

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DELLA TUSCIA DI VITERBO

Dipartimento di Istituzioni linguistico-letterarie, comunicazionali
e storico-giuridiche dell'Europa

DISTU

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA

DIRITTO DEI CONTRATTI PUBBLICI E PRIVATI - XXIII Ciclo.

*TIPOLOGIE CONTRATTUALI E FLESSIBILITA' DEL LAVORO
NELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI*

settore scientifico-disciplinare

IUS/07

Coordinatore del dottorato:

Prof. FERNANDO ALBISINNI

Tutor:

Prof. LUISA FICARI

Dottorando

MARCO BRACOLONI

Indice

CENNI INTRODUTTIVI	5
--------------------------	---

CAPITOLO 1

*LA FLESSIBILITÀ DEL LAVORO NELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI NELLE
RIFORME DEL LAVORO PUBBLICO*

1. <i>La disciplina del lavoro pubblico. Primi passi di un'evoluzione tuttora corso: dal "diritto comune con elementi di specialità" alla costituzione del rapporto di lavoro con atto di nomina</i>	15
2. <i>Forme di "flessibilità" contrattuale del settore pubblico: il negozio giuridico bilaterale di diritto pubblico</i>	21
3. <i>Il contratto di lavoro nel settore pubblico: dal modello contrattuale "unilaterale ed autoritativo" al modello contrattuale "pattizio e paritario"</i>	24
4. <i>Esigenza di efficienza delle pubbliche amministrazioni e l'introduzione dei contratti di lavoro flessibile</i>	30
5. <i>Il rinvio alla regolamentazione delle forme contrattuali flessibili adottate nel settore del lavoro privato</i>	46
6. <i>Fasi della riforma della disciplina del rapporto di lavoro nel settore pubblico "privatizzato": cinque tappe evolutive</i>	48
7. <i>Prime osservazioni: il quadro complessivo degli interventi legislativi</i>	51

CAPITOLO 2

*L'EFFICIENZA DELL'ORGANIZZAZIONE NELLE PUBBLICHE
AMMINISTRAZIONI*

1. <i>Il rapporto speciale di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione nella Costituzione: principi fondamentali</i>	53
---	----

2. <i>Intangibilità dell'organizzazione e potere datoriale. Dal modello burocratico al modello imprenditoriale</i>	64
3. <i>Controllo del rispetto del principio di buon andamento: l'obbligo di trasparenza dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche</i>	77
4. <i>Responsabilità dirigenziale e utilizzo dei contratti di lavoro flessibili nelle pubbliche amministrazioni</i>	83
5. <i>Specialità dell'accesso agli uffici pubblici ed applicazione ai contratti di lavoro flessibili</i>	87
6. <i>Considerazioni in tema di efficienza della pubblica amministrazione, soluzioni vecchie e nuove</i>	105

CAPITOLO 3

CONTRATTI DI LAVORO FLESSIBILE E RAPPORTO DI LAVORO SUBORDINATO ALLE DIPENDENZE DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

1. <i>Il ruolo precettivo dell'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001 e le manifestazioni della flessibilità nel rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni</i>	109
2. <i>Fabbisogno di personale e rapporti giuridici volti alla sua soddisfazione. Il contratto di lavoro a tempo determinato ed il suo ruolo nell'organizzazione degli uffici pubblici</i>	127
2.1 <i>Il caso: i contratti di lavoro a termine dei dipendenti "scolastici"</i>	136
2.2 <i>L'abuso di utilizzo di una successione di contratti flessibili nel Comparto Scuola: un'ulteriore posizione di specialità?</i>	139
2.3 <i>La stabilizzazione del rapporto di lavoro flessibile nelle scuole quale possibile aspetto deflattivo del contenzioso</i>	143
3. <i>Eccezionalità della somministrazione di lavoro nelle pubbliche amministrazioni</i>	144
4. <i>Lo strumento contrattuale "su misura" per gli enti locali, le scuole e le università: il lavoro accessorio</i>	147

5. <i>La controversa giustificazione dell'uso dei contratti di formazione e lavoro e degli altri rapporti formativi</i>	152
6. <i>Dalla promozione dell'occupazione tramite il volontariato alla stabilizzazione del rapporto dei lavoratori socialmente utili</i>	157
7. <i>Il tentativo di reintroduzione del contratto di lavoro autonomo nelle pubbliche amministrazioni ed il suo ridimensionamento: l'addio alle collaborazioni coordinate e continuative</i>	161
8. <i>Un aspetto della flessibilità del "contratto standard" di lavoro subordinato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni: il tempo parziale</i>	164
9. <i>Il contratto collettivo: strumento di disciplina per l'utilizzo delle tipologie contrattuali di lavoro flessibile nelle pubbliche amministrazioni e i suoi limiti "interni ed esterni"</i>	169
10. <i>Osservazioni conclusive: verso una nuova stagione dei contratti di lavoro flessibile nel settore pubblico privatizzato?</i>	171

CONCLUSIONI

BIBLIOGRAFIA

CENNI INTRODUTTIVI

Nelle linee guida definite dalla legge delega n. 15 del 4 marzo 2009 di riforma del lavoro pubblico sono contenute le misure che disciplinano l'utilizzo delle tipologie contrattuali flessibili da parte delle pubbliche amministrazioni.

L'indagine e lo studio dell'adattabilità delle tipologie contrattuali flessibili all'interno dell'organizzazione e della gestione del personale, combinata con la necessità produttiva e di efficienza, sono divenuti “*fondamentali*” per le pubbliche amministrazioni, così come lo sono per le imprese private, pur se fondate su presupposti diversi.

Se per l'impresa privata il ricorso a tipologie contrattuali “*non standard*” (flessibili) rappresenta una necessità di adattamento produttivo collegato strettamente al minor “*costo*” del lavoratore “flessibile”, per l'amministrazione pubblica esso rappresenta *in primis* una necessità di contenimento del fenomeno degenerativo causato, spesso, da una gestione politica clientelare e caratterizzato, nel passato, dagli abusi ricaduti poi sul bilancio dello Stato attraverso la trasformazione dei contratti non standard (flessibili) in contratti di lavoro a tempo indeterminato.

Per focalizzare il significato dell'espressione “*contratti di lavoro flessibile*” è opportuna la seguente precisazione: comunemente si definisce “*contratto standard*” il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato mentre le altre tipologie sono definite tipologie contrattuali flessibili o contratti di lavoro flessibile. Si è qui scelto di indicare con il termine “flessibile” le tipologie contrattuali di lavoro “*non standard*” in quanto tale termine viene usato per indicare lo stesso contratto sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza.

Il termine “*atipico*” (era il termine con il quale si indicavano i contratti di lavoro “*non standard*” all'inizio della loro espansione nel mercato del lavoro) riferito al contratto di lavoro è legato invece ad una visione strettamente giuridica: la giurisprudenza, infatti, partendo dalla definizione positiva del concetto (individuando con quello atipico il concetto negativo), intende per contratto di lavoro tipico quello per

il quale, ai sensi dell'art. 2094 cod. civ., “*è prestatore di servizio subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro alle dipendenze e sotto la direzione*” del datore di lavoro. Per la nozione della dottrina giuslavoristica il contratto di lavoro tipico è quello subordinato a tempo pieno ed indeterminato. Questa definizione di contratto di lavoro flessibile non tiene conto della flessibilità interna al contratto di lavoro standard (si pensi ad esempio al tema riferito alla flessibilità dell'orario di lavoro rispetto all'entrata e all'uscita).

Le tipologie contrattuali flessibili rappresentano per il datore di lavoro un elemento di dinamicità gestionale mentre per il lavoratore sono, nello stesso tempo, un elemento di precarietà e un'opportunità di ingresso nel mondo del lavoro.

Il rapporto di lavoro del settore pubblico “privatizzato” presenta delle peculiarità, aventi carattere di *specialità*, sue proprie che si fondano su ragioni (principi costituzionali) assenti nel settore del lavoro privato. Per questa ragione vanno indagate le diversità di disciplina inserite nel processo di privatizzazione che ha investito parte dei lavoratori dipendenti del datore di lavoro pubblico. Al rapporto di lavoro del settore pubblico privatizzato si applicano le norme del settore privato in forza della previsione di legge contenuta all'art.2, comma 2, d.lgs. n.165 del 2001:«*I rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto*».

L'art. 36, comma 1, stesso decreto legislativo, indica la regola generale secondo la quale il reclutamento del personale nelle pubbliche amministrazioni, per far fronte ai fabbisogni ordinari, avviene con la stipula di un contratto “*di lavoro subordinato a tempo indeterminato*”. Questa è la tipologia contrattuale definita standard o tipica¹.

¹ Si può ricordare, in tema di prevalenza del contratto-standard, l'accordo quadro concluso tra le organizzazioni intercategoriale a carattere generale (CES, CEEP e UNICE) rappresenta il corpo della Direttiva 1999/70/CE, in materia di lavoro a tempo determinato e prevede a fianco del contratto di lavoro standard la possibilità di utilizzo di tipologie contrattuali diverse e sancisce i principi generali e i requisiti minimi per il lavoro a tempo determinato.

Al comma 2, del citato decreto legislativo, è prevista la possibilità di utilizzo di altre tipologie contrattuali che vengono indicate come contratti flessibili². I rapporti individuali di lavoro sono regolati dai contratti collettivi che sono stipulati secondo i criteri e le regole e i principi di cui all'art. 45, dello stesso d.lgs. 165 del 2001.

Lo studio si propone di sviluppare quattro obiettivi:

- a) analizzare le riforme del lavoro pubblico sotto il profilo dei modelli contrattuali di lavoro evidenziandone l'apporto al raggiungimento di efficienza nel rispetto dei principi costituzionali;
- b) analizzare l'esigenza di efficienza che spinge le pubbliche amministrazioni all'utilizzo delle tipologie contrattuali di lavoro flessibile come "strumento" di politica organizzativa;
- c) verificare se e quanto i principi costituzionali influiscano nella disciplina delle tipologie contrattuali di lavoro flessibile nelle pubbliche amministrazioni;
- d) verificare se gli effetti dell'utilizzo delle tipologie contrattuali di lavoro flessibile nelle pubbliche amministrazioni disciplinati dall'autonomia collettiva contribuiscano all'efficiente gestione delle risorse umane;
- e) indagare come è stato sviluppato l'utilizzo delle tipologie contrattuali di lavoro flessibile nelle pubbliche amministrazioni.

Questa premessa suggerisce l'articolazione della ricerca in quattro aree:

- 1 - Nella prima sarà analizzato l'utilizzo delle forme flessibili nei modelli contrattuali utilizzati per la disciplina del rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni attraverso un'indagine storica dell'evoluzione della disciplina del rapporto di lavoro del settore pubblico.

² Il primo atto di indirizzo inviato dal Ministero della funzione pubblica all'Aran per la disciplina mediante accordi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale ai sensi dell'art. 36 è del gennaio 1999 (pubblicato su www.funzionepubblica.gov.it/lavoro_flessibile.)

- 2 - Nella seconda area, i criteri attraverso i quali le tipologie contrattuali e la flessibilità del lavoro sono state utilizzate nelle pubbliche amministrazioni ai fini dell'efficienza.
- 3 - La terza area si soffermerà sul ruolo e sulle specificità dei singoli contratti flessibili utilizzati dalle pubbliche amministrazioni.
- 4 - La quarta valuterà la posizione della contrattazione collettiva nell'adozione delle forme contrattuali flessibili nelle pubbliche amministrazioni.

Le modifiche all'art. 36, divenute più serrate negli ultimi sei anni³ (2006-2012), hanno dato vita ad un ampio dibattito⁴ nel quale è emersa la necessità di dare un ordine sistematico alla normativa⁵. Presupposto normativo del “sistema della flessibilità” è garantire al datore di lavoro pubblico gli strumenti di gestione tipici del datore di lavoro privato.

Nella flessibilità viene dunque individuato lo strumento di gestione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni che più di ogni altro può

³ Fenomeno definito da CARUSO B., in *Precari, flessibili, stabili e stabilizzati. Il lavoro nelle P.A. dopo la finanziaria 2008* (Workshop del 29 febbraio 2008 - Università di Catania), una regolazione a “doccia scozzese”, poiché si presenta alternandosi una volta rigido, poi flessibile, successivamente precario per ritornare di nuovo rigido, passando così da un estremo all'altro. Lo stesso A., *La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella l. 133/08 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche)*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*, 79/2008, lo rappresenta come un orologio da parete indicando la regolamentazione della normativa della “flessibilità del lavoro pubblico” frenetica come “le oscillazioni del pendolo”.

⁴ Al tema sono stati dedicati numerosi convegni tra i quali ricordiamo (senza pretesa di completezza): “Lavoro pubblico. Ritorno al passato.” Roma, CNEL, 16 febbraio 2009; “Competitività, flessibilità del mercato e diritti fondamentali dei lavoratori”, Ascoli Piceno, CNSDL “Domenico Napoletano”, 20-21 marzo 2009; “La riforma degli assetti contrattuali: contenuti e portata”, Università Europea di Roma, 3 aprile 2009; ed infine, “Rappresentanza sindacale e contratto collettivo”, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università La Sapienza di Roma, 3 aprile 2009; “Il Piano industriale per la riforma della pubblica amministrazione e le sue prime realizzazioni”, Facoltà di Scienze statistiche dell'Università La Sapienza di Roma il 13 maggio 2009.

⁵ RUSCIANO M., *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, 1978, già prima della riforma del pubblico impiego, l'A., ha fornito uno dei più significativi contributi, sottolineando la tendenza del diritto del lavoro, nel processo di unificazione tra rapporto di lavoro pubblico e privato, a rimodulare e rendere idonee tutte le tipologie dei rapporti di lavoro attraverso una unitaria e coordinata sistemazione.

consentire la nuova visione efficientista delle pubbliche amministrazioni. Lo strumento contrattuale flessibile, quale elemento particolare di un sistema di cui è parte il mondo del lavoro, tende ad associarsi, più o meno adeguatamente, in base al modello contrattuale di disciplina del rapporto di lavoro in senso generale.

Su un piano generale, come abbiamo anticipato, sono molte le elaborazioni che hanno tentato di dare un significato univoco al termine flessibilità. Nella presente indagine si può utilizzare la nozione di Ronald Gore – secondo il quale la flessibilità interna riguarda la modalità attraverso cui si realizza l’efficienza produttiva grazie ad una organizzazione flessibile nella gestione delle risorse umane – a patto di limitarne l’uso a scopi meramente descrittivi, posto che la nostra indagine riguarda modelli normativi abbastanza rigorosi sviluppati in una esperienza rigida assolutamente diversa da quella a cui si riferisce lo stesso Gore.

Ancora su un piano molto generale, al termine “flessibilità” riferito ai contratti di lavoro, storicamente si è associato, da un lato, l’aspetto organizzativo dell’azienda - l’idoneità della struttura a riconvertirsi in modo elastico rispetto alle esigenze di mercato e quindi di produzione mediante l’utilizzo di un maggiore o minore numero di unità di personale addetto, grazie alla possibilità/opportunità di scegliere come e se utilizzare contratti di lavoro diversi da quello tipico a tempo indeterminato - dall’altro, l’aspetto della “regolamentazione” del rapporto di lavoro nella fase di ingresso, nella fase “gestionale” e nella fase d’uscita. Quest’ultima rileva l’importanza della professionalità strettamente connessa alle necessità personali del dipendente legate alla vita familiare e al tempo libero.

Il termine flessibilità⁶, quindi, è un termine attraverso il quale, si può indicare l’evoluzione del nostro ordinamento nazionale⁷ e comunitario in tema di tipologie

⁶ Per una migliore precisazione del significato della parola flessibilità è opportuna una ulteriore riflessione, con la quale si può indicare: a) capacità del lavoratore di intendere il significato dell’innovazione di processo e di prodotto e di adattare di conseguenza il proprio lavoro; b) possibilità dell’imprenditore di assumere in libertà le decisioni in ordine alla gestione del lavoro: assumere, licenziare, variare l’orario e le mansioni. Come si vede sono due significati diversi: il primo comporta un lavoratore con una elevata formazione di base, stabilmente inserito in un’organizzazione produttiva; il secondo comporta un lavoratore solo precariamente inserito in essa. Perché mai l’imprenditore dovrebbe

contrattuali, intese sia come modello generale di riferimento sia come tipologia del singolo contratto adottato al singolo lavoratore.

La necessità per le pubbliche amministrazioni di garantire servizi efficienti ed economie di gestione valorizzando il “*lavoro per obiettivi*”, ha stimolato parti sociali e legislatore a ricercare soluzioni contrattuali dinamiche, quindi “*flessibili*”. Soluzioni che hanno offerto nuove opportunità sia al personale esterno sia a quello in servizio. Le tipologie contrattuali di lavoro flessibile adottate hanno permesso quindi di migliorare, per il personale addetto, la cosiddetta “*gestione dei tempi e delle città*” (riferita alla flessibilità oraria ed al part-time), e di offrire lavoro a chi sta fuori dalle amministrazioni⁸.

La necessità di far rivestire alle tipologie contrattuali di lavoro flessibile nelle pubbliche amministrazioni un ruolo primario è prevista dall’art. 2, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 165 del 2001, nella parte in cui prevede, tra i criteri organizzativi, la opportunità di garantire la più “*ampia flessibilità*”, dotata di ampi margini relativamente “*alle determinazioni operative e gestionali da assumersi ai sensi dell’art. 5, co. 2*”⁹. Il combinato di questi due articoli diviene norma fondamentale atta a garantire l’attuazione del principio di organizzazione degli uffici ed indica l’intenzione di unità di indirizzo tra gli atti di diritto privato e l’organizzazione del lavoro e tra gli atti amministrativi con l’attività di organizzazione amministrativa.

investire nella formazione di un dipendente che lavorerà per lui solo un mese? Un gioco delle tre carte: si giustifica la ricerca della flessibilità nel primo senso (d’accordo con i documenti programmatici comunitari); si pratica la seconda. In questo secondo senso, flessibilità significa possibilità per l’imprenditore di scegliere quale schema contrattuale utilizzare, moltiplicando il numero di quelli utilizzabili.

⁷ Sul punto si rinvia a FICARI L., *Occupazione flessibile e persona del lavoratore*, Roma 2000, pp. 3 e sgg..

⁸ Su tale D’ORTA C., *Introduzione ad un ragionamento sulla flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *LPA*, 2000, ha individuato come novità più significativa della legge n. 59/1997 il potenziamento della flessibilità organizzativa, nell’introduzione del principio per il quale le pubbliche amministrazioni devono essere organizzate “*secondo criteri di flessibilità, per consentire sia lo svolgimento di compiti permanenti, sia il perseguimento di specifici obiettivi e missioni (art. 12 co. 1, lett. r, l. n. 59/97)*”.

⁹ Tema che sarà sviluppato nei capitoli seguenti.

Le riforme del 1993 e del 1998 (di cui si parlerà nel capitolo primo) avevano distinto il campo di operatività agli atti di “*macro-organizzazione*”, specificati all’art. 2¹⁰, consentendo, relativamente agli altri atti di “*micro-organizzazione*”, che il datore di lavoro pubblico operasse “*con i poteri del privato datore di lavoro*” (così recita l’art. 5, co.2).

La più recente riforma¹¹, individua tre aree (in precedenza le aree erano due: una attinente ai rapporti di lavoro, privatizzato ed oggetto di disciplina da parte dei contratti collettivi; l’altra organizzativa attribuita alla supremazia pubblicistica, unilaterale, della pubblica amministrazione). Anzitutto, l’area pubblicistica descritta dall’art. 2, co. 1; in secondo luogo l’area privatistica divisa, a sua volta, in due sub-aree: la prima descritta in negativo dall’art. 2, co. 1, in forza dell’art. 5, co. 2, che include “*le determinazioni per l’organizzazione degli uffici*” non rientranti nella previsione dell’art. 2, co. 1; la seconda, riguarda la gestione dei rapporti di lavoro. E’ in quest’area¹² che si colloca il ruolo della contrattazione collettiva chiamata ai sensi dell’art. 2, co. 3, a regolare “*i rapporti individuali di lavoro*”, (dapprima secondo il modello costruito tramite la legge n. 70 del 1975¹³ - oggi ancora utilizzato per il lavoro nel settore pubblico “non privatizzato”- ed

¹⁰ Si riporta utilmente il testo dell’art. 2, co. 1, del d.lgs. n. 165/2001: “*Le amministrazioni pubbliche definiscono, secondo principi generali fissati da disposizioni di legge e, sulla base dei medesimi, mediante atti organizzativi secondo i rispettivi ordinamenti, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; determinano le dotazioni organiche complessive.*”

¹¹ Con la legge delega del 15 marzo 2009 n. 15, si riforma (riassetta) il pubblico impiego. La l. n. 15/09 prevede una serie di decreti attuativi ed il primo è stato licenziato dal Consiglio dei Ministri il 15 maggio 2009, per passare all’approvazione delle Camere parlamentari ed entrato in vigore nella sua formulazione con il D.Lgs. n. 150 del 2009.

¹² All’interno dell’area privatistica le due aree individuate, ossia quella dei poteri unilaterali dell’amministrazione datrice di lavoro e quella soggetta a contrattazione collettiva, fanno ritenere che in realtà non vi sarà il prospettato ritorno ad essere soggetta al diritto pubblico dell’intera organizzazione. Per una puntuale ricostruzione storica sull’inquadramento del pubblico impiego si rimanda a BATTINI S., *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, 2000.

¹³ La Legge 20 marzo 1975, n. 70, relativa agli enti del parastato, realizzò un modello di contrattazione tramite l’applicazione degli artt. 26, 27 e 28, attraverso i quali introdusse un procedimento per una ampia area di materie, comunque, espressamente indicate: si parte da una ipotesi di accordo sindacale, proveniente dalla trattativa tra enti e i sindacati più rappresentativi sul piano nazionale,

oggi secondo uno schema pattizio – valido solamente per il settore del lavoro pubblico “privatizzato” - che vede l’Accordo al centro e non necessita più dell’approvazione governativa).

Anche la Corte Costituzionale¹⁴ ha considerato l’esigenza di *gestione flessibile del personale* quale strumento idoneo a garantire il principio *del buon andamento* sancito dall’art. 97 Costituzione.

La dottrina¹⁵ ha rilevato la necessità di considerare, nel rapporto di lavoro pubblico, il ruolo della *flessibilità* come *criterio di organizzazione* per far fronte sia ad esigenze imprevedute e non programmabili sia ad esigenze ordinarie di gestione della prestazione, per raggiungere l’obiettivo dell’efficienza. Il forte vincolo tra flessibilità dell’organizzazione e flessibilità del lavoro evidenzia il valore di questo strumento nell’ottica “*dell’ottimizzazione nella gestione della forza lavoro*”¹⁶.

Il legislatore nel formulare l’art. 36, co. 1, d.lgs. n. 165/2001, ha esteso alle pubbliche amministrazioni l’utilizzo delle forme contrattuali flessibili regolate dal codice civile e dalla normativa sul lavoro subordinato alle dipendenze del datore di lavoro privato. La ragione di tale previsione risiede nella volontà di far divenire il ricorso alle tipologie flessibili una ordinaria forma di gestione del personale pronta ad adattarsi a sopperire in modo veloce e diretto ad improvvise e non programmabili necessità.

approvata dal Consiglio dei Ministri e emanata con appositi decreto del Presidente della Repubblica. In questa fase il rapporto tra accordo e norma finale diveniva molto stretto. Ciò ha prodotto l’espansione del sindacalismo confederale il quale è stato individuato nel famigerato meccanismo di “cogestione” – tra sindacato/uffici pubblici e amministrazione – che ne ha determinato la sua stessa crisi per gli alti costi (in termini di retribuzioni e benefici ai dipendenti pubblici quali vera e propria casta privilegiata) che ne sono derivati.

¹⁴ Corte Cost. 25 luglio 1996, sentenza n. 313, in *Foro it.*, 1997, con nota di FALCONE A., *La mezza privatizzazione della dirigenza pubblica al vaglio della Corte Costituzionale*.

¹⁵ Per tutti: SANTORO PASSARELLI G., *Flessibilità e rapporti di lavoro*, in SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *Flessibilità e diritto del lavoro*, Torino, 1997.

¹⁶ SALOMONE R., *Flessibilità e parasubordinazione nel lavoro pubblico*, in *Dir.rel.ind.*, 2000.

La contrattazione collettiva è fonte di mediazione¹⁷ con il compito di disciplinare il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, così come riconosciuto per il settore del lavoro privato. Compito della disciplina del contratto collettivo – pattizia - è integrare quanto previsto dalla legge, nei limiti riconosciuti per la parte derogabile¹⁸ - ulteriormente ridotta dalla modifica dell'art. 2, co. 2, ed art. 5, del d.lgs. n. 165/01 attuata dal decreto legislativo n. 150 del 2009.

Nella ricerca compiuta per il presente studio l'analisi del dato numerico ha permesso di verificare se e quali tipologie contrattuali flessibili sono usate dalle pubbliche amministrazioni: a tal fine si è preso in esame il rapporto – il più completo tutt'oggi - presentato nel conto annuale 2007 (confermato con piccole oscillazioni da quello del 2010) dalla Ragioneria Generale dello Stato secondo il quale emerge un dato di grandi proporzioni¹⁹.

Basti considerare alcuni settori, quale ad esempio il settore della ricerca e dell'Università, nel quale circa il 50% del personale addetto (ricercatori, tecnologi, professori – a contratto -, personale amministrativo) lavora grazie all'utilizzo di una delle forme contrattuali flessibili. Dal dato complessivo risulta che più di 500.000 dipendenti delle pubbliche amministrazioni, su un totale di circa 3.650.000, lavorano con

¹⁷ FIORILLO L., *Flessibilità e lavoro pubblico*, Torino, 2003, indica come «necessario e preventivo momento di confronto che il datore di lavoro pubblico è tenuto ad effettuare con il soggetto sindacale, al fine di determinare la consistenza la variazione delle dotazioni organiche, e la fase propriamente negoziale, finalizzata alla individuazione della concreta disciplina per applicare, anche al settore pubblico, la normativa legale vigente nel settore privato (...) le forme di flessibilità in entrata vengono governate mediante lo strumento del dialogo tra le parti sociali realizzando così una regolamentazione consensuale .. condivisa nei diversi aspetti della flessibilità organizzativa, salariale ed occupazionale».

¹⁸ La recente modifica all'art. 2, co.2, ad opera del decreto di attuazione del d.lgs. 150 del 2009, nella parte che prevede la possibile deroga dei contratti collettivi rispetto alla norma di legge, inserisce la riserva di legge e la sua inderogabilità.

¹⁹ Da un'indagine della CGIA (Associazione Artigiani, Piccole Imprese) di Mestre che i lavoratori precari nelle pubbliche amministrazioni sono complessivamente 633 mila. Pubblicata a febbraio 2012 su :

www.pubblicaamministrazione.net/governance/news/3257/precari-e-pubblico-impiego-nella-pa-sono-119-mila.html

forme flessibili: con rapporto a tempo determinato, oltre 100.000; con contratto di formazione e lavoro, circa 5.000; con rapporto di lavoro in somministrazione a termine (già interinale), oltre 9.000; i lavoratori socialmente utili sono circa 35.000; il restante personale “flessibile” lavora con contratto di collaborazione coordinata e continuativa e supera le 90.000 unità²⁰.

Il rimanente personale “flessibile” è presente nel comparto scuola (oltre 200.000 supplenze di lunga durata fino al termine dell’anno scolastico, e più di 30.000 quelle brevi), che a seguito del decreto n. 137 del 2008 sono stati investiti di un taglio pari a 87.400 insegnanti e 44.500 di personale amministrativo da realizzarsi nel triennio 2009-2012. Successivamente, il legislatore è tornato sui propri passi approvando il piano straordinario di assunzione del personale scolastico relativo al triennio 2011-2013 che, corredato dell’accordo sindacale sottoscritto in sede Aran, conta di “stabilizzare” 67.000 unità di personale già titolare di un rapporto di lavoro a termine. Ancora più recente è la normativa, il decreto legge sulle liberalizzazioni²¹, che apre all’assunzione di personale nel comparto scuola in entità ancora non definite.

²⁰ Il dato relativo alle collaborazioni coordinate e continuative nelle pubbliche amministrazioni è relativo: occorre attendere che il sistema di controllo e di trasparenza, da ultimo messo a punto dalla Funzione Pubblica in base ad una’azione d’indagine iniziata dal precedente Governo, possa fornire elementi certi e consultabili anche *on line*.

²¹ Il DL sulle “liberalizzazioni” del 24 gennaio 2012, n.1, è stato convertito in legge 24 marzo 2012, n. 27 (pubblicato in *Gazzetta Ufficiale del 24 marzo 2012 – Suppl. Ordinario n. 53*) recante : “*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*”.

CAPITOLO 1

**LA FLESSIBILITÀ DEL LAVORO NELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI NELLE
RIFORME DEL LAVORO PUBBLICO**

SOMMARIO: 1. *La disciplina del lavoro pubblico. Primi passi di un'evoluzione tuttora in corso: dal "diritto comune con elementi di specialità" alla costituzione del rapporto di lavoro tramite "atto di nomina"* – 2. *Forme di flessibilità* contrattuale del settore pubblico: il negozio giuridico bilaterale di diritto pubblico – 3. Il contratto di lavoro nel pubblico impiego: dal modello contrattuale "unilaterale ed autoritativo" al modello contrattuale "pattizio e paritario" – 4. Esigenza di efficienza delle pubbliche amministrazioni e l'introduzione dei contratti di lavoro flessibile – 5. Il rinvio alla regolamentazione delle forme contrattuali flessibili adottate nel settore del lavoro privato – 6. Fasi della riforma della disciplina del rapporto di lavoro nel settore pubblico "privatizzato": cinque tappe evolutive – 7 Prime osservazioni: il quadro complessivo degli interventi legislativi.

1. *La disciplina del lavoro pubblico. Primi passi di un'evoluzione tuttora in corso: dal "diritto comune con elementi di specialità" alla costituzione del rapporto di lavoro tramite "atto di nomina"*

Lo studio dell'evoluzione storica della disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni²² permette di inquadrare in modo definito le linee attraverso le quali le norme che, nel corso delle varie fasi storiche, hanno caratterizzato le scelte giuridiche e politiche in tema di rapporto di lavoro pubblico.

²² Molteplici gli scritti che hanno trattato dell'evoluzione della disciplina del pubblico impiego. Per gli aspetti di ricostruzione puramente storica si rinvia per tutti a MELIS G., *Storia dell'amministrazione italiana* (1861-1993), Bologna 1996; per gli aspetti che hanno maggiormente approfondito il tema delle riforme dell'amministrazione pubblica si rimanda alla lettura per tutti di GROSSI G., MUSSARI R., *I servizi pubblici locali nella prospettiva economico-aziendale*, ROMA 2004; sul decentramento funzionale si veda BALDI D., *Stato e territorio – federalismo e decentramento nelle democrazie contemporanee*; molto intenso il contributo di CASSESE S., tra i numerosi scritti si segnalano *Le ambiguità della privatizzazione del pubblico impiego* in BATTINI S., CASSESE S. (a cura di.), *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Milano 1997, e *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano 2004.

La disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni²³ si è sviluppata nell'ultimo ventennio nel tentativo di rimanere fedele al rispetto del dettato costituzionale teso a realizzare il buon andamento della pubblica amministrazione, così come previsto dall'art. 97 della Costituzione²⁴, nella prospettiva di conseguire quell'obiettivo di efficienza e funzionalità che permetta di competere con le amministrazioni pubbliche europee e globali.

Utile, per la ricerca che viene qui compiuta, è iniziare dalla disamina storica partendo dal periodo antecedente alla Costituzione repubblicana, in quanto il rapporto di impiego pubblico²⁵ presso le pubbliche amministrazioni proietta le sue basi di disciplina dalla fine del 1800.

Prima delle stagioni, l'ultima ancora in essere ed iniziata nel 2008, che hanno portato alla cosiddetta "privatizzazione"²⁶ del pubblico impiego, avviata con la delega

²³ Per BATTINI S., *Rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, in CASSESE S., (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano 2006 p. 1156, prima della privatizzazione non avrebbe trovato posto in un Dizionario la voce **rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni** ma sarebbe stata intitolata **impiego pubblico**.

²⁴ Il primo comma dell'art. 97 della Costituzione recita: *"I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione"*.

²⁵ Di impiego pubblico si parla fino alla prima "privatizzazione" avvenuta nel 1993 con il D.Lgs. n. 29, di attuazione della legge delega 23 ottobre 1992, n. 421, data dalla quale *«l'impiego pubblico uscirà dall'area del diritto amministrativo»* e non si interesserà più *«del rapporto di lavoro»* (così CASSESE S., cit., in BATTINI S., CASSESE S., a cura di, *Op. Cit.*, p. 77).

²⁶ Di recente CARINCI F., *Filosofia di una riforma*, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, n. 4 (2010), pp. 451-466, è ritornato sulla riforma del pubblico impiego delineando le motivazioni per le quali è prevalso l'uso del termine "privatizzazione" rispetto al termine "contrattualizzazione" per indicare il cambiamento di modello contrattuale. Per CASSESE S., *Il sofisma della privatizzazione del pubblico impiego*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, I, pp. 287 e sgg., *«le norme non dispongono una privatizzazione, ma piuttosto la sindacalizzazione del pubblico impiego»*; l'Autore spiega il perché del sofisma in quanto *«la privatizzazione comporta una totale assenza della disciplina statale; il sindacato non è lo Stato; quindi la sindacalizzazione del pubblico impiego è la sua privatizzazione.»*. Nella dottrina giuslavorista si veda per tutti RUSCIANO M., *Problemi sulla contrattualizzazione del lavoro pubblico*, in DE MARTEN G. C. (a cura di), *Il nuovo assetto del lavoro pubblico. Bilanci della prima tornata contrattuale, nodi problematici, prospettive*, Quaderni ARAN/11, 1999, p. 217, che ritiene

legislativa conferita con legge n. 421 del 1992, ed attuata dal d.lgs. n. 29 del 1993, il sistema giuridico italiano ha regolato il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni in maniera differente rispetto al rapporto di lavoro alle dipendenze del datore di lavoro privato, sia in riferimento al *personale di ruolo* sia in riferimento al *personale non di ruolo* (il quale rappresenta una prima esperienza “contrattuale flessibile”, o meglio atipica per le definizioni in uso all’epoca, ed oggi variamente disciplinato in varie tipologie contrattuali, per la cui trattazione si rinvia al Capitolo 3).

Pertanto, per individuare il momento in cui si passa dal diritto amministrativo, che regolava il rapporto di impiego con la pubblica amministrazione, al diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni, regolato dalle norme del diritto civile, è necessario partire dalla data di inizio del processo di “pubblicizzazione” del rapporto di lavoro dei pubblici impiegati avvenuta indicativamente nell’anno 1876, anno in cui si iniziò a parlare della «*questione degli impiegati pubblici*»²⁷. Sollevata la questione degli impiegati pubblici, sia la giurisprudenza²⁸ sia la dottrina hanno ricercato una soluzione giuridica idonea ad inquadrare, in particolare, il rapporto di lavoro.

Per la dottrina si richiama il contributo di Meucci Lorenzo per il quale il rapporto di impiego del pubblico dipendente non è altro che un «*diritto civile pubblico*» o meglio si tratta di un «*diritto civile speciale in cui si applica il diritto comune con elementi di*

«*fuorviante*» il termine in quanto lascia intendere che i rapporti di lavoro da “pubblici” diventino “privati”: in realtà si applicano le norme di diritto del lavoro e quelle della contrattazione collettiva pur rimanendo rapporti pubblici.

²⁷ Molti i disegni di legge presentati nel l’ultimo trentennio del 1800 non andati a buon fine, una sintesi si rinviene in Abignente, *La riforma dell’amministrazione pubblica in Italia*, pp. 11 e sgg... In quel periodo maturò l’idea di una disciplina legislativa dello “status” dell’impiegato pubblico, in quanto di particolare impatto fu l’impegno di Depretis che propose un progetto di legge sullo «statuto degli impiegati». Dati più precisi sono presenti in MOZZARELLI C., NESTOR S., *Il personale e le strutture amministrative*, in CASSESE S., (a cura di) *L’amministrazione centrale*, Torino 1984, pp. 191 e sgg..

²⁸ Si può osservare in BATTINI S., in *Op. cit.*, pp. 77 e sgg., l’inizio della crisi dell’assetto dicotomico tra la giurisprudenza della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato. Nella ricostruzione ivi operata viene messa in luce «*l’elevazione della legge amministrativa al rango della legge civile, il che ha comportato per la legge amministrativa una capacità di derogare ad essa stessa operando come norma speciale*».

specialità»²⁹. Tale affermazione sarà di impatto notevole, in quanto rappresenta la base della nozione di *impiego pubblico* che si svilupperà in seguito.

Soltanto trenta anni più tardi con la legge giolittiana, il Testo Unico del 22 novembre 1908, n. 693, vennero codificati gli orientamenti giurisprudenziali della IV sezione del Consiglio di Stato che per la prima volta diedero una definizione sullo statuto giuridico degli impiegati civili dello Stato³⁰. Il Testo Unico regolava *gli aspetti del rapporto di lavoro* ed in particolare era volto a disciplinare il reclutamento, l'inquadramento e la carriera, le incompatibilità, in definitiva *le vicende modificative e sospensive* del rapporto di lavoro comprese le *cause estintive del rapporto di impiego*.

Successivamente, con i Regi Decreti n. 1054 e n. 1058 del 1924, detta la riforma De Stefani³¹, il rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici non veniva più regolato da un contratto di lavoro ma *veniva assoggettato ad una regolamentazione stabilita da un ordinamento*, effettuando così un'operazione di senso inverso rispetto alla precedente disciplina. La disciplina imposta dai Regi Decreti colloca il rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti in una posizione di soggezione rispetto all'autorità dello Stato. Nasce così la *“specialità” del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, delineato da norme di diritto amministrativo e per questo gestito mediante atti amministrativi.

La disciplina del pubblico impiego precedente alla privatizzazione era, pertanto, caratterizzata da un regime rigorosamente pubblicistico³², le cui caratteristiche principali erano *l'unilateralità della disciplina, l'irrilevanza della fonte contrattuale e l'esclusiva giurisdizione del giudice amministrativo*. Il rapporto d'impiego con lo Stato appare di

²⁹ MEUCCI L., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1879, p. 198.

³⁰ Si veda M. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle leggi Bassanini*, in *Lavoro nelle p.a.*, 1998, pp. 35-64.

³¹ Riforma attraverso cui la cultura liberista italiana opera la separazione dell'amministrazione dalla politica e dal controllo della spesa pubblica di gestione del personale. Terreno, questo, su cui due eminenti esponenti dell'epoca si sono confrontati, Luigi Einaudi e Vincenzo Giuffrida. Per un approfondimento sul tema si rinvia a MELIS G., *Due modelli*, Roma 1988.

³² Per una maggiore e dettagliata ricostruzione storica della *“questione del pubblico impiego”* si rimanda la lettura a G. MELIS, *Storia.....*, Cit., pp. 294 e sgg..

stampo gerarchico e autoritario ponendo le norme sul reclutamento, l'inquadramento e la carriera, uniformi per ciascun ministero.

Tutte le norme che in qualche modo incidono su aspetti quali congedi, aspettative o orari di servizio sono rivolte più verso l'ottenimento del risparmio per il bilancio statale in termini di finanze piuttosto che per la realizzazione della disciplina necessaria per l'esercizio dei diritti dell'impiegato³³.

Dello stesso tenore, tornando di nuovo alla fine del 1800, è la legge n. 822 del 19 luglio del 1862 che vieta il cumulo degli impieghi retribuiti (norma che sopravvive ancora oggi e contenuta nell'art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001³⁴). In questo periodo, fine '800, è rilevata la differenza della disciplina dell'impiego statale (Ministeriali) dall'impiego locale. Differenza che diviene ancora maggiore se entrambi gli impieghi vengono raffrontati con l'impiego privato.

Quest'ultima differenza si manifesta ancora più forte nelle procedure in materia di controversie³⁵. In quest'ambito si considera che il dipendente sia in grado di difendersi da solo in quanto non viene considerato soggetto nei confronti del quale è esercitato il potere amministrativo, ma soggetto attraverso cui si manifesta. Ciò implica una scarsa attenzione alla tutela e protezione del *dipendente quale parte contrattuale "debole"* che risulta così di fatto ancora assente, mentre è facilmente rinvenibile nel settore privato.

Per questo motivo viene avvertita l'esigenza di tutelare l'impiegato nei confronti dell'amministrazione che agisce in qualità di datore di lavoro. Tutela che trova la sua espressione ed attuazione nelle leggi "crispine" le quali introducono la possibilità per

³³ BATTINI S., *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, 2000, pp. 12 e sgg..

³⁴ Il D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, *Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 106, serie generale del 9 maggio 2001, suppl. ord..

³⁵ Per una lettura sull'analisi delle procedure di contenzioso e degli effetti subiti a seguito della legge abolitiva del 1865 si rimanda a BATTINI S., in *Op. cit.*, pp. 32 e sgg..

l'impiegato pubblico di ricorrere alla *IV Sezione del Consiglio di Stato*, alla quale vengono conferite le *competenze in materia di impiego pubblico*³⁶.

In questo periodo la dottrina³⁷ rintraccia i fondamenti della *nozione di impiego pubblico* e identifica nel conferimento della funzione pubblica al dipendente quale momento formativo del contratto di impiego, essendo facoltà dello Stato attribuire i propri poteri: *l'atto di nomina* rappresenta un *atto unilaterale*. Ciò permette di rintracciare il momento formativo del rapporto e la sua qualificazione giuridica.

«*I diritti del lavoratore sono fissati dalle norme: sia quelli di stato giuridico sia quelli di stato economico*»³⁸. In sostanza, l'impiegato pubblico era titolare di un rapporto di lavoro analogo a quello che caratterizzava l'impiego privato, ma la costituzione del rapporto non avveniva in virtù di un contratto di assunzione ma tramite un provvedimento amministrativo autoritativo. Altro aspetto va ricercato nella totale assenza di uno spazio dedicato alla contrattazione collettiva di origine sindacale, in quanto gli accordi confluivano comunque in un provvedimento unilaterale dell'amministrazione pubblica.

In questa fase è stata riscontrata una netta prevalenza *dell'aspetto organizzativo* rispetto *all'aspetto gestionale del rapporto di lavoro*.

³⁶ In realtà, per BATTINI S., in *Op. cit.*, pp. 165 e sgg., vi furono diverse fasi attraverso le quali la giurisprudenza del Consiglio di Stato e quella della Corte di Cassazione dovettero passare per arrivare alla sostituzione del giudice amministrativo al giudice ordinario per la tutela delle situazioni soggettive dei dipendenti pubblici, non solo in materia di annullamento dell'atto amministrativo ma anche per le questioni economiche e patrimoniali.

³⁷ Per RANELLETTI Oreste «*col contratto*» viene individuato «*il sorgere del rapporto*» di impiego, mentre «*il trasferimento delle funzioni pubbliche*» proprie delle amministrazioni (che si esplicano con gli atti “compiuti” dal funzionario) compiuti dallo stesso funzionario in nome dello stesso Stato sono «*atti unilaterali [...] di pura sottomissione del singolo*» (lavoratore) «*allo Stato*» (RANELLETTI O., *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni in diritto amministrativo*, in *Giur. It.*, 1894, p. 63); per FORTI Ugo il contratto di impiego non ha una qualificazione mista pubblico privato in quanto non è ravvisabile nessuna «*applicazione del diritto privato allo Stato*» ma i rapporti di impiego sono propri del «*diritto pubblico*» in quanto «*contengono elementi tolti al diritto privato*» (FORTI U., *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1900, p. 396).

³⁸ Cfr. GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, Vol. I, ed. III, Milano, 1993, p. 379.

2. *Forme di “flessibilità” contrattuale del settore pubblico: il negozio giuridico bilaterale di diritto pubblico*

È proprio alla fine dell'800 (del XIX° secolo) che emergono i due profili che permetteranno di sviluppare il modello contrattuale consistente nel *negozio giuridico bilaterale di diritto pubblico*: quello “esterno” di ufficio e quello “interno” di servizio³⁹.

Per il primo si intende il rapporto di sottomissione dell'impiegato in attuazione della funzione dello Stato di fronte ai terzi, caratterizzato da un profilo prettamente pubblico. La pubblica amministrazione è in una posizione di supremazia speciale o meglio di autorità ed il conseguente «*rapporto di lavoro o di impiego è pubblico poiché nasce da un provvedimento amministrativo*»⁴⁰.

Per il secondo si intende quel rapporto di natura economica patrimoniale che lega l'impiegato allo Stato, ed è esclusivamente di natura privata. L'impiegato presta la propria attività di lavoro al servizio dello Stato e per questa attività riceve una retribuzione. Nel rapporto di servizio i vincoli giuridici che sorgono tra impiegato e Stato assumono caratteri contrattuali privatistici. In realtà questa'ultima ricostruzione contrattuale interna lascia in fretta il posto all'altro ramo del diritto collocandosi così sotto il diritto pubblico, anche in virtù dei richiamati principi fondamentali individuati, in primo luogo, nell'interesse pubblico, il quale non poteva essere assoggettato allo schema rigido della tutela degli interessi individuali⁴¹.

La ricostruzione del modello contrattuale sopra delineata lascia il posto a quella ricostruita dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato e ampiamente supportata da

³⁹ Il giurista del periodo che si è maggiormente interessato della problematica sulla relazione tra impiegato e amministrazione è stato Pacinotti. Un'ampia trattazione dello studio compiuto da Pacinotti si rinviene in BATTINI S., *Op. cit.*, pp. 397 e sgg..

⁴⁰ Cfr. GIANNINI M. S., *Cit.*, p. 377.

⁴¹ Sulla ricostruzione si veda BATTINI S., *Cit.*, pp.398 e sgg., e GIANNINI M.S., *Ibidem*, p. 378.

Giannini M.S. che individua 5 specie di rapporto⁴² tra i quali, ed anche come si vedrà “esternamente” ad essi, è possibile individuare le prime forme di rapporto contrattuale “flessibile”.

- 1) La prima specie coincide con quella che individua nel negozio “esterno” il rapporto maggiormente usato e consistente in atti di nomina ed atti di gestione del rapporto d’impiego.
- 2) La seconda prevede un rapporto di impiego pubblico retto da norme di diritto privato adattate alla natura dell’impiego (dirigenti) e si rinviene quando l’ente non è dotato di regolamenti che definiscono le qualifiche ed i ruoli del lavoratore. Non è costituito da negozi privati ma da atti amministrativi e pertanto questo tipo di rapporto è sempre pubblico.
- 3) La terza specie è composta dal personale, definito *avventizio*, che non fa parte del ruolo burocratico e viene assunto per esigenze, o meglio bisogni, straordinari e viene licenziato quando questi cessano. È sicuramente questa la prima vera e propria “categoria” di lavoratori alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni ad aver un rapporto di servizio “flessibile”. Questo tipo di rapporto è però retto esclusivamente da norme di natura pubblica.
- 4) La quarta prevede una vera e propria soggezione del lavoratore con conseguente limitazione dei diritti fondamentali. Di questa categoria ne fanno parte gli appartenenti ai corpi militari.
- 5) La quinta, invece, è caratterizzata da rapporti contrattuali a tempo determinato e non risulta per questo omogenea rispetto alle altre. Peraltro il ricorso a tali contratti di lavoro era visto con diffidenza considerati i rischi che rappresentavano le forme atipiche.

Vi era infine un’altra forma contrattuale totalmente al di fuori delle precedenti specie sopra delineate: quella costituita *da esperti e professionisti esterni* alla pubblica

⁴² Per una trattazione completa dell’argomento di si rinvia per tutti a GIANNINI M. S., *Op. Cit.*, pp. 378 e sgg..

amministrazione. L'amministrazione, infatti, poteva utilizzare tecnici di alta specializzazione professionale (simile a quanto oggi avviene con gli incarichi di collaborazione coordinata e continuativa) per sopperire alla mancanza nei propri ruoli di tali figure. Si trattava di professori universitari o esperti chiamati a far parte di Commissioni di studio, o in qualità di membri di collegi. Tali "dipendenti" in realtà non acquistano la qualità di pubblici dipendenti (fatta eccezione per la eventuale incompatibilità, questa si invece prevista per tutti i pubblici dipendenti, nella trattazione di affari di diretta concorrenza con il proprio incarico) ed i loro incarichi hanno durata limitata al massimo ad un anno e possono essere rinnovati una sola volta per la stessa durata. Per alcuni incarichi veniva attribuito al professionista esperto il potere di avanzare proposte. Senza entrare nel merito del contenuto effettivo delle proposte, che comunque rimanevano nell'ambito delle competenze professionali del professionista esperto, questo tipo di rapporto non deve essere confuso con l'attività svolta dal *munus* (un ausiliario della pubblica amministrazione)⁴³, il quale in realtà «*può esercitare potestà pubbliche*»⁴⁴.

Il momento formativo del rapporto era costituito da un incarico (provvedimento amministrativo) di conferimento, il quale determinava delle obbligazioni tra le parti dando vita così ad un rapporto contrattuale. Si trattava «*più precisamente di un contratto ad oggetto pubblico*»⁴⁵, preceduto dall'incontro delle volontà delle parti. La retribuzione spettante veniva attribuita anche a risultato o in base alla importanza dell'incarico.

⁴³ La figura dei *munera* affidatari di un incarico attribuito da una Autorità Pubblica è ancora oggi presente, come nel caso dei professionisti tecnici ai quali l'autorità giudiziaria si rivolge nominandoli "periti tecnici" (definiti anche "ausiliari del giudice"). Sulle figure dei *munera* si rinvia a GIANNINI M. S., *Op. Cit.*, pp.175-179.

⁴⁴ GIANNINI M. S., *Ibidem*, p.410.

⁴⁵ GIANNINI M. S., *Ibidem*, p.410. si rinvia per la trattazione relativa ai contratti ad oggetto pubblico sempre allo stesso Autore, *Op. Cit.*, Vol. II, pp.426 e sgg..

3. *Il contratto di lavoro nel settore pubblico: dal modello contrattuale “unilaterale ed autoritativo” al modello contrattuale “pattizio e paritario”*

La crisi del pubblico impiego (e del modello “contrattuale” adottato nei primi del ‘900 consistente nel negozio giuridico bilaterale di diritto pubblico), che passa anche attraverso le vicende del fascismo (che impongono l’iscrizione al partito nazionale fascista quale requisito essenziale per l’accesso ai pubblici impieghi), esige l’adozione di un nuovo modello contrattuale (che condurrà al rapporto di lavoro “privatizzato” con le amministrazioni pubbliche).

Si avverte così la necessità di introdurre un modello che sostituisca il precedente modello, il quale partiva dal postulato: *«si tratta di rapporto di lavoro pubblico in quanto pubblica è la natura del datore di lavoro»*. Si ricordi inoltre che per la tipologia della disciplina tipicamente pubblicistica non ci può essere contrattazione collettiva, ne tantomeno una contrattazione individuale, poiché la pubblica amministrazione non può *«scendere a patti»*⁴⁶ con i propri dipendenti in quanto l’interesse principale che gestisce la pubblica amministrazione è un interesse pubblico e per questo indisponibile.

Per cui il rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione fa parte dell’organizzazione dello Stato in quanto strumentale alla realizzazione dei fini che sono propri dello Stato stesso. A questo punto ci si può interrogare su quale sia stato il ruolo della Costituzione e se abbia introdotto elementi di novità rispetto a quanto fin qui rilevato attraverso l’indagine. Infatti, se l’ideologia fascista aveva, per così dire, risolto il problema dell’inquadramento del rapporto di lavoro cristallizzando il modello unilaterale ed autoritativo e la legge De Stefani del 1923 rimane di fatto ancorata agli schemi ottocenteschi⁴⁷ (di rilievo il R.d.l. del 16 agosto del 1926, n. 1387 che vieta per

⁴⁶ L’espressione è di TALAMO V., *La privatizzazione del pubblico impiego e l’opera di Massimo D’Antona. Per non dimenticare*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, n. 2 (2000).

⁴⁷ Sui metodi di lavoro che hanno caratterizzato il periodo in esame si rimanda a SPAVENTA R., *Burocrazia, ordinamenti amministrativi e fascismo*, 1928, p. 104 e ss..

un triennio nuove assunzioni di personale sia di ruolo sia non di ruolo⁴⁸), l'avvento della Costituzione repubblicana del 1948 introduce *il problema del pubblico impiego*.

Fino all'entrata in vigore nel 1948 della Costituzione la disciplina del rapporto di lavoro tra impiegato e lo Stato e impiegato con gli enti pubblici non economici non conosceva un corpo normativo unico⁴⁹, anche se l'art. 2129 del codice civile prescriveva, o meglio prescrive in quanto tuttora vigente nella stessa formula, che il contenuto del Libro V del codice civile nella Sezione dedicata al lavoro nell'impresa, si applica ai lavoratori subordinanti dipendenti da enti pubblici, *fatta salva diversa regolamentazione della legge*. Regolamentazione che in effetti esisteva e che per tale motivo esisteva un regime speciale dedicato al pubblico impiego.

I rapporti di lavoro che in realtà non erano caratterizzati da una natura contrattuale ma erano atti costituiti da norme di legge, regolamenti e provvedimenti amministrativi. Risultava del tutto assente sia l'autonomia contrattuale collettiva sia l'autonomia contrattuale individuale.

I nuovi schemi abbandonano *l'ordinamento gerarchico* introdotto nel 1923 e poggiano sul sistema improntato al principio del *grado funzionale* ed offrono una spinta innovativa che ha lo scopo di ridurre la complessità organizzativa. Si inizia a profilare una nuova cultura ispirata alla imparzialità e riferita sia ai rapporti dell'amministrazione con i cittadini che richiedono servizi sia all'accesso ai pubblici impieghi, accesso ora disciplinato con l'introduzione nell'art. 97, 3° comma, della Costituzione, che avviene attraverso l'espletamento del concorso pubblico.

In questa fase storica, di inizio Repubblica, il rapporto di lavoro rimane strettamente legato alla precedente visione che inquadrava il pubblico dipendente nel

⁴⁸ Cfr. per i dati in generale MELIS G., *La burocrazia*, in *Il regime fascista. Storia e storiografia*, a cura di DEL BOCA A., LEGNANI M., ROSSI M., Roma-Bari 1995, pp. 244 e segg..

⁴⁹ Si rinvia a G. MELIS, *Op. cit.*, pag. 392 e ss.; diffusamente anche in BATTINI S., *Op. Cit.*, p. 16 e ss.; sullo stesso punto si veda anche VALLEBONA A., *La riforma del lavoro pubblico: il difficile risveglio da un incubo*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, n.3, 2010 p. 132.

diritto pubblico-amministrativo⁵⁰ sia per la già accennata esigenza di rispetto del principio di imparzialità della pubblica amministrazione inserito nell'art. 97, 1° comma, della Costituzione, sia per il fatto che l'art. 51 della stessa Costituzione subordina *l'accesso all'impiego pubblico al rapporto di cittadinanza* (cittadino-impiegato/Stato-datore di lavoro). Inoltre, ai sensi dell'art. 98 della Costituzione, il dipendente lavora nella pubblica amministrazione al “*servizio esclusivo dello Stato*”.

È appunto in questo periodo che vengono fissati e scolpiti nella Costituzione repubblica del 1948 i principi fondamentali su cui si basa il rapporto *speciale* di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Principi a cui la presente indagine è rivolta nella ricerca e dimostrazione della loro immutabilità al variare del modello contrattuale di riferimento.

Nella Costituzione risulta molto ben articolato il complesso delle tutele riconosciute nel diritto comune al lavoratore ed al lavoro in sé considerato. Molto meno lo spazio che la stessa Costituzione dedica al pubblico impiego, il quale rimane nei suoi caratteri essenziali ancorato (come affermato da D'Antona) «*alla miscela di autoritarismo e garantismo di tipo paternalista che la giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*⁵¹ aveva» delineato nel tempo con la sua giurisprudenza ed «*elevato a dignità di sistema*»⁵². Si individua così la motivazione giuridica a fondamento delle concezioni tradizionali sopra delineate e le motivazioni per le quali si registra ancora una posizione di supremazia o specialità di cui la pubblica amministrazione gode rispetto al lavoratore subordinato che presta la propria attività lavorativa alle dipendenze della stessa pubblica amministrazione.

⁵⁰ La sintesi più esaustiva dell'evoluzione del rapporto di impiego pubblico relativa al periodo ora in esame si deve a RUSCIANO M., *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna 1978, pp. 151 e sgg..

⁵¹ Con i Regi Decreti n. 1054 e n. 1058 del 1924 hanno attribuito le controversie in materia di lavoro pubblico alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. E' da questo momento che il pubblico impiego assume il carattere di un ordinamento speciale.

⁵² Si veda D'ANTONA M., *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle leggi Bassanini*, in *LpA*, 1998, pp. 35 e sgg..

In molte occasioni il legislatore ha tentato l'osmosi della disciplina del diritto civile relativa al rapporto di lavoro alle dipendenze del datore privato nella disciplina del rapporto di lavoro pubblico.

Il primo tentativo verso una parificazione tra lavoro privato e pubblico è stato compiuto con il D.P.R. n. 3 del 1957⁵³, Il testo unico degli impiegati civili dello Stato, attraverso il quale si è attenuata la struttura gerarchica grazie all'introduzione delle carriere (suddivise in direttiva di concetto, esecutiva e ausiliaria) e delle qualifiche⁵⁴, introduzione che ha eliminato di fatto il grado funzionale.

La prevista progressione economica da attribuire al dipendente in base al merito⁵⁵ viene invece legata alla anzianità senza demerito. Purtroppo con i ben 48 provvedimenti che portarono alla stesura definitiva del Testo Unico del 1957, in realtà, il legislatore non riuscì a cogliere lo spirito di modernizzazione di cui la pubblica amministrazione aveva invece bisogno. Anzi, viene rafforzato «*il carattere autoreferenziale del lavoro pubblico*»⁵⁶ rispetto all'impiego presso il datore di lavoro privato. Rimanevano ancora vigenti i caratteri rigidi legati alla gerarchia, ora molto attenuata, al verticismo ed al sistema dei ruoli.

⁵³ Il Decreto Presidente Repubblica del 10 gennaio 1957, n. 3, *Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato. Statuto degli impiegati civili dello Stato*, è stato pubblicato in *Suppl. Ord. alla Gazzetta Ufficiale* 25 gennaio 1957, n. 22.

⁵⁴ L'ultima modifica intervenuta in tale senso è rappresentata dall'abolizione dell'art. 16 del DPR 3/57 ad opera del novellato art. 71 del D.Lgs. 165/01 (allegato A della legge 6 agosto 2008, n. 133, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 195 del 21 agosto 2008, *Suppl. Ordinario* n. 196), relativo all'obbligo per il personale di Uffici periferici di inoltrare tramite gli stessi le comunicazioni e le istanze dirette agli Uffici Superiori.

⁵⁵ Il merito e la premialità rappresentano i cardini anche dell'ultima riforma, a cui è stato sottoposto il pubblico impiego, attuata con il D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, *Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni*, pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 254, serie generale, del 31 ottobre 2009, *suppl. ord.*.

⁵⁶ Cfr. D'ANTONA M., *Op. Cit.*, p. 37.

Poco sviluppata risultava la valorizzazione del capitale umano ed a seguito di questo molti furono i tentativi di soppressione di Enti in dissesto. Di tentativi si parla appunto e non di veri e propri provvedimenti. L'esempio più eclatante di rinviene nel "caso" dell'Eni, il quale conobbe un incremento delle risorse umane pari al 250%⁵⁷.

La conservazione del quadro che racchiude il rapporto di pubblico impiego in un ambito strettamente connesso al diritto amministrativo viene appena scalfito dalla legge n. 312 del 1968 che riconosce alle organizzazioni sindacali⁵⁸ il ruolo, che diverrà fondamentale, nella definizione e nella gestione dei rapporti di lavoro⁵⁹. Si può affermare che la pressione sindacale esercitata in quel periodo nel settore pubblico è una delle ragioni per le quali si ritiene opportuna una osmosi tra diritto del lavoro e pubblico impiego⁶⁰.

Si rileva però che nemmeno la legge n. 300 del 1970⁶¹, definita Statuto dei diritti dei lavoratori, fortemente intrisa di valori e principi costituzionali mette in discussione il

⁵⁷ L'Eni passò da un numero di dipendenti pari a 20.702 presenti nel 1958 a 51.200 presenti in servizio nel 1963. I dati sono stati pubblicati in Isap, *La burocrazia centrale in Italia. Analisi sociologica*, Milano 1965, p. 29.

⁵⁸ La contrattazione collettiva nel pubblico impiego fa il suo esordio a partire dal 1962, anche se con un ruolo diverso da quello conosciuto nel settore pubblico, e non dal D.Lgs. n. 29 del 1993 con cui si identifica l'inizio della c.d. "privatizzazione".

⁵⁹ «Dopo la caduta» del regime fascista e «dell'ordinamento corporativo [...] si ritenne che l'autorità giudiziaria ordinaria» avesse competenza «sul rapporto di impiego alle dipendenze da enti pubblici economici così come previsto dall'allora vigente art. 429, co. 3, del c.p.c. » (così PILEGGI A., *Efficienza della pubblica amministrazione e Diritto del lavoro*, Roma 2004, p. 16).

⁶⁰ La contrattazione nel pubblico impiego riceve il primo esplicito riconoscimento formale grazie all'art. 40, ultimo comma, della Legge n. 132 del 1968 e dall'art. 33 del D.P.R. n. 130 del 1969; successivamente si riconosce stessa "dignità" agli enti del parastato con la Legge n. 70 del 1975; mentre per gli enti locali il passaggio dalla contrattazione informale a quella formale avviene con la Legge n. 43 del 1978, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale. Attraverso la tecnica prevista dalle norme citate iniziò il percorso di contrattualizzazione del rapporto di impiego pubblico.

⁶¹ La legge 20 maggio 1970, n. 300, *Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento*, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* 27 maggio 1970, n. 131.

carattere speciale del rapporto di impiego pubblico⁶². Infatti le norme dello Statuto dei lavoratori sono state pensate per un modello contrattuale di lavoro tipico dell'impresa *taylor-fordista*⁶³, per questo sin dall'inizio hanno trovato difficoltà ad essere applicate alla pubblica amministrazione⁶⁴. In questo periodo sono i manuali di diritto sindacale a dedicare alcune pagine al diritto del lavoro dell'impiego pubblico⁶⁵ e non i manuali di diritto del lavoro.

Da un lato l'art. 37 della legge n. 300/1970 apre disponendo l'applicazione dello Statuto dei lavoratori «ai rapporti di lavoro di impiego dei dipendenti pubblici che svolgono esclusivamente prevalentemente attività economica» ed ai rapporti di lavoro degli altri dipendenti pubblici⁶⁶, salva diversa prescrizione di norme speciali⁶⁷.

⁶² Si rinvia a RUSCIANO M., *A proposito dell'applicabilità dello statuto dei lavoratori al pubblico impiego*, in *DG*, 1972, n. 5, pp. 641 e sgg..

⁶³ Si veda in CERBONE M., *L'applicazione dello Statuto dei lavoratori ai dipendenti pubblici*, in *Diritti Lavoro Mercati*, Napoli, n. 3, 2010, pp. 919 e sgg..

⁶⁴ Le lacune e le difficoltà sono state ampiamente segnalate da unanime dottrina, si segnalano in tal senso ROMAGNOLI U., *Attuazione e attualità*, in *RTDPC*, n. 2, 1990, pp. 406 e sgg., e più recentemente CARINCI M.T., *L'estensione del Titolo I dello Statuto dei lavoratori alle pp.aa.*, in CARINCI F., ZOPPOLI L. (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commentario*, Milano 2004, pp. 196 e sgg..

⁶⁵ Si ricorda per tutti GIUGNI G., *Diritto sindacale*, III° ed., Bari 1979, p. 104, pagina nella quale dedicava attenzione all'applicabilità dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori agli enti pubblici, attenzione che aumentava nella IX.na edizione anche per la novella apportata all'art. 28 dall'art. 6 della legge n. 146 del 1990 con la quale veniva superata ogni differenza di trattamento tra i dipendenti statali e gli altri dipendenti pubblici. Diviene da quel momento esperibile l'azione ex art. 28 innanzi al giudice ordinario quando il comportamento antisindacale dello Stato leda solo l'interesse sindacale. Tale edizione si segnala altresì anche per il tentativo di individuare una strada che permettesse di applicare nei confronti dello Stato il combinato disposto degli art. 28 e 37 dello Statuto, fino a quel momento applicabile ai soli enti pubblici non economici.

⁶⁶ È proprio da questo momento che i giuslavoristi iniziano ad occuparsi dei rapporti di lavoro nel pubblico impiego cogliendo sempre più la possibilità di teorizzare una «prospettiva giuslavoristica del pubblico impiego» (così RUSCIANO M., *Pubblico impiego e diritto del lavoro*, Napoli 1974, p. 16).

⁶⁷ Si rinvia a SANTORO PASSARELLI F., *Statuto dei lavoratori e pubblico impiego*, in *DL*, 1976, n. 3-4, pp. 157 e sgg..

Dall'altro la Corte Costituzionale con la sentenza n. 118 del 1976⁶⁸ escludeva la lesione del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) in quanto considerava le norme dello Statuto non di diretta applicazione⁶⁹.

Tale posizione interpretativa viene poi superata direttamente dal legislatore nella legge quadro n. 93 del 1983⁷⁰, per effetto della quale viene sancita l'applicabilità di una serie di norme contenute del Titolo I dello Statuto dei lavoratori⁷¹, pertanto «*l'estensione della legge n. 300/1970 alle amministrazioni pubbliche passa sempre meno attraverso l'art. 37*»⁷².

4. *Esigenza di efficienza delle pubbliche amministrazioni e l'introduzione dei contratti di lavoro flessibile*

I primi anni '70 fanno avvertire sempre di più la necessità di introdurre nel settore pubblico fattori di dinamicità ed adeguatezza sconosciuti fino a quel momento e che invece si stanno palesando vincenti ove presenti nel settore privato ormai lanciato verso un mercato concorrenziale sempre più sviluppato. Il nuovo scenario economico rende il modello contrattuale autoritario ed unilaterale applicato al lavoro pubblico non più adeguato alle nuove esigenze del mercato ma soprattutto alle sempre presenti esigenze di contenimento della spesa pubblica.

La crisi del modello di disciplina del rapporto di impiego pubblico si incrementa soprattutto se rapportata alla mancanza di efficienza e produttività del settore pubblico, o

⁶⁸ Il cui testo integrale è consultabile sul sito www.giurcost.org.

⁶⁹ Anche la giurisprudenza della Cassazione si era espressa nello stesso senso, si veda Cass. S.U. 18 dicembre 1975 n. 4164, in *FI*, 1976 I, c., pp.52 e sgg..

⁷⁰ La legge 29 marzo 1983, n. 93, *Legge quadro sul pubblico impiego*, è stata pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale* 6 aprile 1983, n. 93.

⁷¹ L'art. 23 della legge n. 93 del 1983 dispone l'applicazione al pubblico impiego degli artt. 1, 3, 8, 9, 10, 11 dello Statuto dei lavoratori.

⁷² RUSCIANO M., *Lo Statuto dei lavoratori e il pubblico impiego*, in *LD*, 2010, n. 1, p. 104.

più in generale della pubblica amministrazione. Inoltre le criticità sono rappresentate da una parte dal contrasto tra il principio di contrattualizzazione e la necessità del recepimento dei contratti e degli accordi conseguenti in un atto pubblico e dall'altra dalla violazione che nasceva dal riparto tra le competenze della legge e il contratto collettivo sviluppatosi tramite interventi legislativi che interessavano singoli enti pubblici. Per questi motivi si imponeva un cambio di direzione⁷³. Del resto anche l'evoluzione delle norme del lavoro privato iniziavano ad esercitare una notevole *vis attractiva* che non va di certo sottovalutata.

Il primo provvedimento finalizzato all'efficienza del pubblico impiego si rinviene nel D.P.R. n. 748 del 1972⁷⁴, con il quale si istituisce la carriera dirigenziale, che diverrà una delle pietre angolari delle riforme del pubblico impiego basate sull'obiettivo: *efficienza*. Il fine principale del D.P.R. n. 748/72 era rappresentato dalla volontà di introdurre nelle amministrazioni pubbliche la stessa dinamicità e soprattutto l'efficienza gestionale, anche relativamente al personale, conosciuta nell'impiego privato e di cui si sentiva una crescente esigenza di presenza anche nel settore pubblico⁷⁵.

Il passo successivo viene compiuto sull'onda del riconoscimento, dapprima solo tacito e poi disciplinato dalla legge n. 312 del 1980⁷⁶, del dovere di produttività del pubblico dipendente in relazione alla qualità della prestazione.

Viene iniziato così il processo di privatizzazione che si è sviluppato attraverso le seguenti linee guida principali:

⁷³ Si veda BATTINI S., *Op. Cit.*, p. 16 e ss.; sul ruolo del sindacalismo nel pubblico impiego nel corso degli anni ottanta del XX° secolo si veda per tutti ZOPPOLI L., *Contrattazione e delegificazione nel pubblico impiego. Dalla legge quadro alle politiche di privatizzazione*, Napoli 1990.

⁷⁴ Il Decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1972, n. 748, *Disciplina delle funzioni dirigenziali nella Amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo*, è stato pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale dell'11 dicembre 1972*, n. 320.

⁷⁵ Sulla istituzione della “nuova” carriera dirigenziale si rinvia a TERRANOVA P., *I dirigenti dell'Amministrazione dello Stato secondo la nuova disciplina del D.P.R. 748/1972*, in *Foro amm.*, n. 2 (1973), pp. 231 e sgg.; ALESSI R., *Riflessi sulla portata innovativa degli artt. 3 e seguenti del D.P.R. 30 giugno 1972, n. 748 sulla disciplina delle funzioni dirigenziali*, in *Giur. it.*, n. IV (1974), pp. 193 e sgg..

⁷⁶ La legge 11 luglio 1980, n. 312, *Nuovo assetto retributivo-funzionale del personale civile e militare dello Stato*, è stato pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale del 12 luglio 1980*, n. 190, *Suppl. ord.*.

- la responsabilizzazione delle organizzazioni sindacali (anche in tema di sciopero);
- il riconoscimento del ruolo della contrattazione collettiva nel potere di regolamentare le materie che non sono riserva di legge o gli atti unilaterali di organizzazione della P.A.;
- il dovere di produttività, enunciato espressamente con la legge quadro n. 93/83.

Per D'Antona⁷⁷ i tempi erano propizi per realizzare l'osmosi tra le norme dedicate all'impiego pubblico e la disciplina del diritto del lavoro privato, ma i contrasti tra chi voleva conseguirla con la cosiddetta via francese (che prevedeva parificazione dei contenuti normativi lasciando vigente il diverso regime giuridico) - che di fatto non venne mai presa in seria considerazione - e tra chi preferiva la via tedesca - indicata dal Rapporto Giannini⁷⁸ (che prevedeva una privatizzazione del rapporto di lavoro e conseguente eliminazione delle funzioni di autorità o di effettiva rappresentanza della pubblica amministrazione⁷⁹) - diedero vita alla riforma ibrida: contrattazione collettiva/diritto amministrativo (che ne è seguita con la legge quadro n. 93 del 1983⁸⁰).

La legge quadro n. 93 del 1983 stabilisce alcune rilevanti novità coerenti con lo sviluppo che stava conoscendo l'evoluzione dei rapporti di lavoro di diritto comune. La

⁷⁷ Cfr. D'ANTONA M., *Op. Cit.*, p. 36.

⁷⁸ Il rapporto Giannini :*"Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato"*, venne trasmesso alle Camere dall'allora Ministro della Funzione Pubblica M. S. Giannini il 16 settembre 1979 ed è reperibile sul sito della Camera www.camera.it. Di recente pubblicazione il commento sul Rapporto Giannini da parte di HINNA L., *La misurazione dei risultati nell'ambito dei processi di programmazione, valutazione e controllo delle Amministrazioni Pubbliche*, in AA.VV., *Ricerca Giannini – II fase*, Formez 2007.

⁷⁹ Cfr. D'ANTONA M., *Op. Cit.*, p. 36

⁸⁰ Molto ampia è la bibliografia sulla "legge quadro" del 1983, per tutti si rinvia a RUSCIANO M., TREU T., *La legge-quadro sul pubblico impiego*, Padova 1985.

legge quadro⁸¹, riferendosi al personale, introduce il termine *flessibilità* finalizzandolo all'aumento dell'efficienza e della produttività della P.A. attraverso la razionalizzazione del costo del lavoro pubblico. Infatti il suo principale obiettivo era quello di realizzare l'uguaglianza, attraverso una regolazione definita centrale, dello stato giuridico ed economico per tutti i dipendenti del settore pubblico (vennero escluse alcune categorie, tra queste i militari, il personale di polizia, il personale diplomatico, i magistrati, i docenti universitari e i dirigenti dello Stato - del resto le stesse categorie rimarranno escluse anche nelle successive riforme dell'impiego pubblico). La legge quadro, inoltre, prevedeva che la pubblica amministrazione conservasse prerogative in tema di organizzazione riconoscendole la funzione alla contrattazione collettiva necessaria per la determinazione delle regole non riservate alla legge. In realtà non incise sulla regolamentazione del rapporto di lavoro.

La sindacalizzazione e la contrattazione collettiva di settore conosciute fino a quel momento nel pubblico impiego avevano prodotto inefficienza e sperequazione, soprattutto nell'aspetto legato al trattamento economico tra i vari settori ed amministrazioni dello Stato. Per questo viene introdotto un nuovo elemento di specialità: *affidare la disciplina del rapporto di lavoro agli accordi collettivi nazionali*.

Il contenuto dell'accordo veniva negoziato dai sindacati maggiormente rappresentativi e da una delegazione del governo, lo stesso contenuto dell'accordo raggiunto veniva poi «*trasfuso in regolamenti del Governo e successivamente emanati con decreti del Presidente della Repubblica*»⁸². Il contratto collettivo è considerato quale fase negoziale di un procedimento amministrativo che termina con un atto unilaterale. L'uso distorsivo, nel pubblico impiego, dell'attività libera della contrattazione collettiva così come era conosciuta nell'impiego privato introduce per D'Antona una visione «*consociativa [...] tra sindacati e Governo*» che ha l'effetto di far aumentare la

⁸¹ Per un'introduzione sul tema della valutazione della prima riforma del pubblico impiego, si veda per tutti NATALINI A., *Controlli interni: la terza riforma*, in *Lavoro pubblico, ritorno al passato?*, Atti del Convegno del 16 febbraio 2009, CNEL, Roma.

⁸² Cfr. D'ANTONA M., *Op. cit.*, p. 38.

spesa pubblica, «*trasformando la contrattazione collettiva in un negoziato politico istituzionalizzato*»⁸³.

Il combinato disposto delle norme sulla dirigenza pubblica (D.P.R. n. 748/72) con la “legge quadro” (legge n. 93 del 1983) avrebbe dovuto realizzare un modello contrattuale più aderente alle necessità delineate in sede di previsione attraverso l’abbandono del modello che vedeva da una parte la nascita di un rapporto tra politica e dirigenza caratterizzato da una minore intrusione della prima sulla seconda, e dall’altra un avvicinamento della disciplina del rapporto di lavoro privato con quello pubblico. Purtroppo le disposizioni non riescono a raggiungere il risultato sperato. Anzi, invece di introdurre quanto di buono era stato conosciuto nell’esperienza del settore privato vengono esaltati i difetti strutturali del pubblico impiego.

Il fallimento fu dovuto in particolar modo alla mancata riorganizzazione dei Ministeri che doveva seguire di pari passo quella intrapresa con la dirigenza (numerosa e cospicua la “c.d. fuga dalla legge-quadro”⁸⁴) ed anche per l’esigue risorse finanziarie disponibili che davano luogo a puntuali sforamenti di spesa, ed infine, la limitata autonomia gestionale della dirigenza ancora sottoposta al potere politico⁸⁵. Inoltre, la contrattazione collettiva spesso tendeva a disciplinare materie invece esclusivamente riservate alla disciplina unilaterale e tra l’altro succedeva anche viceversa⁸⁶, per cui la formula ibrida mostrava tutti i suoi limiti.

Limiti che venivano accentuati dalla crisi finanziaria in atto agli inizi degli anni ’90 del sec. XX°. La necessità di riportare la spesa pubblica a livelli accettabili passerà obbligatoriamente attraverso una completa rivisitazione dell’approccio contrattuale

⁸³ Cfr. D’ANTONA M., *Ibidem*, p. 38.

⁸⁴ Per la trattazione dell’argomento si rinvia a D’ORTA C., *La fuga dalla legge quadro sul pubblico impiego: deroghe per enti o categorie di personale?*, in CASSESE S., DELL’ARINGA C., SALVEMINI M., *Pubblico impiego. Le ragioni di una riforma*, Roma 1991.

⁸⁵ Nel “Rapporto Giannini” (vedi nota n. 47) l’autore laconicamente commenta sulla dirigenza: «*le leggi vigenti sono, più che incerte, contraddittorie*» e proponeva una riduzione delle stesse e l’attribuzione di maggiori poteri decisionali per l’organizzazione degli uffici.

⁸⁶ Cfr. BATTINI S., *Op. Cit.*, pp. 325-326.

portando così l'impiego pubblico ad abbandonare il modello contrattuale fino a quel momento utilizzato.

Possiamo così evidenziare che una delle due tappe principali (ossia quella che prevedeva l'introduzione del metodo consensuale), che porteranno dal modello unilaterale autoritativo, costituito dal provvedimenti amministrativi, ad un modello relazionale pattizio e paritario, costituito dalla stipula di contratti collettivi e individuali che vedono la pubblica amministrazione quale parte contrattuale, era stata raggiunta.

Per raggiungere la seconda tappa, quella relativa alla "privatizzazione" del rapporto di lavoro, era necessaria una svolta, che avviene con la legge delega n. 421 del 1992, che nel tentativo di riportare la spesa pubblica sotto controllo blocca le retribuzioni dei dipendenti pubblici e introduce delle novità tali da superare il precedente assetto contrattuale che vedeva il pubblico impiego quale ordinamento speciale⁸⁷. I cardini su cui poggia la prima "privatizzazione" sono⁸⁸:

- graduale applicazione al rapporto di pubblico impiego del codice civile e delle leggi dedicate al lavoro nell'impresa;
- la creazione dell'Agenzia per la rappresentanza delle pubbliche amministrazioni (ARAN), la quale avrà il compito di rappresentare la pubblica amministrazione nella contrattazione collettiva;
- la devoluzione al giudice ordinario delle controversie del personale;
- la separazione tra indirizzo politico e gestione amministrativa (affidata ai dirigenti i quali se ne assumono la responsabilità).

⁸⁷ Cfr. D'ANTONA M., *Op. Cit.*, p. 38.

⁸⁸ Si rinvia a SACCONI M., (sottosegretario di Stato per le funzioni pubbliche) *Anno 1991. Introduzione alla relazione sullo stato della pubblica amministrazione, in Pubblico impiego. Verso il diritto comune del lavoro*, Milano 1993, pp.49 e sgg., per una ampia trattazione sulle linee guida della riforma.

Il d.lgs. n. 29 del 1993 di attuazione della legge delega n. 421 del 1992⁸⁹, cambia la posizione contrattuale in tema di rapporto di lavoro della pubblica amministrazione la quale assume il ruolo di parte contrattuale paritario rispetto al ruolo ricoperto dall'altra parte che è costituita dal lavoratore. I rapporti di lavoro, ora disciplinati contrattualmente, fanno venire meno la supremazia speciale della pubblica amministrazione nel rapporto di lavoro subordinato⁹⁰.

Per Alleva la risposta alla necessità di efficienza dell'azione dell'amministrazione pubblica obbliga alla scelta dell'unica opzione possibile che è: *«unificare ed omogeneizzare il mondo del lavoro, all'insegna di regole comuni – che sono quelle del diritto privato – sia per quanto riguarda il contratto individuale di lavoro che per quanto riguarda la disciplina collettiva del rapporto»*⁹¹. Sempre per lo stesso Autore il diritto privato dispone del contratto con parità formale tra le parti inesistente nel diritto pubblico.

Ovviamente la previsione del passaggio del pubblico impiego alla disciplina prevista per l'impiego privato è graduale. Viene affidato alla contrattazione collettiva il compito di delegificare l'ordinamento speciale in quel momento applicato all'impiego pubblico. Critiche le posizioni della dottrina⁹² che dapprima parla di

⁸⁹ Molto critica fu la valutazione pervenuta dall'Adunanza Generale del Consiglio di Stato per il quale rimaneva *«la diversità tra impiego pubblico e lavoro privato in virtù delle funzioni esercitate dal dipendente pubblico investito di pubbliche funzioni. Per tale ragione, almeno il dirigente doveva rimanere sotto la regolamentazione pubblicistica»* (Cons. St., Ad. Gen., del 31 agosto 1992, n. 146, in Cons. St., 1992 vol I, p. 1505, e su *Foro it.*, 1993, III p. 4, in *Riv.it. dir. lav.*, 1993 n. 3, p. 20 con nota di ALBANESE).

⁹⁰ Cfr. DI CERBO, *La cosiddetta “privatizzazione del pubblico impiego”*, in *Lav. prev. oggi*, 1993, pp.209 e sgg.; si veda anche TENORE V., *Privatizzazione del rapporto di lavoro, con la pubblica amministrazione: storia, fonti normative e natura degli atti di gestione del personale*, in BUSCO, FANTOZZI, GENTILE, TENORE, *Manuale del pubblico impiego privatizzato*, Roma 2007, pp. 1 e sgg..

⁹¹ Cfr. ALLEVA, *Bozza di articolato CGIL-CISL-UIL per la riconduzione al diritto privato del rapporto di pubblico impiego*, in *Riv.giur.lav.*, n.1 (1991), p. 355.

⁹² Per tutti si rinvia a CARINCI M., *Il fascino indiscreto del diritto privato: la così detta privatizzazione del pubblico impiego*, in *Pubblico impiego. Verso il diritto comune del lavoro*, p. 32.

contrattualizzazione, poi corregge il nome «*della cosa*»⁹³ da privatizzazione a sindacalizzazione⁹⁴.

Sull'uso del termine da adottare rispetto al fenomeno che ha investito il cambio di modello contrattuale dell'impiego pubblico molto è stato detto nel corso degli anni e non è qui il luogo per riaprire o continuare tale dibattito. Per molti si trattava di "contrattualizzazione" per tanti altri si trattava di "privatizzazione".

Prescindendo dal significato ideologico del termine da scegliere, la spinta alla "de-pubblicizzazione" dell'impiego pubblico era giunta con il preciso intento di liberare l'impiego pubblico dalla «*camicia di forza*»⁹⁵ composta dall'organizzazione dell'amministrazione altamente burocratica che riduceva per questo l'efficacia della sua azione e dalla «*realtà occupazionale*» che mostrava la mancanza di motivazione e di direzione del personale, oltre che una sindacalizzazione corporativa e risultava fortemente sottomessa alla politica.

Dal punto di vista dell'ordinamento statale la privatizzazione è lo strumento per realizzare una macchina amministrativa meglio funzionante. Ci si interroga poi se il «*trasloco*» [...] «*dall'alveo del diritto amministrativo[...] all'alveo del diritto civile*»⁹⁶ non finisca per asservire «*a finalità estranee alla tutela del lavoro*»⁹⁷ in quanto, in seguito, molti sono stati i segnali provenienti da interventi legislativi che hanno tentato una ri-pubblicizzazione della materia.

⁹³ Il termine è usato da RESCIGNO, *La nuova disciplina del pubblico impiego. Rapporto di diritto privato speciale o rapporto di pubblico impiego speciale?*, in *Lav.dir.*, 1993, p. 553

⁹⁴ Si veda CASSESSE S., *Il sofisma della privatizzazione*, *Cit.*, p. 305. Per l'Autore vi è il rischio che i sindacati la faranno da padroni, in quanto mai una legge aveva previsto tanti poteri attribuiti al sindacato che invece li avrebbe dovuti conquistare tramite forme privatistiche, ossia con la contrattazione collettiva.

⁹⁵ Cfr. CARINCI F., *Filosofia e tecnica di una riforma*, in *Riv.giur.lav.*, n. 4 (2010), p. 452.

⁹⁶ L'espressione è di D'ANTONA M., *La contrattualizzazione del rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione*, in MARTINENGO, PERULLI (a cura di), *Struttura retributiva nel lavoro privato e riforma del pubblico impiego*, Padova 1998, p. 11.

⁹⁷ PILEGGI A., *Op. Cit.*, p. 32

Di centrale importanza, per la ricerca che qui viene sviluppata, è la previsione contenuta nell'art. 2 della legge delega n. 421/92 per la quale i rapporti dei dipendenti pubblici vanno *“regolati mediante contratti individuali e collettivi”*. Ciò risulta strumentale al *“contenimento della spesa e al miglioramento dell'efficienza, della produttività”* e contribuisce *“alla sua riorganizzazione”* (così nell'art.2).

Rimane immutata *«la riserva di legge ex art. 97 della Costituzione come garanzia dell'autonomia organizzativa della pubblica amministrazione»*⁹⁸. Anche la Corte Costituzionale ha rilevato il *“carattere strumentale”* della privatizzazione *“rispetto al perseguimento della finalità del buon andamento della pubblica amministrazione”*. Per la Corte *“il valore dell'efficienza è contenuto nel precetto costituzionale”* e *“grazie agli strumenti”* a disposizione della gestione è *“possibile assicurare”* che *“il contenuto della prestazione”* sia volto alla *“produttività o”* meglio garantisca una sua *“ben più flessibile utilizzazione”*⁹⁹. Appare ora chiaro che l'obiettivo della riforma del 1992/93 non è prioritariamente la privatizzazione del pubblico impiego ma è la necessità di rendere più efficiente la pubblica amministrazione¹⁰⁰.

Se ci si fermasse soltanto a tale riflessione allora si verificherebbe un *«inedito principio di favor per il datore di lavoro pubblico»* il quale ha *«l'esigenza di accrescere l'efficienza delle amministrazioni»*¹⁰¹, contenendo le spese del personale con la possibilità di gestirlo anche in modo più flessibile. Se la privatizzazione è finalizzata al perseguimento dell'efficienza e quindi al buon andamento dell'amministrazione

⁹⁸ Cfr. D'ANTONA M., *Op. Cit.*, p. 39.

⁹⁹ Si rinvia alla sentenza Corte Cost., 16 ottobre 1997, n. 309, in *Lav. pubbl. amm.*, 1998, pp. 131 e sgg.; in precedenza nella sentenza Corte Cost. 30 luglio 1993, n. 359, in *Foro it.*, 1993, I, p. 3219, si parla di *“esigenze primarie di rilievo nazionale, connesse allo sviluppo della produttività dell'amministrazione ed al controllo della spesa relativa al personale”*.

¹⁰⁰ Su tale aspetto molto critica la posizione di GHEZZI, *La legge delega per la riforma del pubblico impiego*, in *Riv.giur.lav.*, n.1 (1992), pp. 544 e sgg..

¹⁰¹ PILEGGI A., *Op. Cit.*, p. 45; anche PERSIANI M., *Prime osservazioni sulla nuova disciplina del pubblico impiego*, in *Dir.lav.*, n. 1 (1993), p. 250, avverte dell'esistenza di una tutela del lavoratore pubblico attenuata dalla tutela del datore di lavoro pubblico in virtù di una necessità della tutela all'interesse pubblico. Questo giustifica una applicazione residua della disciplina speciale al rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici.

pubblica come richiesto dalla Costituzione non si capisce il perché il legislatore sia ricorso alla privatizzazione del rapporto di impiego visto che il « *suo terreno d'origine – il settore privato* (ossia le regole del diritto privato applicate al rapporto di lavoro) – [...] *siede sul banco degli imputati come principale responsabile dell'eccessivo costo del lavoro*»¹⁰² ed è caratterizzato (relativamente a quel periodo d'inizio anni '90) da una forte rigidità della gestione del personale, molto più accentuata di quella riscontrata nel pubblico impiego.

Nel corso dell'indagine si cercherà di chiarire il perché il rapporto contrattuale del pubblico impiego ed in particolar modo le tipologie contrattuali flessibili utilizzate dalla pubblica amministrazione rientrano a pieno titolo nel diritto del lavoro pubblico. Infatti l'applicazione prevista del diritto del lavoro all'impiego pubblico si rivolge ora a coloro che vanno considerati lavoratori subordinanti alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni¹⁰³ in quanto non si parla più di pubblici impiegati.

La giustificazione che il legislatore attribuisce alla sua scelta nella strada della privatizzazione è data non per garantire una maggiore tutela al lavoratore dipendente ma per migliorare, anzi, «*accrescere l'efficienza delle amministrazioni*» (art. 1, lett. a), d.lgs. n.29 del 1993)¹⁰⁴. Se poi si analizza la lettera b) allora vediamo che il secondo fine

¹⁰² PILEGGI A., *Op. Cit.*, pp. 47-48.

¹⁰³ RUSCIANO M., *Il rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Cit. p. 321.

¹⁰⁴ L'art. 1, comma 1, del D.Lgs. n. 29 del 1993, recita:

1. *Le disposizioni del presente decreto disciplinano l'organizzazione degli uffici e i rapporti di lavoro e di impiego alla dipendenze delle amministrazioni pubbliche, tenuto conto delle autonomie locali e di quelle regioni e delle provincie autonome nel rispetto dell'articolo 97, comma primo, della Costituzione, al fine di:*
 - a) *Accrescere l'efficienza delle amministrazioni in relazione a quella dei corrispondenti uffici e servizi dei Paesi dell'Unione europea, anche mediante il coordinato sviluppo di sistemi informativi pubblici;*
 - b) *Razionalizzare il costo del lavoro pubblico, contenendo la spesa complessiva per il personale, diretta e indiretta, entro vicoli di finanza pubblica;*
 - c) *Realizzare la migliore utilizzazione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni, curando la formazione e lo sviluppo professionale dei dipendenti, garantendo pari opportunità alle lavoratrici ed ai lavoratori e applicando condizioni uniformi rispetto a quelle del lavoro privato.*

è quello di «razionalizzare il costo del lavoro pubblico, contenendo la spesa per il personale, diretta e indiretta, entro i vincoli di finanza pubblica». Il contenimento della spesa sembra essere il filo conduttore delle riforme nell'impiego pubblico fin qui operate dal legislatore.

Infine, il punto c) del 1° comma, dell'art. 1, del d.lgs. n. 29 del 1993, individua la terza finalità tesa a «realizzare la migliore utilizzazione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni» per il raggiungimento, o meglio per accrescere, l'efficienza delle amministrazioni pubbliche. In particolare il contenuto si rivolge alla necessità di provvedere allo sviluppo professionale dei dipendenti e alle pari opportunità nel tentativo di riequilibrare lo svantaggio che incontra, all'interno del rapporto contrattuale di lavoro, il lavoratore "pubblico" (cioè alle dipendenze del datore di lavoro pubblico) rispetto alla posizione più "garantita" del datore di lavoro/pubblica amministrazione derivante dall'esecuzione dei punti a) e b) precedenti. Anche l'ultima parte del punto c) rafforza l'idea che la privatizzazione non sia il fine ma uno strumento idoneo a raggiungere la migliore utilizzazione delle risorse umane attraverso una uniformità di applicazioni delle condizioni di lavoro del datore privato e del datore pubblico.

Sulla spinta del Trattato di Maastricht¹⁰⁵, che impone tra l'altro un controllo ancora più rigido delle risorse finanziarie, ciascuno Stato membro individua tra i suoi obiettivi principali il rigore finanziario al cui perseguimento devono essere indirizzate le politiche di sviluppo interno. Politiche che potranno risultare vincenti solo se sarà possibile effettuare un opportuno impiego delle risorse umane. Il controllo dovrebbe avvenire grazie agli organi dirigenziali preposti alla gestione dei rapporti di lavoro e del personale.

È proprio il lato della riforma dedicata al nuovo assetto della dirigenza, la quale deve occuparsi anche dell'amministrazione del personale, che subisce le maggiori

¹⁰⁵ Il Trattato di Maastricht, detto anche Trattato sull'Unione europea, è stato firmato il 7 febbraio 1992 a Maastricht dai dodici paesi membri dell'allora Comunità Europea, e fissa le regole politiche e i parametri economici necessari per l'ingresso dei vari Stati che ancora non fanno parte della Comunità Europea e richiedono di aderire alla suddetta Unione. L'Italia ha ratificato il Trattato di Maastricht il 29 ottobre 1992 ed è entrato in vigore il 1° novembre 1993.

critiche della dottrina¹⁰⁶ per la mancata inclusione del *top management*¹⁰⁷ (ossia dei dirigenti generali) nel generale processo di privatizzazione che invece ha coinvolto i dirigenti cosiddetti privatizzati e che svolgono «*compiti di formulazione delle proposte, adozione dei progetti, assegnazione delle risorse per l'attuazione e la verifica dei risultati*»¹⁰⁸.

Per una prima decisa risposta alle critiche, bisogna attendere la seconda privatizzazione¹⁰⁹, iniziata con la legge 15 marzo 1997, n. 59 (c.d. Bassanini 1 o anche “legge Bassanini sul decentramento amministrativo”), “*Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa*”, il cui art. 11 estende il regime di diritto privato della disciplina del rapporto di lavoro anche ai dirigenti generali ed equiparati¹¹⁰. Viene così istituito un ruolo unico valido per tutti i ministeri tenuto presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Vengono eliminati alcuni strumenti normativi attraverso i quali gli organi politici condizionavano l'attività dei dirigenti e nello stesso tempo vengono introdotte misure che aumentano il coinvolgimento dell'azione dirigenziale legandone parte della retribuzione ai risultati attesi e raggiunti.

A questo si affianca anche un rinnovato spirito di autonomia e responsabilità del *dirigente*, nonché si introduce la “scissione” del rapporto di lavoro prevedendo da una parte il *rapporto organico*, conferito a tempo determinato e consistente nell'incarico

¹⁰⁶ Cfr. GHEZZI, *La legge delega per la riforma del pubblico impiego*, Cit., p. 332; FRANZESE, *Autonomia ed eteronomia nel pubblico impiego: riflessioni sui mutamenti in atto nel diritto pubblico italiano*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 1995, pp. 665 e sgg..

¹⁰⁷ Cfr. BUSICO L., TENORE V., *La dirigenza pubblica. Reclutamento. Rapporto di lavoro. Diritti e doveri. Incarichi. Responsabilità. Controversie. CCNL 2006/2009*, Roma 2009, p.16.

¹⁰⁸ Per tutti si rinvia a CAPOBIANCHI, D'ALESSIO, GIRARDI, PREZIOSI, ZEFELIPPO, *La riforma della dirigenza pubblica*, in *Nuova rass.*, 1994, pp. 1665 e sgg..

¹⁰⁹ Numerosa la produzione scientifica sull'argomento, per tutti si rinvia a D'ANTONA M., *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle leggi “Bassanini”*, Cit. pp. 35 e sgg..

¹¹⁰ Cfr. FILIGNANO, *La privatizzazione del pubblico impiego, ultimo atto: i dirigenti generali*, in *Nuova rass.*, 1998, pp. 593 e sgg..

vero e proprio di gestione, e dall'altra il *rapporto di servizio*, che è a tempo indeterminato in quanto si instaura sin dall'inizio appena superato il concorso pubblico di accesso e coincidente con la stipula del contratto di lavoro individuale di immissione nei ruoli dirigenziali.

Con la distinzione sopradescritta il rapporto di lavoro dei dirigenti pubblici incontra il primo serio tentativo di "uniformazione" rispetto a quello "precario" dei dirigenti dipendenti del privato datore di lavoro e fortemente caratterizzato dal vincolo fiduciario datore-dirigente.

Lo *status* "professionale" del dirigente pubblico, conosciuto prima della seconda "privatizzazione", che gli permetteva di godere di grande stabilità nell'incarico grazie al posto "fisso" garantito dal rapporto di servizio, aveva prodotto una grave sovrapposizione del ruolo della politica rispetto all'amministrazione. Per lasciare fuori quella visione si ricerca una modalità che permetta di ottenere una dirigenza più responsabile il cui effetto in realtà produce un rapporto amministrazione/dirigente sicuramente più "precario" (il riferimento è rivolto al rapporto organico vista la sua temporaneità in quanto è legato alla retribuzione di risultato mentre il rapporto di servizio rimane sempre "vivo")¹¹¹, e comunque più rispondente alla necessità di aver una amministrazione efficiente e imparziale.

Entrando più nello specifico, in attuazione della legge delega n.59 del 1997 sono stati emanati tre decreti legislativi: il d.lgs. n.396 del 1997¹¹² e i dd.lgs. n. 80¹¹³ e n. 387

¹¹¹ Si rinvia per tutti a D'ORTA, *La riforma della dirigenza pubblica tre anni dopo: alcuni nodi irrisolti*, in *Lav.dir.*, 1996, pp. 283 e sgg..

¹¹² Il D.Lgs. 4 novembre 1997, n. 396, *Modificazioni al decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, in materia di contrattazione collettiva e di rappresentanza sindacale nel settore del pubblico impiego, a norma dell'art. 11, commi 4 e 6, della legge 15 marzo 1997, n. 59*, è stato pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 266 del 14 novembre 1997 (con Rettifica G.U. n. 18 del 23 gennaio 1998).

¹¹³ Il D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, *Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'articolo 11, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59*, è stato pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 82 dell'8 aprile 1998 - Supplemento Ordinario n. 65 (Rettifiche G.U. n. 90 del 18 aprile 1998 e n. 117 del 22 maggio 1998).

del 1998¹¹⁴, tutti a modifica ed integrazione del d.lgs. n. 29 del 1993. In particolare il d.lgs. n.396 del 1997 istituisce i comitati di settore¹¹⁵ aventi il compito di emanare gli indirizzi contrattuali e i pareri sull'ipotesi di accordo collettivo negoziato dall'ARAN. Inoltre, ha previsto un procedimento con il quale la contrattazione collettiva si svolge secondo regole negoziali e non più seguendo la matrice amministrativa; infine ha ridefinito i criteri di rappresentatività sindacale imponendo la costituzione delle RSU (rappresentanze sindacali unitarie), quali organismi di rappresentanza democratica, eletti tra gli impiegati dell'unità decentrata ed in rappresentanza di essi stessi¹¹⁶.

Si desume quindi, anche molto chiaramente dalla sua lettura, che con la seconda delega (la legge n. 59 del 1997) la riforma del rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni assume un carattere di completamento rispetto alla precedente riforma del 1993. Anche in tema di devoluzione della giurisdizione in materia di rapporto di lavoro viene fatto molto dal d.lgs. n.80 del 1998.

Sia nella prima privatizzazione sia nella seconda per alcune categorie di impiegati, quelle cosiddette non privatizzate, seguitano ad avere un rapporto di impiego pubblico e per questo rimangono completamente al di fuori della riforma sia in tema contrattuale (rimane vigente il contratto di impiego pubblico conosciuto ante-

¹¹⁴ Il D.Lgs. 29 ottobre 1998, n. 387, *Ulteriori disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni, e del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80*, è stato pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* n.261 del 7-11-1998.

¹¹⁵ Con l'istituzione dei Comitati di settore viene riconosciuto pienamente il ruolo quale parte datoriale alle associazioni amministrative pubbliche diverse dallo Stato, le quali con istanze associative esercitano il potere di indirizzo sull'ARAN, al quale è affidato anche il compito di raccogliere i dati elettorali e delle delghe necessari per l'accertamento della rappresentatività sindacale. Per un commento su l'ultima riforma intervenuta con D.Lgs. n. 150 del 2009 ha ristretto a quattro il numero dei comparti con conseguente riduzione dei Comitati di settore ed ha provveduto a ridisegnare l'assetto istituzionale dell'ARAN si rinvia a DELFINO M., *Comitati di settore e rappresentanza negoziale delle amministrazioni pubbliche*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli 2009, pp. 191 - 208.

¹¹⁶ In effetti per le Organizzazioni Sindacali la privatizzazione del pubblico impiego va letta quale processo di "contrattualizzazione" in quanto si ampliano gli spazi di contrattazione collettiva, la quale diviene fonte autonoma, sufficiente e necessaria per la regolamentazione del rapporto di lavoro e prodromica alla gestione delle risorse umane e finanziarie.

privatizzazione), sia riguardo alla competenza giurisdizionale che rimane ancorato a quella esclusiva della giurisdizione amministrativa.

Al contrario le categorie di impiegati sottoposti alla prima privatizzazione hanno conosciuto con la seconda il completamento della devoluzione di competenza giurisdizionale al giudice ordinario grazie alla riconduzione dei rapporti di lavoro pubblico al codice civile ed a tutte le norme che regolano il rapporto di lavoro nell'impresa. L'intento era quello di correggere gli errori evidenziatisi con la prima privatizzazione consistenti in un criterio a doppia giurisdizione o meglio che erano di diretta conseguenza della fonte che disciplina il rapporto, la quale può essere unilaterale o contrattuale. Ancora, veniva fissato il termine per la scadenza del regime transitorio per i procedimenti pendenti e si procedeva alla modifica del codice di procedura civile introducendo la conciliazione obbligatoria in materia di lavoro¹¹⁷ prevedendo e consentendo la possibilità di aderire, prima di arrivare in sede giudiziale, a riti alternativi stragiudiziali di deflazione del contenzioso o far decidere ad arbitri la controversia.

Inoltre il d.lgs. n. 80 del 1998, ha dettato anche le regole per l'accesso agli impieghi pubblici prevedendo le modalità concorsuali da attuare (più in dettaglio v. infra Cap. 2, par.5).

Infine, sempre nel citato D.Lgs. n. 80/1998, vi è un rinvio parziale alle norme privatistiche e contestualmente viene introdotta la possibilità per le pubbliche amministrazioni di fare uso delle forme contrattuali flessibili di assunzione e d'impiego disciplinate e utilizzate dal datore di lavoro privato. Parzialità che si assottiglia per effetto della successiva riforma "Biagi" del mercato del lavoro, ossia con legge n. 30, del

¹¹⁷ Oggi l'art. 412 bis del cod. proc. civ. è stato modificato dalla legge 4 novembre 2010, n. 183 (c.d. Collegato Lavoro), *Deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, di incentivi all'occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile, nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro, la quale ha abrogato il tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di lavoro sia nel settore civile sia nel settore pubblico privatizzato*, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale 9 novembre 2010, n. 243 L.

14 febbraio 2003 e del d.lgs. n. 276 del 10 settembre 2003¹¹⁸ di attuazione¹¹⁹, che fa espresso divieto di applicazione delle norme ivi contenute alla pubblica amministrazione¹²⁰.

L'utilizzo della forma contrattuale flessibile nella pubblica amministrazione non è una novità degli ultimi anni. La sua introduzione non è stata dovuta al massiccio utilizzo che si è avuto nei rapporti di lavoro subordinato del settore privato, e neanche è una diretta conseguenza della riforma che ha interessato la privatizzazione del rapporto di lavoro del pubblico dipendente. Come si è potuto appurare in precedenza di personale "flessibile" nella pubblica amministrazione (ad es. il personale così detto fuori ruolo) se ne è fatto ampiamente uso, anche utilizzando formule contrattuali sconosciute al settore del privato impiego. Purtroppo uno dei limiti che va prima di tutti segnalato è il susseguirsi di provvedimenti di sanatoria che l'hanno caratterizzato con la conseguente elusione dell'accesso concorsuale previsto nella Costituzione e la cattiva abitudine di far diventare tali rapporti di lavoro "materiale" di scambio (voti e fenomeni di corruzione).

Le ragioni che hanno spinto all'utilizzo delle tipologie contrattuali flessibili nell'impiego alle dipendenze del datore di lavoro privato, sono, in applicazione della legge n. 276 del 2003, c.d. legge Biagi, uno strumento per creare occupazione aggiuntiva idonea a combattere quel fenomeno crescente di disoccupazione che caratterizzava il mercato del lavoro¹²¹; mentre, le ragioni principali per il settore pubblico, al quale tra

¹¹⁸ La L. 14 febbraio 2003, n. 30, *Delega al Governo in materia di occupazione e mercato del lavoro*, è stata pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 47 del 26 febbraio 2003. Il D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, *Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30*, è stato pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* N. 235 del 9 Ottobre 2003.

¹¹⁹ TIRABOSCHI M., *La riforma Biagi: finalità e campo di applicazione*, in *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, (a cura di), Milano 2004, pp. 10 e sgg.. per l'A. il ricorso alla flessibilità del mercato del lavoro non è fine a se stessa ma hanno il fine di ampliare l'occupabilità, l'imprenditorialità, l'adattabilità e le pari opportunità, tutti elementi che racchiudono l'essenza della c.d. "Strategia Europea per la occupazione".

¹²⁰ L'art. 1, co. 2, del d.lgs. n. 276 del 2003, recita: "2. Il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale."

¹²¹ SIGNORELLI M., *L'impatto della riforma Biagi: una prospettiva economica*, in TIRABOSCHI M. (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro. Prime interpretazioni e proposte*

l'altro per espressa previsione di legge, non sono applicabili le norme della l. n. 276/03, sono legate alla sempre presente necessità di garantire una maggiore efficienza e sono dettate da una esigenza esclusivamente finanziaria, stante il continuo blocco delle assunzioni con contratto standard a tempo indeterminato operato dalle finanziarie che ha caratterizzato gli ultimi dieci anni del mercato di accesso alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

5. Il rinvio alla regolamentazione delle forme contrattuali flessibili adottate nel settore del lavoro privato

L'utilizzo delle forme flessibili utilizzate nel passato dalle pubbliche amministrazioni ha condotto anche a fenomeni di natura patologica. Il già citato Testo Unico sul Pubblico impiego n. 3 del 1957 permetteva alla pubblica amministrazione di assumere personale in eccedenza rispetto alle proprie dotazioni organiche per fronteggiare a temporanee esigenze di servizio. Questo trovava il suo fondamento nell'art. 97 della Costituzione e nella necessità di garanzia del buon andamento ed organizzazione ivi sancito. L'utilizzo del personale dipendente definito "precario" avveniva tramite l'assunzione con contratto a termine utilizzando le diverse tipologie che lo inquadravano come: incaricato, supplente, contrattista, interino, avventizio; e lo inserivano nell'elenco speciale del personale non di ruolo. L'aspetto negativo avutosi con l'uso delle forme flessibili nel settore pubblico era spinto dalla necessità di sopperire alla carenza di personale. Nel tentativo di aggirare il famigerato vincolo di bilancio che bloccava le assunzioni, si ricorreva alla stabilizzazione del lavoratore attraverso i provvedimenti di legge in sanatoria. Di particolare rilievo, visto il numero degli impiegati pubblici stabilizzati, sono le leggi n. 33 del 1980¹²² e n. 894 del 1984¹²³.

di lettura del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, *Il diritto transitorio e i tempi della riforma*, Milano 2004. pp. 403 – 435.

¹²² Legge 29 febbraio 1980, n. 33, *Conversione in legge, con modificazioni, del D.L. 30 dicembre 1979, n. 663, concernente provvedimenti per il finanziamento del Servizio sanitario nazionale, per la*

Il sistema rigido dell'accesso ai ruoli della pubblica amministrazione aveva mostrato il suo limite e conosciuto così un canale alternativo e distorto per il suo superamento. Per questo motivo il legislatore ha sempre avuto una posizione netta sulla

previdenza, per il contenimento del costo del lavoro e per la proroga dei contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni in base alla L. 1° giugno 1977, n. 285, sull'occupazione giovanile, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale 29 febbraio 1980, n. 59.

¹²³ La legge 22 dicembre 1984, n. 894, *Norme integrative della legge 16 maggio 1984, n. 138, relativa ai giovani di cui alla legge 1 giugno 1977, n. 285, emanata con Articolo Unico, recita: I giovani, anche soci di cooperative, assunti dalle amministrazioni dello stato ai sensi della legge 1 giugno 1977, n. 295, e successive modifiche ed integrazioni in servizio alla data del 31 maggio 1984 che abbiano sostenuto e non abbiano superato l'esame di idoneità disciplinato dall'articolo 26ter del Decreto Legge 30 dicembre 1979, n. 663, convertito in legge, con modificazioni dalla legge 29 febbraio 1980, n. 33, o che per obiettive e documentate ragioni non abbiano potuto sostenere il predetto esame, sono ammessi, previa domanda da presentare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, a partecipare ad un esame di idoneità, da sostenere al termine di appositi corsi di formazione della durata massima di quattro mesi, per l'immissione nei ruoli delle rispettive amministrazioni nella qualifica iniziale della carriera immediatamente inferiore a quella per la quale non hanno superato l'esame di idoneità; a tal fine, nei confronti dei giovani in servizio alla data di entrata in vigore della presente legge, i contratti stipulati dalle amministrazioni dello stato ai sensi della legge 1 giugno 1977, n. 285, e successive modifiche ed integrazioni, sono prorogati fino all'espletamento delle operazioni relative al corso di formazione e all'approvazione della relativa graduatoria; entro sessanta giorni dall'entrata in vigore della presente legge, con decreto del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con il Ministro del tesoro e con il Ministro competente, saranno individuate le qualifiche iniziali delle carriere interessate nonché saranno stabilite la durata del corso e le modalità di svolgimento dello steso e dell'esame finale. I giovani che conseguono l'idoneità nelle prove di esame previste nel presente articolo, sono collocati in ruolo, anche in soprannumero, dopo l'ultimo degli idonei di cui all'art.26ter del Decreto Legge 30 dicembre 1979, n. 663, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 29 febbraio 1980, n. 33. Al personale di cui al comma precedente si applicano le disposizioni di cui al secondo e terzo comma dell'articolo 3 della legge 16 maggio 1984, n. 138. I giovani ancora in servizio che non abbiano presentato domanda o che non abbiano superato l'esame di cui al primo comma del presente articolo, cessano a tutti gli effetti il loro rapporto di lavoro allo scadere del trentesimo giorno dall'entrata in vigore della presente legge o dalla data di approvazione della graduatoria. Tra gli enti di cui al primo comma dell'articolo 5 della legge 16 maggio 1984, n. 138, devono essere compresi gli istituti zooprofilattici. La presente legge, munita del sigillo dello stato, sarà inserita nella raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti della Repubblica Italiana. È fatto obbligo a chiunque spetti di osservarla e di farla osservare come legge dello Stato.*

diversità sanzionatoria che deve esistere nella disciplina della medesima tipologia di contratto di lavoro flessibile nel caso di scorretto utilizzo nel pubblico rispetto al privato. Ciò rappresenta un ulteriore elemento di specialità rispetto al rapporto di lavoro privato e la sua previsione ha evitato, fino ad oggi, che quanto disciplinato appunto nel rapporto lavoro privato non fosse trasferito *tout court* nel rapporto di lavoro pubblico optando così per una disciplina speciale che ricorra a formule rigorose e limitative nell'utilizzo delle tipologie di lavoro flessibile nella pubblica amministrazione.

Il primo inquadramento normativo che va in questa direzione lo troviamo nell'art. 36 del d.lgs. n. 29 del 1993 (oggi, con modificazioni intervenute ad opera di numerosi atti normativi, trasfuso nell'art. 36 del d.lgs. 165 del 2001, oggetto anche successivamente alla sua entrata in vigore di numerosi interventi legislativi). Successivamente con le modifiche apportate dalla legge delega n. 59 del 1997 e dai decreti attuativi n. 80 e n. 387 del 1998, si permette alle pubbliche amministrazioni di utilizzare le forme contrattuali flessibili previste dalle leggi regolamentatrici dei rapporti di lavoro subordinato nei privati per l'impiego di personale.

Si avverte a questo punto l'esigenza di dare una sistemazione organica, delle leggi vigenti in materia. Viene così emanato il d.lgs. 165/01, intitolato "*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*".

6. Fasi della riforma della disciplina del rapporto di lavoro nel settore pubblico "privatizzato": cinque tappe evolutive

Risulta utile, a questo punto della ricerca, riassumere in modo schematico le fasi che nell'ultimo ventennio hanno portato alla riforma del rapporto di lavoro "privatizzato" alle dipendenze della pubblica amministrazione oggi in atto.

Per omogeneità di obiettivi è possibile concentrarle in cinque fasi¹²⁴:

- Prima fase: delega legislativa conferita con legge n. 421 del 1992, attuata dal d.lgs. n. 29/1993, e decreti correttivi emanati lo stesso anno (470/1993 e 546/1993) [in questa fase prevale la teoria di M.S. Giannini].
- Seconda fase: delega legislativa conferita con la legge 59 del 1997 attuata con vari decreti legislativi succedutesi fino al 1998, intervenuti ad integrare e modificare il d.lgs. 29/1993. Precisamente sono: d.lgs. n. 396/1997; d.lgs. n. 80/1998; d.lgs. n. 387/1998. A parte va ricordato il d.lgs. n. 286/1999, emanato su delega della legge n. 59/1997 (Bassanini). In questa fase va ricondotto il d.lgs. n. 165/2001 che è un vero e proprio “testo unico” del rapporto di lavoro “privatizzato” alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (emanato sulla base della legge delega n. 340/2000).
- Terza fase: emanazione della legge n. 145/2002 che interviene e modifica il d.lgs. n. 165/2001 nella disciplina del rapporto dirigenziale. Nella stessa fase viene ricondotta la legge costituzionale n. 3/2001.
- Quarta fase: si sviluppa fino alla metà del 2008. E’ caratterizzata da interventi annuali, tramite le leggi finanziarie che per fini di contenimento della spesa pubblica si è impedito alle amministrazioni di bandire concorsi e si è di volta in volta assunti precariamente e poi stabilizzato il personale dello stesso periodo il d.lgs. n. 368/2001 e il d.lgs. n. 276/2003 che attraverso la liberalizzazione delle causali di accesso (nei contratti a termine e somministrazione) ha agevolato la proliferazione di tali contratti. Altro dato normativo è rappresentato dal d.lgs. n. 276/2003 e dalla sua mancata estensione al lavoro pubblico. Le finanziarie che si sono succedute hanno di volta in volta inserito limiti alla stipula dei contratti ivi

¹²⁴ La suddivisione in cinque fasi del processo di riforma (privatizzazione) che ha investito negli ultimi venti anni il pubblico impiego si deve a CARABELLI U., CARINCI M.T., *Privatizzazione e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro e nuovi assetti giuridici dell’organizzazione delle pubbliche amministrazioni*, in CARABELLI U., CARINCI M.T. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari 2010, pp. 31-97.

disciplinati. Di particolare rilievo sono le finanziarie del 2007 (legge finanziaria n. 296/2006) e del 2008 (legge finanziaria n. 244/2007). A queste hanno fatto seguito il decreto legge n. 4 del 2006, convertito in legge n. 80/2006, che introduce all'art. 36 del 165/2001 le "esigenze eccezionali e temporanee"; ed il decreto mille proroghe n. 248/2007 che impedisce in via di principio il ricorso a contratti di lavoro flessibile (tali modifiche legislative non intervengono sulla legge n. 124 del 1999 e sul D.P.R. n. 430 del 2000 che disciplina l'utilizzo dei contratti a tempo determinato per il Comparto Scuola – docenti e personale ATA).

- Quinta fase: nuova apertura all'impiego dei contratti di lavoro flessibili nella pubbliche amministrazioni grazie alla riscrittura dell'art. 36 del d.lgs. 165/2001 operata da: d.l. n. 112/2008, convertito nella legge n. 133/2008; successivamente dalla legge n. 69/2009 ed il d.l. n.78/2009, convertito nella legge n. 102/2009. Di rilievo per l'impatto sociale la legge 33/2009 sull'apprendistato. La parte più importante della quinta fase è rappresentata dalla legge delega n. 15/2009 e dal d.lgs. di attuazione il n.150/2009 (legge Brunetta) in quanto rappresenta un organico provvedimento generale di riforma (da attuarsi per il suo completamento con ulteriori e successivi decreti legislativi). Nell'ultimo biennio il cambiamento della normativa sulla legge finanziaria e la crisi in atto ha fatto sì che si susseguissero una dopo l'altra numerose norme finanziarie (denominate: legge di stabilità, decreto sviluppo, stabilizzazione finanziaria, salva deficit e legge finanziaria). In particolare, per l'impatto diretto che hanno avuto sui contratti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni, si richiamano: la legge finanziaria del 2010 (che reintroduce lo staff leasing), ossia il d.l. 78/2010 (legge di stabilità) convertito con modificazioni nella legge 30 luglio 2010, n. 122, che riduce, tra l'altro, significativamente le risorse finanziarie (e introduce il concetto di *sostenibilità finanziaria*) da destinare ai rapporti di lavoro a tempo determinato. Di contro la finanziaria 2011, d.l. n. 201 del 2011, convertito con modificazioni nella legge n. 214 del 23 dicembre 2011 (decreto Monti), novellando ancora una volta l'art. 76, comma 7, del d.l. n. 112/2008, aumenta del 10% la soglia massima dell'incidenza delle spese del personale sulle spese

correnti (portando il rapporto dal 40% al 50%) con grandi benefici circa la possibilità di assumere nuovo personale con qualsiasi tipologia contrattuale. Quest'ultima norma finanziaria è strettamente connessa con il precedente decreto legge del 13 agosto 2011 n. 138, convertito in legge n. 148 del 2011 (cosiddetta manovra estiva di Ferragosto per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), che prevede la rideterminazione delle piante organiche delle pubbliche amministrazioni.

7. Prime osservazioni : il quadro complessivo degli interventi legislativi

Lo spirito riformatore della pubblica amministrazione, come si è visto, ha avuto un'evoluzione che ha seguito un binario preciso: la necessità di individuare il modello contrattuale che permettesse di realizzare la tanto sospirata riduzione del costo del lavoro dei pubblici dipendenti. Purtroppo il cambiamento del modello contrattuale, partito dal modello di diritto comune con elementi di specialità al successivo rapporto di lavoro costituito tramite atto di nomina ossia il modello unilaterale ed autoritario per poi passare al modello contrattuale pattizio e paritario non ha prodotto i risultati sperati. Anzi la spesa pubblica necessaria per le retribuzioni del personale dipendente del settore pubblico (sia privatizzato che non!) ha avuto una unica tendenza: quella dell'aumento.

L'unica vera politica di contenimento è stata sempre individuata e convogliata verso il blocco delle assunzioni, anziché dirigersi verso una razionalizzazione delle spese, blocco che il più delle volte ha dato vita a veri e propri clientelismi politici manifestatisi attraverso il ricorso, non corretto, all'(ab)uso delle tipologie contrattuali non standard.

D'altro canto il blocco delle assunzioni, soprattutto nell'ultimo ventennio di riforme, ha messo in luce che *la flessibilità del rapporto di lavoro*, in particolare quella relativa all'utilizzo di tipologie contrattuali flessibili, deve essere considerata come quel *criterio ordinatore strumentale idoneo, se correttamente utilizzato, ad assicurare il buon andamento delle pubbliche amministrazioni*. Permettere al *policy maker* di realizzare gli obiettivi dell'amministrazione attraverso l'esercizio di quel potere di organizzazione

previsto dall'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 165/01 e garantito dal principio costituzionale del buon andamento di cui all'art. 97 Cost.

In conclusione, la strada della riforma del pubblico impiego che è passata attraverso il cambiamento del modello contrattuale non ha ottenuto i risultati che si prospettavano, nonostante si poteva fin dall'inizio supporre che trasportare gran parte del pubblico impiego, quello poi definito privatizzato, dal diritto amministrativo al diritto civile, non poteva ricevere la giusta risposta. La logica ispiratrice che voleva introdurre i canoni di efficienza conosciuti nel settore privato ha purtroppo dovuto fare i conti con la diversità e la specialità del significato che assume il termine efficienza del lavoro nel settore pubblico così come risulta ancorato ai canoni costituzionali.

CAPITOLO 2

*L'EFFICIENZA DELL'ORGANIZZAZIONE NELLE PUBBLICHE
AMMINISTRAZIONI*

SOMMARIO: 1. Il rapporto speciale di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione nella Costituzione: principi fondamentali - 2. Intangibilità dell'organizzazione e potere datoriale. Dal modello burocratico al modello imprenditoriale - 3. Controllo del rispetto del principio di buon andamento: l'obbligo di trasparenza dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche - 4. Responsabilità dirigenziale e utilizzo dei contratti di lavoro flessibili nelle pubbliche amministrazioni - 5. Specialità dell'accesso agli uffici pubblici e la sua applicazione ai contratti di lavoro flessibili - 6. Considerazioni in tema di efficienza della pubblica amministrazione, soluzioni vecchie e nuove.

**1. Il rapporto speciale di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione
nella Costituzione: i principi fondamentali**

L'utilizzo del contratto di lavoro "privatizzato" alle dipendenze della pubblica amministrazione, ed in particolare delle forme contrattuali flessibili, è retto da alcuni principi fondamentali scolpiti nella Costituzione e da altri che si possono rinvenire nelle leggi o nella giurisprudenza consolidata dei giudici nazionali e comunitari.

La scelta operata dal legislatore di «ridimensionare»¹²⁵ il modello contrattuale che regola il rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione (ad esclusione del personale in regime di diritto pubblico incluso nell'art. 3 del d.lgs. n. 165 del 2001)¹²⁶ portandolo, come abbiamo visto dalla ricostruzione operata nel primo

¹²⁵ L'espressione è di RUSCIANO M., *La ripartizione della materia tra fonti unilaterali e fonti negoziali e i principi di omogeneizzazione*, in RUSCIANO, TREU, *La legge quadro sul pubblico impiego*, (a cura di), Padova, 1985, p.32.

¹²⁶ L'art. 3 del D.Lgs. n. 165 del 2001 recita: «*1. In deroga all'articolo 2, commi 2 e 3 [che rimandano per la disciplina dei rapporti di lavoro alle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e alle leggi sul rapporto di lavoro subordinato], rimangono disciplinati dai rispettivi ordinamenti: i magistrati ordinari, amministrativi e contabili, gli avvocati e procuratori della Stato, il*

capitolo, dal modello autoritativo al modello contrattuale pattizio, ha dovuto fare i conti con i principi costituzionali dedicati all'esercizio della funzione amministrativa nella misura in cui questa si sia dovuta tenere lontano da sospetti di legittimità costituzionale¹²⁷.

Infatti una disciplina del rapporto di lavoro pubblico (quello privatizzato), la cui attuazione fosse risultata affidata *tout court* alla norma di diritto privato o alla contrattazione pattizia e paritaria, non sarebbe stata esente da critiche riguardo al sistema delle fonti, ciò per l'impossibilità di sottoporre a piena privatizzazione anche la parte datoriale o comunque a procedere alla «privatizzazione di pezzi della pubblica amministrazione»¹²⁸. Se l'utilizzo delle norme di diritto privato nella disciplina del

personale militare e le Forze di polizia di Stato, il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia [...] – 1.bis. In deroga all'articolo 2, commi 2 e 3, il rapporto di impiego del personale, anche di livello dirigenziale, del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, esclusi il personale volontario previsto dal regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 2 novembre 2000, n. 362, e il personale volontario di leva, è disciplinato in regime di diritto pubblico secondo autonome disposizioni ordinarie. – 1.ter. In deroga all'articolo 2, commi 2 e 3, il personale della carriera dirigenziale penitenziaria è disciplinato dal rispettivo ordinamento. – 2. Il rapporto di impiego dei professori e dei ricercatori universitari resta disciplinato dalle disposizioni rispettivamente vigenti, in attesa della specifica disciplina che la regoli in modo organico ed in conformità ai principi della autonomia universitaria di cui all'art. 33 della Costituzione ed agli articoli 6 e seguenti della legge 9 maggio 1989, n. 168, e successive modificazioni ed integrazioni, tenuto conto dei principi di cui all'articolo 2, comma 1, della legge 23 ottobre 1992, n. 421.».

¹²⁷ MASSERA, *La riforma delle aziende autonome tra pubblico e privato*, in *Progetto CERCENSIS, Pubblico e privato*, Vol. I, Milano, 1987, pp.406 e sgg.;

¹²⁸ Si veda GHEZZI, *La legge delega per la riforma del pubblico impiego*, Cit., p. 332. Tra l'altro l'Autore si domanda se non fosse stato possibile «procedere ad una generale contrattualizzazione dei soli rapporti di pubblico impiego tramite i quali vengono erogati servizi pubblici», stante il fatto che l'Amministrazione pubblica «continua ad essere tenuta [...] a perseguire, attraverso l'instaurazione strumentale di rapporti contrattuali individuali e collettivi, un interesse finale di carattere pubblico». Si veda anche NAPOLI, *La privatizzazione del pubblico impiego: le prospettive aperte dal d.lgs. n. 29/93 e successive modificazioni*, in NAPOLI (a cura di) *Riforma del pubblico impiego ed efficienza della pubblica amministrazione. Una riflessione a più voci*, Torino 1996, pp. 3 e sgg., l'A. riprende le critiche mosse da Cassese, citate nelle note precedenti, respingendo chi sostiene che il pubblico non può essere regolato da norme privatistiche e «preferisce parlare di contrattualizzazione del rapporto di lavoro e non

rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione non individua elementi di contrasto, resta comunque la necessità, per il legislatore, di rimanere ancorato, soprattutto in tutti i settori (e servizi) che non possono essere “*completamente privatizzati*”, alla necessità di disegnare nuove tipologie organizzative attente nel rispetto “*formale*” ai principi sanciti nell’art. 97 Cost.¹²⁹.

Non esiste nella Costituzione italiana un *diritto alla buona amministrazione* ma esiste il *principio di buon andamento* della pubblica amministrazione e la sua formulazione contiene in *nuce* tutte le basi del principio stesso, dovendosi con esso compendiare le necessità e le esigenze dei cittadini con quelli dell’apparato burocratico di cui è dotato lo Stato. In altre parole la pubblica amministrazione deve essere strutturata in modo tale da riuscire a garantire la migliore cura e tutela degli interessi e dei diritti dell’intera collettività.

Il significato attribuito al precetto dell’art. 97 della Cost., nella parte in cui l’Amministrazione deve garantire il buon andamento e l’imparzialità, ai sensi del quale «*i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge*»¹³⁰ e la sua interpretazione, nell’evoluzione del nostro sistema giuridico, assume un preciso indirizzo con la legge n. 400 del 1988 «*che costituisce il primo esempio di disciplina della potestà normativa secondaria*»¹³¹. È proprio questo il momento di rottura, o meglio di ritorno al passato e precisamente al periodo anteriore alla Costituzione, quando vigeva la legge n. 100 del 1926 la quale conferiva un potere regolamentare al Governo per «*l’organizzazione ed il funzionamento delle Amministrazioni dello Stato,*

di privatizzazione” laddove c’è uno scostamento tra le due discipline e quella legata al “*lavoro pubblico* è” in ogni modo “*un contratto di lavoro speciale*”.

¹²⁹ Il primo comma dell’art. 97 della Costituzione recita: “*I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l’imparzialità dell’amministrazione*”.

¹³⁰ Con la Legge 20 marzo 1975, n. 70. “*Disposizioni sul riordinamento degli enti pubblici e del rapporto di lavoro del personale dipendente*” (Pubblicata nella Gazz. Ufficiale 2 aprile 1975, n. 87. Aggiornamento alla GU 17/10/2000) all’art.1 - Campo di applicazione - recita: “*Lo stato giuridico e il trattamento economico d’attività e di fine servizio del personale dipendente dagli enti pubblici individuati ai sensi dei seguenti commi sono regolati in conformità della presente legge*”.

¹³¹ Cfr. FIORILLO L., *Le fonti di disciplina del rapporto di lavoro pubblico*, Padova 1990, p.11.

l'ordinamento del personale ad essi addetto, l'ordinamento degli enti ed istituti pubblici [...]» (art. 1, comma 3), e nello stesso tempo prevedeva un potere regolamentare che il Governo poteva esercitare anche in materie che andavano disciplinate con la legge. L'Assemblea costituente, in un atteggiamento garantista, esegue una operazione di rottura e non inserisce tale potestà nel testo costituzionale¹³².

Un'affermazione questa che va analizzata anche alla luce delle *riserve di legge* contenute proprio nel primo comma dell'art. 97 Cost. sopracitato. La riserva di legge è un istituto che, oltre al suo significato di rinvio alla fonte legislativa, assume anche un carattere di limite per il legislatore, il quale si trova «*chiamato a disciplinare obbligatoriamente la materia oggetto della riserva*»¹³³ nel rispetto del dettato costituzionale e dei principi ivi sanciti. Pertanto, la fonte normativa in tema di struttura e di funzionamento per la pubblica amministrazione, in virtù della riserva contenuta nell'art. 97, va ricercata nella legge, ossia in una norma primaria che sia o legge, o decreto legge o decreto legislativo. Il regolamento invece può influire e disciplinare il funzionamento di unità organizzative interne. Il costituente, quindi, non ripropone nel testo della Costituzione l'assunto (il potere regolamentare) presente nella legge n. 100 del 1926, sopra accennata, il cui contenuto non sarebbe risultato compatibile con il dettato costituzionale stesso.

L'operazione che viene compiuta con l'art. 17 della legge n. 400 del 1988 introduce una nuova visione del rapporto tra le due fonti ponendole, non più in un rapporto gerarchico che vedrebbe soccombere il regolamento rispetto alla legge, ma in un rapporto di competenza. In questa prospettiva alla legge viene affidata la funzione di indirizzo politico generale con la quale influire sulle scelte organizzative generali, mentre al regolamento si affida la disciplina e l'organizzazione del cosiddetto livello inferiore (che deve comunque avvenire nel rispetto della legge). Si delinea così un

¹³² Si rinvia a D'AURIA G., *L'organizzazione dei Ministeri: norme e prassi applicative*, in Riv. trim. dir. Pubbl., 1983, pp. 1346-1359.

¹³³ Cfr. CARETTI P., *La pubblica amministrazione*, in *Commentario della Costituzione*, PIZZORUSSO A. (a cura di), Bologna 1994, p. 2.

confine mobile che assicura scelte puntuali e dotate della massima flessibilità delle strutture ad adeguarsi alle esigenze dell'interesse collettivo.

Ne consegue che la disciplina del rapporto di lavoro nel settore pubblico privatizzato conosce un processo di trasformazione, passando dal rapporto di pubblico impiego (conosciuto agli inizi del XX° sec., analizzato e discusso nel primo capitolo), la cui disciplina era imposta per realizzare «*l'organizzazione degli uffici quali apparati strumentali*»¹³⁴ necessari per raggiungere e realizzare gli obiettivi e i compiti dell'amministrazione pubblica, ad un rapporto di impiego nel settore pubblico regolato dallo strumento contrattuale¹³⁵ come avviene nel settore privato.

Proprio mentre si intravedeva l'approdo ad un diritto comune si dimostra invece - come ampiamente osservato da Napoli¹³⁶, che riprende la posizione assunta dal Consiglio di Stato, - più congrua l'adozione, «*tipica della tradizione tedesca, tra rapporto totalmente privatizzato per l'area dei servizi e rapporto di pubblico impiego per le vere e proprie amministrazioni pubbliche*», allontanandosi così quello che veniva indicato quale «*autentico diritto comune*»¹³⁷.

Il legislatore ha così potuto scegliere quale parte del diritto applicare ai dipendenti pubblici, creando così «*un diritto del lavoro ad hoc, ma sarebbe meglio parlare di un diritto dell'organizzazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni, connotato da rilevantissimi elementi di specialità*»¹³⁸, elementi che sono finalizzati a rispondere più alle esigenze dell'organizzazione dell'amministrazione pubblica piuttosto che ad un

¹³⁴ Cfr. FIORILLO L., *Le fonti di disciplina del rapporto di lavoro pubblico*, cit., p. 12.; sullo stesso punto si rinvia a CORPACI, *Riparto della giurisdizione e tutela del lavoro nelle pubblica amministrazione*, Milano, 1985, pp. 219 e sgg..

¹³⁵ Tentativo auspicato da VIRGA, *Impiego pubblico e Privato*, in AA.VV., Milano 1976, p. 36, il quale chiedeva non un'unificazione delle due tipologie di rapporto di impiego ma la messa a punto di una teoria generale del lavoro subordinato.

¹³⁶ NAPOLI, *La privatizzazione del pubblico impiego: le prospettive aperte dal d.lgs. n. 29/93 e successive modificazioni*, cit. p. 8.

¹³⁷ NAPOLI, *Ibidem*, p. 8-9.

¹³⁸ Cfr. PILEGGI A., *Efficienza della Pubblica amministrazione e*, cit., p. 57.

miglioramento delle tutele riconosciute al lavoratore pubblico. A dimostrazione di quanto affermato si richiama la modalità attraverso la quale avviene la regolazione del rapporto individuale di lavoro *ex art. 2, comma 3, del d.lgs. n. 165 del 2001*, ai sensi del quale il lavoratore pubblico si trova in una situazione del tutto peculiare visto che qualsiasi garanzia di tipo economico è regolata dal contratto collettivo, che è l'unico idoneo ad attribuire trattamenti economici.

La natura del contratto collettivo nel settore pubblico proprio per la sua caratteristica di avere efficacia *erga omnes*, a differenza di quello "attivo" presente nel settore privato e definito di diritto comune, non permette una diretta trattativa tra pubblica amministrazione e dipendente (l'amministrazione pubblica non può scendere a patti con i cittadini, anche se in veste di suoi dipendenti). Ciò è funzionale, appunto, al perseguimento dell'efficienza dell'organizzazione tesa a realizzare anche il contenimento della spesa pubblica. Si può quindi affermare che l'efficienza della pubblica amministrazione non è altro che un modo più moderno di indicare il precetto contenuto nell'art. 97 Cost. «*di buon andamento*».

Se il lavoro subordinato nel settore privato risponde a logiche che sono proprie della concorrenza e del mercato nel settore pubblico non può essere negato il fatto che il lavoratore svolga comunque un'attività volta al perseguimento dell'interesse generale, per tale motivo la "privatizzazione" ha posto sin dall'inizio la questione di legittimità costituzionale. Infatti *efficienza* (intesa nel senso di buon andamento) non è lo strumento del privato datore di lavoro, o meglio non è lo stesso parametro entro il quale il datore di lavoro privato, l'imprenditore, esercita la propria attività. L'efficienza perseguita dal datore di lavoro privato non è della stessa natura di quella perseguita dal datore di lavoro pubblico, in quanto per il primo non esiste un fine pubblico da inseguire e realizzare. Per questo risulta difficile indicare, a questo punto della ricerca, con certezza la natura dell'efficienza¹³⁹ nella pubblica amministrazione e determinare se questa sia di natura sociale, o politica o economica (pur se appare naturale la presenza di tutte e tre risulterà

¹³⁹ Dove per efficienza della pubblica amministrazione si intende maggiore produttività, migliore utilizzo delle risorse umane e contenimento dei costi. Per efficacia della pubblica amministrazione si intende miglioramento dei servizi ai cittadini, alle imprese e agli utenti.

sempre una ad avere la prevalenza, ed è proprio sulla scelta di quale sia da preferire alle altre due che si gioca la “partita”).

I dubbi di costituzionalità che aveva posto la privatizzazione vengono risolti a favore della “costituzionalizzazione” della privatizzazione stessa in due fondamentali sentenze della Corte Costituzionale. Nella sentenza n. 313 del 1996¹⁴⁰ la Corte Costituzionale legittima la privatizzazione in quanto - per la Corte Cost. - il contenuto dell’art. 97 Cost. e la riserva di legge in esso contenuto non impongono uno «*statuto interamente pubblicistico*» del pubblico impiego. Pertanto al legislatore è riconosciuta la possibilità di distinguere tra disciplina del rapporto di lavoro e regolazione dell’organizzazione, nel pieno rispetto del principio di buon andamento.

La riserva di legge dell’art. 97 Cost. copre interamente ed esclusivamente solo la materia dell’organizzazione amministrativa e non quella del rapporto di lavoro che può essere regolamentato da un dosaggio equilibrato tra fonti pubbliche e fonti privatistiche. In conclusione il rapporto di lavoro del personale è cosa distinta dall’organizzazione amministrativa e per questo è la legge che sceglie come regolare il rapporto di lavoro.

Ancora più netta è la posizione della Corte Costituzionale nella sentenza n. 309 del 1997¹⁴¹, sentenza nella quale si legge che grazie alla privatizzazione sarà più semplice raggiungere ed attuare il precetto costituzionale dell’efficienza in quanto la disciplina privatistica del lavoro subordinato si presenta «*più idonea alla realizzazione delle esigenze di flessibilità nella gestione del personale*». Inoltre, il rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici può «*essere astratto dall’orbita della disciplina civilistica per tutti quei profili che sono connessi al momento esclusivamente pubblico dall’azione amministrativa*». Si inizia a considerare strumento importante se non anche necessario la

¹⁴⁰ Si rinvia a Corte Cost. del 25 luglio 1996, n. 313, in *Foro it.*, n. I (1997), pp. 34 e sgg., con nota di FALCONE, *La “mezza” privatizzazione della dirigenza al vaglio della Corte Costituzionale*.

¹⁴¹ Si veda Corte Cost., sentenza del 16 ottobre 1997, n. 309, in *Dir. lav.*, n.II (1998), pp. 206 e sgg., con nota di ARPANO, *Legittimità costituzionale della privatizzazione del pubblico impiego*; e in *Riv.it.dir.lav.*, n. 2 (1998), pp. 33 e sgg., nota di VALLEBONA, *Alchimie del legislatore e occhiali del giurista nella riforma della contrattazione collettiva con le pubbliche amministrazioni*.

flessibilità. Il termine flessibilità, molte volte abusato, può significare tutto ed anche il suo contrario.

Una volta chiarito che in questa sede di indagine al termine di flessibilità si associa il significato di dinamicità contrattuale della pubblica amministrazione, strettamente connesso alle tipologie contrattuali flessibili intese quali strumento rivolto al perseguimento dell'efficienza, sarà possibile riuscire a capire come agisce lo "strumento" flessibilità nella e della gestione del personale rispetto all'organizzazione del lavoro teso all'efficienza e quindi del buon andamento.

In definitiva, per la Consulta una volta intervenuta la legge a delineare i tratti essenziali del rapporto il resto della materia può essere regolata da fonti diverse, quali la contrattazione collettiva e il codice civile (e dalle norme di disciplina del rapporto di lavoro nel settore privato), e per questo nessun rilievo può essere sollevato rispetto alla natura del rapporto (privatizzato) e rispetto ai principi contenuti nell'art. 97 Cost..

In questa prospettiva sia un regime pubblico sia un regime privato sono strumentali a garantire il rispetto dei principi di buon andamento dell'amministrazione e per questo idonei a raggiungere gli obiettivi fissati dalla Costituzione. Questa è la posizione neutrale che ha permesso all'ordinamento interno di realizzare il processo di privatizzazione del rapporto di impiego con la pubblica amministrazione (cosa che non è stata possibile per altre realtà europee).

A questo punto preme chiarire che la disciplina del pubblico impiego è sicuramente inclusa nel principio del buon andamento sia per emersione dalla disposizione nel T.U. sugli impiegati civili dello Stato, D.P.R. n. 3/57, per la quale il dipendente pubblico «*persegue in conformità delle leggi, con diligenza e nel miglior modo possibile, l'interesse dell'amministrazione per il pubblico bene*» sia per effetto di una giurisprudenza della Corte Costituzionale che dapprima con la sentenza n. 124 del 1968 afferma che il principio di buon andamento riguarda anche la disciplina del pubblico impiego in quanto può influire sull'andamento dell'amministrazione; e successivamente con la sentenza n. 21 del 1978 fissa una regolazione unitaria dell'aspetto retributivo dei pubblici impiegati finalizzato al buon andamento; di seguito con la sentenza n. 60 del

1991 si individua anche la necessità di efficienza e contenimento dei costi e si considera, con la sentenza n. 63 del 1998, l'estraneità della tutela delle posizioni acquisite dai lavoratori.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 68 del 1980 racchiude appieno quella che viene considerata la necessità di valutare quale parametro per la disciplina del rapporto di lavoro nel settore pubblico l'influenza che questi ha sull'andamento dell'amministrazione. In tale ambito risulta definito che il riassetto delle fonti, operato rispetto al nuovo ruolo assunto dalla contrattazione collettiva, costituisce il fondamento della riforma del pubblico impiego¹⁴².

Ruolo che ha visto definire la «*contrattazione collettiva di settore quale fonte di regolazione dei rapporti individuali di lavoro dei dipendenti pubblici*»¹⁴³. Il primato della contrattazione collettiva aveva quale obiettivo primario quello di mettere fine a quel sistema disomogeneo di trattamenti economici che aveva caratterizzato l'impiego pubblico presentando una spesa che appariva ingiustificata e fuori controllo. Pertanto, il contratto collettivo è fonte diretta sul rapporto di lavoro, salvo la limitazione, contenuta nell'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001, alle materie oggetto di riserva di legge e precisamente quelle che contengono le linee fondamentali di organizzazione degli uffici¹⁴⁴. Infatti l'art. 33 del d.lgs. n. 150 del 2009 modifica l'art. 2, co. 2, fortificando l'aspetto di inderogabilità delle prescrizioni ivi contenute, chiarendo che : «*I rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel*

¹⁴² Si veda SCAGLIONE M., *Prime osservazioni sulla riforma c.d. «Brunetta» del lavoro pubblico privatizzato*, in *Mass.giur.lav.*, 2009, pp.884 e sgg.

¹⁴³ Cfr. SCAGLIONE M., *Ibidem*, p. 884.

¹⁴⁴ L'ultima riforma, operata con il D.Lgs. n. 150 del 2009 (c.d. "Brunetta", dal nome del Ministro della Funzione Pubblica che l'ha proposta), del lavoro pubblico privatizzato sembrava all'inizio aver spostato il sistema delle fonti, ma in realtà ha limitato gli spazi della contrattazione collettiva aumentando il rapporto legge-contratto a favore della prima.

*presente decreto, **che costituiscono disposizioni a carattere imperativo***¹⁴⁵. Eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili, (- salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario [parte abrogata]-) **solo qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge**¹⁴⁶».

In definitiva, anche la riserva di legge contenuta nel precetto costituzionale viene ricondotta all'aspetto della gestione delle risorse umane e quindi riferito all'organizzazione degli uffici. Infatti nell'impianto tradizionale la gestione del personale è conglobata e soggiace alla stessa riserva di legge in materia di organizzazione amministrativa.

Risulta ora più chiara la differenza tra il diritto del lavoro pubblico e il diritto del lavoro privato ed ancora più limpida la finalità principale perseguita.

In breve, nel primo risulta essenziale accrescere l'efficienza attraverso la razionalizzazione del costo del lavoro e di conseguenza ottenere il contenimento della spesa per il personale e più in generale di quella pubblica. Nel secondo è essenziale garantire la tutela dell'uomo lavoratore.

Risulta così ampiamente condivisibile l'osservazione di Pileggi¹⁴⁷ per il quale la funzione assolta dal diritto del lavoro nel settore pubblico, a differenza di quanto avviene nel settore privato, è principalmente quella di fortificare e potenziare il potere organizzativo per accrescere l'efficienza della pubblica amministrazione consentendo la più opportuna utilizzazione delle risorse umane, le quali sono fortemente condizionate

¹⁴⁵ La parte in neretto indica la parte aggiunta nell'art. 2 del D.Lgs. 165/2001 ad opera dell'art. 33 del D.Lgs. n. 150/2009.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ PILEGGI A., *Efficienza della Pubblica amministrazione e.....*, cit., p. 59. Per l'A. la funzione del diritto del lavoro nel settore privato è un fattore che tendenzialmente limita il potere organizzativo datoriale.

dalle risorse finanziarie nel rispetto del principio di controllo e contenimento della spesa pubblica contenuto nell'art. 81 della Costituzione¹⁴⁸.

A questo punto se appare chiara la posizione del rapporto di lavoro rispetto alla privatizzazione ed alle fonti di disciplina va ora definita la posizione che assume l'organizzazione amministrativa all'interno del processo di privatizzazione e rispetto al rapporto assunto con le fonti. Giova a tal fine ricordare il principio della netta separazione tra attività di indirizzo politico e attività di gestione finalizzata ad accrescere l'autonomia e i poteri gestionali e conseguente piena responsabilizzazione del dirigente operata con il decreto n. 29/93 (c.d. prima privatizzazione)¹⁴⁹ e la distinzione più netta apportata con la seconda privatizzazione (l. n.59/97) nella sfera dell'organizzazione che fino a quel momento era interamente disciplinata dalla norma pubblicistica¹⁵⁰.

Il d.lgs. n. 80/1998, attuativo della l. n. 59/97, opera una netta distinzione fra funzioni di indirizzo politico-amministrativo (a cui è demandata la definizione degli obiettivi e dei programmi e la successiva verifica e controllo dei risultati attesi e raggiunti) e funzioni amministrative, quali l'adozione di atti e provvedimenti finalizzati in via esclusiva alla gestione delle risorse finanziarie e umane e ai risultati. Dapprima tali funzioni sono state perseguite - nella seconda privatizzazione - con l'istituzione del ruolo unico dei dirigenti, in seguito sono state apportate nuove modifiche con la legge 15 luglio 2002, n. 145, che prevede la creazione dell'Area della vice dirigenza, sino ad arrivare, con il D.P.R. 108 del 2004, alla soppressione del ruolo unico e la conseguente istituzione del ruolo dei dirigenti (articolato nella prima e nella seconda fascia) in ogni

¹⁴⁸ L'art. 81 della Costituzione sancisce al terzo e quarto comma: «3.- Con la legge di approvazione del bilancio non si possono stabilire nuovi tributi e nuove spese; 4.- Ogni altra legge che importi nuove e maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte».

¹⁴⁹ Per una ricostruzione sul rapporto tra lavoro pubblico ed efficienza si rinvia a NAPOLI M. (a cura di), *Riforma del lavoro pubblico ed efficienza della pubblica amministrazione*, Torino 1996; per una differente angolazione si veda VIRGA P., *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, Milano 1995; per una più ampia visione si veda CECORA G., D'ORTA C. (a cura di), *La riforma del pubblico impiego*, Bologna 1994.

¹⁵⁰ Cfr. CARINCI F., «Costituzionalizzazione» ed «autocorrezione» di una riforma (la c.d. privatizzazione del rapporto di impiego pubblico, in *Arg.dir.lav.*, 1998, pp. 35 e sgg..

amministrazione¹⁵¹ (da ultimo anche la riforma c.d. “Brunetta” ha molto inciso sul ruolo e soprattutto sulle responsabilità dei dirigenti)¹⁵².

Viene operata tra la prima e la seconda privatizzazione, forse un po’ a sorpresa, una distinzione tra due aree interne all’organizzazione amministrativa - oggi confluite nel d.lgs. n. 165 del 2001 - individuate nella riforma della dirigenza¹⁵³:

- Macro organizzazione, art.2, comma 1, che prevede la cornice degli atti generali e quindi le funzioni di indirizzo politico-amministrativo esercitate dagli organi preposti per l’adozione di atti e provvedimenti amministrativi entro i quali si svolge l’attività amministrativa “periferica”;
- Micro organizzazione, art.5, comma 2, costituita dall’organizzazione degli uffici, ad opera dei dirigenti, che deve attuarsi nel rispetto della cornice degli atti generali.

2. L’intangibilità dell’organizzazione e potere datoriale. Dal modello burocratico a quello d’impresa

L’amministrazione pubblica non è un soggetto economico che opera nel rispetto delle regole del mercato ma è un soggetto che persegue principalmente finalità pubbliche. Questa concezione non esclude che l’amministrazione, in particolare quella

¹⁵¹ Si veda SPINELLI C., *Organizzazione e poteri «datoriali» del dirigente pubblico*, in CARABELLI U., CARINCI M. T. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari 2010, pp. 113-126.

¹⁵² Si rinvia a CARUSO B., *Le dirigenze tra nuovi poteri e responsabilità (il ridisegno della governante nell’amministrazioni italiane*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”. IT – 104/2010 su www.lex.unict.it.

¹⁵³ Nel conseguimento degli obiettivi della riforma centrale è il ruolo assunto dalla riforma dei dirigenti, si rinvia per tutti a MAZZOTTA, *Attribuzioni e poteri del dirigente sanitario*, in *Lav.pubbl.amm.*, 2003, pp. 471 e sgg..

che eroga servizi, possa essere diretta seguendo tecniche proprie dell'impresa privata¹⁵⁴. È proprio in questa direzione che si sono mosse le recenti riforme e in modo più deciso lo ha fatto il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, «attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni»¹⁵⁵, attraverso l'inserimento nell'amministrazione pubblica dei canoni previsti nel *New public management* adottando i dettami della *performance*, alla quale corrisponde una maggiore flessibilità sia in termini di obiettivi sia in termini di autonomia decisionale del manager pubblico¹⁵⁶, termine con il quale si indica (ora) il dirigente pubblico¹⁵⁷.

La riforma nasce con un'impronta dirigista e fortemente centralizzatrice, tipica dell'amministrazione britannica¹⁵⁸, ma subito deve fare i conti con il sistema delle autonomie locali presente nell'ordinamento italiano. Disciplinare dal centro imponendo a cascata con un approccio *top down* le regole è risultato da subito molto complicato in un sistema, come quello italiano, costituito da autonomie costituzionalmente protette¹⁵⁹.

¹⁵⁴ Così indicava profeticamente GIANNINI M.S., *Scritti*, Vol. III (1949-1954), Milano 2000.

¹⁵⁵ Per i profili generali della riforma "Brunetta" si rinvia a BELLAVISTA A., *La riforma Brunetta: profili generali*, in *Il Diritto del Mercato del Lavoro*, n. 1-2 (2010), pp. 79 – 86.

¹⁵⁶ L'osservazione sul ruolo manageriale del dirigente pubblico è di TULLINI, *La responsabilità del dirigente pubblico (una lettura in chiave giurisprudenziale)*, in *Arg.dir.lav.*, 2000, pp. 591 e sgg.; anche CALÀ F., *Il dirigente della pubblica amministrazione*, Roma 2006, p. 12, afferma che la mutata versione del D.Lgs. n. 29/1993 operata dal D.Lgs. n. 80/1998 richiede una revisione del modello burocratico ad un modello improntato su logiche e comportamenti di tipo manageriale; dello stesso avviso anche FERLUGA L., *La dirigenza pubblica verso la "privatizzazione": gli ultimi (e forse definitivi) interventi legislativi*, in *Giust. civ.*, n. 2 (1999) pp.24 e sgg..

¹⁵⁷ Tale risultato è stato segnalato dagli studi compiuti sui Paesi che hanno sviluppato riforme dell'amministrazione pubblica in tale senso dall'Organisation for Economic Co-operation and Development (OCDE), *Public Sector Modernisation: The Way Forward*, 2005, pp.2 e sgg..

¹⁵⁸ Si rinvia a LE GALÉS, *Controllare e sorvegliare*, in LASCOUTES, LA GALÉS (a cura di), *Gli strumenti per governare*, Milano 2009, pp. 4 sgg..

¹⁵⁹ La riforma del Titolo V della Costituzione, operata con la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n.3, ridisegna gli ambiti entro i quali le Regioni e le Province autonome possono esercitare la funzione legislativa ed in particolare il rapporto tra le potestà legislative sub-statali in materia di disciplina dell'organizzazione delle Amministrazioni visto che il novellato art. 117 Cost. prevede, tra

La costruzione nel nuovo impianto ha mostrato subito criticità forti. Il tentativo di intervento operato dalla “*Terza riforma del lavoro pubblico*”¹⁶⁰ sugli articoli 2 e 5 del d.lgs. n. 165 del 2001, che individuano rispettivamente la macro e la micro organizzazione, hanno mostrato dalla loro parte molta ideologia¹⁶¹. Soprattutto se si analizzano i punti di costruzione su cui tale riforma ha poggato i propri pilastri. Il tentativo di mutuare dall’impresa la capacità di imporre dall’alto le regole della gestione appaiono applicate nella pubblica amministrazione armi meno potenti di quanto non lo siano nel settore privato, anzi si può tranquillamente affermare che siano “*spuntate*”. La stima o meglio l’aspettativa che la legge funzioni quale elemento non solo regolamentatore ma anche “*educativo*”¹⁶² ha suscitato non poche perplessità anche in

l’altro, l’esclusiva competenza del legislatore statale nell’«ordinamento e organizzazione amministrativa dello stato e degli enti pubblici nazionali», distinguendo così tra competenza nazionale (affidata allo Stato) e competenza regionale - e provinciale - (affidata alle Regioni e alle Province). Distinzione che viene confermata dalla sentenza n. 274 del 2003, Corte Cost., nella quale il giudice delle leggi ribadisce che l’ordinamento e l’organizzazione amministrativa spetta alla competenza esclusiva delle Regioni (a statuto ordinario e speciale) ed anche alle Province autonome. In definitiva due sono i profili fondamentali: 1) quello dell’organizzazione che soggiace alla regolazione pubblicistica di competenza regionale; 2) quello della gestione dei rapporti di lavoro alla quale si applicano le regole del diritto privato di competenza del Legislatore statale.

¹⁶⁰ Così viene indicata la riforma Brunetta in CARINCI F., MAINARDI S. (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico. Commentario al D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, aggiornato al “Collegato lavoro”*, Milano 2011.

¹⁶¹ Non è un caso il titolo del volume di ZOPPOLI L., *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli 2009.

¹⁶² Già prima della riforma molte critiche sul ruolo “educatore” della norma, per tutti si rinvia a CARUSO B., ZAPPALÀ L., *La riforma “continua” delle pubbliche amministrazioni: licenziare i nullafacenti o riorganizzare la governance?*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, n. 1 (2001), pp. 1 e sgg.; post riforma si veda BALLESTRERO, “*Modello fannullone*”: *il lavoratore pubblico secondo la riforma Brunetta*, in *Persone, Lavori, famiglie*, a cura di BALLESTRERO, DE SIMONE, Torino 2009, pp. 15 e sgg..

riferimento agli amministratori pubblici - oggi definiti *manager* - poco inclini al rispetto di una cultura aziendalistica¹⁶³.

Ancora più dubbi ha sollevato la parte della terza riforma che ha riguardato la qualità del dipendente che per legge, nel ciclo di gestione e relativamente alla valutazione della *performance*¹⁶⁴, deve corrispondere ad una delle tre categorie/fasce¹⁶⁵: 1) meritevole (valutato molto positivamente); 2) normale-adequato (valutato); 3) poco adeguato o non adeguato¹⁶⁶ (non valutato). Tale valutazione del dipendente è collegata al trattamento accessorio individuale e risulta così attribuita¹⁶⁷ in base alla collocazione del dipendente ad una delle sopracitate fasce. Per questo motivo ogni amministrazione è chiamata ad

¹⁶³ Da ultimo è tornato sulla questione ICHINO P., con un'intervista pubblicata da *La Stampa*, il 25 marzo 2012, indicando la necessità che il dirigente del settore pubblico si riappropri delle prerogative manageriali a patto che accetti di rispondere per il mancato raggiungimento degli obiettivi.

¹⁶⁴ Si veda CARINCI F., *Il secondo tempo della riforma Brunetta: il D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, n.6 (2010), pp. 1025 – 1090; relativamente al ciclo della *performance* applicata alle autonomie locali si veda BOLOGNINO D., *L'attuazione del sistema di valutazione delle performance nel comparto regioni ed autonomie locali: profili giuridici*, in *Il lavoro nelle pubbliche ...*, *ibidem*, pp. 1091 e sgg.; a quindici anni di distanza sul punto offre ancora argomenti di riflessione il saggio di LUCIANI V., *Incentivi retributivi e premi di produttività individuale nel settore pubblico: tra "idealismo" legislativo e "realismo" contrattuale*, in *ADL*, n. 4 (1997), pp. 87-101, per l'A. la verifica della produttività si imbatte nell'errore, o meglio nell'ostacolo, che i servizi erogati non possono essere ricondotti a precisi termini economici.

¹⁶⁵ Le tre fasce prevedono che il personale venga collocato in una percentuale definita per ciascuna fascia: a) prima - fascia di merito alta, il 25% del personale; b) seconda - fascia di merito intermedia, il 50% del personale; c) terza - fascia di merito bassa, il restante 25% del personale. Sull'art. 19 del D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, *"Attuazione della legge 4 marzo 2009, n.15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni"* si rinvia al commento di OLIVIERI L., *Il nuovo ordinamento del lavoro pubblico. Il D.Lgs. 150/2009 dopo la Manovra Monti commentato articolo per articolo*, Rimini 2012, pp. 103 – 140.

¹⁶⁶ ZAPPALÀ, *Le amministrazioni "valutate sul serio": soggetti e procedure del ciclo di gestione della performance*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, n. 3 (2010); si veda anche GARGIULO U., *Merito e premialità nella recente riforma del lavoro pubblico*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 5/6 (2009), pp. 929-957;

¹⁶⁷ In realtà tale previsione normativa è rimasta, per ora, solo sulla carta e non è stata ancora possibile applicarla per la carenza dei fondi da ridistribuire tra i lavoratori del settore pubblico, i quali, in questo periodo hanno conosciuto un vero e proprio blocco delle retribuzioni.

istituire un Organismo indipendente di valutazione della *performance* (OIVP)¹⁶⁸. Da qui è facile intuire i possibili effetti negativi e le controindicazioni che una visione così rigida imposta da una legge possa in realtà produrre. Abbinare efficienza a meritocrazia risulta più un ossimoro che un vero obiettivo realizzabile¹⁶⁹.

Il dato rilevante è che questa parte della terza riforma collegata alla *performance* individuale, su cui molto aveva puntato l'allora Governo in carica, è stata rimandata di qualche anno dallo stesso legislatore in virtù del blocco degli stipendi deciso con la manovra estiva, in base all'accordo del 4 febbraio 2011, confluito nel d.lgs. n. 141 del 2011, il quale ha sancito che l'effettiva entrata in vigore della "*differenziazione della valutazione della performance*" si avrà solo con la sottoscrizione dei prossimi contratti collettivi nazionali di lavoro. Molte le critiche¹⁷⁰ sollevate che hanno messo in evidenza la mancanza di collegamento tra l'effetto che può produrre la valutazione della performance dei lavoratori su base fissa con il possibile aumento di efficienza e produttività della prestazione lavorativa.

¹⁶⁸ Cfr. BATTINI S., CIMINO B., *La valutazione della performance nella riforma Brunetta*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e*, Cit., p. 261.

¹⁶⁹ Si veda SANTUCCI R., MONDA P., *Valorizzazione del merito e metodi di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e ...Ibidem*, pp. 275 - 305.

¹⁷⁰ Tra le numerose critiche dei tanti oppositori si rinvia per tutti alla critica più eclatante espressa tramite lettera aperta contro l'allora Ministro della Funzione Pubblica Brunetta ad opera di uno dei membri della CIVIT (Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche), il dimissionario, MICHELI P., Lettera aperta, consultabile su www.pietroichino.it/?p=12190 per il quale "*in nessuna organizzazione la valutazione individuale può dare buoni frutti se non c'è una buona gestione organizzativa. Invece, il consenso ottenuto con la campagna anti-fannulloni e la presenza nella legge di riforma di alcuni elementi esageratamente prescrittivi (ad es., la ripartizione dei valutati in fasce definite ex ante) hanno focalizzato l'attenzione di tutti sulla performance individuale*". Per un approfondimento si veda BEVILACQUA P., VANNUTELLI G., *L'applicazione delle fasce di merito alle autonomie locali: fasce chiuse o fasce aperte*, in *Azienditalia – Il personale*, n. 4/2011, pp. 169 sgg., per gli AA. è possibile che nelle singole fasce non vi sia un numero predeterminato di dipendenti (numerosi gli enti locali che hanno aderito a tale indicazione, si cita per tutti uno dei primi: COMUNE DI BAGNOLO PIEMONTE, che ha determinato con deliberazione del 23/08/2011 n. 121, la "*Metodologia permanente di valutazione ai fini dell'erogazione salario accessorio e progressioni economiche orizzontali per dipendenti non responsabili di servizio*".

In realtà una più approfondita disamina della terza riforma del lavoro pubblico, detta legge “Brunetta”, mette in luce aspetti tecnici e strumenti di *new governance* che meritano un approfondimento, soprattutto se riferito ad un contesto europeo e persino globale. Approfondimento che di certo non può effettuarsi in un breve lasso di tempo ma richiede una tempistica di medio lungo periodo, in quanto gli strumenti adoperati - *mandatory disclosure*, *benchmarking*, norme standard ed individuazione e diffusione di *best practices* –, rivelano i propri risultati solo dopo lunghe e attente analisi¹⁷¹.

Ne deriva che un simile approccio risulti giustificato nella macro-organizzazione di stampo tradizionale e inglobato nel diritto pubblico-amministrativo e nella disposizione contenuta nel citato art. 2, co. 1, del d.lgs. n. 165 del 2001, ai sensi del quale: «*Le amministrazioni pubbliche definiscono, secondo principi generali fissati da disposizioni di legge e, sulla base dei medesimi, mediante atti organizzativi secondo i rispettivi ordinamenti, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; determinano le dotazioni organiche complessive.*»

Se la privatizzazione ha poco inciso nell’aspetto della macro-organizzazione, molto diverso si presenta l’aspetto della c.d. micro-organizzazione. La micro-organizzazione è stata privatizzata ma non è stata sottoposta alla contrattualizzazione, in quanto le capacità e i poteri del datore di lavoro pubblico non possono essere negoziati¹⁷². Infatti, se con la legge quadro n. 93 del 1983 era stato decretato l’abbandono della riserva di contrattazione ed era stata introdotta la riserva di regolazione unilaterale e pubblicistica per alcune materie, *quelle sotto riserva di legge*, per quelle escluse non veniva consentita la contrattazione collettiva, così come previsto dall’art. 10 del d.lgs. n. 23 del

¹⁷¹ Cfr. CARUSO B., *Gli esiti regolativi della “riforma Brunetta” (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni)*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, n. 2 (2010), pp. 235 e sgg..

¹⁷² Sul punto si veda CARINCI F., *Le fonti della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *Arg.dir.lav.*, 2000, p. 77. Per l’A. non vi è negoziabilità dei poteri dirigenziali; di segno contrario D’ORTA, *Il poter organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in CARINCI F., ZOPPOLI L. (a cura di), *Commentario 2004*, l’A. sembra ammettere la negoziabilità dei poteri dirigenziali per la natura privatistica degli atti di micro-organizzazione.

1993, per il quale veniva garantita l'intangibilità dei poteri del dirigente al quale era riservata la gestione delle risorse umane e non risultava soggetto all'imposizione a trattare in sede decentrata con le parti sindacali¹⁷³.

Nonostante la più ampia area sottoposta a privatizzazione conosciuta con la legge n. 56 del 1997, attraverso la quale si erano toccati anche gli aspetti di micro-organizzazione, continuavano a rimanere esclusi¹⁷⁴ dalla contrattabilità gli atti di micro-organizzazione, limitando la partecipazione sindacale a procedure che non diano «risultati vincolanti per la parte pubblica»¹⁷⁵. La conseguenza è stata: la necessaria distinzione tra atti interni di organizzazione (di ambito pubblicistico e sottratti alla contrattazione) e determinazioni per l'organizzazione degli uffici (assoggettati a forme partecipative)¹⁷⁶.

Ne deriva che l'intangibilità dei poteri datoriali si ricava dall'attribuzione di detti poteri attraverso il contenuto dell'art. 5 del d.lgs. n. 165 del 2001 nel quale è previsto che le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione del rapporto di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri, appunto, del privato datore di lavoro.

Ciò determina una “*presunta*” *capacità gestionale privatistica del dirigente*, il quale deve essere in grado di assumere tutte le determinazioni necessarie per l'organizzazione del proprio ufficio. Anche in questo aspetto si rileva un dato che evidenzia la specialità del rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni in quanto sussiste, a differenza di quanto avviene per il datore di lavoro privato, l'impossibilità nel lavoro pubblico di

¹⁷³ Sul punto si veda NICOLOSI M., *La negoziabilità dei poteri dirigenziali dopo il d.lgs. n. 150/2009*, in *Lavoro nella Giur.*, vol. 2, 2011, pp.181 e sgg..

¹⁷⁴ Una parte minoritaria della dottrina si è contrapposta per una opinione di senso contrario, per tutti si veda BARBIERI M., *La contrattazione collettiva*, in CARINCI F., D'ANTONA M. (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Commentario, 2° ed., Milano 2000, pp. 1127 e sgg..

¹⁷⁵ Cfr. BELLAVISTA A., *Contrattazione collettiva e lavoro pubblico*, in *Riv.giur.lav.*, 2007, I, p.333.

¹⁷⁶ Sul punto si veda BOSCATI A., *La partecipazione sindacale nel settore pubblico e la negoziabilità dei poteri privatistici del dirigente datore di lavoro*, in *Dir.rel.ind.*, 2000, pp.407 e sgg..

conformare il potere organizzativo del datore di lavoro al particolare contratto collettivo definito gestionale¹⁷⁷.

Come rilevava D'Orta¹⁷⁸ prima della privatizzazione «*quasi sempre [...] le decisioni dei dirigenti in materia di organizzazione e di gestione del personale erano subordinate al consenso sindacale*» e per tale motivo dovevano essere evitate, anche per l'effetto clientelare che potevano suscitare. I vincoli costituzionali nel momento in cui prendevano il sopravvento facevano intuire che la finalità della privatizzazione sopra individuata nella necessità di accrescere l'efficienza tornasse ad essere considerata uno strumento teso a voler perseguire le finalità pubblicistiche¹⁷⁹. Già nel lontano 1975, Ghera¹⁸⁰ sottolineava che «*la riserva di legge contenuta nell'art. 97 Cost.*» [...] riparava «*l'organizzazione amministrativa del lavoro, cioè le strutture burocratiche degli apparati pubblici [...], dall'area della contrattazione collettiva che deve limitarsi alla determinazione delle condizioni d'impiego della forza lavoro sul piano tariffario*».

Una privatizzazione priva della contrattualizzazione mina gli ideali che ne avevano spinto la realizzazione in quanto era poco accettabile un limitato spazio negoziale; spazio che doveva essere presente e meglio se di tipo gestionale¹⁸¹, visto che il contenuto del d.lgs. n. 29/93 (anche nella versione con le successive modificazioni) non preclude il contratto collettivo gestionale¹⁸². Del resto il contratto collettivo gestionale,

¹⁷⁷ Sul punto si veda LISO F., *Autonomia collettiva e occupazione*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, pp.256 e sgg..

¹⁷⁸ D'ORTA, *La riforma della dirigenza pubblica*, in RUSCIANO M., ZOPPOLI L., *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Torino 1993, p. 46.

¹⁷⁹ Cfr. PILEGGI A., *Efficienza della Pubblica amministrazione e.....*, Cit., p. 125.

¹⁸⁰ GHERA E., *Il pubblico impiego*, Bari 1975, p.57; sempre prima della riforma sulla stessa linea si segnala anche VIRGA, *Il pubblico impiego*, 3^a edizione, Milano 1991.

¹⁸¹ Cfr. D'ANTONA, *La contrattazione collettiva privatistica nelle amministrazioni pubbliche*, in ALLEVA, D'ALESSIO, D'ANTONA (a cura di), *Nuovo rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Roma, p. 71.

¹⁸² Il contratto collettivo gestionale si riferisce agli accordi variamente disciplinati dalla legge e diretti, a regolamentare non il rapporto di lavoro, ma, a procedimentalizzare i poteri datoriali. La nozione di contratto collettivo gestionale è stata elaborato dalla Corte Costituzionale, relativamente agli accordi sindacali sui criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità in applicazione della legge n. 223 del

come il contratto collettivo normativo, tende a limitare il potere del datore di lavoro attribuendo nello stesso momento diritti al lavoratore¹⁸³.

L'arretramento della contrattualizzazione (accompagnato dall'arretramento del giudice amministrativo) ha comportato un rafforzamento dei poteri dirigenziali. Per questo è stata operata la separazione tra i compiti e le responsabilità di direzione politica e responsabilità di direzioni delle amministrazioni.

Da una parte vi è quindi il rapporto politica-amministrazione (non più fondato sul modello gerarchico ma ora fondato sul modello dell'indirizzo), dall'altra si è delineata una autonoma gestione delle amministrazioni¹⁸⁴.

Soccorre in aiuto per un chiarimento delle competenze, tra chi esercita le funzioni di indirizzo politico-amministrativo e chi esercita il potere di organizzazione, l'art. 4 del d.lgs. n. 165 del 2001¹⁸⁵, che prevede le funzioni che esercitano gli organi di governo e

1991, con la decisione n. 268 del 1994 attribuendo ai lavoratori la scelta dei criteri attraverso i quali individuare i lavoratori da mettere in mobilità, sostituendosi al datore di lavoro il quale agisce solo in via sussidiaria; e relativamente agli accordi collettivi stipulati per l'individuazione delle prestazioni indispensabili in caso di sciopero dei servizi pubblici essenziali con la decisione 344 del 1996. Secondo un recente indirizzo della Corte di Cassazione, Sez. Lav., n. 19275 dell'11 luglio 2007, l'interesse tutelato dagli accordi gestionali, definiti nella sentenza quali «*contratti collettivi applicabili in azienda*», rappresenta un arco di interessi più vasto di quello dei soli iscritti in quanto diretti a regolare interessi cogenti e sono espressione della «*capacità dell'organizzazione sindacale di accreditarsi come interlocutrice stabile dell'imprenditore*». In dottrina, anche se risalente ma ancora molto attuale, per tutti si veda LISO, *Modifiche dell'organizzazione e contratto di lavoro*, in *Giornale dir.lav.rel.ind.*, 1981, p. 568. Per l'A. si tratta di un contratto che ha ad oggetto «*la determinazione dei modi e delle condizioni alle quali verrà esercitato il potere modificativo (organizzativo) del datore di lavoro*».

¹⁸³ Sul punto si rinvia a PILEGGI A., *Op. cit.*, p. 244; si veda anche PERSIANI M., *Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali*, in *Arg.dir.lav.*, n. 1 (1999), pp.1 e sgg..

¹⁸⁴ Sul punto si veda ALES E., *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro. Un'interpretazione giuslavoristica del rapporto tra indirizzo e gestione*, Milano 2002, p. 15.

¹⁸⁵ L'art. 4 del D.Lgs. n. 165/2001 recita: «1. Gli organi di governo esercitano le funzioni di indirizzo politico-amministrativo, definendo gli obiettivi ed i programmi da attuare ed adottando gli altri atti nello svolgimento di tali funzioni, e verificano la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti. Ad essi spettano, in particolare: a) le decisioni in materia di atti normativi e l'adozione dei relativi atti di indirizzo interpretativo ed applicativo; b) la definizione di

l'art. 5, stesso decreto, che come in precedenza detto, individua la così detta micro-organizzazione attribuendo agli organi preposti alla gestione dei rapporti di lavoro la capacità e i poteri del privato datore di lavoro.

Il riconoscimento nel settore pubblico dell'esercizio del potere direttivo all'organo di governo che lo esercita in qualità di datore di lavoro, che si rispecchia tra l'altro nell'art. 2094 del codice civile, rileva da una parte la titolarità della funzione che permette l'adozione degli atti di indirizzo in virtù dell'art. 4, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001, attraverso i quali l'organo di governo si contrappone tra vertice e i lavoratori, evitando così quei contratti *consociativi* risultati in precedenza dannosi ai fini dell'efficienza delle pubbliche amministrazioni. Dall'altra parte si pone la qualificazione di "*imprenditoriale*" da attribuire all'organo preposto, tradotto nelle funzioni di indirizzo politico-amministrativo consistente nella definizione degli obiettivi da attuare.

In particolare, a differenza di quanto avviene per gli altri fattori della produzione, *«l'organizzazione del lavoro altrui attiva la dimensione datoriale della sfera imprenditoriale in quanto l'esercizio dei poteri sulla persona che lavora si realizza nei*

obiettivi priorità, piani, programmi e direttive generali per l'azione amministrativa e per la gestione; c) la individuazione delle risorse umane, materiali ed economico-finanziarie da destinare alle diverse finalità e la loro ripartizione tra gli uffici di livello dirigenziale generale; d) la definizione dei criteri generali in materia di ausili finanziari a terzi e determinazione di tariffe, canoni e analoghi oneri a carico dei terzi; e) le nomine, designazioni ed atti analoghi ad essi attribuiti da specifiche disposizioni; f) le richieste di pareri alle autorità amministrative indipendenti ed al consiglio di Stato; g) gli altri atti indicati dal presente decreto. – 2. Ai dirigenti spetta l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa, mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. essi sono responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati. – 3. Le attribuzioni dei dirigenti indicate dal comma 2 possono essere derogate soltanto espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative. – 4. Le amministrazioni pubbliche i cui organi di vertice non siano direttamente o indirettamente espressione di rappresentanza politica, adeguano i propri ordinamenti al principio della distinzione tra indirizzo e controllo, da un lato, e attuazione e gestione dall'altro. A tali amministrazioni è fatto divieto di istituire uffici di diretta collaborazione, posti alle dirette dipendenze dell'organo di vertice dell'ente.[comma modificato dall'art. 2, comma 632, L.24 dicembre 2007, n. 244] ».

*limiti di una disciplina legale e contrattuale collettiva – il diritto del lavoro – che, come detto, condiziona l'utilizzo delle risorse umane al rispetto dei loro diritti»¹⁸⁶. Questa affermazione vuol indicare che qualsiasi decisione venga assunta dal datore di lavoro questa sarà filtrata dalle regole del *diritto del lavoro* mentre qualsiasi determinazione venga assunta dall'imprenditore non deve necessariamente rispettarle.*

Ciò significa che qualsiasi decisione assunta dal datore di lavoro, in base a precedenti indicazioni - quelle di indirizzo - imprenditoriali, soggiace alle fonti sia di natura contrattuale che legislative che la condizionano sul piano organizzativo. Per questo le causali, definite criteri obiettivi, come le esigenze tecniche, organizzative e produttive, rappresentano un obbligo a cui conformare il comportamento imprenditoriale¹⁸⁷. In definitiva il datore di lavoro pubblico ha in sé la funzione attuativa degli atti di indirizzo adottati dagli organi titolari della funzione di gestione (art. 4, co. 2, d.lgs. n. 165/2001) e la funzione di verifica dei risultati derivanti dalla gestione delle risorse umane e dell'organizzazione del lavoro in particolare e del rispetto dei canoni dell'efficienza dell'*agire* dell'amministrazione in generale.

Non v'è dubbio dell'esistenza di un nesso¹⁸⁸ tra la disposizione contenuta nell'art. 4 e le disposizione di cui agli artt. 2 e 5 d.lgs. n. 165/2001. In particolare, letto in combinato disposto l'art. 4 e l'art. 5 (d.lgs. ult. cit.) si riscontra la distinzione tra atti di amministrazione e gli atti di organizzazione e di gestione delineando così che il dirigente nell'attività amministrativa agisce mediante poteri pubblicistici mentre in quella di organizzazione e di gestione (del personale e dei rapporti di lavoro) agisce

¹⁸⁶ Cfr. ALES E., *Le prerogative datoriali delle pubbliche amministrazioni*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia...*, Cit., p. 111.

¹⁸⁷ In questo senso PERULLI A., *Il potere direttivo: funzioni e limiti*, in Lav.Dir., 2002, pp. 397 e sgg.; lo stesso Autore rilevava la necessità di un intervento del legislatore, avvenuto poi con le privatizzazioni, nella precedente opera sul tema, *Il potere dell'imprenditore*, Milano 1992;

¹⁸⁸ Colto da attenta dottrina MERLONI F., *Commento all'art. 3*, in CARPACI A., RUSCIANO M., ZOPPOLI L., *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche (d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 e successive modificazioni ed integrazioni)*, in NLCC, n. 5-6, p. 1087.

tramite una soggettività giuridica¹⁸⁹ di diritto privato con la capacità del privato datore di lavoro.

Un'ultima osservazione deve essere rivolta verso la titolarità del potere di autorganizzazione, ossia di come le amministrazioni pubbliche configurano il loro potere di organizzazione, il quale dipende dal suo ambito di utilizzo. Per quello che interessa questa indagine ci si può limitare a quella parte dell'organizzazione che, tramite gli organi di governo, si riferisce agli uffici dirigenziali generali ai quali spetta l'emissione degli atti «*relativi all'organizzazione degli uffici di livello dirigenziale non generale*» (art. 16, lett. c), d.lgs. n. 165 del 2001) compresi gli atti riservati dalla legge, tra i quali troviamo quelli che hanno diretta incidenza sulla gestione delle risorse umane: la graduazione delle funzioni e delle responsabilità (art. 24, co. 1, d.lgs. n. 165 del 2001); la scelta delle tipologie contrattuali di lavoro (art. 6, co. 4, stesso d.lgs.).

La gestione delle risorse umane si è dimostrata nel passato il vero punto debole delle riforme del lavoro pubblico per questo la terza riforma ha preteso di affermare una nuova visione del potere di organizzazione più attenta alla gestione delle risorse umane piuttosto che ad un rafforzamento della organizzazione degli uffici, ossia della dimensione strutturale.

In definitiva il legislatore ha puntato molto sull'ottimizzazione del lavoro pubblico e della sua efficienza e trasparenza prefissando all'art. 6 della legge delega n. 15 del 2009 gli obiettivi tra i quali quello di: rafforzare la distinzione tra le funzioni di indirizzo e controllo spettanti agli organi di governo e le funzioni di gestione amministrativa spettanti alla dirigenza.

La ricostruzione compiuta fin qui, ha permesso di individuare la nuova struttura di *governance*¹⁹⁰ e più precisamente l'ambito di azione (macro-organizzazione) dell'imprenditore di lavoro pubblico e l'ambito di azione (micro-organizzazione) del datore di lavoro pubblico. La terza riforma ha avuto sicuramente il merito di aver

¹⁸⁹ Cfr. FALZEA A., *Capacità (teoria gen.)* [voce], in *Enc.dir.*, pp.14-15.

¹⁹⁰ Sul punto si veda CARUSO B., *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (il ridisegno della governance nella p.a.)*, in *I WORKING PAPERS*, n. 104 del 2010, da pp. 13 a pagg. 21.

introdotto una seria discussione¹⁹¹, facilitata dalla previsione contenuta nella stessa norma di poter apportare correttivi in corso d'opera, su come debba realizzarsi il passaggio dal modello datoriale burocratico al modello datoriale d'impresa.

Tra i punti cardine della riforma trova un ampio spazio il controllo dei poteri datoriali, la sua manifestata criticità di funzionamento ed efficacia quale mezzo e strumento idoneo a garantire l'efficienza dell'amministrazione pubblica ne ha imposto una necessaria e radicale modifica. Pertanto, la terza riforma mostra il ruolo dirigenziale rafforzato nell'esaltazione dei poteri e delle prerogative, ora regolati dalla legge, del dirigente stesso ponendolo al riparo dalle incursioni della politica e del sindacato, riconoscendo a quest'ultimo un ruolo più ristretto, attraverso l'introduzione della inderogabilità unilaterale da parte della fonte contrattuale che diviene obbligatoria. Ciò rende libero per legge il dirigente. Tale visione in apparenza contraddittoria può in realtà risultare giustificata dal fatto che il dirigente ora gode di maggiore autonomia nella gestione delle risorse umane. Ne è una conferma la previsione per la quale deve risultare svincolato, quando ha la funzione di dirigere il personale, da recenti esperienze attive di natura politico-sindacale¹⁹².

¹⁹¹ Si veda TIRABOSCHI M., VERBARO F., *Dalla polemica sui nullafacenti alla legge delega n. 15/2009: ragioni e impianto di una riforma*, in TIRABOSCHI M., VERBARO F. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico: commento alla l.n.15 e al D.Lgs. 150/2009*, Milano 2010, pp. 3-28; sul punto si veda anche ALES. E., *Op. cit.*, pp.122 sgg. e CARINCI M.T., *Privatizzazione e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro e nuovi soggetti giuridici dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni*, in CARABELLI U., CARINCI M.T. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari 2010, da pp. 31 a 98 sgg.; interessante la visione proposta da BARBERA M., *Trasformazione della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, in *GDRLI (Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali)*, n. 126 (2010), pp.203 e sgg. sulla "materializzazione" della figura del datore di lavoro.

¹⁹² L'art. 52, comma 1, lett. a), del D.Lgs. n. 150/2009, ha inserito il comma 1-bis, all'art. 53 del D.Lgs. n. 165/2001 la seguente prescrizione: «non possono essere conferiti incarichi di direzione di strutture deputate alla gestione del personale a soggetti che rivestano o abbiano rivestito negli ultimi due anni cariche in partiti politici o in organizzazioni sindacali o che abbiano avuto negli ultimi due anni rapporti continuativi di collaborazione o di consulenza con le predette organizzazioni».

La Funzione Pubblica con circolare n.11 del 6 agosto 2010, ha chiarito che chi è stato eletto ed ha svolto il ruolo di RSU (rappresentante sindacale unitario) è equiparato ai soggetti che hanno rivestito

A questo punto, approfondire e chiarire il controllo dei poteri del datore di lavoro pubblico e di come questo controllo possa confrontarsi con quelli conosciuti dal datore di lavoro privato è il prossimo passo da sviluppare.

3. Controllo del rispetto del principio di buon andamento: l'obbligo di trasparenza dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche

Partendo dal presupposto che la pubblica amministrazione tenda (per legge) all'efficienza¹⁹³ (non indicando se sia di natura sociale, e/o politica e/o economica) bisogna indagare quali siano i meccanismi attraverso i quali si effettua il controllo¹⁹⁴ del rispetto del principio di buon andamento, e comunque verificare se le differenze tra il controllo sull'operato del datore di lavoro pubblico e quello applicato al datore di lavoro privato presentino la possibilità che si sia verificata o si verifichi una osmosi¹⁹⁵.

Un primo punto di visibile diversità si avverte subito dal momento in cui si considera la differenza tra atto amministrativo, emesso per realizzare l'interesse pubblico, e l'atto privato che risulta per definizione libero, come libero è l'agire privato contrapposto per sua natura alla discrezionalità dell'azione amministrativa. Per questo l'azione amministrativa deve sottostare al controllo di legittimità che risulta idoneo a rilevare la sua eventuale inadeguatezza rispetto al fine pubblico da raggiungere. Pertanto le scelte

incarichi in organizzazione sindacali, e pertanto gli eletti RSU non possono ricevere il conferimento dell'incarico dirigenziale deputato alla gestione del personale in quanto “*componenti di organi collegiali*”.

¹⁹³ Cfr. BATTINI S., CIMINO B., *La valutazione della performance*, Cit. p.256, per gli AA. l'efficienza amministrativa è imposta per legge.

¹⁹⁴ Si veda BELLAVISTA A., *Autonomia e responsabilità della dirigenza pubblica dopo il decreto Brunetta*, in *Lavoro nella Giur.*, n.6 (2011), pp. 556 e sgg.;

¹⁹⁵ Sul punto si rinvia a VALLEBONA A., *Il controllo dei poteri pubblici e privati: un utile confronto interdisciplinare*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, n. 8/9 (2009), p. 634; sempre sul profilo comparatistico si veda anche PISANI C., *Il controllo sui poteri del datore di lavoro privato e pubblico*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, n. 8/9 (2009), p. 624.

economico-organizzative del datore di lavoro pubblico soggiacciono al controllo preventivo e consuntivo anche in ordine alla legittimità della spesa sostenuta con la scelta discrezionale compiuta. Ne consegue che per ogni atto amministrativo è richiesta l'esistenza di un interesse pubblico fissato dalla norma giuridica.

Diversa è la situazione del datore di lavoro privato per il quale le sue scelte organizzative risultano insindacabili, ovviamente «*fintantoché la legge non dispone altrimenti*»¹⁹⁶. Tale distanza si assottiglia molto se si considerano gli atti di gestione del rapporto di lavoro essendo, in questo caso, anche «*il potere*» del datore di lavoro «*privato [...] sottoposto a rigorosi limiti che impongono il confronto con quelli propri dell'atto amministrativo.*»¹⁹⁷; limiti che sono determinati dai diritti soggettivi dei lavoratori a cui corrispondono gli obblighi – inerenti al rapporto di lavoro – in capo al datore di lavoro¹⁹⁸.

Il “*cattivo*” operato della pubblica amministrazione in qualità di datore di lavoro determina la lesione del diritto soggettivo e la lesione dell'interesse legittimo. In particolare, per quello che qui ci occupa, nel rapporto di lavoro pubblico privatizzato coesistono atti di gestione del rapporto sia di natura privatistica sia di natura amministrativa (gli atti di macro-organizzazione). Per cui il controllo giudiziale, presso il giudice del lavoro, riguarda sia i diritti soggettivi che gli interessi legittimi (con esclusione della parte della materia che si occupa dei concorsi pubblici per le assunzioni di personale di competenza del giudice amministrativo), che in base al recente indirizzo giurisprudenziale¹⁹⁹ può disapplicare l'atto amministrativo. Da ultimo il Consiglio di Stato, V^a Sezione, con sentenza 29 febbraio 2012, n. 1174, ha escluso «*la possibilità di*

¹⁹⁶ PISANI C., *Op. cit.*, p. 622.

¹⁹⁷ VALLEBONA A., *Op. cit.*, pp. 634 – 639.

¹⁹⁸ Nella sentenza n. 9804 resa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 1993 si precisa che l'eventuale violazione di norme interne procedimentali non configura un'ipotesi di nullità o annullabilità dell'atto terminativo, bensì un diritto dell'interessato alla regolare procedura di valutazione.

¹⁹⁹ La sentenza della Corte di Cassazione, n. 3677 del 2009, stabilisce che il giudice ordinario del lavoro, in caso di lavoro pubblico privatizzato, abbia il potere di disapplicare l'atto amministrativo presupposto, escludendo l'alternativo ricorso al giudice amministrativo per l'annullamento dell'atto stesso.

un autonomo giudizio di accertamento in funzione di disapplicazione dei provvedimenti dell'Amministrazione» nei casi in cui la posizione del dipendente sia quella di titolare di un interesse legittimo, «atteso che l'azione di accertamento sia esperibile a tutela di un diritto soggettivo»²⁰⁰.

Di conseguenza gli atti di gestione del rapporto di lavoro (con esclusione quindi di quelli che in qualche modo configurano atti – amministrativi - di macro-organizzazione ex art. 2, d.lgs. n. 165/2001) sono equiparati a quelli compiuti dal datore di lavoro privato. Pertanto i limiti sono quelli imposti dalla fonte legale o dalla fonte collettiva.

Per quanto non previsto dalle predette fonti il datore di lavoro pubblico può adottare le proprie decisioni organizzative, salvo i divieti imposti per gli atti discriminatori o le condotte illecite, *«con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro»* (art. 5, co. 2, d.lgs. n. 165/2001), rimanendo per questa ragione comunque nei limiti di costituzionalità e nel rispetto del perseguimento del principio di efficienza (buon andamento) dell'amministrazione²⁰¹.

Il datore di lavoro privato conosce due categorie di limiti: quello esterno, posto a tutela della parte contrapposta rispetto a chi esercita il potere datoriale; quello interno che prevede, invece, il prevalere dell'interesse dell'organizzazione rispetto al lavoratore. Il datore di lavoro pubblico, nel rapporto di lavoro privatizzato, conosce gli stessi limiti interni ed esterni del datore privato con l'aggiunta del controllo di legittimità dell'atto amministrativo presupposto, ossia di quell'atto che giustifica l'esercizio del potere e ne

²⁰⁰ Cfr. Consiglio di Stato, V^a Sez., sentenza 29 febbraio 2012, n. 1174, ha ribadito che nel pubblico impiego gli atti di inquadramento sono autoritativi e impugnabili entro termini perentori. In particolare ha affermato che gli atti di inquadramento sono atti con carattere provvedimentale sia quando implicano un apprezzamento delle mansioni sia quando si risolvono nel semplice confronto formale tra la precedente posizione e quella di nuova attribuzione, trattandosi di atti autoritativi di inserimento del personale nell'organizzazione dei pubblici uffici, espressione del potere di supremazia speciale del datore di lavoro pubblico. La sentenza è consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it/webcds/ElencoSentenze, e non risulta ancora pubblicata con nota di commento.

²⁰¹ Si veda le sentenze: Corte Cost. n. 313 del 1996, e la n. 309 del 1997, e la n. 275 del 2001, ed infine la n. 11 del 2002 (consultabili su www.cortecostituzionale.it); si veda anche Corte Cass. Sez. Unite n.4 del 2000 e n. 3880 del 2006.

impone la sua conformità alle necessità organizzative (affermazione valida fin qui anche nel settore privato limitatamente alla liceità della scelta ma non della natura della scelta, che non può essere sindacata) nel rispetto dell'interesse pubblico che la pubblica amministrazione deve perseguire, pena l'illegittimità dell'atto amministrativo e la sua disapplicazione, da parte del giudice del lavoro, per eccesso di potere²⁰².

Proprio su questi presupposti la terza riforma del lavoro pubblico sancisce all'art. 11, co. 1 – d.lgs. n. 150/2009 – che : *«la trasparenza è intesa come accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali [...] allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità»*.

I mutati assetti organizzativi derivati dalla terza riforma del lavoro pubblico hanno imposto un cambiamento anche rispetto alla collocazione degli organi di controllo. L'efficacia dell'azione amministrativa ed il suo specifico controllo aveva nel passato conosciuto finalità differenti rispetto a quelle che si sono profilate con la terza riforma del lavoro pubblico. I controlli sulla gestione erano presenti già a partire dal 1993²⁰³ su due principi cardine:

a) la riduzione dei controlli preventivi di legalità degli atti e rafforzamento dei controlli successivi rivolti all'efficienza della gestione amministrativa, nonché della sua efficacia;

b) il passaggio dai controlli esterni affidati a soggetti non titolari dell'interesse curato dall'amministrazione ai controlli interni costringendo le amministrazioni a dotarsi di

²⁰² Corte di Cassazione, Sez. Unite, 15 febbraio 2009, n. 3677, pubblicata su *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, n. 4 (2009), pp. 316 e sgg..

²⁰³ Si veda sul punto D'AURIA G., *Dai controlli di legittimità ai controlli di gestione*, in *Dipartimento della Funzione Pubblica*, 1993; di recente è tornato sulla questione FERRARO G., *Prove generali di riforma del lavoro pubblico*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, n. 122 (2009), p. 249.

servizi che realizzassero quanto previsto dal d.lgs. n. 470 del 1993 (correttivo del d.lgs. n. 29 del 1993) ossia dotarsi di servizi che realizzino la «*verifica, mediante valutazioni comparative dei costi e dei rendimenti, della corretta gestione delle risorse pubbliche, dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa*».

Nel settore privato l'azienda si dota spontaneamente di strumenti di controlli interni anche per rispondere in modo adeguato al mercato che impone chiarezza e rispetto del consumatore; nel settore pubblico gli strumenti di controllo sono forniti dalla legge²⁰⁴ la quale realizza «*l'aziendalizzazione delle pubbliche amministrazioni*»²⁰⁵.

È sempre la legge che indica le caratteristiche degli obiettivi al fine di poterli misurare, per questo devono essere congruenti e correlati alla qualità e quantità delle risorse disponibili. Sia gli obiettivi che gli indicatori sono inseriti in un *Piano della performance* (PP), nel quale «*confluiscono i poteri di indirizzo del vertice politico*»²⁰⁶. La misurazione e la valutazione dei risultati sono inseriti, infine, nella *Relazione sulla performance*.

Pur potendo ciascuna amministrazione determinare autonomamente un proprio *Sistema di Misurazione e valutazione della performance* la sua azione rimane limitata dalla prescrizione contenuta dalla norma e dall'attività di monitoraggio ed indirizzo attribuito alla *Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche* (CiVIT). Alla commissione fanno capo gli *Organismi indipendenti di valutazione della performance* (OIVP), interni a ciascuna amministrazione (è ammessa anche la forma associata), sostituenti i servizi di controllo interni²⁰⁷.

²⁰⁴ Sul punto si veda PEREZ R., *L'efficienza del decreto*, in GDA, 2000, pp. 28 ssg..

²⁰⁵ Cfr. BATTINI S., CIMINO B., *La valutazione della performance*, Cit. p. 256.

²⁰⁶ Così in BATTINI S., CIMINO B., *Ibidem*, p. 259; per le amministrazioni statali il PP assorbe la direttiva annuale di cui all'art. 14 del D.Lgs. n. 165/2001.

²⁰⁷ Per una maggiore e dettagliata lettura sulla istituzione e ruolo della CiVIT si veda BARBIERI M., FRANCESCONI A., GUARINI E., *Misurazione, valutazione e trasparenza della performance*, in CARINCI F., MAINARDI S. (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico. Commentario al D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, aggiornato al "Collegato Lavoro"*, Milano 2011, pp.47-87; si veda anche

Gli OIVP sono tenuti alla redazione della Relazione sul funzionamento del sistema di valutazione e trasparenza e integrità dei controlli interni le cui linee guida sono state deliberate dalla CiVIT²⁰⁸.

Si può affermare così che il rispetto *dell'obbligo di trasparenza* diviene vitale per garantire il corretto uso delle risorse disponibili – nel rispetto del principio di controllo e contenimento della spesa pubblica sancito dall'art. 81 della Costituzione - e necessario per verificare che vengano rispettati i principi costituzionali di buon andamento e imparzialità (art. 97 Cost.).

Del resto grazie ad una ampia e democratica fruibilità delle informazioni disponibili è possibile individuare le linee di azione dell'amministrazione e le modalità attraverso le quali diviene possibile il raggiungimento degli obiettivi prefissati in una *«utile ottica efficientista, come strumento di stimolo ai decisori politici»*²⁰⁹.

Si può affermare che grazie alla ampia accessibilità di informazioni garantita da un preciso rispetto della regola della trasparenza viene permesso al controllo *“popolare”* di verificare se l'azione amministrativa, anche e soprattutto nella gestione del rapporto di lavoro, si sia svolta nel rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità, comunque rivolti al necessario raggiungimento dell'efficienza.

Il rispetto degli obblighi di trasparenza e dell'utilizzo imparziale e corretto delle risorse disponibili diviene di vitale importanza nel momento in cui l'amministrazione debba effettuare la richiesta di autorizzazione a bandire procedure assunzionali.

In conclusione, in tutte le ipotesi in cui il datore di lavoro pubblico esercita il potere datoriale, attraverso atti di gestione che non necessitano di un atto amministrativo

OLIVIERI L., *Il nuovo ordinamento del lavoro pubblico. Il D.Lgs. 150/2009 dopo la manovra Monti commentato articolo per articolo*, Cit., pp. 82-94; e BATTINI S., CIMINO B., *Op. cit.*, pp.259 -274.

²⁰⁸ Sul loro funzionamento si rinvia alle Delibere CiVIT nn. 4 e 6 del 2012, pubblicate e reperibili sul sito istituzionale della CiVIT, www.civit.it/delibere.

²⁰⁹ LOMBARDI R., *Contributo allo studio della funzione di controllo. Controlli interni e attività amministrativa*, 2003.

presupposto per il quale sia necessaria una giustificazione, è possibile sostenere che i due settori, pubblico e privato, siano completamente equiparabili.

4. Responsabilità dirigenziale e utilizzo dei contratti di lavoro flessibili nelle pubbliche amministrazioni

Per quanto concerne, infine, la responsabilità dirigenziale rispetto all'utilizzo dello strumento contrattuale flessibile di lavoro, la terza riforma (del lavoro pubblico) prevede come strumento di controllo²¹⁰, oltre a quanto già sviluppato in precedenza, anche la valutazione delle prestazioni dirigenziali. In generale, alla positiva valutazione del dirigente, viene erogata una parte della retribuzione²¹¹ attestante la *buona gestione*.

Attraverso la procedura di valutazione potrà stabilirsi l'eventuale addebito, sotto il profilo della responsabilità, di una condotta del dirigente non in linea con quanto stabilito dagli obiettivi di risultato indicati in modo chiaro al momento del conferimento dell'incarico dirigenziale. A tutti i dipendenti della pubblica amministrazione, compresi i dirigenti, viene attribuita una propria ed adeguata responsabilità legata al proprio apporto lavorativo. Ovviamente di grado maggiore si presenta la responsabilità dei dirigenti, ciò proprio in virtù della più elevata e qualificata prestazione lavorativa che è di tipo gestionale.

Infatti, alle forme di responsabilità a cui sono soggetti i lavoratori del settore pubblico quali la responsabilità amministrativa/contabile, la responsabilità penale (ex art.

²¹⁰ Sul punto si veda NICOSIA G., *La gestione della performance dei dirigenti pubblici: an, quando, quis e quomodo della "misurazione" e "valutazione" individuale*, in CARINCI F., MAINARDI S. (a cura di), *La Terza Riforma del Lavoro Pubblico. Commentario al D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, aggiornato al "Collegato lavoro"*, Cit., pp. 255-279.

²¹¹ Sul punto si veda NICOSIA G., *La valutazione della prestazione dirigenziali e le connesse responsabilità. La responsabilità dirigenziale e la responsabilità disciplinare*, in CARABELLI U., CARINCI M.T. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cit., pp. 138-141.

28 della Costituzione)²¹², la responsabilità disciplinare, si deve aggiungere, come prima indicato, la responsabilità dirigenziale (che ha quindi carattere aggiuntivo rispetto alle citate responsabilità *ex art. 28 Cost.* attribuite ai funzionari e dipendenti dello Stato).

Tralasciando le altre responsabilità, che meritano nel complesso un approfondito studio dedicato e per quello che qui ci occupa risulterebbe fuori contesto, risulta invece molto interessante indagare, seppur brevemente, il carattere della responsabilità dirigenziale, la quale nasce dal tipico rapporto fiduciario che lega la pubblica amministrazione, datore di lavoro (o meglio, la pubblica amministrazione nell'esercizio delle proprie prerogative imprenditoriali)²¹³, al dirigente incaricato limitatamente agli aspetti che possono legarsi alla fase gestionale prodromica all'utilizzo delle forme contrattuali flessibili. Per questa ragione si configura in capo al datore di lavoro *pubblica amministrazione il potere di controllo e di verifica dell'operato del dirigente*.

Nell'ipotesi in cui venga dimostrata l'inidoneità del dirigente a realizzare la "missione" affidatagli dal datore di lavoro pubblica amministrazione, il dirigente non incorre in una responsabilità di tipo disciplinare, ma solo dirigenziale (salvo che non abbia messo in atto dei comportamenti che vanno sanzionati a livello disciplinare in quanto previsti dal codice disciplinare di riferimento).

La distinzione tra i due tipi di responsabilità, quella disciplinare e quella dirigenziale, viene chiaramente indicata dall'art. 21, co. 1, del d.lgs. n. 165 del 2001, anche nella formulazione novellata ad opera del d.lgs. n. 150 del 2009²¹⁴.

²¹² Il principio di responsabilità del personale dipendente delle pubbliche amministrazioni è contenuto nell'art. 28 Cost. il quale prevede la responsabilità penale, civile e amministrativa per gli atti compiuti in violazione di diritti.

²¹³ Cfr. ALES E., *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro*. Op. cit., p. 55.

²¹⁴ L'art. 21 del D.Lgs. n. 165 del 2001, (disciplina nella prima parte l'istituto del mancato rinnovo dell'incarico e nella seconda parte prende in considerazione la revoca dell'incarico) recita: «1- Il mancato raggiungimento degli obiettivi **accertato attraverso le risultanze del sistema di valutazione di cui al Titolo II del decreto legislativo di attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche**

La valutazione del dirigente è pertanto necessaria sia per poter rinnovare gli incarichi ed attribuire i premi di produttività e di performance sia per permettere alla classe “politica” che ha la responsabilità di attribuire l’incarico di poter fondare il rapporto fiduciario su la reale capacità del dirigente misurata attraverso un sistema costituzionalmente compatibile e tra l’altro ispirato ai principi del giusto procedimento. In questo caso l’amministrazione pubblica datore di lavoro non può unilateralmente disporre il mancato rinnovo dell’incarico²¹⁵.

Basti pensare che la novella formulazione dell’art. 21 d.lgs. n. 165 del 2001, non basa la valutazione negativa del dirigente incaricato sulla semplice inosservanza delle direttive ma basa la propria logica su un sistema di valutazione che verifica, basandosi sui misuratori prestabiliti, il (mancato) raggiungimento degli obiettivi prefissati. Pertanto l’organo di valutazione OIVP, descritto nel precedente paragrafo, non agisce in base alla violazione delle direttive in quanto l’unico a poter accertare una simile violazione è l’organo di governo – ovvero la direzione generale -.

Infine, l’art. 41 del d.lgs. 150 del 2009 aggiunge all’art. 21 il comma 1-bis, il quale prevede una ulteriore responsabilità in capo al dirigente: la così detta *culpa in vigilando* che incide proprio sulla produttività delle risorse umane. È proprio questa peculiare responsabilità che mette in luce il ruolo del dirigente che agisce con i “*poteri del privato datore di lavoro*”, il quale si vede così attribuire i poteri autoritativi di diritto privato che si esplicano attraverso, ad esempio, la determinazione dei profili professionali; o anche, per quello che qui ci occupa, attraverso la valutazione della prestazione dei dipendenti - ai quali riconosce la produttività ed il relativo compenso accessorio -. In pratica gestisce

*amministrazioni ovvero l’inosservanza delle direttive imputabili al dirigente comportano, previa contestazione e ferma restando l’eventuale responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo, l’impossibilità di rinnovo dello stesso incarico dirigenziale. 1- bis [...]. 2 In relazione alla gravità dei casi, l’amministrazione può inoltre, **previa contestazione e nel rispetto del principio del contraddittorio**, revocare l’incarico collocando il dirigente a disposizione dei ruoli di cui all’articolo 23 ovvero recedere dal rapporto di lavoro secondo le disposizioni del contratto collettivo.»*[la parte in **neretto** è stata apportata dal D.Lgs. n. 150/2009]. Per un commento sul presente articolo si rinvia a OLIVIERI L., *Op. cit.*, pp. 322-328.

²¹⁵ Cfr. OLIVIERI L., *Ibidem*, p. 324.

il rapporto di lavoro dei dipendenti inseriti nella unità produttiva a lui affidata conformando l'azione di ciascuno di essi al conseguimento degli obiettivi gestionali prefissati.

Il manager pubblico non può esimersi dal rispettare l'obbligo di applicare le prerogative del datore di lavoro (previste nella disciplina del settore privato) e per questo di far “rispettare” la produttiva dei dipendenti verificando la corretta esecuzione della prestazione lavorativa²¹⁶. La mancata verifica e soprattutto una cattiva vigilanza potrebbero far sì che i risultati non vengano raggiunti e che non vengano conseguiti gli standard quantitativi e qualitativi fissati dalla CiVIT e per questo motivo il dirigente incorre nella *culpa in vigilando* che determina una decurtazione della retribuzione operata attraverso la mancata corresponsione della retribuzione di risultato²¹⁷.

Altra responsabilità che può essere rilevata in capo al dirigente e quella prevista dall'art. 33, comma 1-bis, d.lgs. n. 165 del 2001, che prevede la *responsabilità per danno erariale del dirigente che ometta o non rilevi l'individuazione delle eccedenze di personale*. È questa la *responsabilità* strettamente connessa al rispetto degli obblighi di trasparenza la cui osservanza, come indagato in precedenza, diviene necessaria per poter assumere nuovo personale, non solo tramite stipula di contratti di lavoro standard, nel rispetto delle modalità previste dalle norme sull'accesso – concorso pubblico –, ma anche relativamente alla possibilità di utilizzare gli strumenti contrattuali flessibili ammessi. Così come per tutti gli altri strumenti di gestione, l'uso distorto o l'eventuale abuso delle tipologie contrattuali flessibili determina in capo a chi li utilizza una precisa responsabilità, il cui accertamento avverrà quasi esclusivamente in via giudiziale.

²¹⁶ Si ricorda la campagna antifannulloni su cui molto aveva puntato, anche in termini propagandistici, il precedente Ministro della Funzione pubblica R. Brunetta.

²¹⁷ Esiste una garanzia per il dirigente che gli permette di evitare che si realizzi una forma di responsabilità oggettiva (pur rimanendo nel suo complesso la responsabilità dirigenziale di natura oggettiva che prescinde da un preciso inadempimento) che si attua tramite la proceduralizzazione del mancato rinnovo e/o della revoca degli incarichi che richiede l'intervento del Comitato dei garanti disciplinato dall'art. 22 del D.Lgs. n. 165/2001, così come novellato dall'art. 42 del D.Lgs. n. 150/2009.

Nel passato gli abusi derivanti dall'uso distorto delle tipologie contrattuali flessibili sono stati ciclicamente sanati dalle norme così dette di *stabilizzazione*. La terza riforma ha il pregio di bloccare questa modalità alternativa di assunzione, che di fatto elude il precetto costituzionale del concorso pubblico, rafforzando la responsabilità in capo al dirigente, fino ad oggi mai applicata effettivamente, inserendo al comma 5, dell'art 36, d.lgs. n. 165 del 2001, oltre all'obbligo in capo alle amministrazioni di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili qualora la violazione sia dovuta a colpa grave o dolo, anche la previsione per la quale «*i dirigenti che operano in violazione delle disposizioni*» contenute nello stesso articolo 36 «*sono responsabili anche ai sensi dell'art. 21 (stesso decreto)*». Le predette violazioni si ripercuotono anche sulla valutazione dell'operato del dirigente così come previsto dall'art.5, d.lgs. del 30 luglio 1999, n. 286.

5. Specialità dell'accesso agli uffici pubblici ed applicazione ai contratti di lavoro flessibili

A differenza di quanto conosciuto nel diritto comune del lavoro e quindi nel settore privato, «*agli impieghi con le amministrazioni pubbliche si accede mediante concorso pubblico*²¹⁸, *salvo i casi stabiliti dalla legge*»²¹⁹, «*espletato di norma a livello regionale*»²²⁰. Tutto il settore pubblico (privatizzato e non) soggiace alla stessa regola e risulta più esatto indicare l'accesso con il termine *reclutamento* così come indicato nella rubrica dell'art. 35 del d.lgs. n. 165 del 2001, «*Reclutamento del personale*». Il precetto è contenuto nell'art. 97 della Costituzione e risponde alla necessità di garantire

²¹⁸ Ribadita di recente la necessità del rispetto del principio del concorso pubblico per l'accesso al pubblico impiego dalla Corte Costituzionale sentenza n. 205 del 2004.

²¹⁹ Così prevede il terzo comma dell'art. 97 della Costituzione.

²²⁰ Così precisa il comma 5 dell'art. 35, del D.Lgs. n. 165/2001.

l'attuazione dei principi di imparzialità e di buon andamento della pubblica amministrazione ivi contenuti²²¹.

La regola del concorso pubblico è collegato al principio del buon andamento da un rapporto strumentale²²². Inoltre, risponde anche ad una esigenza democratica in termini di condizione di perseguimento degli obiettivi, posti dalla Costituzione, che la pubblica amministrazione intende perseguire con la sua attività tramite il personale scelto in base ad un'adeguata selezione. La selezione è necessaria a garantire, inoltre, che l'agire della pubblica amministrazione sia corretto ed efficiente e soprattutto imparziale²²³.

Se con la privatizzazione si prevede l'applicazione al pubblico impiego delle norme di disciplina del lavoro previste nel settore privato - l'art. 2 del d.lgs. n. 165 del 2001 fa espresso rinvio alle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, lo stesso vale in tema di forme contrattuali flessibili attraverso la previsione operata dall'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001 - ciò non vale per le norme che prevedono l'accesso per l'instaurazione del rapporto d'impiego²²⁴.

L'instaurazione del rapporto di impiego nel settore pubblico è preceduto da una procedura concorsuale, avente carattere "pubblico", che si sviluppa mediante procedure

²²¹ Si rinvia a DI GIACOMO RUSSO B., *Autonomia legislativa regionale, concorso pubblico e costituzione amministrativa nella giurisprudenza costituzionale*, in *ADL*, n. 3 (2001), p. 561.

²²² Sul reclutamento la Corte Costituzionale ha più volte (sentenze n. 1/1999, 194/1999, 34/2004, 205/2004, 190/2005, 363/2006) ribadito che pur rappresentando il concorso la forma generale e ordinaria di reclutamento è ammessa la deroga se diversamente stabilito dalla legge. Pertanto seguendo il dettato del d.lgs. n. 165 del 2001, art. 35, è possibile per le pubbliche amministrazioni l'utilizzo di procedure selettive di tipo non concorsuale o in attuazione purché giustificate dalla necessità di dover garantire il buon andamento dell'amministrazione o in attuazione di altri principi costituzionali destinati a garantire le prerogative degli uffici della pubblica amministrazione (accesso ai sensi della legge n.68/1999) che favorisce l'impiego delle persone con handicap.

²²³ Si veda CAVALLO PERIN R., *Pubblico concorso e professionalità dei dipendenti pubblici: un diritto costituzionale dei cittadini*, in *Foro amministrativo CdS*, 2002, p. 1994.

²²⁴ Il riferimento è al Parere del 1992 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato in precedenza richiamato per il quale non è sufficiente l'utilizzo del metodo nominalistico per poter "dichiarare privato ciò che è pubblico".

selettive che hanno il preciso compito di accertare la professionalità richiesta nel bando, per il quale deve essere garantita la massima pubblicità (i bandi dei concorsi pubblici vengono pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale – IV^a Serie Speciale Concorsi), nel rispetto del principio dell'adeguato accesso dall'esterno.

Altra caratteristica che allontana ancora di più il lavoro nel settore pubblico dal diritto comune rispetto alla disciplina dell'accesso (finalizzata all'assunzione) è la devoluzione al giudice amministrativo della competenza rispetto alle procedure concorsuali²²⁵ per l'assunzione dei dipendenti nelle pubbliche amministrazioni²²⁶, in quanto le procedure concorsuali sono strumentali alla costituzione del rapporto di lavoro visto che la procedura concorsuale termina con la compilazione della graduatoria finale e la sua approvazione²²⁷. Sempre al giudice amministrativo spetta esaminare i ricorsi dei candidati che vogliono far valere i propri diritti sulla graduatoria nei casi di mancato scorrimento o mancata utilizzazione della stessa graduatoria e precisamente in merito all'efficacia della durata della graduatoria nell'ipotesi in cui l'amministrazione decida di

²²⁵ La Corte Costituzionale in varie ordinanze e sentenze ha precisato che «*la privatizzazione riguarda solamente lo svolgimento del rapporto di lavoro e non il momento della sua costituzione*» (momento genetico del rapporto di lavoro), in particolare si richiamano: ordinanza sez. VI, n. 688 del 1980, sentenze n. 165 del 1982 e n. 870 del 1983, e della V sez. n. 254 del 1984,

²²⁶ Molte le critiche in dottrina sulla mancata devoluzione al giudice ordinario della materia delle procedure concorsuali. Per tutti si rinvia a BORGHESI, *La giurisdizione del giudice ordinario*, in *Commentario UTET*, Milano 2004, pp. 1220 e sgg..

²²⁷ Su tale aspetto si è di recente pronunciato il Consiglio di Stato con la sentenza n. 181 del 2012, partendo dal presupposto che il bando del concorso indica il contratto di lavoro che l'amministrazione intende concludere, precisa che «al bando va riconosciuta una natura giuridica duplice: una di in qualità di provvedimento amministrativo per la parte in cui determina un atto del procedimento di evidenza pubblica del quale regola il successivo svolgimento; un secondo, di concreta proposta al pubblico, che configura un atto negoziale condizionato negli effetti dall'espletamento della procedura concorsuale e della finale approvazione della graduatoria (anche la graduatoria ha duplice natura giuridica: 1) provvedimento finale del procedimento concorsuale; 2) atto negoziale con il quale si individua il futuro contraente – vincitore ed eventualmente idoneo-). Consultabile su www.giustizia-amministrativa.it

indire un nuovo concorso subito dopo aver assunto i candidati vincitori del precedente concorso e non procedere invece all'immissione in ruolo dei candidati idonei²²⁸.

Anche rispetto agli aspetti modificativi del rapporto di lavoro, quali le progressioni di carriera²²⁹, si riscontra una disciplina totalmente differente rispetto all'accesso all'impiego del settore privato, che in un certo senso limita la gestione da attuarsi con “*i poteri del privato datore di lavoro*”. Basti pensare alla necessità di formalizzare le mansioni superiori, che potrebbero essere di fatto già svolte, attraverso una procedura di progressione professionale, da istaurarsi, appunto, tramite la procedura concorsuale.

²²⁸ Sul tema ha fatto chiarezza la Corte di Cassazione con sentenza n. 12895 del 13 giugno 2011, rilevando che «*in materia di riparto di giurisdizione nelle controversie relative a procedure concorsuali nell'ambito del pubblico impiego privatizzato, è devoluta alla giurisdizione del Giudice Amministrativo la cognizione della domanda con la quale l'interessato, dichiarato idoneo in un precedente concorso, contesta la scelta dell'Amministrazione di indire un nuovo concorso per interni, già dipendenti dell'Amministrazione stessa, invece di utilizzare la graduatoria del precedente concorso per assumere nuovi dipendenti, dovendosi ritenere che la circostanza che il precedente bando contempli la perdurante efficacia della graduatoria approvata in esito al concorso comporti, rispetto alle valutazioni discrezionali dell'ente sulle determinazioni della pianta organica e sulle modalità per la copertura dei posti, l'insorgere in capo al candidato idoneo di una posizione di interesse legittimo e non di diritto soggettivo*».

Da ultimo il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 269 del 23 gennaio 2012 ha affermato che è competenza del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 63, comma 4, D.Lgs. n. 165/2001 (per le situazioni a cui corrisponde una situazione di interesse legittimo), esaminare i ricorsi dei candidati che vogliono far valere i propri diritti sull'utilizzazione della graduatoria relativamente allo scorrimento della stessa e veder rimossi gli atti che indicano le procedure concorsuali che si assumono illegittimi. Mentre appartiene al giudice ordinario la cognizione della domanda riguardante la pretesa al riconoscimento del diritto allo scorrimento della graduatoria del concorso espletato, rimanendo tale richiesta al di fuori dell'ambito della procedura concorsuale.

²²⁹ LUCIANI V., *Il principio di concorsualità tra assunzioni e progressioni in carriera*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia*, Cit., pp. 317-333; sempre lo stesso A. ha poi posto l'attenzione sulla stessa materia ma dal punto di vista della competenza legislativa tra Stato e Regioni con *Assunzioni e progressioni in carriera nell'impiego pubblico locale tra legge statale e legge regionale*, in *Le Istituzioni del federalismo*, n. 5/6 (2009), pp. 907-928.

Nel settore privato vige la regola dell'assegnazione delle mansioni superiori in base alla c.d. rilevanza automatica delle mansioni superiori di fatto svolte²³⁰, mentre nel settore pubblico tale fattispecie rileva soltanto il riconoscimento economico relativamente al periodo di lavoro nel quale il dipendente abbia svolto effettivamente mansioni superiori, le quali debbono risultare attribuite da un atto formale di incarico²³¹. Nel settore pubblico per espressa previsione di legge è precluso al giudice adito riconoscere un inquadramento nella qualifica corrispondente alle mansioni superiori effettivamente svolte dal dipendente pubblico.

Ritornando al termine “pubblico” questo si ricava dall'art. 51 della Costituzione che contiene anche il precetto di uguaglianza (come ulteriore affermazione dell'art. 3 Cost.) di tipo specificativo in quanto riferito all'accesso alle cariche pubbliche, e prevede la possibilità di accesso per i cittadini italiani²³². Tale dato ha subito una lettura evolutiva dell'intero quadro normativo, in quanto il generico riferimento ai “cittadini” non ha impedito che l'accesso al pubblico impiego fosse esteso agli stranieri comunitari²³³.

Diverso si presenta invece il problema relativo all'accesso al lavoro nel settore pubblico per gli extracomunitari. Come giustificare la limitazione, non esistente nel

²³⁰ L'attribuzione *ex* giudice delle mansioni superiori avvengono anche contro la volontà del datore di lavoro privato, piegando l'esigenza della tutela della professionalità del lavoratore rispetto alla tutela dell'organizzazione dell'impresa e delle decisioni datoriali. Sul punto si veda anche PILEGGI A., *Op. cit.*, p. 380.

²³¹ Tale situazione appare paradossale in quanto il modello contrattuale del rapporto di impiego precedente alla privatizzazione aveva avuto una indicazione che poteva risultare molto interessante visto che il Consiglio di Stato, Sez. V, 6 aprile 1998, sent. n. 424, aveva ritenuto, sussistendo un rapporto di impiego con l'amministrazione, che era necessario un atto formale di nomina pur in presenza di elementi tali che indicano l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione e la sua concreta equiparazione, per le mansioni effettivamente svolte, al personale con la medesima qualifica.

²³² Sul punto si veda POTOTSCHING U., *Scritti scelti*, Padova 1999, pp.367-368.

²³³ Sul punto si veda GARZIA M. A., *L'accesso al pubblico impiego del cittadino extracomunitario*, in *Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le pari opportunità*, 2006, p. 1907; sul punto si veda anche NAPPI S., *Il lavoro degli extracomunitari*, Napoli 2005; e più in generale GOTTARDI D., *Le discriminazioni basate sulla razza e sull'origine etnica*, in BARBERA M. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano 2007.

settore privato alle cui norme regolamentatrici si rinvia, all'accesso per l'impiego pubblico ai soggetti extracomunitari? Una prima risposta viene dall'art. 25, comma 2, del d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251, attuativo della direttiva 2004/83/CE, il quale prevede per i titolari dello *status* di rifugiati l'ammissione agli impieghi alle stesse condizioni e con le stesse modalità e limitazioni previste per i cittadini dell'Unione europea. Dello stesso tenore è l'art. 9, comma 12, lett. b), del d.lgs. 286 del 1998, introdotto dall'art. 1 del d.lgs. 8 gennaio 2007, n. 3, attuativo della direttiva 2003/109/CE, che prevede la possibilità per gli stranieri soggiornanti da lungo periodo di svolgere l'attività lavorativa subordinata, salvo che questa sia espressamente vietata allo straniero o riservata al cittadino (italiano)²³⁴.

Nel pubblico impiego privatizzato il punto viene chiarito dal contenuto dell'art. 38 del d.lgs. n. 165 del 2001, che prevede per tutti i cittadini dell'Unione europea la possibilità di accedere agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni qualora questi non implicino un esercizio «*diretto o indiretto di pubblici poteri*» o siano rivolti «*alla tutela dell'interesse della nazione*». Infine è tramite decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri che, in attuazione dell'art. 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400, vengono individuati i posti e le funzioni per i quali è obbligatorio il possesso della cittadinanza italiana.

Nell'art. 51 si rinviene una riserva di legge che prevede e prescrive i requisiti base per l'accesso al rapporto di impiego con la pubblica amministrazione. Tale prescrizione si è resa necessaria per eliminare gli atteggiamenti discrezionali che la pubblica amministrazione poteva assumere subordinando a valutazioni discrezionali le condizioni soggettive degli individui ammessi a partecipare alle selezioni²³⁵.

²³⁴ Sul punto si veda Tribunale di Milano, Sez. lav., sentenza 27 maggio 2008, annotata da LUDOVICO G., *L'accesso degli extracomunitari al pubblico impiego tra limitazioni normative e aperture interpretative*, in *Riv.it.dir.lav.*, n. 3/2009.

²³⁵ CARINGELLA F., SILVESTRO C., VALLACQUA F., *Codice del pubblico impiego*, Trento 2011, p. 57.

La norma ha poi subito una rivisitazione per effetto delle norme comunitarie sulla libertà di stabilimento e di accesso al lavoro negli Stati dell'Unione europea, prevedendo al comma 2° la parificazione dei cittadini dell'Unione europea ai cittadini italiani.

Nonostante questa previsione, il 27 ottobre 2011, la Commissione europea ha deferito l'Italia alla Corte di Giustizia dell'Unione europea per le discriminazioni operate verso i cittadini di altri Stati membri in materia di accesso nel settore pubblico²³⁶. La normativa dell'unione europea garantisce, in materia di occupazione, dei livelli minimi di protezione per tutti i cittadini europei e per tutti coloro che vivono e lavorano nell'Unione europea attraverso la tutela contro ogni forma di discriminazione (fondata su sesso, razza, religione, età, disabilità e orientamento sessuale, così come previsto dall'art. 13 del Trattato istitutivo della Comunità europea). Il divieto di discriminazione, di cui all'art. 45 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, comprende anche le discriminazioni dissimulate²³⁷, fatte salve le disposizioni di una legge nazionale che risultino obiettivamente giustificate e proporzionate allo scopo.

Rimangono fuori da tale libertà di accesso alcuni rapporti che hanno nel requisito della cittadinanza la loro *ratio*. Il riferimento è all'impiego del servizio militare volontario ed ai ruoli delle ambasciate consolari, in definitiva quei ruoli il cui *status* richiede appunto un rapporto di cittadinanza per effettuare la necessaria rappresentanza della Nazione²³⁸. La nostra Costituzione non permette forme di discriminazioni e la legge n. 30 del 2003 (legge Biagi) vieta l'inserimento di qualsiasi barriera anagrafica nell'offerta di lavoro²³⁹. Unica deroga è contenuta nei regolamenti di accesso che

²³⁶ La Commissione ha ritenuto che il requisito della residenza utilizzato quale titolo di preferenza sia equivalente ad una discriminazione indiretta basata sulla nazionalità. Per ulteriori informazioni sul procedimento d'infrazione citato, cfr. http://ec.europa.eu/eu_law/infringements/infringements_it.htm ;

²³⁷ Si veda la sentenza della Corte di Giustizia dell'Ue del 26 maggio 1996, Causa C-237/94, - O'Flynn.

²³⁸ Si veda SALERNO, *Il dovere di fedeltà tra simbolismo costituzionale e patriottismo costituzionale*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino 2005.

²³⁹ La direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, fissa un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, prevedendo il divieto della

prevedono per motivazioni connesse alla natura del servizio o per oggettive necessità organizzative dell'amministrazione, quali ad esempio sono quelli che disciplinano l'accesso alle Forze Armate e di Polizia.

Va precisato che le deroghe legislative al principio dell'accesso agli impieghi delle pubbliche amministrazioni mediante concorso pubblico sono sottoposte al sindacato di legittimità costituzionale visto che le eccezioni debbono essere limitate in modo rigoroso²⁴⁰.

Di estremo rilievo sono le modalità procedurali e organizzative attraverso le quali debbono essere espletate le prove concorsuali al fine del rispetto rigoroso del principio di imparzialità. Solo una procedura completamente “anonima” permette la piena realizzazione di tale precetto, in quanto risponde a tutte le caratteristiche per le quali la procedura concorsuale riesca ad evitare qualsiasi discriminazione relativamente al sesso, al credo religioso e politico e che eviti in tutti i modi eventuali “aggiustatine”²⁴¹.

Molto interessante la recentissima giurisprudenza in materia di trasparenza nelle procedure concorsuali o di “promozioni”²⁴², sia relativamente a quanto di competenza

discriminazione basata sull'età. Tale normativa mal si concilia con alcuni bandi concorsuali che prevedono tra i requisiti limiti in base all'età. Tuttavia, pur se per ovvie ragioni tale limite può essere giustificato dalla natura dell'incarico stesso (ad esempio Forze armate, Polizia ecc.) e quindi perfettamente in linea con il dettato costituzionale o con le norme antidiscriminatorie di stampo comunitario, difficilmente si può trovare una motivazione per altre previsioni che stabiliscono un limite di età massimo, come ad esempio nel concorso per l'accesso alla professione di notaio che viene limitato al compimento dei 50 anni, che al contrario una certa maturità garantirebbe anche una maggiore professionalità e preparazione.

²⁴⁰ Così viene indicato nella sentenza della Corte Cost. n. 215 del 2009.

²⁴¹ Il precetto dell'imparzialità risulta strettamente collegato al rapporto tra politica e amministrazione per BASSANI F., *Monito della Consulta sull'imparzialità dei pubblici concorsi*, in *Corriere giuridico*, 1990, p. 1516; la sentenza in esame è la Corte Cost. n. 453 del 1990, commentata anche da AZZARITI G., *Brevi note su tecnici, Amministrazione e politica*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1990, pp. 2713 e sgg..

²⁴² Il termine “promozione” è riferito alla terminologia usata dal CCNL 26 novembre 1994 di disciplina del rapporto di lavoro degli impiegati delle Poste appena divenuta S.p.A., in quanto la pronuncia della Cassazione a cui ci si riferisce riguarda una controversia tra la Soc. Poste Italiane S.p.A.

del giudice amministrativo (per la domanda di partecipazione ai concorsi pubblici ed alla conseguente selezione), sia per la parte devoluta al giudice ordinario e relativa ai criteri di selezione legati alle progressioni economiche di natura non concorsuale.

Pur riguardando l'accesso ad una carriera del personale dipendente nel settore pubblico – nel caso di specie quella di Professore universitario - che non rientra tra il personale privatizzato, merita un accenno per la peculiarità dell'interpretazione che propone la recentissima sentenza del 16 marzo 2012, n. 569, del TAR per la Puglia²⁴³, sul tema (comune a tutto il settore pubblico - privatizzato o non-) che vede contrapposto al concorso pubblico (cui fa riferimento esplicitamente il divieto di assunzioni in caso di superamento dei limiti di spesa²⁴⁴) la procedura di immissione in una qualifica superiore.

Nel caso di specie il ricorrente era risultato idoneo²⁴⁵ nella procedura di valutazione comparativa per la copertura di un posto di professore ordinario²⁴⁶, ma non si provvedeva alla sua immissione in ruolo in virtù dell'applicazione del divieto assunzionale per superamento dei limiti di spesa dell'Ateneo che aveva pubblicato il bando del concorso a professore ordinario. Il TAR della Puglia stabilisce che ove si tratti, come nel caso in esame, di una procedura che vede vincitore/idoneo un lavoratore (Professore) già dipendente in una qualifica inferiore e che in virtù di tale procedura acquisti una qualifica superiore (da Professore associato a Professore ordinario) non si tratta di una nuova assunzione in ruolo e per questo soggetta ai vincoli di spesa, ma si tratta esclusivamente di una immissione in una qualifica superiore e per questo motivo

ed alcuni dipendenti che non sono stati “promossi” a quadri in virtù di una valutazione basata su giudizi personali sui candidati e non su una valutazione in base a requisiti specifici rispettosi dei principi di trasparenza ed obiettività necessari per far rimanere la scelta sì discrezionale ma sottoposta a vincoli determinati (così anche in Cass. N. 12897/2002).

²⁴³ Sentenza TAR per la Puglia del 16 marzo 2012, n. 569, pubblicata su www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA/Bari/Sezione%201/2011

²⁴⁴ In questo caso in applicazione dell'art. 1, co. 1, primo periodo del D.L. 10 novembre 2008, n. 180 convertito, con modificazioni, nella legge 9 gennaio 2009, n. 1.

²⁴⁵ Dichiarazione di idoneità avvenuta con *Decreto rettorale* n. 6040 del 13 luglio 2010 dell'Università degli Studi di Bari.

²⁴⁶ Concorso bandito con *Decreto rettorale* n. 8997 del 26 giugno 2008.

non può ritenersi ammissibile l'interpretazione estensiva del divieto di nuove assunzioni²⁴⁷.

Tale sentenza, di primo grado, produrrà molte osservazioni critiche che diventeranno ancora più interessanti nell'ipotesi in cui tale decisione fosse confermata anche in secondo grado dal Consiglio di Stato, in quanto ciò statuirebbe che *non è ammesso applicare il divieto di assunzione limitatamente ai vincitori delle prove concorsuali che sono già inseriti nell'amministrazione in posizione inferiore rispetto al posto messo a concorso, mentre tale divieto opererebbe per gli altri vincitori del concorso*.

Per quanto riguarda l'obbligo di trasparenza a cui deve conformarsi la pubblica amministrazione, la sentenza del Consiglio di Stato del 1° marzo 2012 n. 1042²⁴⁸, ha disposto un limite per la regolarizzazione di documenti imperfetti presentati in un concorso pubblico per non «*“vulnerare” il principio di par condicio dei concorrenti*», nel caso in cui tale integrazione modifichi il contenuto sostanziale di quanto già indicato in domanda e per questo risulti avvantaggiato il candidato che integri i propri documenti.

Per il Consiglio di Stato il principio va ricercato nella necessaria distinzione tra regolarizzazione e integrazione dei documenti. Infatti, una precedente pronuncia, lo stesso Consiglio di Stato (Sez. VI[^], del 5 dicembre 2005, n. 6958), stabilisce che la pubblica amministrazione è tenuta a regolarizzare i documenti, con riguardo ai concorsi pubblici, in virtù del principio contenuto nell'art. 6, co. 1, lett. b) della l. n. 241 del 1990.

È preclusa invece, la possibilità di un successivo inoltro documentale, rispetto alla scadenza dei termini, a integrazione dei documenti già trasmessi, eccezion fatta per i casi in cui tale integrazione sia necessaria per far fede al *“dovere di soccorso”* (contenuto nel

²⁴⁷ Dello stesso tenore anche il TAR per la Campania, V[^] Sez., sentenza del 12 gennaio 2012, n. 115, che ha chiarito che il principio di concorsualità espresso dall'art. 97, comma 3, Cost., in materia di reclutamento del personale, opera anche in materia di progressioni verticali di carriera dei pubblici dipendenti, in quanto è ammessa la deroga solo entro i limiti che pone la necessità di garantire il buon andamento della pubblica amministrazione.

²⁴⁸ Consultabile su www.giustizia-amministrativa.it

citato art. 6) che impone alle amministrazioni, limitatamente al bisogno di ottenere una completa istruttoria, di ricorrere all'integrazione per garantire i principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.²⁴⁹.

Anche la Corte di Cassazione si è di recente espressa sulla necessità del rispetto dei principi di buona fede e di trasparenza. Infatti, con sentenza del 5 marzo 2012, n.3415²⁵⁰, ha affermato che in difetto di una scelta motivata in caso di promozione o conferimento di altro incarico o beneficio il lavoratore ha diritto ad un risarcimento del danno per perdita di *chance*. Ciò perché la selezione deve avvenire nel «rispetto dei criteri previsti per la selezione e dei principi di correttezza e buona fede, deve operare in maniera trasparente e in particolare motivare adeguatamente la scelta effettuata». Se nel settore privato l'adeguatezza della selezione del personale risponde ad esigenze simili ma non identiche a quelle presenti nel settore pubblico (se riferiti solamente alla necessità di efficienza), nel settore pubblico, oltre al precetto efficientista, deve essere rispettato e garantito, quindi, anche il principio di uguaglianza nell'accesso agli uffici pubblici (art. 51 Cost.), il principio di fedeltà alla Repubblica e di osservanza della Cost. e delle leggi (art. 54 Cost., co. 2, dovere di adempimento delle funzioni pubbliche e giuramento per gli impiegati civili dello Stato – D.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3).

Il principio di accesso e d'instaurazione del rapporto d'impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni contenuto nell'art. 97 Cost. - concorso pubblico – trova la piena disciplina nell'art. 35 d.lgs. 165 del 2001 che prevede che «l'assunzione nelle

²⁴⁹ Così si è orientato di recente il T.A.R. Lombardia Milano, Sez. III, sentenza del 4 luglio 2011, n. 1740. Inoltre ha anche affermato che l'amministrazione ha il dovere di comportarsi secondo buona fede nel rispetto dell'interesse del privato.

²⁵⁰ La corte di Cass. nella sentenza n. 3415, del 5 marzo 2012 [non ancora pubblicata con nota a commento] i giudici di legittimità sottolineano che «nel caso in cui il datore di lavoro sia tenuto ad effettuare nel rispetto di determinati criteri, non escludenti apprezzamenti discrezionali, una selezione tra i lavoratori ai fini della promozione o del conferimento di altro beneficio, egli, [...] deve operare in maniera trasparente [...]». Inoltre precisa che «in caso di illegittimità di una procedura di selezione per la violazione dei principi di trasparenza e oggettività, per la mancanza di una adeguata motivazione, il giudice deve procedere alla liquidazione del danno con una valutazione equitativa a norma dell'art. 1226 del c.c. tenendo presente, ai fini di tale giudizio probabilistico e comparativo, ogni elemento di valutazione e di prova ritualmente introdotto nel processo da entrambe le parti».

amministrazioni pubbliche avviene con contratto individuale di lavoro a) tramite procedure selettive, conformi ai principi del comma 3, volte all'accertamento della professionalità richiesta, che garantiscono in misura adeguata l'accesso dall'esterno».

In breve, il concorso pubblico rappresenta un meccanismo strumentale idoneo a garantire l'efficienza dell'amministrazione pubblica ed al contempo è necessario per costituire il controllo obbligatorio dell'agire della stessa amministrazione misurandone – limitatamente alla fattispecie in esame – il rendimento.

Il Dipartimento della Funzione Pubblica, per agevolare l'informatizzazione delle procedure concorsuali, nell'ottica di una corretta applicazione del principio di trasparenza e imparzialità, ha previsto la possibilità di stipulare una convenzione tra amministrazioni per la gestione unificata dei concorsi²⁵¹, volta anche a realizzare la massima economicità per lo svolgimento delle prove di reclutamento. Proprio in tema di economicità di reclutamento del personale, il precedente ministro per la Pubblica amministrazione e l'Innovazione (Brunetta), con il Capo Dipartimento della Funzione Pubblica (Naddeo), hanno presentato il “*Concorso day*”, evento finalizzato a ridare il giusto valore al concorso pubblico anche per le assunzioni di personale tramite contratti di lavoro flessibili²⁵². Viene prevista inoltre la possibilità per le amministrazioni di usare gli strumenti tecnologici e informatici per l'invio telematico delle domande di

²⁵¹ Da ultimo, a partire dal 2011, sono state approntate dal FORMEZ, su indicazione e richiesta del Dipartimento della Funzione Pubblica, delle piattaforme uniche per la gestione informatizzata esternalizzata delle procedure di raccolta delle domande (compilate esclusivamente *on line*), e delle successive prove concorsuali.

²⁵² Nel luglio del 2009, il precedente Ministro per la Pubblica amministrazione e l'Innovazione (Brunetta), con il Capo Dipartimento della Funzione Pubblica (Naddeo), hanno presentato il “*Concorso day*” attraverso il quale, tra le cose proposte, veniva posto l'accento sulla necessità che non si verificassero più le modalità attraverso le quali in precedenza le pubbliche amministrazioni procedevano all'utilizzo dei contratti di lavoro flessibile per ovviare ai vincoli finanziari posti in materia di assunzioni a tempo indeterminato e per eludere attraverso forme di reclutamento semplificate o fondate sull'*intuitu personae* le procedure concorsuali invece necessarie e rispettose del dettato e dei valori costituzionali previsti per l'accesso nel settore pubblico.

partecipazione ai concorsi²⁵³. Il tutto a garanzia del principio di efficienza (buon andamento). Dello stesso senso è la previsione contenuta nell'art. 54 del Codice dell'amministrazione digitale che prevede tra i contenuti dei siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni anche i bandi di concorso e tutte le informazioni concernenti anche i criteri di valutazione delle prove.

Sempre al Dipartimento della Funzione Pubblica deve essere trasmesso da parte delle amministrazioni dello Stato e degli enti pubblici non economici una comunicazione con gli elementi relativi al concorso da bandire relativamente alle procedure di assunzione di personale a tempo indeterminato²⁵⁴.

Per quanto riguarda le tipologie contrattuali di lavoro flessibile tale comunicazione deve essere trasmessa solo in caso di contratti a termine e di collaborazione coordinata e continuativa, lasciando tutte le amministrazioni che utilizzano le altre tipologie contrattuali flessibili esenti da questa preventiva comunicazione.

Pur in carenza di una comunicazione finalizzata all'autorizzazione di procedere alla pubblicazione del bando (sia quando prevista sulla G.U. Serie speciale Concorsi – con contratti a termine -, sia relativamente ad altre forme di pubblicità riconosciute idonee a portare a conoscenza “*pubblica*” della selezione – ad es. pubblicazione sul sito istituzionale dell'amministrazione), le pubbliche amministrazioni che decidono di utilizzare le forme contrattuali non standard elencate nell'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001, lo devono fare nel rispetto ossequioso dei principi costituzionali sopra indicati per l'accesso ai ruoli tramite forme contrattuali standard, compreso il rispetto del principio della selettività.

²⁵³ Tale possibilità è prevista nella circolare n. 12 del 2010, emessa dal Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, che prevede anche il possibile uso della posta elettronica certificata (PEC) per l'invio delle domande di partecipazione ai concorsi pubblici.

²⁵⁴ L'art. 7 della L. n. 3 del 2003, introduce l'art. 34-*bis* nel D.Lgs. n. 165/2001, il quale prevede il necessario esperimento della mobilità prima di poter attivare le procedure concorsuali limitatamente alle procedure di assunzione di personale a tempo indeterminato.

A garanzia del corretto ed imparziale utilizzo delle tipologie flessibili è necessario che queste rispondano ai requisiti indicati dalla direttiva n. 2 del 16 febbraio 2010²⁵⁵ del Dipartimento della Funzione Pubblica, che disciplina il monitoraggio del lavoro flessibile. Sul punto si rinvia al successivo paragrafo n.6.

L'art. 35 del d.lgs. n. 165 del 2001 prevede la possibilità di derogare al precetto costituzionale del concorso pubblico nei limiti determinati dall'esigenza di garantire l'efficienza (buon andamento) dell'amministrazione pubblica, ammettendo la possibilità per le pubbliche amministrazioni di assumere anche *«mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento ai sensi della legislazione vigente per le qualifiche e profili per i quali è richiesto il solo requisito della scuola dell'obbligo, facendo salvi gli eventuali ulteriori requisiti per specifiche professionalità»*²⁵⁶. Questa prescrizione realizza la seconda parte del terzo comma, dell'art. 97 Cost. che ammette il superamento del concorso pubblico limitatamente ai *«casi stabiliti dalla legge»*.

L'accesso extraconcorsuale è pertanto consentito per le categorie protette relativamente ai soggetti di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68 (norme per il diritto al lavoro dei disabili)²⁵⁷ – previa verifica della compatibilità della invalidità con le mansioni da svolgere - e per le qualifiche ed i profili per i quali è previsto il solo requisito della scuola dell'obbligo (*ex art. 35, co. 1, lett. b*), del d.lgs. 165 del 2001). Di recente in materia è intervenuta la legge n. 102 del 2009, attraverso la quale è stata modificata la regolamentazione prevista per l'ingresso al lavoro per i lavoratori inquadrati nelle qualifiche e nei profili per i quali è previsto il solo requisito della scuola dell'obbligo. Per dette qualifiche e profili è, ora, stabilita una procedura selettiva operata dai centri provinciali dell'impiego che sottrae i partecipanti dall'effettuare un concorso pubblico bandito dall'amministrazione interessata ad assumere quel personale alle proprie dipendenze.

²⁵⁵ Pubblicata su www.funzionepubblica.gov.it

²⁵⁶ Così il contenuto dell'art. 35, co.1, *lett. b*), del D.lgs. 165 del 2001

²⁵⁷ Il cui regolamento attuativo è stato emanato con D.P.R. 10 ottobre 2000, n. 333, e successivamente integrato dall'atto di indirizzo e coordinamento in materia di collocamento obbligatorio dei disabili intervenuto con il D.P.C.M. 13 gennaio 2000.

Sempre in tema di accesso ai ruoli della pubblica amministrazione merita una menzione a parte quello relativo alla dirigenza. Il reclutamento dei dirigenti avviene anch'esso tramite procedure selettive pubbliche concorsuali per realizzare e rendere più imparziale l'azione amministrativa e per sottolineare la prerogativa della gestione che deve rispondere al requisito di professionalità (in questa fase a nulla rileva il fatto che l'emanazione degli indirizzi e delle direttive siano di diretta provenienza dalla sfera politica, ciò per la mancanza del rapporto di fiducia che può essere individuato solo nella successiva fase dell'incarico), ed agli indicatori di misurazione dei servizi che rispondono a standard definiti a livello internazionale.

Aspetto peculiare del rapporto di lavoro del dirigente nel settore pubblico è rappresentato dalla netta distinzione operata dall'art. 23 del d.lgs. n. 165 del 2001 tra disciplina dell'accesso alla qualifica di dirigente rispetto al conferimento dell'incarico. Se alla qualifica di dirigente si accede nello stesso modo previsto per gli altri ruoli e professionalità (concorso pubblico, che è attualmente stato raccordato dal D.P.M.C. 26 ottobre 2010, recante *“Disciplina per l'accesso, tramite concorso pubblico per titoli ed esami, alla qualifica di dirigente di prima fascia”* con le novità introdotte dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2009 che modificando l'art. 30 del d.lgs. n. 165 del 2001 hanno previsto come obbligatorio e necessario l'esperimento dell'attivazione delle procedure di mobilità prima di poter attivare le procedure concorsuali²⁵⁸) la stessa cosa non avviene relativamente al conferimento dell'incarico in quanto questo è attribuito, di norma, al personale già immesso nei ruoli dirigenziali a seguito della vincita del concorso da dirigente.

Inoltre, è prevista la possibilità, così come per le altre qualifiche, di bandire il concorso da dirigente sia a tempo indeterminato sia a tempo determinato. Prescindendo

²⁵⁸ Ad oggi sono divenute numerose le procedure di reclutamento del personale, sia di livello dirigenziale che di livello non dirigenziale, sottoposte alla procedura di annullamento in autotutela ai sensi dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, perché emesse e pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale Concorsi in violazione dell'art. 30, comma 2-*bis*, del D.Lgs. n. 165/2001. Tra gli ultimi annullamenti delle procedure si ricorda la determinazione dell'Agenzia Italiana del Farmaco emessa con Prot.n.HR/775/P del 24 febbraio 2012 che in virtù della sopradetta violazione ha annullato tutte le procedure concorsuali già pubblicate in *Gazzetta Ufficiale – IV Serie Speciale Concorsi*.

dal possesso del requisito professionale e del titolo di studio e dalla necessaria attitudine manageriale per poter partecipare alla selezione, le due tipologie concorsuali (tempo determinato e tempo indeterminato) si differenziano per la necessaria previsione nel bando del concorso a tempo determinato circa l'indicazione del posto che si intende ricoprire fornendo, nella relazione illustrativa, le ragioni che hanno spinto alla scelta di un concorso pubblico a tempo determinato. Una simile previsione non si riscontra nei bandi per le qualifiche non dirigenziali riferite a posti a tempo determinato.

Tutto l'impianto normativo sopra delineato per il reclutamento del personale delle amministrazioni pubbliche è sottoposto al necessario contenimento delle spese per il personale, il cui regolamento ha introdotto all'art. 39 della legge n. 449 del 1997 un sistema di programmazione triennale di assunzioni, avente l'obiettivo di ridurre anche il personale in servizio, poi confluito nell'art. 35 del d.lgs. n. 165 del 2001, e che, per la sua troppa flessibilità di utilizzo e di essere soggetto a modificazioni, a partire dalla finanziaria del 2002, la legge n. 448 del 2001, è stato superato dalla nuova previsione che richiedeva una politica di controllo delle assunzioni operata con il c.d. blocco del *turn over*, e da una programmazione non più triennale ma che proceda anno per anno.

Tale blocco delle assunzioni era inizialmente previsto per i soli enti locali che non avessero rispettato il patto di stabilità interno, divenne poi ancora più stringente coinvolgendo anche gli enti locali virtuosi, e per quanto riguarda le regioni, vigeva il divieto di assunzioni sino all'entrata in vigore di appositi D.P.C.M. (adottati in sede di conferenza unificata) che regolamentassero i criteri e i limiti per procedere alle assunzioni. Tale impianto è rimasto invariato sino alla legge finanziaria per il 2007, la legge n. 296 del 2006, che detta nuove regole sul patto di stabilità ritornando alla previsione triennale e prevedendo, anche per le regioni e gli enti locali, apposite misure per la stabilizzazione del personale che aveva lavorato con contratti di lavoro flessibili.

Con il D.L. 31 maggio 2010, n. 78, coordinato con la legge di conversione 30 luglio 2010, n. 122, prevede all'art. 9 che per il triennio 2011, 2012 e 2013 il trattamento economico per i singoli dipendenti del settore pubblico non possa superare quello in godimento nell'anno 2010, sancendo così il blocco della contrattazione e nel tentativo di ridurre e contenere la spesa pubblica depotenziando la contrattazione decentrata

integrativa e confermando la linea indicata con il D.L. 112 del 2008 convertito in legge n. 133 del 2008²⁵⁹. I tagli alla spesa di personale previsti dal D.L. n. 98 del 2011, convertito in legge n. 111 del 2011, introduce, oltre all'obbligo di contenimento e riduzione del fondo destinato al salario accessorio determinato in base al rapporto tra spesa per il personale e spesa corrente, l'individuazione degli enti destinatari delle misure di razionalizzazione della spesa. Successivamente il D.L. n. 138 del 2011, convertito in legge n. 148 del 2011, prevede insieme agli obblighi di riduzione delle dotazioni organiche anche la possibilità di una diversificazione dei provvedimenti di riduzione al fine di valorizzare ed allo stesso tempo incentivare l'efficienza dei settori virtuosi.

Ritorna l'obbligo di adozione, in realtà mai effettivamente abbandonato, di un *piano triennale di razionalizzazione della spesa* finalizzato alla riqualificazione della spesa. Per raggiungere questa ultima finalità è stato previsto, dall'art. 16 della legge n. 183 del 2011²⁶⁰, *l'obbligo di ricognizione annuale degli esuberi*, la cui mancata adozione limita le successive richieste di autorizzazione alla spesa per l'assunzione di nuovo personale, incluso anche quello con contratti flessibili. L'attività di monitoraggio viene svolta dal Dipartimento della Funzione Pubblica di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze. Su tale aspetto è stato attribuito un nuovo potere alle Sezioni Giurisdizionali della Corte dei Conti limitatamente alle attività elusive in caso di assunzioni invece limitate.

Per questo motivo, recentemente, presso l'Ufficio del Dipartimento della Funzione Pubblica è stato istituito l'Ufficio per l'Organizzazione, il Reclutamento, le Condizioni di lavoro ed il Contenzioso nelle pubbliche amministrazioni (UORCC), regolato con D.M. 25 maggio 2011, il cui art. 7, comma 2 *lett. a*), svolge il servizio di elaborazione e

²⁵⁹ Per un commento sugli effetti della riduzione delle risorse si veda TIRABOSCHI M., *La riforma del lavoro pubblico e privato e il nuovo welfare 2008*, Milano 2008, pp. 473 e sgg.. Le disposizioni normative a commento mettono in luce anche l'ulteriore finalità dei provvedimenti che mirano a realizzare una sostanziale parità delle curve di crescita delle retribuzioni tra settore pubblico e settore privato, visto che negli ultimi anni aveva visto il secondo caratterizzato da livelli di crescita molto inferiori rispetto al primo.

²⁶⁰ La legge del 12 novembre 2011, n. 183, detta Legge di Stabilità.

studi in tema di politiche di fabbisogni di personale, coordinando in materia di organizzazione e sviluppo della amministrazioni pubbliche le attività per la propulsione delle dotazioni organiche, comprese le assunzioni di personale mediante l'utilizzo di forme flessibili di reclutamento.

Tra gli altri, ha anche il compito di autorizzare allo svolgimento di procedure concorsuali in sede decentrata per le amministrazioni statali. In definitiva, il compito principale dell'UORCC è quello di elaborare e gestire i «*dati relativi alla programmazione delle assunzioni, alle politiche di reclutamento e alle condizioni di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*» (art. 7, co. 2, lett. a), D.M. 25 maggio 2011).

In conclusione, la novità introdotta dalla legge n. 150 del 2009 che dispone che le amministrazioni pubbliche a decorrere dal 1° gennaio 2010 coprono i posti disponibili nella dotazione organica attraverso concorsi pubblici, con riserva non superiore al cinquanta per cento a favore del personale interno, potrà essere mantenuta qualora siano nuovamente autorizzate le progressioni verticali del personale già dipendente in base alla programmazione triennale del fabbisogno del personale che diviene così lo strumento fondamentale per la gestione delle risorse umane in modo tale che sia garantita una efficiente razionalizzazione delle risorse, sia sul piano dell'organizzazione degli Uffici, sia sul piano politico, economico e sociale, prevenendo così gli abusi derivanti da il non corretto uso dei contratti di lavoro flessibile.

Da ultimo il decreto Monti ha elevato al 50% (in precedenza individuata al 40%) la soglia massima dell'incidenza delle spese di personale sulle spese correnti, oltre la quale scatta per i comuni e per le provincie il divieto di procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo e con qualsiasi tipologia contrattuale, al fine di rendere le “*assunzioni più facili nei comuni*”²⁶¹.

²⁶¹ L'art. 28 della legge n. 214 del 23 dicembre 2011 (decreto Monti), novella l'art. 76, comma 7, del D.L. n. 112/08.

6. Considerazioni in tema di efficienza della pubblica amministrazione, soluzioni vecchie e nuove

Affinché la pubblica amministrazione risulti strutturata in modo tale da riuscire a garantire la migliore cura e tutela degli interessi e dei diritti dell'intera collettività si è rilevata la necessità di disegnare nuove tipologie organizzative attente nel rispetto “*formale*” ai principi sanciti nell'art. 97 Cost.

Per consentire al modello datoriale, passato da quello burocratico a quello d'impresa, di funzionare in modo efficiente si rende essenziale delineare un confine mobile che assicuri scelte puntuali e dotate della massima flessibilità delle strutture contrattuali di modo che le stesse possano adeguarsi alle esigenze di tutela dell'interesse collettivo.

Il lavoratore del settore pubblico privatizzato svolge un'attività volta al perseguimento dell'interesse generale (tale affermazione vale a partire dal personale con compiti meramente esecutivi – ad es. l'addetto alle fotocopie -, sino ad arrivare al personale dotato di potere decisionale – quale ad es. il dirigente -), per tale motivo la “privatizzazione” ha fatto sì che venisse posta sin dall'inizio la questione di legittimità costituzionale.

L'*efficienza* (intesa nel senso di buon andamento) non è lo strumento del privato datore di lavoro, o meglio non è lo stesso parametro entro il quale il datore di lavoro privato, l'imprenditore, esercita la propria attività. L'efficienza perseguita dal datore di lavoro privato non è della stessa natura di quella perseguita dal datore di lavoro pubblico, in quanto per il datore di lavoro privato non esiste un fine pubblico da inseguire e da realizzare tramite lo svolgimento della propria attività imprenditoriale.

Per la pubblica amministrazione rimane, pertanto, necessario determinare se la natura dell'efficienza sia sociale, o politica o economica. L'essere flessibile significa che l'amministrazione riesce a garantire una certa dinamicità contrattuale, la quale può

risultare strettamente connessa alle tipologie contrattuali flessibili, se queste vengano individuate quali strumento rivolto al perseguimento dell'efficienza.

Per il legislatore è necessario riuscire a capire come agisce lo “strumento” flessibilità nella e della gestione del personale rispetto all'organizzazione del lavoro teso all'efficienza e quindi al buon andamento.

A ciò può giovare il principio della netta separazione tra attività di indirizzo politico e attività di gestione finalizzata ad accrescere l'autonomia e i poteri gestionali e conseguente piena responsabilizzazione del dirigente. Si è visto che il tentativo di inserire i canoni del *New public management* adottando i dettami della *performance*, alla quale corrisponde una maggiore flessibilità sia in termini di obiettivi sia in termini di autonomia decisionale del manager pubblico, termine con il quale si indica (ora) il dirigente pubblico, presumono una maggiore e rilevante (comunque) *presunta” capacità gestionale privatistica del dirigente*, il quale deve essere in grado di assumere tutte le determinazioni necessarie per l'organizzazione del proprio ufficio.

Anche in questo aspetto si rileva un dato che evidenzia la specialità del rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni in quanto sussiste, a differenza di quanto avviene per il datore di lavoro privato, l'impossibilità nel lavoro pubblico di conformare il potere organizzativo del datore di lavoro al particolare contratto collettivo.

Su questo aspetto ha inciso la terza riforma del lavoro pubblico privatizzato, con la quale il legislatore ha preteso di affermare la nuova visione del potere di organizzazione che deve essere più attenta alla gestione delle risorse umane piuttosto che ad un rafforzamento della organizzazione degli uffici, ossia della dimensione strutturale.

Si è visto che il “dirigente” pubblico nell'organizzazione e nella gestione del personale e dei rapporti di lavoro agisce tramite una soggettività giuridica di diritto privato con la capacità del privato datore di lavoro.

Se aumentano i poteri è logico veder aumentare le responsabilità ed i controlli. Nel settore privato l'azienda si dota spontaneamente di strumenti di controlli interni anche per rispondere in modo adeguato al mercato che impone chiarezza e rispetto del

consumatore; nel settore pubblico gli strumenti di controllo sono forniti dalla legge la quale realizza «*l'aziendalizzazione delle pubbliche amministrazioni*».

Considerato che sono stati “inseriti” nella gestione per l'efficienza del lavoro pubblico strumenti di *new governance* di tipo informativo (quali i *mandatory disclosure*), incentivanti, di misurazione della *performance*, di confronto e scambio (*benchmarking e best practices*), di sicuro interesse, è da rilevare che questi suscitino alcuni dubbi circa la loro effettiva implementazione in quanto troppo ancorati agli aspetti economici e poco bilanciati nel rispetto degli altri aspetti di natura sociale e (di opportunità) politica fondamentali per determinare il canone dell'efficienza

Risulta anche poco incisiva la politica “punitiva” che affianca la politica di crescita dell'efficienza attuata con gli strumenti sopra ricordati. Dare più potere al manager pubblico, almeno in questa fase della riforma, e ancorarlo da una parte al potere sanzionatorio di tipo disciplinare e dall'altra al potere di attribuzione della parte (irrisoria in realtà) della retribuzione, appare poca cosa rispetto alla necessaria autonomia gestionale (se si vuole un vero manager). Sicuramente positivo è l'aver puntato sulla trasparenza (forse ad avviso di chi scrive è questa la vera novità o rivoluzione del pubblico impiego) e sull'integrità dei controlli, affidando il compito ad una Commissione (la CiVIT) che dovrà indicarne, al più presto, le linee guida.

L'aver lasciato (non del tutto vista la resistenza dei dipendenti e dirigenti) il modello burocratico per quello, forse, più efficiente d'impresa, deve comunque fare i conti con le risorse umane, ormai divenute “scarse” – numericamente-, poco motivate e che sono vincolate nell'accesso sempre più al rispetto dei vincoli di bilancio di spesa che ne limitano anche la crescita professionale, visto che le voci (del bilancio dello Stato) destinate alla formazione “obbligatoria” per alcune amministrazioni sono state ridotte al “luminico”, e per altre addirittura risultano eliminate. Infine bisogna considerare che anche le norme (di rango costituzionale) che disciplinano l'accesso ai ruoli della pubblica amministrazione fanno la loro parte, determinando e ribadendo ancora una volta la specialità del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni che non va dimenticata.

In conclusione si avverte sempre più la necessità che il legislatore rivolga la propria attenzione all'aspetto delle risorse umane e consideri le altre tipologie contrattuali flessibili - in aggiunta a quella standard – come un vero e proprio strumento gestionale finalizzato sia al controllo delle risorse finanziarie, sia al controllo della gestione ottimale delle risorse umane.

CAPITOLO 3

**CONTRATTI DI LAVORO FLESSIBILE E RAPPORTO DI LAVORO SUBORDINATO
ALLE DIPENDENZE DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI**

SOMMARIO: 1. Il ruolo precettivo dell'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001 e le manifestazioni della flessibilità nel rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni - 2. Fabbisogno di personale e rapporti giuridici volti alla sua soddisfazione. Il contratto di lavoro a tempo determinato ed il suo ruolo nell'organizzazione degli uffici pubblici- 2.1. Il caso: i contratti di lavoro a termine dei dipendenti "scolastici" - 2.2. L'abuso di utilizzo di una successione di contratti flessibili nel Comparto Scuola: un'ulteriore posizione di specialità? - 2.3. La stabilizzazione del rapporto di lavoro flessibile nelle scuole quale possibile aspetto deflattivo del contenzioso - 3. Eccezionalità della somministrazione di lavoro nelle pubbliche amministrazioni - 4. Lo strumento contrattuale "su misura" per gli enti locali, le scuole e le università: il lavoro accessorio - 5. La controversa giustificazione dell'uso dei contratti di formazione e lavoro e degli altri rapporti formativi - 6. Dalla promozione dell'occupazione tramite il volontariato alla stabilizzazione del rapporto dei lavoratori socialmente utili - 7. Il tentativo di reintroduzione del contratto di lavoro autonomo nelle pubbliche amministrazioni ed il suo ridimensionamento: l'addio alle collaborazioni coordinate e continuative - 8. Un aspetto della flessibilità del "contratto standard" di lavoro subordinato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni: il tempo parziale - 9. Il contratto collettivo: lo strumento di disciplina per l'utilizzo delle tipologie contrattuali di lavoro flessibile nelle pubbliche amministrazioni e i suoi limiti "interni ed esterni" - 10. Osservazioni conclusive: verso una nuova stagione dei contratti di lavoro flessibile nel settore pubblico privatizzato?

1. *Il ruolo precettivo dell'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001 e le manifestazioni della flessibilità nel rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*

L'applicazione del diritto del lavoro al pubblico impiego privatizzato, come sottolineato nei capitoli precedenti, non è stata disposta per garantire una maggiore tutela ai lavoratori subordinati alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, ma ha

rappresentato uno strumento²⁶² necessario per il raggiungimento dell'obiettivo di accrescere l'efficienza nelle amministrazioni pubbliche²⁶³. Obiettivo che si realizza nel contenimento della spesa pubblica e nell'adozione di contratti di lavoro che permettano una gestione flessibile del personale.

In realtà, già in passato la flessibilità nel lavoro pubblico era conosciuta e veniva utilizzata sottoforma di assunzioni di personale fuori ruolo, sfociate poi in fenomeni di precarizzazione che si concludevano con discutibili procedure di stabilizzazione. La riforma del lavoro pubblico privatizzato ha tentato di eliminare questa tendenza disciplinando in modo puntuale l'utilizzo delle tipologie contrattuali flessibili di largo uso nel settore privato. E sono questi i contratti di lavoro flessibile che, nel gergo comune, sono chiamati atipici, nel senso di essere differenti dal tradizionale contratto di lavoro subordinato e soggetti a una disciplina legale differente²⁶⁴, ed oggi comunemente accettati nella indicazione terminologica di "*flessibili*".

Alcuni di questi contratti sono, in realtà, al di fuori della fattispecie del lavoro subordinato: è il caso del lavoro autonomo coordinato e continuativo che l'art. 61 d.lgs. n. 276/2003 impone che siano a progetto. Che il lavoro a progetto sia un precetto e non una fattispecie contrattuale, che rimane quella del contratto di lavoro coordinato e continuativo, è dimostrato dalle numerose eccezioni (vedi *infra* par.7).

In altri casi, i contratti possono qualificarsi speciali. Un contratto è speciale quando è presente una alterazione della causa rispetto al contratto standard: è il caso dell'apprendistato (artt. 47 ss. d.lgs. n. 276/2003), non incluso tra quelli utilizzabili dalle

²⁶² Si veda D'ORTA C., *Introduzione ad un ragionamento sulla flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Cit., pp. 515 e sgg..

²⁶³ Sul punto si rinvia a PILEGGI A., *Op. cit.*, pp. 129 e sgg..

²⁶⁴ Il termine atipico è il termine con il quale si indicavano i contratti di lavoro non standard all'inizio della loro espansione nel mercato del lavoro ed è legato alla visione più strettamente giuridica, in quanto la giurisprudenza, partendo dalla definizione del concetto positivo (individuando con quello atipico il concetto negativo), intende per contratto di lavoro tipico quello tipicamente giuridico per il quale ai sensi dell'art. 2094 cod. civ. "*è prestatore di servizio subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro alle dipendenze e sotto la direzione*" del datore di lavoro; per la nozione derivante dalla dottrina il contratto di lavoro tipico è quello subordinato a tempo pieno ed indeterminato.

pubbliche amministrazioni in quanto non inserito direttamente nell'elenco di cui nell'art.36, d.lgs. n. 165/01, lo stesso vale per il contratto di inserimento (artt. 54 ss.). In linea teorica l'apprendistato può essere utilizzato dalle pubbliche amministrazioni ricalcando lo schema del corso-concorso previsto per i dirigenti. Come da ultimo risulta la forma contrattuale flessibile più apprezzata dalla riforma Fornero del mercato del lavoro che tende a puntare molto sull'apprendistato che verrà di certo introdotto tra le forme flessibili di cui il settore pubblico farà largo uso nel futuro.

In altri casi, invece, a essere speciale non è la causa, che rimane sempre quella tipica del contratto di lavoro subordinato, cioè lo scambio tra lavoro e retribuzione, ma l'esistenza di un certo elemento che introduce una disciplina speciale, parzialmente diversa da quello standard. Si pensi al contratto di lavoro dirigenziale che è un contratto di lavoro subordinato caratterizzato dal fatto che lo stesso dirigente riveste il ruolo di datore di lavoro «*a contratto*»²⁶⁵ ed è contraddistinto da una disciplina speciale in tema di licenziamenti.

Altro esempio è riscontrato nel contratto a tempo parziale: la causa del contratto è sempre quella tipica, ma l'aver concordato un orario di lavoro differente da quello 'normale', implica l'applicazione di certe regole (*infra* par. 8).

Per completare l'analisi deve essere fatto un breve cenno sull'interpretazione del contratto di lavoro a disciplina speciale. Trattandosi di contratti di lavoro subordinato inquadrabili nella fattispecie generale, che presentano elementi di specialità nella fattispecie e nella disciplina, le norme speciali sono di stretta interpretazione e non possono essere applicate “*oltre i casi e tempi in esse considerati*” (art. 14 disp. prel. cod. civ.). Esse, inoltre, vanno sottoposte al vaglio di ragionevolezza *ex art. 3 Cost.* Sicuramente legittimo è chiedersi se l'elemento di specialità che differenzia la fattispecie contrattuale particolare da quella generale è tale da giustificare il precetto speciale²⁶⁶.

²⁶⁵ Tema ampiamente trattato da CALÀ F., *Il dirigente della pubblica amministrazione*, Roma 2006, pp.71-96.

²⁶⁶ Esempio: nel contratto di lavoro ripartito (che non è incluso tra le tipologie ammesse tra quelle utilizzabili dalle pubbliche amministrazioni per espressa previsione normativa della legge di disciplina la l. n. 276 del 2003), la solidarietà tra i lavoratori è disciplinata in maniera significativamente

Altro punto di discussione, sempre sotto il profilo della causa, si rinviene nei contratti di formazione e lavoro – *infra* par. 5 - (anch'essi inclusi nell'elenco delle tipologie contrattuali di lavoro flessibile utilizzabili dalle pubbliche amministrazioni, ex art. 36 d.lgs. n. 165/01).

Per introdurre i contratti di lavoro flessibile utilizzati dalle pubbliche amministrazioni è opportuno brevemente richiamare alcuni concetti fondamentali. Si è detto nei capitoli precedenti che per enfatizzare lo stacco dal modello del pubblico impiego disciplinato nel Testo Unico n. 3 del 1957, è stata utilizzata l'espressione "*rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*", più vicina a quella usata nei rapporti di lavoro privato indicati con "*rapporti di lavoro alle dipendenze del datore privato*". Da quel momento si avvia, come ormai noto, il processo di privatizzazione del pubblico impiego e s'iniziano a disciplinare i contratti di lavoro flessibili applicati alle pubbliche amministrazioni.

Il termine privatizzazione, abbiamo visto che, ha prevalso rispetto all'espressione contrattualizzazione²⁶⁷ e viene utilizzato per indicare il fenomeno che ha assoggettato il

diversa da quella prevista, per le obbligazioni in generale, dagli artt. 1292 e segg. cod. civ. E, infatti, ex art. 1307 cod. civ., in caso di impossibilità a prestare da parte di uno dei condebitori in solido, l'obbligazione si consolida in testa agli altri; nel lavoro ripartito, invece, l'intero contratto si estingue. Il fatto che oggetto dell'obbligazione sia il lavoro e non una certa quantità di prodotto giustifica la differente regola.

²⁶⁷ Per le critiche della dottrina amministrativa, per tutti CASSESE S., *Il sofisma della privatizzazione del pubblico impiego*, in *Riv.it.dir.lav.*, 1993, pp. 287 e segg., osserva che "*le norme non dispongono una privatizzazione ma piuttosto la sindacalizzazione del pubblico impiego*" in quanto "*la sindacalizzazione del pubblico impiego è la sua privatizzazione*" divenendo "*il sindacalismo pubblico ... sindacalismo dello Stato*"; per la dottrina giuslavoristica, per tutti RUSCIANO, *Problemi sulla contrattualizzazione del lavoro pubblico*, in DE MARTEN (a cura di), *Op. Cit.*, p. 217, ritiene "*fuorviante*" il termine privatizzazione, in quanto i rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni non diventano da pubblici a privati, ma pur rimanendo pubblici, vi si applicano le norme generali di diritto del lavoro e quelle della contrattazione collettiva, per questo è più giusto parlare di contrattualizzazione. Di recente altri autori si sono soffermati sull'argomento preferendo il termine contrattualizzazione a quello di privatizzazione, in quanto il primo assolve anche al ruolo di valorizzatore della fonte contrattuale, si veda TOPO A., *Legge e autonomia collettiva nel lavoro pubblico*, Padova 2008, p. 4, e ALES E., *Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni*, Milano 2007.

lavoro pubblico alla disciplina del contratto generale di lavoro, più precisamente ha indicato il nuovo *rapporto fra pubblica amministrazione e dipendenti. Rapporto disciplinato dal contratto individuale come fattispecie costitutiva del rapporto di lavoro e in cui si valorizza il contratto collettivo come strumento di regolazione delle condizioni di lavoro, così come avviene nel mercato di lavoro alle dipendenze del datore di lavoro privato*. E' appunto la connotazione del datore di lavoro che determina la differenza nei rapporti contrattuali tra datore privato o pubblico e lavoratore. La natura del datore di lavoro impone l'adozione di una disciplina *ad hoc*, con conseguenti elementi di specialità.

Autorevole dottrina preferisce parlare di un diritto dell'organizzazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni, *«perché tarato non già sulle esigenze di tutela del pubblico impiegato come lavoratore subordinato, bensì sulle esigenze organizzative della pubblica amministrazione»*²⁶⁸. Il tentativo di costruire un diritto comune del lavoro applicabile a tutte le categorie di dipendenti, pubblici e privati²⁶⁹, trovava il limite, non tanto nella regolamentazione dei processi di contrattazione collettiva²⁷⁰, ma nella disciplina del rapporto di lavoro per il personale alle dipendenze delle pubbliche

²⁶⁸ PILEGGI A., *Efficienza della Pubblica Amministrazione e Diritto del lavoro*, Cit., p. 57.

²⁶⁹ Significativa la dichiarazione, smentita espressamente poi dal legislatore (Art. 1, co. 2, d.lgs. n. 276 del 2003, in attuazione dell'espressa esclusione di cui all'art. 6: "le disposizioni degli art. da 1 a 5 non si applicano al personale delle pubbliche amministrazioni ove non siano espressamente richiamate"), che citava testualmente *"d'ora in avanti il legislatore dovrà scrivere leggi applicabili tanto ai dipendenti di datori di lavoro privati quanto ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni"*. Su questo punto si veda RUSCIANO, *Introduzione*, in RUSCIANO, ZOPPOLI, *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Torino 1993. Per altri, e per tutti, BORGORELLI, *La nuova disciplina del mercato del lavoro e le pubbliche amministrazioni*, in GRAGNOLI-PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276*, Padova, 2004, le inevitabili differenziazioni tra lavoro pubblico e privato, non si configurano come un *vulnus* al processo di unificazione, ma come una opportunità di costruire una disciplina migliore di quella che si otterrebbe attraverso l'estensione diretta delle disposizioni del diritto del lavoro alle dipendenze del datore privato.

²⁷⁰ La regolamentazione dei processi di contrattazione collettiva è influenzata dalla disciplina legale, ma nel pubblico presentano dinamiche differenti dal privato, rappresentando comunque un'attività negoziale funzionalizzata che pone limiti all'autonomia contrattuale delle pubbliche amministrazioni, rappresentanti comunque dei vincoli eteronomi al contratto di lavoro ma che non eliminano tale autonomia, riconosciuta come capacità diritto privato.

amministrazioni ed i principi sanciti nella Costituzione. Questo rapporto di specialità ha fatto sì che nell'utilizzo delle tipologie contrattuali flessibili nelle pubbliche amministrazioni si vedesse contrapposto all'aspetto organizzativo fondato sulla necessità di garantire l'efficienza (più in generale l'interesse pubblico sancito dalla Costituzione) l'esigenza di tutela del pubblico impiegato come lavoratore subordinato.

Nasce così l'esigenza di un confronto in questo contesto che chiarisca di come l'uso strumentale del diritto del lavoro e delle sue fonti con cui si è disciplinato il lavoro alle dipendenze del datore pubblico non si sia sviluppato per ragioni di tutela del lavoratore dipendente ma per rendere più efficiente l'organizzazione della pubblica amministrazione, soprattutto anche per le ragioni connesse ai problemi di costituzionalità derivanti dalla privatizzazione del pubblico impiego, che costituiscono un altro nodo centrale del dibattito.

Nel nuovo modello contrattuale di tipo *neo-autoritario*, in esame nella presente indagine, la gestione del personale in entrata nel settore pubblico con tipologie contrattuali non standard necessita di una puntuale, o meglio corretta - sotto l'aspetto formale-burocratico -, previsione circa le caratteristiche richieste per la loro utilizzazione²⁷¹. Per questo con la nuova formulazione dell'art. 36, del d.lgs. 165/01²⁷², il legislatore - del 2008 - riscrive le modalità di accesso nel lavoro pubblico privatizzato attraverso forme contrattuali flessibili, eliminando la formulazione che aveva appena sei mesi di vita - quella formulata con la legge n. 247 del 2007 - e che aveva come effetto quello di decretare, di fatto visti i limiti temporali posti (massimo tre mesi), l'impossibilità per le amministrazioni di ricorrere a forme contrattuali flessibili.

²⁷¹ Dalla presente analisi sono lasciati fuori i rapporti di lavoro in entrata o già in essere di tipo standard. Tra l'altro, il rafforzamento del potere disciplinare del dirigente datore di lavoro, nel modello neo-autoritario, è finalizzato a garantire il ruolo manageriale del dirigente dotato dei poteri del datore di lavoro privato.

²⁷² Intervenuta ad opera dell'art. 4, comma 2, D.L. 10 gennaio 2006, n.4, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 marzo 2006, n. 80, sostituito dall'art. 3, comma 79, L. 24 dicembre 2007, n. 244, a decorrere dal 1° gennaio 2008. Successivamente, il presente articolo è stato così sostituito dall'art. 49, comma 1, D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2008, n. 133.

Tale scelta, contenuta appunto nella legge finanziaria del 2008²⁷³, era priva di qualsiasi logica gestionale che permettesse l'uso di strumenti flessibili, in quanto considerava lo strumento flessibilità come sinonimo di precarietà e non come strumento, proprio della logica gestionale, di approvvigionamento di lavoratori che consentisse di far fronte ai bisogni dell'amministrazione e della collettività, in modo da garantire una efficiente pubblica amministrazione che risultasse anche efficace – più nel senso del risparmio economico che nel rispetto di un servizio di qualità - nell'offrire servizi alla collettività ed in grado di essere anche un valido strumento di regolazione occupazionale e di opportunità, offrendo, altresì (soprattutto in periodi di blocchi per l'assunzione in entrata di lavoratori con contratti standard), un inizio lavorativo temporaneo che si possa evolvere in un futuro rapporto di lavoro stabile, visto il riconoscimento di un titolo di preferenza in caso di concorso pubblico per chi, appunto, ha prestato servizio presso una pubblica amministrazione con contratto di lavoro flessibile.

Qualora fosse rimasto in vigore la precedente versione dell'art. 36, le pubbliche amministrazioni avrebbero potuto assumere personale con una delle tipologie contrattuali flessibili previste per il settore privato solo per esigenze stagionali e per periodi non superiori a tre mesi, con la possibilità di eccedere tale dato temporale in caso di sostituzione di personale in maternità e nel solo ambito delle autonomie locali. Tale disincentivo al ricorso dell'uso di contratti flessibili era rafforzato sia dall'esclusione d'intervento in materia da parte della contrattazione collettiva, sia estendendo il sistema sanzionatorio nei confronti delle pubbliche amministrazioni²⁷⁴.

Di conseguenza, accanto alla sanzione prevista per il dirigente che assumeva in violazione della norma (ex art. 36 e 35 del d.lgs. n. 165/2001), e della tutela risarcitoria (di natura esclusivamente economica stante il principio di anticonversione del contratto a termine in contratto a tempo determinato, in vigore per il solo settore pubblico) prevista per il lavoratore, era contemplata una sanzione diretta anche per l'intera struttura organizzativa della pubblica amministrazione consistente in un divieto esteso al triennio

²⁷³ La legge finanziaria del 2008 è stata emanata con legge n. 244 del 24 dicembre 2007.

²⁷⁴ FIORILLO L., *Il nuovo contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico*, in FERRARO G. (a cura di), *Il contratto a tempo determinato*, di, Torino 2008, pp.62-86.

successivo alla violazione di assunzione di personale non autorizzato e quindi in assenza di un titolo valido.

Le conseguenze di tale sanzione ricadevano, per effetto di una responsabilità oggettiva presunta, in capo all'amministrazione, e si ripercuotevano sulla collettività che rischiava di avere un servizio pubblico meno funzionante perché sottodimensionato nel numero dei dipendenti lavoratori invece necessari per l'ottimale funzionamento. Così, il legislatore subentrante si è accorto che tale rigidità normativa produceva conseguenze anche paralizzanti ed è intervenuto, dapprima, prevedendo delle eccezioni contenute nella circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica n. 3 del 2008²⁷⁵, e successivamente con il testo normativo della terza riforma.

La sensazione, per chi ha studiato il fenomeno subito dopo l'uscita della legge finanziaria del 2008²⁷⁶, è stata quella di essere ritornati a prima della riforma avviata con il d.lgs. n. 80 del 1998. Partendo proprio da quelle critiche e da quel contesto normativo, il legislatore del 2008, (ora) con uno spirito vicino alla logica aziendale efficientista, ed in un quadro ben più ampio di riforma, riporta il contenuto dell'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001 molto più vicino a quella che era la sua originaria formulazione e a quello che era il suo spirito innovatore di "*privatizzatore*".

Il primo comma dell'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001, attualmente in vigore, determina che le pubbliche amministrazioni per far fronte ai propri fabbisogni ordinari, «*assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato*» attraverso «*le procedure di reclutamento previste dall'art. 35*»²⁷⁷.

²⁷⁵ Un ampio approfondimento sul punto viene offerto da FIORILLO L., in *Flessibilità, precarietà e stabilizzazione nel lavoro pubblico*, in M. CINELLI-G. FERRARO (a cura di), *Lavoro, competitività e welfare*, Torino 2008, pp.217-238.

²⁷⁶ Tutti i commenti degli studiosi che hanno partecipato all'incontro sul tema *Precari, flessibili, stabili e stabilizzati. Il lavoro nelle P.A. dopo la finanziaria 2008*, sono contenuti negli atti del *Workshop* del 29 febbraio 2008, Università di Catania, avevano una voce unanime che indicava nello scenario attuale – per il momento storico di rilevazione - un ritorno alla situazione precedente la privatizzazione.

²⁷⁷ La modifica apportata all'art. 35 del d.lgs. 165/01, ad opera dell'art. 51, comma 1, D.Lgs. n. 150/2009, inserisce al comma 5-ter, un ulteriore elemento da considerare quale titolo preferenziale per l'accesso alle pubbliche amministrazioni, consistente nella precedenza da attribuire, al momento della valutazione complessiva, alla *residenza* che deve essere o nel comune o nella stessa regione (elemento

L'uso delle tipologie contrattuali flessibili è ora previsto, nel comma 2, per far fronte ad esigenze temporanee ed eccezionali. Quindi, *la regola generale per il reclutamento del personale in entrata nelle pubbliche amministrazioni prevede che questo avvenga di norma secondo la stipulazione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato, ed in casi eccezionali con tipologie contrattuali flessibili.*

Tale previsione, presente nel nostro ordinamento, è anche riconosciuta nell'accordo quadro concluso tra le organizzazioni intercategoriale a carattere generale (CES, CEEP e UNICE). L'accordo, che rappresenta il corpo della Direttiva 1999/70CE, prevede che, a fianco dei contratti di lavoro a tempo indeterminato, vi sia la possibilità di utilizzare forme diverse e sancisce i principi generali e i requisiti minimi per il lavoro a tempo determinato (nel nostro ordinamento è stata data attuazione alla Direttiva disciplinando il contratto a tempo determinato con il d.lgs. n. 368/2001²⁷⁸).

Da ultimo, la sentenza della Corte di giustizia europea del 23 aprile 2009, C-378/07 e C-380/07, - vedi *infra* par. 2 - «vieta l'utilizzo abusivo dei contratti a termine e sancisce la legittimità della norma di diritto nazionale che vieti in modo assoluto, nel solo settore pubblico, la conversione in un contratto di lavoro a tempo indeterminato di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, destinati a soddisfare esigenze permanenti e durevoli del datore di lavoro pubblico»²⁷⁹.

territoriale) a seconda del concorso da espletare (presso enti territoriali quali i comuni, o comparti ministeriali per sedi decentrate). Tale previsione desta alcuni dubbi di legittimità Costituzionali, che risultano non ancora sollevati.

²⁷⁸ Il D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368, *Attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES*, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* 9 ottobre 2001, n. 235, è modificativo ed abrogativo della precedente disciplina contenuta nella Legge 18 aprile 1962, n. 230, *Disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* del 17 maggio 1962, n. 125.

²⁷⁹ Con la sentenza del 23 aprile 2009, C-378/07 e C-380/07, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee si è pronunciata sull'interpretazione dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato allegato alla direttiva 1999/70/CE. Più in particolare ha affermato che: «la clausola 8, n.3, dell'accordo quadro deve essere interpretata nel senso che occorre valutare la "reformatio in peius" contemplata da tale clausola in rapporto al livello generale di tutela applicabile nello Stato membro interessato sia ai lavoratori con contratti di lavoro a tempo determinato successivi, sia a quelli con un primo ed unico

Questa sentenza avvalora la legittimità della nuova formulazione dell'art. 36, operata dal legislatore italiano, che con maggiore forza può vantare la “*bontà*” delle novità introdotte. Si sottolinea ancora una volta la necessità di riconoscere la specialità del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni rispetto al diritto del lavoro privato nell'impresa. Necessità che mantiene distinte la disciplina del lavoro pubblico da quella del lavoro privato, in contrapposizione alla ricercata integrazione che aveva caratterizzato la riforma del pubblico impiego iniziata nel 1992.

A parte alcuni enti pubblici privatizzati²⁸⁰, per i quali la trasformazione della natura giuridica del soggetto datore di lavoro ha comportato l'automatica applicazione della medesima disciplina prevista per i dipendenti privati, il legislatore ha sempre dosato gli interventi al fine di salvaguardare e accrescere l'efficienza delle pubbliche amministrazioni.

Il ragionamento sviluppato in termini di specialità si evidenzia in misura ancora più marcata nelle causalità giustificative di ricorso alla tipologia contrattuale flessibile. Le differenze introdotte dalla l. n. 133 del 2008 (nell'art. 1 comma 1, d.lgs. n. 368 del 2001) rimarkano in modo ancora più netto il distacco tra quanto previsto nel diritto del lavoro pubblico rispetto al diritto privato. Nel settore privato, in particolare per i contratti a tempo determinato per esplicita previsione contenuta appunto nel d.lgs. n. 368 del 2001, si ricorre all'uso di contratti di lavoro flessibile per «*ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo anche se riferibili all'ordinaria attività del datore di lavoro*»²⁸¹, mentre il datore di lavoro pubblico ne fa uso solo «*per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali*»²⁸². In questo caso è lo stesso

contratto di lavoro a tempo determinato». Il testo è consultabile su: www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=6&id=312&page=2.

²⁸⁰ Il riferimento è agli Enti Pubblici Economici sottoposti alla privatizzazione che li ha visti trasformati in S.p.A. a totale partecipazione pubblica. Si ricordano per brevità di esposizione i casi di: Ente Poste Italiane in Poste Italiane S.p.A.; Ferrovie dello stato in Trenitalia S.p.A. (ed altre collegate).

²⁸¹ Si veda art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001, così come integrato dall'art. 21 del D.L. 25 giugno 2008, n. 112/2008, convertito con modificazioni dalla L. 6 agosto 2008, n. 133.

²⁸² Si veda art. 36, comma 2, D.Lgs. n. 165/2001, così come modificato dall'art. 49, comma 1, D.L. 25 giugno 2008, n. 112/2008, convertito con modificazioni dalla L. 6 agosto 2008, n. 133.

legislatore che compie una netta scelta differenziatrice tra settore privato e settore pubblico.

La scelta di utilizzare personale con contratto flessibile, nel settore pubblico, subisce una notevole limitazione rispetto alle causali giustificative, le quali devono coesistere nello stesso momento, non potendo prescindere l'esistenza dell'una rispetto all'altra.

Il comma 2, dell'art. 36, richiamando la competenza del contratto collettivo nazionale in merito alla disciplina nella materia di contratti di lavoro flessibile (a tempo determinato, formazione e lavoro, formativo e della somministrazione di lavoro a tempo determinato, collaborazioni coordinate), e la competenza delle amministrazioni pubbliche nell'organizzazione del lavoro e dell'impiego delle risorse umane, pone l'attenzione sulla possibilità che per alcune fattispecie (lavori stagionali, sostituzioni di lavoratori assenti per congedi o aspettative) in cui è presente il requisito “*temporaneo*”²⁸³ sia invece assente quello “*eccezionale*”. Si viene così a creare un contrasto tra disciplina legale e fonte collettiva. Stante il fatto che la fonte collettiva rimanga quella privilegiata dal legislatore per adattare la norma privatistica a quella pubblica, in questo caso riceve un ridimensionamento perché deve necessariamente individuare le fattispecie nelle quali siano presenti entrambi i requisiti, pena l'illegittimità della clausola – *infra* par. 2 -.

Il tentativo di dimostrare la tesi secondo la quale il reclutamento di personale attraverso l'utilizzo dei contratti di lavoro flessibile, per le pubbliche amministrazioni, rappresenta un agile strumento²⁸⁴ per far fronte a concrete esigenze di carattere organizzativo, produttivo, correlate anche a esigenze indispensabili, aventi caratteri ordinari e non solo straordinari, presuppone alcune considerazioni preliminari.

Spesso si è usata la flessibilità, nel senso di tipologie contrattuali flessibili, per far fronte a esigenze contingenti, legate per lo più alle scelte fatte dai singoli dipendenti (trasferimenti, pensionamenti e conseguenti blocchi del *turn over*, altre tipologie di

²⁸³ Sul punto si veda PESSI R., *Il contratto a tempo determinato*, in *ADL*, n.2 (2009), p. 305.

²⁸⁴ Si rinvia a VALLEBONA A. e PISANI C., *Il nuovo contratto a termine*, Padova 2001, pp. 64 e sgg..

assenze), condizionati anche dalla scarsa propensione all'utilizzo del modello dell'orario flessibile e della possibilità della prestazione lavorativa part-time – *infra* par. 8 -

Sicuramente, l'introduzione delle tipologie flessibili nell'ambito del pubblico impiego non trova la giustificazione nelle prerogative della gestione caratterizzanti l'impresa privata e il rapporto di lavoro privato, ma trovano la loro giustificazione nei vincoli posti dall'art. 97 della Costituzione²⁸⁵, al quale si aggiunge l'esigenza di rispettare i vincoli di bilancio imposti dalle recenti leggi finanziarie che hanno causato i blocchi all'assunzione di personale con contratto di lavoro a tempo indeterminato²⁸⁶.

Il punto che ha presentato più forte *criticità* è individuato nella gestione *delle pubbliche amministrazioni risultate poco attente negli anni a realizzare quei presupposti necessari che potessero permettere ai contratti di lavoro flessibili di evidenziare tutti i possibili effetti positivi e utili derivanti da una loro corretta utilizzazione.*

Purtroppo tra i *focus* degli obiettivi manageriali utilizzati tramite l'approccio gestionale del *New Public Management* (NPM) e dagli elementi del modello del *Management del Valore Pubblico* (MVP) non sono presenti i riferimenti gestionali relativi alla dimensione e al fabbisogno del personale da impiegare, ma sono riferiti a concetti di preferenza collettiva (MVP) o individuale (NPM)²⁸⁷. Proprio la mancanza di

²⁸⁵ Sul punto si veda PASCARELLA G., *Problematiche applicative del contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico*, in FERRARO G. (a cura di), *Il contratto a tempo determinato*, cit., p.103.

²⁸⁶ Si veda VISONÀ S., *Questioni sul contratto a termine*, in *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 2008, pp.302 e sgg..

²⁸⁷ Uno studio sui paradigmi teorici dell'organizzazione del lavoro pubblico è stato sviluppato da MERCURIO R., ESPOSITO V., *La valutazione delle strutture: il punto di vista dello studioso di organizzazione*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia....,cit.*, pp.231-254. I due AA. mettono in risalto il tema affrontato dal D.Lgs. n. 150/2009 riguardo alla partecipazione del dipendente e alla sua valutazione rispetto agli indicatori prescelti per la misurazione della performance. Mentre per quanto riguarda la modalità di partecipazione del dirigente alle fasi gestionali e rispetto alla metodologia di valutazione scelta che prevede una corresponsabilità sugli obiettivi nella modalità prescelta di formalizzazione degli obiettivi rischiano di trasformare i processi valutativi in una nuova burocratizzazione piuttosto che in nuovi strumenti di una gestione dinamica dell'amministrazione pubblica. Nonostante la ricchezza dei dati

un'attenta programmazione mirata alla gestione dell'effettiva dotazione organica e l'assenza di una reale misurazione delle potenzialità del personale disponibile con la produttività necessaria al funzionamento dell'amministrazione rappresenta il nodo cruciale su cui avrebbe dovuto concentrarsi l'attenzione del legislatore. *La flessibilità deve condurre alle adozioni di modelli organizzativi e gestionali che riescano a seguire le necessità, anche non solo contingenti, puntando sull'aspetto sostanziale e manageriale, e non più sull'aspetto qualitativo e formale.*

Il *piano industriale*²⁸⁸ per la riforma della pubblica amministrazione, che è in via di realizzazione, sembra aver preso una direzione, non dichiarata negli intenti, ponendo in realtà i contratti di lavoro flessibile come strumento di gestione delle pubbliche amministrazioni²⁸⁹.

La traccia evidente di questo passaggio risiede nella nuova formula dell'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001, - oggi vigente - che cerca di evitare le situazioni che si sono create a seguito delle due precedenti formulazioni intervenute in modifica, sempre del citato art. 36, con le leggi finanziarie del 2007 e del 2008, che purtroppo hanno evidenziato problemi di precariato (secondo i dati Almalaurea il settore pubblico è divenuto la culla della precarietà con una percentuale di stabilizzazione del 30% rispetto al 70% del settore privato)²⁹⁰, seguiti dai relativi percorsi di stabilizzazione terminati il 30 giugno del 2009.

forniti e della puntuale ricostruzione del sistema, a parere di chi scrive, poteva trovare posto nella valutazione dello sviluppo delle forme organizzative l'aspetto dimensionale che è ricavabile dal rapporto tra effettivo fabbisogno di personale e reale numero del personale in servizio e quali strumenti contrattuali possono realizzare il pieno soddisfacimento rispetto al fabbisogno reale di personale.

²⁸⁸ Si confronti il Piano industriale per la pubblica amministrazione sul sito www.riformabrunetta.it

²⁸⁹ Sul punto si veda ALES E., *Le prerogative datoriali delle pubbliche amministrazioni e il loro doveroso esercizio*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia .., cit.*, p.117; per alcuni dati sull'impiego del lavoro flessibile nelle pubbliche amministrazioni si veda MASTROGIUSEPPE P., *I processi di modernizzazione organizzativa della pubblica amministrazione e la loro incidenza sul lavoro pubblico*, in CARABELLI U., CARINCI M.T. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari 2010, p. 17.

²⁹⁰ I dati del "XIV° Rapporto ALMALAUREA sulla condizione occupazionale dei laureati", sono stati presentati all'Università "La Sapienza" di Roma, durante il convegno "Dopo la laurea: studi ed

Il legislatore nazionale ha, oggi, determinato all'art. 36, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165, la regola generale secondo la quale il reclutamento del personale in entrata nelle pubbliche amministrazioni, per far fronte ai propri fabbisogni ordinari, avviene secondo la stipula di un contratto “*di lavoro subordinato a tempo indeterminato*” (come chiarito in precedenza tale tipologia contrattuale è definita standard o tipica²⁹¹).

Al secondo comma, è prevista la possibilità di utilizzo di altre tipologie contrattuali che vengono indicate come contratti flessibili²⁹². I rapporti individuali di lavoro sono regolati dai contratti collettivi che sono stipulati secondo i criteri e le regole e i principi di cui all'art. 45, del d.lgs. 165/2001. Con l'art. 49 del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112, convertito nella legge 6 agosto 2008 n. 133, si è sostituito il contenuto dell'art. 36 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165 (Testo Unico sul pubblico impiego) lasciando inalterato il titolo che reca: “*Utilizzo di contratti di lavoro flessibile*”²⁹³.

Il legislatore interviene di nuovo modificando il contenuto dell'art. 36, dopo averlo già fatto con le precedenti leggi finanziarie del 2007 e del 2008, usando la tecnica legislativa della novellazione permanente iniziata sulla riforma del pubblico impiego attuata con d.lgs. n. 29 del 1993 e continuata nel d.lgs. n. 165 del 2001.

esperienze di lavoro in Italia e nel contesto internazionale”, dell'8 marzo 2012, e sono disponibili sul sito www.almalaurea.it

²⁹¹ L'accordo quadro concluso tra le organizzazioni intercategoriale a carattere generale (CES, CEEP e UNICE) rappresenta il corpo della Direttiva 1999/70/CE e prevede a fianco del contratto di lavoro standard la possibilità di utilizzo di forme diverse e sancisce i principi generali e i requisiti minimi per il lavoro a tempo determinato.

²⁹² Il primo atto di indirizzo inviato dal Ministero della Funzione Pubblica all'Aran per la disciplina mediante accordi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale ai sensi dell'art. 36 è del gennaio 1999 e pubblicato su www.funzionepubblica.gov.it/lavoro_flessibile.

²⁹³ La formulazione originaria dell'art. 36 del d.lgs. n. 29 del 1993 recava: “*Forme contrattuali flessibili di assunzione ed impiego del personale*”, sostituita poi con l'attuale formula dalla l. n. 244 del 2007.

Le modifiche all'art. 36, divenute più frenetiche negli ultimi sei anni²⁹⁴, hanno dato vita ad un ampio dibattito²⁹⁵, nel quale è emersa la necessità di dare un ordine sistematico alla normativa²⁹⁶ per garantire al datore di lavoro pubblico gli strumenti di gestione tipici del datore di lavoro privato.

L'attuale formula dell'art. 36 (*"Utilizzo di contratti di lavoro flessibile"*), del d.lgs. n. 165 del 2001, modificato dall'art. 49, con rubrica : *"Lavoro flessibile nelle pubbliche amministrazioni"*, della legge n. 133 del 6 agosto 2008, legge di conversione del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, *"Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria"*, al primo comma fa richiamo al principio di accesso ai ruoli della pubblica amministrazione disciplinato dall'art. 35 (ossia tramite procedure concorsuali pubbliche e mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento

²⁹⁴ Fenomeno definito da CARUSO B., in *Precari, flessibili, stabili e stabilizzati. Il lavoro nelle P.A. dopo la finanziaria 2008*, dagli atti del Workshop del 29 febbraio 2008, Università di Catania, come regolazione a *"doccia scozzese"*, visto che si presenta una volta rigido, divenendo poi flessibile, successivamente precario per ritornare di nuovo rigido passando così da un estremo all'altro; successivamente in *La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella l. 133/08 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche)*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 79/2008, lo paragona ad un orologio da parete ed indicando la regolamentazione della normativa della *"flessibilità del lavoro pubblico"* frenetica come *"le oscillazioni del pendolo"*.

²⁹⁵ Si ricordano a tal proposito i più recenti: Convegno sul *"Lavoro pubblico. Ritorno al passato."* Tenutosi a Roma, presso il CNEL, il 16 febbraio 2009; Convegno Nazionale tenutosi ad Ascoli Piceno, organizzato dal CNSDL *"Domenico Napoletano"*, del 20-21 marzo 2009, su *"Competitività, flessibilità del mercato e diritti fondamentali dei lavoratori"*; Seminario su *"La riforma degli assetti contrattuali: contenuti e portata"*, tenutosi presso l'Università Europea di Roma il 3 aprile 2009; ed infine, la tavola rotonda su *"Rappresentanza sindacale e contratto collettivo"*, tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università La Sapienza di Roma il 3 aprile 2009; Seminario su *"Il Piano industriale per la riforma della pubblica amministrazione e le sue prime realizzazioni"*, tenutosi presso la Facoltà di Scienze statistiche dell'Università La Sapienza di Roma il 13 maggio 2009.

²⁹⁶ RUSCIANO M., in *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, 1978, già prima della riforma del pubblico impiego ha fornito uno dei più significativi contributi, sottolineando che necessaria la tendenza del diritto del lavoro, nel processo di unificazione tra rapporto di lavoro pubblico e privato, a riguardare tutte le tipologie dei rapporti di lavoro caratterizzata da una unitaria e coordinata sistemazione.

per le qualifiche per le quali è prevista la sola scuola dell'obbligo, o mediante assunzioni obbligatorie ai sensi della legge 12 marzo 1999, n. 68)²⁹⁷.

Sempre il primo comma recita: *“per il proprio fabbisogno ordinario le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato”*. Pertanto per le esigenze ordinarie le pubbliche amministrazioni non si possono avvalere di tipologie di contratti diversi da quello subordinato a tempo indeterminato. Dalla lettura del primo comma, è molto chiara la posizione del legislatore su quale sia la norma attraverso la quale si può in via ordinaria essere assunti nella pubblica amministrazione: tramite concorso pubblico e stipula per i vincitori di un contratto individuale di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Stabilito quale sia l'accesso in via ordinaria, va ora inquadrata la disciplina delle assunzioni di personale alle pubbliche amministrazioni quando ricorrano esigenze eccezionali e temporanee²⁹⁸.

Le assunzioni dei lavoratori nelle pubbliche amministrazioni per le quali si possono usare le forme contrattuali del lavoro flessibile possono essere attivate solo per ragioni volte a *“rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali [...], nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti”*, così recita testualmente l'art. 36, d.lgs. n. 165/2001. Pertanto la pubblica amministrazione può utilizzare i contratti di lavoro flessibile previsti dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato,

²⁹⁷ Il riferimento è al D.L. 1 luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni, in legge 3 agosto 2009, n. 102, che sottrae al campo di applicazione del divieto di conversione a tempo indeterminato dei contratti di lavoro flessibili, per i quali è richiesto come titolo di accesso il requisito della scuola dell'obbligo, purché istaurati a seguito di avviamento da parte dei centri provinciali per l'impiego e purché rispettino i requisiti indicati dalla giurisprudenza costituzionale quali: il rispetto della programmazione triennale, i vincoli finanziari in tema di assunzioni; il sostenimento di una prova d'idoneità e che soprattutto rispettino il principio ex art. 51 della Cost. di libera possibilità di accesso a tutti i cittadini.

²⁹⁸ L'art. 97 Cost. rimette alla discrezionalità del legislatore l'individuazione dei casi eccezionali in cui è possibile derogare al principio del concorso pubblico. Una simile rigidità priva di quella discrezionalità necessaria per realizzare una gestione delle risorse umane efficiente ha fatto sì che le pubbliche amministrazioni ricorressero nel passato ai contratti flessibili con un atteggiamento poco responsabile anche per effetto degli interventi sanatori operati dal legislatore.

limitatamente a queste causali e nel rispetto delle norme d'accesso in precedenza indicate.

Il cambiamento avvenuto con l'attuale legislazione ha visto il passaggio dall'uso degli strumenti contrattuali flessibili dettati da esigenze di bilancio (economiche) alle esigenze di gestione (organizzative), divenendo strumento idoneo a creare occupazione aggiuntiva nel tentativo di rendere più efficiente l'apparato statale. L'individuazione del momento genetico dell'instaurazione del rapporto di lavoro ne giustifica la diversificazione rispetto all'instaurazione del rapporto di impiego nel privato.

A ragione di tale posizione sta il principio di accesso alle pubbliche amministrazioni che avviene tramite pubblico concorso anche per le tipologie contrattuali di lavoro flessibile, procedura del tutto estraneo nel settore privato. La necessità di utilizzare un criterio di accesso oggettivo e imparziale che garantisca anche la trasparenza, non deriva soltanto dai principi dell'azione amministrativa, ma anche da quelli che sono legati alla gestione "imparziale" che impone alle pubbliche amministrazioni di individuare i propri contraenti attraverso procedure attente ai principi costituzionali.

Le disposizioni contenute nell'art. 36, d.lgs. n. 165 del 2001, non integrano, in quanto non applicabili, quelle contenute nelle norme disciplinanti i rapporti flessibili utilizzati nel settore privato, e introducono una disciplina riservata alla sola pubblica amministrazione, dettando le condizioni attraverso cui l'amministrazione può stipulare i contratti di lavoro flessibile²⁹⁹. La scelta operata dal legislatore di inserire, nell'art. 36, non tutte le categorie contrattuali flessibili conosciute nel mercato del lavoro privato³⁰⁰ è

²⁹⁹ Sul punto si veda PINTO V., *La flessibilità del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in GAROFOLO M. G., LEONE G. (a cura di), *La flessibilità del lavoro: un'analisi funzionale dei nuovi strumenti contrattuali*, Bari 2009, pp. 203-218.

³⁰⁰ La deregolamentazione del mercato del lavoro operata con la "flessibilità" in entrata, proposta dal *Jobs Study* dell'*Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico* (OECD), ha portato a controverse situazioni con l'effetto diffuso di ridurre i livelli di protezione e garanzia che il lavoratore aveva raggiunto in un arco temporale lungo con molte lotte sindacali. Sul punto si richiama lo scritto di COLETTI D., PEDERSINI R., *La flessibilità numerica nei settori privato e pubblico fra strategia e contingenza*, in *Giornale di diritto del lavoro*, n. 124 (2009) 4, pp. 673-706, realizzato nell'ambito del progetto Prin del 2006, "*Organizzazione della produzione e lavori flessibili: effettività e funzionalità delle nuove tipologie contrattuali*".

stata determinata da precise necessità, visto che al settore pubblico mancano, tra l'altro, i riferimenti della dinamicità, qualità invece richiesta dal mercato all'imprenditore privato.

Per questo la flessibilità deve rispondere esclusivamente alla necessità di raggiungere gli obiettivi amministrativi garantendo quell'efficienza che permette la protezione dell'interesse pubblico. *Ma, si può obiettare che, in un momento economico come quello attuale proteso verso mercati globali e altamente dinamici e flessibili, la pubblica amministrazione non può ritenersi esentata dal considerare tali aspetti.*

Come è noto il *mercato* della pubblica amministrazione è caratterizzato da una domanda che segue e si adatta all'offerta (ossia dei servizi che l'amministrazione eroga) e molto difficilmente avviene il contrario. Non sempre – quasi mai in realtà - la pubblica amministrazione riesce a rispondere e fornire in modo efficiente alla richiesta di servizi degli utenti-cittadini che sono in definitiva la domanda del mercato-servizi.

Nel ventaglio di possibilità offerte dalla normativa sulla flessibilità, il contratto di lavoro a termine è senz'altro la figura contrattuale a cui più ampiamente si fa ricorso tanto nel settore privato, quanto nel pubblico impiego. Il dato numerico disponibile nel settore pubblico non è esaustivo visto che il fenomeno viene misurato in base alle informazioni contenute nel conto annuale delle pubbliche amministrazioni.

Da ultimo, la terza riforma ha cercato di convogliare tutte le informazioni sull'uso dei contratti flessibili prevedendo con la direttiva n. 2 del 2010 della Funzione Pubblica *“il monitoraggio del lavoro flessibile”*³⁰¹. Di seguito si eseguirà una breve illustrazione, senza entrare nello specifico dettaglio in tema di disciplina, di come i contratti flessibili nel settore pubblico possano risultare necessari per sopperire alla carenza di personale e rappresentare così utili strumenti di efficienza gestionale.

³⁰¹ La Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione Pubblica, U.P.P.A., ha emanato la direttiva n. 2/2010 del 16 febbraio 2010 recante: Direttiva del ministro della Pubblica amministrazione e l'innovazione per il monitoraggio del lavoro flessibile ai sensi dell'articolo 36, comma 3, del Decreto Legislativo 30 marzo 2001, n. 165.

2. *Fabbisogno di personale e rapporti giuridici volti alla sua soddisfazione. Il contratto di lavoro a tempo determinato ed il suo ruolo nell'organizzazione degli uffici pubblici*

La tipologia contrattuale flessibile che ha trovato, nel settore pubblico, maggiore utilizzo è il contratto a tempo determinato³⁰². Tale contratto di lavoro è inserito nell'elenco contenuto nel co. 2, art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001, il quale fa espresso rinvio alla fonte generale di disciplina applicata al settore privato: il d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368 (e successive modifiche e integrazioni)³⁰³.

In realtà la normativa di disciplina del contratto a tempo determinato, in Italia, era preesistente alla direttiva comunitaria e risale alla legge del 18 aprile 1962, n. 230. Per oltre quarant'anni questa tipologia contrattuale di lavoro subordinato ha rappresentato un'opportunità di occupazione molto importante ed ampiamente utilizzata sia dal settore privato sia dal settore pubblico.

³⁰² Ampissima la bibliografia sul tema. Tra i contributi più recenti e maggiormente articolati si segnalano, FIORILLO L., *Il nuovo contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico*, in FERRARO G. (a cura di), *Il contratto a tempo determinato*, Cit., pp. 62 e sgg.; PASCARELLA G., *Problematiche applicative del contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico*, in FERRARO G. (a cura di), *Cit.*, pp. 87-121; PERSIANI M., PROIA G., *La nuova disciplina del welfare*, Padova 2008; VALLEBONA A., *Lavoro a termine: il d.lgs. n. 368 del 2001 disciplina validamente solo gli abusi di successione*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2008, pp. 386 sgg.; sul tema si veda anche BIAGI M., *La nuova disciplina del lavoro a termine: prima (controversa) tappa del processo di modernizzazione del mercato del lavoro italiano*, in BIAGI M. (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, Milano 2002, pp. 18 sgg..

³⁰³ Il D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368 (e successive modifiche e integrazioni) è norma di recepimento della direttiva comunitaria 1999/70/CE del 28 giugno del 1999 relativa all'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, avente la duplice finalità di garantire da un lato la non discriminazione tra lavoratore a tempo in determinato e lavoratore a termine e dall'altro evitare gli abusi derivanti da una successione di contratti a termine. La Corte di Giustizia europea, Grande Sezione, del 4 luglio 2006, causa C-212/04, Adeneler ed altri, ha deciso che il contenuto della direttiva 1999/70/CE ed Accordo quadro, si applica anche ai rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni, su <http://europa.eu.int/eur-lex/it>.

Per quanto riguarda gli elementi essenziali del contratto a termine esiste una identità quasi totale tra settore privato e settore pubblico. Gli elementi in comune sono: la forma scritta del contratto e l'apposizione del termine³⁰⁴; il divieto di utilizzo del contratto a termine in caso di sostituzione del lavoratore in sciopero ed in caso si sia proceduto a licenziamenti collettivi nei precedenti sei mesi, e da tutte le ipotesi di divieto contenute nell'art. 3 del d.lgs. n. 368 del 2001. Inoltre, il contratto a termine non deve contenere elementi che violino il divieto di non discriminazione tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato.

Tutto sommato il contratto a termine è in assoluto il più idoneo a sopperire al crescente fabbisogno di personale che, a seguito del *turn over* e del blocco delle assunzioni di personale con contratto standard, le pubbliche amministrazioni lamentavano e lamentano tuttora. Purtroppo, quegli elementi di specialità, propri della disciplina del settore pubblico – e non presenti nel settore privato – , quali la necessità di una procedura concorsuale per individuare le persone che possono essere assunte con tale tipologia contrattuale (caratterizzata da una durata eccessiva, considerando i tempi della pubblicazione del bando e le successive fasi), sono gli stessi che ne scoraggiano all'uso.

Inoltre, il contratto a termine è oneroso in termini economici quanto un contratto standard, proprio in osservanza della citata direttiva comunitaria del 1999, per ciò, a seguito delle stringenti difficoltà di reperire le necessarie risorse economiche, e considerato lo *spending review*, le pubbliche amministrazioni stanno convogliando l'attenzione verso altre tipologie contrattuali flessibili più “economiche”, e che non conoscono la stessa tutela non discriminatoria (in termini economici) prevista dalla direttiva comunitaria sul contratto a termine in precedenza citata³⁰⁵.

³⁰⁴ L'art. 1, co. 2, D.Lgs. n. 368/2001, prevede che «l'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto nel quale sono specificate le ragioni [di cui all'art. 1, co. 1, D.Lgs. n. 368/2001]».

³⁰⁵ A differenza di quanto avviene per il contratto a termine le altre tipologie contrattuali flessibili non sono soggette alla stessa procedura concorsuale ma conoscono una procedura a carattere “affievolito”, ad esempio comparativa per titoli, e non sono oggetto della necessaria comunicazione preventiva a carattere autorizzatorio da trasmettere alla Funzione Pubblica. Tali caratteristiche li rendono

Il più evidente ed importante elemento di differenziazione tra settore pubblico e privato nell'utilizzo del contratto a termine è costituito dal sistema della *causale generale*. Infatti per il settore pubblico non è possibile ricorrere alla causale generale conosciuta nel settore privato disciplinata all'art. 1, co. 1, d.lgs. n. 368 del 2001³⁰⁶, che prevede la possibilità di ricorrere ai contratti a termine «*a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo*» anche per l'*ordinaria* attività produttiva.

Per le pubbliche amministrazioni, invece, trova applicazione il 2°co., dell'art. 36, d.lgs. n. 165 del 2001, ai sensi del quale è ammesso il ricorso all'assunzione di personale con contratto a termine per «*esigenze temporanee ed eccezionali [...] nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti*» [ed in osservanza di quanto previsto nei contratti collettivi nazionali di comparto]³⁰⁷.

I due settori, pubblico e privato, avevano conosciuto fino all'introduzione del comma 1-bis³⁰⁸, nell'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001, una sostanziale uguaglianza rispetto alla disciplina legale con causali tipiche sostanzialmente identiche. La finanziaria del 2008 aveva introdotto una radicale compressione del contratto a termine nel pubblico impiego e se fosse rimasta ancora in vigore la distanza tra settore pubblico e settore privato sarebbe oggi stata abissale in quanto consentiva alle amministrazioni di fare ricorso a personale con contratto a tempo determinato solo per esigenze stagionali e

molto interessanti soprattutto agli enti locali, in quanto, l'utilizzo di alcune tipologie non standard, permette loro di superare il patto di stabilità che di fatto blocca le assunzioni di personale.

³⁰⁶ Nel settore privato ai sensi dell'art. 1, co. 1, D.Lgs. n. 368/2001 così come modificato dall'art. 21, della L. 133/2008, è consentito l'apposizione del termine al contratto di lavoro subordinato «*a fronte di ragioni di carattere tecnico produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività del datore di lavoro*».

³⁰⁷ Anche questa parte è stata modificata con la riscrittura dell'art. 36 avvenuta ad opera dell'art. 17, comma 26, lett. a), D.L. 1° luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni, dalla L. 3 agosto 2009, n. 102.

³⁰⁸ Il comma 1-bis, dell'art. 36, D.Lgs. n. 165/2001, inserito dall'art. 4, comma 2, del D.L. 10 gennaio 2006, n. 4 «*Misure urgenti in materia di organizzazione e funzionamento della pubblica amministrazione*», convertito con modificazioni, dalla legge 9 marzo 2006, n. 80, prevedeva che: «*le amministrazioni possono attivare i contratti di cui al comma 1 solo per esigenze temporanee ed eccezionali e previo esperimento di procedure inerenti assegnazioni di personale anche temporanea[...]*».

per periodi non superiori a tre mesi. Vi era soltanto la possibilità di superare tale vincolo temporale in presenza del caso eccezionale costituito dalla necessità di sostituzione del personale in maternità³⁰⁹.

Una visione così drastica, oltre a scoraggiare il ricorso ai contratti flessibili, e non solo relativamente al tipo ora in esame, rispondeva ad una logica che voleva eliminare la precedente esperienza costellata da abusi e da continue stabilizzazioni di personale assunto poi, tramite leggi *ad hoc*, aggirando il vincolo costituzionale del concorso pubblico³¹⁰. Inoltre, una così limitata visione gestionale non permetteva di considerare il contratto a termine uno strumento di approvvigionamento del personale che sostituisse il personale in uscita (per questo non rispondeva alle fisiologiche esigenze di *turn over* dovuto al personale cessato dal servizio per raggiunti limiti di età – le recenti disposizioni in tema di pensione condurrebbero a ulteriori considerazioni -) ma un contratto sinonimo di precarietà.

Proprio per questo risvolto sociale si era voluto evitare di ripercorrere la strada del “precariato” già battuta e poco funzionale degli ultimi anni ’90 e dell’inizio del XXI° secolo.

Successivamente il legislatore, con la legge n. 112 del 2008 è intervenuto *ripristinando la flessibilità*. Ha tolto il vincolo temporale dei tre mesi, ha confermato il contenuto dell’art. 1-bis (poi trasfuso nel comma 2, dell’attuale versione dell’art. 36), ed ha escluso categoricamente la possibilità che lo stesso lavoratore sia impiegato, dopo il primo contratto a termine, nella stessa amministrazione a compiere le medesime mansioni, con un'altra tipologia contrattuale flessibile, imponendo la stipula di un nuovo contratto a termine nel limite massimo di tre anni di contratto nell’arco temporale degli ultimi cinque anni. Una siffatta scelta, pur se dettata dalla necessaria volontà di impedire

³⁰⁹ Per regolamentare tale aspetto la Presidenza del Consiglio dei Ministri, dipartimento della funzione Pubblica, ha emesso la circolare n. 3 del 19 marzo 2008, nella quale detta le linee di indirizzo in merito alla stipula dei contratti di lavoro subordinato a tempo determinato nelle pubbliche amministrazioni, in attuazione delle modifiche apportate all’art. 36 del D.Lgs. N. 165/2001 e dall’art. 3, comma 79, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008).

³¹⁰ Sul punto si veda FIORILLO L., *Il nuovo contratto a termine determinato nel lavoro pubblico*, in FERRARO G. (a cura di), *Op. cit.*, Torino 2008, pp.62-86.

“*l’allegra gestione*” della pubblica amministrazione dei contratti a termine dell’ultimo decennio, che, grazie ad una evidente scelta del legislatore, permetteva, in violazione della normativa di disciplina dell’accesso, una “selvaggia stabilizzazione” del personale che aveva lavorato per la pubblica amministrazione con tale contratto.

Evidenti sono stati i risvolti sociali, che a fronte di un precariato diffuso ma speranzoso si conosceva anche un eccessivo aumento di un mercato dei “*favori politici*” in cambio di un posto precario (da convertire poi in posto fisso) nella pubblica amministrazione³¹¹.

Per arginare tale prassi, la scelta successiva operata dal legislatore, con la legge del 3 agosto 2009, n. 102³¹², toglie qualsiasi previsione temporale limitativa all’uso dei contratti flessibili (prima previsti nel massimo di tre anni sull’arco temporale di cinque anni) introducendo al comma 3 dell’art. 36 (165/2001)³¹³ l’obbligo per ciascuna

³¹¹ Vi è la conferma dell’affermazione proprio dalle leggi finanziarie del 2007 e del 2008 che hanno da una parte bloccato le assunzioni con contratto a tempo indeterminato e dall’altra hanno introdotto sanatorie “stabilizzanti” del personale invece assunto contratti a termine, fissando i requisiti per la stabilizzazione proprio nelle citate finanziarie. Un esame del fenomeno si rinviene in PANTANO F., *La stabilizzazione dei lavoratori a termine nella Finanziaria del 2007 e il buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Lav.pubb.amm.*, 2007, pp. 635 e sgg.; PIZZO FERRATO A., *La stabilizzazione dei posti di lavoro nella finanziaria del 2007*, in *Lav. Giur.*, 2007, pp. 221 e sgg..

³¹² Il legislatore italiano ha costruito la nuova formulazione dell’art. 36, del D.Lgs. n. 165/2001, (che elimina la previsione circa il limite temporale o numerico riguardo alla successione dei contratti utilizzati per l’assunzione di personale nelle pubbliche amministrazioni) sulla base della sentenza della Corte di Giustizia europea del 23 aprile 2009, cause riunite C-378/07 e C-380/07, [su: <http://europa.eu.int/eur-lex/it>] che nel vietare l’utilizzo abusivo dei contratti a termine sancisce la legittimità della norma di diritto nazionale che vieti in modo assoluto, nel solo settore pubblico, la conversione in un contratto di lavoro a tempo indeterminato di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, destinati a soddisfare esigenze permanenti e durevoli del datore di lavoro pubblico.

³¹³ Il comma 3, dell’art. 36, del D.Lgs. n. 165/2001 (era stato sostituito dall’art. 49 del D.L. n. 112 del 25 giugno 2008, convertito in legge n. 133/2008) risulta ora così modificato dall’art. 17, co. 26, lett. b), del D.L. n. 78/2009, convertito con modificazioni dalla legge n. 102/2009. La precedente versione permetteva l’utilizzo del medesimo lavoratore limitatamente a tre anni nell’arco temporale di un quinquennio, oggi non presenta alcun limite temporale ed in via di principio lo stesso lavoratore potrebbe essere utilizzato addirittura per tutta la propria carriera lavorativa (non appare quindi evidente alcuna

amministrazione di trasmettere entro il 31 gennaio di ogni anno un rapporto analitico circa le tipologie di lavoro flessibile utilizzate ai nuclei di valutazione ed una copia alla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della funzione pubblica (il quale sui dati forniti redige una relazione da illustrare in Parlamento). Da tale attività di controllo ne deriva una sanzione da attribuire al dirigente responsabile, in caso di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile, consistente nella mancata erogazione della retribuzione di risultato.

La nuova versione dell'art. 36 se da un lato prevede la possibilità per le pubbliche amministrazioni di utilizzare i contratti flessibili, tra i quali appunto è compreso il contratto a termine, dall'altro si propone di delimitarli lasciando le precedenti causali – esigenze temporanee ed eccezionali - e prevedendo sanzioni per il dirigente in caso di un suo uso irregolare. La mancata estensione delle causali – ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo - presenti nella disciplina applicata al settore privato non aiuta la pubblica amministrazione nella gestione delle risorse umane³¹⁴. Altrettanto utile risulterebbe introdurre la previsione applicata al settore privato che permette l'utilizzo di contratti a termine anche per ragioni di ordinaria attività (su questo punto andrebbe aperta una utile discussione).

Si viene così a creare un contrasto tra disciplina legale e fonte collettiva. Stante il fatto che la fonte collettiva rimanga quella privilegiata dal legislatore per adattare la norma privatistica a quella pubblica, in questo caso riceve un ridimensionamento perché deve necessariamente individuare fattispecie nelle quali siano presenti entrambi i requisiti, pena l'illegittimità della clausola.

La previsione³¹⁵ che riduce e delimita le causali alle sole esigenze temporanee ed eccezionali allontana oltremodo i due settori – pubblico e privato - e proprio nel

misura limitativa che combatta il possibile abuso, anche se da ultimo, la giurisprudenza ha iniziato ad accogliere le richieste di stabilizzazione nel settore scolastico).

³¹⁴ LUNARDON F., *L'eccezionalità del contratto a termine: dalle causali specifiche alla "specificazione" delle ragioni giustificatrici*, in *Arg.dir.lav.*, n.1 (2007), pp. 43 e sgg..

³¹⁵ Il Comma 2, dell'art. 36, D.Lgs. n. 165/2001, così come sostituito dall'ar. 49 del D.L. 112 del 25/06/2008, come convertito dalla L. 133, del 6/08/2008, prevede che: «Per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali le amministrazioni pubbliche possono avvalersi delle forme contrattuali

momento in cui nel settore pubblico si avverte la necessità di rafforzare la possibilità di ricorrere a personale “flessibile” visto il rigore dei conti pubblici e il blocco del *turn over*.

La differenza tra i due settori è evidente e risponde ad una logica di impiego molto differente. Per questo parlare di semplice rinvio del settore pubblico alla disciplina del settore privato in tema di utilizzo della tipologie contrattuali flessibili non risulta sufficiente e non è corretto visto che non si tratta, come si è visto, di un rinvio nel vero senso della parola. Infatti, se l'imprenditore privato può programmare la propria attività economica “ordinaria” contando anche su forze lavoro temporanee questo non vale per il datore pubblico, il quale può utilizzare solo in via eccezionale i lavoratori con contratto di lavoro a termine. La norma che ripristina la flessibilità è chiara fin dall'inizio con il suo tenore letterario al comma 1, del citato art. 36 (d.lgs. n. 165/2001): per esigenze ordinarie si deve usare il contratto di lavoro a tempo indeterminato, per esigenze temporanee ed eccezionali ci si può affidare alle altre forme contrattuali flessibili utilizzate dal settore privato.

Il secondo elemento di differenziazione della disciplina tra contratto a termine in uso nel settore pubblico e disciplina del settore privato consta nell'applicazione del principio di assunzione che nel settore pubblico è, come illustrato nel precedente capitolo, ancorato al principio costituzionale dell'accesso tramite concorso pubblico³¹⁶, come del resto è stato confermato dalla giurisprudenza di legittimità³¹⁷.

Pertanto al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni non è applicabile il principio dell'assunzione diretta e nominativa dei lavoratori ammessa invece per il settore privato (da rilevare che nel settore privato vi sono casi in cui è prevista una procedura valutativa in base a criteri predeterminati, nel rispetto dei requisiti fissati da possedere e nel rispetto delle norme antidiscriminatorie). In definitiva, la pubblica

flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti. [...]».

³¹⁶ Si rinvia sul tema al par. 5, del Cap. n. 2, p. 86.

³¹⁷ La procedura concorsuale di reclutamento è l'unica ed esclusiva che legittimi l'assunzione a tempo indeterminato o a tempo determinato nella pubblica amministrazione, Corte di Cassazione, Sez. Lav., 13 dicembre 2003, n. 19108, in *Giust.civ.Mass.*, 12/2003.

amministrazione è tenuta a stipulare il contratto di lavoro a tempo determinato nel rispetto delle inderogabili procedure di reclutamento previste dall'art. 35 del d.lgs. n. 165 del 2001³¹⁸.

Altro punto nodale è rappresentato dall'inapplicabilità della regola di conversione del contratto a termine illegittimo in contratto di lavoro a tempo indeterminato, nell'ipotesi in cui vi sia l'accertamento da parte del giudice della nullità dell'apposizione del termine. Su tale punto ampia è la giurisprudenza³¹⁹, non sempre unanime³²⁰, che ha come punto di riferimento il dettato normativo contenuto al comma 5, art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001, ai sensi del quale non può essere convertito un rapporto di lavoro a termine, pur se stipulato e condotto in violazione di norme imperative che disciplinano il reclutamento³²¹.

Il lavoratore assunto con contratto a termine illegittimo nel settore pubblico ha diritto soltanto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro. Ai sensi del comma 5, art. 36, d.lgs. n. 165 del 2001 è, quindi prevista per il lavoratore la sola

³¹⁸ Le possibili deroghe sono contenute nell'art. 35 del D.Lgs. n. 165/2001.

³¹⁹ Per tutte si veda Corte Cost., 27 marzo 2003, n. 89, in *Lav.pubb.amm.*, (2003), p. 355, che ha sancito la costituzionalità dell'art. 36, comma 2, D.Lgs. n. 165/2001, nella parte in cui prevede la sola tutela risarcitoria e non la tutela della conversione o trasformazione del rapporto a termine in rapporto a tempo indeterminato in quanto giustificata dalla presenza nel nostro ordinamento dell'art. 97 della Cost..

Di recente si è pronunciato il Tribunale di Terni, con la sentenza n. 21 del 02 febbraio 2010, [sentenza che non risulta pubblicata con nota a commento] stabilendo che l'illegittima apposizione del termine non può determinare la costituzione di un contratto a tempo indeterminato *ex tunc* e per il futuro, ma deve ritenersi valido il solo risarcimento del danno cagionato che deve essere effettivo, non discriminatorio in *pejus* e dissuasivo sullo Stato al fine di impedire per il futuro nuovi abusi sull'utilizzo del contratto a tempo determinato.

³²⁰ Viene ammessa la conversione del contratto a termine in contratto tempo determinato per illegittima apposizione del termine dal Tribunale di Livorno, Sez. Lavoro, con sentenza del 26 novembre 2010, su www.dirittoscolastico.it.

³²¹ Sul punto si rinvia a CESTER C., *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, relazione al Convegno AIDLASS 19-20 aprile 2008, in www.aidlass.org. Per l'A. «la nozione di norma imperativa non consente ontologicamente alcuna forma di tutela esterna rispetto al rapporto o contratto annullato».

tutela risarcitoria, il cui *quantum* è determinato dal giudice³²². È proprio quando si verificano situazioni che danno luogo a risarcimenti per violazione di norme imperative che l'amministrazione condannata al risarcimento del danno, qualora riscontri la responsabilità soggettiva del dirigente responsabile che abbia commesso la violazione con colpa grave o dolo, ha l'obbligo di procedere al recupero delle somme versate nei confronti dei dirigenti, ai sensi del comma 5, terzo periodo, dell'art. 36, d.lgs. n. 165 del 2001³²³. Questa responsabilità che cade sopra i dirigenti è definita, come indicato nel par. 4 del capitolo 2, responsabilità dirigenziale che viene punita dal combinato disposto dell'art. 21 con l'art. 36, co. 5, entrambi del d.lgs. n. 165 del 2001.

La disciplina legale e la conseguente giurisprudenza hanno confermato nel tempo l'inconvertibilità del contratto a termine in contratto a tempo determinato. In proposito la Corte di Giustizia ha affermato che gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti lavoro a tempo determinato, non implica necessariamente la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato né impedisce che il legislatore nazionale possa differenziare le sanzioni tra settore pubblico e settore privato.

L'ammissione della possibilità concessa alle sole pubbliche amministrazioni di disciplinare una misura sanzionatoria³²⁴ diversa dalla conversione del contratto nell'abuso di contratti a tempo determinato³²⁵ è compatibile con il diritto comunitario in

³²² I criteri di quantificazione del danno hanno nel tempo seguito diversi indirizzi applicativi. Per brevità di esposizione si richiama l'ultimo orientamento rappresentato dall'art. 32, co. 5, L. 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato Lavoro), secondo il quale «*nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il lavoratore al risarcimento del danno stabilendo una indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'art. 8 della Legge n. 604 del 1966*».

³²³ Il comma 5, terzo periodo, dell'art. 36, d.lgs. n. 165 del 2001, prevede che: «*Le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave. [...]*».

³²⁴ La misura sanzionatoria deve garantire effettivamente ed in via equivalente la tutela dei lavoratori al fine di sanzionare debitamente l'abuso ed eliminare le conseguenze della violazione del diritto comunitario e che non devono essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna per il principio di equivalenza.

³²⁵ Si rinvia alle sentenze del 7 settembre 2006, cause C-53/04, Marrosu, e C-180/04, Vassallo. Si veda da ultimo un commento alle sentenze con CIMINO B., *Il precariato nella pubblica*

quanto non obbliga gli Stati membri a prevedere la trasformazione dei contratti abusivi a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato³²⁶.

Solo di recente, a partire dal 2010, una parte ancora minoritaria della giurisprudenza si è espressa in favore della possibilità di ritenere ammissibile la conversione o meglio la trasformazione del contratto a termine illegittimo in contratto a tempo indeterminato anche per i rapporti di impiego nella pubblica amministrazione. Il caso più eclatante per i possibili scenari che può presentare e per le dimensioni che via via sta assumendo è quello relativo al personale dipendente scolastico.

2.1 Il caso: i contratti di lavoro a termine dei dipendenti “scolastici”

La disciplina legale della non convertibilità del contratto a termine in contratto standard trova nel mercato del lavoro pubblico italiano un caso a dir poco emblematico: il riferimento è al “sistema” di reclutamento del personale docente ed educativo delle scuole di ogni ordine e grado. In tale settore del lavoro pubblico è da molto tempo presente un precariato anomalo visto che per la ordinaria attività di insegnamento nelle scuole il Ministero dell’Istruzione utilizza in modo prevalente personale con contratto a tempo determinato, a cui viene di anno in anno – scolastico - rinnovato, anche per brevi

amministrazione dopo le sentenze Vassallo e Marrosu e Sardino: tutto come prima?, in *Giorn.dir.amm.*, n. 12 (2007), p. 3148.

³²⁶ La clausola 5, n. 1, lett. da a) a c) lascia sostanzialmente liberi gli stati membri di prevedere o meno una normativa interna che permetta la conversione del contratto alternativa ad una risarcitoria. Solo nell’ipotesi in cui la conversione non sia ammessa l’ordinamento giuridico dello stato membro deve prevedere misure adeguate per far fronte a simili abusi [è quasi paradossale che un diniego assoluto di tutela abbia il solo scopo di salvaguardare gli abusi delle pubbliche amministrazioni circa l’utilizzo dei contratti a termine]. Sulla clausola 5 si è di recente pronunciata la Corte di Giustizia europea, Seconda Sezione, con sentenza del 26 gennaio 2012, causa C-586/10, Küçük, per la quale se il datore di lavoro è obbligato a ricorrere in maniera anche permanente a sostituzioni temporanee ciò non comporta l’assenza di una ragione obiettiva ai sensi di detta clausola che permetta di ricorrere ai contratti a tempo determinato.

periodi, sia l'incarico di docenza e quindi di prestazione lavorativa di insegnamento, sia l'incarico impiegatizio amministrativo conferito al personale definito ATA.

Agli inizi del 2008 il personale presente nel comparto scuola presentava oltre 200.000 supplenze di lunga durata fino al termine dell'anno scolastico, e più di 30.000 quelle brevi, che a seguito del decreto n. 137 del 2008 sono stati investiti di un taglio pari a 87.400 insegnati e 44.500 di personale amministrativo da realizzarsi nel triennio 2009-2012. I tagli apportati, sempre nella logica di risparmio della spesa pubblica, entravano nella politica per la quale il precedente Governo Prodi, con le finanziarie del 2006 (l. 23 dicembre 2005, n. 266) e del 2007 (l. 27 dicembre 2006, n. 296), aveva approntato misure stabilizzanti prevedendo l'automatica assunzione per coloro che erano stati assunti con contratto a tempo determinato a seguito di procedure di natura concorsuale, mentre veniva prevista una prova selettiva per quel personale assunto con procedure diverse.

Purtroppo i tagli rendevano vano quanto deciso con le norme di stabilizzazione e per tali motivi, visto il mancato riconoscimento dell'anzianità di ruolo e la non prevista ricostruzione della carriera, molti dipendenti si vedevano costretti ad adire alle vie legali. Molti i contenziosi che il Ministero dell'Istruzione si è visto recapitare. Se in prima battuta tale contenzioso non destava molte preoccupazioni visto che nel nostro ordinamento vige nel settore pubblico il divieto di conversione in contratti a tempo indeterminato combinato con le normative di disciplina dell'ordinamento scolastico, legge n. 124 del 1999 e D.P.R. n. 430 del 2000, che prevedono esplicitamente la possibilità di utilizzare i contratti a tempo determinato conferendo incarichi di "supplenza" o addirittura cattedre per la durata limitata all'anno scolastico.

Ma la prima giurisprudenza favorevole, anche se di primo grado³²⁷, dapprima nazionale e poi confermata dalla Corte di Giustizia europea³²⁸, imponeva al legislatore

³²⁷ Per tutti si veda Tribunale di Padova, Sez. Lavoro, sentenza del 22 luglio 2011, n. 18; per la parte della giurisprudenza che aveva negato il diritto alla corresponsione degli scatti di anzianità ed alla conseguente ricostruzione della carriera si veda per tutti Tribunale di Viterbo, Sez. Lavoro, sentenza del 7 luglio 2010, n. 837 (tale interpretazione di diniego è stata ritenuta palesemente erranea e subito superata dal chiarimento della Corte di Giustizia europea avvenuto con sentenza del 22 dicembre 2010)

una riflessione. Seppur si trattava del riconoscimento limitato alla ricostruzione della carriera ed al collocamento stipendiale corrispondente alla anzianità di servizio altrimenti maturata, si iniziava a veder la prima “*crepa*”. Infatti, il Tribunale di Livorno³²⁹ compie il primo passo e riconosce al dipendente la conversione del contratto a termine in un contratto a tempo indeterminato a far data dal primo contratto a termine dichiarando illegittima l'apposizione del termine e la nullità dei contratti a termine ripetutamente stipulati.

Anche per questo motivo, il legislatore è dovuto tornare sui propri passi approvando il piano straordinario di assunzione del personale scolastico relativo al triennio 2011-2013 che, corredato dell'accordo sindacale sottoscritto in sede Aran, conta di “stabilizzare” 67.000 unità di personale già titolare di un rapporto di lavoro a termine. Ancora più di recente la normativa emanata con il decreto legge sulle liberalizzazioni apre all'assunzione di personale nel comparto scuola per un numero non ancora definito. In particolare l'art. 50 (il testo è ancora provvisorio) prevede un organico “dell'autonomia” finalizzato al reclutamento degli insegnanti.

Viene altresì previsto un organico di rete (per rete si intende quella istituzionale organizzata tra le istituzioni scolastiche e finalizzata alla gestione ottimale delle risorse umane, strumentali, finanziarie). Difficile però che la rete possa funzionare effettivamente visto i limitati importi destinati al suo finanziamento e stante la limitazione degli organici prevista dall'art. 64 D.L. n. 112/2008 (norma con cui si è proceduto ai tagli nella scuola).

Nell'attesa di una apertura rispetto alla norma che congelava gli organici per l'anno scolastico 2011/2012 (art. 19, comma 7, D.L. n. 78/2011), che dovrà essere sostituito dall'art. 50 sopracitato, il legislatore, sembra aver comunque intrapreso la strada “alternativa” della stabilizzazione dei rapporti precari.

³²⁸ Corte di Giustizia europea, sentenza del 22 dicembre 2010, cause riunite C-444/09 e C-456/09 su <http://europa.eu.int/eur-lex/it>.

³²⁹ Sentenza del tribunale di Livorno, Sez. Lavoro, sentenza del 26 novembre 2010, su www.DirittoScolastico.it.

2.2 *L'abuso di utilizzo di una successione di contratti flessibili nel Comparto Scuola: un'ulteriore posizione di specialità?*

Utile a questo punto della ricerca rivedere e ricordare che nel settore pubblico vige il principio di anticonversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato (principio esteso a tutte le tipologie contrattuali flessibili). La norma che richiede che venga attuata la prevenzione affinché non vi sia l'abuso di utilizzo di una successione di contratti a termine è la direttiva comunitaria 1999/70/CE, attuata nell'ordinamento interno con il d.lgs. n. 368 del 2001. Anche la Corte di Giustizia, con la sentenza 23 aprile 2009 C-378/07, ritorna sul divieto di abuso di utilizzo di una successione di contratti a termine.

L'art. 49 d.l. n. 112/2008 innesta nell'art. 36, comma 3, d.lgs. n. 165/2001 la seguente prescrizione: *“le pubbliche amministrazioni non possono ricorrere all'utilizzo del medesimo lavoratore con più tipologie contrattuali per periodi di servizio superiori al triennio nell'arco dell'ultimo quinquennio”*. La norma sembra ripercorrere la linea già tracciata per il settore privato dall'art. 5, comma 4-bis, d.lgs. n. 368/2001, introdotta dalla legge finanziaria n. 247/2007 che limita a 36 mesi l'estensione complessiva temporale derivante dalla somma di più contratti a termine stipulati tra le stesse parti.

Il legislatore, aveva fissato nel settore pubblico un arco temporale, cinque anni, che non ritroviamo per quello privato. Tale scelta, ora superata dal nuovo dettato normativo³³⁰ che elimina di fatto qualsiasi riferimento temporale e permette, in via teorica, l'impiego del lavoratore flessibile per un tempo indeterminato – in palese contrasto con la norma comunitaria -, sembrava da un lato voler affossare la

³³⁰ Tale posizione viene superata dal successivo legislatore che sostituisce il comma 3, dell'art. 36, D.Lgs. n. 165/2001, eliminando la previsione temporale (triennio nel quinquennio) ed inserendo la comunicazione, finalizzata a combattere gli abusi nell'utilizzo del lavoro flessibile, da inviare ai nuclei di valutazione interni ed alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della funzione pubblica.

flessibilizzazione del settore pubblico mentre dall'altro voleva evitare situazioni di precariato di cui le pubbliche amministrazioni non hanno bisogno.

La sanzione prevista per il settore privato di automatica conversione dei contratti in contratto a tempo determinato non trova applicazione nel pubblico impiego. La principale motivazione va ricercata nella necessità delle pubbliche amministrazioni di individuare con certezza il contingentamento del personale utilizzabile. Inoltre, le dotazioni organiche delle pubbliche amministrazioni devono rappresentare una certezza in termini quantitativi sia di spesa sia numerica, onde evitare sovradimensionamenti ingiustificati del personale e della spesa.

L'approfondimento sul dipendente pubblico "flessibile" non potrà non prescindere dal suo limitato utilizzo che può arrivare a un massimo di tre anni da conteggiare nell'arco temporale di cinque anni, comunque sia la forma contrattuale flessibile utilizzata. Si possono quindi sommare rapporti di lavoro a tempo determinato con quelli di formazione e lavoro, oppure con un contratto di fornitura di lavoro temporaneo passando poi al contratto di somministrazione ma per un periodo complessivo che non può superare i tre anni nel quinquennio.

Per "sanzionabilità" s'intende la possibilità di applicare nei confronti del datore di lavoro, in caso di ricorso ed utilizzo illegittimo dei contratti di lavoro flessibili, la sanzione consistente nella conversione dei contratti flessibili in un contratto a tempo indeterminato.

Al datore di lavoro pubblico non viene applicata tale sanzione di riconversione, ma viene applicata la sola sanzione risarcitoria. Il superamento del limite di 36 mesi nel quinquennio previsto per il contratto lavoro flessibile non dà diritto al lavoratore pubblico assunto con contratto di lavoro flessibile a nessun tipo di diritto di conversione e trasformazione del proprio contratto in un contratto a tempo indeterminato.

Nel caso di violazione di questa disposizione ne consegue il risarcimento al lavoratore, mentre al dirigente viene addebitata la responsabilità con l'applicazione della relativa sanzione.

Qualora il dirigente, la cui figura all'interno delle pubbliche amministrazioni lo colloca quale datore di lavoro a contratto, abbia violato la norma con dolo o colpa grave deve risarcire la pubblica amministrazione che ha dovuto pagare la somma al dipendente ricorrente. Siamo di fronte ad un sistema sanzionatorio completamente differente tra quanto disciplinato nel lavoro pubblico rispetto a quello privato. Questo è un aspetto che risalta la specialità del settore pubblico, stabilendosi la nullità del contratto in caso di mancato rispetto delle prescrizioni legali, e l'applicazione dell'art. 2126 del codice civile, che disciplina le prestazioni lavorative di fatto, derivando così il predetto diritto al risarcimento del danno derivante dall'esecuzione di un rapporto di lavoro nullo contrastante con le norme vigenti.

I differenti interessi sottesi al lavoro presso la pubblica amministrazione e a quello alle dipendenze di datore di lavoro privato, tuttavia, non consentono di applicare al pubblico impiego una disciplina del contratto a termine identica a quella prevista dal d.lgs. n. 368/2001 per il settore privato. Discrasia fondamentale tra le due discipline relativa al sistema sanzionatorio, che nel trattare in modo più approfondito il contratto a termine, deve rammentarsi che gli artt. 4 e 5 del d.lgs. n.368/2001³³¹ sanzionano con l'automatica conversione del contratto a termine in rapporto a tempo indeterminato la reiterazione abusiva di quest'ultimo da parte del datore di lavoro privato.

La disciplina e la previsione delle forme contrattuali flessibili nel lavoro pubblico rappresentano un passo importante verso il superamento del concetto d'impiegato pubblico tradizionale caratterizzato dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, affermandosi una nuova concezione più vicina al principio sancito dall'art. 97 della Costituzione. La strada intrapresa sembra condurre al tentativo di una certa omologazione tra quanto previsto nella disciplina pubblica e privata, tentativo che sembra, nelle ultime modifiche legislative, battere il passo cercando un ritorno al passato e a quei concetti già ampiamente consolidati di diversità e specialità caratterizzanti il pubblico impiego.

³³¹ Ognuno dei commi contenuti nell'art. 5, D.Lgs. n. 368/2001, prevedono una fattispecie determinata al cui verificarsi si configura la sanzione che prevede che il contratto debba considerarsi a tempo indeterminato.

Di tale avviso è la Corte Costituzionale che con la Sentenza del 16 maggio 2008, n. 146, mette in evidenza le differenze sostanziali che giustificano una differente disciplina tra rapporto di lavoro privato con quello con le pubbliche amministrazioni.

Il futuro della questione vedrà una normativa e degli orientamenti giurisprudenziali che discuteranno della legittimità della sanzione della conversione nel pubblico impiego non senza prima offrire una definizione delle procedure di stabilizzazione previste a partire dalla legge finanziaria per il 2006 e rafforzate dalle due successive leggi finanziarie ed infine bloccate dalla legge finanziaria del 2009 che fissa al 30 giugno 2009 il termine ultimo per regolare le posizioni aventi diritto alla stabilizzazione.

Sarà posta, infine, dal legislatore una particolare attenzione alla funzione rivestita in questa materia vista l'introduzione nelle controversie in materia lavoro dell'arbitrato e dalla conciliazione che, posto il fallimento del tentativo obbligatorio di conciliazione abrogato dal Collegato Lavoro³³², rappresentano il nuovo aspetto deflattivo del contenzioso in materia di lavoro (anche pubblico privatizzato).

Nella nuova formula il ricorso a forme alternative a quella giudiziale è ora facoltativo. Il dipendente del settore pubblico privatizzato può ricorrere contro la pubblica amministrazione datore di lavoro attraverso la richiesta di un tentativo di conciliazione o di un arbitrato. Le procedure conciliative e arbitrali³³³ sono, quindi,

³³² Gli artt. 410, 412, 412-ter e 412-quater del cod. proc. civ. (così come modificati dalla L. 4 novembre 2010, n. 183 – Collegato Lavoro-) e sono applicabili, così come previsto dall'art. 31, comma 9, L.183/2010, alle controversie in materia di rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici privatizzati previste dall'art. 63 del D.Lgs. n. 165/2001. Tale norma ha abrogato gli articoli 65 e 66 del D.Lgs. n. 165/2001.

³³³ Sono stati introdotti quattro modelli per **deferire** la risoluzione delle controversie derivanti dal rapporto di lavoro:

- 1- Alle commissioni di conciliazione istituite presso le Direzioni provinciali del lavoro (*ex art. 412 c.p.c.*);
- 2- Al collegio di conciliazione e arbitrato, definito arbitrato *ex lege*, previsto dall'art. 412 *quater* c.p.c.;
- 3- Agli organi previsti da contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative, definito arbitrato *ex contractu* (art. 412 *ter* c.p.c.);

facoltative sia per il dipendente sia per il datore di lavoro pubblica amministrazione. Importante ricordare che l'arbitrato è alternativo al ricorso davanti al Giudice del lavoro.

2.3 La stabilizzazione del rapporto di lavoro flessibile quale possibile aspetto deflattivo del contenzioso

Da ultimo si è espressa la corte Costituzionale con la sentenza n. 303/2011, la legittimità dei commi 5, 6 e 7 dell'art. 32, legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato lavoro)³³⁴, affermando che *«la stabilizzazione del rapporto è la tutela più intensa che il lavoratore precario possa ricevere per cui il risarcimento previsto in aggiunta alla*

-
- 4- Alle camere arbitrali, costituite da un singolo organo di certificazione, o alle camere arbitrali unitarie, costituite, a seguito di convenzioni, da più organi di certificazione (art. 31, comma 2, L.n.183/2010), definito arbitrato di controversia tramite clausola compromissoria certificata.

³³⁴ I commi 5, 6 e 7 dell'art. 32, legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato lavoro) dispongono che: *«nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604 (comma 5); in presenza di contratti ovvero accordi collettivi nazionali, territoriali o aziendali, stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, che prevedano l'assunzione, anche a tempo indeterminato, di lavoratori già occupati con contratto a termine nell'ambito di specifiche graduatorie, il limite massimo dell'indennità fissata dal comma 5 è ridotto alla metà (comma 6); le disposizioni di cui ai commi 5 e 6 trovano applicazione per tutti i giudizi, ivi compresi quelli pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge (comma 7)».*

Il Tribunale di Trani e la Corte di Cassazione, Giudici rimettenti, dubitavano della legittimità costituzionale delle predette disposizioni in quanto dirette, a loro dire, a limitare ingiustamente la misura del risarcimento del danno conseguente alla conversione del contratto a termine.

Tale danno era in precedenza quantificato, secondo la prevalente giurisprudenza, in misura pari alle retribuzioni omesse dalla data di offerta della prestazione sino alla riammissione in servizio del lavoratore, con eventuale temperamento in caso di dimostrazione dell' *“aliunde perceptum”* ovvero in caso di colpevole negligenza del prestatore nel reperire altra occupazione.

conversione del contratto, assorbente l'intero pregiudizio subito, assume valore logicamente secondario».

Inoltre bisogna precisare che la soluzione indennitaria è stata già ritenuta legittima dal giudice delle leggi in relazione alle previsioni dell'art. 8, l. 604/66 (licenziamento ingiustificato in regime di tutela obbligatoria), e deve essere sicuramente congrua.

3. Eccezionalità della somministrazione di lavoro nelle pubbliche amministrazioni

Tra le tipologie contrattuali flessibili trova spazio nel settore pubblico anche il contratto di somministrazione di lavoro³³⁵, il quale è disciplinato dal d.lgs. 10 settembre 2003, n. 273, articoli dal 20 al 28 e previsto nella “lista” delle tipologie flessibili ammesse contenuta nell'art. 36, d.lgs. n. 165 del 2001.

Il contratto di somministrazione non è definito dal legislatore e la sua articolazione è definita “trilatera” in virtù del fatto che tre sono i soggetti vincolati in detto rapporto: il somministratore, l'utilizzatore e il lavoratore.

Il contratto di somministrazione è caratterizzato da una struttura del rapporto basata su due contratti. Il primo, di natura commerciale, intercorre tra la impresa somministratrice e utilizzatrice. Il secondo, è un contratto di lavoro stipulato tra l'impresa somministratrice e lavoratore. Il lavoratore è quindi un dipendente

³³⁵ Sull'argomento in generale si cfr.: CARINCI, *La somministrazione di lavoro altrui*, in AA.VV., *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da CARINCI, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, a cura di CARINCI-CESTER, Milano 2004; CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in AA.VV., *Lavoro e diritti dopo il D.Lgs. n. 276/2003*, a cura di Curzio, Bari 2004, pp. 109 e sgg.; FERRARO, *Tipologie di lavoro flessibile*, Torino 2004, pp. 176 e sgg.; ICHINO, *La somministrazione di lavoro*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro, Commentario*, coordinato da PEDRAZZOLI, Bologna 2004, pp. 281 e sgg.; TIRABOSCHI, *Somministrazione di lavoro e gruppi a rischio di esclusione sociale*, in *Guida lav.*, 2004, pp. 22 e sgg..

dell'impresa somministratrice che però presta la propria attività per l'impresa utilizzatrice.

Il contratto può essere stipulato sia a tempo determinato sia a tempo indeterminato. Di norma se il contratto di lavoro tra impresa somministratrice e lavoratore è a tempo determinato si ha anche un contratto a termine tra impresa utilizzatrice e impresa somministratrice. Se invece tra impresa somministratrice e lavoratore vi è un contratto a tempo indeterminato allora il contratto tra impresa somministratrice e utilizzatrice può essere sia a termine sia a tempo indeterminato. È vietato il patto tra impresa somministratrice e utilizzatrice che preveda l'impossibilità per l'utilizzatore di assumere con contratto a tempo indeterminato il lavoratore somministrato.

Rispetto alla cornice normativa disegnata dal legislatore per il contratto a tempo determinato, a cui le norme riconducono il contratto di somministrazione a tempo determinato in quanto applicabile, il legislatore ha previsto delle eccezioni. La più rilevante è l'inapplicabilità della sanzione prevista in caso di successione dei contratti, vista la disciplina speciale dell'istituto della proroga che permette solo per questa tipologia contrattuale flessibile di poter con il solo consenso del lavoratore e per atto scritto ed in ottemperanza della disposizione di cui ai commi 3 e 4, dell'art. 5, del d.lgs. n. 368 del 2001, che esclude la sanzione prevista per i contratti a tempo determinato in caso di somministrazione di lavoro a tempo determinato ed il limite di estensione temporale che la stessa norma ha definito per il primo, essendo la proroga e le successive reiterazioni del contratto demandate alla contrattazione collettiva³³⁶.

Altra particolarità, di interesse per il settore privato, del lavoro somministrato è data dal fatto che il prestatore di lavoro non è computato nell'organico dell'utilizzatore ai fini dell'applicazione delle norme di legge che prevedono per la loro applicazione un livello dimensionale predeterminato certo (l. n. 300 del 1970).

³³⁶ Sul punto il Ministero del lavoro ha diramato al Circolare 14 marzo 2005, n. 7, nella quale si esclude il limite temporale di legge in base al quale è possibile prorogare solo i contratti a termine di durata iniziale inferiore ai tre anni ed entro tale limite massimo. Inoltre la circolare ha chiarito anche che le ragioni che consentono l'apposizione del termine del contratto possono ritenersi connesse sia in capo all'utilizzatore che alle esigenze del somministratore.

Le modifiche intervenute da ultimo³³⁷, avvenute dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2009, nella disciplina del lavoro somministrato hanno interessato il settore pubblico, visto che la pubblica amministrazione aveva fatto ricorso a tale forma di acquisizione delle risorse umane attraverso la fornitura di lavoro temporaneo disciplinato dalla legge 24 giugno 1997, n. 196. Per il settore pubblico risulta così di grande interesse il ricorso a tale tipologia contrattuale in quanto non incrementa gli organici, non obbliga la pubblica amministrazione ad esperire le procedure concorsuali – in quanto già espletate dall'impresa somministratrice –.

Altro punto a favore è dato dal fatto che il prestatore di lavoro pur svolgendo la propria attività lavorativa sotto la direzione ed il controllo dell'utilizzatore rimane alle dipendenze del somministratore terzo. Su questo aspetto possono essere sollevate alcune obiezioni critiche sull'esercizio del potere disciplinare, aspetto su cui molto la terza riforma ha puntato ritenendolo fondamentale per la sua riuscita. La norma di disciplina non fa menzione circa quale codice disciplinare vada applicato, per cui tale aspetto andrebbe rivisto.

Lo stesso vale per la valutazione della *performance*³³⁸, alla quale con molta difficoltà può accedere anche il lavoratore somministrato, ciò per il fatto che è strettamente connessa alla redistribuzione della retribuzione accessoria legata esclusivamente al Fondo Unico di Amministrazione (FUA), a cui in via di principio non può accedere un lavoratore somministrato in quanto destinato al personale dipendente di ruolo.

Altro aspetto positivo per il quale la pubblica amministrazione è interessata ad utilizzare tale forma contrattuale è rappresentato dalla libera utilizzazione del lavoratore in qualsiasi mansione, salvo l'eccezione, per esplicita previsione di legge, per la qualifica di dirigente a cui non può essere adibito un lavoratore somministrato, e senza l'obbligo di ricorrere ad una causa giustificatrice di tutti i lavoratori iscritti nelle liste di

³³⁷ Molte le modifiche apportate introdotte dalla Legge del 23 dicembre 2009, n. 191 (Legge Finanziaria del 2010).

³³⁸ Sulla valutazione individuale nel D.Lgs. n. 150/2009 si rinvia a BARBIERI M., FRANCESCONI A., GUARINI E., *Misurazione, Valutazione e Trasparenza della Performance*, in CARINCI F., MAINARDI S. (a cura di), *Op. Cit.*, pp. 68 – 73.

mobilità ed assunti dal somministratore con contratto di lavoro a termine non superiore a dodici mesi.

Infine, viene reintrodotta³³⁹ dalla legge n. 191 del 2009, art. 2, comma 143 (legge finanziaria del 2010), la possibilità per le pubbliche amministrazioni di ricorrere alla somministrazione di lavoro a tempo indeterminato per tutti i settori produttivi compresi quelli che possono ricevere i maggiori benefici: l'esecuzione di servizi di cura e assistenza alla persona e di sostegno alla famiglia.

4. *Lo strumento contrattuale “su misura” per gli enti locali, le scuole e le università: il lavoro accessorio*

Il lavoro accessorio³⁴⁰ è una nuova tipologia di rapporto, introdotta nel nostro ordinamento, dal d.lgs. del 10 settembre 2003, n. 276, e disciplinato all'art. 70 e sgg., così come modificato dai commi 148 e 149 della legge 191 del 23 dicembre 2009 (Legge Finanziaria 2010), con la finalità di far emergere vaste categorie di lavoratori che altrimenti avrebbero operato “in nero”³⁴¹ in assoluta assenza di copertura e tutela sia previdenziale che assicurativa³⁴².

³³⁹ L'art. 1, comma 46, della legge 247/2007 aveva soppresso la possibilità di ricorrere al lavoro in somministrazione a tempo indeterminato e allo staff leasing ex art. 20, D.Lgs. n. 276/2003. Ora con l'abrogazione dell'art. 1, co. 46, L. 247/2007 viene prevista anche la possibilità per la contrattazione collettiva di introdurre nuove ipotesi di somministrazione a tempo indeterminato. Sul punto si rinvia a TIRABOSCHI M., SPATTINI S., *Staff leasing: il ripristino della disciplina*, su www.professionisti24.ilsole24ore.com

³⁴⁰ In generale si veda NOGLER L., BORZAGA M., *Ipotesi sulla disciplina legale del lavoro accessorio: le virtù del modello belga*, ISoc 2003, pp. 68 e sgg..

³⁴¹ SCARPELLI A., *Lotta al lavoro nero e insicuro, “buona impresa”, precarietà: una nuova via per le politiche del lavoro*, in PERULLI A. (a cura di), *Le riforme del lavoro. Dalla Legge Finanziaria al Protocollo sul welfare*, Roma 2007. Per l'A. la regolarizzazione di tale tipologia di lavoro garantisce anche la conciliazione tra vita professionale e famiglia.

³⁴² Molto criticata anche l'assenza dell'aspetto sanzionatorio in caso di mancanza di uno dei requisiti previsti, si cita per tutti PEDRAZZOLI M., *Prestazioni occasionali di tipo accessorio rese da*

Il suo inserimento nel settore pubblico è divenuto possibile grazie alla espressa previsione contenuta nel decreto legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito in legge 9 aprile 2009, n. 33³⁴³, ed alla conseguente sua introduzione nell'art. 36, del d.lgs. n. 165 del 2001, operata tramite l'art. 17, comma 26 lett. a) del D.L. 1° luglio 2009, n. 78, così come convertito dalla legge 102 del 3 agosto 2009³⁴⁴.

L'art. 36, consente, quindi, alle pubbliche amministrazioni di poter fare ricorso al lavoro accessorio solo nelle modalità contenute, in modo dettagliato, nell'art. 70, d.lgs. n. 276 del 2003. Di particolare “interesse” (per comprendere anche il percorso di avvicinamento tra norme di disciplina del settore privato e norme da applicare al settore pubblico privatizzato) risulta la prima versione dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 276 del 2003, che, inizialmente, stabiliva la non applicabilità del decreto stesso alla pubblica amministrazione. Con la legge n. 33 del 2009 viene introdotta la prima eccezione a quella norma, ora citata, che escludeva la pubblica amministrazione dal poter ricorrere a tutte le forme flessibili contenute del decreto legislativo n. 276 del 2003.

Le prestazioni di lavoro accessorio rappresentano attività lavorative aventi natura occasionale³⁴⁵. Secondo la formulazione originaria della disciplina che ormai risulta abrogata, era possibile affidare il lavoro occasionale di tipo accessorio ai soggetti *a rischio di esclusione sociale o comunque non ancora entrati nel mondo del lavoro o che sono in procinto di uscirne o che non riescono ad entrarvi*³⁴⁶. Viene quindi ad opera dei

particolari soggetti. Artt. 70-73, in AA.VV. (coordinato da PEDRAZZOLI M.), *Il nuovo mercato del lavoro. Commento al d.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, Bologna 2004, p.876.

³⁴³ Il D.L. 10 febbraio 2009, n.5, è stato pubblicato in gazzetta Ufficiale – serie generale – n. 34, dell'11 febbraio 2009, ed è stato convertito in Legge 9 aprile 2009, n. 33 recante: “*Misure urgenti a sostegno dei settori industriali in crisi, nonché disposizioni in materia di produzione lattiera e rateizzazione del debito nel settore lattiero-caseario*”.

³⁴⁴ La Legge Finanziaria 2009 ha introdotto direttamente la disciplina.

³⁴⁵ BORZAGA M., *Le prestazioni occasionali all'indomani della L. n. 30 e del D.Lgs. n. 276/2003*, RIDL, n. I (2004), p. 291.

³⁴⁶ LO FARO A., *Prestazioni occasionali di tipo accessorio rese da particolari soggetti. Commento agli artt. 70-74*, in GRAGNOLI E., PERULLI A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova 2004, pp. 792 e sgg..

commi 1 e 4 dell'art. 22, della L. n. 133 del 2008 esteso il campo di applicazione soggettivo.

L'art. 70, d.lgs. n. 276 del 2003, nella versione attuale, contiene l'elenco puntuale delle attività lavorative che rientrano in tale rapporto di lavoro. Alcune di queste per la loro particolare natura non si applicano alle pubbliche amministrazioni, si tratta: dei lavori domestici; delle attività agricole stagionali; della consegna porta a porta della stampa quotidiana; dell'insegnamento privato supplementare.

Lo stesso articolo prevede per quali attività e per quali pubbliche amministrazioni è possibile ricorrere al lavoro accessorio. È la norma stessa che individua quali fruitori della prestazione accessoria gli enti locali, le scuole e le università. In particolare gli enti locali possono essere committenti «*di lavori di giardinaggio, pulizia e manutenzione di edifici, strade, parchi e monumenti*»³⁴⁷, ed anche di altre attività svolte esclusivamente da pensionati per conto degli stessi enti locali - lett. h-bis), co.1, art. 70, d.lgs. n. 276/2003-. È previsto, altresì, che insieme agli enti locali anche le scuole e le università possano utilizzare tale forma lavorativa nelle giornate di sabato e di domenica e durante i periodi di vacanza da parte di giovani con meno di venticinque anni di età se regolarmente iscritti a un ciclo di studi presso un istituto scolastico di qualsiasi ordine e grado, compatibilmente con gli impegni scolastici, ovvero in qualunque periodo dell'anno se regolarmente iscritti a un ciclo di studi presso università³⁴⁸.

L'eccellenza della prestazione e la sua limitata durata temporale fa del lavoro accessorio una tipologia particolarmente indicata per le esigenze degli enti locali, delle scuole e delle università (per ora le uniche pubbliche amministrazioni ammesse direttamente per espressa previsione di legge a poter fruire di tale tipologia contrattuale flessibile), le quali necessitano di personale specializzato a costo contenuto e che presti la propria attività lavorativa solamente e limitatamente per realizzare quella specifica esigenza. Il ricorso a tale tipo di contratto da parte di un committente pubblico o di un

³⁴⁷ Così prescrive il comma 1 lett. b), art. 70, del D.Lgs. n. 276 del 2003.

³⁴⁸ Così prevede il comma 1, lett. e), dell'art. 70 del D.Lgs. n. 276 del 2003. Tali periodi sono stati individuati con la Circolare n. 4 del 3 febbraio 2005, del Ministero del Lavoro.

ente locale è consentito nel rispetto rigoroso del vincolo di spesa relativo al personale ed in osservanza del patto di stabilità interno.

Le pubbliche amministrazioni ora potranno ricorrere a queste tipologie di lavoro, o meglio prestazioni di collaborazione occasionale, per realizzare ed allestire manifestazioni sportive, culturali, fieristiche o caritatevoli.

È consentito che lo stesso soggetto presti per più beneficiari le prestazioni previste come accessorie-occasionalità a patto che lo stesso committente non conferisca allo stesso lavoratore un compenso superiore a 5.000,00 euro nel corso di un anno solare³⁴⁹.

Limitatamente all'anno 2010 era stata prevista la possibilità per i soggetti che ricevevano prestazioni integrative del salario o di sostegno al reddito, di prestare attività accessoria per un importo non superiore ai 3.000,00 euro all'anno solare.

L'Inps per tali lavoratori doveva sottrarre alla prestazione previdenziale l'importo ricevuto per le prestazioni occasionali accessorie ed a sottrarre dalla contribuzione figurativa relativa alle prestazioni gli accrediti contributivi derivanti dalle prestazioni di lavoro accessorio. Sin dall'inizio l'Inps è dovuta intervenire per l'incertezze applicative già palesate dalla sperimentazione del 2008 con ben tre circolari, emanate dopo la riforma attuata con la l. n. 133 del 2008, tese a specificare sia gli aspetti previdenziali sia gli aspetti legati alla modalità di pagamento della prestazione³⁵⁰.

³⁴⁹ Il limite annuo dei compensi viene determinato in base all'attività svolta dal lavoratore e dal settore di riferimento: ad es. se l'attività viene prestata per l'impresa familiare il limite è di 10.000,00 euro, mentre per le attività agricole è di 7.000,00 euro. Il limite di 5.000 è invece riferito ai soggetti che prestano l'attività accessoria per quei settori i cui committenti non hanno l'obbligo di comunicazione ma soggetti al regime contributivo e retributivo del lavoro accessorio svolte in maniera occasionale e con riferimento al medesimo committente. Per un approfondimento sul tema si rinvia a LAMBERTI M., *Il rilancio del lavoro occasionale accessorio*, in CINELLI M., FERRARO G. (a cura di), *Lavoro, competitività, welfare. Dal d.l. n. 112/2008 alla riforma del lavoro pubblico*, Tomo secondo, Milano 2009, p. 83.

³⁵⁰ Si tratta della circolare n. 81/2008, sui "Criteri di sperimentazione"; del messaggio del 6 agosto 2008, n. 17846, di precisazione sulla figura dello "studente" (sullo stesso tema si veda anche la nota Inail del 27 agosto 2008, in www.inail.it); nella seconda circolare n. 94/2008, l'Inps ha fornito

Il pagamento della prestazione avviene tramite il sistema dei *voucher*, previsto e disciplinato dall'art. 72 del d.lgs. n. 276 del 2003. Pertanto, per ricorrere a prestazioni di lavoro accessorio, i beneficiari-datori debbono acquistare presso le rivendite autorizzate uno o più carnet di “buoni” per prestazioni di lavoro accessorio il cui importo è fissato con Decreto del Ministro del Lavoro periodicamente aggiornato.

I vantaggi che offre il lavoro accessorio al datore di lavoro pubblico si configurano nella facilità di beneficiare di una prestazione di lavoro per la quale è ridotto al minimo l'iter burocratico concorsuale, necessario altrimenti per individuare il lavoratore nel settore pubblico³⁵¹, ed è presente una spesa contenuta ed individuata nella sola prestazione necessaria – compresa della garanzia della copertura assicurativa – che permette anche di evitare le spese superflue sostenute invece se usato un diverso contratto di lavoro. Infine, si configura un totale abbattimento delle vertenze o dei ricorsi giudiziali ed una rilevante, economicamente, voce di esenzione fiscale ove prevista.

Di contro il lavoratore integra le sue entrate con compensi esenti fiscalmente alle quali va aggiunta la garanzia della tutela previdenziale e assistenziale che risulta compresa³⁵².

indicazioni sul sistema di pagamento da effettuarsi solo tramite voucher; con la successiva circolare n. 104/2008, l'Inps ritorna sul significato di “vacanze”, sull'operatività dei buoni o voucher cartacei o telematici e sulla necessità del rispetto tassativo del loro uso; infine, con la n. 44/2009 l'Inps ribadisce la sottrazione del lavoro accessorio all'obbligo di comunicazione a cui sono soggetti i datori di lavoro che assumono nuovo personale chiarendo quanto indicato nella Circolare del Ministero del Lavoro del 16 febbraio 2009, su www.lav.gov.it.

³⁵¹ L'art. 18, 1° comma, della legge 6 agosto 2008, n. 133, rubricato: “*Reclutamento del personale delle società pubbliche*”, prevede in capo alle società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica, l'obbligo di procedere alle assunzioni di personale nel rispetto dell'art. 35, D.Lgs. n. 165/2001. Tale previsione si fonda sulla *ratio* che vuole garantire l'imparzialità ed il buon andamento della pubblica amministrazione ed è finalizzato ad eliminare qualsiasi possibile utilizzo delle società partecipate dagli enti locali per fini che non hanno nulla a che fare con i criteri manageriali necessari per ottenere l'efficienza, ma potrebbero essere veicolo di propaganda politica clientelare, anche relativamente al conferimento degli incarichi esterni e consulenze.

³⁵² A tal fine è attiva dal 7 settembre 2009 sul portale www.inail.it (sezione punto cliente) una procedura on line che consente ai committenti di effettuare la comunicazione preventiva, DNA (ove prevista), all'INAIL.

L'estensione di tale tipologia al settore pubblico non risponde, in conclusione, alla originaria *ratio* che voleva far emergere il lavoro nero, vista l'impossibilità per le pubbliche amministrazioni di essere datori di lavoro "in nero", ma risponde, in realtà, alla necessità di rispondere in maniera positiva alle richieste contenute nel Protocollo sul *welfare*³⁵³ nell'ambito del settore dei servizi di assistenza e cura alla persona, in cerca di occupazione anche saltuaria e di breve durata.

5. *La controversa giustificazione dell'uso dei contratti di formazione e lavoro e degli altri rapporti formativi*

I contratti di formazione e lavoro sono dei contratti a tempo determinato preordinati a favorire l'occupazione e la formazione professionale dei giovani di età compresa tra i 15 e i 29 anni. È stato introdotto nel nostro ordinamento dalla legge 19 dicembre 1984, n. 863 con lo scopo di favorire l'impiego giovanile e al contempo di consentire ai datori di lavoro di avviare e formare i nuovi assunti con costi contenuti (anche se a onor del vero una prima esperienza si era avuta con la legge 1° giugno 1977, n. 285 che prevedeva delle agevolazioni per i datori di lavoro che assumevano gli iscritti in una apposita lista di collocamento, la cui durata ha coinciso con il periodo di applicazione della legge).

³⁵³ Il Protocollo sul *welfare* del 23 luglio 2007 stabiliva: «Questa tipologia contrattuale sarà limitata ai piccoli lavori di tipo occasionale a favore delle famiglie, in limiti predeterminati di ore utilizzabili per singole famiglie. Si avvierà una sperimentazione di questo istituto anche in agricoltura, entro limiti predeterminati in grado di evitare che questo strumento si ponga come alternativa al lavoro subordinato». Per i lavori di cura una sua applicazione avrebbe consentito un reale avvicinamento alle esperienze di alti Paesi europei, es. Francia, dove tale istituto, con successo, sopperisce alle necessità di cura, assistenza e aiuto in ambito familiare.

Il contratto di formazione e lavoro ha poi subito nel tempo per opera del legislatore³⁵⁴ diverse modificazioni, quella di maggior rilievo è stata introdotta dal d.lgs. n. 276 del 2003. Con quest'ultima norma si è deciso di disciplinare in modo nettamente diverso il settore pubblico dal settore privato. Infatti tale forma contrattuale per il disposto dell'art. 86 del d.lgs. 276 del 2003 è rimasta in vigore esclusivamente per il settore pubblico, e risulta inserito nell'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001, già a partire dalla sua originaria formulazione, mentre nel settore privato, eccetto per i contratti stipulati con i datori di lavoro privati entro il 2004 e relativamente ai soli progetti approvati prima del 23 ottobre 2003 che rimangono in essere fino alla loro scadenza³⁵⁵, si è provveduto a sostituire i contratti di formazione e lavoro con i contratti di inserimento.

I contratti di formazione e lavoro sono, oggi, stipulati solo dal datore di lavoro pubblico e l'attuale normativa ha di fatto eliminato tale tipologia contrattuale che oggi viene indicata maggiormente con il termine contratto a contenuto formativo.

Altro punto di discussione, sempre sotto il profilo della causa, si rinviene nei contratti di formazione e lavoro (anch'essi inclusi nell'elenco delle tipologie contrattuali di lavoro flessibile utilizzabili dalle pubbliche amministrazioni, ex art. 36 d.lgs. n. 165/01). In questi contratti grava sul datore di lavoro non solo l'obbligo di pagare la retribuzione, ma anche l'obbligo formativo. Questo giustifica l'esistenza di una disciplina molto meno favorevole per il lavoratore. Su tale posizione anche una discutibile giurisprudenza³⁵⁶ ha sottovalutato l'obbligazione formativa affermando la priorità della finalità di promozione dell'occupazione.

³⁵⁴ Il Protocollo di intesa del 1993 ha influenzato la L. del 19 giugno 1994, n. 451, introduttiva di un particolare tipo di contratto di formazione e lavoro. Altra norma di rilievo è stata la L. 24 giugno 1997, n. 196.

³⁵⁵ Così dispone l'art. 59-bis del D.Lgs. n. 276/2003 introdotto con D.Lgs. n. 251/2004.

³⁵⁶ Nelle sentenze della Corte Cost. 25 maggio 1987, n. 190 e Corte Cost. 8 aprile 1993, n. 149, si indica come prioritario il rispetto del diritto al lavoro piuttosto che il diritto al rispetto del contenuto del contratto formativo; dello stesso tenore Corte di Cassazione, 1° agosto 1988, n. 7554 e 4 febbraio 1999, n. 990.

Ciò ha sancito che l'obbligazione formativa assolvesse ad un ruolo essenziale nella ricostruzione dell'equilibrio tra i reciproci obblighi contrattuali, portando così il nostro ordinamento a contrastare con l'ordinamento comunitario in quanto, scomparsa la finalità formativa, le minori tutele venivano a configurarsi come indebito aiuto alle imprese³⁵⁷.

Affinché, un analogo trattamento comunitario non sia allargato anche all'apprendistato e al contratto d'inserimento, è necessario che il datore di lavoro dia la giusta considerazione all'obbligazione formativa ed anche all'attuazione del progetto d'inserimento. La previsione di cui all'art. 23, del d.lgs. n. 112 del 2008 limita la regolamentazione di tale contratto ai soli contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali, escludendo quella regionale. Il suo ambito di applicazione si estende anche ai dottorati di ricerca, i cui effetti sono ancora tutti da esplorare.

Per quanto concerne la disciplina applicabile, viene stabilito dalla legge n. 863 del 1984 che ai contratti di formazione e lavoro si applicano le disposizioni previste per i contratti di lavoro subordinato a patto che non vi sia una deroga ad opera di una normativa speciale. Per questo motivo l'individuazione della disciplina applicabile è rimessa al giudice. Anche al contratto di formazione e lavoro si applica il patto di prova previsto dall'art. 2096 del cod. civ.³⁵⁸. Inoltre è consentita la proroga in tutte le ipotesi in cui per fatti estranei ed oggettivi, che non producono per la loro natura l'estinzione del contratto, sia impedito alle parti di provvedere alla formazione (del lavoratore)³⁵⁹.

Due le tipologie previste: la prima applicabile direttamente nel settore pubblico e prevede una durata massima di 24 mesi ed è diretto a conseguire una professionalità medio-elevata. Nell'ultimo decennio si è avvalsa di tale tipologia di contratto l'agenzia delle entrate, nei cui bandi è previsto un periodo di formazione e lavoro di 12 mesi al termine del quale vi è una valutazione della professionalità acquisita durante il periodo

³⁵⁷ Corte di Giustizia europea 7 marzo 2002, in *Diritti lavori mercati*, 2003, p. 141, con nota di DELFINO.

³⁵⁸ Così in Corte Cass. del 19 novembre 1993, n. 11417, in *Repertorio del foro Italiano*, 1994, voce *Lavoro*, n. 604.

³⁵⁹ Sul punto si è espressa favorevolmente la Corte Costituzionale, 8 aprile 1993, n. 149, in *Foro Italiano*, n.1/1993, pp. 1337 e sgg..

di formazione la cui positività dà diritto ad accedere ai ruoli tramite stipula del contratto di lavoro standard.

Il secondo tipo non può avere una durata superiore ai dodici mesi ed è finalizzato all'inserimento del lavoratore mediante l'esperienza lavorativa che gli permetta di ottenere quell'adeguamento delle capacità professionali per le quali deve essere adibito. Tale finalità nel settore privato è oggi assolto dal contratto di inserimento, contratto non previsto per il settore pubblico. La forma scritta richiesta per il contratto di formazione e lavoro è *ad substantiam*. L'approvazione del progetto formativo, predisposto dal datore di lavoro, viene deliberata dalla Commissione regionale per l'impiego ovvero, in caso di mancata deliberazione, la competenza passa al Direttore dell'Ufficio Regionale del lavoro e della massima occupazione, per i progetti in ambito regionale, oppure al Ministro del lavoro per progetti interregionali.

L'inadempimento della previsione dell'obbligo formativo determina(va) nel settore privato la conversione del contratto di formazione e lavoro in un contratto a tempo indeterminato³⁶⁰. Tale possibilità di conversione è esclusa per il settore pubblico visto il divieto di conversione di un contratto flessibile in un contratto standard. In realtà non vi è al momento una significativa giurisprudenza che possa individuare l'esatta portata di un inadempimento di una pubblica amministrazione rispetto all'obbligo formativo posto in capo alla stessa amministrazione.

Molto simili al contratto di formazione e lavoro sono i tirocini formativi, i quali sono stati introdotti dall'art. 18 della legge n. 196 del 1997. Anche per tale tipologia è previsto un periodo di formazione all'interno di una amministrazione finalizzato all'orientamento per le scelte professionali di neo laureati o diplomati e rappresenta(va)no un sostegno all'inserimento lavorativo di soggetti disoccupati. Per il nuovo dettato normativo³⁶¹ *la ratio* del “nuovo tirocinio formativo e di orientamento” è

³⁶⁰ Art. 3, comma 9, della legge n. 451 del 1994. Sull'obbligo formativo la Corte Cass. nella sentenza 9 ottobre 2006, n.21639, ha chiarito che non può ritenersi valido un progetto ed una formazione basata solo ed esclusivamente sull'affiancamento del lavoratore assunto con contratto di formazione ai lavoratori più “anziani” (relativamente all'arco temporale di servizio).

³⁶¹ L'art. 11 del D.L. 13 agosto 2011, n. 138 convertito con modificazioni in L. 14 settembre 2011, n. 148 reca nel titolo “*Livelli di tutela essenziali per l'attivazione dei tirocini*”.

quella di agevolare la scelta professionale mediante la conoscenza diretta del mondo del lavoro e non presentando più finalità di reinserimento o inserimento lavorativo. Per quest'ultima finalità viene individuata la competenza esclusiva delle Regioni le quali sono le uniche Istituzioni che possono certificare i “tirocini di inserimento e reinserimento lavorativo in quanto strettamente collegate alla successiva assunzione del tirocinante³⁶²”.

A differenza del contratto di formazione e lavoro il tirocinio formativo non prevede un obbligo di corresponsione della retribuzione da parte del datore di lavoro in quanto non rappresenta un lavoro subordinato ma una esperienza di apprendimento³⁶³. Prima del D.L. 13 agosto 2011, n. 138, il tirocinio veniva promosso tramite una convenzione tra un ente promotore (ad es. l'Università che prevedeva per il completamento dei crediti formativi una esperienza formativa in una amministrazione ovvero successivo al conseguimento della laurea come vero e proprio percorso formativo post-laurea) e un ente ospitante (qualsiasi amministrazione pubblica che era interessata in realtà a reperire anche temporaneamente personale motivato a costo “zero”).

Per evitare abusi è stata prevista una riserva regolamentare regionale attraverso la quale è possibile, in via preventiva, individuare i soggetti in possesso degli specifici requisiti previsti per essere considerati idonei promotori formativi e di orientamento. L'art. 11 del D.L. n. 138 del 2011, ha limitato l'accesso ai tirocini ai soli neolaureati prevedendo una durata massima di 6 mesi (12 in precedenza), e l'attivazione entro un anno dal conseguimento della laurea, escludendo dal dettato normativo i tirocini formativi curriculari che potevano essere attivati in un corso di studi universitari³⁶⁴ - tale

³⁶² Sul punto FALASCA G., *Tirocini per i disoccupati con disciplina autonoma*, su *Sole24Ore* del 16 settembre 2011.

³⁶³ Se il tirocinante svolge in concreto un'attività subordinata in assenza di una reale attività d'insegnamento e sotto l'eterodirezione e controllo del datore di lavoro allora vi è la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato. Così è stato rilevato e deciso dal Tribunale di Novara, Sez. Lavoro, con sentenza del 29 maggio 2010, n. 60.

³⁶⁴ La prescrizione della durata semestrale e limitante all'anno dal conseguimento della laurea non è applicabile alle categorie dei disabili, degli invalidi, dei tossicodipendenti e dei condannati ammessi alle misure alternative alla detenzione.

esperienza formativa viene oggi consentita ed è indicata con il termine *stage curriculare* - . Dallo stesso D.L. 138/2011 sono stati disattivati i percorsi che prevedevano l'alternanza scuola lavoro con il relativo apprendimento di natura professionale³⁶⁵.

Purtroppo il contratto di formazione e lavoro non ha avuto la giusta applicazione anche nel settore pubblico – nel privato gli aspetti di abusi e di elusione operati con la stipula dei contratti di formazione e lavoro ne hanno imposto la sua “trasformazione” in contratti di inserimento – visto che poche amministrazioni sono ricorsi a tale strumento. Per il suo costo ridotto e la necessità di formare personale per un prossimo futuro, considerato che il *turn over* “elimina” di fatto la necessità di personale per il presente, ad avviso di chi scrive, tale formula contrattuale andrebbe rafforzata. Si formerebbero così dei giovani che, al momento in cui sarà possibile ritornare ad assumere con contratto di lavoro standard, sostituiranno quel personale ormai in quiescenza. Senza tale ingresso anticipato il personale con “anzianità” mentre era in servizio non può “formare” i nuovi impiegati del settore pubblico lasciando loro in eredità l'esperienza e la professionalità acquisita dopo molti anni di lavoro.

6. *Dalla promozione dell'occupazione tramite il volontariato alla stabilizzazione del rapporto dei lavoratori socialmente utili*

Al comma 4 dell'art.36 d.lgs. n. 165 del 2001, così come modificato dall'art. 17, comma 26, lett. c), del D.L. 1° luglio 2009, n. 78, è previsto che le amministrazioni comunichino nell'ambito del rapporto informativo di cui al comma 3°, le informazioni concernenti i lavoratori socialmente utili (LSU da qui in poi)³⁶⁶.

³⁶⁵ Su tale punto si era espresso anche il Ministero del lavoro con la nota del 14 gennaio 2007, nella quale si prevedeva l'esclusione dell'obbligo di comunicazione anticipata ai centri per l'impiego prevista dall'art. 1, co. 1180, della legge n. 296 del 2006. La mancata riqualificazione del rapporto di tirocinio, prevista del D.L. n. 138/2011, determina per il settore privato l'applicazione di una sanzione amministrativa ed il recupero dei contributi omessi.

³⁶⁶ Nella precedente versione del comma quarto dell'art.36 d.lgs. n. 165 del 2001 era prevista la trasmissione da parte delle pubbliche amministrazione «alla Presidenza del consiglio dei ministri,

Pur non risultando inserito nell'elenco dei rapporti di lavoro flessibile di cui al comma 2 dell'art. 36, d.lgs. 165/2001, i lavoratori socialmente utili sono stati molto utilizzati dalle pubbliche amministrazioni³⁶⁷, in special modo nei settori che prevedono, grazie all'esistenza di progetti di pubblica utilità, la cura della persona, dell'ambiente, del territorio e della natura, dello sviluppo rurale, del recupero e della riqualificazione degli spazi urbani e dei beni culturali³⁶⁸.

Le amministrazioni utilizzanti i LSU, li assegnano in attività che abbiano una corrispondenza tra la qualifica posseduta dal lavoratore nell'attività ora in sospensione e i requisiti professionali richiesti per l'attuazione dei progetti in attuazione del principio di pari opportunità. Il punto di maggior interesse è definito dal combinato disposto dell'art. 8 del d.lgs. n. 468 del 1997 con l'art. 4 del d.lgs. n. 81 del 28 febbraio 2000, integrazioni e modifiche della disciplina dei lavori socialmente utili³⁶⁹, prevede che l'utilizzo di LSU, per le prestazioni lavorative stabilite dal progetto di pubblica utilità, non determini l'instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato con le

Dipartimento della funzione pubblica e al Ministero dell'economia e delle finanze, Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, [del]le convenzioni concernenti l'utilizzo dei lavoratori socialmente utili». La nuova versione introdotta con dall'art. 17, comma 26, lett. c), del D.L. 1° luglio 2009, n. 78, così come convertito dalla L. n. 102 del 3 agosto 2009 è finalizzata a ridurre anche per questa tipologia contrattuale flessibile gli abusi o meglio gli usi distorti che hanno interessato anche i lavoratori socialmente utili.

³⁶⁷ Ai sensi dell'art. 7 del D.Lgs. n. 468/97 è consentito alle amministrazioni pubbliche di ricorrere alle persone di cui all'articolo 4, par. 1, lett. c) e d) dello stesso decreto legislativo, ai fini della loro utilizzazione in attività socialmente utili.

³⁶⁸ I lavori socialmente utili sono definiti dall'art. 1 del d.lgs. n. 468 del 1° dicembre 1997 (in Gazzetta Ufficiale n. 5, dell'8 gennaio 1998), a norma dell'art. 22 della legge 24 giugno 1997, n. 196, come «*le attività che hanno per oggetto la realizzazione di opere e la fornitura di servizi di utilità collettiva, mediante l'utilizzo di particolari categorie di soggetti*». All'art. 4 sono indicate le persone che possono svolgere i lavori socialmente utili, queste sono: i lavoratori licenziati che sono iscritti nelle liste di mobilità e che percepiscono un'indennità o un altro trattamento di disoccupazione, e i lavoratori di imprese in sospensione di attività per ristrutturazione o trasformazione o in crisi e che percepiscono un trattamento straordinario di integrazione salariale.

³⁶⁹ Le integrazioni e modificazioni della disciplina dei lavori socialmente utili sono state emanate, a norma dell'art. 45, comma 2, della legge 17 maggio 2000, n. 144, con il D.Lgs. n. 81, del 28 febbraio 2000, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 82, del 7 aprile 2000.

amministrazioni pubbliche utilizzatrici e non comporta la cancellazione dalle liste di collocamento e mobilità i soggetti interessati.

Ai LSU sono, comunque, riconosciuti i diritti alle ferie retribuite, alle assenze per malattia ed sono altresì soggetti alle norme che disciplinano il congedo di maternità, paternità e parentali ed anche ai congedi previsti per l'assistenza ai disabili. L'indennità che ricevono è versata dall'Inps ed è finanziata dal Fondo nazionale per l'occupazione. Se l'orario minimo previsto di 20 ore settimanali viene superato i LSU hanno diritto alla remunerazione pari ai lavoratori che svolgono la medesima attività presso la stessa pubblica amministrazione utilizzatrice.

In conclusione, i LSU non possono essere considerati dipendenti delle amministrazioni, anche per il periodo limitato della prestazione del servizio, ciò è confermato dal fatto che la normativa interna non li considera parificati nemmeno ai lavoratori a tempo determinato (i LSU prestano la loro attività per un periodo definito e determinato nel tempo) e pertanto i LSU ricevono un trattamento meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato³⁷⁰, pur esercitando le medesime funzioni. Sul mancato riconoscimento ai LSU della disciplina applicata ai contratti a tempo determinato si è di recente espressa la Corte di Giustizia dell'Unione europea, Sesta Sezione, con la sentenza del 15 marzo 2012, Causa c-157/11, Sibilio-Afragola³⁷¹. Per il giudice europeo la direttiva 1999/70/CE «*deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale, [come quella italiana] che prevede che il rapporto costituito tra i lavoratori socialmente utili e le amministrazioni pubbliche per cui svolgono le loro attività non rientri nell'ambito di applicazione di detto accordo quadro*». Tale mancata applicazione non determina una violazione del principio di non discriminazione in quanto per la norma di disciplina dei LSU l'utilizzo dei lavoratori socialmente utili non

³⁷⁰ Si richiama la già citata direttiva 1999/70/CE sull'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato che prevede pari condizioni di impiego tra lavoratori a tempo indeterminato e i lavoratori a tempo determinato.

³⁷¹ La sentenza Corte di Giustizia Causa C-157/11, è stata pubblicata su <http://eur-lex.europa.eu/>.

determina l'instaurazione di un rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche utilizzatrici³⁷².

Da ultimo, l'Inps, con nota dell'11 luglio 2005, ha stabilito che per le attività dei LSU non saranno più stipulate nuove convenzioni. Ciò per il fatto che tali rapporti contrattuali dovevano avere un limitato arco temporale di vita. In realtà questi lavoratori sono stati, sovente, utilizzati in attività e per esigenze istituzionali, sopperendo molto spesso a vere e proprie carenze di personale.

In definitiva, tale forma di impiego di quelle risorse umane che vivono già una situazione di alto precariato e di estremo rischio di rimanere esclusi dal mondo del lavoro anche per la concreta possibilità di perdita dell'impiego da cui sono stati momentaneamente allontanati (per la "concessione obbligata" dell'Aspettativa), ha avuto dei risultati molto deludenti. Infatti, molti LSU dopo un lungo periodo di precariato con l'amministrazione pubblica presso cui sono stati inseriti sono stati definitivamente reclutati dalla stessa amministrazione, per lo più attraverso concorsi riservati, ed immessi nei ruoli con contratti a tempo indeterminato. Si è scelta, anche per questa formula contrattuale flessibile, la non sempre percorribile strada della stabilizzazione³⁷³, ciò per evitare che l'amministrazione venisse trascinata in lunghi

³⁷² La clausola 2 dell'Accordo quadro, direttiva 1999/70/CE, dispone che «*gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali e/o le parti sociali stesse possono decidere che l'Accordo no si applichi ai: a) rapporti di formazione professionale iniziale e di apprendistato; b) contratti e rapporti di lavoro definiti nel quadro di un programma specifico di formazione, inserimento e riqualificazione professionale pubblico o che fruisca di contributi pubblici*». Esiste, pertanto, il conferimento agli Stati membri di avere un certo margine di discrezionalità riguardo all'applicazione dell'Accordo ad alcune categorie di rapporti di lavoro.

³⁷³ Tra i molti esempi di tentata stabilizzazione dei LSU si richiama per tutti il caso che ha visto protagonista l'art. 15 della legge della Regione Puglia n. 4 del 2010, diretto a stabilizzare gli ex lavoratori socialmente utili in servizi da almeno cinque anni negli enti di servizio sanitario regionale, che viene dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte Costituzionale con sentenza 23 febbraio 2011, n. 68, in quanto «*formulato in modo generico e tale da ricomprendere tra i suoi destinatari anche personale titolare di rapporto di lavoro non suscettibile di stabilizzazione alla luce della normativa statale di principio. La norma, inoltre, consentendo la stabilizzazione anche in assenza di posti vacanti, determinerebbe maggiori oneri (con conseguente violazione dell'art. 81 Cost.) e non offrirebbe idonee garanzie circa il rispetto dell'art. 2, comma 71, della legge n. 191 del 2009, norma di coordinamento*

contenziosi giudiziali e soprattutto per non perdere quel capitale umano oramai divenuto prezioso perché formato e competente.

7. *Il tentativo di reintroduzione del contratto di lavoro autonomo nelle pubbliche amministrazioni ed il suo ridimensionamento: l'addio alle collaborazioni coordinate e continuative*

La pubblica amministrazione si è avvalsa da sempre dello strumento contrattuale delle collaborazioni coordinate e continuative. Dapprima, lo ha fatto attraverso l'attribuzione di incarichi a soggetti che presentano competenze specifiche ed altamente specializzati, al di fuori di una norma dedicata di disciplina (le norme a cui il nostro ordinamento faceva riferimento erano essenzialmente quelle contenute nell'art. 409, co. 3, del cod.proc.civ. , e nell'art. 50 del T.U.I.R.), successivamente, con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 276 del 2003, il lavoro parasubordinato³⁷⁴ ha preso due vie parallele: la prima, dedicata esclusivamente al settore privato, con l'introduzione del lavoro a progetto, modificando in modo sostanziale la collaborazione coordinata e continuativa vincolando la sua esistenza al progetto (la cui inesistenza determina la modifica del rapporto in rapporto di lavoro subordinato e tempo indeterminato); la seconda, prevista per il settore pubblico e che non è ordinata all'esistenza di un progetto³⁷⁵.

Purtroppo, la contrattualizzazione del rapporto di lavoro nel settore pubblico privatizzato ed il ruolo della dirigenza nella gestione delle risorse umane, condotta nella

della finanza pubblica ai sensi dell'art. 117, terzo comma, Cost.», su *Diritto&Pratica del Lavoro*, n. 12/2011.

³⁷⁴ Sul tema in generale si rinvia a MEZZACAPO D., *Dalle collaborazioni continuative e coordinate al lavoro a progetto ... e ritorno?*, in SANTORO PASSARELLI G., PELLACANI G. (a cura di), *Subordinazione e lavoro a progetto*, Milano 2009, pp. 67 - 90.

³⁷⁵ Si veda la Circolare n. 1 del 2004 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, per la quale la mancanza del progetto non rappresentava un significativo rischio di elusione della normativa inderogabile del diritto del lavoro nel settore pubblico. Il punto come si vedrà è stato poi smentito nei fatti.

logica per obiettivi e per risultati (che vedono nella omogeneizzazione tra i settori privato e pubblico il fine principale), non ha portato ai risultati sperati.

Se da un lato si è ottenuto una razionalizzazione del costo del lavoro, contenendo la spesa complessiva per il personale dipendente realizzando la migliore utilizzazione delle risorse umane, dall'altro le peculiari caratteristiche a cui le collaborazioni dovevano sottostare – eccezionale apporto professionale – non sono state rispettate e spesso si è verificato che il personale utilizzato con i co.co.co, nel settore pubblico, abbiano svolto compiti di routine aggirando così il blocco delle assunzioni, facendo di questa tipologia contrattuale una vera e propria fonte a cui attingere per far fronte alle carenze di personale; dall'altro si sono verificati moltissimi casi nei quali, oltre al carattere elusivo, ha rappresentato un vero e proprio mercato clientelare³⁷⁶.

Attualmente la disciplina che consente alle pubbliche amministrazioni di utilizzare i co.co.co è inserita all'art.7, comma 6, del d.lgs. 165 del 2001³⁷⁷. Per quanto riguarda il regolamento per le regioni e le autonomie locali contenuto nell'art. 110, comma 6, del d.lgs. n. 267 del 2000, Testo Unico degli Enti Locali (TUEL), questo deve essere adeguato ai principi di cui al comma 6, dell'art. 7 sopracitato. Tale modifica è intervenuta ad opera dell'art. 32 D.L. n. 223 del 4 luglio 2006, convertito con modificazioni dalla legge 248 del 4 agosto 2006.

³⁷⁶ BORGOGELLI F., *La nuova disciplina del mercato del lavoro e le pubbliche amministrazioni*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, n. 36/2004 in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/default.htm>, molto critica la posizione dell’A. sulle finalità *latu sensu* dei rapporti di collaborazione continuativa coordinata.

³⁷⁷ L’art. 7, comma 6 del D.Lgs. n. 165/2001, prevede che «*per esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, le amministrazioni pubbliche possono conferire incarichi individuali [la competenza è di esclusiva attribuzione della dirigenza], con contratti di lavoro autonomo, di natura occasionale o coordinata e continuativa, ad esperti di “provata competenza”*» [parte introdotta dalla legge 24 dicembre 2007, n. 244], *in presenza dei seguenti presupposti: a) l’oggetto della prestazione deve corrispondere alle competenze attribuite dall’ordinamento all’amministrazione conferente e ad obiettivi e progetti specifici e determinati; b) l’amministrazione deve avere preliminarmente accertato l’impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane disponibili al suo interno; c) la prestazione deve essere di natura temporanea e altamente qualificata; d) devono essere preventivamente determinati durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione.*»

L'utilizzo dei contratti di collaborazione oggi prevedono la stipula di un contratto di lavoro autonomo, di natura occasionale o coordinato e continuativo e i soggetti che possono effettuare tali prestazioni devono possedere *provata competenza* e devono altresì possedere una *comprovata specializzazione universitaria*, inoltre, l'amministrazione che sottoscrive tale incarico, dopo aver esperito una procedura concorsuale comparativa (ai sensi dell'art. 6-bis, D.Lgs. n. 165/2001) per titoli, con eventuale colloquio, non deve presentare all'interno dipendenti a cui tali funzioni potrebbero essere affidate³⁷⁸.

Da ultimo, la riforma del lavoro attualmente in discussione al Senato, prevede un intervento anche su tale tipologia contrattuale di lavoro cercando di chiudere la stagione dei co.co.co e raccordare l'uso dei contratti a progetto nelle forme indicate dal contenuto ancora in corso di definizione, ma che avrà come sicuro contenuto la previsione di vincoli stretti limitanti al massimo l'utilizzo di questa tipologia contrattuale flessibile. In realtà una riforma dei co.co.co era già iniziata (dal precedente Governo) nel giugno del 2008 con l'operazione "*Trasparenza nella PA*" (in pieno accordo con il garante della privacy), che prevede dapprima la pubblicazione dei dati degli incarichi di consulenze e di collaborazione esterna sul sito istituzionale del Ministro per la Pubblica amministrazione e la semplificazione, in quanto comunicati all'Anagrafe delle Prestazioni, e successivamente, per i prossimi anni, tramite l'utilizzo del sistema integrato PERLA PA (www.perlapa.gov.it).

Le novità che da qui a breve verranno introdotte in materia dovranno per forza tenere conto delle carenze stabili di personale qualificato nelle pubbliche amministrazioni le quali, per effetto del turn over, non possono essere fronteggiate tramite assunzioni stabili. Tale difficoltà limiterà fortemente il datore di lavoro pubblico che a differenza di quello privato, che può più liberamente organizzare la propria struttura anche attraverso un considerevole ricorso ai rapporti di collaborazione esterna, coordinata e continuativa, vedrà diminuire una importante fonte di approvvigionamento di personale, in special modo, le difficoltà si avranno in alcuni settori quali il Servizio Sanitario Nazionale (personale medico, paramedico, biologi e consulenti legali esterni,

³⁷⁸ Sulle collaborazioni esterne si rinvia alla circolare n. 2/2008 del Dipartimento della Funzione Pubblica, su www.funzione-pubblica.it

tutti assunti con rapporti di natura parasubordinata), o i comuni e le regioni (molto interessanti le esperienze dei comuni di Milano e Roma e quello della Regione Emilia Romagna³⁷⁹) che grazie all'utilizzo ben ponderato delle collaborazioni sono riusciti a migliorare i propri servizi. In conclusione si avverte la necessità di una organica regolamentazione che eviti aprioristicamente qualsiasi divieto.

8. *Un aspetto della flessibilità del “contratto standard” di lavoro subordinato alla dipendenze delle pubbliche amministrazioni: il tempo parziale*

Anche il contratto di lavoro standard presenta elementi di flessibilità³⁸⁰. Per la parte che qui ci occupa verrà esaminata la disciplina del contratto di lavoro a tempo parziale, esteso grazie al d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61³⁸¹ anche alla pubblica amministrazione.

Il contratto di lavoro *part time* rappresenta uno strumento gestionale delle risorse umane dotato di ampia flessibilità in quanto allo stesso tempo permette sia di ottenere efficiente organizzazione degli uffici sia di essere strumento di incremento dell'occupazione. Pur in mancanza di una espressa disciplina, le pubbliche amministrazioni avevano già avuto esperienze di utilizzo di contratti con tempo della prestazione limitato, come ad esempio per il personale medico (d.p.r. n. 761 del 1979, art. 35) e per i docenti universitari (d.p.r. 382 del 1980, artt. 10 e 11). Il rapporto di lavoro *part time* nel settore pubblico presenta alcune peculiarità che ne evidenziano la

³⁷⁹ Per maggiori dettagli si veda l'Accordo sul lavoro parasubordinato siglato tra la Regione Emilia Romagna e le OOSS del 14 febbraio 2000, su www.regione.emilia-romagna.it.

³⁸⁰ Sulla esigenza di garantire da un lato la sicurezza e la tutela del lavoratore e dall'altro il rispetto dei limiti legali dell'orario di lavoro, che comunque garantiscano al livelli di flessibilità finalizzati all'efficienza produttiva si può utilmente consultare le prime impressioni di FOGLIA, SANTORO PASSARELLI G., *Profili di diritto comunitario del lavoro*, Torino 1996, pp. 164 e sgg..

³⁸¹ Il D.Lgs. n. 61/2000 è stato approvato dal Consiglio dei Ministri il 28 gennaio 2000 in attuazione della legge 5 febbraio 1999, n. 25, (legge comunitaria 1998), che recepisce la direttiva 15 dicembre 1997 n. 97/81/CE relativa all'Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES, che impegna gli stati membri a recepirne i contenuti.

specialità rispetto a quanto previsto per il settore privato³⁸². Se per il settore privato rappresenta un'eccezione nel settore pubblico si è tentato di favorirne la diffusione grazie all'apporto della legge n. 662 del 1996.

Di particolare interesse sono gli interventi normativi che di recente hanno modificato l'istituto soprattutto per l'aspetto che consente da una parte di esercitare il diritto al ripensamento della pubblica amministrazione di obbligare di ritornare *full time* il dipendente, ora in *part time*, o viceversa, e dall'altra parte consente al lavoratore di chiedere la modifica del proprio rapporto di lavoro³⁸³ con un contratto più aderente alla proprie necessità.

La recente modifica toglie al dipendente quella *supremazia* rispetto alle pubbliche amministrazioni nella scelta di quanto (orario) effettuare di prestazione lavorativa, facendo ritornare in mano alle stesse amministrazioni, in applicazione del principio di organizzazione e nel rispetto delle esigenze dell'amministrazione e non più per la prevalenza del risparmio, la concessione dello stesso *part-time* (è stata eliminata l'automaticità della trasformazione del contratto da tempo pieno a tempo parziale o viceversa).

L'art. 16 del Collegato lavoro³⁸⁴, prescrive che entro sei mesi dall'entrata in vigore della legge le amministrazioni hanno facoltà (e non l'obbligo) di sottoporre a nuova valutazione i provvedimenti di concessione del part-time già adottati prima dell'entrata in vigore del decreto legge 112/2008. L'art. 73 del D.L. 112 come effetto immediato aveva declassato la richiesta del dipendente di trasformare in part-time il rapporto a tempo pieno o viceversa da diritto soggettivo a interesse legittimo. Ciò ha comportato

³⁸² Per una più approfondita analisi si rinvia a SANTUCCI R., *Orari di lavoro e part-time nelle amministrazioni pubbliche*, in *LPA*, n.1 (2002), pp. 501- 502.

³⁸³ MURRONE M.G., *Part time e diritto al "ripensamento" del datore di lavoro pubblico: prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Il lav. nelle pa*, n. 1 (2011), pp. 94 – 105.

³⁸⁴ Sul punto si veda BROLLO M., *Il "ri-esame" del art time trasformato nel lavoro pubblico*, in MISCIONE M., GAROFALO D. (a cura di), *Il collegato Lavoro 2010. Commentario alla legge n. 183/2010*, Milano 2011.

che la trasformazione del rapporto di lavoro *part time* se disposta dalle amministrazioni sia divenuta non più obbligatoria ma risulti discrezionale³⁸⁵.

Per questo motivo tutte le trasformazioni in *part time* già concesse prima del 25 giugno 2008 possono in teoria essere revocate se l'amministrazione valuta necessaria la presenza in servizio a tempo pieno di quel dipendente. Tale visione poco flessibile è stata comunque superata, anche se ora deve essere effettivamente applicata, grazie all'accordo tra le parti sociali ed il Governo che hanno sottoscritto un documento – Azioni a sostegno delle politiche di conciliazione tra famiglia e lavoro³⁸⁶ - che vuole ampliare la possibilità di ricorrere al *part time* lungo per favorire l'occupazione femminile e per garantire il sostegno alla maternità³⁸⁷.

³⁸⁵ MURRONE M.G., *La trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno in tempo parziale nelle pubbliche amministrazioni*, in CARINCI F., MAINARDI S. (a cura di), *La Terza Riforma del Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, Cit., pp. 578 e sgg..

³⁸⁶ L'accordo sottoscritto tra le parti sociali ed il Governo è stato sottoscritto il 7 marzo 2011, scaricabile su www.portalecnel.it/Portale/archiviocontrattivi.nsf/vw.accordiGoviPrtiSoci?openview.

³⁸⁷ Conciliare i tempi di lavoro e quelli di famiglia. È questo l'obiettivo che intende perseguire l'intesa firmata dal governo e dalle parti sociali, su L'intesa contiene una serie di misure che hanno come fine quello di riuscire a trovare la migliore modulazione tra i tempi e gli orari di lavoro (il fatto che l'intesa sia arrivata proprio alle vigilia dell'8 marzo, festa della donna, esprimere simbolicamente la volontà di arrivare a riforme atte a favorire l'occupazione femminile nel nostro paese. Con la firma dell'accordo il tavolo tecnico sta lavorando per individuare le forma più adatte per conciliare famiglia e lavoro, le misure che vedranno la luce godranno di una detassazione del 10 per cento. Le nuove regole saranno, poi inserite nei contratti nazionali. Tra le tante misure che saranno vagliate si ricordano: la possibilità della trasformazione temporanea del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto di lavoro a tempo parziale per il periodo corrispondente ai primi cinque anni di vita del bambino ovvero per oggettive e rilevanti esigenze di cura di genitori e/o altri familiari;impegno, al rientro dalla maternità, di assegnare la lavoratrice alle stesse mansioni ovvero a mansioni che non vanifichino la professionalità e l'esperienza acquisite dalla lavoratrice;possibilità di concedere permessi non retribuiti al dipendente in caso di malattia del figlio entro i primi otto anni di vita; istituzione e possibilità di ricorso alla banca delle ore e, là dove possibile, di meccanismi di banca ore specificamente dedicato ai genitori di bambini sino a 24 mesi che potrebbero avere diritto, su loro richiesta, a percepire la sola maggiorazione accantonando le ore straordinarie in un conto ore;costituzione di asili nido aziendali/interaziendali ovvero attivazione di servizi collettivi di trasporto da e per gli asili pubblici; possibilità di erogazione da parte del datore di lavoro ai propri dipendenti di buoni lavoro per lo svolgimento da parte di terzi di prestazioni di lavoro occasionale di tipo accessorio per attività domestiche e di cura; istituzione di fondi bilaterali (ovvero

L'istituto del *part time*, nel pubblico impiego³⁸⁸, rappresenta da una parte la possibilità per il dipendente di impiegarsi in prestazioni alternative in deroga al principio di incompatibilità³⁸⁹, dietro un nulla osta dell'amministrazione quando previsto (per il tipo di attività, ex art. 53, d.lgs. n. 165 del 2001), e dall'altra una scelta anche a vantaggio della pubblica amministrazione quando tale scelta del dipendente (e non

assegnazione di nuove competenze agli enti bilaterali esistenti) per il sostegno alle politiche di conciliazione; impegno a trovare tutte le possibili soluzioni in merito alle esigenze (della durata massima di due settimane) legate alla fase di inserimento dei bimbi alla scuola materna e al primo anno di scuola elementare.

³⁸⁸ Si veda la circolare n. 3 del 19 marzo 2008 della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione Pubblica, su www.funzionepubblica.gov.it

³⁸⁹ L'art. 3, secondo comma, del R.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578, sull'ordinamento delle professioni di avvocato e di procuratore legale (in *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia* n. 281 del 5 dicembre 1933), convertito con modificazioni dalla legge 22 gennaio 1934, n. 36 dispone che «[l'esercizio della professione di avvocato è] incompatibile con qualunque impiego o ufficio retribuito con stipendio sul bilancio dello Stato [...]». Successivamente l'art. 1, comma 56, della legge n. 662/1996 ha abrogato la precedente disciplina prevedendo che i divieti «non si applicano ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni con rapporto di lavoro a tempo parziale, con prestazione lavorativa non superiore al 50 per cento di quella a tempo pieno», e statuendo anche il divieto di poter patrocinare «in controversie nelle quali sia parte una pubblica amministrazione». Sulla materia è intervenuto di nuovo il legislatore che tornando sui suoi passi con la legge 25 novembre 2003, n. 339, recante norme in materia di incompatibilità dell'esercizio della professione di avvocato (in *Gazzetta Ufficiale* n. 279 del 1° dicembre 2003), ha abrogato la normativa di cui all'art. 56, L. n. 662/96 e prevedendo altresì che il dipendente pubblico che esercitava la professione di avvocato con rapporto di lavoro part time al 50 per cento potesse esercitare l'opzione di vedersi reintegrato con il rapporto di lavoro a tempo pieno oppure scegliere la professione di avvocato. Nell'ipotesi opti per tale professione viene riconosciuto al dipendente nei successivi cinque anni la possibilità di essere riammesso in servizio con la qualifica posseduta al momento della scelta. Su tale problematica si era espressa la Funzione Pubblica con parere n. 220/05, chiarendo che il dipendente della pubblica amministrazione con contratto di lavoro a tempo pieno non può essere ammesso ad esercitare un'attività professionale previa iscrizione al relativo albo professionale, e che anche in ipotesi di contratto di lavoro part time non può essere concesso il nulla osta dell'amministrazione di appartenenza per l'esercizio della professione forense. Di recente si è pronunciata anche la Corte di Giustizia europea, che con sentenza 2 dicembre 2010, causa C-225/09, Sez. Quinta, ha affermato che è compatibile con il diritto comunitario il divieto posto da una norma interna che preveda l'incompatibilità della professione di Avvocato anche ai dipendenti pubblici in part time. Tale divieto è giustificato dal c.d. dovere di esclusività gravante sui dipendenti delle pubbliche amministrazioni.

dell'amministrazione) rappresenta un effettivo risparmio del costo del lavoro per il datore di lavoro pubblica amministrazione.

Nel privato, invece l'equilibrio va ricercato tra le esigenze di flessibilità dell'impresa e quelle del lavoratore³⁹⁰. Per questo se il diritto di ripensamento nel settore privato soggiace alla ponderazione della parte datoriale riferita al contesto aziendale, nel settore pubblico il *nuovo* potere datoriale concesso al datore di lavoro pubblica amministrazione si presenta più ambiguo, in quanto sembra che il legislatore abbia già valutato che le concessioni del *part time* fin qui accordate siano state elargite con troppa facilità e per questo si sia reso necessario un intervento correttivo per le problematiche organizzative derivate da una parte consistente di personale a "*mezzo servizio*".

In conclusione osservare da vicino il rapporto di lavoro part time ha permesso di individuare ancora una volta gli aspetti di specialità che caratterizzano il rapporto di lavoro nel settore pubblico privatizzato. Molto interessanti sono le osservazioni del Consiglio Nazionale Forense che presumevano, ormai a ragione, la violazione degli artt. 97 e 98 della Cost. in materia di esercizio di libera professione forense di un dipendente pubblico che, nonostante la progressiva equiparazione tra rapporto di lavoro nel settore privato con quello pubblico privatizzato, non potevano sottacersi quella serie di obblighi, facoltà e diritti che sono propri dello *status* di lavoratore subordinato alle dipendenze del datore pubblico, e che tra l'altro non è possibile riscontrare nel rapporto di lavoro subordinato nel settore privato³⁹¹.

³⁹⁰ Cfr. CARUSO B., *La regolazione "a doccia scozzese" del Lavoro pubblico. Rigidi, flessibili, precari, di nuovo rigidi*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, n.2 (2008), p. 227. sul punto si veda anche ALESSI V., *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prima osservazioni*, in *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*. IT n.68/2008.

³⁹¹ Il CNF con ordinanza del 28 ottobre 2000 ritiene che «i doveri» d'ufficio che sono in capo al soggetto incardinato nella pubblica amministrazione «*mal si conciliano con la fisiologica vicinanza agli interessi giuridicamente rilevanti, od anche ai meri interessi materiali della clientela, che la condizione di libero professionista ontologicamente comporta*».

9. Il contratto collettivo: strumento di disciplina per l'utilizzo delle tipologie contrattuali di lavoro flessibile nelle pubbliche amministrazioni e i suoi limiti "interni ed esterni"

È fatto esplicito riferimento nell'art. 36, d.lgs. n. 165 del 2001 al Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro (CCNL) come strumento di disciplina circa l'utilizzo delle tipologie contrattuali flessibili. Premesso che il contratto collettivo di diritto comune rientra nell'ambito dell'autonomia contrattuale e pertanto la sua disciplina va ricercata e adattata compatibilmente alle norme sui contratti (artt. 1321 – 1469 cod. civ.), va da subito chiarito che il CCNL del settore pubblico privatizzato ha efficacia *erga omnes*, e quindi il suo dettato è applicato a tutti i dipendenti pubblici appartenenti al Comparto di riferimento³⁹².

Infatti i CCNL firmati dal datore pubblico riguardano sia i Comparti ministeriali e le Autonomie locali che delle Aree Dirigenziali. Sono gli stessi CCNL che hanno il compito di disciplinare le forme contrattuali di lavoro flessibile. In particolare i CCNL hanno contrattualizzato la materia del contratto di lavoro a tempo determinato, dei contratti di formazione e lavoro, degli altri rapporti formativi e della somministrazione di lavoro, in applicazione del d.lgs. n. 368 del 2001, dell'art. 3 del d.l. n. 726 del 1984, convertito con modificazioni dalla l. n. 863 del 1984, dall'art. 16 del d.l. n. 299 del 1994, convertito con modificazioni dalla l. n. 451 del 1994, dal d.lgs. n. 276 del 2003.

Sempre in applicazione della normativa vigente è stato introdotto il divieto al ricorso alla somministrazione di lavoro nel caso debbano essere attribuite funzioni direttive o dirigenziali (nella precedente formulazione il divieto era rivolto a tutti i contratti di lavoro flessibile).

Si è visto che grazie alla cosiddetta "privatizzazione" del rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti, è stata attribuita ai contratti collettivi nazionali la disciplina del rapporto di lavoro dei dipendenti al servizio della pubblica amministrazione, ciò ha

³⁹² La L. 15 del 2009 prevede che gli attuali quasi quaranta comparti vengano racchiusi in quattro grandi comparti. Le trattative ancora oggi risultano alquanto difficoltose.

permesso l'utilizzo di gran parte delle tipologie contrattuali flessibili previsti per l'impiego nel settore privato.

La contrattazione collettiva fino ad oggi si è rilevata prudente rimanendo ancorata a quanto previsto dalla legge. La devoluzione di competenza alla contrattazione collettiva in termini di aumento, implementazione, integrazione, attuata con la prevista possibilità di deroga della disciplina legale, viene oggi attenuata, vista la nuova formula dell'art. 2, comma 2 d.lgs. n. 165/2001, in precedenza già commentata.

A questo deve aggiungersi il nuovo limite imposto all'autonomia collettiva introdotto con la legge n. 150 del 2009 che riduce non solo la possibilità di individuare, in deroga alla normativa vigente, le fattispecie contrattuali che potrebbero essere disciplinate che risulterebbe più congeniali alla pubblica amministrazione, ma soprattutto elimina la derogabilità del contratto collettivo alla norma giuridica.

Il dettato normativo prescrive che: l'autonomia collettiva non può derogare alle norme imperative e nel caso lo faccia queste sono soggette al «*meccanismo di etero integrazione contrattuale*»³⁹³ e prevede la sanzione di cui agli artt. 1339 e 1419 del cod. civ..

L'arretramento che subisce l'autonomia contrattuale collettiva non la fa regredire fino al punto in cui il contratto collettivo ritorna ad essere una fonte normativa, ma lo colloca ancora nel *genus* dell'autonomia privata collettiva. Diviene soltanto più limitato l'apporto della contrattazione collettiva rispetto alla regolamentazione del lavoro pubblico privatizzato e per questo il suo ruolo diviene meno interessante, in quanto si assiste al passaggio dal meccanismo di derogabilità del contratto collettivo (successivo) ad una norma che introducesse regole destinate al pubblico impiego al suo esatto contrario: l'inderogabilità salvo espressa previsione contraria.

Ciò, in prima battuta ha determinato un arretramento del contratto collettivo in alcune aree ben definite (dalle leggi) distogliendolo dalla sua funzione regolamentatrice del rapporto di lavoro. A parere di chi scrive la soluzione apportata dal legislatore è del

³⁹³ CARUSO B., *Gli esiti regolativi della "Riforma Brunetta" (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni)*, in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, Cit., p. 251.

tutto criticabile in quanto si potrebbe verificare l'ipotesi in cui venga messa in seria crisi la contrattualizzazione del rapporto di lavoro pubblico privatizzato. A supporto di tale posizione si cita il d.lgs. 1 agosto 2011, n. 141, che ha fornito degli utili chiarimenti interpretativi di alcuni punti critici del d.lgs. n. 150 del 2009, tra i quali appunto sono collocati gli aspetti della contrattazione collettiva. Il governo in questa fase delicata, ha preso tempo, e si è avvalso della possibilità di adottare disposizioni integrative e correttive nel rispetto dei principi e criteri stabiliti dalla norma "Brunetta". Si è quindi avvertita la necessità di rendere coerenti le nuove norme sugli assetti delle relazioni sindacali e soprattutto sugli assetti organizzativi delle amministrazioni riscontrati nella prima fase di attuazione della riforma. Il rinvio alla prossima tornata della contrattazione collettiva nazionale per vedere operativa la riforma permette di rimandare a quel momento ulteriori considerazioni sull'argomento.

10. Osservazioni conclusive: verso una nuova stagione dei contratti di lavoro flessibile nel settore pubblico privatizzato?

Qualsiasi osservazione, oggi, deve prendere spunto dalla riforma che in questi giorni sta interessando il mondo del lavoro, compreso il settore del lavoro pubblico "privatizzato". Tra gli obiettivi della riforma Fornero (dal nome dell'attuale Ministro del Lavoro) "riprende" vita l'ipotesi della riduzione delle tipologie, questa volta però, a favore di una in particolare: l'apprendistato (così come disciplinato dal nuovo Testo Unico sull'apprendistato, il d.lgs. n. 167 del 2011). In particolare, l'art. 8 del Disegno di Legge, ora all'esame Commissione Lavoro del Senato, prevede la modifica di diverse norme intervenendo direttamente su alcune fattispecie contrattuali flessibili che per le proprie peculiari caratteristiche si è nel corso del tempo prestato ad un utilizzo distorto. Infatti, le tipologie contrattuali flessibili hanno rappresentato nel tempo una utile, ma al tempo stesso controversa, risorsa. Per questo il personale "flessibile" che ha prestato servizio per la pubblica amministrazione, spesso lo ha fatto con un approccio speranzoso, vivendo l'esperienza lavorativa nell'attesa di veder convertito il rapporto di lavoro flessibile che lo legava alla pubblica amministrazione in un rapporto "stabile". Dalla disamina delle varie tipologie di lavoro flessibile ammesse nel settore pubblico

“privatizzato” si è visto che, se queste vengono utilizzate in modo corretto, rappresentano un vero strumento di efficienza. Per questo rinunciarvi in modo netto è, forse, un po’ prematuro.

Purtroppo, tutte le scelte del legislatore in materia sono state condizionate dall’esperienza passata, ciò non ha permesso di valutare appieno la dinamicità offerta da questi strumenti contrattuali. La continua incertezza sull’ammissione delle tipologie flessibili come strumento efficientista hanno messo in luce un legislatore forse troppo ancorato alla visione di “specialità” della disciplina con cui sin dall’inizio si è avvicinato. Pur essendo stato il settore del lavoro pubblico “privatizzato” interessato da un progressivo allineamento rispetto al rapporto di lavoro privato non si è, fino ad oggi, mai colmata quella differenza che rende disomogenee le tipologie contrattuali flessibili del settore pubblico rispetto a quelle del settore privato.

Non appare possibile allo stato attuale superare tutti quegli elementi di disciplina che differenziano i due settori. In modo particolare è molto difficile trovare una soluzione di come superare tale “dicotomia” (pur se affievolita nell’intento). Ricordiamo che il lavoro del settore pubblico presenta elementi di specialità quali appunto: l’efficacia *erga omnes* del contratto collettivo (funzionale al principio di imparzialità e buon andamento); alla necessaria razionalizzazione della spesa pubblica e del costo, da contenere nei vincoli della finanza pubblica, del personale dipendente della pubblica amministrazione (di cui all’art. 2, comma 1, legge n. 421 del 1992 ed inserito all’art. 1, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 165 del 2001) – su tale aspetto si richiama, da ultimo, il vertice degli Stati membri dell’Ue del 30 gennaio 2012 tenutosi a Bruxelles nel corso del quale si è deciso di tagliare i costi non salariali del lavoro e di prevedere una riduzione della segmentazione del mercato del lavoro - [punto ripreso puntualmente dall’attuale Governo nella Riforma Fornero].

Partendo da tali ultimi, per ora, “suggerimenti europei”, si sta valutando nella Riforma ora in esame al Senato, una declinazione dei contratti a termine, una riduzione al minimo delle collaborazioni coordinate e continuative che via via saranno trasformati in contratti a progetto – così come conosciuti e disciplinati nel settore privato - , un minor ricorso al lavoro interinale ed ai lavoratori socialmente utili, pur lasciando per ora in vita alcune di queste ritenute fondamentali per il settore della scuola ed il settore della

ricerca (che come già analizzato risultano basarsi più sull'utilizzo del contratto a tempo determinato che sul contratto “*standard*”) . Per operare questa riforma sarà necessaria una norma di raccordo sulla flessibilità in entrata atta ad armonizzare pubblico e privato.

Le tipologie contrattuali flessibili usate nel settore pubblico saranno quindi oggetto di nuove regole, tra le quali saranno inserite quelle di regolamentazione dell'apprendistato il cui utilizzo è ora permesso dal Testo Unico sull'apprendistato sopracitato. Ora, starà al legislatore, trovare la migliore via, alla luce delle esperienze maturate nel passato, per sperimentare l'apprendistato, anche visto il parere favorevole del Ministro della funzione pubblica (Patroni Griffi) che ha dichiarato di voler puntare molto sui contratti professionalizzanti e sull'alta formazione e ricerca – anche confortato dal buon risultato ottenuto in Francia su tale forma di reclutamento del personale del settore pubblico – nel rispetto delle norme di accesso (concorso pubblico) ricalcando l'esperienza del “corso-concorso”, cui sono sottoposti i dirigenti per l'accesso ai ruoli della pubblica amministrazione, e nel rispetto dei vincoli di spesa, utilizzando le risorse destinate ai contratti flessibili (in particolar modo al tempo determinato) e del *turn over*.

CONCLUSIONI

La persistente inefficienza nell'utilizzo delle risorse umane nel settore del lavoro pubblico impone l'attenzione sul come la pubblica amministrazione stia tentando di rispondere alle nuove complesse problematiche poste a livello nazionale, internazionale e globale. In un mercato del lavoro in rapido sviluppo il settore del lavoro pubblico mostra una scarsa dinamicità ed una certa resistenza ad accettare soluzioni innovative. Si parla da molto tempo della necessità di innovare il rapporto di lavoro "privatizzato" e la pubblica amministrazione in generale, ma solo da ultimo il lavoro pubblico "privatizzato" ha conosciuto uno stimolo all'uso dei fattori premiali e flessibili grazie all'introduzione della valutazione della *performance* e di alcuni strumenti di *New Public Management*.

Innovare attraverso lo strumento della flessibilità contrattuale nel settore del lavoro pubblico significa raggiungere l'obiettivo dell'efficienza. Per questo bisogna indagare se il problema della mancata efficienza sia di carattere giuridico "contrattuale" o le ragioni vadano indagate anche rispetto ad una complessità progettuale che tenga conto della cultura e dei processi sociali.

L'indagine, che ci ha condotti fin qui, ha permesso, attraverso lo studio dei modelli contrattuali utilizzati nel settore del lavoro pubblico, che lo ha visto prima quale unico contraente dotato di un potere di supremazia – modello contrattuale unilaterale autoritativo – e successivamente in veste di parte contraente paritaria – nel modello contrattuale pattizio e paritario -, di verificare le bontà delle riforme a cui la parte del pubblico impiego, definita oggi privatizzata, è stata a lungo, e lo sarà ancora per molto, visto che l'ultima è in discussione attualmente alle Camere, quale attore protagonista.

Gli ultimi anni ci hanno abituati a un settore del lavoro pubblico privatizzato investito da una frenetica attività riformatrice da molti indagata sotto vari aspetti. La caratteristica principale di tali studi ha dimostrato che la materia mal si presta ad una trattazione monografica, in quanto destinata ad essere presto superata. Per questo la ricerca qui compiuta si è concentrata sui modelli contrattuali che sin dall'inizio del secolo scorso si sono succeduti. La ricostruzione giuridica dei singoli modelli

contrattuali ha permesso di trovare il filo conduttore che ha spinto le riforme prima verso una soluzione giuridica e poi subito dopo verso la direzione opposta: la necessità di mantenere fede al rispetto del principio costituzionale di buon andamento che caratterizza l'agire della pubblica amministrazione, in altre parole come rispondere alla necessità di avere una pubblica amministrazione efficiente.

Si è potuto dimostrare che sin dall'inizio, all'interno di qualsiasi modello contrattuale utilizzato per riformare la pubblica amministrazione e quindi per disciplinare il rapporto d'impiego delle proprie risorse umane, non si è potuto prescindere dallo studio dell'adattabilità delle tipologie contrattuali di lavoro flessibile, utilizzabili per l'organizzazione e la gestione del personale nelle pubbliche amministrazioni. La mancanza di una seria ed univoca presa di posizione circa l'uso di tali tipologie ha fatto sì che vi siano stati continui ripensamenti del legislatore sul se e sul quanto e su quali contratti non standard utilizzare.

Da ultimo anche all'interno dello schema del *modello contrattuale neo-autoritario*, attualmente in vigore, le tipologie contrattuali flessibili sono state percepite come necessarie, soprattutto se considerate in combinazione con la necessità di produttività ed efficienza, fondamentale per la politica di sviluppo delle pubbliche amministrazioni, ma soprattutto indispensabile per l'attuazione delle politiche di contenimento della spesa (cd. di *spending review*) per il personale che, a partire dalla fine degli anni novanta, ha raggiunto livelli insostenibili. Tutti i modelli hanno in comune la necessità di limitare la spesa per il personale, ma come visto nessun modello contrattuale ha riposto efficacemente a tale esigenza. Anzi si sono stati sempre limitati a mettere in atto politiche di riduzione del personale, e da ultimo, nel modello neo-autoritario la riduzione del personale tramite il *turn over* si associa ad un approccio neo-autoritario, in quanto diminuisce da una parte le materie oggetto di contrattazione collettiva – limitando così il ruolo sindacale alla sola informazione – e dall'altra parte aumentando il potere datoriale nel campo disciplinare e di attribuzione di compensi accessori e poco concentrato nei ruoli decisionali tipici della visione manageriale.

Seppur vista in una logica molto aziendalistica, l'introduzione della valutazione della performance dei dipendenti pubblici appare molto poco produttiva di reali effetti. Lo spettro sanzionatorio non produrrà gli effetti sperati visto che comunque solo una

piccola parte della retribuzione, più precisamente quella accessoria, che per il personale non dirigente rappresenta una piccola parte marginale reddituale, e soggetta alla valutazione della performance e in base a tale criterio distribuita tra i lavoratori dipendenti

Per queste ragioni la flessibilità deve condurre all'adozione di modelli contrattuali che permettano di realizzare un modello o anche dei modelli (visto che non tutte le amministrazioni hanno le medesime peculiarità) organizzativi e gestionali che riescano a seguire da un lato le necessità di contenimento della spesa, anche non solo contingenti e legati a momenti di crisi economica – efficienza gestionale di risparmio -, e dall'altro puntando sull'aspetto sostanziale e sociale per dare non solo qualità ai servizi ma per garantire che questi esistano veramente – efficienza sociale-. Di una pubblica amministrazione efficiente in senso economico ma che non riesce ad erogare il servizio al quale è destinata rappresenta anche un fallimento dell'azione politica, l'unica preposta a livello “decisionale di indirizzo”.

Per questo la flessibilità deve rispondere esclusivamente alla necessità di raggiungere gli obiettivi amministrativi garantendo quell'efficienza che permetta la protezione dell'interesse pubblico. *Ma, si può obiettare che, in un momento economico come quello attuale proteso verso mercati globali e altamente dinamici e flessibili, la pubblica amministrazione non può ritenersi esentata dal considerare tali aspetti.*

Nel corso di questa ricerca si è voluto indagare, appurando poi, che sia un regime contrattuale pubblico-amministrativo sia un regime privato sono strumentali a garantire il rispetto dei principi di buon andamento dell'amministrazione e per questo idonei entrambi a raggiungere gli obiettivi fissati dalla Costituzione. Questa è la posizione neutrale, ossia quella che permette di poter utilizzare entrambi i modelli contrattuali, che ha permesso all'ordinamento interno di realizzare il processo di privatizzazione del rapporto di impiego con la pubblica amministrazione (cosa che non è stata possibile per altre realtà europee).

Si è visto che non è sufficiente scegliere uno dei due modelli in precedenza indicati, in quanto, comunque, risulta difficile al legislatore raggiungere il bilanciamento tra gli

elementi essenziali posti alla base della natura dell'efficienza nella pubblica amministrazione in quanto difficile risulta determinare se l'efficienza sia di natura sociale, o politica o economica.

Da questa mancata difficile scelta, a cui è stato chiamato a dare una risposta il legislatore, la pubblica amministrazione si è dovuta adattare dovendo trovare una risorsa alternativa alla “scomparsa” (per il famigerato *turn over*) del personale in entrata garantendo, con molta fatica, una gestione corretta e costituzionalmente orientata delle risorse umane. Per questo si è scelto, a volte abusando, di ricorrere allo strumento del contratto flessibile in entrata e soprattutto degli strumenti contrattuali flessibili meglio utilizzati dal settore privato.

Il legislatore deve puntare maggiormente sul capitale umano e non concentrarsi sugli aspetti economici della *performance*. le pubbliche amministrazioni non solo devono utilizzare al meglio le risorse umane disponibili ma devono concentrarsi sull'altro aspetto - ad avviso di scrive, che insieme a quello economico consentono il raggiungimento dell'efficienza, (nel senso di buon andamento) – : quello sociale, il quale, attraverso le giuste scelte e con l'utilizzo di idonee «tecniche di tutela del lavoro»³⁹⁴, deve essere il faro di una buona amministrazione. Inserire parametri più vicini alla “cogestione” (nel senso che il dipendente deve essere più coinvolto al raggiungimento degli interessi pubblici propri della “sua” amministrazione) piuttosto che ricercare affannosamente di allontanare i dipendenti oramai tacciati, molte volte a torto, quali fannulloni.

È, forse, proprio la scarsa conoscenza delle capacità umane, lo scarso coinvolgimento nei processi e nelle linee guida finalizzate al raggiungimento degli improcrastinabili obiettivi, che risulta poco indagata. È d'altra parte vero che la terza riforma è nata già prevedendo la possibilità di essere rivista in corsa, non solo perché ci si è resi conto, sin dall'inizio della sua entrata in vigore, della crisi economica globale che ha investito tutte le economie, ma perché un modello fondato solo su responsabilità e controlli non può risultare positivamente accettato da tutti e non si può pretendere che

³⁹⁴ FICARI L., *Op. cit.*, p. 7.

per legge questo dia effetti positivi, creando i necessari meccanismi di incentivazione alla maggiore produttività. Si ritiene, pertanto, necessaria la diffusione di una *buona cultura* finalizzata alla *buona amministrazione*. Quest'ultima, è possibile solo creando la condizione per la quale chi presta la propria attività lavorativa viene coinvolto in tutte le fasi dei processi lavorativi e sente la propria attività da svolgere per un fine utile alla società e quindi come una vera e propria missione da compiere.

In conclusione non è sufficiente effettuare la scelta di un modello giuridico da utilizzare. Cambiare o passare da un modello contrattuale di tipo pubblico amministrativo a un modello civilistico pattizio non risolve il problema principale. In soccorso a tale affermazione si può ricordare la recente audizione alla Camera dei Deputati del Ministro della funzione pubblica (Filippo Patroni Griffi) che ha affermato che il “*funzionario pubblico deve sentirsi parte di un corpo*” rispettando il codice etico – già previsto da Massimo Severo Giannini ed oggi quanto mai più attuale nei canoni di onestà – per garantire il controllo della regolarità amministrativa e costituire un indicatore della “*performance della legalità*”. Introdurre una cultura del controllo del risultato mette in secondo piano la, forse più rilevante ed importante, cultura della regolarità delle procedure amministrative facendo vivere quest'ultima come una non necessaria zavorra burocratica. L'effetto che si potrebbe avere, nel dover considerare quale preminente la cultura della performance dei dipendenti e dei dirigenti, è quello di veder rovesciato il motivo di agire della pubblica amministrazione che non deve perdere di vista il dover rimanere legata agli interessi collettivi che sono e rimangono comunque prevalenti rispetto all'interesse soggettivo del dipendente.

Senza un percorso che preveda innovazione e trasparenza, elementi strumentali che permettono di rispettare i principi costituzionali del buon andamento ed imparzialità, si corre il rischio di vedere che i giovani o meno giovani non siano attratti dalla possibilità di lavorare per la pubblica amministrazione e saranno sempre meno motivati ad entrarvi o a rimanervi, se già dipendenti. La pubblica amministrazione ha bisogno di personale motivato, giovane, preparato e poliglotta (anche incoraggiando la mobilità transfrontaliera). La via per una moderna amministrazione pubblica passa proprio attraverso la visione efficiente, da rivedere, che non può prescindere dal prevedere, attraverso una oculata scelta gestionale, come fare a non disperdere il patrimonio da

trasmettere - costituito ad esempio: dalla competenza, dalla professionalità, dall'esperienza e dalla conoscenza – dal personale in uscita, per pensionamento, al nuovo personale in entrata, che per effetto del blocco del *turn over* , non li vedrà mai “collegli”. Forse a questa osservazione critica si potrà rispondere attraverso un adeguato utilizzo delle forme di lavoro flessibile tra le quali assumerà notevole importanza la forma dell'apprendistato che prevede appunto un idoneo e necessario percorso di formazione.

Il lavoro nel settore pubblico non può prescindere dal razionalizzare gli strumenti a sua disposizione ritenuti i più idonei per raggiungere l'efficienza, la quale non ha solo natura economica (aspetto su cui è stata incentrata la Terza riforma) ma presenta anche una natura sociale (che si individua nei servizi e nel fatto che questi siano esistenti e fruibili) ed umana (che indica quali e quante risorse umane utilizzare per rendere possibile la realizzazione del servizio) a cui bisogna dare la giusta ponderazione grazie all'utilizzo di un modello contrattuale ben armonizzato.

BIBLIOGRAFIA

ALES E., *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro. Un'interpretazione giuslavoristica del rapporto tra indirizzo e gestione*, Milano, 2002.

ALES E., *Contratti di lavoro e Pubbliche Amministrazioni*, Milano, 2007.

ALES E., *Le prerogative datoriali delle pubbliche amministrazioni*, in Zoppoli L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli 2009, p. 111.

ALESSI V., *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prima osservazioni*, in *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*. n.68/2008.

ALESSI R., *Riflessi sulla portata innovativa degli artt. 3 e seguenti del D.P.R. 30 giugno 1972, n. 748 sulla disciplina delle funzioni dirigenziali*, in *Giur. it*, 1974, IV, p. 193.

ALLAMPRESE A., ANDREONI, *La corte di Giustizia e la clausola di "non regresso" nella direttiva sul contratto a termine*, 2006, in <http://www.cgil.it/giuridico>.

ALLAMPRESE A., ANDREONI, FASINA, *Contratti a termine: Sentenza Corte di Giustizia 4 luglio 2006 e Ordinanza Costituzionale 252/06*, 2006.

ALLEVA, *Bozza di articolato CGIL-CISL-UIL per la riconduzione al diritto privato del rapporto di pubblico impiego*, in *Riv.giur.lav.*, 1991, I, p.355.

ANDREONI A., *Precarizzazione del lavoro e tutele nel mercato (dal D.Lgs. n.368/2001 al disegno di legge delega n.848/2001)*, 2004, in <http://www.cgil.it/giuridico> ; Id., *Lavoro a tempo determinato e Corte di Giustizia: il redde rationem*, 2006, in <http://www.cgil.it/giuridico>

ARPANO, *Legittimità costituzionale della privatizzazione del pubblico impiego*, nota a Corte Cost., sentenza del 16 ottobre 1997, n. 309, in *Riv.it.dir.lav.*, 1998, II, p. 33.

AZZARITI G., *Brevi note su tecnici, Amministrazione e politica*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1990, p. 2713.

BALLESTRERO M.V., *"Modello fannullone": il lavoratore pubblico secondo la riforma Brunetta*, in *Persone, Lavori, famiglie*, a cura di Ballestrero, De Simone, Torino 2009, p. 15.

BARBERA M., *Trasformazione della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, in *GDRLI (Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali)*, 2010, n. 126, p. 203.

BARBIERI M., *La contrattazione collettiva*, in Carinci F., D'Antona M. (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Commentario, Milano, 2° ed, 2000, p. 1127.

BARBIERI M., FRANCESCONI A., GUARINI E., *Misurazione, valutazione e trasparenza della performance*, in CARINCI F., MAINARDI S. (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico. Commentario al D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, aggiornato al "Collegato Lavoro"*, Milano 2011, p. 47.

BASENGHI F., *Contratto a termine e lavoro dirigenziale*, in *GL*, 2001, 41 XXXV.

BATTINI S., *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova 2000.

BATTINI S., *Il personale*. in CASSESE S., a cura di, *Trattato di diritto amministrativo – Diritto amministrativo generale, 1*, Milano, 2003.

BATTINI S., *Dirigenza pubblica* (voce). in CASSESE S., diretto da, *Dizionario diritto pubblico*. Milano, 2006, p. 1156.

BATTINI S., *Rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, in CASSESE S., (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Cit.

BATTINI S., *Per una nuova qualità dei servizi e delle funzioni pubbliche: sì, ma come?*. *Giorn.dir.amm.*, 2007, p. 121.

BATTINI S., *Un vero datore di lavoro per il settore pubblico: politico o amministrativo?*. *Giorn.dir.amm.*, V, 2009, p. 2.

BATTINI S., *Il personale*, in TORCHIA L., a cura di, *il sistema amministrativo italiano nel XXI secolo*. Bologna, 2009.

BATTINI S., CIMINO B., *La valutazione della performance nella riforma Brunetta*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Cit., p. 261.

BELLAVISTA A., . *Contrattazione collettiva e lavoro pubblico*, in *Riv.giur.lav.*, 2007, I, p. 333.

BELLAVISTA A., *La figura del datore di lavoro pubblico*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2010.

BELLAVISTA A., *La riforma Brunetta: profili generali*, in *Il Diritto del Mercato del Lavoro*, 2010, n. 1-2, p. 79.

BELLAVISTA A., *Autonomia e responsabilità della dirigenza pubblica dopo il decreto Brunetta*, in *Lavoro nella Giur.*, 2011, n.6, p. 556.

BELLAVISTA A., GARILLI, MARINELLI, (a cura di), *Il lavoro a termine dopo la legge 6 agosto 2008*, n. 133, Torino, 2009.

BETTI E., *Mutamenti nei rapporti di lavoro in Italia dalla crisi degli anni '70 alla flessibilità*, in editino, Bologna, 2005.

BEVILACQUA P., VANNUTELLI G., 187 *L'applicazione delle fasce di merito alle autonomie locali: fasce chiuse o fasce aperte*, in *Azienditalia – Il personale*, n. 4/2011.

BIAGI M., . *La nuova disciplina del lavoro a termine: prima (controversa) tappa del processo di modernizzazione del mercato del lavoro italiano*, in BIAGI M. (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, Milano 2002.

BIAGI M., *"Il nuovo lavoro a termine: commentario al D.lgs. 6 settembre 2001, n. 368"*, Milano, 2002.

BOERI T. E GARIBALDI P., *Un nuovo contratto per tutti*, Milano, 2008.

BOLLANI A., *Lavoro pubblico e flessibilità*, in MAGNANI M, PANDOLFO A. E VARESI P.A. (a cura di) *Previdenza, mercato del lavoro, competitività*, Torino, 2008.

BOLOGNINO D., . *L'attuazione del sistema di valutazione delle performance nel comparto regioni ed autonomie locali: profili giuridici*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2010, 6, p. 1091.

BORGHESI, . *La giurisdizione del giudice ordinario*, in *Commentario UTET*, Milano 2004.

BORGOGELLI F., *La nuova disciplina del mercato del lavoro e le pubbliche amministrazioni*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 36/2004.

BORGOGELLI F., *La nuova disciplina del mercato del lavoro e le pubbliche amministrazioni*, in Gragnoli-Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276*, Padova, 2004.

BOSCATI A., *La partecipazione sindacale nel settore pubblico e la negoziabilità dei poteri privatistici del dirigente datore di lavoro*, in *Dir.rel.ind.*, 2000, p. 407.

BROLLO M., *Il "ri-esame" del part time trasformato nel lavoro pubblico*, in MISCIONE M., Garofalo D. (a cura di), *Il collegato Lavoro 2010. Commentario alla legge n. 183/2010*, Milano, 2011.

CALÀ F., *Il dirigente della pubblica amministrazione*, Roma, 2006.

CAPOBIANCHI, D'ALESSIO, GIRARDI, PREZIOSI, ZEFELIPPO, *La riforma della dirigenza pubblica*, in *Nuova rass.*, 1994.

CAPOGNA L. E TOMEI R., *La flessibilità nel rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione*, Verona, 2008.

CARABELLI U. E CARINCI M.T., *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, 2010.

CARETTI P., *La pubblica amministrazione*, in *Commentario della Costituzione*, PIZZORUSSO A. (a cura di), Bologna 1994, p. 2.

CARINCI, *La somministrazione di lavoro altrui*, in AA.VV., *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da CARINCI, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, a cura di CARINCI-CESTER, Milano 2004.

CARINCI F., «Costituzionalizzazione» ed «autocorrezione» di una riforma (la c.d. privatizzazione del rapporto di impiego pubblico), in *Arg.dir.lav.*, 1998, p. 35.

CARINCI F., *Le fonti della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *Arg.dir.lav.*, 2000, p. 77.

CARINCI F., *Filosofia e tecnica di una riforma*, in *Riv.giur.lav.*, 2010, 4, p.452.

CARINCI F., *Il secondo tempo della riforma Brunetta: il D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2010, 6, p. 1025.

CARINCI F., DE LUCA TAMAJO R., TOSI P., TREU T., *Diritto del Lavoro, il rapporto di lavoro subordinato*, Vol. 2, VI° ed., Torino, 2005.

CARINCI F., MAINARDI S. (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico. Commentario al D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, aggiornato al "Collegato lavoro"*, Milano, 2011.

CARINCI M., *Il fascino indiscreto del diritto privato: la così detta privatizzazione del pubblico impiego*, in *Pubblico impiego. Verso il diritto comune del lavoro*.

CARINCI M.T., *Privatizzazione e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro e nuovi soggetti giuridici dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni*, in CARABELLI U., CARINCI M.T. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cit., p. 31.

CARINCI M.T., *L'estensione del Titolo I dello Statuto dei lavoratori alle pp.aa.*, in CARINCI F., ZOPPOLI L. (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commentario*, Milano 2004, p. 196.

CARUSO B., *Occupabilità, formazione e "capability" nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, AIDLASS, 2006.

CARUSO B., *La regolazione «a doccia scozzese» del lavoro pubblico. Rigidi, flessibili, precari, di nuovo rigidi*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2008, II.

CARUSO B., *Precari, flessibili, stabili e stabilizzati. Il lavoro nelle P.A. dopo la finanziaria 2008*, Workshop 29 febbraio 2008, Università di Catania.

CARUSO B., *Gli esiti regolativi della "Riforma Brunetta" (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni)*, in *Il lavoro nella Pubblica Amministrazione*.

CARUSO B., *La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella l. 133/08 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 79/2008.

CARUSO B., *Le dirigenze tra nuovi poteri e responsabilità (il ridisegno della governante nell'amministrazioni italiane)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 104/2010.

CARUSO B., *Gli esiti regolativi della “riforma Brunetta” (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni)*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2010, n. 2, p. 235; Id. *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (il ridisegno della governance nella p.a.)*, in *I WORKING PAPERS*, 104/2010.

CARUSO B., ZAPPALÀ L., *La riforma “continua” delle pubbliche amministrazioni: licenziare i nullafacenti o riorganizzare la governance?*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2001, I, p. 1.

CASSESE S., *Il sofisma della privatizzazione del pubblico impiego*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, I, p. 287.

CASSESE S., *Le ambiguità della privatizzazione del pubblico impiego* in BATTINI S., CASSESE S. (a cura di.), *Dall’impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Milano 1997.

CASSESE S., *L’influenza del diritto amministrativo comunitario sui diritti amministrativi nazionali*, in RIDPC, 1993; *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2003.

CASSESE S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano 2004.

CAVALLO PERIN R., *Pubblico concorso e professionalità dei dipendenti pubblici: un diritto costituzionale dei cittadini*, in *Foro amministrativo CdS*, 2002, p. 1994.

CECORA G., D’ORTA C. (a cura di), *167La riforma del pubblico impiego*, Bologna 1994.

CERBONE M., *L’applicazione dello Statuto dei lavoratori ai dipendenti pubblici*, in *Diritti Lavoro Mercati*, Napoli, n. 3, 2010, p. 919.

CIMINO B., *Il precariato nella pubblica amministrazione dopo le sentenze Vassallo e Marrosu e Sardino: tutto come prima?*, in *Giorn.dir.amm.*, 2007, XII, p. 3148.

COLETTI D., PEDERSINI R., *La flessibilità numerica nei settori privato e pubblico fra strategia e contingenza*, in *Giornale di diritto del lavoro*, 2009/4 n. 124, p. 673.

CONVERSO, PANZANI, PINI, RAFFONE, *Il rapporto di lavoro a tempo determinato. Disciplina privata e pubblica*, Milano, 1979.

CORPACI, *Riparto della giurisdizione e tutela del lavoro nelle pubblica amministrazione*, Milano, 1985.

DELFINO M., *Comitati di settore e rappresentanza negoziale delle amministrazioni pubbliche*, in Zoppoli L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli 2009, p.191.

DE ANGELIS L., *Il nuovo contratto a termine: considerazioni sul regime sanzionatorio*, in FI, 2002, V.

DE FELICE A., *L'assunzione senza concorso nel settore pubblico*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1986.

DE LUCA M., *Direttiva comunitaria in materia di lavoro a tempo determinato: attuazione nei paesi dell'Unione Europea*", 2003:

http://www.csdn.it/csdn/pre_print/2002/pre_print_relaz_de_luca_25gennaio2002_sotto1.htm;

DE MARGHERITI, *Il lavoro a termine nel pubblico impiego*, in *Quaderni di diritto del lavoro e relazioni industriali*, n. 23, Torino, 2000.

DI CERBO, *La cosiddetta "privatizzazione del pubblico impiego"*, in *Lav. prev. oggi*, 1993, p. 209.

DI GIACOMO RUSSO B., *Autonomia legislativa regionale, concorso pubblico e costituzione amministrativa nella giurisprudenza costituzionale*, in *ADL*, 2001, n. 3, p. 561.

D'AGATA A.L., *Le conseguenze del superamento delle percentuali previste dai CCNL per le assunzioni a termine e con contratto interinale*, in *D&L*, 2006, I.

D'ANTONA M., *Poteri pubblici nel mercato del lavoro. Amministrazioni e contrattazione collettiva nella legislazione recente*, in *RDL*, 1987, p.35.

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

D'ANTONA M., *La contrattualizzazione del rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione*, in MARTINENGO, PERULLI (a cura di), *Struttura retributiva nel lavoro privato e riforma del pubblico impiego*, Padova 1998, p. 11.

D'ANTONA, *La contrattazione collettiva privatistica nelle amministrazioni pubbliche*, in ALLEVA, D'ALESSIO, D'ANTONA (a cura di), *Nuovo rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Roma, p. 71.

D'APONTE M., *Collaborazioni e consulenze nella pubblica amministrazione; e Il sistema delle incompatibilità, cumolo di impieghi ed incarichi* in CINELLI M. E FERRARO G. (a cura di) *Lavoro, competitività, welfare. Dal d.l. n. 112/2008 alla riforma del lavoro pubblico*, Torino, 2008.

D'AURIA G., *L'organizzazione dei Ministeri: norme e prassi applicative*, in Riv. trim. dir. Pubbl., 1983, p.1346.

D'AURIA G., *Impiego a termine con amministrazione dello Stato, tutela urgente dei dipendenti e considerazioni sulla possibile conversione di rapporti precari in rapporti a tempo determinato*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1987, II.

D'AURIA G., *Dai controlli di legittimità ai controlli di gestione*, in *Dipartimento della Funzione Pubblica*, 1993.

D'ORTA C., *La fuga dalla legge quadro sul pubblico impiego: deroghe per enti o categorie di personale?*, in CASSESE S., DELL'ARINGA C., SALVEMINI M., *Pubblico impiego. Le ragioni di una riforma*, Roma 1991.

D'ORTA C., *La riforma della dirigenza pubblica*, in RUSCIANO M., ZOPPOLI L., *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Torino 1993, p. 46.

D'ORTA C., *La riforma della dirigenza pubblica tre anni dopo: alcuni nodi irrisolti*, in *Lav.dir.*, 1996, p. 283.

D'ORTA C., *Introduzione ad un ragionamento sulla flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *LPA*, 2000.

D'ORTA, *Il poter organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in CARINCI F., ZOPPOLI L. (a cura di), *Commentario* 2004.

FALCONE A., *La mezza privatizzazione della dirigenza pubblica al vaglio della Corte Costituzionale*. Nota a Corte Cost. 25 luglio 1996, sentenza n. 313, in *FI*, 1997, p. 34.

FALZEA A., *Capacità (teoria gen.)* [voce], in *Enc.dir.*, p. 14.

FERLUGA L., *La dirigenza pubblica verso la "privatizzazione": gli ultimi (e forse definitivi) interventi legislativi*, in *Giust. civ.*, 1999, n. 2, p. 24.

FERRARI G. E FERRARI G., *Il rapporto di impiego pubblico, Vol. II*, Roma, 2010.

FERRARO G., *Ancora sul contratto a tempo determinato*, in CINELLI M. E FERRARO G. (a cura di) *Lavoro, competitività, welfare. Dal d.l. n. 112/2008 alla riforma del lavoro pubblico*, Torino, 2008.

FERRARO G., *La riforma del lavoro pubblico*, in CINELLI M. E FERRARO G. (a cura di) *Lavoro, competitività, welfare. Dal d.l. n. 112/2008 alla riforma del lavoro pubblico*, Torino, 2008.

FERRARO G., *Tipologie di lavoro flessibile*, Torino, 1^a ed. 2004; 2^a ed. 2009.

FERRARO G., *Prove generali di riforma del lavoro pubblico*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2009, n. 122, p. 249.

FICARI L., *Occupazione flessibile e persona del lavoratore*, Roma 2000.

FILIGNANO, *La privatizzazione del pubblico impiego, ultimo atto: i dirigenti generali*, in *Nuova rass.*, 1998, p. 593.

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

FIORILLO L., *Flessibilità e lavoro pubblico, le forme contrattuali*, Torino, 2003.

FIORILLO L., *Il nuovo contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico*, in Ferraro G. (a cura di), *Il contratto a tempo determinato*, Torino, 2008, p. 62.

FIORILLO L., *Flessibilità, precarietà e stabilizzazione nel lavoro pubblico*, in Cinelli M. e Ferraro G. (a cura di) *Lavoro, competitività, welfare. Commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247 e riforme correlate*, Torino, 2008, p. 217.

FIORILLO L., *Stabilizzazione del precariato e forme contrattuali flessibili*, in CINELLI M. E FERRARO G. (a cura di) *Lavoro, competitività, welfare. Dal d.l. n. 112/2008 alla riforma del lavoro pubblico*, UTET, Torino, 2008.

FOGLIA R., SANTORO PASSARELLI G., *Profili di diritto comunitario del lavoro*, Torino 1996.

FORTI U., *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1900, p.396.

FRANZESE, *Autonomia ed eteronomia nel pubblico impiego: riflessioni sui mutamenti in atto nel diritto pubblico italiano*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 1995, p. 665.

GALANTINO L., *Diritto sindacale*, Torino, 2006.

GARGIULO U., *Merito e premialità nella recente riforma del lavoro pubblico*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2009, n. 5/6, p. 929.

GAROFALO M.G. e Leone G., *La flessibilità del lavoro: un'analisi funzionale dei nuovi strumenti contrattuali*, Bari, 2009.

GARZIA M. A., *L'accesso al pubblico impiego del cittadino extracomunitario*, in *Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le pari opportunità*, 2006.

GENTILE G., *Reclutamento del personale della amministrazioni e società pubbliche*, in Cinelli M. e Ferraro G. (a cura di) *Lavoro, competitività, welfare. Dal d.l. n. 112/2008 alla riforma del lavoro pubblico*, Torino, 2008.

GHEZZI, *La legge delega per la riforma del pubblico impiego*, in *Riv.giur.lav.*, 1992, n.1, p. 544.

GHERA E., *Il pubblico impiego*, Bari 1975.

GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, Vol. I, ed. III, Milano, 1993.

GIANNINI M.S., *Scritti*, Vol. III (1949-1954), Milano 2000.

GIUBBONI S., *Contratto a termine e contrattazione collettiva. Note critiche sul decreto legislativo n. 368 del 2001*, in RGL, 2002, I.

GIUGNI G., *Diritto sindacale*, III° ed., Bari 1979.

GOTTARDI D., *Le discriminazioni basate sulla razza e sull'origine etnica*, in BARBERA M. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano 2007.

HINNA L., *La misurazione dei risultati nell'ambito dei processi di programmazione, valutazione e controllo delle Amministrazioni Pubbliche*, in AA.VV., *Ricerca Giannini – II fase*, Formez 2007.

ICHINO P., *La somministrazione di lavoro*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro, Commentario*, Bologna 2004.

ICHINO P., *L'anima laburista della legge Biagi. Subordinazione e "dipendenza" nella definizione della fattispecie di riferimento del diritto del lavoro*, Napoli, 2005.

ICHINO P., Intervista pubblicata da *La Stampa*, il 25 marzo 2012.

LA MACCHIA C., *La contrattazione collettiva nel settore pubblico*, in CINELLI M. E FERRARO G. (a cura di) *Lavoro, competitività, welfare. Dal d.l. n. 112/2008 alla riforma del lavoro pubblico*, Torino, 2008.

LAMBERTI M., *Il rilancio del lavoro occasionale accessorio*, in CINELLI M., FERRARO G. (a cura di), *Lavoro, competitività, welfare. Dal d.l. n. 112/2008 alla riforma del lavoro pubblico, Tomo secondo*, Milano 2009, p. 83.

LE GALÉS, *Controllare e sorvegliare*, in LASCOURMES, LA GALÉS (a cura di), *Gli strumenti per governare*, Milano 2009, p. 4.

LISO F., *Modifiche dell'organizzazione e contratto di lavoro*, in *Giornale dir.lav.rel.ind.*, 1981.

LISO F., *Autonomia collettiva e occupazione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1998, p.256.

LO FARO A., *Prestazioni occasionali di tipo accessorio rese da particolari soggetti. Commento agli artt. 70-74*, in GRAGNOLI E., PERULLI A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova 2004, p. 792.

LOMBARDI R., *Contributo allo studio della funzione di controllo. Controlli interni e attività amministrativa*, 2003.

LUCIANI V., *Incentivi retributivi e premi di produttività individuale nel settore pubblico: tra "idealismo" legislativo e "realismo" contrattuale*, in ADL, 1997, n. 4, p. 87.

LUCIANI V., *Il principio di concorsualità tra assunzioni e progressioni in carriera*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Cit., p. 317.

LUCIANI V., *Assunzioni e progressioni in carriera nell'impiego pubblico locale tra legge statale e legge regionale*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2009, n. 5/6, p. 907.

LUDOVICO G., *L'accesso degli extracomunitari al pubblico impiego tra limitazioni normative e aperture interpretative*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2009, n. 3.

LUNARDON F., *L'eccezionalità del contratto a termine: dalle causali specifiche alla "specificazione" delle ragioni giustificatrici*, in *Arg.dir.lav.*, 2007, n.1, p. 43.

MAGNANI M., *Diritto dei contratti di lavoro*, Milano, 2009.

MAGNANI M. E BOLLANI A., *I contratti di lavoro a termine nelle recenti riforme*, in MAGNANI M, PANDOLFO A. E VARESI P.A. (a cura di) *Previdenza, mercato del lavoro, competitività*, Torino, 2008.

MAINARDI S., *Piccolo requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della L. 9 marzo 2006, n.80*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 45/2006, in

http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it/mainardi_n45_2_006it.pdf

MANGANIELLO E., *La disciplina sanzionatoria del contratto a tempo determinato*, in Ghera (a cura di), *Occupazione e flessibilità*, Napoli, 1998.

MARGHERITI, *Il lavoro a termine nel pubblico impiego*, Quaderni DLRI, 2000.

MARIUCCI , *Dopo la flessibilità cosa? Riflessioni sulle politiche del lavoro*, in <http://www.cgil.it/giuridico>.

MASSERA, *La riforma delle aziende autonome tra pubblico e privato*, in *Progetto CER-CENSIS, Pubblico e privato*, Vol. I, Milano, 1987.

MASTROGIUSEPPE P., *I processi di modernizzazione organizzativa della pubblica amministrazione e la loro incidenza sul lavoro pubblico*, in CARABELLI U., CARINCI M.T. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cit., p. 9.

MASTROGIUSEPPE P. E RUFFINI R., *La riforma del lavoro pubblico tra continuità e innovazione. Valutazione, trasparenza, premialità e ordinamento nella riforma Brunetta*, Milano, 2010;

MATTEINI P., *Incarichi dirigenziali e prospettive di riforma*, in CINELLI M. E FERRARO G. (a cura di) *Lavoro, competitività, welfare. Dal d.l. n. 112/2008 alla riforma del lavoro pubblico*, Torino, 2008.

MAZZOTTA, *Attribuzioni e poteri del dirigente sanitario*, in *Lav.pubbl.amm.*, 2003, p 471.

MELIS G., *Due modelli*, Roma 1988.

MELIS G., *La burocrazia*, in *Il regime fascista. Storia e storiografia*, a cura di DEL BOCA A., LEGNANI M., ROSSI M., Roma-Bari 1995, p.244.

MELIS G., *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993)*, Bologna 1996.

MERLONI F., *Commento all'art. 3*, in CARPACI A., RUSCIANO M., ZOPPOLI L., *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche (d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 e successive modificazioni ed integrazioni)*, in *Le nuove leggi commentate*, n. 5-6.

MERCURIO R., ESPOSITO V., *La valutazione delle strutture: il punto di vista dello studioso di organizzazione*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Cit., p. 231.

MEUCCI L., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1879.

MEZZACAPO D., *Dalle collaborazioni continuative e coordinate al lavoro a progetto ... e ritorno?*, in SANTORO PASSARELLI G., PELLACANI G. (a cura di), *Subordinazione e lavoro a progetto*, Milano 2009, p. 67.

MICHELI P., Lettera aperta, www.pietroichino.it/?p=12190

MIRANDA N., *Il nuovo contratto a termine nel lavoro "privato" e "pubblico"*, Padova, 2007.

MOZZARELLI C., NESTOR S., *Il personale e le strutture amministrative*, in Cassese S., (a cura di) *L'amministrazione centrale*, Torino 1984, p.191.

MURRONE M.G., *Part time e diritto al "ripensamento" del datore di lavoro pubblico: prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Il lav. nelle pa* , 2011, n. 1, p. 94.

MURRONE M.G., *La trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno in tempo parziale nelle pubbliche amministrazioni*, in CARINCI F., MAINARDI S. (a cura di), *La Terza Riforma del Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, Cit., p. 578.

NAPOLI M., *La privatizzazione del pubblico impiego: le prospettive aperte dal d.lgs. n. 29/93 e successive modificazioni*, in NAPOLI (a cura di) *Riforma del pubblico impiego ed efficienza della pubblica amministrazione. Una riflessione a più voci*, Torino 1996.

NAPOLITANO G., *Pubblico e Privato nel diritto amministrativo*, in *Saggi di diritto amministrativo*, Milano, 2003.

NAPPI S., *Il lavoro degli extracomunitari*, Napoli 2005.

NATALINI A., *Controlli interni: la terza riforma*, in *Lavoro pubblico, ritorno al passato?*, Roma, 2009.

NICOLOSI M., *La negoziabilità dei poteri dirigenziali dopo il d.lgs. n. 150/2009*, in *Lavoro nella Giur.*, 2011, vol. 2, p. 181.

NICOSIA G., *La gestione della performance dei dirigenti pubblici: an, quando, quis e quomodo della "misurazione" e "valutazione" individuale*, in CARINCI F., MAINARDI S. (a cura di), *La Terza Riforma del Lavoro Pubblico. Commentario al D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, aggiornato al "Collegato lavoro"*, Cit., p. 138.

NICOSIA G., *La valutazione della prestazione dirigenziali e le connesse responsabilità. La responsabilità dirigenziale e la responsabilità disciplinare*, in CARABELLI U., CARINCI M.T. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*.Cit., p. 137.

NODALI P., *Corte di Giustizia Europea (Grande Sezione) sentenza del 22 novembre 2005, causa c-144/04, Mangold. Il commento*, in LG, 2006, n. 5.

NODALI P., *Riflessioni sul contratto a termine*, in LG, 2006, n. 6.

NODALI P., *Sentenza cassazione (Sezioni Unite) del 2 marzo 2006, n. 4588. Il Commento*, in LG, 2006, n. 8.

NOGLER L., *Periodo di prova, tempo determinato, tempo parziale*, in Carinci (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. I contratti collettivi di comparto*, Giuffrè, Milano, 1997.

NOGLER L., BORZAGA M., *Ipotesi sulla disciplina legale del lavoro accessorio: le virtù del modello belga*, ISoc 2003, p. 68.

OLIVIERI L., *Il nuovo ordinamento del lavoro pubblico. Il D.Lgs. 150/2009 dopo la Manovra Monti commentato articolo per articolo*, Rimini 2012.

PACCHIANA PARRAVICINI G., *Il recesso dal contratto collettivo*, Torino, 2010.

PANTANO F., *La stabilizzazione dei lavoratori a termine nella Finanziaria del 2007 e il buon andamento della pubblica amministrazione*, in Lav.pubb.amm., 2007, p. 635.

PASCARELLA G., *Problematiche applicative del contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico*, in FERRARO G. (a cura di), *Il contratto a tempo determinato*, Milano 2008, p. 87.

PEDRAZZOLI M., *Prestazioni occasionali di tipo accessorio rese da particolari soggetti. Artt. 70-73*, in AA.VV. (coordinato da Pedrazzoli M.), *Il nuovo mercato del lavoro. Commento al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Bologna 2004, p. 876.

PEREZ R., *L'efficienza del decreto*, in Giorn.dir.amm., 2000, p. 28.

PERSIANI M., *Prime osservazioni sulla nuova disciplina del pubblico impiego*, in Dir.lav., 1993, n. 1, p. 250.

PERSIANI M., *Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali*, in Arg.dir.lav., n. 1 (1999).

PERSIANI M., PROIA G., *La nuova disciplina del welfare*, Padova 2008

PESSI R., *Il contratto a tempo determinato*, in Arg.dir.lav., 2009, n.2, p. 305.

PERULLI A., *Il potere dell'imprenditore*, Milano 1992.

PERULLI A., *Il potere direttivo: funzioni e limiti*, in *Lav.Dir.*, 2002, p. 397.

PILEGGI A., *Efficienza della Pubblica Amministrazione e Diritto del Lavoro*, Roma, 2004;

PINTO V., *La flessibilità del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in GAROFOLO M. G., LEONE G. (a cura di), *La flessibilità del lavoro: un'analisi funzionale dei nuovi strumenti contrattuali*, Bari 2009, p. 203.

PISANI C., *La vera sistematicità della riforma "Brunetta": il ridimensionamento dell'autonomia collettiva*, in *Mass. Giur. Lav.*, n.3, 2010;

PISANI C., *Il controllo sui poteri del datore di lavoro privato e pubblico*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2010, n.8/9, p. 624.

PIZZI P. E NICOLETTI N., *I contratti di lavoro flessibili*, Roma 2009.

PIZZOFERRATO A., *La stabilizzazione dei posti di lavoro nella finanziaria del 2007*, in *Lav. Giur.*, 2007, p. 221..

POTI, *Contratti a termine e lavoro pubblico: riflessioni a margine del D.Lgs. n.368/2001*, in *Il lav.pubb.amm.*, Vol. IV, Set.Ott. 2001.

POTOTSCHING U., *Scritti scelti*, Padova 1999.

PROIA G., *Forme di impiego flessibile nel lavoro pubblico*, in SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, 2000.

PUTATURO DONATI F. M., *Il passaggio da full time a part-time (e viceversa) nel lavoro pubblico*, in CINELLI M. E FERRARO G. (a cura di) *Lavoro, competitività, welfare. Dal d.l. n. 112/2008 alla riforma del lavoro pubblico*, Torino, 2008.

RANELLETTI O., *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni in diritto amministrativo*, in *Giur. It*, 1894, p. 63.

RESCIGNO, *La nuova disciplina del pubblico impiego. Rapporto di diritto privato speciale o rapporto di pubblico impiego speciale?*, in *Lav.dir.*, 1993, p.553.

RESCIGNO P., *Autonomia privata individuale e collettiva*, Napoli, 2006.

RINALDI M. E STAIANO R., *Le forme di lavoro flessibili, aspetti giuridici e previdenziali*, Milano, 2009.

RIPA A., *Dirigenti e risoluzione del rapporto. Orientamenti giurisprudenziali e rassegna commentata di merito*, Trento, 2009.

ROCCELLA, *Spunti sulla disciplina del lavoro temporaneo nel pubblico impiego*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1989, I.

ROMAGNOLI U., *Attuazione e attualità*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1990, II, p. 406.

ROMEO, *Nuove forme di flessibilità nel pubblico impiego*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1990, I.

RUSCIANO M., *A proposito dell'applicabilità della statuto dei lavoratori al pubblico impiego*, in *DG*, 1972, n. 5, p.641.

RUSCIANO M., *Pubblico impiego e diritto del lavoro*, Napoli 1974.

RUSCIANO M., *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, 1978.

RUSCIANO M., *La ripartizione della materia tra fonti unilaterali e fonti negoziali e i principi di omogeneizzazione*, in RUSCIANO, TREU, *La legge quadro sul pubblico impiego*, (a cura di), Padova, 1985, p.32.

RUSCIANO M., *Problemi sulla contrattualizzazione del lavoro pubblico*, in De Marten G. C. (a cura di), *Il nuovo assetto del lavoro pubblico. Bilanci della prima tornata contrattuale, nodi problematici, prospettive*, Quaderni ARAN/11, 1999, p.217.

RUSCIANO M., *Lo Statuto dei lavoratori e il pubblico impiego*, in *LD*, 2010, n. 1, p. 104.

RUSCIANO M., *Introduzione*, in RUSCIANO M., ZOPPOLI L., *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Torino 1993.

RUSCIANO M., TREU T., *La legge-quadro sul pubblico impiego*, Padova 1985

RUSSO C., *Il pubblico impiego nel d.l. n. 112/2008*, in MAGNANI M, PANDOLFO A. E VARESI P.A. (a cura di) *Previdenza, mercato del lavoro, competitività*, Torino, 2008.

SALERNO, *Il dovere di fedeltà tra simbolismo costituzionale e patriottismo costituzionale*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino 2005.

SALOMONE R., *Flessibilità e parasubordinazione nel lavoro pubblico*, in *Dir.relaz.ind.*, 2000.

SANTORO PASSARELLI F., *Statuto dei lavoratori e pubblico impiego*, in *DL*, 1976, n. 3-4, p.157.

SANTORO PASSARELLI G., *Flessibilità e rapporti di lavoro*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Flessibilità e diritto del lavoro*, Torino, 1997.

SANTORO PASSARELLI G., (a cura di), *Flessibilità e diritto del lavoro*, Vol. I, II e III, Torino, 1997.

SANTORO PASSARELLI G., (a cura di), *Attuazione della Direttiva N. 70/99/CE relativa all' Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES*, in *NLCC*, 2002.

SANTORO PASSARELLI G., *Diritto dei lavori*, Torino, 2002.

SANTORO PASSARELLI G., *Note preliminari sulla nuova disciplina del contratto a tempo determinato*, in *ADL*, 2002.

SANTORO PASSARELLI G. E PELLACANI G., *Subordinazione e lavoro a progetto*, Torino, 2009.

SANTUCCI R., *Orari di lavoro e part-time nelle amministrazioni pubbliche*, in *Il Lav. pubb. Amm.*, 2002, I, p. 275.

SANTUCCI R., MONDA P., *Valorizzazione del merito e metodi di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli 2009, p. 501.

SCAGLIONE M., *Prime osservazioni sulla riforma c.d. «Brunetta» del lavoro pubblico privatizzato*, in *Mass.giur.lav.*, 2009, p. 884.

SCARPELLI A., *Lotta al lavoro nero e insicuro, "buona impresa", precarietà: una nuova via per le politiche del lavoro*, in PERULLI A. (a cura di), *Le riforme del lavoro. Dalla Legge Finanziaria al Protocollo sul welfare*, Roma, 2007.

SCOGNAMIGLIO R., *Diritto del lavoro*, Bari, 2005.

SIGNORELLI M., *L'impatto della riforma Biagi: una prospettiva economica*, in TIRABOSCHI M. (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro. Prime interpretazioni e proposte di lettura del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, Il diritto transitorio e i tempi della riforma*, Milano 2004, p. 403.

SPAVENTA R., *Burocrazia, ordinamenti amministrativi e fascismo*, 1928.

SPINELLI C., *Organizzazione e poteri «datoriali» del dirigente pubblico*, in CARABELLI U., CARINCI M. T. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, 2010, p. 113.

TALAMO V., *La privatizzazione del pubblico impiego e l'opera di Massimo D'Antona. Per non dimenticare*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2000, II.

TENORE V., *Privatizzazione del rapporto di lavoro, con la pubblica amministrazione: storia, fonti normative e natura degli atti di gestione del personale*, in BUSCO, FANTOZZI, GENTILE, TENORE, *Manuale del pubblico impiego privatizzato*, Roma 2007, p. 1.

TERRANOVA P., *I dirigenti dell'Amministrazione dello Stato secondo la nuova disciplina del D.P.R. 748/1972*, in *Foro amm.*, 1973, n. 2, p.231.

TIRABOSCHI M. (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Milano, 2004.

TIRABOSCHI M., *La riforma Biagi: finalità e campo di applicazione*, in *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, (a cura di), Milano 2004.

TIRABOSCHI M., *Somministrazione di lavoro e gruppi a rischio di esclusione sociale*, in *Guida lav.*, 2004, p. 22.

TIRABOSCHI M., *La riforma del lavoro pubblico e privato e il nuovo welfare 2008*, Milano 2008.

TIRABOSCHI M., VERBARO F., *Dalla polemica sui nullafacenti alla legge delega n. 15/2009: ragioni e impianto di una riforma*, in TIRABOSCHI M., VERBARO F. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico: commento alla l.n.15 e al D.Lgs. 150/2009*, Milano, 2010.

TIRABOSCHI M., SPATTINI S., *Staff leasing: il ripristino della disciplina*, su www.professionisti24.ilsole24ore.com – 2010.

TOPO A., *Legge e autonomia collettiva nel Lavoro pubblico*, Padova, 2009.

TULLINI, *La responsabilità del dirigente pubblico (una lettura in chiave giurislavoristica)*, in *Arg.dir.lav.*, 2000, p. 591.

VALLEBONA A., *Alchimie del legislatore e occhiali del giurista nella riforma della contrattazione collettiva con le pubbliche amministrazioni*, nota a Sentenza del 16 ottobre 1997, n. 309, in *Riv.it.dir.lav.*, n. 2 (1998).

VALLEBONA A., *La nuova disciplina del lavoro a termine*, in *DL*, 2002, I, p. 1.

VALLEBONA A., *Lavoro a termine: il d.lgs. n. 368 del 2001 disciplina validamente solo gli abusi di successione*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2008, p. 386.

VALLEBONA A., *La riforma del lavoro pubblico: il difficile risveglio da un incubo*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2010, n.3, p.132.

VALLEBONA A., *Il controllo dei poteri pubblici e privati: un utile confronto interdisciplinare*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2010, n.8/9, p. 634.

VALLEBONA A. E PISANI C., *Il nuovo contratto a termine*, Padova 2001.

VINCIERI, *Lavoro a termine e ruolo dell'autonomia collettiva*, in *ADL*, 2006, n. 6, 1655 ss..

VIRGA P., *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, Milano 1995.

VIRGA, *Il pubblico impiego*, 3^a edizione, Milano 1991.

VIRGA, *Impiego pubblico e Privato*, in *AA.VV.*, Milano 1976, p. 36.

VISONÀ S., *Questioni sul contratto a termine*, in *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 2008.

ZAPPALÀ, *Le amministrazioni “valutate sul serio”: soggetti e procedure del ciclo di gestione della performance*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2010, n. 3.

ZILIO GRANDI, *Brevi appunti in tema di assunzioni successive a tempo determinato, conversione in rapporti a tempo indeterminato e tipicità dei provvedimenti di assunzione*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 1998, II.

ZOPPOLI L., *Contrattazione e delegificazione nel pubblico impiego. Dalla legge quadro alle politiche di privatizzazione*, Napoli 1990.

ZOPPOLI L., *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2009.

ZOPPOLI L., *Contratto, contrattualizzazione, contrattualismo: la marcia indietro del diritto del lavoro*, in *Riv. Ital. Dir. Lav.*, n.2, 2011.

SITI WEB

www.agcom.it

www.almalaurea.it

www.amministrazioneincammino.it

www.camera.it.

www.civit.it

www.corteconti.it

www.cortecostituzionale.it

www.diritto.it

www.europeanrights.eu

www.funzionepubblica.gov.it.

www.gazzettaufficiale.ipzs.it

www.giurcost.org

www.giurisprudenza.it

www.giustamm.it

www.giustizia-amministrativa.it

www.governo.it

<http://europa.eu.int/eur-lex/it>

www.lexitalia.it

<http://ec.europa.eu>

www.inail.it

www.lav.gov.it.

www.lex.unict.it

www.parlamento.it

www.portalecnel.it

www.professionisti24.ilsole24ore.com.

www.pubblicaamministrazione.net

www.regione.emilia-romagna.it.

www.riformabrunetta.it