingenti, magari ispirati da finalità clientelari (78). Sarebbe un esito estremamente negativo, del quale si ha già qualche prodromo nei contesti a cultura politica e istituzionale meno avanzata, come mostra una volta di più l'esperienza della

---

(76) Secondo la ricostruzione che appare preferibile dei rapporti fra legge statale e legge regionale, la legge statale che, incuneandosi in un'area materiale di competenza regionale, contenesse disposizioni in contrasto con una legge regionale precedente, la abrogerebbe, con la conseguenza che il giudice sarebbe obbligato ad applicare la legge nazionale, salvo naturalmente sollevare questione incidentale di legittimità costituzionale. Se, invece, fosse una legge regionale a debordare dalle proprie competenze, dettando disposizioni contrarie a una precedente legge statale, quest'ultima sarebbe inapplicabile nel territorio regionale, con la conseguenza che il giudice dovrebbe applicare la legge regionale; anche in questo caso è fatta salva la possibilità di sollevare incidentalmente la questione di costituzionalità. Sul punto cfr. T. Martines, A. Ruggeri, C. Salazar, *Lineamenti di diritto regionale*, VI ed., Giuffrè, Milano, 2002, pp. 157 ss.

(77) La previsione è confortata sia dall'esperienza condotta nelle Regioni a Statuto speciale (sulle quali v. le considerazioni svolte *retro*, par. 1), ma anche da quella condotta nelle Regioni ordinarie, che hanno utilizzato con molta parsimonia il potere di adattamento ai principi fondamentali della legge statale (nella specie la legge quadro n. 93/1983 e il d.lgs. n. 29/1993) loro riconosciuto dalla originaria formulazione dell'art. 117 Cost. (sul punto cfr. le considerazioni di F. Carinci, *Una riforma «conclusa» fra norma scritta e prassi applicativa*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2004, p. 360).

(78) Sul punto, si vedano anche le annotazioni di L. Zoppoli, *Applicabilità...*, cit., pp. 56 ss.

Regione Sardegna, che negli ultimi anni è più volte intervenuta a modificare la legge contenente la disciplina generale del pubblico impiego regionale (la legge regionale 13 novembre 1998, n. 31), con provvedimenti in materia di inquadramenti e accessi, che non sarebbe appropriato giudicare ispirati a logiche di efficienza e buon andamento dell'amministrazione (79).

Invece, alla prova dei fatti, non ha rappresentato un inconveniente la circostanza che le Regioni speciali si siano costituite ciascuna in autonomi comparti di contrattazione, con un proprio soggetto rappresentativo, autonomo e distinto rispetto all'Aran (80), e abbiano sottoscritto e applicato contratti collettivi distinti e autonomi rispetto a quello del comparto nazionale *Regioni e autonomie locali*. Questo è, a ben guardare, l'insegnamento più significativo dell'esperienza fino a oggi condotta nelle Regioni ad autonomia differenziata, che supera la preoccupazione sulla perdita di ruolo del contratto nazionale e stempera grandemente i problemi di coordinamento fra contrattazione collettiva nazionale e locale e potestà legislative delle Regioni (81). Se la medesima scelta compiuta dalle Regioni ad autonomia speciale dovessero fare anche le altre Regioni ordinarie, appropriandosi della maggiore competenza che adesso gli attribuisce il novellato art. 117 Cost., il risultato sarebbe che non si avrebbe più un comparto unitario di contrattazione per le Regioni e il contratto nazionale del comparto Regioni e autonomie locali cesserà di rappresentare un vincolo anche

(79) Uno di questi, la legge regionale 8 luglio 2002, n. 11, ha formato oggetto del pronunciamento di Corte Cost. 24 luglio 2003, n. 274. Più di recente, il cattivo esempio della Regione Sardegna è stato seguito dalla Regione Marche che, con la legge 24 febbraio 2004, n. 4, ha previsto procedure riservate per l'assunzione presso le aziende sanitarie locali di personale già dipendente da strutture sanitarie private convenzionate. Provvidamente, la Corte Costituzionale, con la sentenza 10 maggio 2005, n. 190, ha dichiarato costituzionalmente illegittimi gli artt. 1, 2 e 3 della richiamata legge regionale per contrasto con gli artt. 3, 51 e 97 Cost.

(80) Sul punto rammento che rientra sicuramente fra le competenze legislative regionali la disciplina dell'organizzazione e dell'azione degli organismi rappresentativi della Regione in seno alla contrattazione collettiva. In questo senso deve essere letta la nota quanto controversa pronuncia della Corte Costituzionale n. 2 del 13 gennaio 2004 (sulla quale vedi più ampiamente le annotazioni di A. Trojsi, *Lavoro pubblico...*, cit., pp. 523 ss., e, da ultimo, con preoccupazione, A. Bellavista, *Federalismo...*, cit., p. 11). Sul punto cfr. anche *retro*, par. 3.1.

(81) Profili sui quali si soffermano con accenti diversi L. Zoppoli, *Applicabilità...*, cit., pp. 63 ss.; A. Garilli, *Diritto del lavoro...*, cit., p. 360; A. Trojsi, *Lavoro pubblico...*, cit., pp. 523 ss. e, da ultimo, con preoccupazione, A. Bellavista, *Federalismo...*, cit., p. 11.

per le Regioni ordinarie, come già non lo è per quelle speciali (82). A quel punto, l'uniformità della disciplina di matrice negoziale fra le diverse Regioni sarebbe affidata ai collegamenti associativi fra le associazioni sindacali dei lavoratori e alle limitazioni finanziarie che il legislatore nazionale decidesse di introdurre nell'esercizio della Sua funzione di coordinamento della finanza pubblica (83).

---

(82) Una volta che fosse venuto meno il comparto unitario di contrattazione collettiva delle Regioni, la contrattazione collettiva svolta a livello regionale cesserebbe di essere decentrata e integrativa rispetto a quella nazionale, onde non si porrebbe neppure il problema di applicazione della disciplina di cui agli artt. 40 e 40-*bis* del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che, come è noto, comminano la nullità delle clausole dei contratti collettivi decentrati e integrativi che debordino dai limiti imposti dai contratti nazionali di comparto.

(83) Cfr. *retro*, par. 3.5. Si vedano, inoltre, le annotazioni di A. Viscomi, *Prime riflessioni...*, cit., pp. 172 ss.



*Cinzia De Marco* (\*)

## LA FUNZIONE DEL COMITATO DEI GARANTI NELL'AMBITO DELLA RESPONSABILITÀ DEI DIRIGENTI PUBBLICI

SOMMARIO: 1. La responsabilità dei dirigenti pubblici: fattispecie e oggetto. — 2. Il Comitato dei Garanti: struttura, composizione, competenze. — 3. Il termine. — 4. Limiti all'intervento del Comitato dei Garanti. — 5. La mancata acquisizione e/o il mancato rispetto del parere del Comitato dei Garanti. — 6. Il problema del controllo, in sede giudiziale, dei pareri.

1. — *La responsabilità dei dirigenti pubblici: fattispecie e oggetto* — La responsabilità dirigenziale nella pubblica amministrazione è un istituto relativamente recente nel nostro ordinamento. Era, infatti, già previsto dall'art. 19 del d.P.R. 30 giugno 1972, n. 748, che disciplinava la «responsabilità per l'esercizio delle funzioni dirigenziali», secondo il quale, ferma restando la responsabilità penale, civile, amministrativa contabile e disciplinare prevista per tutti gli impiegati civili dello Stato, i dirigenti delle diverse qualifiche erano ritenuti responsabili, nell'esercizio delle rispettive funzioni, del buon andamento, dell'imparzialità e della legittimità dell'azione degli uffici cui erano preposti.

Si metteva in evidenza, pertanto, il carattere manageriale della responsabilità: il dirigente pubblico non si sarebbe dovuto ispirare solo al rispetto della legalità, ma anche all'attuazione delle Direttive governative, poiché non era responsabile solo dei suoi atti, ma «dell'attività complessiva dell'ufficio (e quindi pure dei non atti, cioè delle omissioni, pure dei tempi, cioè dei ritardi)» (1). Siffatto sistema avrebbe dovuto implicare un passaggio da «valutazioni con connotazioni etico-morali che esprimono un giudizio negativo sulla persona (le sanzioni disciplinari, appunto), ad accertamenti oggettivi, privi di connotazioni del genere e, al più, importanti un giudizio sulla professionalità» (2).

---

(\*) Ricercatrice di Diritto del lavoro presso l'Università di Catania.

(1) Cfr. S. Raimondi, voce *Dirigenza*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XI, Roma, 1988.

(2) Cfr. G. Mor, *Il potere disciplinare nel pubblico impiego: tendenze recenti*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1991, n. 9, p. 31.

In realtà, la previsione di detta responsabilità non ha prodotto effetti significativi ma è rimasta «una mera dichiarazione di principio» (3), posto che, quasi sempre, non hanno fatto seguito né la fissazione, da parte degli organi dei vertici politici, degli obiettivi da raggiungere, né l'attribuzione ai dirigenti delle necessarie risorse finanziarie, strumentali e umane, né la predisposizione di adeguati strumenti per la verifica e la valutazione dei risultati dell'attività dirigenziale (4). Si può affermare, pertanto, che l'effettiva introduzione della responsabilità dirigenziale per risultati di gestione nel nostro ordinamento sia avvenuta con il d.lgs. n. 29/1993, che, com'è noto, ha subito diverse modifiche confluite, poi, nell'attuale art. 21 del d.lgs. n. 165/2001, il quale, oggi, prevede come condotte sanzionabili il mancato raggiungimento degli obiettivi o l'inosservanza delle direttive.

L'art. 21 del d.lgs. n. 165/2001 contiene un inciso in cui si mantiene ferma «l'eventuale responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo». Tale clausola di salvaguardia, in realtà, altro non è che una presa d'atto legislativa della differenza concettuale tra le due forme di responsabilità, ormai consolidata in letteratura. La responsabilità dirigenziale, infatti, prescinde da intenti punitivi o risarcitori (5), ma è ricollegata ai risultati complessivi prodot-

---

(3) Cfr. A. Boscati, S. Mainardi, V. Talamo (a cura di), *La responsabilità dirigenziale*, in F. Carinci, S. Mainardi, *La dirigenza nelle Pubbliche amministrazioni*, Milano, 2005, p. 249.

(4) Così F. Calà, *La valutazione dei risultati del personale con incarico dirigenziale nelle pubbliche amministrazioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 341.; cfr., anche, C. Romeo, *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni: appunti per una riforma*, in *q. Riv.*, 1989, 5-6, I, pp. 525-226, il quale, constatando che l'art. 19 del d.P.R. n. 748/1972 non prevede alcuna forma di risoluzione del rapporto anche in caso di conclamate responsabilità, ravvisa nella norma l'intenzione del legislatore di voler garantire, a ogni costo, al dirigente la sua posizione giuridico-soggettiva, esonerandolo da responsabilità dirette implicanti la perdita del posto di lavoro e l'assunzione, in prima persona, del danno causato all'amministrazione.

(5) Cfr. M. Rusciano, *Spunti sul rapporto di lavoro e responsabilità «di risultato» del dirigente pubblico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 387. In giurisprudenza v. Cons. Stato, 24 maggio 1983, n. 330, in *Giur. it.*, 1984, III, 1, p. 87, secondo cui la responsabilità dirigenziale non si identifica o confonde con la responsabilità disciplinare, in quanto trascende i limiti del comportamento personale del soggetto, comprende anche l'azione complessiva dell'ufficio, e implica un giudizio non tanto di colpevolezza, quanto di accertata inidoneità all'esercizio di determinate funzioni o di insussistenza di un rapporto fiduciario, dando luogo, coerentemente, non all'applicazione di una vera e propria sanzione, bensì alla rimozione da quelle funzioni, eventualmente anche con destinazione a funzioni diverse.

ti dall'organizzazione cui il dirigente è preposto, e rappresenta «lo strumento per accertare la corrispondenza e la congruenza fra obiettivi e indirizzi impartiti, risultati attuati e realizzati» (6), determinando «in caso di giudizio negativo più che una colpa del dirigente l'inidoneità alla funzione» (7).

L'inciso, pertanto, pare confermare l'ambito e le caratteristiche diverse tra le due forme di responsabilità (8). La responsabilità dirigenziale, infatti, sembra intrinsecamente congiunta all'oggetto dell'incarico dirigenziale (raggiungimento degli obiettivi/osservanza delle direttive) nonché assoggettata a particolari forme di accertamento. Vero è che le fattispecie previste dall'art. 21 del d.lgs. n. 165/2001 quali responsabilità dirigenziali potrebbero, astrattamente, rilevare come inadempimenti disciplinari, in tal caso il rinvio, contenuto nell'articolo, alla contrattazione collettiva vale proprio come invito a specificare l'ambito della responsabilità disciplinare del dirigente, al fine di prevedere ipotesi di illecito disciplinare; riconducibili a inadempimenti contrattuali ma non al risultato mancato o a inosservanza delle direttive, ormai ricondotte nell'alveo della responsabilità dirigenziale e alle relative garanzie formali e procedurali (9).

Ciò che rileva ai sensi dell'art. 21 del d.lgs. n. 165/2001 è l'inidoneità del dirigente a eseguire l'incarico e, dunque, a raggiungere i risultati che gli sono stati prefissati, indipendentemente dal verificarsi di un fatto sanzionabile come illecito disciplinare o dalla produzione

---

(6) Cfr. L. Torchia, *La responsabilità dirigenziale*, Milano, 2000, p. 143.

(7) Cfr. C. D'orta, *Verifica dei risultati. Responsabilità dirigenziali*, in F. Carinci (diritto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, Milano, 1985, p. 490.

(8) *Contra*, P. Tullini, *Responsabilità del dirigente pubblico e nuova comunicazione giuridica*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, 2, p. 506, che considera la responsabilità dirigenziale quale *species* di quella contrattuale-disciplinare, e individua nella previsione della clausola di rinvio la necessità di un'integrazione e di un coordinamento fra i due tipi di responsabilità.

(9) Quanto è avvenuto con l'art. 11 del Ccnl Area II, del 22 febbraio 2006 che, nella disciplina relativa al recesso dell'amministrazione, ha sostituito il comma 4 dell'art. 27 del Ccnl del 10 aprile 1996 precisando e specificando e, dunque, differenziando rispetto a quella disciplinare che la responsabilità particolarmente grave è correlata al mancato raggiungimento di obiettivi particolarmente rilevanti per il conseguimento dei fini istituzionali dell'ente previamente individuati con tale caratteristica nei documenti di programmazione e formalmente assegnati al dirigente; ovvero, alla inosservanza delle direttive generali per l'attività amministrativa e la gestione, formalmente comunicate al dirigente, i cui contenuti siano stati espressamente qualificati di rilevante interesse.

di un danno (10). L'alterità della responsabilità dirigenziale rispetto a quella disciplinare rappresenta un'ulteriore garanzia dell'indipendenza e dell'autonomia del dirigente pubblico. Infatti, i principi posti alla base della privatizzazione del pubblico impiego impongono che il controllo sull'attività del dirigente sia limitato alla fase ultima del suo operato, ovvero alla verifica dei risultati ottenuti e al rispetto degli indirizzi dati dagli organi di direzione politica (11).

La configurazione della responsabilità dirigenziale come responsabilità di risultato non può, però, condurre a qualificarla come responsabilità oggettiva (12). L'art. 21 prevede, infatti, che il mancato raggiungimento degli obiettivi e/o l'inosservanza delle direttive costituiscono fonte di responsabilità unicamente quando siano «imputabili al dirigente» (13). Si delinea, così, una responsabilità per colpa, (14) nonché viene concessa al dirigente la possibilità di dimostrare che il mancato adempimento è avvenuto per «causa a lui non impu-

---

(10) Cfr. A. Boscati, *Verifica di risultati, responsabilità dirigenziali e Comitato dei Garanti*, in F. Carinci, L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004, p. 1182. I contratti collettivi delle aree dirigenziali, da un lato, non hanno previsto fattispecie specifiche di responsabilità disciplinare per il dirigente, salvo i casi del recesso con preavviso e del recesso per giusta causa ex art. 2119 cod. civ.; dall'altro hanno riconosciuto alla responsabilità dirigenziale «particolarmente grave e reiterata», accertata secondo le procedure di valutazione, una forma di giusta causa di recesso, guardandosi bene, però, dal qualificare siffatta ipotesi come *species* della responsabilità dirigenziale. Mentre in tutti i contratti la revoca dell'incarico, essendo collegata all'esito della procedura di valutazione per la verifica dei risultati, va inquadrata nell'ambito di una responsabilità sicuramente di natura dirigenziale.

(11) Ciò appare incompatibile con la natura della responsabilità disciplinare che, invece, presuppone la continua verifica dell'attività espletata dal prestatore di lavoro, in forza del potere direttivo del datore di lavoro. Così F. Pantano, *Sub art. 21 del d.lgs. 165/2001*, in M. Grandi, G. Pera, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Milano, 2005, p. 2018.

(12) Cfr., per un'adesione alla teoria della responsabilità oggettiva, sebbene prima della legge n. 145/2002, M. Rusciano, *Spunti su rapporto di lavoro e responsabilità di risultato del dirigente pubblico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 391. Secondo L. Torchia, *La responsabilità dirigenziale*, op. cit., pp. 137 ss., la assimilazione della responsabilità dirigenziale alla responsabilità oggettiva comporterebbe un ingiusto e inopportuno trasferimento del rischio dell'azione amministrativa in capo al dirigente; la valutazione della responsabilità, invece, consiste sia nell'accertamento di un risultato sia nella verifica delle cause che hanno portato (o non hanno portato) a quel risultato.

(13) Cfr. S. Mainardi, *La responsabilità dirigenziale e il ruolo del Comitato dei Garanti*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, p. 1092; A. Boscati, *Verifica di risultati, responsabilità dirigenziali...*, cit., p. 1184.

(14) Cfr. A. Boscati, *Il dirigente dello stato*, Milano, 2006, p. 315.

tabile», derivante dalla mancata messa a disposizione di «mezzi congrui» necessari all'espletamento della funzione (15).

Tuttavia va messo in evidenza che anche prima del *restyling* normativo della responsabilità gestoria non è mancato chi, effettuando una comparazione con il *manager* del settore privato e rilevando come anche su quest'ultimo incomba, normalmente, una responsabilità gestionale concernente il perseguimento di determinati risultati e obiettivi aziendali, ha sottolineato che, in tale ambito, gli esiti negativi della gestione potrebbero dipendere da fattori esterni ed estranei alla prestazione professionale, ed è per tale ragione che, ai fini dell'eventuale addebito, si tiene conto del comportamento negligente o imperito e dell'imputabilità dello stesso. Non si comprende, pertanto, perché il dirigente pubblico dovrebbe essere sottoposto a un regime di responsabilità di risultato/obiettivo che è «diverso» da quello ipotizzabile nel settore privato: tale da prescindere da un inadempimento imputabile e persino dal nesso di causalità tra la prestazione svolta e le relative conseguenze sul piano gestionale (16).

L'art. 21 del d.lgs. n. 165/2001 prevede, oggi, tre diverse misure sanzionatorie rapportate a tre livelli di responsabilità: 1) impossibilità di rinnovo dello stesso incarico dirigenziale (responsabilità lieve); 2) revoca dall'incarico combinata con il collocamento a disposizione (responsabilità media); 3) recesso dal rapporto di lavoro, secondo le disposizioni dei contratti collettivi (responsabilità grave). Per tutte le fattispecie la legge ha predisposto uno specifico meccanismo finalizzato all'accertamento della responsabilità dirigenziale nonché specifiche misure dirette a tutelare il dirigente il cui operato sia stato sottoposto a verifica.

2. — *Il Comitato dei Garanti: struttura, composizione, competenze* — L'art. 22 del d.lgs. n. 165/2001, per come novellato dalla legge n. 145/2002, prevede che l'adozione di tutti «i provvedimenti di cui all'art. 21, comma 1», avvenga previo parere conforme di un Comitato di Garanti, da rendere entro il termine di trenta giorni, pena la sua sostanziale inutilità.

---

(15) Cfr. A. Boscati, *op. ult. cit.*, p. 1184. D'altro canto la stessa contrattazione collettiva richiede che i criteri generali sui sistemi di valutazione della prestazione e delle competenze organizzative dei dirigenti, adottati dalle amministrazioni, debbano tenere conto in modo esplicito, tra l'altro, delle risorse umane, finanziarie e strumentali effettivamente poste a disposizione dei dirigenti; cfr., ad. es., art. 35, comma 3, Ccnl Area I.

(16) Cfr. P. Tullini, *La responsabilità del dirigente pubblico (una lettura in chiave giurisdizionale)*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 608.

Si è, pertanto, inserito nell'ambito del procedimento diretto ad accertare la responsabilità dirigenziale un controllo preliminare di legittimità sui provvedimenti sanzionatori dell'amministrazione, il quale, però, non è da considerarsi requisito del tutto inedito rispetto al settore privato (17), posto che anche in quest'ultimo ambito si registra l'avvenuta costituzione di un organismo analogo (Commissione di disciplina) a cui, attraverso la contrattazione collettiva, si è, talvolta, attribuito il potere di fornire pareri in ordine alle sanzioni disciplinari e ai licenziamenti adottati nei confronti dei dipendenti, e ciò sulla base dell'art. 7 dello Statuto dei lavoratori che consente a opera dell'autonomia collettiva la predisposizione di procedure che apprestano maggiori garanzie di quelle previste dalla suddetta disposizione (18).

Il Comitato dei Garanti è stato introdotto dal governo con il d.lgs. n. 80/1998 su sollecitazione della Commissione Parlamentare Biennale, durante il dibattito relativo all'attuazione della legge n. 59/1997, al fine di garantire una maggiore imparzialità nella valutazione delle responsabilità dirigenziali, e nelle applicazioni dei provvedimenti sanzionatori nei confronti dei dirigenti (19). Il fine precipuo della norma è quello di vo-

---

(17) Così, invece, P. Tullini, *La responsabilità del dirigente pubblico...*, cit., p. 617; A. Zoppoli, *Sub art. 21*, in A. Corpaci, A. Rusciano, M. Zoppoli, *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle pubbliche amministrazioni*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, p. 1185, il quale rileva come la disposizione inserisca, nel rapporto tra i soggetti posti ai vertici delle amministrazioni, l'intervento di un soggetto «terzo» al fine dell'apprezzamento di elementi che «richiedono in buona parte una valutazione di carattere intuitivo».

(18) Cfr., sul parere della Commissione di disciplina nell'ambito di procedimenti disciplinari nel settore privato, Cass. 25 settembre 2000, n. 12684, in *Mass. giur. it.*, 2000, e Cass. 28 novembre 1994, n. 10113, in *Mass. giur. it.*, 1994. Entrambe le sentenze, dopo aver affermato la piena legittimità della previsione dell'organo di garanzia, affermano che ai fini dell'accertamento dell'illegittimità della sanzione inflitta dal datore di lavoro non può essere addotta «la mera deduzione della mancanza del preventivo parere di detta commissione, ove non sia dimostrata l'effettiva costituzione di tale organismo o la sua mancata costituzione per una condotta addebitabile, in tutto o in parte, al datore di lavoro», in quanto, «sia in tema di responsabilità contrattuale che in tema di responsabilità extracontrattuale, perché sussista la responsabilità per inadempimento ovvero per fatto illecito è pur sempre necessaria l'esistenza, rispettivamente, di una prestazione che sia anche dovuta, da intendersi per tale anche una prestazione di non impossibile adempimento, o un comportamento positivo ingiusto, che pregiudichi un interesse tutelato, comunque imputabile a titolo di dolo o colpa».

(19) Cfr. P. Matteini, V. Talamo, *Il d.lgs. 31 marzo n. 80: il completamento della riforma del lavoro pubblico in attuazione della legge delega contenuta nella legge n. 59/1997. Prime analisi*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1998, p. 385; A. Boscati, *Verifica di risultati, responsabilità dirigenziali e Comitato dei Garanti*, in F. Carinci, L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004, p. 1204.

ler evitare che l'attivazione della responsabilità dirigenziale sia soggetta esclusivamente alle valutazioni dell'organo politico (20). A tale proposito, infatti, è stato messo in evidenza in giurisprudenza che il Comitato «non appare concepito dal legislatore come organo a carattere rappresentativo destinato a dirimere contrapposti interessi dei dirigenti compresi nel ruolo unico, ma come organo imparziale in funzione di garanzia di una ponderata valutazione nell'adozione, tra l'altro, di atti gravemente lesivi della posizione soggettiva di ogni dirigente» (21). L'imparzialità del Comitato viene assicurata dalla sua stessa composizione; l'organo, infatti, nominato dal Presidente del Consiglio dei ministri, risulta costituito da membri caratterizzati da «alta professionalità e specifica qualificazione» quali un magistrato della Corte dei Conti, con funzioni di Presidente, a sua volta designato dal Presidente della Corte dei Conti fra i magistrati esperti nel controllo di gestione, un dirigente di prima fascia e un esperto nei settori dell'organizzazione amministrativa e del lavoro pubblico. Peraltro, come è stato osservato, proprio l'alta professionalità e la specifica qualificazione dei membri del Comitato giustifica la limitazione dell'elettorato passivo per l'elezione del membro espresso dalla dirigenza ai soli dirigenti di prima fascia (22).

L'istituzione del Comitato è stata prevista dai contratti collettivi dell'area dirigenziale della seconda tornata contrattuale (23), i quali dispongono, unicamente, l'obbligo di costituire l'organo di controllo nel rispetto delle modalità indicate dalla legge, nonché sottolineano, da un lato, la obbligatoria necessità che i provvedimenti sanzionatori siano conformi al parere reso dal Comitato, e, dall'altro, che quest'ultimo debba pronunciarsi nel termine di trenta giorni, decorso il quale l'amministrazione può prescindere dal parere e procedere all'applicazione della sanzione (24).

---

(20) Cfr. S. Mainardi, *La responsabilità dirigenziale...*, cit., p. 1098.

(21) V. Tar Lazio, Sez. III (ord.), 13 luglio 2000, n. 5935, in *Trib. amm. reg.*, 2001, 1, p. 2953.

(22) Cfr. S. Mainardi, *La responsabilità dirigenziale...*, cit., p. 1099, il quale rileva come la scelta di limitare l'elettorato passivo ai soli dirigenti di prima fascia vada messa «in relazione alla loro maggiore professionalità ed esperienza, sia per le funzioni che la legge gli affida, sia per la tipologia di incarichi che possono ricoprire, sia, infine, per le modalità di accesso alle fasce».

(23) Art. 15 Ccnl Area II; art. 23 Ccnl, Area III; art. 23 Ccnl, Area IV, quadriennio 1998-2001.

(24) Cfr., l'art. 20 dei Ccnl 3 novembre 2005, Area III e Area IV, quadriennio 2002-2005, in cui le parti, dopo aver confermato l'art. 23 del Ccnl 8 giugno 2000 che ha istituito il Comitato dei Garanti, stabiliscono che il relativo parere debba essere reso «improrogabilmente e obbligatoriamente entro sessanta giorni».

L'ambito di applicazione del Comitato dei Garanti è stato modificato dalla legge n. 145/2002. Secondo la disciplina previgente, infatti, l'operatività dell'organo risultava espressamente limitata alle sole ipotesi di grave inosservanza delle direttive o di ripetuta valutazione negativa tale da indurre l'amministrazione all'esclusione dal conferimento di incarichi per almeno due anni o, nei casi più gravi, al recesso dal rapporto di lavoro. L'intervento del Comitato non era, pertanto, previsto nella procedura di revoca dell'incarico o di destinazione ad altro incarico conseguente all'accertamento di responsabilità dirigenziali di minore gravità. In siffatta ipotesi, norma di garanzia per il dirigente era costituita, unicamente, dal richiamo all'osservanza della normativa in materia di valutazione contenuta nei decreti legislativi di cui all'art. 17 della legge n. 59/1997. In conseguenza della modifica normativa il parere del Comitato dei Garanti è richiesto in tutte le ipotesi di provvedimenti a carico dei dirigenti, conseguenti al mancato raggiungimento degli obiettivi o a inosservanza delle direttive (25).

L'estensione dell'ambito di competenza del Comitato rappresenta un tentativo di compensazione di eventuali diminuzioni di tutela rispetto al possibile ampliamento dei margini di discrezionalità dell'organo politico circa i «motivi» della responsabilità dirigenziale (26). E infatti, per come è stato messo in evidenza, se con l'entrata in vigore della legge n. 145/2002 si è conseguito il risultato del restringimento dell'area della responsabilità (27), si è, però, realizzata un'accentuazione della subordina-

---

(25) Il Comitato è stato istituito con decreto Ministero della funzione pubblica del 10 novembre 2000, e, ai sensi dell'art. 12 del d.m. 30 novembre 2002, utilizza come supporto organizzativo e di consulenza l'ufficio del ruolo unico dei dirigenti; successivamente è stato ricostituito con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 10 giugno 2005. Sull'attività del Comitato dei Garanti e sulle carenze organizzative v. G. Negro, *Relazione sull'esperienza del Comitato di Garanti*, Roma, 3 febbraio 2004, in [www.clubdirigenti.it/publici/RelNegro.htm](http://www.clubdirigenti.it/publici/RelNegro.htm), il quale richiama l'attenzione sul fatto che il Comitato sia stato considerato «alla stregua di un'istituzione ospite e non parte del Dipartimento della Funzione Pubblica»; quest'ultimo, infatti, non avrebbe mai predisposto un adeguato sostegno logistico e operativo, sicché il Comitato sarebbe rimasto privo di una propria struttura di segreteria, di locali e di attrezzature d'ufficio.

(26) Cfr. A. Boscati, S. Mainardi, V. Talamo, *Unità 1 Dirigenza Area 1-La responsabilità dirigenziale*, in F. Carinci, S. Mainardi, *La dirigenza nelle Pubbliche Amministrazioni*, Milano, 2005, p. 263; S. Mainardi, *La responsabilità dirigenziale...*, cit., p. 1099.

(27) Conseguente alla scomparsa della possibilità di imputare ai dirigenti cattivi risultati nell'attività svolta se, comunque, le direttive ricevute siano state rispettate e se gli obiettivi formalmente prefissati siano stati raggiunti.

zione al potere politico (28). Pertanto la costituzione del Comitato rappresenta «un evidente compromesso tra esigenze di “efficienza” ed esigenze di “garanzia” del dirigente» (29).

È opportuno segnalare, in riferimento alle funzioni del Comitato dei Garanti, una recente proposta legislativa che ne prevede la soppressione. E infatti, le carenze riscontrate nell'attività valutativa dei dirigenti, con particolare riguardo all'efficienza del loro operato e ai risultati conseguiti, stanno alla base del disegno di legge che è stato presentato contemporaneamente alla Camera dei deputati (AC n. 2080) e al Senato della Repubblica (AS n. 1233) nel dicembre 2006 (Norme in materia di valutazione dell'efficienza e del rendimento delle strutture e dei dipendenti pubblici).

La proposta interviene sulla materia dei controlli interni alle pubbliche amministrazioni prevedendo la costituzione di un'Autorità costruita come organismo indipendente che opera in piena autonomia organizzativa, contabile e di giudizio. A essa vengono attribuite anche le funzioni del Comitato dei Garanti che, conseguentemente, viene soppresso.

Tale previsione suscita perplessità in quanto se è vero che l'istituenda autorità è organo di garanzia, nominato con decreto del Presidente della Repubblica, a seguito di una complessa procedura che garantisce l'indipendenza dei suoi componenti, tuttavia, deve rilevarsi che essa esercita poteri ispettivi e di controllo e quindi assume la doppia e inconciliabile veste di controllore e garante.

3. — *Il termine* — L'art. 22 del d.lgs. n. 165/2001 prevede che il parere debba essere reso dal Comitato dei Garanti nel termine di trenta giorni dalla richiesta. La norma ammette anche la possibilità di potere prescindere dallo stesso, qualora il termine indicato sia trascorso inutilmente.

La previsione di un termine a carattere perentorio per la pronuncia del parere rappresenta un evidente punto di equilibrio tra controllo e garanzia (30), nonché risponde a esigenze di certezza del procedimento, soprattutto nei confronti dell'amministrazione che potrebbe, in caso di mancata previsione di un termine *ad quem*, entro il quale l'organo a-

---

(28) Cfr. M. G. Garofalo, *La dirigenza pubblica rivisitata*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, p. 888.

(29) Cfr. M. Rusciano, *La dirigenza nell'Amministrazione centrale dello Stato*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2001, n. 3-4, p. 499.

(30) Cfr. S. Mainardi, *La responsabilità dirigenziale...*, cit., p. 1099.

verrebbe l'obbligo di pronunciarsi, vedere paralizzato *sine die* l'esercizio dell'azione sanzionatoria nei confronti di dirigenti ritenuti responsabili ai sensi dell'art. 21 del d.lgs. n. 165/2001, con tutte le intuibili conseguenze negative sull'efficienza e il buon andamento dell'attività amministrativa.

Tuttavia, in controtendenza con la funzione di garanzia tipica del Comitato è da considerare la previsione della possibilità, riconosciuta all'amministrazione, di potere prescindere dal parere qualora questo non sia stato reso nel termine indicato. E infatti, la capacità di pronunciarsi «in tempo utile» da cui dipende l'effettività del controllo sui provvedimenti sanzionatori della p.a., nonché la garanzia nei confronti del dirigente, sono rimesse alla capacità del Comitato di acquisire un'autonomia politico-decisionale rispetto alla fonte della sua nomina nonché alla attitudine tecnico-professionale posseduta dai componenti nel rapportarsi con la valutazione (31).

In ogni caso la previsione di un termine perentorio implicitamente è indice della rilevanza che il legislatore ha inteso riconoscere all'ipotesi di parere negativo dotato della forza in grado di impedire l'esercizio del potere di recesso da parte dell'amministrazione (32).

L'art. 21 del d.lgs. n. 165/2001, tuttavia, non contempla l'ipotesi che il parere del Comitato intervenga dopo lo spirare del termine di trenta giorni previsto dalla norma. A tale proposito non convince l'opinione di chi ha ritenuto che nonostante il limite temporale previsto dalla norma, secondo i principi generali, in ipotesi di pronuncia oltre i termini, l'amministrazione avrebbe l'obbligo di conformarsi a quanto determinato (33), in quanto, così ragionando, si vanificherebbe sia la previsione di un *dies ad quem* per la pronuncia del parere, sia la previsione della stessa possibilità di prescindere dalla determinazione dell'organo consultivo resa oltre il termine. Invece, nonostante la considerazione che, in ipotesi di parere non conforme ancorché comunicato oltre il termine, difficilmente l'amministrazione emetterà il provvedimento soprattutto se di

---

(31) Cfr. F. Carinci, *La dirigenza nella seconda fase della privatizzazione: la legge delega n. 59/1997 e i decreti legislativi n. 396/1997 e 80/1998*, in F. Carinci (diretto da), *I contratti collettivi per le aree dirigenziali. Commentario*, Milano, 1998, XXIX.

(32) Cfr. L. Angiello, *La valutazione dei dirigenti pubblici*, Milano, 2001, pp. 176-177.

(33) Cfr. S. Cogliani, *Sub art. 14*, in M. Dell'Olio, B. Sassani (a cura di), *Amministrazioni pubbliche, lavoro, processo. Commento ai d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80 e 29 ottobre 1998 n. 387*, Milano, 2000, p. 112.

natura espulsiva (34), va comunque osservato che il parere emesso dopo trenta giorni dalla sua richiesta non può che essere considerato *inutiliter dato* e che, pertanto, l'eventuale provvedimento emesso dall'amministrazione dopo lo spirare del termine è da ritenersi legittimo con nessuna possibilità di essere travolto da un eventuale parere intervenuto successivamente (35).

Un'ultima notazione può essere fatta in riferimento alla decorrenza del termine per la pronuncia del parere, il quale, secondo quanto stabilito dalla norma, decorre «dalla richiesta» effettuata dall'amministrazione. A tale proposito l'interpretazione più corretta e aderente al dettato legislativo è quella secondo cui il *dies a quo* ai fini del computo dell'intervallo di trenta giorni per la pronuncia del parere da parte del Comitato dei Garanti sulle richieste allo stesso sottoposte non può che decorrere dal giorno della effettiva e concreta ricezione delle richieste da parte dell'organo di controllo. E infatti, considerata la funzione di garanzia del Comitato, diretta alla soddisfazione di primarie esigenze di correttezza e imparzialità, non può che ritenersi, in quest'ottica, determinante ed essenziale la piena e integrale utilizzabilità, da parte dell'organo di controllo, dell'intero periodo di trenta giorni, non potendo ammettersi alcuna surrettizia contrazione di tale *spatium deliberandi* determinata da eventuali inerzie da parte degli organi dell'amministrazione deputati all'adempimento degli oneri di comunicazione e trasmissione degli atti del procedimento nel quale è tenuto a pronunciarsi il Comitato (36).

4. — *Limiti all'intervento del Comitato dei Garanti* — L'intervento del Comitato dei Garanti, a seguito della riforma operata dalla legge n. 145/2002, va effettuato «in tutti i casi previsti dall'art. 21», e, dunque, in tutte le ipotesi attinenti alla responsabilità dirigenziale. Pertanto già l'interpretazione letterale dell'art. 22 del d.lgs. n. 165/2001 porta a escludere la legittimità dell'intervento dell'organo di controllo al di fuori delle fattispecie indicate dall'articolo precedente.

---

(34) Cfr. L. Angiello, *La valutazione dei dirigenti...*, cit., p. 175.

(35) Il quale tutt'al più potrà essere utilizzato dal dirigente in giudizio *ad adiuvandum* nei confronti dell'impugnativa del provvedimento sanzionatorio, quale elemento da fornire al giudice affinché ne tragga argomenti di prova ai sensi dell'art. 116 cod. proc. civ.

(36) In questi termini v. Trib. Civitavecchia, 6 febbraio 2002 (ord.), in *De&L*, 2002, p. 437, con nota di R. M. Martignoni, *Sul licenziamento del dirigente medico determinato da «motivi soggettivi»: tutela ripristinatoria e tutela risarcitoria*.

E infatti, se la precedente formulazione della norma aveva potuto ingenerare la convinzione che fosse possibile ampliare l'intervento del Comitato ad altre ipotesi rispetto a quelle contenute nella norma e, dunque, a tutti i casi di recesso, con o senza preavviso, intimati secondo le disposizioni dei contratti collettivi (37), oggi, la circostanza che la norma nella nuova formulazione, da un lato, fa salva «l'eventuale responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo», dall'altro, non contiene più il rinvio alle norme sul recesso del codice civile, fa sì che il parere del Comitato non debba essere richiesto e, dunque, non sia vincolante nei casi diversi da quelli tipizzati dall'art. 21 del d.lgs. n. 165/2001 (38).

Alla stessa conclusione si perviene attraverso l'analisi delle disposizioni legali e contrattuali della responsabilità del dirigente. Il legislatore, infatti, ha inteso ben distinguere la responsabilità dirigenziale dalla responsabilità disciplinare prevedendo soltanto per la prima autonomi meccanismi di accertamento e di sanzione. In particolare, ai fini dell'irrogazione delle sanzioni previste dall'art. 21 del d.lgs. n. 165/2001, rilevano i risultati del controllo di valutazione avente a oggetto il confronto tra i risultati conseguiti dal dirigente in un determinato periodo di tempo e gli *standards* fissati in sede di programmazione e di organizzazione pianificata (39). Procedimento estremamente dettagliato quanto a

---

(37) Cfr. S. Pasqua, V. Talamo, *Recesso per giusta causa dell'amministrazione dal rapporto di lavoro con il dirigente e parere del Comitato dei Garanti*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2001, p. 1093, secondo i quali l'organo di garanzia va inteso quale strumento di tutela generale che deve operare anche nelle ipotesi di recesso per giusta causa.

(38) In questo senso cfr. S. Mainardi, *La responsabilità dirigenziale...*, cit., p. 1100; M. Lanotte, *Il licenziamento del dirigente...*, cit., p. 1209; C. Spinelli, *Licenziamento per giusta causa del dirigente medico e ruolo del Comitato dei Garanti*, nota a Trib. Firenze 15 gennaio 2004, in *Lav. pubbl. amm.*, 2004, p. 206. Va, comunque, rilevato che il Comitato dei Garanti, costituito per le amministrazioni statali con d.m. 10 novembre 2000, ha ritenuto necessario esprimere il parere preventivo anche ai fini della legittimità di un provvedimento di recesso motivato per giusta causa ai sensi dell'art. 2119 cod. civ. Vedi G. Negro, *Relazione sull'attività del comitato...*, cit., il quale mette in evidenza che una diversa soluzione equivarrebbe a svuotare di contenuto il sistema di garanzie voluto dal legislatore, in quanto sarebbe sufficiente invocare la «giusta causa» per consentire all'amministrazione di procedere senza l'osservanza della procedura prevista dall'art. 22 del d.lgs. n. 165/2001.

(39) Sul procedimento di valutazione delle prestazioni dirigenziali v. Tar Friuli-Venezia Giulia 7 giugno 1999, n. 806, in *Nuova rass.*, 1999, p. 1770, in cui si prevede che «la valutazione non positiva, da parte dell'apposito nucleo, dell'attività di un dirigente, in quanto consegue a un *iter* procedurale dettagliatamente stabilito, non può fondarsi su una considerazione astratta di dati caratteriali immodificabili dell'esamina-

struttura, principi e soggetti responsabili (40). Alla stessa conclusione si perviene analizzando le norme contrattuali secondo cui l'annullamento della procedura suddetta «fa venir meno gli effetti del recesso» (41).

In riferimento all'ambito di operatività dell'intervento del Comitato dei Garanti potrebbe essere interessante interrogarsi sulla possibilità che ad azionarne l'attività fossero soggetti diversi dall'amministrazione. E infatti, l'art. 22 del d.lgs. n. 165/2001 subordina la pronuncia del parere a un'iniziativa dell'amministrazione finalizzata alla irrogazione di una misura sanzionatoria nell'ambito di un procedimento diretto ad accertare (e punire) la responsabilità dirigenziale. A tale proposito non pare possibile che il Comitato si esprima anche a seguito di eventuali richieste avanzate dagli stessi dirigenti che lamentino comportamenti delle loro amministrazioni che, secondo la loro prospettiva, integrino effetti sostanzialmente sanzionatori. Siffatto *modus operandi*, per quanto risulti essere stato utilizzato nella prassi (42), non appare conforme al dettato legislativo che, come detto, subordina l'intervento dell'organo a una espressa richiesta dell'amministrazione; pertanto, a meno che tale specifica possibilità non sia introdotta dalla contrattazione collettiva, si deve ritenere che un'eventuale pronuncia resa dal Comitato a fronte di una richiesta avanzata da soggetti diversi dalle amministrazioni sarebbe emanata al di fuori delle attribuzioni conferite dalla legge all'organo consultivo.

Del tutto diversa è, infatti, la circostanza in cui l'ambito di operatività dell'intervento del Comitato dei Garanti sia esteso a opera della contrattazione collettiva, la quale, sulla base del rapporto di derogabilità *in melius*/inderogabilità *in peius*, che, nel nostro ordinamento sovrintende i rapporti tra legge e contrattazione collettiva, può sempre

---

to, né essere costituita da giudizi apodittici, senza riferimento preciso ai risultati conseguiti nel periodo considerato e alle circostanze di fatto influenti sugli stessi, e non può prescindere da un corretto svolgimento del contraddittorio procedimentale».

(40) Cfr. L. Torchia, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, 2000, pp. 126 ss.; A. Boscati, *Gli strumenti di valutazione e di controllo e la procedura per l'applicazione delle misure*, in F. Carinci, L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, Torino, 2004, p. 1197.

(41) V. tutti i Ccnl dell'Area dirigenziale del quadriennio 1994-1997.

(42) Cfr. G. Negro, *Relazione sull'attività del Comitato...*, cit., il quale avalla tale pratica argomentando che la limitazione dell'attività del Comitato alle sole ipotesi di richiesta da parte delle amministrazioni renderebbe del tutto inefficace l'istituto di garanzia in tutti i casi in cui l'effetto sanzionatorio non discenda da un provvedimento formale ma da comportamenti, anche omissivi, assunti dall'amministrazione.

apportare delle modifiche migliorative rispetto alla legge introducendo delle ulteriori garanzie al dipendente. È quanto è avvenuto per l'area medico-sanitaria con l'art. 23 Ccnl 8 giugno 2000, che attribuisce al Comitato il compito di «esprimere parere preventivo sulle ipotesi di recesso proposte dalle aziende nei confronti dei dirigenti in tutti i casi di recesso», con ciò prevedendo una competenza generalizzata del Comitato sia in ipotesi di responsabilità dirigenziale, sia in ipotesi di responsabilità disciplinare (43). Parere preventivo e vincolante (44), confermato anche nel recente Ccnl del 3 novembre 2005. Si delinea, così, una differenziazione di disciplina tra aree dirigenziali (45), posto che non

---

(43) Cfr. M. Lanotte, *Il licenziamento del dirigente...*, cit., p. 244, secondo cui il rinvio dei contratti collettivi a tutte le ipotesi di recesso farebbe considerare necessario il preventivo parere anche per i licenziamenti motivati da ragioni oggettive. In giurisprudenza, v. Trib. Firenze 15 gennaio 2004, in *Lav. pubbl. amm.*, 2004, I, p. 194, secondo cui «in difetto di espressa previsione normativa in senso contrario non può ritenersi preclusa alla contrattazione collettiva l'adozione di procedure di garanzia per il recesso dal rapporto di lavoro». A tale proposito, non appare condivisibile l'interpretazione della norma collettiva richiamata, effettuata dalla Corte d'Appello di Firenze con sentenza del 31 gennaio 2006, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, 1, pp. 63 ss., con nota di A. Boscati, *Licenziamento disciplinare del dirigente medico e parere del Comitato dei Garanti*, che, riformando radicalmente la sentenza emanata dal giudice di primo grado della stessa città, ha ritenuto che il richiamo operato dalla fonte collettiva al Comitato dei Garanti «non può avere l'estensione illimitata, attribuita dal Tribunale, dovendosi arrestare per coerenza e logicità del sistema, pena la illegittimità della norma per contrasto con disposizione di rango superiore, di fronte a licenziamenti che niente hanno a che vedere con la valutazione strettamente dirigenziale...». E, infatti, se è vero che l'art. 22 del d.lgs. n. 165/2001 si riferisce, unicamente, alla responsabilità dirigenziale, escludendo la necessità del preventivo parere conforme del Comitato dei Garanti in fattispecie di recesso diverse da quella contemplata nell'art. 21, tuttavia, non pare possa ravvisarsi alcun interesse pubblico tutelato dall'art. 22 del d.lgs. n. 165/2001 che ne giustifichi l'inderogabilità. A ciò si aggiunga che la norma in questione è strutturata in maniera tale da richiedere una regolamentazione attuativa e adeguatrice da parte delle amministrazioni diverse da quelle statali. Pertanto non appare illegittimo, ma anzi conforme al dettato di cui al comma 1 dell'art. 40 del d.lgs. n. 165/2001, che la contrattazione collettiva, preso atto della mancata attuazione del precetto legislativo a opera delle singole amministrazioni, sia intervenuta introducendo essa stessa l'obbligo di acquisire il parere conforme del Comitato dei Garanti: così, A. Boscati, *Licenziamento disciplinare del dirigente medico...*, cit., p. 83.

(44) Vedi Accordo di interpretazione autentica del 24 ottobre 2001.

(45) Cfr. M. Lanotte, *Il licenziamento del dirigente...*, cit., p. 244, e A. Vallebona, *La contrattazione collettiva della dirigenza medica e sanitaria*, in *Dir. lav.*, 2003, 1-2, p. 67, il quale ravvisa nei contratti collettivi dell'area in esame «una rigorosa protezione del dirigente contro il licenziamento, che per potere essere validamente intimato a pena di inefficacia deve superare due filtri procedurali preventivi: l'uno aziendale, l'altro regionale».

si rinviene analoga disposizione in nessuno dei Ccnl delle altre aree che, però, potrebbero sempre inserirla successivamente (46).

In tali ipotesi, comunque, non si può ipotizzare un contrasto con l'art. 22 del d.lgs. n. 165/2001. La disciplina dettata dagli artt. 21 e 22 del decreto, infatti, è direttamente vincolante unicamente per le amministrazioni dello Stato (47), mentre per le altre amministrazioni pubbliche, ivi comprese le aziende e gli enti del servizio sanitario nazionale, operano i criteri di adeguamento di cui all'art. 27 del d.lgs. n. 165/2001, secondo i quali la disciplina della dirigenza statale si pone come legge fondamentale per tutte le amministrazioni che nell'ambito della propria potestà statutaria e regolamentare sono tenute ad adeguare i loro ordinamenti interni alle norme del Capo II del d.lgs. n. 165/2001 (48): norme che per queste amministrazioni assumono pertanto il valore di «“principi” informativi della disciplina» (49). In tal modo «la disciplina generale funziona come cornice generale del sistema e altresì come un magazzino di principi cui attingere in presenza di lacune della disciplina speciale» (50). Pertanto, nel caso di specie, la disciplina generale della dirigenza, contenuta nel d.lgs. n. 165/2001, è da considerarsi residuale rispetto a quella speciale della dirigenza sanitaria, nel cui ambito il Comitato dei Garanti risulta istituito e disciplinato dal contratto collettivo (51).

Un'ultima notazione riguarda la circostanza se l'intervento del Comitato possa investire aspetti formali e, dunque, mettere in evidenza eventuali vizi procedimentali negli atti a esso trasmessi dall'amministrazione. Mi riferisco alla circostanza ove il Comitato emetta un parere in cui si soffermi non nella sostanza del procedimento, ma nel rilievo di eventuali violazioni formali nel procedimento rivolto ad accertare la responsabilità disciplinare. A tale proposito, poiché l'art. 22 del d.lgs. n. 165/2001 richiede un «parere conforme» senza specificare l'ambito di operatività dello stesso, pare possa ritenersi che sebbene la pronuncia del

---

(46) Così non è avvenuto per il Ccnl Regioni e autonomie locali del 23 febbraio 2006, per il quadriennio normativo 2002-2005.

(47) Art. 13, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001.

(48) Sul punto cfr. G. D'Auria, *La privatizzazione della dirigenza pubblica fra decisioni delle corti e ripensamenti del legislatore*, in *Foro it.*, 2002, I, cc. 2965 ss.

(49) Cfr. M. Rusciano, *La dirigenza pubblica locale tra vecchie impostazioni e nuove tendenze*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, n. 6, p. 899.

(50) Così, proprio per la dirigenza sanitaria v. O. Mazzotta, *Attribuzioni e poteri del dirigente sanitario*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, 3-4, p. 476.

(51) Cfr. M. Lanotte, *Il licenziamento del dirigente...*, cit., p. 243.

Comitato sia volta soprattutto a investire questioni sostanziali e, dunque, il merito del provvedimento sanzionatorio, non vi sia nessuna ragione ostativa per escludere al Comitato un controllo sulla regolarità formale e, dunque, sulla legittimità della misura sanzionatoria (52).

5. — *La mancata acquisizione e/o il mancato rispetto del parere del Comitato dei Garanti* — L'art. 22 del d.lgs. n. 165/2001 subordina l'adozione del provvedimento sanzionatorio, nell'ambito del procedimento diretto ad accertare la responsabilità dirigenziale, al «previo conforme parere del Comitato dei Garanti».

A questo punto è interessante concentrarsi sulle conseguenze dell'eventuale provvedimento sanzionatorio adottato dall'amministrazione senza l'acquisizione del preventivo parere del Comitato ovvero in caso di parere negativo.

A tale proposito si concorda con chi ritiene che in questi casi si debbano ritenere operanti i principi generali che qualificano i vincoli procedurali come requisiti di validità ed efficacia del provvedimento datoriale (53).

E infatti il legislatore ha dettato la consueta e collaudata tecnica della procedimentalizzazione del potere imprenditoriale (54). Procedimento in cui il parere del Comitato dei Garanti assume la natura di elemento di una fattispecie a formazione progressiva il cui atto finale è costituito dal recesso e dalle altre misure sanzionatorie previste dall'art. 22 del d.lgs. n. 165/2001.

L'intervento dell'organo consultivo si configura come «adempimento prodromico al provvedimento datoriale che ne condiziona la validità da un punto di vista procedurale e poi sostanziale» (55).

---

(52) In questo senso cfr. L. Angiello, *La valutazione dei dirigenti pubblici*, Milano, 2001, p. 178.

(53) Cfr. M. Lanotte, *Il licenziamento del dirigente...*, cit., p. 308; F. Carinci, *La dirigenza delle Amministrazioni dello Stato ex capo II, Titolo II, d.lgs. n. 29/1993 (il modello universale)*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 46, secondo cui «tutto fa ritenere che eventuali vizi nelle procedure prescritte ricadano sugli atti finali, sì da renderli invalidi ed esposti quindi a provvedimenti giurisdizionali dichiarativi o costitutivi a seconda che sia configurabile una nullità o una annullabilità. Il che dovrebbe dar luogo a quella battezzata come tutela reale, sotto forma di continuità del rapporto di incarico ed eventualmente di impiego, più o meno sulla traccia della cosiddetta reintegra di diritto comune».

(54) Cfr. S. Mainardi, *La responsabilità dirigenziale...*, cit., p. 1102.

(55) Cfr. S. Mainardi, *op. ult. cit.*, p. 1102.

Non pare vi siano dubbi nell'affermare che, se il Comitato, a cui l'amministrazione abbia richiesto un parere circa l'adozione di un provvedimento sanzionatorio nei confronti di un dirigente, esprime parere contrario alla proposta avanzata dall'amministrazione, vengano meno i presupposti sostanziali e procedurali per l'esercizio del relativo potere. In conseguenza di ciò l'amministrazione che, nonostante il parere non conforme del Comitato, proceda ugualmente all'applicazione della misura sanzionatoria, pone in essere un atto nullo, poiché esercita un potere in mancanza di un suo presupposto essenziale, con conseguente diritto del dirigente di ottenere il ripristino del rapporto di lavoro e il pagamento delle retribuzioni maturate *medio tempore*, sia nel rapporto di impiego sia in quello dell'incarico dirigenziale fino alla naturale scadenza di quest'ultimo (56).

Si tratta, pertanto di un atto endoprocedimentale a contenuto valutativo a cui la legge riconnette la funzione di predeterminare e condizionare il contenuto del provvedimento decisionale datoriale. Ovviamente il parere dell'organo di garanzia ha sempre (e soltanto) contenuto valutativo e non volitivo-decisionale; comporta un obbligo di conformarsi ma non di attuare la volontà altrui. Da questa impostazione discende che l'amministrazione, qualora non condividesse il contenuto del parere vincolante (ad es. perché in esso si trova indicata una misura sanzionatoria diversa da quella proposta dall'amministrazione) potrebbe anche non assumere la misura finale prevista.

A questo proposito è possibile effettuare una comparazione con la disciplina dettata dallo Statuto del personale della Unione europea, che, analogamente, prevede che i provvedimenti sanzionatori debbano essere adottati previo parere della Commissione di disciplina. In tal caso la Corte di Giustizia (57) ha ritenuto ben possibile che l'Autorità che ha il potere di nomina possa infliggere una sanzione difforme da quella indicata dalla Commissione di disciplina purché indichi espressamente le ragioni per le quali abbia ritenuto di discostarsi dalle indicazioni dell'organismo di garanzia. La Corte, infatti, richiamato il costante indirizzo giurisprudenziale secondo il quale la motivazione di una decisione ha lo scopo di consentire al giudice comunitario di esercitare il controllo sulla legittimità della decisione e di fornire all'interessato le indicazioni necessa-

---

(56) V. Cass., Sez. lav., 20 febbraio 2007, n. 3929, che si può leggere in [www.legge-e-giustizia.it](http://www.legge-e-giustizia.it).

(57) Corte di Giustizia Ce, 20 novembre 1997, Causa C-188/96 P, *Commissione delle Comunità Europee/V*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 6561.

rie per stabilire se la decisione sia fondata, ha ritenuto legittima la decisione della Commissione delle Comunità europee in quanto in essa si dava debito conto dei fatti addebitati al dipendente e delle ragioni per le quali si era ritenuto di discostarsi dal parere della commissione di disciplina in maniera sufficiente per consentire al Tribunale di procedere a un controllo giurisdizionale sulla fondatezza sostanziale della decisione (58).

Sarebbe stato, forse, opportuno consentire la possibilità alle amministrazioni di discostarsi dalla determinazione del Comitato dei Garanti, qualora si menzionassero, espressamente e sufficientemente, le motivazioni per le quali si sia ritenuto di procedere non in conformità al parere. Tuttavia una tale opportunità non pare sia possibile, considerata la chiara e precisa indicazione legislativa che àncora il provvedimento datoriale al contenuto del parere dell'organo di garanzia. Possibilità che non potrebbe essere introdotta nemmeno dalla contrattazione collettiva, posto che, comunque, rappresenterebbe una deroga *in peius* nei confronti della tutela del dirigente.

Infine va messo in evidenza che l'art. 22 del d.lgs. n. 165/2001 non chiarisce quali siano le conseguenze qualora l'amministrazione provveda in modo non conforme al parere del Comitato. Anche in questo caso si dovrebbe propendere per la inefficacia del provvedimento sanzionatorio; poiché il parere del Comitato costituisce un necessario presupposto, la sua mancanza o la sua inosservanza dovrebbe determinare l'inefficacia del provvedimento datoriale (59).

(58) Una possibilità simile è prevista dall'art. 42 della legge 18 ottobre, n. 1168 (*Norme sullo stato giuridico dei vice brigadieri e dei militari di truppa dell'Arma dei Carabinieri*), che attribuisce al Ministro (oggi dirigente militare) il potere di discostarsi dal parere della Commissione di disciplina reso nell'ambito di un procedimento disciplinare. Sull'argomento v. Cons. Stato, 9 ottobre 2002, n. 5370, in *Foro amm.*, 2002, 10, p. 2304, che bene mette in evidenza come nella fattispecie considerata non viene attribuito al Ministro un ordinario potere di revisione *in peius* del parere della commissione, ma si riferisce a ipotesi eccezionali nel contesto delle quali viene consentito di valorizzare elementi o presupposti di ordine prospettico generale non tenuti adeguatamente in considerazione dal suddetto organo. In conseguenza di ciò l'autorità che si discosti dal parere della Commissione di disciplina «non può limitarsi a esporre le ragioni in base alle quali non concorda col diverso e meno affittivo giudizio espresso dalla Commissione di disciplina; non può cioè limitarsi a sostituire la propria all'altra valutazione di merito, ma deve invece concretamente individuare le circostanze eccezionali che impongono di disattendere la proposta formulata dall'organo...».

(59) Cfr. L. Zoppoli, *Sub art. 21, d.lgs. n. 29/1993, op. cit.*, p. 1185; P. Tullini, *La responsabilità del dirigente pubblico...*, cit., p. 618, *contra*, L. Angiello, *La valutazione dei dirigenti...*, cit., p. 175, che dalla considerazione del parere come «parte del procedimento» fa discendere la nullità dell'atto adottato senza la preventiva richiesta o e-

E infatti, per come è stato rilevato (60), seppure la giurisprudenza appare orientata a ritenere che nel settore privato il licenziamento disciplinare adottato senza l'osservanza delle regole procedurali di cui all'art. 7 Stat. lav. sia assoggettabile alle stesse conseguenze previste in ipotesi di vizio sostanziale (61), nella vicina area dei difetti formali del licenziamento per mancata comunicazione dei motivi, l'orientamento della giurisprudenza è diretto nel senso di ritenere che, in siffatta ipotesi, il recesso non produca effetti sulla continuità del rapporto, senza che possa distinguersi tra i diversi vizi formali inficianti l'atto e, trattandosi di un contratto a prestazioni corrispettive, il lavoratore ha diritto non alla corresponsione delle retribuzioni maturate dal giorno del licenziamento inefficace, ma al risarcimento del danno, da determinarsi secondo le regole applicabili in materia di inadempimento delle obbligazioni (62).

Quest'ultima impostazione trova conferma nel rinvio in caso di recesso, contenuto nell'art. 21, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001, alle disposizioni del contratto collettivo, che, per come già messo in evidenza, in tutte le aree prevedono che l'annullamento della procedura suddetta fa venir meno gli effetti del recesso (63).

---

messo in contrasto con il parere stesso; A. Boscati, *Licenziamento del dirigente pubblico tra diritto vigente e prospettiva di riforma*, in *Il lavoro nelle Amministrazioni Pubbliche*, 2006, 6, p. 1232, secondo cui in caso di recesso intimato senza il preventivo parere del Comitato dei Garanti, o nonostante il parere negativo, il dirigente ha diritto solo al risarcimento dei danni da quantificare sulla base dei criteri codicistici. Cfr., anche, M. Lanotte, *Il licenziamento del dirigente...*, cit., p. 309, che distingue l'ipotesi della mancata acquisizione del parere, da cui deriverebbe automaticamente la nullità-inefficacia del licenziamento, da quella del recesso intimato a seguito del parere negativo del Comitato, che consentirebbe al giudice un sindacato in ordine a eventuali vizi di legittimità del parere.

(60) Cfr. P. Tullini, *La responsabilità del dirigente pubblico...*, cit., p. 618.

(61) La citata interpretazione essenzialmente prende le mosse dalla deroga contenuta nell'art. 1418, comma 1, cod. civ. che fa salve le disposizioni di legge che per specifiche violazioni prevedano sanzioni diverse dalla nullità. In dottrina cfr. De Nova, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 444, che ha teorizzato il principio del cd. minimo mezzo, secondo cui l'inciso contenuto nell'art. 1418, comma 1, cod. civ., impone di accertare se il legislatore, anche in caso di inosservanza del precetto, abbia del pari consentito la validità del negozio, predisponendo un diverso meccanismo sanzionatorio dell'illegittimità, idoneo a realizzare gli effetti voluti dalla norma.

(62) Cfr. Cass., Ss.Uu., 27 luglio 1999, n. 508, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, n. 4, p. 525, con nota di C. Ogriseq, *La giustificatezza del licenziamento del dirigente e l'indennità supplementare per licenziamento dovuto a crisi aziendale*.

(63) V. tutti i Ccnl dell'Area dirigenziale del quadriennio 1994-1997.

6. — *Il problema del controllo, in sede giudiziale, dei pareri* — Non risulta ancora definito il problema della sindacabilità, o meno, dei pareri in sede giudiziale. All'ammissibilità di un'impugnativa potrebbe apparire d'ostacolo la considerazione che l'atto, sia pure vincolante per l'amministrazione, rimane pur sempre endoprocedimentale, anche se produce l'effetto di condizionare il corso verso la produzione della determinazione datoriale.

In proposito va messa in evidenza la posizione di chi ha accostato, per analogia, i pareri del Comitato dei Garanti a quelli espressi dalle Commissioni di disciplina *ex artt.* 100 ss., T.U. n. 3/1957, posto l'esercizio di analoghe funzioni di proceduralizzazione e controllo del potere disciplinare della p.a., e ha richiamato gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa in ordine al controllo sull'operato di questi organismi (64): accostamento da cui deriverebbe la possibilità di sottoporre il parere del Comitato al sindacato giudiziale per illegittima composizione dello stesso, per violazione dei principi di manifesta contraddittorietà, illogicità e travisamento dei fatti (65). A una simile ricostruzione, tuttavia, osta la natura diversa dei due organismi (organo amministrativo la Commissione di disciplina, organo privatistico il Comitato dei Garanti) (66) e degli atti posti in essere.

A questo proposito, non appare convincente l'interpretazione fatta dall'unico giudice avanti al quale sia stata, a oggi, posta la questione del controllo giudiziale del parere laddove, premesso che il sindacato del giudice vada limitato a eventuali vizi di legittimità ma non possa riguardare il merito della deliberazione, finisca per statuire che non sussistano nel caso analizzato «le condizioni per la disapplicazione *ex art.* 63 d.lgs. n. 165/2001» (67), facendo, così, intendere di considerare il parere reso dal Comitato come atto amministrativo.

E infatti, poiché il parere dell'organo di garanzia si inserisce in un procedimento di gestione del rapporto di lavoro, anche il soggetto

---

(64) Cfr. S. Mainardi, *La responsabilità dirigenziale...*, cit., p. 1103.

(65) Conclusione ripresa e condivisa da M. Lanotte, *Il licenziamento del dirigente...*, cit., p. 246.

(66) E infatti, se può esservi qualche perplessità su tale qualificazione in riferimento al Comitato dei Garanti *ex art.* 22 d.lgs. n. 165/2001, nessun dubbio vi può essere sui Comitati dei Garanti istituiti dalle norme contrattuali.

(67) Trib. Firenze 15 gennaio 2004, cit.

preposto alla sua formulazione agisce con la capacità e i poteri del datore di lavoro (68), pertanto adotta atti di natura privatistica (69).

Anche in questo caso l'esercizio del potere datoriale non è più funzionalizzato all'interesse pubblico, e quindi non incontra limiti interni, sindacabili dal giudice attraverso il tipico controllo di legittimità dell'eccesso di potere (70). Pertanto risulta più corretto ritenere che il parere sia sindacabile dal giudice secondo le ordinarie categorie civilistiche riguardanti la nullità o l'annullabilità degli atti.

Non appare altrettanto persuasiva l'opinione di chi sostiene che qualora la p.a. ritenga che il parere (negativo) reso dal Comitato sia viziato, possa comunque adottare l'atto di recesso, mettendo bene in evidenza i vizi del parere, per farli valere in sede giurisdizionale, in ipotesi di impugnativa, da parte del dirigente, del provvedimento sanzionatorio, in quanto se il parere è affetto da vizio di illegittimità verrebbe meno il presupposto stesso della invalidità del recesso (71). In questo caso, invece, il recesso o altro provvedimento sanzionatorio, eventualmente emanato nonostante il parere negativo del Comitato, sarebbe, comunque, illegittimo (*rectius* inefficace) in quanto risulterebbe adottato, comunque, senza il necessario presupposto, costituito dalla sua necessaria conformità al parere del Comitato.

È evidente che se la legge ha ritenuto necessario condizionare l'esercizio del potere datoriale, all'interno di un procedimento particolarmente delicato, quale quello diretto ad accertare la responsabilità dirigenziale, alla manifestazione di giudizio di un organo con funzioni di garanzia e, dunque, di tutela del dirigente, pare più coerente con il dettato legislativo ritenere che perché il parere possa essere effettivamente pre-

---

(68) Art. 5, comma 2, d.lgs. n. 165/2001. In giurisprudenza v. Cass., Ss.Uu., 11 giugno 2001, n. 7859, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2968, con nota di G. D'auria, secondo cui «la disciplina della privatizzazione dei rapporti di lavoro si impernia sul principio per cui gli atti che si collocano al di sotto della soglia di configurazione strutturale degli uffici pubblici e che riguardano il funzionamento degli apparati sono espressioni della capacità di diritto privato e, correlativamente, i poteri di gestione del personale rispondono nel lavoro pubblico come in quello privato a uno schema normativamente unificato che non è quello del potere pubblico ma quello dei poteri privati».

(69) Cfr. C. Spinelli, *Licenziamento per giusta causa...*, cit., p. 210.

(70) Cfr. A. Garilli, *Il riparto di giurisdizione tra organizzazione amministrativa e rapporto di lavoro*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2000, pp. 720-721.

(71) Cfr. C. Spinelli, *Licenziamento per giusta causa...*, cit., p. 211, che riprende M. Lanotte, *Il licenziamento del dirigente...*, cit., p. 309.

supposto essenziale è necessario che lo stesso debba comunque prede-terminare la decisione dell'amministrazione.

Si potrebbe piuttosto ritenere che il parere espresso dal Comitato vada considerato, nella sostanza, quale atto relativamente vincolante, nel senso che esso è da ritenersi tale finché non intervenga una pronuncia del giudice del lavoro che ne rilevi la illegittimità. Procedimento giudiziale di accertamento che potrebbe essere azionato dall'amministrazione in caso di parere non conforme rispetto alla proposta dalla stessa avanzata, volto a ottenere una sentenza dichiarativa sia della illegittimità del parere del Comitato che della fondatezza della responsabilità del dirigente che l'amministrazione assume di avere accertato e, dunque, della congruità della misura sanzionatoria prevista (72). Siffatta situazione può essere accostata a ciò che si crea nel settore privato quando, all'interno del procedimento disciplinare, il lavoratore abbia scelto la strada dell'impugnazione arbitrale della sanzione e il datore di lavoro abbia preferito adire l'autorità giudiziaria con un'azione di accertamento diretta a eliminare una pregiudizievole situazione di incertezza. E infatti, secondo l'orientamento maturato nell'ambito della tutela giurisdizionale dei diritti, l'interesse ad agire con azione di mero accertamento sussiste ogni volta che ricorra una pregiudizievole situazione di incertezza relativamente a diritti o rapporti giuridici e, dunque, in ordine a una situazione giuridicamente rilevante, che non sia eliminabile senza l'intervento del giudice (73).

---

(72) Cfr. A. Vallebona, *La contrattazione collettiva nella dirigenza medica e sanitaria*, in *Dir. lav.*, 2003, p. 67, il quale, però, in relazione al procedimento giudiziale azionato dall'amministrazione, accostando l'attività del Comitato a quella del terzo chiamato a determinare l'oggetto di un contratto, ritiene che il parere possa essere «attaccato» dall'amministrazione solo *ex art.* 1349, comma 1, cod. civ., per manifesta iniquità o erroneità.

(73) Cfr. Cass. 4 giugno 2004, n. 10661, in *Mass. giur. lav.*, 2004, p. 751; Cass. 15 dicembre 1999, n. 14134, in *Mass. giur. lav.*, 1999.

*Carlo Smuraglia* (\*)

## IL LAVORO NELLA COSTITUZIONE (\*\*)

SOMMARIO: 1. Le origini della Carta Costituzionale. — 2. Lo «spirito» e la carica personalistica della Costituzione; il lavoro, il suo valore e la sua tutela. — 3. L'effettività dei principi sul lavoro. — 4. L'attualità della Costituzione e la necessità di farla «vivere».

1. — *Le origini della Carta Costituzionale* — Una premessa necessaria: la Carta Costituzionale nasce da un lavoro intensissimo e impegnato, tra forze politiche molto diverse fra loro e concezioni dello Stato, della società e dei cittadini altrettanto diversificate. Tuttavia, c'era una volontà comune: costruire le fondamenta durevoli di uno Stato democratico, che non fosse ispirato né al modello tradizionale dello Stato liberale dell'Ottocento, né a un modello rigorosamente classista, ma fosse permeato da una forte carica di socialità e solidarietà e di tutela e valorizzazione della persona. Fu questo il punto d'incontro più rilevante tra culture e ispirazioni diverse; e fu questo il dato più importante della creazione di una Carta Costituzionale destinata a incidere nel tempo non solo sui rapporti tra lo Stato e il cittadino, ma anche sui rapporti intersoggettivi.

Ci sono molti fattori storici che possono spiegare le ragioni di quest'incontro, che non aveva il carattere di un compromesso – come da alcuni si è sostenuto – ma piuttosto il connotato di una fattiva ricerca di individuazione di alcuni fondamenti comuni, idonei a costruire le basi di una società futura, comunemente accettate. Sono aspetti che vanno

---

(\*) Professore ordinario (fr.) di Diritto del lavoro presso l'Università di Milano.

(\*\*) Testo della «lezione» tenuta dal Prof. Carlo Smuraglia il 12 dicembre 2006, nell'Università Cattolica di Milano, nel 60° anniversario della Repubblica, per iniziativa del Cedri, del Dipartimento di Diritto privato e pubblico di economia, in collaborazione con l'Associazione nazionale consulenti del lavoro, in occasione della consegna dei diplomi del Master in Consulenza del lavoro e direzione del personale. L'iniziativa è stata coordinata dal Prof. M. Napoli, ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università Cattolica di Milano.

sottolineati perché spiegano le ragioni del risultato: una delle Costituzioni contemporanee più moderne, più avanzate, più profondamente democratiche.

Va anche detto che a questo contribuì la particolare levatura di molti degli uomini che lavorarono nella Costituente, la capacità di porsi al di sopra delle meschine e banali contrapposizioni, l'impulso a tener conto della triste esperienza che l'Italia aveva vissuto e a creare le condizioni perché quel periodo fosse superato non tanto per tornare all'antico, quanto per proiettarsi in avanti. Intenti e volontà che seppero resistere persino alla rottura dell'unità che si era realizzata nella formazione del governo: se questo provocò notevole asprezza sul piano strettamente politico, non riuscì invece a incidere su quella ricerca dei valori comuni di cui ho parlato e che rimase intatta fino al varo della Costituzione, approvata – del resto – con una maggioranza amplissima.

2. — *Lo «spirito» e la carica personalistica della Costituzione; il lavoro, il suo valore e la sua tutela* — Una premessa necessaria, ho detto, non solo per capire lo spirito della Carta Costituzionale, ma anche per introdurre il tema fondamentale del «lavoro nella Costituzione», un tema sul quale quella ricerca, quello sforzo di non creare contrapposizioni insormontabili furono perseguiti con volontà straordinaria e con successi, come vedremo, evidenti.

È stata notata, da più parti, l'estrema rilevanza della carica personalistica della Costituzione, resa palese non solo attraverso la lettura di tanti articoli specifici, ma anche dalla valutazione dello spirito complessivo che anima l'intero documento.

Era, questo, uno dei punti più delicati; perché se in linea astratta e teorica tutti potevano convenire sul valore della persona umana, tradurre tutto questo in termini concreti era più difficile, data la distanza che separava la concezione cattolica della persona e quella rigorosamente marxista. Eppure, questo fu uno dei punti fondamentali di conclusiva convergenza. E anche questo è un dato rilevante, proprio per l'approccio al nostro tema, perché è ovvio che quando si parla della persona, dei valori, delle esigenze di tutela, il pensiero corre – fra l'altro – al lavoro, a quel fenomeno di fatto, cioè, in cui l'implicazione della persona è assolutamente evidente, con altrettanto palese necessità di efficaci garanzie e di sicure tutele.

È fondamentale rilevare che di lavoro si parla anzitutto nei «Principi fondamentali», quelli che riguardano i cardini del sistema e le connota-

zioni e le garanzie connaturate a ogni individuo, come persona e come cittadino. Ma se ne parla anche, e più analiticamente, nel Titolo III (rapporti economici), in modi molto più specifici e analitici e con riferimento particolare al lavoro che si svolge in condizioni di dipendenza o di inferiorità economica, secondo le concezioni più tradizionali. È altrettanto evidente che il legislatore costituente usa una terminologia, per così dire, variabile, sia per riferirsi oggettivamente al lavoro, sia per riferirsi ai soggetti che lo svolgono, cioè ai «lavoratori». Non si tratta di una contraddizione, a mio parere, ma solo di un approccio diversificato a un fenomeno che si prospetta in termini e con connotazioni diverse, e come tale non è assoggettabile a categorie e a forme di tutela unitaria.

Ma l'ispirazione di fondo si ricava già dai «Principi fondamentali».

L'articolo 1, con un'espressione scultorea, fornisce una definizione del modello di Stato prescelto, ripeto, per durare. Colpisce la semplicità e la chiarezza della formula del comma 1; ci fa ricordare che Calamandrei diceva che una Costituzione deve essere scolpita nella pietra, per essere accessibile a tutti i cittadini; e al tempo stesso ci fa constatare la nostra inadeguatezza di contemporanei, che per introdurre il principio del giusto processo nella Costituzione abbiamo avuto bisogno di ben 29 righe (peraltro, in gran parte mutate dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo).

Con quella frase, la Costituzione riesce a evidenziare i caratteri generali della struttura organizzativa e politica dello Stato e il suo stesso fondamento.

La forma organizzativa è la Repubblica; la struttura politica è la democrazia; il fondamento, che qualifica l'intera struttura dello Stato, è il lavoro.

È ben vero che su quest'ultimo termine si sono aperte le più accanite discussioni nell'intento di coglierne il reale significato, e i più accesi contrasti tra chi voleva accentuare una possibile connotazione classista e chi si preoccupava di estendere talmente la nozione di lavoro da renderla, alla fine, pressoché irrilevante.

Non è il caso di soffermarsi su quel dibattito, non ancora del tutto sopito. È evidente, comunque, che l'espressione «lavoro» va apprezzata in riferimento agli altri principi, alle altre norme costituzionali che in qualche modo a quel concetto siano riferibili.

C'è, nella Costituzione, tra i principi generali, nell'articolo 4, comma 2, l'affermazione del dovere di ogni cittadino di svolgere un'attività socialmente utile, per utilizzare un'espressione riassuntiva.

Si tratta di uno degli aspetti meno approfonditi dalla stessa dottrina, che ha tuttavia una sua rilevanza, ma quasi più sul piano etico che su quello giuridico.

Alla fine, un dovere può essere proclamato e potrebbe essere persino sanzionato, in caso di inadempienza; ma non c'è dubbio che esso abbia, in sé, minor bisogno di garanzie e di tutela rispetto ai diritti e perfino a determinate categorie di interessi.

Trovare, dunque, un collegamento tra la formula dell'articolo 1 e quella dell'articolo 4, comma 2, non è facile, se non in termini generalissimi, e anche abbastanza astratti, tutto sommato, nel senso che – in teoria – anche quel tipo di attività doverosa potrebbe essere assunto nel grande ambito dei fondamenti della Repubblica. Ma su questo piano, non si andrebbe molto lontano e, alla fine, si rischierebbe di svilire la stessa importanza della formula dell'art. 1.

Alla stessa stregua, poca strada si riesce a percorrere seguendo la via, pur da taluni proposta, di considerare «lavoro» ogni tipo di attività che richieda comunque un dispendio di energie, così proiettando l'espressione in un ambito che comprenderebbe lavoratori e imprenditori, sacerdoti e volontari, e così via, col risultato – ancora una volta – di vanificare l'importanza reale della formula e dello stesso principio.

È assai più agevole, certamente, reperire un collegamento tra l'articolo 1 e l'articolo 3, comma 2, in cui l'uso dell'espressione «lavoratori» è intesa in un senso certamente più ristretto e più connotato.

Ma ancora, se al Titolo III, dedicato ai rapporti economici, l'articolo 35, che prevede la tutela del lavoro, in tutte le sue forme e applicazioni, può apparire ancora generico (ancorché distinto, a sua volta, dal concetto di attività socialmente utile, consacrata nel comma 2 dell'articolo 4), altre disposizioni sono inequivocabilmente dirette a garantire specifiche tutele e a fornire analitiche garanzie all'attività che si svolge nell'ambito di un vero e proprio rapporto di lavoro. E infine, le norme sull'auto-tutela (sulla libertà di organizzazione sindacale e sul diritto di sciopero) appaiono – di tutta evidenza – riferibili a una categoria di «lavoratori» nel senso stretto del termine, se non altro perché è a loro che si sente il bisogno di garantire specifiche modalità di riequilibrio di situazioni economicamente diverse a loro svantaggio.

Si può dunque immaginare, in questo contesto, da un lato, che l'affermazione che la Repubblica italiana è fondata sul lavoro è tutt'altro che una generica e retorica dichiarazione di principio e, dall'altro, che essa non è, e non può essere, una formula sostitutiva di quella – più netta-

mente e dichiaratamente classista – (Repubblica di lavoratori) che pure fu proposta in seno alla Costituente, ma fu bocciata.

È mia convinzione che il sistema costituzionale, per ciò che attiene al lavoro, vada inteso sotto il profilo della manifestazione della volontà di riconoscere al lavoro, nelle sue più alte espressioni, il connotato di un valore fondamentale per lo Stato e per la società nel suo complesso, articolando poi in specifiche disposizioni una tutela tanto più particolare e penetrante quanto più il lavoro si svolge in condizioni di dipendenza o inferiorità economica.

Può ben dirsi, allora, che il lavoro – nel senso più ampio, ma non in quello talmente generale da finire per diventare generico – è un valore fondamentale dell'intero ordinamento, così rilevante da attribuire una forte connotazione sociale al modello di Stato prescelto.

La Repubblica può perfino assistere coloro che non fanno nulla per qualsiasi motivo, ma per mere ragioni di solidarietà umana e sociale. Ma un vero valore lo coglie soprattutto nell'attività, umile e silenziosa, oppure appariscente e/o di alto livello, di quanti – nel lavoro – trovano non solo la possibilità di sopravvivenza, ma anche la possibilità di sviluppo della propria personalità (art. 2) e addirittura dell'elevazione sociale (art. 46).

È a questo tipo di lavoratori (quale che sia la natura giuridica del rapporto) che lo Stato dedica una particolare attenzione, proprio perché si tratta di un «valore fondante» e di uno strumento di progresso personale; ed è qui che esplose la carica personalistica della Costituzione, quando al valore del lavoro, così inteso, collega una carica profonda di eticità, riferendosi più volte all'elevazione delle qualità personali, al diritto al pieno sviluppo della personalità, al diritto al lavoro, al diritto a partecipare effettivamente all'organizzazione politica, economica e sociale del paese. E non basta perché i riferimenti alla formazione e all'elevazione professionale di chi lavora, il richiamo – più volte ripetuto – al concetto di «dignità» (art. 36, art. 41), rivelano l'intenzione del legislatore costituente di articolare la tutela e approfondire il sistema delle garanzie man mano che può emergere il connotato non solo e non tanto della disuguaglianza economica fra le parti di un rapporto, quanto e soprattutto della implicazione della persona nel rapporto.

Un grande giurista scriveva, molti anni fa, che la differenza fondamentale fra le parti di un rapporto di lavoro sta nel fatto che il datore di lavoro investe nel rapporto il suo patrimonio e le sue aspettative di un legittimo profitto, mentre il lavoratore implica addirittura la propria persona e tutte le aspettative (non solo economiche) che vi sono connesse.

Certo, la sensibilità del legislatore costituente nei confronti di queste particolari situazioni si rivela anche negli aspetti di tutela, per così dire, economica e sostanziale. Ed ecco il riconoscimento del diritto a una retribuzione minima sufficiente, per il lavoratore e per la sua famiglia, per condurre un'esistenza libera e dignitosa; ecco l'introduzione (inusitata per una Costituzione) di una disciplina – seppur necessariamente generica – della durata del lavoro e del diritto al riposo e del principio di irrinunciabilità delle ferie, in funzione della tutela della possibilità per il lavoratore di recuperare le energie consumate nel lavoro e al tempo stesso di dedicarsi ad attività legate ad altri aspetti essenziali della persona, tra cui il progresso culturale; ecco, ancora, l'affermazione del diritto della donna lavoratrice non solo alle stesse retribuzioni che spettano al lavoratore, a parità di lavoro, ma anche alle stesse garanzie, in senso più generale (art. 37).

Infine, nell'art. 38, tanto più se collegato all'art. 32, è facile riconoscere un diritto alla sicurezza, intesa nel senso più ampio, che va dalla garanzia dell'integrità fisica nello svolgimento del lavoro, fino alla garanzia di mezzi di sostentamento quando l'attività lavorativa, per qualche ragione, diventa impossibile.

E non è il caso di dimenticare quello strumento fondamentale che è l'auto-tutela, addirittura costituzionalizzata nei suoi due aspetti fondamentali, cioè la libertà di organizzazione sindacale e lo sciopero. Da notare che se l'organizzazione sindacale è libera per tutti, il diritto di sciopero è riconosciuto soltanto a una delle parti, in evidente funzione di equilibrio, e dunque ricollegabile, in definitiva, anche al principio generale consacrato in quella norma fondamentale che è l'articolo 3, in tutte le sue formulazioni, ma soprattutto in quella contenuta nella parte più dinamica ed evolutiva (il professor Romagnoli direbbe «nella parte più sincera») contenuta nel comma 2, ove la Repubblica è impegnata a rimuovere gli ostacoli che impediscono la realizzazione dell'uguaglianza sostanziale, il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del paese.

Un aspetto che merita una particolare sottolineatura è quello relativo ai rapporti tra il lavoro (dipendente) e l'impresa. Come è facile capire, sul punto ci fu – alla Costituente – un ampio e animato dibattito, poiché una parte pretendeva di equilibrare il quadro complessivo, riconoscendo appieno, allo stesso titolo del lavoro, il ruolo e il valore dell'impresa, mentre un'altra parte era del parere che l'impresa, pur dovendo essere libera, non avesse bisogno di essere costituzionalizzata.

Il punto d'incontro che si riuscì a trovare è quello consacrato nell'articolo 41, del quale – purtroppo – in questi anni, molti hanno fatto una lettura limitata soltanto al comma 1. In realtà, la Costituzione riconosce appieno la libertà di iniziativa economica privata, ma pone due limiti, di cui uno interno (la rispondenza all'utilità sociale) e l'altro esterno (divieto di recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana). Insomma, pur riconoscendo la libertà dell'impresa, si è voluto che il suo esercizio rispondesse a connotati di socialità. L'utilità sociale, per il vero, è concetto un po' arduo da definire e soprattutto da concretare; ma l'aggettivo «sociale» è tuttavia sufficiente per rivelare una tendenza e una pretesa: che la libertà di perseguire il profitto non sia esclusivamente dotata di caratteri individualistici, soggettivi e magari egoistici, ma risponda in qualche modo anche a un interesse sociale (diverso, naturalmente, rispetto a quella «funzione sociale» su cui si era tanto discusso, ma che non ebbe successo). Quanto ai limiti esterni, essi sono oltremodo significativi, non solo per le oggettive limitazioni che vengono poste all'esercizio dell'impresa, ma anche perché in questo modo si sottolinea la predominanza del valore etico del lavoro, non solo per il richiamo alla dignità umana, ma anche per il riferimento alla sicurezza e alla libertà. Insomma, ancora una volta, si è colta l'occasione per riaffermare il valore del lavoro e per indicarlo come uno dei valori fondamentali dello Stato, davanti al quale altri valori e interessi, pur formalmente riconosciuti, devono cedere il passo.

Un altro aspetto di notevole importanza dev'essere attentamente considerato: in tema di lavoro, come si è accennato, la Costituzione prevede norme di principio, disposizioni impegnative per il legislatore ordinario e per i governi, e infine precetti di immediata applicazione.

È nota la polemica circa il preteso valore meramente «programmatico» delle disposizioni costituzionali nella materia che ci interessa. Si trattò del più rilevante sforzo di togliere concreto valore ed effettività alla Carta Costituzionale, appena cominciò a spirare il consueto vento di controriforma, che non manca mai nei periodi successivi a grandi mutamenti. Questo sforzo fu però battuto in breccia dall'intervento di un'agguerrita dottrina e anche di una parte notevole della giurisprudenza di merito.

Sulle disposizioni di principio vere e proprie non fu difficile obiettare che le norme programmatiche devono essere considerate come principi generali dell'intero ordinamento giuridico dello Stato, e dunque idonee a contribuire alla definizione dell'indirizzo generale dello Stato e del-

le finalità cui l'intero sistema deve ispirarsi. Fu anche abbastanza agevole dimostrare che le norme «grammatiche» rispondono anche alla funzione di porre limiti all'attività del legislatore ordinario e alla stessa attività della pubblica amministrazione nel suo complesso; che inoltre esse devono valere anche come criterio interpretativo delle norme giuridiche, ordinarie e costituzionali. Fu questo, in definitiva, il punto di approdo del dibattito, che consentì di attribuire un'effettività reale, sotto i cennati principi, anche alle disposizioni di carattere più generale.

Quanto alle indicazioni rivolte al legislatore ordinario e ai governi, si trattava – e si tratta – evidentemente di un problema soprattutto politico, perché dipende poi da questi organi dare concreta attuazione ai programmi, spesso piuttosto imperativi, contenuti – ad esempio – negli artt. 3, 4, 35, 37, 38.

In alcuni casi, si andò ancora oltre, nel tentativo di svuotare di contenuto alcune norme, definite – erroneamente – come grammatiche. Ad esempio, vi fu chi sostenne che il diritto di sciopero, alla luce della dizione dell'articolo 40, non potesse essere esercitato finché il legislatore ordinario non ne avesse concretamente fissato i limiti; ma l'assunto aveva scarso respiro e prevalse quasi subito la linea secondo la quale la norma era di immediata precettività e, in attesa dell'intervento del legislatore, sarebbe spettato alla Magistratura di individuare i limiti già deducibili dall'ordinamento e dalla necessità di contemperamento con altri diritti.

È andata peggio per l'articolo 39, perché – se il comma 1 relativo alla libertà sindacale è stato universalmente recepito in tutta la sua efficacia – degli altri commi, destinati a risolvere il problema della rappresentanza e della rappresentatività, non si è fatto nulla, perché tutte le soluzioni proposte non erano idonee a risolvere il problema, nel quadro dei limiti posti, appunto, dall'articolo 39, oppure finivano per porsi in contrasto con la disciplina ivi prevista, rischiando la dichiarazione di incostituzionalità; e nessuno ha avuto la forza (e forse non è stato neppure un male) di proporre una riforma costituzionale dei citati commi dell'art. 39. Il che, peraltro, non incide per nulla sulla libertà di organizzazione sindacale, ma pone seri problemi sul piano sindacale e su quello dei rapporti tra organizzazioni sindacali e istituzioni pubbliche. Altrettanto scarso successo ha avuto l'articolo 46, sulla collaborazione dei lavoratori alla gestione delle aziende. La norma era apparsa utile e opportuna a tutti, sulla base dell'esperienza realizzata nella fase di ricostruzione, nell'immediato dopoguerra. Ma poi, di fatto, anche se il problema è stato pe-

riodicamente riproposto, a livello nazionale e a livello europeo, in concreto quel precetto è finito nel limbo di una mera affermazione di un generalissimo (e astratto) principio. Un limbo dal quale forse sarebbe opportuno liberarlo, per riprendere una discussione senza pregiudiziali che a livello europeo ha già avuto esiti di notevole interesse.

Va ancora segnalato un connotato davvero innovativo e peculiare della nostra Costituzione, vale a dire l'analiticità dell'intervento normativo «diretto», condensato soprattutto negli articoli 36 e 37. Mai una Costituzione era entrata così a fondo, nel dettaglio, sulla retribuzione minima sufficiente, sulla durata del lavoro e sui riposi; mai si era entrati così nel merito a proposito dei diritti della donna lavoratrice, compreso quello alla stessa retribuzione maschile, a parità di lavoro. Non che siano mancate poi le discussioni anche su queste norme, ma è indubbio che l'art. 36, a opera di una avveduta giurisprudenza, è servito a colmare lacune e a fissare limiti per la contrattazione collettiva e per quella tra soggetti privati; così come è certo che l'art. 37 ha potuto produrre la nullità di clausole anche di contratti collettivi, in sostanza derogatrici rispetto alla regola generale.

Importante, infine, tutta la parte previdenziale e assistenziale disciplinata dall'art. 38, non solo per il riconoscimento di alcuni diritti davvero fondamentali, ma anche per l'indicazione di una netta linea di tendenza verso sistemi di sicurezza sociale.

Desidero concludere questo punto della mia riflessione, con riferimento a un aspetto particolarmente innovativo della Costituzione, rilevante soprattutto per il tema di cui ci stiamo occupando.

Tradizionalmente, le Carte Costituzionali assolvevano alla funzione di assicurare garanzie ai cittadini nei confronti dei poteri dello Stato (o del sovrano). Con la Costituzione del 1947 fu aperta una strada nuova, come fu rilevato da un'acuta dottrina, soprattutto a proposito della funzione, cui si è già accennato, delle norme programmatiche. Fu Ugo Natoli a sostenere che le norme programmatiche rappresentano anche «il definitivo criterio della valutazione di legittimità di tutta l'attività espressa dalla collettività organizzata nello Stato». Dunque, le norme programmatiche erano destinate a porre vincoli e limiti anche all'attività discrezionale dei soggetti privati, incidendo così su momenti fondamentali dello stesso rapporto di lavoro e consentendo la trasformazione di quelli che potevano essere considerati al più come interessi in veri e propri diritti soggettivi e spesso in veri diritti della personalità. Fu in base a questa linea che si poté sostenere, da una parte della dottrina, che l'arti-

colo 4 – nella previsione del diritto al lavoro – conteneva anche il riconoscimento del diritto a conservare il posto di lavoro. Una tesi che non riuscì certamente a incidere direttamente sul potere di recesso del datore di lavoro, ma aprì la strada a quegli interventi del legislatore ordinario che, proprio ispirandosi ai principi costituzionali, si risolsero nella previsione di limiti al potere di licenziamento, dapprima con la legge 1966, n. 604, e successivamente con la legge 20 maggio 1970, n. 300 (Statuto dei diritti dei lavoratori).

Si potrebbero fare altri esempi, e del resto alcuni sono già emersi quando si è parlato degli articoli 36 e 37; ma non è il caso di appesantire ulteriormente il discorso.

3. — *L'effettività dei principi sul lavoro* — Da quanto si è detto emerge la rilevanza del «lavoro» nel contesto della nostra Carta Costituzionale, e quindi i valori che se ne ricavano, ai fini della stessa definizione del modello di Stato e di società che da quella Carta si desume.

Adesso, a sessant'anni dalla Repubblica e praticamente quasi a un sessantennio dall'entrata in vigore della Costituzione non si può fare a meno di approfondire due aspetti di grande interesse: il primo riguarda *l'effettività, in concreto*, dei principi e dei valori affermati dalla Costituzione, sempre in relazione al lavoro; il secondo riguarda *l'attualità delle norme* che abbiamo richiamato, o almeno di alcune di esse.

Sul primo aspetto, occorre rilevare che i limiti che da un bilancio complessivo si possono ricavare, non sono collegabili a difetti della Carta Costituzionale, tali da richiederne modifiche.

In realtà, la maggior parte delle disposizioni in tema di lavoro ha conservato e conserva tuttora una enorme rilevanza; e non poche sono talmente entrate nella coscienza collettiva da essere ormai considerate come canoni di vita più ancora che regole giuridiche. E non va passato sotto silenzio il significato della forte carica espressiva che alcune norme Costituzionali hanno assunto nel tempo, finendo per essere utilizzate anche da categorie che certo non erano state previste dal legislatore costituente (si pensi allo «sciopero» dei professionisti, dei commercianti, degli studenti, e così via).

I maggiori limiti, se mai, vanno riscontrati negli interventi richiesti da diverse fra le disposizioni ricordate, nelle quali si consacravano solenni impegni per «la Repubblica».

Non si può dire che siano stati del tutto rimossi gli ostacoli di cui al comma 2 dell'art. 3, né che sia stato attuato concretamente il diritto al

lavoro, in un paese che ha ancora una buona percentuale di disoccupati e un elevato numero di lavoratori il cui rapporto è contrassegnato dalla precarietà; né si può dire realizzata la garanzia che deriva tra il collegamento degli artt. 32-38 e 41, riguardo alla sicurezza e igiene del lavoro, in un paese ad alto tasso di infortuni (specialmente mortali) e di malattie da lavoro; né, ancora, può dirsi realizzata la parità, non solo della retribuzione, ma dei diritti, consacrati dall'art. 37 a favore delle donne lavoratrici; mentre si è già detto quanto basta a proposito di una linea, per ora solo tendenziale, verso un effettivo sistema di sicurezza sociale e a riguardo della mancata attuazione di tutta la parte dell'art. 39 relativa alla rappresentanza e rappresentatività sindacale.

Ma tutto questo ci riconduce ai compiti, ai doveri, alle adempienze e inadempienze della politica. Per nessuno dei punti accennati è possibile fare riferimento a carenze della Carta Costituzionale e a responsabilità del legislatore costituente; forse si potrebbe pensare a un difetto di concretezza e realismo solo a proposito dei commi 2, 3, 4 dell'articolo 39 e a un limite di ottimismo per l'art. 46; ma nulla di più. Altre sono, dunque, le responsabilità, e di esse non è qui il caso di occuparsi, attenendo le stesse non al diritto ma alla politica.

Semmai, un problema deve essere posto per alcuni valori, chiaramente deducibili dal sistema costituzionale, ma assai più difficilmente riscontrabili nella realizzazione. Per cominciare dal basso (vale a dire dall'aspetto, in definitiva, meno rilevante), si può forse notare che i valori (e i limiti) indicati nell'art. 41 hanno stentato ad affermarsi nella realtà e, forse, per alcuni aspetti, sono stati addirittura travolti. La genericità e l'astrattezza del riferimento all'utilità sociale hanno finito per motivare (e giustificare) la svalutazione di quegli aspetti sociali e solidaristici, che pure nell'art. 41 erano largamente presenti; talché, a fronte di certi comportamenti anomali anche in tempi recenti, di imprenditori che hanno mostrato di attenersi a criteri esclusivamente soggettivi e individualistici, si è finito per parlare anche di responsabilità penali, ma mai del valore non solo etico della utilità sociale, come limite interno all'esercizio dell'iniziativa economica privata.

In senso analogo, ci si può chiedere se il «lavoro» sia ancora considerato nel senso che si deduce ampiamente dalla Carta Costituzionale. Se si fosse realizzato il fine propostosi dal legislatore costituente forse alcuni fenomeni si sarebbero almeno ridotti, a seguito della ribellione della coscienza collettiva, prima ancora che di interventi adeguati ed efficaci dei pubblici poteri. Occorre anche dire che se pure il valore del lavoro è

da tutti affermato a gran voce, specialmente nei programmi elettorali, spesso ne resta poco nella realtà e spesso perfino negli interventi legislativi. Talché il lavoro è considerato come un fenomeno di fatto, insopprimibile, ma non sempre è riconosciuto come un fenomeno al quale è – e deve essere – interessata l'intera collettività. Purtroppo, in un mondo che insegue altri cosiddetti valori, e che spesso persegue alcuni obiettivi che contrastano con la stessa natura e la fondamentale essenza etica della persona umana, il lavoro come valore finisce troppo spesso per passare in seconda linea e diventare mezzo di produzione per alcuni e di sopravvivenza per altri, anziché strumento di sviluppo per la persona umana e quindi di progresso per l'intera società.

Ma qui, bisogna dirlo con forza, la colpa non è certo della Costituzione, la quale può indicare alle istituzioni e ai cittadini le finalità del sistema, la qualificazione della struttura dello Stato («fondato sul lavoro»), ma non può andare oltre e tanto meno imporre un valore che altri avrebbe il compito di evidenziare e sostenere, prima di tutto nelle coscienze e fin dalle prime fasi dell'educazione.

Resto pienamente convinto che è lo Stato che deve realizzare gli obiettivi indicati nella Carta Costituzionale, ed è la società che deve esigere che si realizzi nelle coscienze una gerarchia di valori corrispondenti alle aspirazioni non solo politico-istituzionali, ma anche etiche, del legislatore costituente. E resto assolutamente fermo nell'idea che nella Carta Costituzionale c'è un profondo riconoscimento (e non la sola proclamazione) del fatto che il valore dinamico del lavoro dev'essere collocato ai primi posti della possibile scala di valori di una società democratica.

4. — *L'attualità della Costituzione e la necessità di farla «vivere»* — Quanto all'altro aspetto (attualità della Costituzione) il discorso dev'essere necessariamente limitato agli aspetti inerenti al nostro tema, essendo ben evidente che il problema può porsi in termini diversi, dopo sessant'anni di esperienza, per la parte più strettamente «organizzativa» della Repubblica, consacrata nella parte seconda della Costituzione. E infatti, sul punto ci sono stati ampi dibattiti (e scontri) politici, riforme parziali e riforme più ampie non recepite dalla volontà popolare.

Per ciò che attiene alla parte inerente al lavoro, è doveroso riconoscere che la società italiana è cambiata, in questo sessantennio, rispetto a quella esistente al momento in cui fu elaborata la Costituzione. Si usciva da un periodo drammatico e da una guerra disastrosa; il settore industriale del paese era in gran parte distrutto; reggeva ancora l'economia

agricola, ma ferma agli aspetti più tradizionali; i rapporti nella società erano quelli che si possono avere in un immediato dopoguerra, dopo una lunga pausa in cui la democrazia era stata sopraffatta e dimenticata.

In questi anni, il paese è cambiato, si è modernizzato, si è trasformato, così come è mutata la realtà politica, economica e sociale dei paesi vicini al nostro, dell'intera Europa e di gran parte del mondo.

Oggi si parla di globalizzazione, di flessibilità, di vicende e impegni sovranazionali.

In questo contesto, è certamente lecito porsi l'interrogativo se abbia ancora senso parlare di una Repubblica «fondata sul lavoro», di valore etico del lavoro, di principi di solidarietà, di utilità sociale, di sviluppo della persona.

Ed è anche possibile interrogarsi sul valore di espressioni quale «uguaglianza», in un'epoca in cui tanto rilievo ha assunto e assume il principio di non discriminazione e in cui molti preferiscono parlare di «pari opportunità», o di altre formule, ritenute, a ragione o a torto, più attuali.

Sono interrogativi seri, che – però – a mio parere, non incidono sui principi fondanti della Costituzione, sugli obiettivi di fondo da essi indicati, sui valori che essa ribadisce e specifica come fondamentali.

Se è indubbio che il lavoro non è più soltanto quello di tipo tradizionale e se a esso si affiancano a ritmo crescente altre tipologie di lavoro (leggi recenti ne forniscono un elenco impressionante), è impossibile negare a quelli che taluni definiscono come lavori «atipici» il valore di fondamento della Repubblica, e tanto meno considerarli esclusi dalle garanzie e tutele apprestate dalla Costituzione per tutte le situazioni di dipendenza o inferiorità economica.

Ritengo anche che sarebbe assurdo pensare di modificare le espressioni più rilevanti (a cominciare dall'art. 1) adottate dal legislatore costituente. Noi possiamo, come sta avvenendo ormai perfino nella manualistica, utilizzare il riferimento ai «lavori» anziché al «lavoro» per sottolineare la varietà di tipologie che si va diffondendo; ma questo non c'entra con la Costituzione, che giustamente utilizza un termine molto ampio, come si è visto, idoneo a ricomprendere ogni tipo di prestazione, o rapporto, nei soli limiti accennati all'inizio. Sotto questo profilo, dunque, l'attualità della Costituzione, in tema di lavoro, è incontestabile.

Allo stesso modo, se la pari dignità sociale e l'uguaglianza sembrano insufficienti di fronte alla complessità dei fenomeni che ci circondano, va pur detto che in quei concetti, e nel carattere eminentemente evolutivo di tutto l'articolo 3 della Costituzione, rientra tutto, anche se muta

la terminologia, anche se i problemi diventano più complessi e vanno affrontati con ben più ampia strategia. Il problema, infatti, non sta nelle definizioni, ma nel garantire *effettività* dei diritti, al lavoro, nel lavoro e nel mercato, e nel riconoscere, proclamare, sostenere i valori più volte qui richiamati.

Dalla Costituzione non si può pretendere di più di quanto essa abbia potuto esprimere, spesso con mirabili intuizioni. Se mai, è fondamentale essere convinti che al di là di quei valori non c'è possibilità di sviluppo, della società e delle persone al tempo stesso. È giusto preoccuparsi della potenziale vanificazione di diritti, anche importanti, a fronte dell'abbattimento delle frontiere e della globalizzazione: ma la preoccupazione non può tradursi in improbabili modifiche di principi generali, che peraltro hanno retto in tutti questi anni il nostro sistema giuridico e sociale. Il problema è di innovazione, di ricerca, di investimenti – per dirla con Delors – nel capitale umano. Ma il valore del lavoro deve sopravvivere a tutti i mutamenti e anzi deve essere rafforzato nella coscienza collettiva, proprio per essere meglio in grado di affrontare i fenomeni e gli eventi che ci attendono. Quando il Presidente Scalfaro – in un suo appassionato libro – ci invita non solo a restare fedeli alla Costituzione, ma a credere nei suoi valori, e, prima di ogni altro, nel valore del lavoro, io credo che abbia profondamente ragione, contro ogni possibile sottovalutazione e contro ogni inutile sforzo di procedere a mutamenti formali.

Il problema, peraltro, è quello di farla vivere, questa Costituzione, in tutti i suoi significati.

Io concordo in pieno con la tesi di uno dei più autorevoli commentatori della Costituzione (Costantino Mortati) che negava che la formula dell'articolo 1 fosse «espressione di retorica costituzionale» e sosteneva che l'insieme delle disposizioni sul lavoro conduce, per una parte, all'affermazione del lavoro come «strumento di sviluppo della personalità» e, dall'altra, costituisce «fonte di progresso materiale e spirituale della società». Questa concezione è tuttora valida, anzi lo è più che mai in tempi nei quali l'uno e l'altro aspetto corrono il rischio di essere soffocati da altri valori, o meglio disvalori. Capire lo spirito della Costituzione e sentirla come nostra può – se mai – aiutarci ad affrontare un futuro pieno di novità e spesso anche di incognite, non solo per chi lavora, ma per l'intera società.

*Enrico Gragnoli* (\*)

## TEMPO E CONTRATTO DI LAVORO SUBORDINATO

SOMMARIO: 1. Il diritto e l'esperienza comune. — 2. Il diritto, il lavoro e il tempo. — 3. Il tempo e la sua misurazione. — 4. Il tempo come storia. — 5. Il tempo «vuoto» e il tempo storico nell'incontro con il diritto. — 6. L'orario di lavoro, il tempo «vuoto» e l'obbligo di presenza del prestatore di opere. — 7. Il tempo storico, il lavoro e la subordinazione.

1. — *Il diritto e l'esperienza comune* — Il tempo non è definito dal diritto positivo, che lo assume come un dato empirico e si riferisce alla cognizione comune nell'esperienza collettiva, omettendo un approccio più critico, assente nelle disposizioni vigenti e rimesso allo studio teorico; in questa, come in altre analoghe categorie, il sistema giuridico quasi si salda con la civiltà di cui è espressione e da cui trae alcuni suoi presupposti, in conformità al valore attribuito ai concetti del vivere comune (1). Il tema dell'impatto del tempo sul diritto positivo è talora trascurato (2); a ragione, si rileva che, «per avvertire tale problema, prima ancora che per risolverlo, occorre mettere in relazione il diritto con l'essere-uomo, ossia con l'essere di un ente che è ontologicamente temporale ed è cosciente di questa sua intrascendibile temporalità» (3).

Nello studio sull'impatto del tempo nel rapporto di lavoro la prima categoria non può essere ignorata (4), come se fosse scontata e non fosse

(\*) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Parma.

(1) Vedi F. Benvenuti, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, pp. 465 ss.

(2) Per una eccezione felice, in tema di rapporto di lavoro, v. G. Ricci, *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'Unione europea*, Milano, 2005, pp. 3 ss.

(3) Cfr. Cotta, *Diritto e tempo. Linee di una interpretazione fenomenologica*, in *Riv. intern. filos. dir.*, 1981, pp. 119 ss.; v. anche Heidegger, *Il concetto di tempo*, trad. it., Milano, 1998, pp. 37 ss., per cui «l'esserci, sempre nell'essere di volta in volta dell'ogni volta mio, sa della sua morte, e lo sa anche quando non ne vuole sapere niente».

(4) Vedi M. D'Amico, *Riflessioni sulla nozione di tempo nel diritto costituzionale*, in *Jus*, 1992, pp. 39 ss. V. già Martines, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzio-*

meritevole di alcun approfondimento, quindi come se restasse quasi sullo sfondo del ragionamento (5). Per cercare quale valenza rivesta il tempo, si può risalire dall'orizzonte normativo al retroterra culturale (6). La nozione emerge dalla concezione diffusa nella nostra società (7), prima ancora di diventare oggetto del diritto. Anche chi ritrova nel tempo una espressione della conoscenza e della capacità di porre in relazione eventi diversi, per descrivere l'esperienza collettiva soggiunge che «ciascun individuo non si inventa il concetto di tempo da solo. Sino dall'infanzia, noi apprendiamo sia il concetto che l'istituzione sociale, da questo inseparabile, del tempo, sempre ammesso che si cresca in una società in cui questo concetto e questa istituzione sono di casa [...]. Ogni bambino impara [...] quasi subito a riconoscere nel "tempo" il simbolo di una istituzione sociale e inizia molto presto ad avvertire la sua eterostruzione» (8).

Dunque, il tempo è una parte fondamentale della vita quotidiana; infatti, è essenziale «l'ordine temporale delle attività [...] ma non solo l'ordine temporale come tale è importante, allo stesso modo lo è lo strato dell'esperienza – a esso connesso – dell'“ancora sempre”, della normalità, della regolarità, della non sorpresa. La vita quotidiana è [...] una sfera dell'attenzione ridotta, dell'attività routinizzata, della disponibilità liberatoria e sicura, vale a dire della possibilità di fare “ancora sempre”. Si tratta di ciò che – talvolta in un senso decisamente particolaristico – “da

---

*nale*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, Milano, 1978, vol. III, pp. 785 ss.; sul nesso fra il tempo e qualunque fenomeno giuridico, v. Moscati, voce *Tempo (diritto civile)*, in *Nov. dig. it.*, vol. XVIII, pp. 1114 ss. V. anche Guastini, *Il tempo e le norme*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, vol. I, pp. 719 ss.

(5) Per una riflessione sul tempo in relazione al problema dell'efficacia retroattiva della legge, v. R. Tarchi, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, Milano, 1990, pp. 198 ss.

(6) Cfr. Ferrarese, *Diritto, tempo e legittimazione*, in *Soc. dir.*, 1984, pp. 189 ss.

(7) Vedi Bretone, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, II ed., Roma-Bari, 1995, pp. 33 ss., secondo cui «i mesi e gli anni, e i giorni, non si dispongono in una prospettiva astronomica o cosmologica, ma rientrano nell'esperienza quotidiana, così come noi possiamo averla e come l'aveva l'uomo antico. Sono unità minime di un tempo empirico o storico». Dello stesso Autore v. *Le norme e il tempo fra tradizione classica e coscienza moderna*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XIX, pp. 13 ss.

(8) Vedi Elias, *Saggio sul tempo*, trad. it., Bologna, 1986, pp. 17 ss. e pp. 58 ss.; sull'esigenza di strumenti più perfezionati di misurazione, fra il sedicesimo e il diciassettesimo secolo, in relazione allo sviluppo dei traffici commerciali, v. Cipolla, *Le macchine del tempo*, Bologna, 1981, pp. 13 ss.; sull'impatto del tempo in ordine alle teorie economiche, cfr. Laise-Tucci, *Capitale moneta e tempo*, Padova, 1984, pp. 3 ss. Sul senso del tempo nella modernità, v. Cross, *Tempo e denaro. La nascita della cultura del consumo*, trad. it., Bologna, 1998, pp. 19 ss.

noi”, nella convivenza familiare, nel paese, nella regione [...] è consueto e noto [...] di ciò che “da noi” fanno tutti» (9). A questa esperienza sociale guarda il diritto per mutuarne categorie come quella del tempo (10). Peraltro, se l’ordinamento considera l’idea diffusa nella comune esperienza (11), tale nozione non può essere ignorata. Anzi, «le cose familiari succedono, e gli uomini non se ne preoccupano. Richiede una mente davvero insolita intraprendere l’analisi dell’ovvio» (12).

Proprio una riflessione sulla vita quotidiana (13) mette in luce una conclusione scontata solo in apparenza; infatti, «la temporalità è una proprietà intrinseca della coscienza, il cui flusso è sempre ordinato temporalmente». Più in generale, «io percepisco la realtà della vita quotidiana come una realtà ordinata. I suoi fenomeni sono predisposti in modelli che sembrano indipendenti dalla mia percezione [...] e che si impongono su questa ultima. La realtà della vita quotidiana appare già oggettivata, cioè costituita da un ordine di oggetti che sono stati designati come oggetti prima della mia comparsa sulla scena» (14).

Il diritto del lavoro è parte di questa esperienza sociale e tende a regolarla, in un nesso dialettico con i fattori che lo conformano (15). Quindi, le sue categorie sono quelle del vivere comune, ma, lungi dal giustificare un atteggiamento di disinteresse (16), ciò dimostra quanto sia necessario interrogarsi sulle idee della natura e della vita utilizzate dal-

---

(9) Vedi Tyrell, *Soziologische Anmerkungen zur historischen Familien – forschung*, in *Geschichte und Gesellschaft*, 1986, pp. 254 ss., citato da Beck, *I rischi della libertà. L'individuo nell'epoca della globalizzazione*, trad. it., Bologna, 2000, pp. 13 ss.

(10) Sulle implicazioni del tempo in tema di inerzia e di silenzio, cfr. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, pp. 3 ss.; S. Cassese, *Inerzia e silenzio della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1963, pp. 31 ss.; v. anche Sirianni, *Inerzia amministrativa e poteri sostitutivi*, Milano, 1991, spec. pp. 30 ss.

(11) Cfr. Moscati, voce *Tempo (diritto civile)*, *loc. cit.*, pp. 1114 ss.; Falzea, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, pp. 432 ss.; Volpe, *L'orologio della Corte ovvero l'enigma dell'ora e la persistenza della memoria*, in Aa.Vv., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, 1989, pp. 227 ss.

(12) Vedi Sciolla, *Presentazione* a Berger, Luckmann, *La realtà come costruzione sociale*, Bologna, 1969, pp. XV ss., con citazione di Whitehaed.

(13) Sulle molteplici implicazioni della categoria del tempo nella vita moderna, v. Boncinelli, *Tempo delle cose, tempo della vita, tempo dell'anima*, Roma-Bari, 2003, pp. 35 ss.

(14) Vedi Berger, Luckmann, *La realtà come costruzione sociale*, trad. it., Bologna, 1969, pp. 42 ss.

(15) Cfr. Bretone, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, cit., pp. 35 ss.

(16) Vedi Martines, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale*, *loc. cit.*, pp. 785 ss.

l'ordinamento, poiché così si può cercare di comprendere il suo retroterra culturale. A maggiore ragione, tali considerazioni si applicano al tempo, poiché «la struttura temporale della vita quotidiana si pone di fronte a me come una fattualità con la quale devo fare i conti, con la quale cioè devo tentare di sincronizzare i miei progetti». Quindi, «tutta la mia esistenza in questo mondo è continuamente ordinata dal suo tempo, anzi vive in esso» (17).

Il diritto guarda proprio a tale espressione sociale, collegata a una «struttura antropologica fondamentale» (18). Qui si ritrovano i presupposti concettuali degli istituti; ciò può esimere da una riflessione filosofica sulla nozione sfuggente del tempo, poiché «la realtà della vita quotidiana viene data per scontata come realtà. Essa non richiede una verifica ulteriore oltre la sua semplice presenza», e «la transizione dall'atteggiamento naturale all'atteggiamento teoretico del filosofo o dello scienziato illustra bene questo argomento» (19). Pertanto, il diritto non mira a una elaborazione innovativa, né presume che questa sia necessaria per l'applicazione delle sue regole. Anzi, essa sarebbe pericolosa se sottintendesse il rifiuto della nozione di tempo che l'ordinamento accetta, vale a dire quella della vita quotidiana e, quindi, di una confortante dimensione sociale (20).

Il punto di riferimento è la modesta esperienza comune, nella quale si deve ambientare la disciplina; infatti, «nel quadro della fisica, e per questa via anche nel quadro della tradizione dominante della filosofia, il "tempo" appare un concetto a un livello molto alto di sintesi; nella prassi delle società umane, invece, il tempo è un meccanismo regolativo di forza coercitiva, come possiamo osservare ogni qualvolta arriviamo in ritardo a un appuntamento importante» (21).

(17) Vedi Berger, Luckmann, *La realtà come costruzione sociale*, cit., pp. 49 ss.

(18) Vedi Starobinski, *L'ordine del tempo*, trad. it., Genova, 1990, pp. 62 ss.

(19) Vedi Berger, Luckmann, *La realtà come costruzione sociale*, cit., pp. 44 ss., i quali soggiungono: «il mondo della vita quotidiana si autoproclama e quando io voglio mettere in dubbio la sua autoproclamazione sono costretto a impegnarmi in uno sforzo deliberato nient'affatto facile».

(20) Vedi Durkheim, Mauss, *Le origini dei poteri magici*, trad. it., Torino, 1972, pp. 37 ss.; Douglas, *I simboli naturali. Sistema cosmologico e struttura sociale*, trad. it., Torino, 1979, pp. 4 ss.; Rifkin, *Guerre del tempo*, trad. it., Milano, 1989, pp. 143 ss.

(21) Vedi Elias, *Saggio sul tempo*, cit., pp. 104 ss. Sul manifestarsi di esigenze di precisi strumenti di misurazione, v. Cipolla, *Le macchine del tempo*, cit., pp. 13 ss.; Le Goff, *Tempo della chiesa, tempo del mercante*, trad. it., Trento, 1977, pp. 14 ss. V. anche Ghetti, *Tempo dello Stato, tempo dell'imprenditore*, in *Dir. econ.*, 1999, pp. 569 ss.

Se il tempo è una struttura coercitiva, «io non posso rovesciare a piacimento le sequenze imposte [...]: “ogni cosa a suo tempo” è un elemento essenziale della mia conoscenza» e ciò «determina anche la storicità da cui dipende la mia situazione nel mondo» (22). Il ragionamento giuridico non si semplifica se il tempo è riportato alla dimensione sociale (e, a sua volta, a una prospettiva storica, tanto che, a ragione, si parla di una storia del tempo) (23); comunque, ci si deve chiedere quale sia il senso ripreso dall'ordinamento e messo alla base di questo ultimo. Infatti, «nella prassi delle società umane i problemi relativi alla determinazione del tempo hanno un ruolo sempre più importante; nella teoria sociale invece l'attenzione dedicata a tali problemi è minima» (24).

Più in generale, è inevitabile fondare il ragionamento giuridico sul vivere aggregato e, non a caso, «il senso comune, il pensiero popolare risultano strategicamente ordinati e utilizzati come il linguaggio non del sapere, bensì del bisogno; non del calcolo, ma dell'esigenza che promuove il calcolo» (25). Con una riflessione basata sul pensiero di Wittgenstein, si è rilevato che, «anziché termini di imprese cognitive, gli enunciati del senso comune esprimono le stipulazioni e le assunzioni grammaticali, linguistiche arbitrarie alle quali sono ancorati i dubbi, le perplessità, le inquietudini intellettuali e anche le loro risposte», tanto che «sono il luogo del dubbio, ma non a loro volta oggetti esposti al dubbio». Infatti, «esse sono regole, paragonabili a quelle di un giuoco, che disciplinano la condotta degli uomini nelle circostanze della loro vita» (26), al punto che tali prescrizioni condizionano e conformano quelle giuridiche.

Dunque, «perché quando voglio alzarmi da una sedia non mi convinco di avere ancora due piedi? Non c'è nessun perché. Semplicemente non lo faccio. Agisco così» (27). Pertanto, «il repertorio delle certezze del pensiero popolare [...] è un sistema di decisioni e di regole spesso anche implicite; esso costituisce nemmeno tanto il punto di partenza delle nostre argomentazioni quanto l'elemento di vita [...] in cui le nostre argomentazioni si formano e si diffondono» (28). Peraltro, se questo è il con-

---

(22) Vedi Berger, Luckmann, *La realtà come costruzione sociale*, cit., pp. 48 ss.

(23) Cfr. Landes, *Storia del tempo*, trad. it., Milano, 1984, pp. 27 ss.

(24) Vedi Elias, *Saggio sul tempo*, cit., pp. 104 ss.

(25) Cfr. Gargani, *Scienza, filosofia e senso comune*, saggio introduttivo a Wittgenstein, *Della certezza*, trad. it., Torino, 1999, pp. XXI ss.

(26) Vedi Gargani, *Scienza, filosofia e senso comune*, cit., pp. XXVI ss.

(27) Cfr. Wittgenstein, *Della certezza*, trad. it., Torino, 1999, pp. 27 ss.

(28) Vedi Gargani, *Scienza, filosofia e senso comune*, cit., pp. XXVII ss.

testo nel quale si ambientano le categorie giuridiche e se esso ha una dimensione coercitiva, sarebbe singolare ignorarlo e, anzi, un tentativo di comprenderlo è la premessa di una riflessione critica. In questo senso, la ricerca sul significato del tempo è utile per approfondire la struttura del contratto di lavoro subordinato.

2. — *Il diritto, il lavoro e il tempo* — I due piani della riflessione filosofica e dell'esperienza comune non sono omogenei, ma non sono neppure privi di comunicazione. Pertanto, è irrilevante ai nostri fini «la teoria einsteiniana della relatività» che «ha determinato il superamento della vecchia idea di un unico “tempo” universale», poiché essa non ha avuto alcuna implicazione sulle forme di conoscenza del vivere comune (29); il diritto prescinde dalle impostazioni della fisica (30), come si deduce dalle disposizioni positive e dai criteri che presiedono alla loro applicazione, influenzata in profondità dal senso del tempo tipico dell'esperienza collettiva (31). Tra l'altro, l'intensità degli scambi e della diffusione dell'informazione si ripercuote sul ruolo delle istituzioni sociali (32); oggi, esse non possono più operare con ritmi o metodi impostati nel passato e rispetto a dinamiche cambiate per la frequenza dei contat-

(29) Invece, v. Ichino, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, vol. I, *Continuità, elasticità e collocazione temporale della prestazione lavorativa subordinata*, Milano, 1984, pp. 2 ss., nota 3. Tali posizioni non sono state superate neppure in successivi contributi; v. Ichino, *Incidenza dell'innovazione tecnologica sulla struttura del rapporto di lavoro subordinato e sui relativi criteri distinzione del lavoro autonomo*, in q. *Riv.*, 1985, I, pp. 199 ss., e, dello stesso Autore, *Verso una nuova concezione e struttura della disciplina del tempo di lavoro: spunti critici sull'articolo 5 della legge 19 dicembre 1984, n. 863*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, I, pp. 175 ss. Infatti, si dice che il vincolo di orario «indica in modo inequivocabile il “risultato utile” contrattualmente rilevante nell'attività lavorativa in quanto tale e non nell'opus» (v. Ichino, *Il lavoro subordinato: definizione e inquadramento. Artt. 2094-2095*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Schlesinger, Busnelli, Milano, 1992, pp. 196 ss.).

(30) Altro è stabilire se le teorie della fisica abbiano una più articolata implicazione sui sistemi culturali; v. Kern, *Il tempo e lo spazio. La percezione del mondo tra otto e novecento*, trad. it., Bologna, 1995, pp. 27 ss., sulle conseguenze culturali del pensiero di Einstein. Peraltro, non si vede come tali concezioni possano avere conseguenze sulla nozione di tempo rilevanti ai fini sociali e, in particolare, quale retroterra culturale dell'esperienza giuridica.

(31) Vedi Bretonne, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, cit., pp. 33 ss.

(32) Cfr. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, pp. 13 ss.; Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002, pp. 123 ss.; V. Frosini, *Temporalità e diritto*, in Aa.Vv., *La rilevanza del tempo nel diritto commerciale*. Atti della giornata di studio, Macerata, 20 aprile 1999, a cura di Morera, Olivieri, M. Stella Richter Jr., Milano, 2000, pp. 5 ss.

ti e per le tecniche impiegate (33). Pertanto, «la struttura temporale della vita quotidiana non solo impone sequenze predisposte sulla “agenda” di ogni singolo giorno, ma si impone anche sulla mia biografia complessiva. Io le percepisco entrambe all’interno delle coordinate poste da questa struttura temporale» (34).

Essa non è una categoria regolata per legge, se non in alcune manifestazioni, ad esempio i criteri di computo dei termini (35), aspetti nel complesso periferici. È difficile sottrarsi a quanto già altri fecero (36), cioè ricordare la nota professione di dubbio di Agostino di Ippona (37); tale affermazione unisce il senso della basilare importanza del tempo in ogni cultura alla rinuncia a utilizzare scontati punti di riferimento, seppure per fornire definizioni con elementi di approssimazione (38). «Che

---

(33) Cfr. Ferro, Luzzi, *Il tempo nel diritto degli affari*, in Aa.Vv., *La rilevanza del tempo nel diritto commerciale*. Atti della giornata di studio, Macerata, 20 aprile 1999, cit., pp. 15 ss.

(34) Vedi Berger, Luckmann, *La realtà come costruzione sociale*, cit., pp. 50 ss. Sulla percezione del tempo nella vita quotidiana contemporanea, v. Aa.Vv., *Tempo vola. L'esperienza del tempo nella società contemporanea*, a cura di Crespi, Milano, 2005, pp. 87 ss.

(35) Vedi V. M. Trimachi, voce *Termine (diritto civile)*, in *Nov. dig. it.*, vol. XIX, pp. 97 ss.

(36) Cfr. M. Leone, *Il tempo nel diritto penale sostantivo e processuale*, Napoli, 1974, pp. 7 ss., nota 1; richiama già, in apice alla sua trattazione, il medesimo brano Engisch, *Die Zeit im Recht*, in *Vom Weltbild des Juristen*, Heidelberg, 1965, pp. 67 ss.

(37) Vedi Agostino, *Le confessioni*, trad. it., Milano, 1993, libro XI, 14-17, pp. 326 ss. Non troppo lontano pare l’approccio di chi suggerisce che il tempo rimanda «a un “porre in relazione” posizioni e segmenti di due o più sequenze di avvenimenti in movimento continuo e percepibili. Tale relazione è il risultato dell’elaborazione delle percezioni compiuta dagli uomini conoscenti e trova espressione in un simbolo comunicabile, il concetto di “tempo”, che entro una determinata società consente di trasferire da un uomo all’altro, con l’ausilio di un modello fonetico percepibile, una immagine esperibile, ma non percepibile con i sensi, della memoria» (v. Elias, *Saggio sul tempo*, cit., pp. 17 ss.).

(38) Vedi Agostino, *Le confessioni*, cit., libro XI, 16-21, pp. 328 ss., per cui «noi percepiamo gli intervalli del tempo, li confrontiamo tra loro, definiamo questi più lunghi, quelli più brevi, misuriamo addirittura quanto l’uno è più lungo o più breve di un altro, rispondendo che questo è doppio o triplo, quello è semplice, oppure questo è lungo quanto quello». Vedi Alici, *Tempo e creazione in Agostino*, in Aa.Vv., *Filosofia del tempo*, a cura di Ruggiu, Milano, 1998, pp. 52 ss. Sul pensiero aristotelico come anticipatore di quello di Agostino di Ippona, v. G. Reale, *Aristotele e il primo peripato*, in *Storia della filosofia greca e romana*, vol. IV, Milano, 2004, pp. 115 ss.; cfr. Kant, *Critica della ragion pura*, trad. it., Milano, 2004, p. 135, per il quale «il tempo non è che la forma del senso interno, cioè la forma con cui intuiamo noi stessi e il nostro stato interno. Il tempo, infatti, non può essere una determinazione di ciò che appare esterna-

cosa è dunque il tempo? Se nessuno mi interroga, lo so; se volessi spiegarlo a chi mi interroga, non lo so. Questo però posso dire con fiducia di sapere: senza nulla che passi non esisterebbe un tempo passato; senza nulla che venga non esisterebbe un tempo futuro; senza nulla che esista non esisterebbe un tempo presente» (39). Vi è da chiedersi se, con l'espressione «se nessuno mi interroga, lo so», Agostino di Ippona non intendesse proprio fare riferimento alle dinamiche della vita comune.

Non sono mancate altre dichiarazioni paragonabili in tema di diritto (40). Occorre selezionare tale ultima prospettiva nello studio di una idea dalle implicazioni articolate, intorno a cui si affacciano convinzioni complesse sulla natura o sulla vita umana (41). Gli obiettivi di questo lavoro non riguardano il tempo in sé (a maggiore ragione, non in una dimensione filosofica), né la costruzione di una unitaria nozione dei profili cronologici da adattare all'intero diritto. Si vuole cercare di indagare come il tempo influisca sulla struttura del contratto di lavoro subordinato. Un approccio settoriale e interno al diritto positivo non impedisce di avvertire l'interazione del problema con vari profili dell'esperienza (42).

Infatti, manca una immagine lineare del tempo, condivisa in modo generale e univoco (43); anzi, esso «è impalpabile, sfugge al contatto, si ribella a un imprigionamento. E tuttavia l'uomo ne avverte la presenza, ne avverte il fluire inesorabile e ininterrotto» (44), come uomo immerso

---

mente: esso non appartiene a una figura, né a un luogo e così via, bensì determina il rapporto delle rappresentazioni del nostro stato interno».

(39) Vedi Agostino, *Le confessioni*, cit., libro XI, 14-17, pp. 326 ss.

(40) Cfr. Bagolini, *Significati della parola «tempo» in alcuni discorsi giuridici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, pp. 334 ss., e, dello stesso Autore, *Diritto e scienza giuridica nella critica del concreto*, Milano, 1942, pp. 39 ss.; cfr. anche Allara, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, V ed., Torino, 1958, vol. I, pp. 366 ss.

(41) Cfr. Engisch, *Die Zeit im Recht*, loc. cit., pp. 67 ss., secondo cui *wieder muessen wir uns hueten, in den Tiefen und Untiften der Zeitproblematik ueberhaupt zu versinken*.

(42) Cfr. Opocher, *Diritto e tempo*, in Atti dell'undicesimo congresso internazionale di filosofia, vol. XI, Bruxelles, 1953, pp. 84 ss.; per impostazioni non sempre coincidenti, v. Bagolini, *Dommatica, teoria generale e filosofia del diritto*, in Atti del sesto Congresso nazionale di filosofia del diritto, Milano, 1963, pp. 16 ss.

(43) Vedi Agostino, *Le confessioni*, cit., libro XI, 25-32, pp. 336 ss., per cui «Ti confesso, Signore [...], di ignorare tuttora che cosa sia il tempo; d'altra parte Ti confesso, Signore, di sapere che pronuncio queste parole nel tempo; che da molto ormai sto parlando del tempo, e che proprio questo molto non lo è per altro, che per la durata del tempo. Ma come faccio a saperlo, se ignoro che cosa sia il tempo?».

(44) Vedi M. Leone, *Il tempo*, cit., pp. 9 ss.; v. anche Heschel, *Il sabato. Il suo significato per l'uomo moderno*, trad. it., Milano, 1972, pp. 143 ss.

nella sua società e nella sua cultura (45), ai cui problemi il diritto deve rispondere (46). Questo ultimo guarda soprattutto al tempo sociale (47), sebbene sia singolare pensare a uno Stato capace di regolarlo (48). Se mai, il diritto subisce, non crea il senso del tempo, poiché «le società organizzano la loro vita nel tempo e stabiliscono ritmi che poi vengono imposti come struttura di base per tutte le attività temporali» (49) e, quindi, anche per l'ordinamento. Non a caso, «orologio e calendario garantiscono che, di fatto, io sono un "uomo del mio tempo". Solo entro questa struttura [...] la vita quotidiana serba per me il suo accento di realtà» (50).

Peraltro, l'intera esistenza comune è pervasa dal senso del tempo; anzi, «la stessa struttura [...] determina anche la storicità da cui dipende la mia situazione nel mondo [...]. Sono nato a una certa data [...], e così via. Queste date comunque sono "collocate" all'interno di una storia molto più vasta, e questa "collocazione" configura in modo decisivo la mia situazione» (51). Tali schemi di ragionamento sono condivisi dal legislatore e dall'interprete, poiché appartengono al retroterra culturale nel quale tutti vivono e operano, così che i concetti sono comuni e non imposti, ma subiti dal diritto.

Tuttavia, questa omogeneità di modelli di ragionamento rende più importante l'indagine sul tempo; esso è il parametro di comprensione e qualificazione degli istituti, in particolare del contratto di lavoro subordinato, a proposito del quale si sottolinea a più riprese la natura continuativa delle prestazioni del dipendente (52). Non a caso, si osserva che,

(45) Cfr. Sartre, *L'essere e il nulla*, trad. it., Milano, 1964, pp. 155 ss.

(46) Vedi Elias, *Saggio sul tempo*, cit., pp. 138 ss., sulla scissione, tipica dell'esperienza contemporanea, fra tempo fisico e tempo sociale. «Nel primo caso il "tempo" sembra essere un aspetto della "natura fisica", una delle variabili immutabili che i fisici hanno il compito di misurare [...]. Nel secondo caso il "tempo" ha il carattere di istituzione sociale, di regolatore degli avvenimenti sociali, di modalità dell'esperienza». V. anche Bulmenberg, *Tempo della vita e tempo del mondo*, Bologna, 1996, pp. 35 ss.

(47) Sui differenti tempi delle diverse società umane, v. Landes, *Storia del tempo*, cit., pp. 29 ss.; Rifkin, *Guerre del tempo*, cit., pp. 19 ss.

(48) In questo senso, invece, v. Ghetti, *Tempo dello Stato, tempo dell'imprenditore*, loc. cit., pp. 569 ss.

(49) Cfr. Durkheim, *Le forme elementari della vita religiosa*, trad. it., Milano, 1971, citato da Ghetti, *Tempo dello Stato, tempo dell'imprenditore*, loc. cit., pp. 571 ss. V. anche Durkheim, *Le regole del mondo sociologico*, trad. it., Roma, 1996, pp. 30 ss.

(50) Vedi Berger, Luckmann, *La realtà come costruzione sociale*, cit., pp. 49 ss. Cfr. anche Tabboni, *La rappresentazione sociale del tempo*, Milano, 1991, pp. 35 ss.

(51) Vedi Berger, Luckmann, *La realtà come costruzione sociale*, cit., pp. 47 ss.

(52) Cfr. Oppo, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, pp. 143 ss.; L. Spagnuolo Vigorita, *Riflessioni in tema di continuità, impresa, rapporto di lavoro*, in

«distribuendosi la prestazione lavorativa nel tempo, e assumendo tale estensione temporale un preciso rilievo nella struttura dell'obbligazione, questa acquista il carattere particolare della divisibilità in ragione del tempo» (53), con una forte oggettivazione del lavoro. Si soggiunge che «la divisibilità *ratione temporis* della prestazione [...] a carattere continuativo è per definizione illimitata: è questo, in ultima analisi, il carattere distintivo delle prestazioni aventi per oggetto l'attività lavorativa in quanto tale» (54), con una completa concezione meccanicistica e, in modo inevitabile, con il riaffiorare del concetto di energie.

Se il tempo misura il lavoro e il primo è considerato divisibile, anche il secondo deve avere la stessa caratteristica e, allora, esso coincide con il dispendio di energie. Pertanto, dal *facere* si passa al *dare* e da una obbligazione di comportamento (55) si transita a un dovere di mettere a disposizione imprecisate risorse fisiche. Non a caso, si dice che «il tempo misurato dall'esecuzione del contratto è isolato dal tempo lungo della vita del contraente; riceve così consacrazione giuridica la finzione economica di un lavoro separato dalla persona del lavoratore» (56) e, sebbene tali conclusioni non possano essere condivise, questa affermazione mostra il vero punto in discussione. La comprensione del tempo è necessaria per inquadrare il significato sociale e giuridico dello stesso lavoro eterodiretto.

Non a caso, seppure con una impostazione legata alle logiche tradizionali, si osserva che è «difficile misurare il reale "peso" del lavoro; è per questo motivo d'altronde che si utilizzano le unità di tempo. Finché si tratta della messa a disposizione della forza lavoro corporea» (che, a dire il vero, non esiste in una riflessione giuridica), «possiamo a rigore accontentarci di questa unità di misura. Ma dal momento [...] in cui la prestazione [...] richiesta chiama [...] alla riflessione, alla creatività [...] il tem-

---

*Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, Napoli, 1972, pp. 1023 ss.; De Luca Tamajo, *Il tempo di lavoro (il rapporto individuale di lavoro)*, in Aa.Vv., *Il tempo di lavoro*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Genova, 4-5 aprile 1986, Milano, 1987, pp. 26 ss.

(53) Cfr. Ichino, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, vol. I, *Continuità, elasticità e collocazione temporale della prestazione lavorativa subordinata*, cit., pp. 16 ss.

(54) Vedi Ichino, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, vol. I, *Continuità, elasticità e collocazione temporale della prestazione lavorativa subordinata*, cit., pp. 29 ss.

(55) Sulla prestazione di lavoro come prestazione di comportamento, v. Grandi, voce *Rapporto di lavoro*, in *Enc. dir.*, vol. XXV, pp. 330 ss.

(56) Cfr. Aa.Vv., *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, a cura di Supiot, Parigi, 1999, pp. 101 ss.; Supiot, *Le travail, liberté partagée*, in *Droit soc.*, 1993, pp. 718 ss.

po astronomico non ha più il ruolo centrale e determinante del passato» (57), seppure con una riflessione basata su categorie non persuasive.

3. — *Il tempo e la sua misurazione* — Non sorprende la carenza di una specifica considerazione normativa per il tempo (58), anzi di una disciplina imperativa e omogenea di tale fattore in ogni ramo del diritto (59). Sarebbe stato singolare se l'ordinamento non si fosse limitato a recepire quanto si intende nel lessico comune, per effetto delle generali «costrizioni» sociali nelle quali ciascuno è immerso. Se il diritto positivo quasi avverte l'impossibilità di definire che cosa sia il tempo, non ne può prescindere e apre un dialogo con l'esperienza culturale dalla quale ricava questa categoria, nella varietà delle sue articolazioni e in tutti i suoi significati. L'utilizzazione nelle norme di riferimenti al tempo, comprensibili da tutti i destinatari, e il richiamo a concetti diffusi impongono una più completa sistemazione del tema (60).

Il problema della misurazione del tempo non ne risolve l'impatto sull'esperienza collettiva. Il tempo non è solo successione di giorni, mesi e anni e non si esaurisce nel loro computo, con le diverse forme note nelle varie culture. Il tempo «oggettivo» fornisce una immagine parziale, cui l'ordinamento non si può adattare senza verificare altre, più profonde interrelazioni (61). L'applicazione delle unità di misura provoca determinazioni «vuote» delle situazioni verificatesi in ciascun intervallo (62).

(57) Vedi G. Lyon-Caen, *Considérations intempestives sur le temps*, in *Droit soc.*, 2000, pp. 236 ss. V. anche Allamprese, *Riduzione e flessibilità dell'orario di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2001, pp. 140 ss.

(58) In una dimensione filosofica, cfr. Capozzi, *L'individuo, il tempo e la storia*, Napoli, 1983, pp. 25 ss., e, dello stesso Autore, *Tempo e storicità*, Napoli, 1979, pp. 37 ss.

(59) Vedi Moscati, voce *Tempo (diritto civile)*, *loc. cit.*, pp. 1114 ss.

(60) Vedi Capozzi, *Temporalità e norma nella critica della ragione giuridica*, II ed., Napoli, 1979, pp. 275 ss.

(61) Cfr. Bagolini, *Giustizia e società*, Roma, 1983, pp. 104 ss.; v. anche Engisch, *Die Zeit im Recht*, *loc. cit.*, pp. 104 ss.

(62) Vedi Husserl, *Recht und Zeit*, Francoforte sul Meno, 1955, pp. 31 ss., secondo cui, in contrapposizione al tempo storico, *ist die objektive Zeit eine leere Zeit. Sie abstrahiert von dem, was in ihr geschieht, und ist insofern zugleich eine abstrakte Zeit. Um ihrer gedanklich habhaft zu werden, muss der Mensch das, was er im Bereich seiner natürlichen Erfahrung jeweils erlebt, beiseiteschieben und ausser Kurs setzen. Eine Spanne der objektiven Zeit ist die gleiche, ob es sich nun um die Dauer einer Wanderung, einer geschäftlichen Sitzung, einer Theaterprobe, enier Geburtstagsfeier handelt. Die objektive Zeit laeuft nicht schneller oder langsamer, je nachdem ob ein Kind, ein alter Mann, ein Patient beim Zahnarzt, ein Redner in einer öffentlichen Versammlung, ein Soldat auf dem Schlachtfeld von dem Zeitablauf betroffen ist.*

Tuttavia, simili registrazioni sono indispensabili; infatti, «senza procedimenti di misurazione e di registrazione [...] e quindi – senza tempo, sia pure volgare – senza tempo obiettivato», la vita sociale sarebbe impossibile (63). Anzi, «la eliminazione completa del tempo obiettivato implicherebbe [...] il caos o la follia» (64). L'intera prassi collettiva si basa su simili ragionamenti, radicati nella nostra cultura; l'espressione «tempo» rievoca subito la classificazione di un evento in un reticolo di riferimenti oggettivi (65).

Di tale forma di «costrizione» sociale ciascuno vede la fondamentale importanza in ogni frangente della vita; l'esperienza giuridica non si discosta da quella più generale, né potrebbe farlo, e accetta le abituali forme di misurazione, necessarie per coordinare la collocazione cronologica dei diversi fatti e consentire la verifica razionale di nessi di anteriorità o di posteriorità. Non a caso, le norme hanno spesso richiami immediati a tali indicazioni (66); più in generale, sarebbero impensabili la costruzione e l'applicazione di tutte le disposizioni senza la possibilità di inquadrare nel tempo oggettivo gli avvenimenti e di utilizzare concetti di durata, di relazione, di contestualità, di successione (67).

Tali collegamenti presuppongono un più generale schema di misurazione, sulla base del quale ciascuno può registrare gli accadimenti, anche

---

(63) Sulla «databilità», v. Heidegger, *Essere e tempo*, trad. it., Milano, 2001, pp. 477 ss., il quale aggiunge (v. p. 490): «la misurazione del tempo conferisce al tempo un marcato carattere pubblico, cosicché per questa strada si giunge a conoscere ciò che chiamiamo comunemente “il tempo”».

(64) Vedi Bagolini, *Significati della parola «tempo»*, loc. cit., pp. 340 ss.; sull'idea di *Jetzt-Zeit* (p. 337), sempre con riferimento al tempo obiettivato, si dice che «il tempo è il presupposto del giurista nel senso che l'unica forma reale e concreta del tempo è quella presente: l'«adesso», l'«ora», l'*Jetzt* costituiscono il tempo nella sua realtà; l'unica posizione reale e concreta del pendolo è quella presente, le posizioni passate non ci sono più, le posizioni future non ci sono ancora. Un evento è reale e concreto solo in riferimento a un punto di vista rispetto al quale è presente – e non passato né futuro».

(65) Cfr. Elias, *Saggio sul tempo*, cit., pp. 144 ss., secondo cui «il “tempo” [...] è relativamente indipendente da ciascun individuo singolo, sebbene certamente non lo sia dagli uomini in quanto società o in quanto genere umano. Si tratta di una impressione in gran parte dipendente dal fatto che i dispositivi di misurazione del tempo, siano essi creati dagli uomini o meno, hanno un movimento proprio; sono movimenti socialmente standardizzati che possiedono un certo grado di indipendenza da altri movimenti e in generale da altri mutamenti umani e non umani, per i quali essi possono servire da metro di misura».

(66) Vedi Allara, *Le nazioni fondamentali del diritto civile*, cit., pp. 366 ss.

(67) Vedi Engisch, *Die Zeit im Recht*, loc. cit., pp. 67 ss., secondo cui *wieder muessen wir uns hueten, in den Tiefen und Untifen der Zeitproblematik ueberhaupt zu versinken*.

quelli cui non sia stato partecipe, per comprendere quando si siano verificati, nel fluire della conoscenza (68). Né il diritto, né chi lo applica si pongono in posizione critica rispetto a tali criteri abituali, per metterne in dubbio il fondamento o il significato sociale; essi sono colti nella loro «indipendenza» dalla regolazione positiva e, se mai, l'ordinamento vuole ridotti adattamenti (ad esempio, sul computo dei termini), nel completo recepimento delle coordinate cronologiche invalse nella vita quotidiana. Le forme di misurazione sono radicate nella convivenza civile; la norma vi si adegua, come fa ogni «membro del gruppo», il quale deve «accordare il proprio comportamento» con un tempo subito. Ora, «quanto più lunghe e differenziate divengono le catene di interdipendenza funzionale che legano tra loro gli uomini tanto più forte diviene [...] il dominio degli orologi» (69).

Per la nostra esperienza, proprio l'uso delle unità di misura consente la riflessione sugli eventi, perché siano inquadrati da un punto di vista diacronico o sincronico e inseriti nel tempo obiettivo, con la loro rappresentazione. Se non altro per l'abitudine di generazioni, sarebbe impossibile immaginare la nostra attività psichica di conoscenza senza l'ausilio dei meccanismi comuni di misurazione. Ogni concetto cronologico (di durata, anteriorità, contemporaneità, o altro) postula la misurazione del tempo, la sua suddivisione in segmenti omogenei, noti a tutti, e l'imputazione di ogni fatto a precise coordinate, in modo costante e, quindi, con la facile comunicazione dell'esito del processo cognitivo, imperniato su strutture stabili, che ciascuno subisce, quasi fossero una forma necessaria della conoscenza, seppure di derivazione sociale.

Peraltro, la misurazione tocca un profilo parziale e, per qualche verso, estrinseco. Infatti, «il tempo, come aspetto della natura o del mondo, che dire si voglia, non è che espressione del suo continuo mutamento, cioè della storia; appunto perché la realtà non è che un mutamento, storia e realtà spesso si confondono. La posizione di un atto in tale mutamento è ciò che si chiama il tempo dell'atto; la inserzione di ciascun atto nella storia avviene in un punto del tempo, a cui il nostro povero linguaggio dà ancora il nome di "tempo"», così che «determinare la posizione di un fatto nella storia non si può se non nel senso

---

(68) Cfr. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Padova, 1951, pp. 301 ss. V. anche Bobbio, voce *Consuetudine*, in *Enc. dir.*, vol. IX, pp. 428 ss. Sul senso del fluire del tempo nell'opera complessiva di Carnelutti, v. Ramaci, *Il senso del tempo nell'opera di Francesco Carnelutti*, in *Riv. dir. pro.*, 1986, pp. 526 ss.

(69) Vedi Elias, *Saggio sul tempo*, cit., pp. 145 ss.

di mettere in confronto, rispetto a essa, due fatti diversi» (70), per porre relazioni di distanza o di coincidenza (71).

Il tempo oggettivo e le sue strutture influenzano l'intera esperienza. Proprio per questo condizionano anche quella giuridica, che non si può discostare dalla prima e più generale idea. In modo costante in ogni orizzonte sociale, le forme di misurazione identificano criteri di collocazione di un evento in un reticolo di mezzi di raffronto e di classificazione, secondo processi che ciascuno compie con istantanea rapidità, chiedendosi quando un fatto si sia verificato e rispondendo con l'uso esplicito delle normali unità di misura o con diversi riferimenti, comunque tributari a tali schemi fondamentali (72).

Il fatto che «oggi non è più ieri e domani non sarà più oggi» ha una influenza sulle «relazioni giuridiche»; dalla misurazione dipendono il senso dell'antiorità e della contemporaneità e la classificazione degli accadimenti (73). Quindi, «la nozione del tempo del giurista è condizionata dalla necessità pratica della registrazione» (74), con una sorta di «filo ideale che si svolge uniformemente e ininter-

(70) Cfr. Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, vol. II, Atti del processo, Padova, 1938, pp. 428 ss.

(71) Sul «tempo naturale secondo il senso comune», v. Mengoni, *Diritto e tempo*, in *Jus*, 1998, pp. 640 ss., per cui «la rappresentazione giuridica del tempo è oggettiva, inteso il tempo oggettivo non nell'accezione di tempo vuoto, astratto da tutto ciò che in esso accade, ma in un'accezione prossima a quella di tempo naturale secondo il senso comune, che considera oggettivamente il tempo come successione di stati o di situazioni distinguendo lo stato presente dagli stati anteriori, cioè nel senso bergsonianesimo di tempo spazializzato». Peraltro, anche le categorie del tempo vuoto hanno influenza sul piano giuridico.

(72) Cfr. G. Branca, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1955, pp. 51 ss.

(73) Vedi Barbero, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, V ed., Torino, 1958, vol. I, pp. 263 ss. Con qualche analogia, v. Elias, *Saggio sul tempo*, cit., pp. 159 ss., secondo cui «la "determinazione del tempo" [...] è una attività mediante la quale gli uomini pongono in relazione gli aspetti in successione di almeno due sequenze di avvenimenti, una delle quali è socialmente standardizzata come metro di misura degli intervalli o delle posizioni nel succedersi degli avvenimenti dell'altra». Anzi (cfr. Elias, *Saggio sul tempo*, cit., pp. 144 ss.), «il "tempo" [...] è relativamente indipendente da ciascun individuo singolo, sebbene certamente non lo sia dagli uomini in quanto società o in quanto genere umano. Si tratta di una impressione in gran parte dipendente dal fatto che i dispositivi di misurazione del tempo, siano essi creati dagli uomini o meno, hanno un movimento proprio; sono movimenti socialmente standardizzati che possiedono un certo grado di indipendenza da altri movimenti e in generale da altri mutamenti umani e non umani, per i quali essi possono servire da metro di misura».

(74) Vedi Bagolini, *Significati della parola «tempo»*, loc. cit., pp. 336 ss.

rottamente» (75). Così si può comprendere il senso del tempo diffuso nella società comune e lo si può ricordare con la conoscenza; infatti, esso «è presupposto dal giurista nel senso che l'unica forma reale e concreta del tempo è quella presente» e «un evento è reale e concreto solo in riferimento a un punto di vista rispetto al quale è presente – e non passato né futuro», poiché «posso pensare al “passato” come reale soltanto in quanto non lo penso come passato, ma come presente rispetto al punto di vista di un certo spettatore o attore, cioè, in definitiva, in quanto non lo penso come passato in sé stesso» (76).

La misurazione e la collocazione degli eventi nel relativo reticolo di criteri di registrazione collegano il profilo cronologico a quello della conoscenza e, senza che ci si addentri in più impegnative analisi gnoseologiche, tale nesso è subito evidente a chi rifletta sull'uso che ciascuno fa delle unità di misura; la prontezza con cui si inserisce l'accadimento in forme di catalogazione (relazionali) mostra come l'identificazione «del tempo dell'atto» sia una forma di manifestazione del sapere. Su tali percorsi si basa l'attuazione del diritto positivo, alla stregua delle altre esperienze sociali; anche quella giuridica è inserita nel tempo oggettivo e ne utilizza le categorie, senza approcci originali. Così si determina la «costrizione» sociale dalla quale l'ordinamento non può essere avulso.

La reciproca capacità di comprensione e di colloquio si basa sulle medesime categorie cognitive, che il diritto non ha inventato, ma recepito dalla civiltà, adattandosi a schemi istintivi (77). Senza il rinvio al tempo

---

(75) Vedi Barbero, *Sistema istituzionale*, cit., V ed., vol. I, pp. 263 ss.; cfr. anche Engisch, *Die Zeit im Recht*, loc. cit., pp. 73 ss.

(76) Vedi Bagolini, *Significati della parola «tempo»*, loc. cit., pp. 337 ss. Cfr. Agostino, *Le confessioni*, cit., libro XI, 36, pp. 339 ss., per cui «è in te, spirito mio, che misuro il tempo. Non strepitare contro di me: è così; non strepitare contro di te per colpa delle tue impressioni, che ti turbano. È in te, ripeto, che misuro il tempo. L'impressione che le cose producono in te al loro passaggio e che perdura dopo il loro passaggio, è quanto io misuro, presente, e non già le cose che passano, per produrla; è quanto misuro, allorché misuro il tempo. E questo è dunque il tempo, o non è il tempo che misuro». Vedi Tommaso di Aquino, *Sulla verità*, trad. it., Milano, 2005, pp. 149 ss., sulla differenza fra la conoscenza umana e quella divina: «ciò che è futuro non esiste in quanto futuro; e similmente, non esiste ciò che è passato in quanto passato».

(77) Cfr. Elias, *Saggio sul tempo*, cit., pp. 161 ss., secondo cui «i membri degli Stati nazionali industriali [...] hanno di solito un bisogno quasi inevitabile di sapere, almeno approssimativamente, che ore sono. Questo bisogno, questa acuta sensibilità per il tempo, è così presente che la maggiore parte degli uomini che vivono in queste società difficilmente riescono o non riescono affatto a immaginare che la loro percezione del tempo non è condivisa ovunque e da tutti».

oggettivo non sarebbe comprensibile il lavoro, nella sua dimensione sociale, prima ancora che in quella giuridica. Già secoli fa si osservò che *tempus est mensura durationis earum rerum, quae initium et finem habent* (78), e tale misurazione è espressione di conoscenza.

4. — *Il tempo come storia* — È stata di recente sottolineata l'interrelazione fra diritto e storia, chiamata a qualificare l'intera esperienza giuridica, determinata dallo sviluppo della società, delle sue esigenze, dei modelli di autorganizzazione (79). A un simile percorso di più ampio respiro si accompagna la continua modificazione dei fatti e dei rapporti in ogni settore del divenire giuridico. Ora, «nell'interpretazione di una legge si dovrà [...] risalire al contesto temporale [...] in cui essa fu istituita mediante l'atto di creazione. Ma questo è solo il punto di partenza per il processo dell'interpretazione. Il compito ulteriore dovrà consistere, per così dire, nel togliere la legge dal suo rapporto con il momento storico in cui è sorta, e nel prolungarla idealmente fino al presente» (80), così che, «se, "come massima" la norma giuridica sembra sottrarsi al corso del tempo, il tempo vi irrompe attraverso l'interpretazione e l'applicazione» (81).

Se non si valuta la variazione delle condizioni empiriche, l'attuazione della disposizione non mostra il suo pieno carattere di storicità. Anzi, l'ordinamento «non è né qualcosa di bell'e fatto [...], né un organismo che si sviluppi da sé per mera legge naturale: è qualcosa che non è, ma si fa, in accordo con l'ambiente sociale storicamente condizionato, proprio per opera assidua di interpretazione» (82). Però, da questa centralità del profilo cronologico non deriva una sua originale concezione. Altro è vedere l'esperienza giuridica in connessione con la modificazione della vita collettiva (con la collegata precarietà), al-

(78) Vedi Antonelli, *Tractatus novissimus de tempore legale*, Venezia, 1753, I, 1, pp. 8 ss., ricordato da M. Leone, *Il tempo*, cit., pp. 23 ss., nota 50.

(79) Vedi F. Benvenuti, *Disegno dell'amministrazione*, cit., pp. 470 ss.

(80) Vedi Husserl, *Recht und Zeit*, cit., pp. 20 ss.

(81) Cfr. Ruotolo, *Il tempo e le funzioni dello Stato (prime riflessioni sul tempo nell'attività normativa, amministrativa, giurisdizionale e nell'interpretazione giuridica)*, in *Dir. soc.*, 2000, pp. 613 ss. V. anche Modugno, *Legge. Ordinamento giuridico. Pluralità degli ordinamenti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1985, pp. 120 ss., per cui «l'effettiva dimensione temporale dell'ordinamento giuridico» è «l'aspetto normativo della evoluzione della società, del gruppo sociale a esso corrispondente».

(82) Vedi Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1955, vol. II, pp. 836 ss.; cfr. anche Ruotolo, *Il tempo e le funzioni dello Stato (prime riflessioni sul tempo nell'attività normativa, amministrativa, giurisdizionale e nell'interpretazione giuridica)*, loc. cit., pp. 656 ss.

tro dedurre una nozione specifica del tempo nel diritto, che, piuttosto, si adegua alle categorie diffuse.

Infatti, «è difficile riconoscere che la determinazione del tempo deve essere appresa. E l'odierna coscienza del tempo, una volta acquisita, è così imperativa da apparire a chi la possiede come parte del proprio equipaggiamento naturale» (83). In fondo, alla storicità (e alla provvisorietà) del diritto si accompagna la relatività della coscienza del tempo. Su questi problemi di fondo l'ordinamento non mira all'originalità, ma recepisce le indicazioni del comune sentire, per lo più.

Se il tempo manca spesso di una sua disciplina e, anzi, è una categoria subita, tuttavia incide sull'assetto giuridico perché è essenziale per comprenderne i fenomeni (84). A tale fine, non è sufficiente il mero riferimento al tempo oggettivo. La regolazione del contratto di lavoro subordinato non postula solo il problema dell'esatta collocazione di ciascun accadimento nella «linea» del tempo, per stabilire relazioni di contemporaneità e di anteriorità reciproca e per fissare ogni episodio negli schemi di misurazione. È indispensabile il diverso concetto del tempo «storico», nelle sue complesse sfumature, «riempito di contenuti umani» (85).

Ora, «il tempo obiettivato non è pensabile in sé stesso e indipendentemente dalla relazione di eventi che siano oggetto di registrazione» (86), ma, a sua volta, il nesso fra gli accadimenti non si limita alla semplice collocazione nel reticolo dei riferimenti cronologici (87). Non per questo si passa dalla dimensione sociale a una altra, psicologica o filosofica; peraltro, il senso del tempo diffuso nella nostra vita non si compone della sola esigenza di misurazione, quindi del raccordo con gli astratti (e «freddi») referenti del «tempo degli orologi».

(83) Vedi Elias, *Saggio sul tempo*, cit., pp. 166 ss.

(84) Cfr. Irti, voce *Rilevanza giuridica*, in *Nov. dig. it.*, vol. XV, pp. 1094 ss.

(85) Vedi Husserl, *Recht und Zeit*, cit., pp. 31 ss., secondo cui *die geschichtliche Zeit ist eine von menschlichen Inhalten, von historischen Geschehnissen erfüllte Zeit. Sie gliedert sich nach Massgabe dessen, was jeweils in menschlichen Gemeinschaften an Gutem und Bösem geleistet wurde, in Zeitabschnitte, die den Charakter historischer Perioden haben [...] und die sich keineswegs nach Jahr, Tag und Stunde berechnen lassen*. Cfr. Paci, *Tempo e verità nella fenomenologia di Husserl*, Bari, 1961, spec. pp. 166 ss.

(86) Vedi Bagolini, *Giustizia e società*, cit., pp. 109 ss.

(87) Cfr. Heidegger, *Il concetto di tempo*, cit., pp. 44 ss., per cui «l'orologio ci indica l'«ora», ma nessun orologio indica mai il futuro né ha mai indicato il passato. Ogni misurazione del tempo significa ricondurre il tempo alla quantità». Peraltro (v. pp. 28 ss.), «se si guarda a un accadimento servendosi dell'orologio, l'orologio rende esplicito l'accadimento più in relazione al suo scorrere nell'«ora» che alla quantità della sua durata». V. anche Bernardini, *Diritto e tempo*, in *Iustitia*, 1997, pp. 56 ss.

Fermo «il carattere tecnico, pratico e convenzionale della registrazione [...] da parte del giurista» (88), come ogni altro comune osservatore del divenire questi non si può arrestare a tale stadio di analisi, perché deve ricercare raccordi e fini nello svolgersi della vita sociale di cui è partecipe, seppure con strumenti empirici e approssimativi (89). Non a caso, intercorre un collegamento stretto fra tempo e conoscenza e fra tempo e causalità (90); seppure in chiave critica, si è riconosciuto che, «come tempo obiettivato e misurabile, l'ordine [...] del “prima” e del “dopo” è ridicibile all'ordine causale empiricamente inteso, là dove la causa è prima dell'effetto in una relazione che non può essere invertita» (91). A prescindere dal tema specifico della causalità, tale esempio dimostra come nel diritto il nesso di successione o di contemporaneità non si arresti di fronte all'uso inarticolato del tempo «vuoto».

Se questo consente solo di classificare, ciò non basta, tanto meno a chi consideri le fattispecie per la necessità di valutare la realtà sulla scorta di una successione di eventi e per trarne indicazioni sulla connessione fra i fatti (92). Solo così l'esperienza si espone alla conoscenza, non per la semplice misurazione, ma, nei limiti delle capacità individuali, perché siano compresi gli accadimenti e il tempo sia riempito dei contenuti umani. Questi sfuggono alla logica del tempo «vuoto», che non esprime l'intera attenzione sociale per il fattore cronologico. Una seconda visione del tempo ha margini soggettivi, diversi dalla semplice registrazione.

Ora, «tempo senza eventi e senza comportamenti (tempo astratto, tempo vuoto, *tempus absolutum verum et mathematicum*) è tempo senza interessi umani» (93). Per superarne le angustie (94), si è sostenuto che

(88) Vedi Bagolini, *Giustizia e società*, cit., pp. 111 ss.

(89) Cfr. Heidegger, *Il concetto di tempo*, cit., pp. 48 ss., per cui «il tempo è l'esserci. L'esserci è il mio essere di volta in volta, e quest'ultimo può essere tale in ciò che è futuro, nel precorrere che va al non più, certo ma indeterminato. L'esserci è sempre in una modalità del suo possibile essere temporale».

(90) Sul nesso fra il tempo e il principio di non contraddizione, v. Sasso, *Tempo, evento, divenire*, Bologna, 1996, pp. 41 ss.

(91) Vedi Bagolini, *Giustizia e società*, cit., pp. 112 ss.

(92) Vedi Heidegger, *Essere e tempo*, cit., pp. 445 ss., per cui «l'analisi della storicità dell'Esserci tenta di mostrare che questo ente non è “temporale” perché “sta nella storia”, ma che, al contrario, esiste e può esistere storicamente soltanto perché è temporale nel fondamento del suo essere».

(93) Vedi Falzea, *Il fatto naturale*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, Padova, 1970, vol. I, pp. 415 ss.

(94) Cfr. Giocoli Nacci, *Il tempo nella Costituzione*, Padova, 1984, pp. 3 ss.

«la coscienza si esplica [...] nell'azione attraverso una "interpenetrazione" di passato, presente e futuro (il passato da cui emerge l'azione presente; il presente dell'agire; il futuro in cui si prefigura l'atteggiamento altrui nei confronti dell'agire presente)» (95). Nell'analisi di diritto positivo si può accostare al tempo «vuoto» una diversa percezione delle dinamiche cronologiche. Il tempo storico e la consapevolezza della realtà nella forma del tempo si collegano alle capacità e alle percezioni del singolo e al rivolgersi della sua cognizione al fatto (96).

Quindi, il tempo della storia o, se si vuole, degli accadimenti rimanda a una più complessa conoscenza, attenta non alla misurazione alla stregua dei parametri astronomici, ma alla comprensione delle evenienze. Non a caso, già Aristotele sottolineò il nesso fra la reminiscenza e la deliberazione; infatti, «secondo Aristotele la memoria precede cronologicamente la reminiscenza e appartiene alla stessa parte dell'anima alla quale appartiene l'immaginazione: è una collezione o raccolta di immagini con l'aggiunta di un riferimento al tempo. La rievocazione non è qualcosa di passivo: è il recupero di una conoscenza o sensazione già avuta in precedenza» (97).

Anzi, «chi rammemora fissa per illazione che prima ha veduto o udito o sperimentato qualcosa e ciò è, in sostanza, una specie di ricerca; essa spetta solo a coloro che hanno capacità deliberativa perché anche il deliberare è una forma di illazione» (98), con un collegamento fra la volontaria reminiscenza e l'intenzionale decisione, la quale presuppone una conoscenza di eventi collocati nel tempo, ma esaminati in relazione agli interessi perseguiti. Nella vita quotidiana, la reminiscenza è la base della deliberazione, così che il passato è la premessa della decisione; per converso, solo il sentimento del futuro può ispirare il progetto (del pari partecipe di una dimensione cognitiva) su quanto si intenda intraprendere. Dunque, il tempo (pieno dei fatti e indicativo del loro comporsi in un quadro di giudizi razionali, seppure provvisori) è un fattore cruciale nella conoscenza, tanto che, per coercizione sociale, il nostro stesso modo di intendere il sapere si basa su un ordine cronologico (99). Senza di

---

(95) Vedi Bagolini, *Giustizia e società*, cit., pp. 139 ss. (v. già pp. 124 ss.), con esplicito rinvio a Heidegger, *Essere e tempo*, trad. it., Milano-Roma, 1953, pp. 432 ss.

(96) Vedi Husserl, *Recht und Zeit*, cit., pp. 42 ss.

(97) Cfr. P. Rossi, *Il passato, la memoria, l'oblio*, II ed., Bologna, 2001, pp. 13 ss.

(98) Cfr. P. Rossi, *Il passato, la memoria, l'oblio*, cit., pp. 13 ss., sempre con riferimento al pensiero di Aristotele.

(99) Vedi Berger, Luckmann, *La realtà come costruzione sociale*, cit., pp. 42 ss.

questo verrebbe meno l'idea che noi abbiamo della volontà, in qualche modo collegata alla reminiscenza e al giudizio razionale.

È da porre in risalto proprio questa componente soggettiva della cognizione (100); infatti, «la temporalizzazione dipende da una esplicazione della coscienza la quale [...] rimanda a un "implicito" che in sé e per sé scientificamente non so che cosa sia, poiché tutto ciò che scientificamente io sappia è esplicazione di tale "implicito". Soltanto nella esplicazione della coscienza ho il senso del passato, il senso del presente e il senso del futuro come dimensioni coscienziali e "intenzionali" di per sé non obiettivabili» (101). Tuttavia, non mancano istituti positivi imperniati sul tempo «vuoto», come il protrarsi della pena detentiva, data dalla successione di giorni, cioè dalla proporzionalità dell'afflizione all'unità di misura del tempo. Né molto diverso è il ragionamento per i termini. Il condannato che attende in cella il giorno della liberazione subisce l'applicazione di un istituto imperniato sul tempo «vuoto».

Però, in tema di lavoro, si approderebbe a poco se si restasse legati a tale «passare dei giorni». Occorre accostare a questo itinerario di riflessione un altro, più impegnativo, sull'influenza del tempo sulla coscienza o, comunque, sulla rappresentazione della realtà, quindi sulla comprensione e sulla qualificazione di comportamenti ed esigenze. Si può discutere sull'esatta configurazione del «tempo coscienziale» o del «tempo concreto dell'esperienza» (102). Però, non tutto si riduce a catalogare gli eventi nel reticolo del tempo «vuoto». Senza contrapporre a esso quello della vita, che ne sia misura ed espressione, non si può attuare o concepire il diritto positivo; esso postula la capacità soggettiva di riguardare le condotte e i fatti rilevanti nella loro comprensione complessiva. Anzi, «l'uomo agente non apprezza i periodi [...] riguardo alla loro dimensione. Le sue scelte per la rimozione del disagio futuro sono dirette dalle categorie del prima e del dopo. Il tempo non è per l'uomo una sostanza omogenea della quale soltanto la lunghezza conti. Esso non è una dimensione di più o di

(100) Sul risalto nell'esperienza giuridica di «espressioni puntuali e individue della vita psichica che si concretano nella (acquisita) conoscenza (o nella ignoranza) di specifici e determinati dati della realtà rispetto a uno o più soggetti», v. Pugliatti, voce *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, vol. IX, pp. 114 ss.

(101) Vedi Bagolini, *Giustizia e società*, cit., pp. 137 ss. V. anche Mengoni, *Diritto e tempo*, loc. cit., pp. 640 ss.

(102) Vedi M. Reale, *Il diritto come esperienza*, trad. it., Milano, 1973, pp. 399 ss.

meno. È un flusso irreversibile le cui frazioni appaiono in differente prospettiva a seconda che siano più vicine o più remote all'istante della valutazione e della decisione» (103).

Non mancano figure giuridiche inerenti al tempo «vuoto»; ma il diritto positivo postula un più articolato sentimento di presente, passato e futuro, cioè l'influenza della dimensione cronologica nello sviluppo sociale. Nonostante occorra comprenderne il risalto nell'applicazione delle prescrizioni, il tempo non è un istituto, sebbene influenzi l'impianto precettivo e la sua attuazione, come un profilo esterno. Occorre collegare la legge al retroterra culturale della nostra civiltà. In questo raccordo con l'esperienza si situa il risalto del tempo «storico».

Non a caso, per Agostino di Ippona, «risulta chiaro che il futuro e il passato non esistono, e che impropriamente si dice: "tre sono i tempi: passato, presente e futuro". Più esatto sarebbe dire: "tre sono i tempi: il presente del passato, il presente del presente, il presente del futuro". Queste ultime tre forme esistono nell'anima, né vedo possibilità altrove: il presente del passato è la memoria, il presente del presente è l'intuizione diretta, il presente del futuro è l'attesa» (104) o il progetto, se si volesse usare un lessico più consono a quello della società moderna.

I tre modi della coscienza indicati da Agostino di Ippona sono «distinguibili solo in astratto, nella realtà coscienziale sono compresenti» e, «applicando il ragionamento al diritto, si avrà che, per esempio, nel presente dell'applicazione della norma, si fanno presenti la memoria della sua passata statuizione e l'aspettativa dei suoi effetti» (105). In ogni caso, la deliberazione non può prescindere da alcuno di questi modi di presentarsi del reale. Solo il ricordo, la programmazione e la comprensione di ciò che accade permettono di assumere determinazioni e, quin-

(103) Cfr. Von Mises, *L'azione umana*, trad. it., Torino, 1959, pp. 458 ss.

(104) Vedi Agostino, *Le confessioni*, cit., libro XI, 20-26, pp. 331 ss., il quale soggiunge: «mi si permettano queste espressioni, e allora vedo e ammetto tre tempi, e tre tempi ci sono. Si dica ancora che i tempi sono tre: passato, presente e futuro, secondo l'espressione abusiva entrata nell'uso; si dica pure così; vedete, non vi bado, non contrasto né biasimo nessuno, purché si comprenda ciò che si dice: che il futuro ora non è, né il passato. Di rado noi ci esprimiamo esattamente; per lo più ci esprimiamo inesattamente, ma si riconosca che cosa vogliamo dire».

(105) Vedi Cotta, *Diritto e tempo. Linee di una interpretazione fenomenologica*, loc. cit., pp. 124 ss.; il quale rileva che «il tempo risulta percepito in due modi: come tempo matematico [...], divisibile all'infinito [...], e come tempo coscienziale, raccolto nella durata. Ma, contrariamente a quanto si afferma di solito, non ritengo che i due tempi siano opposti, abbiano fonte diversa o siano l'uno inautentico e l'altro autentico». Vedi Heidegger, *Essere e tempo*, cit., pp. 402 ss.

di, esse presuppongono una conoscenza basata sul tempo (106), come considerazione degli accadimenti in previsione di condotte intenzionali. Non si vede come vi possa essere volontà (e, quindi, autonomia contrattuale) senza tempo, ma senza il tempo storico, pieno di valori umani e, quindi, della manifestazione di quegli interessi perseguiti dalle scelte negoziali.

Peraltro, poiché è collegato alla conoscenza, il «tempo concreto dell'esperienza giuridica» (107) rinvia all'imporsi delle aspettative e dei valori, che condizionano la comprensione delle situazioni e, quindi, in modo dialettico la memoria, l'intuizione immediata e l'attesa. Pertanto, il datore di lavoro e il prestatore di opere esprimono le loro ragioni soggettive in diverse forme della memoria, ma anche in differenti manifestazioni dei loro progetti. Non a caso, con espressione ormai abituale, si contrappone il tempo del lavoro a quello del riposo (108). Tali concezioni, a dire il vero utilizzate di frequente senza molti sforzi critici, non hanno senso se riferite al «tempo degli orologi», che scandisce in modo uguale e indifferente sia le fasi di attività, sia quelle di inerzia. Per converso, il tempo storico sottolinea come, nel combinarsi dei comportamenti sociali, le aspettative dei vari protagonisti divergano e richiedano una regolazione e, dunque, una ragionevole composizione.

5. — *Il tempo «vuoto» e il tempo storico nell'incontro con il diritto* — Il richiamo al tempo coscienziale o a quello dell'esperienza rinvia alla vita, cioè alle relazioni fra l'uomo e l'ambiente e fra l'osservatore e gli eventi esposti al suo apprezzamento, e così il tempo si svela nel suo collegamento con la conoscenza e, a sua volta, questa rimanda alla deliberazione e, pertanto, alla manifestazione di volontà. Il raccordo fra le questioni cronologiche e la percezione non comporta un estremo soggettivismo, ma riconduce alla relatività del sapere, esercitato con le lacune, le difficoltà e le imperfezioni note sul piano empirico (109); esse non pregiudicano costanti contatti intersoggettivi e non inficiano la

(106) Cfr. Pugliatti, *Conoscenza, loc. cit.*, pp. 117 ss.

(107) Vedi M. Reale, *Il diritto come esperienza, cit.*, pp. 399 ss.

(108) Vedi Cross, *Tempo e denaro. La nascita della cultura del consumo, cit.*, pp. 75 ss.; Bonzagni, *Tempo per lavorare, tempo per vivere*, Milano, 1998, pp. 59 ss.; Manghi, *Il tempo perso nelle attività politiche, sindacali, associative*, Venezia, 1995, pp. 15 ss. Sul tempo nelle società preindustriali e industriali, v. Andreoni, *Tempo e lavoro. Storia, psicologia e nuove problematiche*, Milano, 2005, pp. 35 ss.

(109) Vedi Rigotti, *Il filo del pensiero. Tessere, scrivere, pensare*, Bologna, 2002, pp. 29 ss.

centralità del tempo nella conoscenza quotidiana, non solo per stabilire nessi di anteriorità o di contestualità, ma per riempirli di contenuti umani. Poco importa la differenza dalla cultura scientifica, che ha fini e strumenti diversi (110).

Il tempo caratterizza gli schemi cognitivi diffusi nell'ordinaria sensibilità; peraltro, il sistema regolativo vi si ambienta e ne condivide fondamentali strutture, che la legge subisce. Le varie concezioni del tempo nel dibattito culturale non condizionano l'impostazione prescrittiva, destinata ad adeguarsi a nozioni esterne, accolte con riferimento al più diffuso livello di comprensione tipico dell'ordinaria vita aggregata. Ciò non diminuisce l'incidenza del tempo. Il diritto si accosta ai profili cronologici con più schemi e diverse qualificazioni, ad esempio recependo l'idea del tempo «vuoto» e i suoi strumenti di misurazione, ma imponendo di valutare l'esperienza anche alla luce di quello «pieno» di accadimenti, perché tale categoria condiziona la conoscenza e ne è forma.

Sarebbe «inconcepibile una struttura sociale statica, sciolta dal processo storico»; infatti, «il tempo è essenziale a tutta la vita del diritto, visto che esso non può essere concepito come una struttura statica: la sua vita è la proiezione dei suoi significati nel tempo» (111). L'intera esperienza esposta alla regolazione e nella quale la norma si inserisce è conoscibile nei «binari» (112) della dimensione cronologica; questa ultima influisce sull'apprezzamento degli eventi e dei comportamenti di ciascun protagonista della società, poiché essi sono inseriti in un percorso diacronico e solo così comprensibili.

Fermo il tempo «vuoto», vi è una differente categoria, sempre presente a ognuno. Infatti, «il tempo proprio del diritto è fondamentalmente esistenziale», perché identifica una «durata che sarebbe inconcepibile senza fare riferimento al piano dei comportamenti effettivi; un tempo, cioè, che non può essere concepito astraendo dagli atti attraverso i quali la vigenza normativa si converte in momenti di vita» (113). Il rifrangersi del precetto sull'esperienza postula la sua attuazione in un contesto dominato dal senso del tempo e della vita.

Non importano qui in modo specifico i problemi sollevati dalla vigenza delle norme, dalla loro successione o dalla loro abrogazione; in ogni caso e in una prospettiva più generale, il tempo esprime il muta-

(110) Cfr. P. Rossi, *Il passato, la memoria, l'oblio*, cit., pp. 155 ss.

(111) Vedi M. Reale, *Il diritto come esperienza*, cit., pp. 401 ss.

(112) Vedi Heschel, *Il sabato...*, cit., 143 ss.

(113) Cfr. M. Reale, *Il diritto come esperienza*, cit., pp. 403 ss.

mento o il movimento dei fenomeni sociali. Il conflitto fra opposte ragioni comporta un momento dinamico e una proiezione cronologica; ciò vale per tutti gli aspetti della società, nel loro esporsi a conoscenza e nell'assoggettamento a una regolazione, quindi alla norma. Si è discusso sul raccordo complessivo fra giuridicità e tempo e, a tale riguardo, non si può fare riferimento al solo tempo oggettivo, ma soprattutto a quello che dà misura e senso all'esperienza. I due concetti non coincidono, né hanno ricadute uguali sul tessuto prescrittivo e sulla sua interpretazione. Ad esempio, il tempo storico «non è necessariamente successivo o lineare, ma può implicare tanto l'interpenetrazione quanto la simultaneità delle sue forme o fasi» (114).

Le relazioni sottese al tempo come espressione della vita (e del suo disciudersi alla conoscenza) non si riducono alla misurazione degli intervalli o alla registrazione degli eventi; se mai, si svela la dimensione relazionale del problema. Spesso, poco importa nella società l'esatta classificazione degli accadimenti nei parametri di misurazione; invece, i fatti sono percepiti nelle connessioni reciproche e, quindi, nelle varie relazioni. La vita incontra la norma con l'influenza inevitabile del tempo, senza il quale le condotte e le aspettative dei singoli e dei gruppi sarebbero inconcepibili. Proprio per questo, risalta la distinzione fra il tempo «vuoto» (115) e quello storico; ad esempio, il primo affiora nei termini (116), ma non esaurisce la più articolata gamma di interazioni con il diritto.

Se colto come espressione dell'intera vita, il tempo non è un istituto; l'idea di un tempo giuridico non riesce sempre a dare il senso di una concezione specifica del diritto. Per taluni, «il tempo [...], che il diritto conosce e di cui si serve nell'esplicare la sua validità di valore, è un tempo inautentico, un tempo, diciamolo pure, oggettivato che lega indissolubilmente l'azione a un suo momento concluso» (117). Anzi, nella stessa logica, si soggiunge che «l'inautenticità e l'oggettivazione del tempo nel diritto sono delle note che sarebbero arbitrarie se non fossero il risultato della logica delle "costruzioni" nelle quali il giurista compone la

(114) Vedi M. Reale, *Il diritto come esperienza*, cit., pp. 406 ss.

(115) Vedi Husserl, *Recht und Zeit*, cit., pp. 31 ss.

(116) Cfr. Capozzi, *Temporalità e norma nella critica della ragione giuridica*, cit., pp. 365 ss.

(117) Vedi Opocher, *Diritto e tempo*, loc. cit., pp. 90 ss. Peraltro, v. Cotta, *Diritto e tempo. Linee di una interpretazione fenomenologica*, loc. cit., pp. 124 ss., per cui «il tempo matematico (o misurato in genere) presuppone infatti il tempo coscienziale e rinvia a esso. Si tratta insomma di due strati (o stadi) intercomunicanti della percezione coscienziale del tempo».

“sua” realtà dopo averla “manomessa”, per così dire, sinanche nei fondamenti che sembrano più incrollabili» (118).

Talora, in alcuni istituti, può essere ravvisata questa discrasia fra il «tempo giuridico» e i «modelli reali della natura» (119). Però, in modo più generale, la norma interagisce con l'intera esperienza sociale e ne presuppone la conoscenza, in previsione di un paradigma prescrittivo basato sull'idea del tempo diffusa nella vita comune. Talvolta, il tempo è regolato e «costruito», ma, in una complessiva analisi dell'ordinamento, la sua attuazione postula ancora prima che questo si cali nella vita, incontri le condotte umane e denoti un senso cronologico che preesiste alla disposizione e ne influenza l'esecuzione, in modo dialettico.

In questa prospettiva e, in particolare, alla luce della contrapposizione fra il tempo «vuoto» e quello storico, è singolare che, nella riflessione sulla struttura del contratto di lavoro subordinato, il tempo sia stato visto quale concetto neutro, in qualche modo scontato, non meritevole di un approfondimento critico, tale da potere essere utilizzato in modo passivo, senza uno sforzo di comprensione apposita. Questo atteggiamento non è condivisibile e si collega a una più generale e singolare tendenza a ragionare del lavoro senza che si rifletta sui percorsi attraverso i quali si inserisce nella vita comune tale categoria. Essa troppo spesso resta su un oscuro sfondo delle analisi ricostruttive del diritto positivo, quale pretesa prospettiva insignificante. Invece, l'incontro fra il lavoro, il diritto e l'esperienza è il pilastro di qualunque ricerca.

La mancata, abituale distinzione fra il tempo «vuoto» e quello storico porta a pericolosi fraintendimenti sulla stessa struttura del contratto di lavoro e, ad esempio, spiega la singolare utilizzazione di nozioni (prive di qualunque risalto ricostruttivo) come quella di «energie». Infatti, il tentativo di inquadrare il rapporto senza una preventiva separazione fra il tempo astronomico e quello della vita conduce a paralogismi, come è per l'idea dell'orario quale strumento di misurazione dell'adempimento dell'obbligo di fare (120). Invece, mentre la

---

(118) Vedi Capozzi, *Temporalità e norma nella critica della ragione giuridica*, cit., pp. 358 ss.

(119) Cfr. Wieacker, *Die juristische Sekunde. Zur Legitimation der Konstruktionsjurisprudenz*, in Aa.Vv., *Existenz und Ordnung, Festschrift fuer Erik Wolf*, Francoforte, 1962, pp. 421 ss. Con «secondo giuridico», l'Autore intende la costruzione concettuale diretta a inquadrare i casi in cui in un unico momento naturale si possono produrre due effetti giuridici, dei quali uno precedente e l'altro successivo.

(120) Sull'identificazione, nel fulcro del contratto di lavoro subordinato, di un obbligo di fare del lavoratore, v. Grandi, *Rapporto di lavoro, loc. cit.*, pp. 330 ss.

comprensione del lavoro postula il riferimento al tempo storico, l'orario è categoria solo interna al tempo vuoto.

A dimostrazione, basti riportare una descrizione di abituali condotte di qualunque organizzazione produttiva, assunte in una ricerca sociologica quale modello delle «rappresentazioni» proprie dell'esperienza quotidiana (121): «certi inservienti trascuravano una parte del lavoro così da poterla compiere alla presenza della caporeparto per poter apparire occupati e non ricevere quindi ulteriori mansioni da svolgere. Nella maggior parte dei casi, il cambiamento di comportamento degli inservienti alla presenza della caporeparto non era così evidente [...] Tuttavia in quasi tutti gli inservienti si notava un certo cambiamento di comportamento quando era presente un superiore...».

6. — *L'orario di lavoro, il tempo «vuoto» e l'obbligo di presenza del prestatore di opere* — Qualora si rifletta sull'abituale esperienza relazionale, senza preconcetti, è evidente che la comune accezione di «tempo di lavoro» nasconde un equivoco. Se si discute del *facere*, rileva il tempo storico e quello «vuoto» ha poca attinenza, poiché, in quanto funzione del tempo oggettivo, l'orario non misura il lavoro, ma, se mai, la semplice presenza nei luoghi predeterminati dall'impresa. La disciplina dell'orario, in tutte le sue complesse articolazioni, si riferisce a categorie del tempo «vuoto», poiché utilizza i sistemi di misurazione di derivazione astronomica, senza considerare i fatti e la loro successione e, quindi, per un verso, la loro memoria e, per altro verso, il proiettarsi del pensiero verso il futuro (122). L'orario (come il termine) ha quale parametro le unità di catalogazione, alla stregua delle abitudini invalse nella società, ma non ha alcuna connessione con gli eventi occorsi e, quindi, con il cosiddetto tempo degli uomini. Non a caso, l'orario è considerato divisibile e così sarebbe divisibile l'intera prestazione di *facere* (123). Esso è stato ritenuto criterio di misurazione del fare e solo più di recente si è messo in luce quanto tale conclusione sia insoddisfacente (124).

(121) Cfr. Willoughby, *The Attendant in the State Mental Hospital*, citato da Goffman, *La vita quotidiana come rappresentazione*, trad. it., Bologna, 1969, pp. 131 ss.

(122) Vedi Agostino, *Le confessioni*, cit., libro XI, 25-32, pp. 336 ss.; Vedi Bagolini, *Significati della parola «tempo»*, loc. cit., pp. 337 ss.; Cotta, *Diritto e tempo. Linee di una interpretazione fenomenologica*, loc. cit., pp. 127 ss.

(123) Vedi Ichino, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, vol. I, *Continuità, elasticità e collocazione temporale della prestazione lavorativa subordinata*, cit., pp. 16 ss.

(124) Cfr. G. Lyon-Caen, *Considérations intempestives sur le temps*, loc. cit., pp. 236 ss.

In realtà, il lavoro si iscrive per intero nell'ambito conoscitivo esplorato con le categorie del tempo storico; non a caso, il trascorrere del tempo «vuoto» occupato dall'orario ha luogo con assoluta indifferenza per quanto accade durante tali fasi, appunto «vuote» di riferimenti all'attività del dipendente e al mondo che lo circonda. La diligenza, l'impegno, la capacità del prestatore di opere non hanno riflesso nell'orario. Questo istituto è stato reputato centrale in una società protocapitalistica, basata sui principi tayloristici di organizzazione della produzione (125). A dire il vero, anche in un simile contesto economico, l'orario rimaneva muto di fronte al compiersi del lavoro e si imperniava sul semplice scorrere del «tempo degli orologi», non su quello della memoria o del progetto.

Il tempo del calendario non può esprimere nella loro complessità i valori e il senso stesso del *facere*, visto nella sua prospettiva di creativo comportamento con il quale si realizza la persona. Tanto meno il lavoro (e, dunque, l'adempimento dell'obbligo relativo) può essere misurato con i soli parametri del tempo «vuoto», poiché questo ne disperde il significato più profondo, di cosciente condotta, collegata a tutte le altre, dell'imprenditore, dei colleghi, delle imprese concorrenti. Se la percezione e la comprensione di tali dinamiche hanno luogo con le coercitive strutture cronologiche della nostra società, queste sono essenziali per la valutazione del lavoro, che sfugge a una semplice catalogazione in termini di orario.

Se il lavoro è fare e, dunque, condotta del debitore conforme alla sua obbligazione, il tempo «vuoto» non può esprimerlo in alcun modo, poiché il *facere* è parte degli accadimenti umani. Essi possono essere riguardati solo se il tempo è misura dell'azione e, quindi, si riempie di contenuti cognitivi. Si può mai pensare che l'ora sia unità di misura del lavoro e della persona (126)? Non a caso, per risolvere le aporie indotte da un simile paralogismo, si perviene alla singolare invenzione di una categoria inesistente, quella delle «energie» che sarebbero offerte all'imprenditore.

Questa oggettivazione del lavoro (lo stesso legislatore ne richiama la «somministrazione»!) contrasta con una sua compiuta valutazione personalistica e, quindi, con il basilare principio per cui esso non è una mer-

(125) Vedi G. Lyon-Caen, *Considérations intempestives sur le temps*, loc. cit., pp. 236 ss.

(126) Sul carattere personalistico del rapporto di lavoro, v. Grandi, «*Il lavoro non è una merce*». Una formula da rimeditare, in *Lav. dir.*, 1997, p. 557; cfr. anche Balandi, *Dove va il diritto del lavoro? Le regole e il mercato*, ibidem, 2002, pp. 245 ss.

ce, né può essere considerato tale (127). Pertanto, una riflessione critica sull'orario può essere condotta in nome di una riscoperta della profonda implicazione della persona nel *facere* eterodiretto e, dunque, nella valutazione dell'adempimento quale accadimento inserito nelle traiettorie e nel disegno della società e studiabile solo con l'applicazione di quel tempo pieno degli eventi storici che è la base della reminiscenza e del progetto e, così, della coscienza critica e della razionale manifestazione di volontà.

Se mai, gli istituti dell'orario riguardano non la cessione di energie (che non esistono), ma l'osservanza di un più limitato obbligo di fare, il quale non esprime la complessità del lavoro, quindi di un dovere di presenza nell'azienda o, comunque, nei luoghi predeterminati dall'impresa, a prescindere dall'esecuzione delle funzioni richieste. Queste presuppongono la presenza, ma in essa non si esauriscono e possono essere valutate e concepite solo con l'applicazione delle più complete facoltà cognitive, chiamate a collocare il comportamento del dipendente nel reticolo delle relazioni dei fatti sociali significativi. Può sorprendere questa duplicazione delle obbligazioni del lavoratore; a dire il vero, se il tempo è scomposto nelle sue diverse accezioni, dovrebbe destare una meraviglia molto maggiore l'idea di collocare il fare nelle forme del tempo «vuoto», inadeguato a esprimerlo. A tale fine, occorre passare a una forma di conoscenza più compiuta e raffinata. Si potrebbe dire, dei lavoratori subordinati come di chiunque, che «entrano negli stessi fiumi, ma acque sempre diverse scorrono verso di loro» (128).

Non a caso, si è sottolineato il divario fra lavoro oggettivo e soggettivo (129). Infatti, «il valore di uso che l'operaio ha da offrire [...] non è materializzato in un prodotto, non esiste al di fuori di lui, non esiste dunque realmente, ma soltanto in via possibile, ossia come sua capacità» (130). Ora, «il capitale cerca nell'operaio l'unica cosa diversa da sé (e in grado di accrescerlo): il "lavoro non oggettivato ma ancora da oggettivare, il lavoro come soggettività"». Il lavoro non oggettivo

(127) Cfr. Grandi, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, pp. 309 ss.; Loy, *Sul rapporto capitale-lavoro. Parafrasi del preambolo della dichiarazione di Filadelfia*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Padova, 2005, vol. II, pp. 1053 ss.

(128) Cfr. *Eraclito, Dell'Origine*, trad. it., Milano, 2005, pp. 76 ss.

(129) Vedi Virno, *Il ricordo del presente. Saggio sul tempo storico*, Torino, 1999, pp. 123 ss.

(130) Cfr. Marx, *Il capitale. Critica dell'economia politica*. Libro I, trad. it., Roma, 1965, pp. 244 ss.

vato, cioè la mera facoltà di produrre, risulta però “inseparabile dalla immediata esistenza corporea dell’operaio”» (131).

Peraltro, «il lavoro oggettivato, posseduto dal capitalista in forma di denaro, non è commensurabile al lavoro non oggettivato, alla facoltà di lavorare in quanto tale. E non lo è per gli stessi motivi che, in generale, impediscono di equiparare una serie di atti compiuti alla potenza [...]: mentre gli atti sono divisibili in parti e dispiegati nel tempo, la potenza è infrazionabile, contratta, priva di ubicazione cronologica» (132). Ritenere divisibile l’adempimento dell’obbligazione di lavoro significa equipararlo a una merce, in una visione oggettiva. Ciò deve essere evitato per una piena valorizzazione dell’elemento personale e soggettivo del *facere* e, quindi, delle capacità di chi lo esegue.

7. — *Il tempo storico, il lavoro e la subordinazione* — Solo una riflessione condotta con riferimento al tempo storico e alla considerazione dei fatti e dell’esperienza formatasi su essi può dare conto del lavoro e, pertanto, della subordinazione. L’orario resta ai margini della struttura del contratto e, se mai, i poteri dell’impresa si collegano alla natura continuativa della collaborazione e alla valutazione del comportamento del prestatore di opere, percepito dal datore di lavoro, rielaborato nella memoria e oggetto della progettazione sulla sorte dell’azienda. Quindi, per quanto ciò possa apparire singolare, l’obbligo di presenza nell’orario prestabilito è estraneo al cuore della subordinazione e, al contrario, il suo senso profondo può trovare il suo presupposto nella conoscenza e, in particolare, in una cognizione propria della vita comune e connotata dall’ordine temporale tipico delle nostre società.

Del resto, se l’obbligo di *facere* è di comportamento e il lavoro è espressione soggettiva delle capacità individuali e non è una merce, esso non è misurabile in termini matematici, tanto meno con le categorie del tempo «vuoto» e, al contrario, si espone all’apprezzamento altrui proprio quale fatto sottoposto all’esercizio delle facoltà cognitive e, dunque, della memoria, dell’intuizione immediata e dell’attesa, per usare le categorie di Agostino di Ippona (133). Senza alcuna concessione alla mercifi-

(131) Vedi Virno, *Il ricordo del presente. Saggio sul tempo storico*, Torino, 1999, pp. 124 ss., con rinvio a Marx, *Lineamenti fondamentali della critica dell’economia politica*, trad. it., Firenze 1968-1970, vol. I, pp. 251 ss. e pp. 282 ss.

(132) Vedi Virno, *Il ricordo del presente. Saggio sul tempo storico*, Torino, 1999, pp. 126 ss.

(133) Vedi Agostino, *Le confessioni*, cit., libro XI, 20-26, pp. 331 ss.

cazione e nel rispetto dei valori fondamentali della persona, la subordinazione consiste nel conferimento di poteri unilaterali che adeguino la prestazione alle contingenze mutevoli nel decorso del tempo, ma di quello storico e, quindi, per situazioni che il datore di lavoro può apprezzare e sulla base delle quali può conformare le sue determinazioni. Il passare del tempo significativo per il contratto è quello «pieno» di fatti o, meglio, l'esistenza stessa di poteri unilaterali del datore di lavoro e da collegare alla continuità del rapporto e, dunque, all'assegnazione di poteri di adattamento a paragone del variare delle condizioni.

In questa dimensione, spesso colta con acume dalla giurisprudenza con il suo riferimento alla subordinazione tecnico-funzionale (134), proprio il tempo la scandisce, perché essa identifica la sottoposizione a poteri imposti dalla necessità di cambiamenti e, a loro volta, le determinazioni del datore di lavoro si spiegano per quanto affiora dalla memoria, quanto è percepito nell'immediato e quanto si attende nel rivolgere lo sguardo al futuro. Tuttavia, se il tempo storico rimanda alla conoscenza e questa agli interessi, il punto di vista del datore di lavoro non è identico a quello del dipendente e il tempo dell'uno non coincide con quello dell'altro. Da questo conflitto tra le contrapposte ragioni scaturisce il significato ultimo del diritto del lavoro: fondamento positivo dei poteri e, insieme, meccanismo di definizione dei loro limiti, a presidio delle esigenze dei prestatori di opere. Peraltro, l'idea di potere non può essere disgiunta da quella di tempo, poiché solo la reminiscenza (e, dunque, il tempo) spiega la deliberazione.

Quando si proietta verso i suoi collaboratori, la conoscenza dell'imprenditore si appunta soprattutto sul comportamento solutorio, visto negli episodi che lo compongono, ma misurato con i criteri soggettivi della memoria. Sarebbe singolare se questa si imperniasse sugli schemi del tempo «vuoto», se mai mero presupposto di un giudizio più articolato che il datore di lavoro forma e modifica nell'incontro con il dipendente e con le sue azioni. Questo dialogo fra le persone e le memorie, e le attese che ne derivano, sono la premessa dell'esercizio del potere e ne disvelano il profondo significato, di strumento di trasformazione unilaterale dell'altrui condizione, a seguito delle valutazioni derivanti dall'interrelazione sociale (135). La natura continuativa del lavoro e, dunque,

---

(134) Vedi Cass. 25 novembre 2003, n. 18023, ord., in *Guida dir.*, 2004, fasc. 10, p. 84; Cass. 1° dicembre 2000, n. 15341, in *Mass. Giur. it.*, 2000, p. 1379; Corte costituzionale 12 febbraio 1996, n. 30, in *De&L*, 1996, p. 615.

(135) Vedi V. Frosini, *Temporalità e diritto*, loc. cit., pp. 5 ss.

il permanere nel tempo dell'obbligazione, ma anche il protrarsi dell'attività solutoria (136) non determinano un riferimento all'orario, ma, se mai, complessi flussi di conoscenza reciproca fra i componenti della comunità di vita e di azione costituita nell'azienda.

Pertanto, la continuità non è «il vincolo giuridico che stabilizza nel tempo la disponibilità funzionale del lavoratore» (137), ma denota la coabitazione e, quindi, l'interrelazione fra persone e fra le loro esperienze soggettive e coscienziali. In questo contesto, la «disponibilità funzionale» è una categoria opinabile, come quella delle «energie». Altro è dire che il prestatore di opere non può rifiutare in qualunque momento la prestazione, per lo meno non in modo legittimo; altro pensare che vi sia una singolare disponibilità del lavoro o, forse, della persona che lo esegue (138). Così si confonde la natura dell'obbligo assunto con la «disponibilità» o dell'attività o di chi la svolge, e si immagina oggettivo ciò che è soggettivo. Il lavoro è espressione delle capacità e della persona e non è disponibile per alcuno, perché tale ultima locuzione non ha significato, né sul piano conoscitivo, né su quello giuridico (139).

Non l'orario, ma la memoria o, se si preferisce, la reminiscenza in previsione della deliberazione consentono al datore di lavoro di inserire nell'esecuzione del suo progetto il *facere* altrui (140) e l'esplicarsi nel tempo delle capacità individuali. Di conseguenza, il tempo «vuoto» e l'orario non sono né un criterio di verifica dell'adempimento dell'obbligo di fare, né un parametro di misurazione della prestazione, ma solo di un

---

(136) Vedi Ichino, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, vol. I, *Continuità, elasticità e collocazione temporale della prestazione lavorativa subordinata*, cit., pp. 16 ss.

(137) Vedi Bano, *Il tempo come criterio di verifica dell'adempimento: riflessi sulla retribuzione*, in q. *Riv.*, 1998, I, pp. 135 ss.

(138) Vedi Ichino, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, vol. I, *Continuità, elasticità e collocazione temporale della prestazione lavorativa subordinata*, cit., pp. 25 ss.

(139) Questa posizione è diversa da quella di chi sostiene che «la svalutazione della efficienza qualificatoria del tempo trova [...] più analitica spiegazione del lavoro subordinato e nei processi di differenziazione delle esigenze di tutela che emergono dal mondo del lavoro»; v. De Luca Tamajo, *Il tempo nel rapporto di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1986, pp. 462 ss. Infatti, il problema è la configurazione del tempo. La qualificazione del contratto di lavoro subordinato non può avere luogo con riferimento al «tempo vuoto», ma postula la considerazione di quello pieno dei fatti storici.

(140) Pertanto, la riflessione critica sul nesso fra tempo e contratto di lavoro subordinato prescinde dal pure rilevante impatto delle trasformazioni tecnologiche informatiche; a tale ultimo riguardo, v. F. Carinci, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1985, pp. 209 ss.

dovere di presenza, con una chiara distinzione fra i due profili. Il lavoro non è pensabile se non nella logica del tempo storico e, quindi, della memoria di una persona con riguardo ai comportamenti dell'altra.

Il riscontro sull'adempimento presuppone la conoscenza della condotta del dipendente e il ricordo di ciò che ha fatto o, se si vuole, di ciò che egli è stato nell'ambito della sua presenza, in previsione dell'esercizio dei poteri unilaterali riconosciuti per legge. Il risultato utile del lavoro non ha nulla a che vedere con l'orario (141) e non si può «valorizzare uno schema [...] elementare in cui l'obbligazione lavorativa viene identificata con la mera messa a disposizione di energie [...] qualificate solo in termini temporali» (142), poiché tale ragionamento non corrisponde a una completa valutazione del tempo (143). Dunque, non si può parlare di «degradazione del tempo di lavoro a semplice presenza fisica» (144), poiché orario e lavoro sono e sono sempre stati differenti e rimandano a distinte concezioni del tempo (145).

Pertanto, lungi dall'offrire energie, che non esistono, il lavoratore è subordinato perché espone le sue condotte ai giudizi del datore di lavoro e alle sue reazioni, le quali possono essere regolate e riportate al rispetto della persona se sono comprese nella loro intima natura e, cioè,

---

(141) Sulla proporzione fra orario e retribuzione, v. Ballestrero, voce *Orario di lavoro*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, pp. 631 ss.

(142) Vedi De Luca Tamajo, *Il tempo nel rapporto di lavoro*, loc. cit., p. 459, con rinvio a P. Sandulli, *Tempo e durata della prestazione di lavoro*, ed. provv., Roma, 1979, pp. 49 ss.

(143) Invece, per la valorizzazione della continuità del lavoro come indice della subordinazione, v. Assanti, *Autonomia negoziale e prestazione di lavoro*, Milano, 1961, pp. 37 ss.

(144) Cfr. Vardaro, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in *Pol. dir.*, 1986, pp. 121 ss. V. anche Bano, *Il tempo come criterio di verifica dell'adempimento: riflessi sulla retribuzione*, loc. cit., pp. 131 ss. Cfr. G. Ricci, *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'Unione europea*, cit., p. 67, e spec. pp. 74 ss., il quale ricava dal contributo di Vardaro, fra l'altro, «la tendenza sempre più marcata a una caratterizzazione del tempo di lavoro come tempo sociale la cui rilevanza [...] oggettiva va declinando».

(145) Dunque, non sono persuasive, perché carenti di una riflessione critica sul concetto di tempo, le affermazioni per cui «il diverso atteggiarsi della prestazione di lavoro rispetto alla variabile tempo, ormai sprovvista di una adeguata idoneità qualificatoria (in ordine all'*an* della subordinazione), potrebbe recuperare una capacità selettiva quanto al trattamento»; v. De Luca Tamajo, *Il tempo nel rapporto di lavoro*, loc. cit., 466 ss. Se mai, sulla centralità del risultato produttivo «per la determinazione del contenuto e del modo di essere della prestazione dovuta dal lavoratore», v. Mengoni, *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*, in *Riv. soc.*, 1965, pp. 685 ss.

come repliche al modificarsi delle situazioni e come il prodotto della conoscenza e, di conseguenza, del tempo storico. Esso caratterizza la convivenza necessitata (146) fra il datore di lavoro e il dipendente e giustifica il potere del primo sul secondo.

La coscienza delle due parti ha destino diverso, poiché l'una è la base della decisione e l'altra porta se mai a subire l'esercizio del potere e a cercare la tutela del diritto. Questo ultimo accerta i fatti occorsi durante il rapporto, attribuisce all'impresa i poteri derivanti dal contratto, ne delimita la struttura a presidio delle ragioni del prestatore di opere e media l'interrelazione sociale, secondo quanto impone l'ordine temporale, specificando fino a che punto si possa spingere la decisione derivante dalla memoria, dall'intuizione e dall'attesa e, quindi, dal tempo. La subordinazione è autorità, non diritto sulle altrui energie (147).

Peraltro, nonostante sia il luogo dell'autorità, il contratto di lavoro svela anche la sua dimensione collaborativa, di incontro fra le coscienze del datore di lavoro e del prestatore di opere, che partecipa a un dialogo misurato dal tempo storico. In questo sta il dialogo (148) fra persone che rappresenta il punto cruciale del lavoro subordinato e provoca la memoria, l'intuizione e l'attesa, evocando la tutela dell'ordinamento.

---

(146) Vedi Natoli, *Sicurezza, libertà e dignità del lavoratore nell'impresa*, in *Dir. lav.*, 1956, I, pp. 3 ss.

(147) Sulla «rilevanza qualitativa delle caratteristiche temporali del rapporto» di lavoro, v. Vardaro, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, loc. cit., pp. 101 ss.; v. anche Bano, *Il tempo come criterio di verifica dell'adempimento: riflessi sulla retribuzione*, loc. cit., pp. 134 ss.; Cester, *Lavoro e tempo libero nell'esperienza giuridica*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1995, n. 17, *L'orario di lavoro*, pp. 20 ss. Per un commento alla posizione di Vardaro, v. G. Ricci, *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'Unione europea*, cit., pp. 73 ss.

(148) Vedi Cotta, *Diritto e tempo. Linee di una interpretazione fenomenologica*, loc. cit., pp. 126 ss., per cui «la memoria, non già nella sua potenzialità bensì nel suo ricordare in atto, ha un grave limite: è discontinua, non è sempre presente [...]. Tuttavia, se si considera con attenzione il processo del farsi presente nel conscio della memoria di sé, si constata che esso generalmente si origina, si sostiene e si sviluppa grazie all'incontro con quanto ci è esterno [...]. L'incontestabile esperienza dell'avvivarsi della memoria di sé grazie all'incontro con l'altro-da-sé (naturale o umano) ci offre questa indicazione singolarissima: ciò che vi è di più intimo e proprio all'io, la coscienza di sé nella memoria, è acquisito tramite l'alterità».

