

CONVERSAZIONI DI LAVORO E IMPIEGO PUBBLICO

Le Conversazioni di Lavoro e Impiego pubblico 2024 dedicano ampio spazio alla giovane dottrina giuslavorista, in occasione della prima *Call for CLIP* rivolta a dottorande/i, dottoresse e dottori di ricerca, assegniste/i di ricerca e ricercator. *In primis*, i contributi così raccolti e referati affrontano gli snodi critici di «*Merito, parità, performance, tra impiego contrattualizzato e non*», letti nella prospettiva delle esigenze di *attraction e retention*, che, oggi, riguardano anche (e, forse, soprattutto) la pubblica amministrazione.

La seconda indagine si è addentrata nella «*giungla retributiva*» di pubbliche amministrazioni, società partecipate pubbliche, appalti e incarichi», anche sulla scorta delle più recenti novità normative, nonché degli ultimi orientamenti giurisprudenziali in tema di retribuzione.

I saggi si occupano, inoltre, de «*La dirigenza pubblica tra autonomia e responsabilità*», anche alla luce dell'attenzione che il PNRR ha riservato al *management* delle pp.aa.

Infine, nelle (giovani) Conversazioni trova ampia risonanza il tema del contrasto al «*Gender gap nella pubblica amministrazione*», affatto immune da un marcato divario di genere, in termini di segregazione orizzontale (per impieghi, mansioni e profili professionali) e verticale, ove la piramide delle funzioni vede nella parte alta, meglio remunerata e di maggior prestigio, una scarsa presenza femminile.

Prof. Avv. **Alessandro Boscati**, Ordinario di Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi di Milano.

Coordinatore scientifico del Corso di Perfezionamento in «Salute e Sicurezza del lavoro: organizzazione, gestione e responsabilità» dell'Università degli Studi di Milano, della quale è stato Prorettore delegato al Personale e alle politiche per il lavoro. Docente temporaneo presso la SNA e docente presso la Scuola Superiore della Magistratura, è autore di oltre centocinquanta pubblicazioni scientifiche, tra cui le opere monografiche *Il dirigente dello Stato. Contratto di lavoro ed organizzazione*, 2006 e *Patto di non concorrenza*. Art. 2125, 2010, il manuale di *Diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2024 (con Franco Carinci e Sandro Mainardi) e la curatela *Il lavoro pubblico. Dalla contrattualizzazione al Governo Draghi*, 2021.

Prof. Avv. **Anna Zilli**, Associata di Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi di Udine. Docente di Diritto del Lavoro nelle Pubbliche amministrazioni e *Compliance* e prevenzione della corruzione nel lavoro pubblico e privato nell'Università degli Studi di Udine, dove dirige il Corso di Formazione «Conversazioni di Lavoro e Impiego Pubblico». È Autrice di oltre cento pubblicazioni scientifiche, tra cui le opere monografiche *Autonomia e modelli negoziali per il lavoro pubblico locale. Dalla legge quadro alla riforma Madia*, 2017; *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, 2022 e la curatela del primo *Codice di Diritto Antidiscriminatorio*, ed. 2019, 2022. Co-dirige *EQUAL – Rivista di diritto antidiscriminatorio*.

Nella serie Conversazioni di Lavoro e Impiego pubblico, hanno curato anche: *Il reclutamento nella p.a., dall'emergenza alla nuova normalità*, volumi I e II, 2022; *La professionalità tra legge e contratti*, volumi I e II, 2023.



€ 36,00 I.V.A. INCLUSA

A. BOSCATI - A. ZILLI

IL TRATTAMENTO ECONOMICO
NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

CEDAM

ALESSANDRO BOSCATI e ANNA ZILLI

IL TRATTAMENTO ECONOMICO NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

REGOLE E RESPONSABILITÀ NELL'EROGAZIONE DEI TRATTAMENTI ECONOMICI

VOLUME III

CEDAM

A. BOSCATI - A. ZILLI, *Il trattamento economico nella pubblica amministrazione. Regole e responsabilità nell'erogazione dei trattamenti economici. Volume III*

ALESSANDRO BOSCATI e ANNA ZILLI

**IL TRATTAMENTO ECONOMICO
NELLA PUBBLICA
AMMINISTRAZIONE**

**REGOLE E RESPONSABILITÀ
NELL'EROGAZIONE
DEI TRATTAMENTI ECONOMICI**

VOLUME III

La pubblicazione si colloca nel PRIN Prot. 2020CJL288 INSPIRE - Strategie di Inclusione attraverso la Partecipazione nel lavoro per il Benessere organizzativo. Unità 3: Università degli Studi di Milano, Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria", resp. Prof. Alessandro Boscati

Copyright 2024 Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Via Bisceglie n. 66, 20152 Milano

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633. Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale - cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale - e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali. Informazioni: www.clearedi.org

Questo titolo può essere acquistato direttamente su shop.wki.it

You can buy this book directly on shop.wki.it

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali involontari errori o inesattezze.

Stampato da GECA s.r.l.
Via Monferrato, 54 - 20098 San Giuliano Milanese (MI)

INDICE

ALESSANDRO BOSCATI, ANNA ZILLI

CALL FOR CLIP: REGOLE E RESPONSABILITÀ NELL'EROGAZIONE DEI TRATTAMENTI ECONOMICI

1. Lo strumento della <i>Call for paper</i>	1
2. La <i>Call for CLIP</i>	2
3. Ringraziamenti.....	4

SEZIONE PRIMA MERITO, PARITÀ, *PERFORMANCE*, TRA IMPIEGO CONTRATTUALIZZATO E NON

MATTEO TURRIN

STRUMENTI E RIFORME PER L'ATTRATTIVITÀ DEL LAVORO PUBBLICO: VALORIZZAZIONE DEL MERITO E VINCOLI ORDINAMENTALI A CONFRONTO

1. La scarsa attrattività del lavoro pubblico: cause e possibili soluzioni.....	9
2. La fase di accesso al lavoro: la differenziazione del trattamento economico “in ingresso”.....	13
3. La fase esecutiva del rapporto: il lavoro agile “per obiettivi”.....	18
4. La fase eventuale degli avanzamenti di carriera: una proposta di semplificazione.....	24
5. Osservazioni conclusive.....	28

MARIA BARBERIO

“RENDIMENTO ACCADEMICO”
E “FUNZIONE ACCADEMICA DELL’ASSICURAZIONE
QUALITÀ”: PROSPETTIVE DI PREMIALITÀ ECONOMICA
(E NON SOLO)

1.	Premessa.....	31
2.	Inquadramento dei “tradizionali” obblighi dei docenti.....	34
3.	Oltre gli obblighi “tradizionali” dei docenti universitari: la Terza missione.....	39
	3.1. ... (segue) Le funzioni svolte dai docenti nei processi AQ	42
4.	Il <i>vulnus</i> rispetto alla valutazione della <i>performance</i> del personale tecnico-amministrativo: la necessità di un sistema integrato, nel rispetto delle peculiarità della funzione docente.....	45
5.	La “valutazione del merito” e il trattamento economico dei docenti: il possibile impatto delle funzioni AQ.....	50
6.	Qualche considerazione conclusiva	55

SILVIA ZINOLLI

PERFORMANCE INDIVIDUALE
E TRATTAMENTO ECONOMICO ACCESSORIO:
IL SISTEMA DI MISURAZIONE E VALUTAZIONE
DELLA PERFORMANCE TRA BUROCRAZIA DIFENSIVA
E NUOVI IMPULSI

1.	Il sistema di misurazione e valutazione della performance ed il trattamento economico accessorio: <i>ratio</i> ed evoluzione.....	57
2.	Distorsioni applicative	69
3.	I nuovi impulsi al SMVP.....	74

SEZIONE SECONDA
LA “GIUNGLA RETRIBUTIVA”: PUBBLICA
AMMINISTRAZIONE,
SOCIETÀ PARTECIPATE PUBBLICHE, APPALTI, INCARICHI

MIRKO ALTIMARI

IL TRATTAMENTO ECONOMICO
NELLE SOCIETÀ PUBBLICHE
TRA SFIDUCIA NELL’AUTONOMIA PRIVATA
(INDIVIDUALE E COLLETTIVA)
E LIMITI ETERONOMI

1.	Introduzione: società pubbliche e diritto del lavoro ..	83
2.	Le norme speciali in tema di politiche retributive per le società pubbliche previste nel Tusp (d.lgs. n. 175/2016).....	85
3.	I limiti ai trattamenti economici applicabili alle società pubbliche prima del Tusp.....	86
4.	Il controllo sulla corretta gestione delle società pubbliche da parte della p.a.: i provvedimenti ex art. 19, c. 5 Tusp.....	88
5.	Il tetto ai compensi ex art. 11, c. 6 Tusp: un caso di inderogabilità <i>in melius</i> della disciplina legislativa...	90
	5.1. La legittimità costituzionale dei limiti retributivi.....	94
	5.2. Il d.p.c.m. n. 143/2022 in tema di compensi per amministratori e componenti degli organi di controllo degli enti pubblici.	101
6.	L’art. 11, c. 10: il divieto di corrispondere «indennità o trattamenti di fine mandato diversi o ulteriori rispetto a quelli previsti» e di stipulare patti di non concorrenza.....	103
7.	I limiti alla contrattazione collettiva e la riduzione degli oneri contrattuali.....	104
8.	A mo’ di conclusione: quale prospettiva per la gestione del personale delle società a controllo pubblico?.....	107

FABIOLA LAMBERTI

EQUO COMPENSO E APPALTI PUBBLICI:
CORRELAZIONI, INTERFERENZE E POSSIBILI SOLUZIONI
TRA DISCIPLINE NON DIALOGANTI

1.	Il coordinamento tra il nuovo codice degli appalti e la normativa sull'equo compenso dei professionisti.....	111
2.	Il compenso <i>equo</i> e la sua determinazione attraverso il riferimento ai parametri ministeriali: antefatti normativi e incidenza della giurisprudenza unionale.....	116
3.	L'inquadramento sistematico della nuova disciplina nel più ampio perimetro delle tutele riconosciute al lavoro autonomo: protezione del professionista e nullità delle clausole vessatorie.....	120
4.	I consolidati approdi giurisprudenziali in tema di incarichi gratuiti (o con importi simbolici) e le nuove questioni.....	122
5.	Le contraddizioni dell'interpretazione proposta dall'ANAC.....	126
6.	Assenza di antinomia e applicabilità integrale della legge sull'equo compenso negli appalti pubblici.....	128
7.	Riflessioni conclusive.....	129

ILENIA TORELLA

L'INDIVIDUAZIONE DEL TRATTAMENTO ECONOMICO
E NORMATIVO DEI LAVORATORI
NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI:
DA "PREROGATIVA" DELL'IMPRESA A "COMPITO"
DELLA STAZIONE APPALTANTE

1.	Questioni introduttive.....	133
2.	La clausola sociale di "equo trattamento": dallo Statuto dei lavoratori alla successiva regolamentazione nella disciplina dei contratti pubblici.....	135
3.	L'individuazione del trattamento economico e normativo nel nuovo Codice dei contratti pubblici: questioni di compatibilità.....	139
4.	...(segue) e problemi interpretativi.....	146
4.1.	L'individuazione del contratto collettivo ad opera della stazione appaltante.....	147
4.2.	L'indicazione di un diverso contratto collettivo da parte dell'operatore economico e il giudizio di equivalenza delle tutele.....	150

5. Riflessioni conclusive.....	152
--------------------------------	-----

ANTONELLA TROVATO

LA TUTELA DEI CREDITI RETRIBUTIVI
DEI LAVORATORI COINVOLTI NELL'ESECUZIONE
DI UN PUBBLICO APPALTO

1. Il dibattito, antecedente all'intervento del d.l. n. 76/2013, sull'applicabilità dell'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003 alla pubblica amministrazione	155
2. La tutela dei crediti retributivi negli appalti pubblici: l'azione diretta <i>ex art.</i> 1676 c.c.	162
3. (<i>segue</i>) la verifica della congruità del costo della manodopera e l'intervento sostitutivo della stazione appaltante	166
4. L'appalto pubblico tra garanzia del credito retributivo e applicazione del contratto collettivo: le novità del d.l. n. 19/2024 all'art. 29 d.lgs. n. 276/2003	169
5. Riflessioni sulla differente operatività della solidarietà negli appalti pubblici e privati.....	171

RITA DAILA COSTA

IL TRATTAMENTO ECONOMICO DEI LAVORATORI IMPIEGATI
NELLE CATENE DI APPALTI PUBBLICI.
NOTE A MARGINE DEL NUOVO CODICE
DEI CONTRATTI PUBBLICI

1. L'orientamento sociale del "nuovo" Codice dei contratti pubblici.....	173
2. L'equo trattamento: dalla coerenza all'equivalenza delle tutele economiche e normative	174
3. I problemi irrisolti dell'equo trattamento.....	179
4. I subappalti pubblici e la parità di trattamento "ritrovata".....	183
5. La tutela a fronte della mancata percezione delle retribuzioni: le peculiari forme di responsabilità solidale	186
6. Tutela del trattamento retributivo negli appalti: a che punto siamo?.....	191

SEZIONE TERZA
LA DIRIGENZA PUBBLICA TRA AUTONOMIA
E RESPONSABILITÀ

ANDREA SGROI

ONNICOMPRESIVITÀ E RISERVA COLLETTIVA
DEL TRATTAMENTO ECONOMICO:
QUALI PROSPETTIVE
PER LA DIRIGENZA PUBBLICA?

1.	Il trattamento economico della dirigenza nel processo di riforma della p.a.	195
	1.1. L'art. 24 Tupi.....	199
2.	Il binomio tra riserva collettiva e onnicomprensività del trattamento economico.....	201
3.	L'onnicomprendività della retribuzione.....	204
4.	Le deviazioni dal modello. Il caso delle 'attività tecniche incentivabili'.....	208
5.	I riflessi della fidelizzazione della dirigenza sulla 'tenuta' dell'art. 24 Tupi.....	211
	5.1. Le 'clausole di salvaguardia economica'.....	213
6.	Quali prospettive per la dirigenza?.....	216

VITTORIA PARROCO

LA RIMODULAZIONE
DEL RUOLO DELLA DIRIGENZA PUBBLICA:
DAL PNRR UNA SPINTA PER L'ABBATTIMENTO DELLA CD.
"AMMINISTRAZIONE DIFENSIVA"

1.	Il fenomeno della cd. " <i>amministrazione difensiva</i> " e le sue cause.....	219
2.	La destrutturazione della " <i>amministrazione difensiva</i> " attraverso l'innovativa concezione manageriale del dirigente pubblico.....	224
	2.1. L'accesso al ruolo della dirigenza pubblica: le novità.....	225
	2.1.1. La valorizzazione delle competenze professionali.....	226
	2.1.2. Le modifiche agli artt. 28 e 28- <i>bis</i>	228
2.2.	I sistemi di misurazione e valutazione della <i>performance</i>	231

3.	Il cambiamento culturale della dirigenza pubblica nel prisma dei rapporti con la classe politica	233
4.	Una breve disamina del segno tracciato dai nuovi CCNL 2019-2021 d'Area per i dirigenti pubblici.....	236
5.	Considerazioni conclusive	238

SEZIONE QUARTA
GENDER GAP E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

PIA DE PETRIS

DIGITALIZZAZIONE
DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI
E GENDER (PAY) GAP FRA OPPORTUNITÀ,
RISCHI E SFIDE

1.	Digitalizzazione e parità: un connubio (im)perfetto per l'efficientamento e la modernizzazione della PA?	243
2.	Digitalizzazione e flessibilità spazio-temporale: le opportunità (incolte) per la parità	245
3.	Il lavoro agile nella pubblica amministrazione nell'ottica della parità di genere: le insidie (e le occasioni) del lascito pandemico	249
3.1.	(Segue.) L'istituzionalizzazione post pandemica del lavoro agile e le altre frontiere del "lavoro da remoto" nel pubblico impiego.....	254
4.	Digitalizzazione ed efficientamento algoritmico: le ricadute sul gender gap	258
5.	Spunti conclusivi per una digitalizzazione della PA al servizio della parità.....	261

MARIAGRAZIA LAMANNIS

IL DIFFERENZIALE RETRIBUTIVO DI GENERE NELLA PA
E LA DIRETTIVA SULLA TRASPARENZA RETRIBUTIVA:
QUALI PROSPETTIVE?

1.	Il <i>Gender pay gap</i> nella PA: un noto scarto tra diritto e realtà	265
2.	Riscontri empirici e incertezza della misurazione del <i>GPG</i>	268
3.	Il quadro giuridico di riferimento: sovranazionale... .	271
3.1.	(Segue)... e nazionale	273

4. La leva della trasparenza nella direttiva 970/2023/UE e la complessa definizione dell'ambito di comparazione.....	279
5. La misurazione del valore del lavoro.....	284

ALESSANDRO BOSCATI, ANNA ZILLI

CALL FOR CLIP:
REGOLE E RESPONSABILITÀ NELL'EROGAZIONE
DEI TRATTAMENTI ECONOMICI

SOMMARIO: 1. Lo strumento della *Call for paper*.– 2. La *Call for CLIP*.
– 3. Ringraziamenti.

1. Lo strumento della *Call for paper*

La “*Call for paper*”, traducibile in italiano come “invito a presentare contributi”, rappresenta uno strumento centrale nel contesto accademico e scientifico. Si tratta di un’iniziativa finalizzata alla raccolta di articoli, saggi o contributi di ricerca, generalmente in preparazione di conferenze, seminari o pubblicazioni accademiche, come numeri speciali di riviste scientifiche o volumi collettanei.

L’origine delle *call for paper* non è attribuibile a un evento o a un autore specifico, ma rappresenta il frutto della naturale evoluzione della comunità scientifica. Con lo sviluppo delle conferenze e delle pubblicazioni accademiche, soprattutto a partire dal XIX secolo, si è reso infatti necessario costruire, specie nell’ambito delle *hard science*, un sistema organizzato per raccogliere e selezionare i contributi di ricerca. Questo processo ha portato alla formalizzazione delle *call for paper* come le conosciamo oggi.

La funzione principale di una *call for paper* è quella di selezionare contributi di alta qualità pertinenti al tema proposto. Attraverso questo strumento, infatti, si garantisce che i lavori presentati o pubblicati siano il risultato di un’analisi approfondita e apportino un valore significativo al dibattito scientifico.

Altresì, la *call for paper* svolge un ruolo fondamentale nella promozione del confronto accademico. Grazie alla partecipazione di studiosi provenienti da diverse realtà e Scuole, si facilita un

dialogo che arricchisce il panorama della ricerca. La diversità delle prospettive raccolte contribuisce a una comprensione più ampia e articolata delle problematiche affrontate.

Ulteriormente, lo strumento in questione favorisce la creazione e il consolidamento di una comunità scientifica. Le occasioni di incontro che nascono in seguito a una *call for paper*, sia in ambito convegnistico sia editoriale, rappresentano spesso l'avvio di collaborazioni e reti accademiche di lungo termine.

Infine, ma non ultimo, la *call for paper* costituisce un'opportunità preziosa per i giovani studiosi. Essa consente loro di partecipare al dibattito scientifico, di ottenere visibilità nella comunità accademica e di contribuire attivamente al progresso della ricerca. Questo strumento si configura, pertanto, come un elemento essenziale per il rinnovamento e la diffusione del sapere e, in quanto tale, ci è parso il naturale *addendum* alle Conversazioni di lavoro e impiego pubblico.

2. La *Call for CLIP*

La terza edizione delle Conversazioni di Lavoro e Impiego Pubblico si è proposta di approfondire, tramite la partecipazione un ampio gruppo di esperti della materia, il tema de *Il trattamento economico nella pubblica amministrazione*.

Nell'ambito di questa iniziativa, grazie al patrocinio e al sostegno dell'AIDLASS, è stata bandita una *Call for CLIP* rivolta a dottorande/i, dottoresse e dottori di ricerca, assegniste/i di ricerca e ricercatori nell'area del diritto del lavoro, che intendano partecipare al dibattito scientifico con un contributo scritto, da presentare e discutere nell'ambito del convegno conclusivo del ciclo seminariale, ove le/i giovani selezionate/i sono stati chiamati a presentare i propri contributi.

Coerentemente con il tema individuato nel Ciclo seminariale, le proposte attese sono state disposte in quattro tracce.

Il primo percorso si è concentrato su «*Merito, parità, performance, tra impiego contrattualizzato e non*». Sospesa tra la giusta valorizzazione dell'apporto singolo e collettivo alla realizzazione della funzione pubblica e la parità di trattamento tra impiegati, la querelle sullo sviluppo di strumenti che favoriscano e sostengano la cultura del merito nella pubblica amministrazione non pare affatto sopita. Al contrario, essa si ripropone, a ogni tornata contrattuale, nazionale e integrativa, con vigore, anche

alla luce delle esigenze di *attraction e retention*, che riguardano, oggi, anche la p.a.

Vi si è inserito anche il pubblico impiego non contrattualizzato: ritenuto erroneamente oggetto di studio settoriale e pressoché solo casistico e, pertanto, relegato al solo approfondimento nel contenzioso, esso rappresenta invece una realtà che, oltre ad essere quantitativamente rilevante, propone anche dal punto di vista qualitativo soluzioni meritevoli di studio, specie relativamente alle carriere e alla valorizzazione dell'apporto organizzativo e comportamentale dei funzionari.

In tale contesto, si sono collocate le proposte progettuali riguardanti gli aspetti normativi, i vincoli e le possibilità emergenti, l'analisi dei contenuti contrattuali di ogni livello, le esperienze di innovazione e le *best practice* emerse nel tempo e vicende, edite o inedite, emerse nella giurisprudenza, anche contabile.

La seconda traccia si è addentrata nel «*La "giungla retributiva": pubblica amministrazione, società partecipate pubbliche, appalti, incarichi*».

Tra gli indubbi meriti della contrattualizzazione del pubblico impiego, va collocata la sostanziale semplificazione e razionalizzazione dei modelli e meccanismi retributivi per la maggior parte dei pubblici impiegati, specie a seguito della rarefazione dei comparti della pubblica amministrazione. Rimangono però numerosi punti oscuri, rappresentati dagli incarichi di nomina fiduciari e diretti, di *staff*, nonché dal vasto e composito universo delle società partecipate pubbliche e dalla condizione dei lavoratori impegnati negli appalti e nel lavoro autonomo a favore delle amministrazioni.

Oggetto di indagine, in tal senso, sono stati il trattamento economico di chi opera, direttamente o indirettamente, nelle amministrazioni pubbliche, intese in senso stretto e allargato, considerando anche il tema degli appalti pubblici, delle clausole sociali e dell'equo compenso, anche alla luce delle più recenti novità normative, nonché i recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di retribuzione *ex art. 36 Cost.*, valutandone l'impatto per la p.a.

«*La dirigenza pubblica tra autonomia e responsabilità*» è stata oggetto di studio nel terzo percorso, alla luce dell'attenzione che il PNRR ha riservato al ruolo della dirigenza pubblica, cui si richiede l'attuazione autonoma delle scelte politiche, nel cono d'ombra delle responsabilità cui è tenuta e, in particolare, quella dirigenziale e contabile. Una speciale attenzione va riser-

vata alla definizione degli obiettivi e gli strumenti giuridici per la valorizzazione della professionalità, i profili di responsabilità, il rapporto tra dirigenza e politica, la condizione dei titolari di poteri dirigenziali, specie negli enti locali e nella sanità, nonché il rapporto con le elevate professionalità di recente istituzione. Altresì, il ruolo del dirigente pubblico come datore di lavoro, rispetto alla gestione e organizzazione delle risorse umane, diviene di cruciale interesse.

Infine, la quarta traccia ha posto l'attenzione su «Gender gap e pubblica amministrazione». Infatti, nonostante i precetti costituzionali e lo strumento del concorso, la pubblica amministrazione non è immune da un marcato divario di genere, che si manifesta sia in termini di segregazione orizzontale (per impieghi, mansioni e profili professionali), sia in punto di segregazione verticale, ove la piramide delle funzioni vede nella parte alta, meglio remunerata e di maggior prestigio, una scarsa presenza femminile, nonostante le donne rappresentino oltre la metà dei dipendenti pubblici. Altresì, esiste una ulteriore differenziazione in termini di reddito, determinata anche dalla minor numero di donne destinatarie di incarichi fiduciari, di coordinamento e in genere di responsabilità retribuite. Questa situazione si verifica nel lavoro pubblico contrattualizzato e, ancor di più, nell'impiego pubblico non contrattualizzato e nell'attribuzione di incarichi libero-professionali. La ricerca degli strumenti per la lotta al *gender gap*, la raccolta delle buone prassi vigenti, nella prospettiva del diritto antidiscriminatorio, anche in chiave comparata, si pongono quali strumenti indefettibili per il "salto di qualità" dell'azione della p.a. nel contrasto alla emarginazione delle donne nel mercato del lavoro.

3. Ringraziamenti

Il primo ringraziamento va all'AIDLASS, che ci ha accompagnati con il patrocinio e il sostegno, economico e gestionale, alla *Call for Clip*. Nell'ambito dell'Associazione, ringraziamo sentitamente il Presidente Prof. Alessandro Garilli e il Consiglio Direttivo, per aver accolto e sostenuto la proposta, e la Segretaria Generale Prof.ssa Valeria Fili, per l'attenzione e la cura dedicate all'intero progetto.

Siamo, altresì, profondamente riconoscenti al Presidente, alla Prof.ssa Cristina Alessi, alla Prof.ssa Silvia Ciucciiovino e al

Prof. Edoardo Ales per aver ammesso le e i giovani studiosi alla presentazione orale dei contributi. Della Commissione ha fatto parte, per il Comitato Scientifico di CLIP, anche l'odierno curatore Alessandro Boscati.

Uno speciale plauso va opportunamente rivolto al Comitato Scientifico delle Conversazioni di Lavoro e Impiego Pubblico, per aver referato tutti i contributi ricevuti, guidando la giovane dottrina sino alla odierna pubblicazione.

Alle dottoresse Pia De Petris, Mariagrazia Lamannis, Fabiola Lamberti, Ilenia Torella, Antonella Trovato e ai dottori (Prof.) Mirko Altimari, Andrea Sgroi e Matteo Turrin porgiamo le nostre felicitazioni per aver brillantemente esposto i propri contributi, selezionati dalla Commissione.

Siamo lieti di aver potuto accogliere in questa pubblicazione anche gli scritti delle dottoresse Maria Barberio, Rita Daila Costa, Vittoria Parroco e Silvia Zinolli, cui indirizziamo vivissime congratulazioni.

A tutte e tutti i partecipanti alla prima *Call for Clip* auguriamo un percorso di studio e carriera gratificante e fruttuoso, con l'auspicio che esso rimanga rivolto alla cura della *res publica* con la stessa passione e attenzione che hanno sin qui dimostrato.

I curatori

SEZIONE PRIMA

MERITO, PARITÀ, PERFORMANCE,
TRA IMPIEGO CONTRATTUALIZZATO E NON

MATTEO TURRIN

STRUMENTI E RIFORME
PER L'ATTRATTIVITÀ DEL LAVORO PUBBLICO:
VALORIZZAZIONE DEL MERITO
E VINCOLI ORDINAMENTALI A CONFRONTO

SOMMARIO: 1. La scarsa attrattività del lavoro pubblico: cause e possibili soluzioni. – 2. La fase di accesso al lavoro: la differenziazione del trattamento economico “in ingresso”. – 3. La fase esecutiva del rapporto: il lavoro agile “per obiettivi”. – 4. La fase eventuale degli avanzamenti di carriera: una proposta di semplificazione. – 5. Osservazioni conclusive.

1. La scarsa attrattività del lavoro pubblico: cause e possibili soluzioni

Da tempo ormai le pp.aa. italiane sembrano scontare una certa mancanza di attrattività, non riuscendo a competere con i datori di lavoro privati nell’attrarre e nel mantenere alle proprie dipendenze quei talenti e quelle professionalità di cui invece avrebbero così bisogno per il perseguimento della loro *mission* istituzionale.

In effetti, se una volta l’attrattività del lavoro pubblico era sostanzialmente garantita dalla stabilità dell’impiego, oggi le cose sembrano essere almeno in parte cambiate. Vuoi perché, persino nel pubblico impiego, il mito del “posto fisso” sembra ormai essere tramontato, vuoi perché le priorità e le esigenze delle nuove generazioni non rispecchiano, se non in minima parte, quelle delle generazioni precedenti.

Come ampiamente dimostrato dal fenomeno noto come *Great Resignation*, all’interno della forza lavoro vi è infatti una quota crescente di soggetti alla ricerca di condizioni di lavoro più soddisfacenti, in particolare per quel che riguarda il trattamento economico, le prospettive di carriera e l’equilibrio tra vita e lavoro¹. Ad essere interessati da questa tendenza sono

¹ Cfr. S. CIUCCIOVINO, N. CARAVAGGIO, *Great Resignation o Great Reshuf-*

in particolare i lavoratori nella fascia d'età giovanile, nonché quelli con livelli di istruzione medi ed elevati, i più propensi ad abbandonare un posto “stabile” pur di ottenere un impiego migliore, se del caso anche a tempo determinato. Questa circostanza, unitamente alla crescente “precarizzazione” del lavoro pubblico, ben testimoniata dalle connesse e frequenti procedure di stabilizzazione del personale, ci dice che il “posto fisso” non è più di per sé sufficiente a fare del lavoro alle dipendenze della p.a. una carriera attrattiva². A riprova di tale affermazione si possono citare: la riduzione del numero di candidati per ogni posto messo a concorso³; i *flop* che, purtroppo, hanno recentemente interessato diversi concorsi pubblici e, conseguentemente, il numero di assunzioni nel settore pubblico, in molti casi inferiore rispetto alle attese⁴; l'incremento nel numero di dimissioni volontarie dei dipendenti pubblici⁵, le quali danno perlopiù luogo a flussi di mobilità in uscita verso altri enti o comparti che offrono condizioni di lavoro più allettanti⁶.

Si rende dunque necessaria una profonda riflessione sul tema, individuando le cause dello scarso *appeal* del settore pubblico rispetto al settore privato, formulando possibili soluzioni e valutandone, infine, la fattibilità e la compatibilità rispetto agli attuali vincoli ordinamentali. L'urgenza di tale riflessione è det-

fle? Un'analisi giuridico-quantitativa delle transizioni nel mercato del lavoro a seguito delle dimissioni post-Covid in Italia, in *DLRI*, 2023, 1-2, 197 ss. e M. DE FALCO, *Il benessere lavorativo per la attraction e la retention delle risorse umane*, in *DSL*, 2024, 2, 31 ss.

² Cfr. AA.VV., *La gestione del personale tra incentivi e disincentivi*, in *RTDP*, 2021, 4, 1273, secondo cui «all'ingresso, il pubblico impiego non è attrattivo per i giovani più qualificati (soprattutto tra i tecnici) perché promette stabilità e prevedibilità della carriera, ma stipendi bassi e pochi stimoli di avanzamento. Le aziende private, con meno vincoli legali e finanziari, possono offrire *entry level* superiori e accaparrarsi così le risorse più promettenti».

³ Cfr. FPA, *Lavoro pubblico*, 2023, 4, nonché 14 ss., ove si afferma che nel 2021 il numero dei candidati per ogni posto di lavoro a concorso si è ridotto ad un quinto di quello del biennio precedente.

⁴ Cfr., ad esempio, G. TROVATI, *Pnrr, assunzioni flop negli enti locali: il personale scende anche nel 2022*, in *Il Sole 24 Ore*, 22 marzo 2023.

⁵ Il fenomeno è particolarmente sentito nel Comparto delle Funzioni Locali e, soprattutto, nei Comuni. In proposito, v. G. TROVATI, *Comuni, assunzioni in corso ma boom di dimissioni (+89%)*, in *Il Sole 24 Ore*, 9 ottobre 2023.

⁶ Su quest'inedita forma di competizione all'interno del settore pubblico, sintomatica del fatto che la carenza di attrattività del lavoro pubblico affligge alcuni comparti più degli altri, cfr. FPA, *op. cit.*, 4, nonché 14 ss. In tema, v. altresì G. TROVATI, *Niente effetto su organici Pa. Cresce la scuola, calano i Comuni*, in *Il Sole 24 Ore*, 17 maggio 2024.

tata dal fatto che la scarsa attrattività del lavoro pubblico, specie per i profili tecnici e le elevate professionalità, rischia di ripercuotersi negativamente sull'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa, compromettendo i principi di cui all'art. 97 Cost., nonché il raggiungimento degli ambiziosi obiettivi dettati dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

Quanto alle cause della scarsa attrattività del lavoro pubblico, queste sono molteplici e di varia natura, ma sembra che le principali possano essere individuate nell'immagine che la p.a. offre di sé e nella mancanza di adeguati incentivi monetari e di carriera che premiano il merito e la *performance*. Non che questi incentivi manchino del tutto, ma – in ragione dei vincoli ordinamentali definiti dal d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, nonché dei vincoli di finanza pubblica enunciati dagli artt. 81 e 97 Cost. e dei comportamenti dei principali *stakeholders* – risultano spesso inadeguati allo scopo di attrarre “i migliori” e fidelizzare il personale già in servizio⁷.

Si pensi, ad esempio, alla scarsa valorizzazione dei titoli, delle competenze e delle esperienze professionali pregresse dei dipendenti pubblici, elementi che, se concorrono ad assegnare un determinato punteggio ai candidati nell'ambito delle procedure concorsuali, non sono però poi presi in considerazione al fine di differenziare il trattamento economico “in ingresso”. Inoltre, in aperta contraddizione rispetto all'enfasi posta dal legislatore sulla valorizzazione del merito⁸, mancano ade-

⁷ A onor del vero, non può negarsi che le recenti riforme del lavoro pubblico realizzate in attuazione del PNRR e del *Patto per l'innovazione del lavoro pubblico e la coesione sociale* abbiano impresso una significativa svolta al consueto approccio del legislatore alle politiche di gestione del personale nelle pp.aa. Allo stesso modo, va dato atto che gli ultimi rinnovi contrattuali si sono contraddistinti per «il concreto investimento sulle capacità delle persone, anzi sulla persona in senso lato» (G. NICOSIA, M. CUTTONE, *Il contratto collettivo per le Funzioni Centrali: quando la persona diventa un progetto*, in *RGL*, 2023, 1, 78). Cionondimeno, si ritiene che residuino significativi margini di miglioramento, in particolare proprio per quel che riguarda gli incentivi monetari e di carriera, nonché, più in generale, l'attrattività del lavoro pubblico.

⁸ Sulla consacrazione del principio del merito e la sua funzionalizzazione all'efficientamento dell'azione amministrativa, nonché sui suoi modesti risultati, si vedano S. MAINARDI, *La valorizzazione delle risorse umane nelle p.a. Trattamenti economici accessori e fondi per la contrattazione integrativa*, in *RGL*, 2018, 3, 453 ss., nonché A. LO FARO, “Premiare stanca”. *La retribuzione incentivante tra riforme routinarie e limiti strutturali*, in B. CARUSO (a cura di), *Il lavoro pubblico a vent'anni dalla scomparsa di Massimo D'Antona*, in *WP*

guati incentivi economici che premino la *performance* individuale ed organizzativa, stante, da un lato, la scarsità di risorse a disposizione e, dall'altro, la farraginosità dei sistemi di misurazione della *performance*, nonché la riluttanza dimostrata dai principali soggetti coinvolti – dirigenti *in primis* – nel procedere ad un'effettiva differenziazione delle valutazioni e dei connessi trattamenti economici sulla base delle risultanze dei predetti sistemi⁹. Più in generale, si registrano stipendi stagnanti e mediamente più bassi rispetto al settore privato¹⁰. Non si dimentichino, infine, le scarse prospettive di carriera e, in particolare, la rigidità dei meccanismi di progressione, elementi tutt'altro che trascurabili se si considera la logica elastica e premiante che caratterizza il settore privato. Eppure, a questo proposito, nonostante «debba essere negata una piena parificazione dei rapporti di lavoro privato e pubblico contrattualizzato»¹¹, non si può fare a meno di ricordare che lo stesso d.lgs. n. 165/2001 – all'art. 1, comma 1, lett. b) – individua tra le proprie finalità quella di «realizzare la migliore utilizzazione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni [...], applicando condizioni uniformi rispetto a quelle del lavoro privato» (corsivo dell'A.)¹².

Definite le criticità, vanno poi individuate le possibili soluzioni. Poiché le prime riguardano tanto la fase di accesso all'impiego quanto quella di esecuzione del rapporto, nonché quella

C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” *Collective Volumes* – 8/2019, 174 ss. e M. SALERNO, *La valorizzazione del merito nel pubblico impiego: frammenti di un percorso a ostacoli lungo un sentiero senza fine?*, in *IF*, 2021, 2, 517 ss.

⁹ Eppure, ai sensi dell'art. 9, comma 1, lett. d), d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, «la capacità di valutazione dei propri collaboratori, dimostrata tramite una significativa differenziazione dei giudizi», costituisce uno dei principali criteri attraverso i quali misurare e valutare la *performance* individuale del personale con qualifica dirigenziale.

¹⁰ Cfr. FPA, *op. cit.*, 2023, 19 ss., ove si attesta che gli stipendi nel settore privato crescono più in fretta di quelli pubblici. Sulla stagnazione dei salari e l'inadeguatezza delle retribuzioni nel settore pubblico v. S. MAINARDI, *Lavoro pubblico, povertà lavorativa e ruolo del contratto collettivo*, in *ADL*, 2024, 2, 223 ss.

¹¹ Cass., Sez. Un., 28 dicembre 2023, n. 36197, in *LG*, 2024, 5, 495, con nota di S. ROSSI, *La prescrizione dei crediti retributivi nel pubblico impiego decorre in costanza di rapporto*.

¹² Sulle perduranti differenze tra pubblico e privato, in particolare proprio per quel che concerne la retribuzione dei lavoratori, v. almeno R. SANTUCCI, *Il trattamento economico nel lavoro pubblico contrattualizzato*, in *VTDL*, 2020, 2, 303 ss.

eventuale degli avanzamenti di carriera, anche le seconde dovranno prendere in considerazione ciascuno di questi tre momenti. Conseguentemente, nel prosieguo si proporranno alcune possibili soluzioni per ciascuna di queste fasi, senza peraltro mancare di riportarne limiti ed eventuali controindicazioni. In merito all'oggetto dell'indagine, invece, si precisa sin d'ora che ci si soffermerà esclusivamente sul pubblico impiego "privatizzato" e sul personale di qualifica non dirigenziale.

2. La fase di accesso al lavoro: la differenziazione del trattamento economico "in ingresso"

Come anticipato, tra le principali cause della scarsa attrattività del lavoro pubblico va senz'altro annoverata la forzata uniformità del trattamento economico "in ingresso".

Ebbene, una possibile soluzione a tale criticità potrebbe consistere nel valutare titoli ed esperienze pregresse dei candidati, unitamente al punteggio ottenuto nell'ambito della procedura selettiva, al fine di suddividerli in due o tre classi stipendiali individuate dalla contrattazione collettiva. Si tratterebbe in qualche modo di estendere l'ambito di applicazione dell'attuale disciplina delle progressioni economiche "orizzontali"¹³, prevenendo la possibilità di attribuire differenziali stipendiali sin dal momento dell'instaurazione del rapporto¹⁴. Ciò consentirebbe di premiare il merito e l'esperienza già a partire dalla fase di accesso al lavoro, attraendo così anche alcuni di quei candidati che

¹³ Ci si riferisce alle progressioni economiche all'interno delle aree disciplinate dalla contrattazione collettiva nazionale di comparto nel rispetto di quanto previsto dall'art. 52, comma 1bis, d.lgs. n. 165/2001. Sull'argomento si vedano: S. MAINARDI, *Inquadramenti pubblici atto II. Appunti dai CCNL tra organizzazione e tutela della professionalità*, in *LPA*, 2023, 3, 468 ss.; A. BOSCATI, *La professionalità del pubblico dipendente tra vincoli costituzionali, legge e contrattazione collettiva: uno sguardo d'insieme alla luce delle più recenti riforme*, in A. BOSCATI, A. ZILLI (a cura di), *La professionalità tra legge e contratti - Volume I*, Milano-Padova, 2023, 37 ss.; M. NICOLOSI, *Le progressioni di carriera*, *ivi*, 281 ss.

¹⁴ Naturalmente, occorrerebbe poi coordinare la disciplina delle progressioni economiche "orizzontali" con quella dei differenziali stipendiali attribuiti nella fase di accesso al lavoro, regolandone, ad esempio, l'eventuale assorbibilità.

non opterebbero per una carriera nel pubblico impiego, se non in via residuale.

Ad opinione di chi scrive, infatti, appare del tutto illogico attribuire ad un candidato un determinato punteggio nell'ambito di un concorso pubblico per il possesso di uno specifico titolo – sia esso un'esperienza professionale piuttosto che un titolo di studio o un'abilitazione professionale – per poi ignorare completamente quel dato nel momento in cui occorre stabilire il trattamento economico spettantegli, tanto più se si tratta di un titolo preferenziale¹⁵. A riprova dell'irragionevolezza di tale assetto basti ricordare che nel settore privato, generalmente, avviene l'esatto contrario: il *curriculum*, oltre che nella fase di selezione vera e propria, viene infatti preso in considerazione anche nel momento in cui occorre formulare una proposta contrattuale da sottoporre al candidato prescelto. Questo comportamento si pone come inevitabile per molte imprese: diversamente, esse non sarebbero in grado di attrarre e mantenere alle proprie dipendenze i lavoratori maggiormente qualificati. Il fatto che le pp.aa. non posseggano degli strumenti per differenziare il trattamento economico “in ingresso” dei neoassunti fa invece sì che non possano competere ad armi pari con i soggetti privati, circostanza che – lungi dal riguardare unicamente le scelte dei singoli lavoratori sul mercato del lavoro e le loro preferenze individuali – interessa l'intera collettività. In aggiunta, pare doveroso rammentare che a favore della differenziazione del trattamento economico del personale neoassunto depone anche il dato normativo e, in particolare, l'art. 36 Cost., il quale – com'è ben noto – individua nella qualità del lavoro uno dei parametri attraverso il quale determinare la giusta retribuzione. Ebbene, non v'è chi non veda come la qualità del lavoro, oltre che dalle mansioni assegnate, dipenda anche dall'esperienza maturata, nonché dalle conoscenze e dalle competenze concretamente acquisite nel cor-

¹⁵ Impossibile, in proposito, non citare il dato normativo, il quale – *inter alia* – valorizza e attribuisce rilievo al possesso di titoli professionali, di studio, di specializzazione e del dottorato di ricerca nell'accesso alla qualifica di dirigente di seconda fascia (art. 28, comma 1^{ter}, d.lgs. n. 165/2001), nelle progressioni tra le aree (art. 52, comma 1^{bis}, d.lgs. n. 165/2001) e persino nell'accesso al pubblico impiego (art. 35, comma 3, lett. e)^{ter}, d.lgs. n. 165/2001). Proprio per la rilevanza loro attribuita dalla legge in queste ipotesi, non si vede perché non si possa riconoscere a questi titoli – e, in particolare, al possesso del titolo di dottore di ricerca – una valenza anche “economica”.

so del tempo, un dato che – inevitabilmente – varia di lavoratore in lavoratore.

Tanto chiarito, è indubbio che non ogni titolo, né ogni esperienza pregressa del candidato siano meritevoli di essere presi in considerazione al fine di determinare eventuali maggiorazioni del trattamento economico “in ingresso”. Per forza di cose, a poter essere presi in considerazione saranno soltanto quei titoli e quelle esperienze che siano stati ritenuti pertinenti e valutabili nell’ambito della procedura di selezione. Il che equivale un po’ a dire che ciò che conta, alla fine, è il punteggio ottenuto dai singoli candidati nel corso delle varie prove, perlomeno laddove queste si siano articolate anche in una fase di valutazione dei titoli. Quindi, ben si potrebbe decidere di attribuire gli incrementi stipendiali ai candidati vincitori del concorso che si siano posizionati nelle fasce più alte della graduatoria. Tuttalpiù, bisognerebbe stabilire se l’incremento stipendiale vada riconosciuto a tutti i candidati che abbiano ottenuto un dato punteggio minimo, ovvero soltanto ad un numero predeterminato di lavoratori, se del caso attribuendo rilevanza al possesso di uno specifico titolo preferenziale.

Da ultimo, va detto che le classi stipendiali non dovrebbero essere più di due o tre e che le differenze tra l’una e le altre non dovrebbero essere né simboliche, né macroscopiche. Infatti, pur ravvisandosi l’esigenza di valorizzare il merito mettendo a disposizione delle pp.aa. degli incentivi adeguati, tale necessità deve pur sempre coniugarsi con l’imperativo di evitare il moltiplicarsi delle differenze nel trattamento economico-normativo del personale. Del resto, l’uniformità dei trattamenti costituisce un elemento cardine dell’impianto normativo delineato dal d.lgs. n. 165/2001¹⁶.

Nonostante quanto appena osservato, non pare che il princi-

¹⁶ Oltre che nel principio di parità di trattamento sancito dall’art. 45, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, funzionale al perseguimento dei principi indicati dall’art. 97 Cost., l’esigenza di assicurare ai dipendenti pubblici un trattamento economico uniforme trova riscontro in numerose altre disposizioni di legge. Tra queste, va senz’altro menzionato l’art. 23, comma 1, d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75, relativo alla progressiva armonizzazione dei trattamenti economici accessori del personale all’interno di ciascun comparto di contrattazione, obiettivo da raggiungere in considerazione del fatto che l’eccessiva differenziazione nei trattamenti economici, soprattutto allorquando si parli di amministrazioni omogenee, rischia di determinare allocazioni inefficienti delle risorse umane.

prio di parità di trattamento di cui all'art. 45, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 possa definirsi un limite all'implementazione di soluzioni identiche o analoghe a quella qui prospettata. Infatti, tale principio osta unicamente a differenziazioni irragionevoli ed arbitrarie e non va inteso come divieto per la contrattazione collettiva di diversificare il trattamento economico-normativo dei pubblici dipendenti¹⁷. Detto altrimenti, «il principio espresso dal d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 45, secondo il quale le amministrazioni pubbliche garantiscono ai propri dipendenti parità di trattamento contrattuale, opera nell'ambito del sistema di inquadramento previsto dalla contrattazione collettiva e vieta trattamenti migliorativi o peggiorativi a titolo individuale, ma non costituisce parametro per giudicare le differenziazioni operate in quella sede»¹⁸. Inoltre, si rammenti che gli artt. 2, comma 3, e 45, comma 1, d.lgs. n. 165/2001 attribuiscono espressamente la competenza relativa alla determinazione del trattamento economico fondamentale ed accessorio alla contrattazione collettiva¹⁹, la quale, quindi, ben potrebbe differenziare il trattamento economico “in ingresso” dei pubblici dipendenti sulla base di dati oggettivi e misurabili.

Più che nei vincoli di natura ordinamentale, gli ostacoli alla soluzione qui prospettata vanno individuati nella carenza di risorse da destinare a questo preciso scopo, nonché – ancor prima – nella verosimile indisponibilità dei sindacati ad implementare soluzioni di questo tipo. Infatti, la differenziazione del trattamento economico “in ingresso”, così come prospettata, imporrebbe alle associazioni sindacali di distrarre le già scarse risorse riservate alla generalità dei lavoratori per destinarle a pochi “eletti”, mentre la suddivisione dei prestatori di lavoro in classi stipendiali diverse a seconda del merito sin dalla fase di accesso

¹⁷ Cfr., ad esempio, S. MAINARDI, *L'assetto delle fonti tra legge e contrattazione collettiva*, in A. BOSCATI (a cura di), *Il lavoro pubblico. Dalla contrattualizzazione al Governo Draghi*, Santarcangelo di Romagna, 2021, 100 e G. ZILIO GRANDI, A. PAVIN, *La retribuzione nel lavoro pubblico, nel 2020*, ivi, 508 ss.

¹⁸ Così Cass. 20 gennaio 2014, n. 1037, in *One Legale*. Nello stesso senso, tra le altre, anche Cass. 17 maggio 2010, n. 11982, nonché Cass. 4 aprile 2017, n. 8714 e Cass. 4 maggio 2021, n. 11645, tutte in *One Legale*.

¹⁹ In giurisprudenza, sulla riserva di competenza della contrattazione collettiva in materia di trattamento economico dei pubblici dipendenti, v. da ultimo Corte cost. 26 maggio 2021, n. 153, in *GC*, 2021, 4, 1615, nonché Cass. 4 maggio 2021, n. 11645, cit.

al lavoro rischia di intaccare quella coscienza di classe e quella solidarietà che sono alla base della perdurante forza delle medesime associazioni nel settore pubblico²⁰. Si potrebbe allora ipotizzare un intervento “autoritativo”, ovvero una disposizione di legge che obblighi la contrattazione collettiva a percorrere la via della differenziazione del trattamento economico “in ingresso”. Tuttavia, un simile intervento potrebbe verosimilmente essere percepito come ostile da parte dei sindacati, rievocando in qualche modo l’originario art. 19, comma 2, d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, il quale – come si ricorderà – imponeva la distribuzione del personale in fasce di merito rigidamente predeterminate ai fini della corresponsione del trattamento economico accessorio collegato alla *performance* individuale.

Cionondimeno, la soluzione delineata appare senz’altro preferibile a quella che affida la differenziazione del trattamento economico “in ingresso” alla contrattazione individuale²¹. Pur prefigurata dall’art. 2, comma 3, d.lgs. n. 165/2001, che ipotizza – alle condizioni previste dalla contrattazione collettiva – l’attribuzione di trattamenti economici mediante contratto individuale di lavoro, si tratta infatti di una strada che appare tutta in salita.

Peraltro, a fare di quella appena proposta una strada impervia non pare che siano i vincoli ordinamentali derivanti dalla Costituzione e dal d.lgs. n. 165/2001. Infatti, se letto alla luce dell’art. 2, comma 3, d.lgs. n. 165/2001, il principio di parità di trattamento contrattuale non si pone come un ostacolo insormontabile alla differenziazione del trattamento economico “in ingresso”. Il problema, piuttosto, va rintracciato ancora una volta nella verosimile indisponibilità del sindacato, il quale difficilmente rinuncerà spontaneamente ad una delle sue principali prerogative per affidarla, seppur solo in parte, all’autonomia individuale. Inoltre, anche laddove vi fosse il benessere delle associazioni sindacali, rimarrebbe un’altra criticità di cui tener conto. Infatti, non vanno trascurati i rischi sottesi alla contrattazione individuale, la quale, in aperto contrasto con l’esigenza di «razionalizzare il costo del lavoro pubblico, contenendo la spesa complessiva per il personale, diretta e indiretta, entro i vincoli di fi-

²⁰ In proposito, v. almeno P. FELTRIN, *Le logiche sindacali di azione nel pubblico impiego in tempi di crisi e riforme*, in *SINAPPSI*, 2020, 1, 33 ss.

²¹ *Contra*, nel senso che auspicano un’apertura alla contrattazione individuale nel pubblico impiego, AA. VV., *op. cit.*, 1257-1258.

nanza pubblica» (art. 1, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 165/2001), potrebbe dar luogo all'attribuzione indiscriminata ed incontrollata di incrementi stipendiali *ad personam*. In altre parole, v'è il concreto pericolo che l'apertura all'autonomia individuale si sostanzi nel «proliferare di trattamenti differenziati da dipendente a dipendente, con scarsa possibilità di controllo della spesa per il personale e, soprattutto, della giustificazione del trattamento differenziale»²².

Naturalmente, le somme erogate in violazione delle regole dettate dalla legge e dalla contrattazione collettiva potrebbero essere recuperate a valle attraverso un meccanismo non dissimile da quello prefigurato dall'art. 40, comma 3 *quinquies* d.lgs. n. 165/2001, così come sarebbe senz'altro possibile implementare – a monte – delle forme di controllo su questo inedito livello di contrattazione volte a scongiurare i rischi già menzionati. Tuttavia, se occorre ragionare in questo modo, cercando cioè di porre rimedio in via preventiva ad eventuali conseguenze patologiche che invece non dovrebbero esservi, allora vuol dire che forse i tempi non sono ancora sufficientemente maturi per affidare un compito così delicato alla contrattazione individuale, la quale – ad oggi – non può ritenersi uno strumento idoneo a contemperare in maniera adeguata le aspirazioni del singolo lavoratore con i principi dettati dall'art. 97 Cost. a tutela dell'interesse pubblico.

3. La fase esecutiva del rapporto: il lavoro agile “per obiettivi”

Venendo ora ad occuparci della fase esecutiva del rapporto, va ricordato ancora una volta come le pp.aa. non siano del tutto prive di strumenti utili a premiare il merito e la *performance*. Allo stesso tempo, però, va preso atto del fatto che questi strumenti si sono il più delle volte rivelati inadeguati rispetto allo scopo, alimentando il malcontento e influenzando negativamente sul livello di *engagement* del personale. Paradigmatica, a riguardo, è l'esperienza applicativa delle progressioni economiche “orizzontali”, la cui natura incentivante, complice la contrattazione integrativa, è stata spesso snaturata da riconoscimenti generalizzati che

²² S. MAINARDI, *L'assetto delle fonti tra legge e contrattazione collettiva*, cit., 100.

– in palese violazione del principio di selettività accolto dall'art. 23 d.lgs. n. 150/2009 – hanno di fatto riguardato la totalità dei dipendenti²³.

Stando così le cose, pare opportuno domandarsi come le pp.aa. possano ridefinire la propria immagine, rendendo allo stesso tempo maggiormente allettante una carriera nel settore pubblico per quei profili tecnici e quelle elevate professionalità che le stesse intendono attrarre. A questo proposito, vanno considerati anche tutti quegli strumenti che, ancorché non direttamente incidenti sul trattamento economico, possano cionondimeno contribuire positivamente all'attrattività del pubblico impiego, realizzando al contempo una forte strategia di *retention* verso il personale già in servizio. Infatti, benché gli incentivi monetari diretti a premiare il merito e la *performance* siano determinanti nel definire la desiderabilità di un impiego, si ritiene che anche la qualità dell'ambiente e delle condizioni di lavoro giochi un ruolo cruciale nel rendere un determinato posto di lavoro attrattivo o meno. Alla luce di quanto appena osservato, numerose potrebbero essere le misure da adottare per rendere più attrattivo il pubblico impiego e fidelizzare il personale in servizio, a cominciare dal rafforzamento del *welfare* integrativo²⁴ e di quegli elementi che – come l'attenzione verso la formazione e lo sviluppo professionale dei dipendenti²⁵ piuttosto che la sensibilità verso il tema del benessere organizzativo²⁶ – già contraddistinguono in positivo le pp.aa. Gli strumenti citati, infatti, costituiscono delle vere e proprie leve

²³ Cfr., *ex multis*, A. LO FARO, *op. cit.*, 174 ss.; U. GARGIULO, *La contrattazione integrativa nelle pubbliche amministrazioni: cronache dal bradisismo*, in *LPA*, 2019, 2, 66; S. MAINARDI, *Inquadramenti pubblici atto II. Appunti dai CCNL tra organizzazione e tutela della professionalità*, cit., 468 ss.

²⁴ Sul *welfare* integrativo nel lavoro pubblico e le ragioni della sua scarsa diffusione v. M. SQUEGLIA, *Welfare aziendale e pubblica amministrazione: prove di dialogo?*, in *LPA*, 2018, 4, 56 ss. e S. MAINARDI, *Trattamenti economici e incentivazione dei dipendenti pubblici*, in *LDE*, 2024, 1, 11 ss.

²⁵ Sulla centralità della formazione e dell'aggiornamento professionale dei pubblici dipendenti all'interno della strategia di gestione delle risorse umane nelle pp.aa. sia consentito il rinvio a M. TURRIN, *Innovazione organizzativa e politiche formative nell'amministrazione digitale*, in *LDE*, 2022, 1, 2 ss.

²⁶ Sul tema del benessere organizzativo nelle pp.aa., nonché sulla creazione di un ambiente di lavoro armonioso, ispirato a relazioni lavorative improntate alla fiducia e al rispetto reciproco quale strumento di *attraction e retention* del personale, v. almeno G. NICOSIA, *Professionalità e managerialità: percorsi e strumenti per rendere attrattivo il lavoro nelle amministrazioni italiane*, in *LPA*, 2023, 2, 281 ss. e M. DE FALCO, *op. cit.*, 26 ss.

motivazionali che valorizzano il personale, accrescendone la motivazione ed il senso di appartenenza all'ente, ma del quale s'avvantaggia anche la stessa p.a. datrice di lavoro, incidendo positivamente sulla propria immagine esterna, sul tasso di innovazione organizzativa, sulla qualità delle *performance* e, quindi, sull'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa.

Tuttavia, esula dagli obiettivi della presente indagine quello di ricostruire in maniera analitica il quadro normativo relativo a questi istituti. Del resto, s'è già affermato che la principale causa della scarsa attrattività del lavoro pubblico va individuata nella mancanza di adeguati incentivi monetari e di carriera che premiano il merito e la *performance*. Coerentemente, pare dunque più opportuno soffermarsi su quegli strumenti di *attraction* e *retention* del personale che sappiano coniugare il benessere del personale e l'innovazione organizzativa con la valorizzazione del merito e gli incentivi economici.

Da questo punto di vista, una soluzione efficace al problema della scarsa attrattività del lavoro pubblico potrebbe essere rappresentata dal lavoro agile e, segnatamente, dal lavoro agile "per obiettivi". Quest'ultimo, infatti, consentirebbe di accompagnare alla flessibilità organizzativa la definizione di obiettivi concreti, i quali, laddove adeguatamente collegati al sistema di misurazione e valutazione della *performance*, potrebbero tradursi nell'erogazione di forme di retribuzione di risultato²⁷. In aggiunta, va evidenziato come, proprio per la sua capacità di contribuire positivamente al *work-life balance*, lo *smart working* possa già di per sé configurarsi come uno strumento di *attraction* e *retention* del personale²⁸.

²⁷ Sul lavoro agile per obiettivi, nonché sulla possibilità di collegarlo a forme di retribuzione incentivante, v. E. D'AVINO, *Lo spazio negoziale nella disciplina post-pandemica del lavoro agile nella p.a.*, in *federalismi.it*, 2021, 23, 57 ss.; C. MACCHIONE, *Il lavoro agile e l'organizzazione per fasi, cicli e obiettivi*, in M. BROLLO, M. DEL CONTE, M. MARTONE, C. SPINELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Lavoro agile e smart working nella società postpandemica. Profili giuslavoristici e di relazioni industriali*, Bergamo, 2022, 85 ss.; A. INGRAO, *Lavoro agile per obiettivi: riflessioni intorno alla tipicità sociale e legale. Seconda wave d'una ricerca sul campo*, in *LLI*, 2023 2, 3 ss.; S. ROCCISANO, *Il trattamento economico e normativo del lavoratore agile*, *ivi*, 70 ss.

²⁸ Sul lavoro agile quale leva strategica di *attraction* e *retention* del personale v. M. DE FALCO, *op. cit.*, 35 ss., nonché, con specifico riguardo al contesto delle pp.aa., A. ZILLI, *Professionalità e organizzazione nel "nuovo" lavoro pubblico*, in A. BOSCATI, A. ZILLI (a cura di), *La professionalità tra legge e contratti - Volume II*, Milano-Padova, 2023, 15 ss.

Senonché, il modello di lavoro agile qui proposto sembra sostanzialmente diverso da quello adottato dalla generalità delle pp.aa. sino a questo momento²⁹. In altre parole, sinora le amministrazioni si sono perlopiù limitate a sfruttare la flessibilità spazio-temporale nello svolgimento della prestazione di lavoro concessa dall'istituto *de quo*, senza contestualmente ripensare l'organizzazione del lavoro. Anzi, spesso, lo *smart working* s'è semplicemente risolto nello spostamento dell'ufficio e dell'attività d'ufficio presso il domicilio del lavoratore. Basti pensare alla disciplina del lavoro agile contenuta negli ultimi CCNL di comparto, disciplina ben lontana anche solo dall'abbozzare un modello di lavoro agile "per obiettivi". Del resto, questo modello di lavoro agile stenta a decollare persino nel settore privato³⁰, richiedendo infatti significative modifiche all'organizzazione del lavoro e l'adozione di una cultura organizzativa basata sui risultati, l'autonomia, la responsabilità e la fiducia che non si presta ad essere implementata in ciascuna organizzazione³¹, sia essa un'impresa o una p.a. Non a caso, dunque, s'è affermato che l'introduzione del lavoro agile all'interno delle pp.aa. presuppone «una formazione che insegni la flessibilità»³². Significativamente, anche la contrattazione collettiva nazionale di comparto ha avvertito l'esigenza di accompagnare l'implementazione del lavoro agile a specifiche iniziative formative volte a «diffondere moduli organizzativi che rafforzino il lavoro in autonomia, l'*empowerment*, la delega decisionale, la collaborazione e la condivisione delle informazioni»³³.

²⁹ Per una panoramica aggiornata del quadro normativo e contrattuale relativo al lavoro agile nel pubblico impiego v. almeno M. BROLLO, *L'altro accesso: il patto accessorio di lavoro agile*, in A. BOSCATI, A. ZILLI (a cura di), *Il reclutamento nella P.A. Dall'emergenza alla nuova normalità - Volume I*, Milano-Padova, 2022, 7 ss.

³⁰ Per un raffronto, v. C. MACCHIONE, *op. cit.*, 76, nonché 81 ss.

³¹ Cfr. la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 1° giugno 2017, n. 3, la quale riconosce espressamente che «una delle principali sfide dell'introduzione dello *smart working* nelle pubbliche amministrazioni è [proprio] il cambiamento della cultura organizzativa».

³² M. RAMAJOLI, *La Scuola Nazionale dell'Amministrazione agente interno dell'innovazione amministrativa*, in *GDA*, 2021, 4, 455. Sull'argomento v. *amplius* M. PARRELLA, *Formare la pubblica amministrazione: il Rapporto SNA 2017-2020*, *ivi*, pp. 459 e ss. Sulla formazione connessa al lavoro agile sia inoltre consentito il rinvio a M. TURRIN, *op. cit.*, 29 ss.

³³ Così, ad esempio, l'art. 40, comma 2, CCNL Funzioni Centrali 2019-2021.

Ebbene, non v'è chi non veda come questa differente cultura organizzativa sarebbe perfettamente coerente con quello che è un tratto “eventuale”, ma allo stesso tempo caratteristico, del lavoro agile, ovvero la possibilità di ricorrere a «forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi» (art. 18, comma 1, l. 22 maggio 2017, n. 81). Trattasi, con ogni evidenza, di una modulazione funzionale al cambiamento organizzativo che potrebbe essere virtuosamente ricollegata anche a forme di retribuzione di risultato che premino il merito e la *performance*, stimolando così la produttività dei pubblici dipendenti. Del resto, le misure di conciliazione vita-lavoro adottate per il pubblico impiego, oltre che ad incrementare il benessere dei lavoratori, hanno da sempre avuto come obiettivo parallelo quello di favorire l'innovazione organizzativa all'interno della p.a. e, per questa via, di incrementarne l'efficienza³⁴. Lo stesso dicasi naturalmente anche per il lavoro agile, il quale si presenta come uno strumento idoneo a favorire l'adattamento della pubblica amministrazione all'era digitale, sollecitandone al contempo la riorganizzazione interna in vista di una diversa e più proficua gestione delle risorse umane³⁵.

Ciò detto, non può nascondersi come l'implementazione di un siffatto modello di lavoro agile nel pubblico impiego incontri non pochi ostacoli, il che spiega anche come mai non sia così diffuso. In primo luogo, l'introduzione di una forma di lavoro agile “per obiettivi” presuppone un adeguamento dei sistemi di misurazione e valutazione della *performance* compatibile con questa differente forma di organizzazione del lavoro, circostanza già di per sé di non poco conto se si considerano le criticità che notoriamente affliggono questi sistemi. In secondo luogo, vanno definiti gli obiettivi individuali ed organizzativi, obiettivi per l'appunto oggetto di misurazione e che, oltretutto, andrebbero specificati all'interno del singolo accordo di lavoro agile. È questo un aspetto particolarmente delicato, sia perché il lavoro agile “per obiettivi” non è compatibile con ogni mansione, sia perché occorre stabilire

³⁴ Cfr. L. CALAFÀ, *Marginalità apparente: l'innovazione organizzativa nella p.a. alle soglie della XVIII Legislatura*, in RGL, 2018, 3, 477.

³⁵ In termini pressoché identici anche L. CALAFÀ, *op. cit.*, 477 e A. ZILLI, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione “4.0”*, in D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo – agile – occasionale*, Bergamo, 2018, 356 ss.

come definire, distribuire ed assegnare tali obiettivi e quali soggetti, oltre al singolo lavoratore, vadano coinvolti in questo processo per assicurare che siano realistici, misurabili e verificabili³⁶. In particolare, se pare che nella definizione degli obiettivi individuali di ciascun lavoratore non possa non essere coinvolto il dirigente responsabile³⁷, meno chiaro è l'eventuale ruolo del sindacato e della contrattazione collettiva. Il problema deriva forse anche dal fatto che il lavoro agile, «quale modalità di prestazione lavorativa, sottoposta al potere direttivo del datore di lavoro pubblico, afferisce all'organizzazione del lavoro»³⁸. Detto altrimenti, l'organizzazione del lavoro agile, compresa la fissazione degli eventuali obiettivi individuali assegnati al singolo lavoratore, rientrerebbe a pieno titolo tra le prerogative dirigenziali, materia che – com'è noto – è esclusa da quelle oggetto di contrattazione collettiva³⁹. In questo senso depone anche il CCNL Funzioni Locali 2019-2021, il quale assegna la concreta definizione della disciplina del lavoro agile ad un regolamento emanato dalla singola amministrazione previo confronto con le associazioni sindacali⁴⁰. Infine, non si dimentichi che andrebbero individuate delle specifiche risorse volte a remunerare il personale che si sia distinto per aver raggiunto nei tempi e nei modi previsti gli obiettivi indicati all'interno del patto di lavoro agile, risorse di cui oltretutto non si avvantaggerebbe la generalità dei dipendenti, circostanza che potrebbe creare non pochi malumori tra il personale, ma anche nei sindacati.

Tuttavia, come anticipato, il principale scoglio da superare sembra essere di natura culturale, richiedendosi infatti tanto alla dirigenza quanto ai pubblici dipendenti di abbandonare la cultura dell'adempimento per far propria una logica che valorizza il risultato e stravolge la tradizionale organizzazione del lavoro: una rivoluzione che, nonostante le numerose indicazioni provenienti dal legislatore⁴¹, potrebbe incontrare non pochi oppositori.

³⁶ In proposito, v. le considerazioni di C. MACCHIONE, *op. cit.*, 81 ss., nonché quelle di E. D'AVINO, *op. cit.*, 60 ss.

³⁷ Cfr. le *Linee guida sul piano organizzativo del lavoro agile (POLA) e indicatori di performance* allegate al d.m. 9 dicembre 2020.

³⁸ Così l'*Atto di indirizzo per i rinnovi contrattuali del triennio 2022-2024*.

³⁹ Cfr. gli artt. 5, comma 2, e 40, comma 1, d.lgs. n. 165/2001.

⁴⁰ Cfr. il combinato disposto degli artt. 5, comma 3, lett. l) e 63, comma 2, CCNL Funzioni Locali 2019-2021.

4. La fase eventuale degli avanzamenti di carriera: una proposta di semplificazione

Infine, in relazione alla rigidità dei meccanismi di progressione di carriera, si potrebbe pensare di seguire fino in fondo, pur con i dovuti accorgimenti, soluzioni già ampiamente sperimentate⁴², superando – almeno in parte – il principio che vuole l'accesso ad un'area superiore subordinato al superamento di un nuovo concorso pubblico.

Infatti, ad opinione di chi scrive, la rigidità che contraddistingue la disciplina relativa agli avanzamenti di carriera, ancorché motivata dal principio del concorso pubblico e da quello di imparzialità, nonché dall'imperativo di scongiurare indiscriminate progressioni verso l'alto, si pone in netto contrasto con le esigenze di *attraction* e *retention* del personale già precedentemente rimarcate⁴³. Per soddisfare queste esigenze, le pp.aa. dovrebbero poter offrire agli aspiranti funzionari prospettive di crescita e di carriera analoghe a quelle garantite nel settore privato. Al contrario, il dipendente pubblico che pure abbia dato buona prova di sé e si sia dimostrato meritevole e capace, in forza di un'interpretazione rigorosa dell'art. 97, comma 4, Cost., sarebbe tenuto a prepararsi per un nuovo concorso e a sottoporsi ad una serie di prove differenti per ciascun avanzamento di carriera, il che può comprensibilmente risultare estenuante, soprattutto se si considerano le tempistiche e le modalità di espletamento di questi concorsi.

Com'è noto, tanto la Corte costituzionale quanto la Corte di Cassazione si sono dimostrate rigide ed irremovibili sul punto, avendo affermato e ribadito più volte che l'accesso ad una fascia funzionale superiore, in quanto accesso ad un nuovo posto di la-

⁴¹ Cfr., ad esempio, le *Linee guida sul piano organizzativo del lavoro agile (POLA) e indicatori di performance* e le *Linee guida in materia di lavoro agile nelle amministrazioni pubbliche* ex art. 1, comma 6, d.m. 8 ottobre 2021.

⁴² Ci si riferisce, ad esempio, alle procedure concorsuali riservate agli interni contemplate dall'art. 22, comma 15, d.lgs. n. 75/2017 per il triennio 2018-2020, poi estese anche al triennio successivo dall'art. 1, comma 1ter, d.l. 30 dicembre 2019, n. 162, convertito con modificazioni in l. 28 febbraio 2020, n. 8. Sull'argomento v. almeno M.P. MONACO, *Le progressioni verticali "transitorie"*, in *GDA*, 2019, 2, 242 ss.

⁴³ Per una lettura critica della normativa e della giurisprudenza relativa alla mobilità professionale dei dipendenti pubblici v. V. LUCIANI, *Mansioni, jus variandi e progressioni in carriera nel lavoro pubblico: le ambiguità del legislatore e le certezze della giurisprudenza*, in *LPA*, 2020, 1, 10 ss.

voro nella p.a., esige il previo esperimento di un concorso pubblico, il quale – oltretutto – non può essere riservato solo agli interni⁴⁴. Peraltro, benché le argomentazioni alla base di questa giurisprudenza siano più che condivisibili, trovando certa e significativa copertura negli artt. 3, 51, 97 e 98 Cost., deve ricordarsi che lo stesso art. 97 Cost. ammette delle eccezioni. Se, in effetti, il concorso pubblico rappresenta la regola, la norma costituzionale fa espressamente salvi i diversi casi stabiliti dalla legge, la quale può dunque prevedere delle deroghe al principio *de quo*, purché rispondano a criteri di ragionevolezza, perseguano interessi pubblici meritevoli di tutela e siano proporzionate allo scopo⁴⁵. Doveroso, in proposito, un riferimento alle frequenti e periodiche procedure di “stabilizzazione” motivate dall’opportunità di valorizzare l’esperienza professionale maturata dal personale precario⁴⁶.

Ciò detto, occorre precisare che quello che si sta qui proponendo non è un superamento del principio del concorso pubblico, bensì un suo “alleggerimento”. Alla luce del principio di imparzialità, quella degli avanzamenti di carriera non è infatti una materia che può essere affidata alla discrezionalità della singola amministrazione e dei suoi dirigenti, né la sua disciplina può ignorare i riflessi che tali avanzamenti producono sul-

⁴⁴ Limitandoci alle sentenze “capostipiti” di questo orientamento, cfr. Corte cost. 4 gennaio 1999, n. 1, in *GDA*, 1999, 6, 536, con nota di V. TALAMO, *Concorsi interni: prassi vecchie e nuove del legislatore davanti alla Corte costituzionale* e Cass., Sez. Un., 15 ottobre 2003, n. 15403, in *GDA*, 2004, 2, 143, con nota di A. CORPACI, *La Cassazione muta orientamento sulle procedure di progressione in carriera nel settore pubblico*. In dottrina, anche per più ampi riferimenti giurisprudenziali, v. *ex multis* B. GAGLIARDI, *Il principio del pubblico concorso e l’insuperabile specialità del reclutamento nelle pubbliche amministrazioni*, in *IF*, 2021, 2, 417 ss. e L. TRIA, *Il reclutamento del personale*, in *LDE*, 2024, 1, 6 ss.

⁴⁵ Sul punto, anche per i pertinenti richiami giurisprudenziali, v. ad esempio A. RICCOBONO, *Concorsi pubblici e progressioni di carriera nella stagione del “grande reclutamento”*, in *RGL*, 2022, 1, 81 ss. e M. DE ROSA, *Progressioni verticali e principi di concorsualità: un equilibrio difficile*, in *LPA*, 2022, 1, 87 ss.

⁴⁶ Sul tema, in generale, v. almeno E. PASQUALETTO, *Reclutamento e stabilizzabilità dei lavoratori impiegati con contratti flessibili: somministrazione di lavoro e collaborazioni coordinate e continuative a confronto*, in A. BOSCATI, A. ZILLI (a cura di), *Il reclutamento nella P.A. Dall’emergenza alla nuova normalità - Volume I*, cit., 253 ss. e C. TIMELLINI, *Le stabilizzazioni: doppio canale e ultime notizie*, *ivi*, 283 ss.

l'organizzazione degli uffici e sulla spesa complessiva per il personale. Una disciplina delle progressioni di carriera che salvaguardi i principi di imparzialità e buon andamento, tenendo conto anche dei vincoli di finanza pubblica *ex artt.* 81 e 97, comma 1, Cost., si impone dunque come necessaria. Cionondimeno, si ritiene che un diverso bilanciamento di interessi, più attento alla necessità di rendere attrattivo il lavoro pubblico, sia possibile.

Ebbene, di questa esigenza sembra recentemente essersi accorto lo stesso legislatore, il quale, modificando l'art. 52, comma *1bis*, d.lgs. n. 165/2001⁴⁷, ha inteso rivitalizzare la disciplina delle cosiddette progressioni “verticali” fra le aree⁴⁸.

La norma in questione, tuttavia, non è stata accolta favorevolmente dai primi commentatori, i quali – comprensibilmente – si sono preoccupati di evidenziare i rischi sottesi ad una simile disciplina. La scelta di ricorrere alle progressioni “verticali” per valorizzare il personale in servizio si presterebbe infatti a diverse critiche, specie alla luce delle esperienze passate, ove – su spinta sindacale – si è assistito ad un sovra-inquadramento generalizzato di intere categorie di dipendenti privi dei delle competenze e dei titoli necessari⁴⁹, requisiti che tanto la legge quanto la contrattazione collettiva consentivano di surrogare con la mera anzianità di servizio⁵⁰. Non si trascuri, però, che rispetto alla disciplina previgente, quella attualmente in vigore si distingue per alcuni profili meritevoli di apprezzamento, a cominciare dall'individuazione di criteri valutativi ulteriori rispetto alla sola

⁴⁷ Cfr. l'art. 3, comma 1, d.l. 9 giugno 2021, n. 80, convertito con modificazioni in l. 6 agosto 2021, n. 113.

⁴⁸ Su cui, *ex multis*, v. A. RICCOBONO, *op. cit.* 81 ss.; S. MAINARDI, *Inquadramenti pubblici atto II. Appunti dai CCNL tra organizzazione e tutela della professionalità*, cit., 464 ss.; V. TALAMO, *La carriera nel lavoro pubblico privatizzato dopo il Decreto Reclutamento*, in *GDA*, 2023, 6, 713 ss.; M. NICOLOSI, *op. cit.*, 259 ss.

⁴⁹ Cfr., tra gli altri, A. RICCOBONO, *Le nuove carriere dei dipendenti pubblici: professionalità, merito, imparzialità tra concorso, comparazione e valutazione*, in *LPA*, 2023, 2, 305 ss. e V. TALAMO, *I sistemi “resilienti” di inquadramento professionale del personale pubblico dopo il decreto reclutamento ed i CCNL 2019-21*, *ivi*, 2023, 3, 477 ss.

⁵⁰ Criticità che si possono riscontrare ancora oggi nella disciplina transitoria delle progressioni tra le aree definita dalla contrattazione collettiva in attuazione di quanto previsto dall'ultimo periodo dell'art. 52, comma *1bis*, d.lgs. n. 165/2001. In proposito, oltre alle considerazioni critiche degli Autori citati nella nota precedente, v. anche quelle di M. NICOLOSI, *op. cit.* 276 ss.

valutazione conseguita dal dipendente, tra cui il possesso di titoli di studio e competenze professionali ulteriori rispetto a quelli previsti per l'accesso all'area dall'esterno ed il numero e la tipologia di incarichi eventualmente ricoperti in precedenza. Peraltro, il legislatore nulla dice sulla ponderazione tra questi criteri, sicché non è affatto da escludersi che nel concreto venga ad assumere valore preminente il criterio relativo alla valutazione conseguita dal dipendente, il quale – alla luce dei limiti del d.lgs. n. 150/2009 – rischia però di essere scarsamente attendibile. Ad ogni modo, la differenza principale rispetto alla normativa pregressa va rinvenuta nel fatto che non si ha più a che vedere con un concorso pubblico con riserva di posti, bensì con una procedura comparativa riservata al personale interno⁵¹. La norma in questione fa sì salvo l'accesso dall'esterno, ma a ben vedere sembrerebbe individuare due differenti canali d'accesso per i posti messi a bando: per gli “esterni” un vero e proprio concorso pubblico, per gli “interni” una più semplice procedura comparativa. Il legislatore avrebbe quindi trovato un modo per contemperare il principio del concorso pubblico – e, in particolare, la garanzia dell'adeguato accesso dall'esterno – con l'esigenza di valorizzare il personale già in servizio, prevedendo per gli “interni” canali dedicati.

Le buone intenzioni del legislatore sembrano però andare incontro ad alcuni ostacoli, i quali, più che nei vincoli ordinali, vanno rintracciati per l'ennesima volta in limiti di altra natura e, più precisamente, nei difetti e nelle carenze che affliggono i sistemi di misurazione e valutazione della *performance*. Infatti, nonostante l'intervento manutentivo realizzato dal d.lgs. 25 maggio 2017, n. 74, in questa materia continuano purtroppo a registrarsi diverse criticità, tra le quali: l'assenza di una cultura della valutazione, essendo prevalente quella dell'adempimento; la complessità della normativa e la farraginosità del ciclo

⁵¹ Di questo avviso anche A. RICCOBONO, *Concorsi pubblici e progressioni di carriera nella stagione del “grande reclutamento”*, cit., pp. 81 ss. e M. NICOLOSI, *op. cit.*, 263 ss. *Contra*, V. TALAMO, *La carriera nel lavoro pubblico privatizzato dopo il Decreto Reclutamento*, cit., 718 ss. e S. MAINARDI, *Inquadramenti pubblici atto II. Appunti dai CCNL tra organizzazione e tutela della professionalità*, cit., 464 ss., secondo il quale le procedure comparative di cui all'art. 52, comma 1bis, d.lgs. n. 165/2001 coinciderebbero con le procedure selettive di cui al precedente art. 52, comma 1, deponendo in tal senso anche il disposto dell'art. 24, comma 1, d.lgs. n. 150/2009.

della *performance*; l'autoreferenzialità degli stessi sistemi di misurazione e valutazione della *performance*; l'assenza di forme di valutazione esterna; la renitenza della dirigenza nel valutare i propri collaboratori differenziandone i giudizi come invece prescritto dall'art. 9, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 150/2009⁵².

Eppure, senza l'implementazione di un efficace sistema di misurazione e valutazione della *performance* non può esserci alcuna selettività nella distribuzione dei trattamenti incentivanti, siano essi economici o di carriera. Dunque, se non si superano queste criticità, non sarà mai possibile differenziare il trattamento economico del personale in relazione alla produttività e al risultato, né dare una parvenza di selettività alle progressioni "verticali". Detto altrimenti, soltanto il corretto funzionamento dei sistemi di misurazione e valutazione della *performance* consente di fondare una deroga così ampia all'art. 97, comma 4, Cost. come quella delineata dall'art. 52, comma 1bis, d.lgs. n. 165/2001. Allo stato attuale, però, si è ancora piuttosto lontani dal raggiungere questa condizione, il che – inevitabilmente – getta un'ombra sulla bontà della soluzione qui prospettata e fatta propria dallo stesso legislatore.

5. Osservazioni conclusive

Alla luce di quanto emerso nel corso della presente indagine, deve riconoscersi come la volontà di rendere la p.a. un datore di lavoro che valorizzi il merito e la *performance*, offrendo condizioni di lavoro paragonabili a quelle del lavoro privato, più che con i vincoli derivanti dalla Costituzione e dalle disposizioni di legge relative al pubblico impiego "privatizzato", si scontri con limiti di ben altra natura, limiti "di contesto" che il giuslavorista che si approcci al tema del lavoro pubblico non può ignorare e che, anzi, deve tenere in debita considerazione.

Il primo di essi, com'è ben noto, ha a che vedere con la cro-

⁵² Sulle criticità dei sistemi di misurazione e valutazioni della *performance*, *ex multis*, v. almeno E. D'ALTERIO, *La valutazione della performance nelle pubbliche amministrazioni: stato dell'arte e nodi (ancora) da sciogliere*, in B. CARUSO (a cura di), *op. cit.*, 157 ss., nonché M. LOVO, *La valutazione dei dipendenti pubblici: novità della riforma "Madia" e questioni aperte*, in *LPA*, 2018, 3, 124 ss. e G. DELLA ROCCA, P. MASTROGIUSEPPE, "Valutazione" nella pubblica amministrazione: questione irrisolta, in *DLM*, 2021, 2, 507 e ss.

nica scarsità di risorse da destinare al trattamento economico fondamentale ed accessorio dei pubblici dipendenti⁵³. Tuttavia, non ci si può fermare a tale constatazione, magari convinti del fatto che si tratti di un fattore esogeno, ovvero di una variabile sulla quale non è possibile influire in alcun modo. Infatti, se è pur vero che l'ipotesi di incrementare gli stipendi dei pubblici dipendenti deve necessariamente fare i conti con i vincoli di finanza pubblica, non può sottacersi l'urgenza con la quale sia indispensabile agire su questo versante. Se la p.a. non sarà in grado di garantire condizioni di lavoro e trattamenti economici paragonabili a quelli offerti nel settore privato, nel prossimo futuro potrebbe faticare non poco a reclutare quei profili tecnici e quelle professionalità di cui invece ha così bisogno. Il rischio, in ultima analisi, è quello di ritrovarsi con una p.a. priva del personale di cui necessita per garantire all'utenza i servizi pubblici che è chiamata ad erogare, con la conseguenza che esternalizzazioni e privatizzazioni si imporranno come l'unica scelta possibile.

Il secondo di questi limiti, invece, è legato ai comportamenti e agli interessi dei principali *stakeholders* coinvolti, a cominciare dalle associazioni sindacali dei lavoratori e dalla dirigenza pubblica, attori la cui inerzia o il cui dissenso possono facilmente arenare o addirittura affossare una riforma, decretandone il fallimento. Sul modo di agire di questi soggetti, com'è noto, spesso il legislatore può ben poco. Ciò vale in particolare per il sindacato, soggetto le cui logiche d'azione, ancorché sottoposte a limiti di legge, sono difficilmente condizionabili. Se non altro, con le associazioni sindacali è sempre possibile negoziare secondo una logica di scambio politico, strada che lo stesso legislatore, consapevole del fatto che è senz'altro preferibile che il sindacato partecipi al processo riformatore piuttosto che osteggiarlo, ha spesso deciso di percorrere⁵⁴. Esempio, a riguardo, sono sia il *Patto per l'innovazione del lavoro pubblico e la coesione sociale* del 10 marzo 2021⁵⁵, sia le riforme adottate in at-

⁵³ In proposito, si segnalano però l'art. 3, comma 2, d.l. n. 80/2021 e l'art. 1, comma 604, l. 30 dicembre 2021, n. 234, disposizioni che hanno consentito di superare i limiti di spesa relativi al trattamento economico accessorio di cui all'art. 23, comma 2, d.lgs. n. 75/2017. Sul punto, v. S. MAINARDI, *Trattamenti economici e incentivazione dei dipendenti pubblici*, cit., 2 ss.

⁵⁴ Sull'argomento v. almeno P. MASTROGIUSEPPE, V. TALAMO, *Contrattazione collettiva nel lavoro pubblico e concertazione sociale. Stato dell'arte e prospettive*, in *LPA*, 2021, 2, 289 ss.

tuaione del *Patto* medesimo. Discorso in parte diverso, invece, per la dirigenza, ben potendosi fare di più – anche a livello normativo – per creare le condizioni indispensabili al fine di costruire una dirigenza pubblica dotata di capacità manageriali e di *leadership*, responsabile, con una forte identità ed indipendente dal vertice politico⁵⁶.

Né, da ultimo, va dimenticata l'assenza all'interno delle pp.aa. di una cultura organizzativa basata sul merito e sul risultato, prerequisite indispensabile per l'implementazione e la buona riuscita delle soluzioni proposte in questa sede, ma che certamente non può essere costruita, né sostituita dalla norma giuridica. Solo la formazione, unitamente al ricambio generazionale, può infatti favorire il cambiamento culturale, cambiamento al quale, però, la p.a. s'è sempre opposta, preferendo ad esso il mantenimento dello *status quo*.

Tanto chiarito, pur non essendo completamente nelle mani del legislatore la possibilità di rimuovere i limiti di varia natura che ostacolano la valorizzazione del merito nel settore pubblico, si resta dell'idea che – con gli opportuni adattamenti e le giuste riforme, a partire da quella dei sistemi di misurazione e valutazione della *performance* – le misure proposte possano rappresentare una valida base di partenza per affrontare i problemi di *attraction* e *retention* della p.a. Peraltro, al di là della soluzione concretamente prescelta per far fronte al problema, ciò che conta è avviare un serio confronto sull'argomento. È infatti convinzione di chi scrive che si abbia a che fare con un tema che va affrontato con urgenza e che non può essere rimandato a data da destinarsi. Dal capitale umano a disposizione delle pp.aa., infatti, dipende non solo la qualità dei servizi resi dalle medesime a cittadini e imprese, ma – ancor prima – la tenuta del tessuto socioeconomico del Paese.

⁵⁵ Sul quale v. almeno L. ZOPPOLI, *Il patto di Brunetta II: un patto per l'innovazione del lavoro pubblico e la coesione sociale con la partecipazione sindacale*, in *DLM*, 2022, 3, 485 ss.

⁵⁶ Sull'argomento, tra i tanti, v. ad esempio B.G. MATTARELLA, *Per una riforma della dirigenza pubblica*, in A. CORPACI, R. DEL PUNTA, M.P. MONACO (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico. Riflessioni a due anni dalla legge Madia*, Milano, 2018 pp. 97 e ss. e M. GIOVANNELLI, D. NUGNES, *Dirigenza pubblica, un profilo*, in *SINAPPSI*, 2020, 1, 91 ss.

MARIA BARBERIO

“RENDIMENTO ACCADEMICO”
E “FUNZIONE ACCADEMICA
DELL’ASSICURAZIONE QUALITÀ”:
PROSPETTIVE DI PREMIALITÀ ECONOMICA
(E NON SOLO)

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Inquadramento degli obblighi “tradizionali” dei docenti universitari. 3. Oltre gli obblighi “tradizionali” dei docenti universitari: la Terza missione... 3.1...(segue) Le funzioni svolte dai docenti nei processi AQ. 4. Il *vulnus* rispetto alla valutazione della performance del personale tecnico-amministrativo: la necessità di un sistema integrato, nel rispetto delle peculiarità della funzione docente. 5. La “valutazione del merito” e il trattamento economico dei docenti: il possibile impatto delle funzioni AQ. 6. Qualche considerazione conclusiva.

1. Premessa

Nelle Università, l’impianto originario del ciclo della *performance*¹, rinvenibile nel d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, si rivolgeva unicamente al personale tecnico amministrativo, escludendo il coinvolgimento del corpo docente.

Alla base di questa estromissione vi era innanzitutto la tradizionale visione dell’attività accademica, ispirata a principi di autonomia e autoregolazione del lavoro, estremamente divergente da quella su cui si fonda l’impiego del personale tecnico-amministrativo, che risponde a principi di organizzazione gerarchica e orientamento agli obiettivi. Tale approccio, però, appare ormai superato da tempo, in favore di una necessaria partecipazione integrata delle due anime dell’Università, finalizzata all’acco-

¹ V., per tutti, A. Avio, *La performance come valutazione dell’adempimento nel rapporto alle dipendenze della p.a.*, Napoli, 2017.

glimento di una logica rivolta non al mero adempimento ma orientata verso un sistema di valutazione che ambisce ad essere condiviso. Così come risulta abbandonata anche la considerazione che l'autogoverno universitario determini un controllo statuale solo sulla rispondenza delle attività ai “fini tipici e prefissati”² e non sull’adeguatezza e qualità delle stesse.

In altri termini, il “doppio binario” risultava ragionevole finché l’Università non è caduta nel trabocchetto della “qualità”, “eccellenza”, “governance”, “stakeholders” e “competizione”, cioè finché non si è arresa alla “follia della valutazione”³ e alla “quantofrenia”. L’esclusione del corpo docente ha, dunque, perso ogni ragion d’essere quando, accanto al sistema di valutazione della *performance*, si è affermato il modello AVA (Autovalutazione – Valutazione – Accreditamento)⁴, che ha l’obiettivo dichiarato di migliorare la qualità della didattica e della ricerca svolte negli Atenei, attraverso l’applicazione di un processo di Assicurazione della Qualità (di seguito solo AQ), a sua volta fondato su procedure interne di progettazione, gestione, autovalutazione e miglioramento delle attività formative e scientifiche e su una verifica esterna effettuata in modo chiaro e trasparente.

Siffatto sistema – in risposta anche a un’esigenza rappresentata a livello Europeo⁵ da parte di ENQA “European Association for Quality Assurance in Higher Education” ed EQAR

“European Quality Assurance Register” e in aderenza al d.m. 25 marzo 2021, n. 289 (Linee generali d’indirizzo della programmazione triennale del sistema universitario per il triennio 2021-2023) e al d.m. 14 ottobre 2021, n. 1154 – ha subito di recente un aggiornamento che ha comportato l’adozione del c.d.

² L’espressione è di U. POTOTSCHNIG, *Strutture di governo e autogoverno*, in *AIC, L’autonomia universitaria*, Padova, 1990, 33.

³ Secondo A. ABELHAUSER, la follia sociale ha un nome: «la valutazione ed è il sintomo del decadimento sociale» (A. ALBEHAUSER, R. GORI, M.J. SAURET, *La folie evaluation. Les nouvelles fabriques de la servitude*, Paris, 2011, 7).

⁴ Il sistema è stato introdotto con il d.lgs. 27 gennaio 2012, n. 19. Per una ricostruzione, si v. P. SERAFINO, *La valutazione dell’assicurazione della qualità nell’università italiana. Dal processo di Bologna al sistema Ava*, in *Amministrativ@mente*, 2018, I-II, 3 ss.;

⁵ La letteratura sul tema è piuttosto vasta. Si rinvia, pertanto, ai contributi più recenti di S. HANDAKE, *Accreditation Agencies in European Higher Education Area*, Cheltenham, 2023 e C. DIENEL, *Globalizing Higher Education and Strengthening the European Spirit*, Londra, 2024.

modello AVA3⁶. In questo modello – ma invero già nei precedenti – il corpo docente è stato coinvolto a vario titolo, divenendo parte integrante di diverse formazioni che rappresentano i c.d. attori della qualità.

I due sistemi – ciclo della *performance* e AQ – non si sono, tuttavia, mai integrati⁷ a causa di interventi normativi sconnessi e rispetto ai quali sembrerebbe opportuna la riconduzione entro un modello unitario: esso dovrebbe avere il pregio di semplificare e alleggerire gli adempimenti e chiarire la logica premiale sottesa alla partecipazione dei docenti – come pure del personale tecnico amministrativo – in qualità di attori del processo di miglioramento della prestazione universitaria.

Allo stato attuale, però, non è possibile rinvenire nella normativa in tema di AQ, almeno in modo esplicito, incentivi che premino, specialmente da un punto di vista economico, i docenti che sono parte attiva del processo in questione, sebbene gli adempimenti ad esso sottesi costituiscano ormai un importante impegno da coniugare con i doveri di didattica e ricerca, che, invece, sono oggetto di valutazione.

Occorre, pertanto, verificare se, a partire da una ricostruzione degli obblighi dei docenti⁸, la partecipazione ai processi AQ possa essere in qualche modo ricompresa nel rendimento acca-

⁶ I requisiti del Modello AVA3 sono stati approvati dal Consiglio Direttivo dell’Anvur l’8 settembre 2022. Si registra un allineamento con gli Ambiti di Valutazione di cui all’allegato C del d.m. 14 ottobre 2021, n. 1154, con alcune modifiche rispetto al Modello (AVA 2). In particolare, si è inteso sponsorizzare maggiormente una visione complessiva e unitaria della qualità della didattica, della ricerca, della terza missione e delle attività istituzionali e gestionali, da realizzarsi a partire da un’integrazione sistemica di politiche, strategie, obiettivi strategici e operativi e ad una implementazione del monitoraggio delle stesse. Inoltre, in linea con quanto richiesto da ENQA in sede di accreditamento di Anvur, i requisiti di qualità per la valutazione dei corsi di dottorato di ricerca coerentemente con il d.m. 14 dicembre 2021 n. 226.

⁷ Su questo intreccio, v. L. ZOPPOLI, *La c.d. ‘Riforma’ Brunetta e il personale universitario*, in M. BROLO, R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *La riforma dell’Università tra legge e statuti*, Milano, 2011, 229 ss.

⁸ Per l’inquadramento dei docenti universitari si v., E. CASTORINA, *Lo status dei docenti universitari*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2021, VI, 73 ss. V., altresì, sebbene pre-riforma Gelmini, M.T. CARINCI, *Docenti e ricercatori universitari*, in F. CARINCI, M. D’ANTONA, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, Giuffrè 1995, t. I, 204 ss. e AA.VV., *I professori universitari*, in F. CARINCI, A. DAPAS, M. SANTINI, L. VIOLA (a cura di), in *Il pubblico impiego non privatizzato*, in F. CARINCI, V. TENORE, A. DAPAS, L. VIOLA (a cura di) V, Milano, 2010.

demico, con ricadute in termini di incentivazione economica (condizionando, ad esempio, l'attribuzione degli scatti stipendiali) ma anche di progressioni di carriera.

2. Inquadramento dei “tradizionali” obblighi dei docenti

La ricostruzione degli obblighi dei professori e ricercatori universitari sconta un importante problema di fondo: la disciplina è disorganica e spesso risalente nel tempo. Emerge, dunque, una significativa difficoltà di coordinamento tra fonti di rango primario e secondario, peraltro di diversa tipologia, conseguenza della massiccia delegificazione che connota la materia e che finisce per adulterare lo *status* di docente che vorrebbe essere unitario, quale riflesso immediato dell'art. 33 Cost (v. *infra*).

Tale delegificazione impatta in maniera rilevante sul panorama variegato dei parametri della valutazione dei professori e ricercatori⁹ e, di riflesso, sul loro trattamento economico¹⁰, rispetto ai quali l'unica vera costante pare attenersi alla mancata valorizzazione di alcune importanti attività svolte dai docenti universitari. In particolare, il riferimento è alla partecipazione del corpo docente nei processi AQ – ma anche nelle attività di Terza Missione – che ormai connotano, sempre con maggiore incidenza, la quotidianità della compagine universitaria.

Si tratta di funzioni, diverse da quelle tradizionali di ricerca e insegnamento, che risultano però il più delle volte completamente sguarnite di qualsivoglia forma riconoscimento o al più oggetto di indennità, concesse senza alcuna vera stima dell'impegno necessario per concorrere alla loro realizzazione.

Risulta, quindi, opportuno cercare di definire il quadro ordinamentale dei doveri dei professori e ricercatori universitari – tenendo in disparte le attività accessorie e volontarie¹¹ – al fine

⁹ V. E. CASTORINA, *op. cit.*, 98 ss. Sulla valutazione della docenza v. R. SANTUCCI, *Libertà di ricerca e rapporto di impiego dei ricercatori e docenti*, Napoli, 2017, 113 ss.

¹⁰ Sul trattamento economico dei docenti, v. R. CALVANO, *I professori universitari tra riforma strisciante dello stato giuridico e processi di valutazione. “Sorvegliare e punire”?*, in *RivistaAIC*, 2018, I, 5 ss.

¹¹ A titolo esemplificativo, si v. gli artt. 10, 10 *bis*, 11, 12 della l. 30 dicembre 2010 n. 240.

di verificare, preliminarmente, che spazio possano occupare queste nuove missioni.

Gli obblighi dei docenti universitari sostanzialmente coincidono con quelli propri del personale non privatizzato delle pubbliche amministrazioni, ferma restando le specificità legate al loro stato giuridico¹². Quest’ultime sono diretta conseguenza del principio di libertà di insegnamento¹³ e di ricerca¹⁴ che, sotto l’egida dell’art. 33 Cost¹⁵, rappresentano la precondizione dell’autonomia¹⁶ demandata agli atenei in qualità di organi di “autogoverno”¹⁷.

Tali principi erano già espressi nel Testo Unico sull’istruzione superiore (r.d. 31 agosto 1933, n. 1592), in parte ancora vigente, che individuava come unico limite alla libertà di insegnamento la necessità di coordinamento dei programmi didattici (art. 85, r.d. 31 agosto 1933, n. 1592) e sono stati ripresi anche nell’art. 1, l. 30 dicembre 2010, n. 240¹⁸.

Libertà e autonomie universitarie – necessariamente da declinarsi al plurale – sono alla base della scelta del legislatore di

¹² V. L. CAPALDO, *Lo stato giuridico del docente universitario e lo svolgimento del rapporto*, in *I professori universitari*, cit., 129 ss. V., altresì, R. SANTUCCI, *Libertà di ricerca e rapporto di impiego dei ricercatori e docenti*, Napoli, 2017, 37 ss.

¹³ Che non dovrebbe soffrire di alcuna eccezione. V. P. CALAMANDREI, *Si mette in pericolo la costituzionalità della Corte costituzionale*, in *Opere giuridiche*, X, Roman, 2019, 539, in cui evidenzia che «fra l’esercizio di questa alta funzione costituzionale e l’insegnamento deve esservi incompatibilità senza eccezione».

¹⁴ V. art. 7 d.p.r. 11 luglio 1980, n. 382. In dottrina, si v. A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali*, in *Nuove dimensioni dei diritti di libertà. Scritti in onore di P. Barile*, Padova, 1990, 89;

¹⁵ V. già Corte cost., 2 giugno 1977, n. 103, in *DJ. V.*, sulla riserva di legge, V. R. CALVANO, *op. cit.*, 4 e i riferimenti della nota 13.

¹⁶ C. PINELLI, *Autonomia universitaria, libertà della scienza e valutazione dell’attività scientifica*, in *Rivistaaic.it*, 2011, III, 1 ss. Sull’autonomia v. anche L.A. MAZZAROLI, *Il principio dell’autonomia universitaria nella Costituzione*, in M. BROLLO, R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *La riforma dell’Università tra legge e statuti*, cit., 19 ss. e più di recente, A. BARAGGIA, *L’autonomia universitaria nel quadro costituzionale italiano ed europeo*, Milano, 2016 e A. MARA, *Il concetto di autonomia universitaria tra sviluppi storici e prospettive*, in *Diritto Amministrativo*, 2023, V, 135 ss.

¹⁷ Parla di valenza prescrittiva in ordine al “dover essere” della disciplina delle funzioni demandate agli Atenei, E. CASTORINA, *op.cit.*, 75

¹⁸ Su cui v. AA.VV., *La riforma dell’università tra legge e statuti: analisi interdisciplinare della Legge n. 240/2010*, M. BROLLO, R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), cit.

mantenere nel regime pubblicistico il rapporto di impiego dei professori e dei ricercatori universitari (v. *infra*). Si tratta di motivazioni che possono ritenersi ancora pienamente attuali per rifuggire tentazioni di privatizzazione¹⁹, che sono alimentate da importanti – ed ormai inarrestabili – spinte verso l’“aziendalizzazione” delle strutture universitarie²⁰.

Proprio tali esortazioni – che invero connotano, a vario titolo, tutta la pubblica amministrazione – spiegano l’affiancamento ai compiti di didattica, ricerca e terza missione, di ulteriori attività connesse alla *governance* universitaria che, tuttavia, non paiono completamente sconosciute alle risalenti previsioni della disciplina universitaria, sebbene se ne debba ammettere sin da subito la diversa portata.

Andando con ordine, rispetto all’inquadramento concreto dei compiti dei docenti, occorre prendere le mosse dall’art. 84 del r.d. 31 agosto 1933, n. 1592, il quale dispone che i professori di ruolo abbiano l’obbligo di dedicare al proprio insegnamento, sotto forma sia di lezioni cattedratiche sia di esercitazioni, tante ore settimanali, quante la natura e l’estensione dell’insegnamento stesso richiedano; di osservare l’orario scolastico prestabilito; di attendere alla direzione dei gabinetti, istituti, cliniche, laboratori e simili, annessi alle loro cattedre; di partecipare alle funzioni accademiche e a quelle ad esse connesse, cui siano chiamati, e cioè adunanze di Consigli delle Università o Istituti, Commissioni per prove di profitto o per esami di laurea o diploma, e per esami di Stato, Commissioni per nomine di professori di ruolo o per abilitazioni alla libera docenza, Commissioni giudicatrici di concorsi a cattedre d’Istituti medi d’istruzione e simili.

Il contenuto di questo articolo è sostanzialmente riprodotto nell’art. 6 della l. 18 marzo 1958, n. 311 che definisce l’obbligo didattico, con l’ulteriore precisazione che esso debba essere assolto in non meno di tre giorni distinti.

¹⁹ Sul tema v. R. SANTUCCI, *La professionalità dei docenti universitari: le potenzialità oscurate*, in *LPA*, 2023, III, 526 ss. Per una riflessione più ampia sul pubblico impiego, v. A. BELLAVISTA, *La privatizzazione del pubblico impiego trent’anni dopo. Dal disastro verso l’ignoto ... e ritorno*, *ivi*, 2023, I, 11 ss.

²⁰ V. AA.VV., *Competizione e governance del sistema universitario*, E. PICOZZA, A. POLICE (a cura di), Torino, 2013 ed in particolare il contributo di E. PICOZZA, *Governance e concorrenza nell’Università. Riflessioni tecniche*, *ivi*, 59 ss. e, meno di recente, si v. M. STRASSOLDO, *L’azienda Università. Le sfide del cambiamento*, Torino, 2001.

L’art. 9 del d.p.r. 11 luglio 1980, n. 382 riconosce, poi, la possibilità di assegnare al professore ordinario, previo suo consenso, in sostituzione dell’insegnamento di cui è titolare, di un corso di insegnamento in materia diversa purché compresa nello stesso raggruppamento concorsuale o in altri raggruppamenti riconosciuti affini dal Consiglio universitario nazionale (CUN).

Al professore ordinario può, altresì, essere affidato, con il suo consenso, lo svolgimento di attività didattiche aggiuntive rispetto a quello dei corsi di insegnamento previsti per il conseguimento del diploma di laurea, incluse le attività relative ai corsi nelle scuole dirette a fini speciali, di specializzazione e di perfezionamento e le attività relative agli studi per il conseguimento del dottorato di ricerca, ove istituito (art. 9, comma), tenendo conto che, in ogni caso, l’impegno didattico complessivamente considerato del professore non può essere inferiore all’impegno orario per l’attività didattica, previsto dall’art. 10 del d.p.r. 11 luglio 1980, n. 382. A ciò si aggiunga l’eventualità che i consigli delle facoltà o scuole possano altresì affidare a titolo gratuito, ai professori ordinari, con il loro consenso ovvero su loro richiesta e nell’ambito della stessa facoltà, lo svolgimento di un secondo insegnamento per materia affine.

L’impegno complessivo richiesto al professore ordinario è definito, quindi, dall’art. 10 del d.p.r. 11 luglio 1980, n. 382 in non meno di 250 ore annuali distribuite in forme e secondo modalità da specificare ai sensi del secondo comma del precedente art. 7.

Questa previsione, ancora vigente, deve coordinarsi con lo stato giuridico dei professori e dei ricercatori di ruolo definito dall’art. 6 della l. 30 dicembre 2010, che distingue tra professori a tempo pieno o a tempo definito²¹, in combinato disposto con l’art. 11 d.p.r. 11 luglio 1980, n. 382. Per i primi, l’impegno richiesto per le attività annue di ricerca, di studio e di insegnamento, con annessi compiti preparatori, di verifica e organizzativi è pari a 1500 ore annue, mentre per i secondi tale impegno risulta dimezzato. Di queste ore, non meno di 350 per i professori e ricercatori in regime a tempo pieno e non meno di 250 per quelli a tempo definito, devono essere destinati a compiti didattici e di servizio agli studenti, tra cui rientrano le attività di tutorato,

²¹ Sul tema V. R. SANTUCCI, *op.cit.*, 100 ss. Cfr. Corte cost., 2 novembre 2010, n. 31, in *DJ*.

orientamento nonché di verifica dell'apprendimento (art. 6, comma 2, l. 30 dicembre 2010, n. 240). I ricercatori, invece, devono dedicare alla didattica integrativa, nonché alle attività di sostegno agli studenti, fino a un massimo di 350 ore se in regime di tempo pieno e di 200 se a tempo definito (art. 6, comma 3, l. 30 dicembre 2010, n. 240).

Per quanto attiene l'attività di ricerca, essa è oggetto di valutazione sulla base di criteri standardizzati e algoritmi, il cui funzionamento è, per certi versi, ancora oscuro (l. 24 novembre 2006, n. 286 e art. 6, comma 7, l. 30 dicembre 2010, n. 240) e rispetto alle quali vi è da sempre stato un certo scetticismo²².

I docenti sono, altresì, tenuti ad assicurare il loro impegno per la partecipazione agli organi collegiali e di governo dell'Ateneo secondo i compiti previsti per ciascuna fascia. In particolare, i professori a tempo pieno sono obbligati anche a garantire la loro presenza per non meno di altre 100 ore annuali per le attività di cui al successivo comma quarto e per l'assolvimento di compiti organizzativi interni (art. 10, comma 2, d.p.r. 11 luglio 1980, n. 382). La ripartizione di tali attività e compiti è determinata all'inizio di ogni anno accademico d'intesa tra i consigli di facoltà e di corso di laurea, con il consenso del professore interessato (art. 10, comma 3, d.p.r. 11 luglio 1980, n. 382).

Questa norma menziona i cd. compiti "governativi" che, peraltro, trovavano già un riferimento nell'art. 84 del r.d. 31 agosto 1933, n. 1592, laddove si citavano le "funzioni accademiche".

Le fonti primarie, però, non contengono una declinazione

²² V. S. CASSESE, *L'Anvur ha ucciso la valutazione. Viva la valutazione! Lo stato delle università e la valutazione della ricerca*, in F. CARINCI, M. BROLLO (a cura di), *Abilitazione scientifica per i professori universitari*, in F. CARINCI (a cura di), *Leggi e Lavoro*, Milano, 2013, 175 ss. Parla di "biasimo completo" per il procedimento messo in piedi dall'Anvur, E. GRAGNOLI, *La mancata valutazione della ricerca scientifica dei professori universitari*, in *LG*, 2013, II, 129 ss. V. altresì, C. BARBATI, *La valutazione "in cerca" di regole*, in F. CARINCI, M. BROLLO (a cura di), *Abilitazione scientifica per i professori universitari*, cit., 183 ss.; L. ZOPPOLI, *La valutazione della ricerca giuridica davanti all'alibi delle procedure: tra scetticismo, isteresi e tradimenti dei chierici ("casta" o "mercato"?)*, *ivi*, 217 ss. Per un inquadramento v. anche R. DI RIAIMO, V. TONDI DELLA MURA, *La valutazione anonima e le sue conseguenze sul sistema della ricerca scientifica*, in *www.federalismi.it*, 2011, XV, 1 ss. V. più di recente, anche in relazione alla VQR e ai progetti di ricerca, F. COSTANTINO, *Libertà di scienza tra autonomia universitaria e centralizzazione amministrativa*, Napoli, 2018, 177.

precisa dei “compiti organizzativi interni” e delle “funzioni accademiche”, le quali trovano, invece, una definizione, più o meno puntuale, nell’ambito dei regolamenti di ateneo, ai quali, difatti, è assegnato un ruolo chiave, anche rispetto alle ricadute economiche dell’assolvimento di tali obblighi, ritenuto ormai compatibile con la riserva di legge²³ contenuta nell’art. 33 Cost.

L’unico punto fermo sulla valutazione attiene alla modalità, ossia il personale docente è tenuto a presentare una relazione triennale sul complesso delle attività didattiche, di ricerca e gestionali sul lavoro scientifico svolto nel corso del triennio stesso corredata della relativa documentazione (art. 6, comma 14, l. 30 dicembre 2010, n. 240). Tale norma sembrerebbe, quindi, lasciare spazio alla rendicontazione di “attività gestionali” che, tuttavia, siano sempre riferite al lavoro scientifico del docente, escludendo, sulla base di una sua mera interpretazione letterale, la possibilità che questa possa essere la sede dove dar conto delle energie spese per l’adempimenti dei nuovi doveri e missioni, cui è chiamato il corpo docente.

3. Oltre gli obblighi “tradizionali” dei docenti universitari: la Terza missione...

Accanto ai “tradizionali” doveri dei professori e ricercatori universitari trovano spazio nuove funzioni, alcune delle quali esplicano effetti immediati sulle politiche di reclutamento²⁴. Tra queste, si ricorda, ad esempio, la Terza Missione²⁵ che concorre, insieme alle attività di ricerca e didattica, alla valutazione delle politiche di reclutamento svolta dall’Anvur, ai fini dell’accesso alla quota di finanziamento premiale a valere sul Fondo per il finanziamento ordinario delle università (c.d. FFO) ai sen-

²³ V. art. 5, comma 9, l. n. 537 del 1993 che rimette alle Università di appartenenza la definizione dello stato giuridico ed economico dei docenti (fatta salva la materia del reclutamento). Ritiene che si tratti di una devoluzione marginale, O. ROSELLI, *Le fonti normative delle Università (una prima ricognizione)*, in www.osservatoriosullefonti.it, 1996, 274. V., altresì, riferimenti nota 16.

²⁴ Sul reclutamento v. A. BELLAVISTA, *Reclutamento universitario e dintorni: tempi difficili, scelte strategiche, incubi giuridici*, in *Mumus*, III, 2016, 663 ss.

²⁵ R. FRONDI, *La terza missione delle università. Strategia, Valutazione e Performance*, Torino, 2020.

si dell'art. 60, comma 1, d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 98.

La Terza Missione è stata inserita, quindi, nei compiti istituzionali dell'Anvur, indicati all'art. 3, comma 1, d.p.r. 1° febbraio 2010, che attribuisce all'Agenzia il compito di valutare «la qualità dei processi, i risultati e i prodotti delle attività di gestione, formazione, ricerca, ivi compreso il trasferimento tecnologico».

Obbligo valutativo ribadito anche nel successivo decreto del Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca del 15 luglio 2015, n. 17 che istituiva la “Valutazione della Qualità della Ricerca” (VQR) 2004 – 2011. Proprio nel bando di partecipazione alla VQR 2004 – 2011, si definiva per la prima volta la Terza missione come «propensione delle strutture all'apertura verso il contesto socio-economico, esercitata mediante la valorizzazione e il trasferimento delle conoscenze», includendo oltre all'attività brevettuale e alle imprese *spin-off*, l'attività di ricerca/consulenza conto terzi, la partecipazione a incubatori di imprese e a consorzi di trasferimento tecnologico, gli scavi archeologici, i poli museali e le altre attività di terza missione non riconducibili ad attività conto terzi (comma 3 dell'Appendice 2).

Tale definizione, dunque, da un lato esalta l'importanza della diffusione delle conoscenze, nell'ottica del superamento della visione dell'Università come di uno “stato enclave”, incapace di dialogare con la società e di intervenire attivamente sul suo sviluppo e dall'altro opera in senso escludente di tutte le attività che non siano riconducibili al conto terzi.

Più correttamente gli ambiti principali in cui si muove la Terza missione sono, oltre al trasferimento tecnologico²⁶, anche l'educazione permanente²⁷ e il *social engagement*²⁸.

La Terza missione, dunque, si muove in una dimensione di disseminazione della cultura scientifica, mediante attività di *life-long learning*, *public engagement*, valorizzazione sociale ed

²⁶ *Id.*, 55 ss.

²⁷ Cfr. Raccomandazione (2018/C189/01), in www.eur-lex.europa.eu.

²⁸ Ricomprende diverse attività come: *service learning*, *community-based learning*; *community-based research*, *work-based learning* e *education for sustainable development and global citizenship*. Per una puntuale ricostruzione, v. R. FRONDI, *op.cit.*, 59 ss., anche per la declinazione offerta dall'Anvur come *public engagement*.

economica della ricerca nell’ambito di una sinergica interazione con enti e istituzioni del territorio: il c.d. *welfare capacitante*²⁹.

Con l’introduzione del sistema di Autovalutazione, Valutazione periodica e Accreditamento (AVA) degli atenei, la Terza missione è entrata finalmente a pieno titolo nelle attività valutabili, sebbene già il decreto del Ministro dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca del 30 gennaio 2013, n. 47, definiva all’Allegato E gli Indicatori e parametri per la valutazione periodica della ricerca e della Terza missione.

Il successivo decreto del Ministro dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca del 12 dicembre 2016, n. 987 include un requisito specifico relativo alla «qualità della ricerca e della Terza missione» (Allegato C). Inoltre, viene istituito un sistema informativo dedicato, la parte terza della Scheda Unica Annuale della Ricerca Dipartimentale (c.d. SUA-RD) che prende il nome di SUA TM/IS³⁰.

Questo breve *excursus* mette in evidenza chiaramente come, in realtà, a differenza delle attività di ricerca e didattica che rappresentano doveri di ogni docente e ricercatore, la Terza Missione sia, invece, una responsabilità istituzionale, cui ogni ateneo risponde in modo differenziato, in funzione delle proprie specificità e delle proprie aree disciplinari.

Se trasponessimo siffatta conclusione nel pubblico impiego privatizzato potremmo cogliere perfettamente il parallelismo con la *performance* individuale e organizzativa, affermando che le attività di ricerca e didattica incidono immediatamente sulla valutazione dei docenti *uti singuli* e mediamente su quella organizzativa mentre, allo stato attuale, la Terza missione concorre unicamente sul piano della *performance* organizzativa dell’ateneo. Ciò in quanto non vengono assegnate premialità ai docenti che perseguono tali attività, rispetto alle quali, al più, le strutture universitarie stanziavano, quando li hanno a disposizione, fondi per la concretizzazione dei progetti di *social engagement*. In altri termini, non c’è alcuna incidenza sulla “valutazione del

²⁹ E. DEL GOTTARDO, *La terza missione come creazione di valore pubblico. Attività conto terzi: lavorare con le competenze non formali e informali*, in C. FORMICA (a cura di), *Terza missione. Parametro di qualità del sistema universitario*, Napoli, 2014, 109.

³⁰ Le cui Linee Guida per la compilazione sono state approvate dal Consiglio Direttivo Anvur nella seduta del 31 gennaio 2018.

merito”, giacché anche la VQR, in cui entrano i “prodotti” della Terza Missione, offre risultati che si esprimono solo a livello dipartimentale sulla scorta delle previsioni della SUA-TM. Inevitabilmente, questo rappresenta un meccanismo disincentivante per i docenti rispetto alla piena realizzazione della c.d. Terza anima dell’università.

3.1. ...(segue) Le funzioni svolte dai docenti nei processi AQ

Per la Terza missione appare almeno chiaro il “luogo” e la “modalità” in cui rendicontare le attività realizzate dai docenti, che, invece, rimangono oscuri nel caso dell’apporto del personale docente ai processi di gestione AQ

A tal riguardo, dall’analisi del sistema AVA 3, risulta immediato come la gestione delle risorse – che segue alla strategia, pianificazione e organizzazione – operi su tre diversi piani che includono espressamente non soltanto la qualità della didattica, della ricerca e della Terza missione ma anche l’Assicurazione della Qualità.

Questa previsione sarebbe già di per sé sufficiente a sostenere che se l’allocazione delle risorse prende in considerazione anche le esigenze della AQ, non potrebbe (e dovrebbe) escludersi che il precipitato successivo sia il riconoscimento, non solo economico, del contributo dei docenti e ricercatori per il funzionamento di siffatto processo.

Rispetto al ruolo del corpo docente nel Sistema AQ, occorre precisare che una definizione di dettaglio è oggettivamente impossibile in quanto ciascun ateneo, nel rispetto della normativa vigente, può adottare il modello organizzativo che ritiene più consona per l’attuazione delle sue politiche e strategie e più indicato per le sue specificità dimensionali e di contesto.

Ciò giustifica, in termini di ricadute pratiche sulla composizione degli organi e sugli adempimenti burocratici, l’affermazione di un sistema piuttosto variegato e differenziato tra i diversi atenei, e talvolta anche tra i dipartimenti dello stesso ateneo, su cui influisce anche un coinvolgimento, più o meno esteso, del personale tecnico-amministrativo.

Certamente, però, i docenti svolgono una funzione ambivalente nel processo di autovalutazione: sono attori nel sistema AQ ma sono anche i destinatari delle azioni correttive promosse all’esito delle attività di monitoraggio.

In altri termini, sono parte attiva e passiva di tutte le fasi di un modello che risponde alla logica della pianificazione (PLAN), dell’attuazione di quanto pianificato (DO); del monitoraggio e confronto fra risultati ottenuti ed attesi finalizzati a individuare eventuali differenze e deviazioni (CHECK) e della predisposizione di azioni per rendere definitivo o migliorare il processo (ACT).

Questa ambivalenza è stata resa ancora più evidente con il sistema AVA3 che ha previsto una piena integrazione tra Sistema di Assicurazione Qualità e Architettura di *Governance*³¹: il primo è, difatti, diretto a garantire l’efficacia e l’efficienza dei processi formativi, delle attività di ricerca scientifica e Terza missione, della gestione delle risorse così come definiti nel Piano Strategico triennale e nel Piano Integrato per la gestione del ciclo della *performance*; mentre gli Organi di Governo di garantiscono la revisione della politica, nonché l’attuazione e l’aggiornamento del sistema di gestione della qualità, finalizzato al conseguimento degli obiettivi e al miglioramento continuo, ispirato alle migliori pratiche a livello nazionale ed internazionale.

La pianificazione strategica è, dunque, combinata con il modello organizzativo, i flussi informativi e le valutazioni con l’obiettivo di garantire il miglioramento continuo dei sistemi di alta formazione. Ed in conseguenza, ciascun attore coinvolto nei processi deve avere consapevolezza dei suoi compiti e dovrebbe svolgerli nel rispetto della programmazione definita, garantendo efficacia, trasparenza e tracciabilità.

Il buon funzionamento del Sistema presuppone, quindi, una cultura corale della AQ e, si basa, pertanto, sul coinvolgimento dei docenti e dei ricercatori nel processo di valutazione della ricerca e dell’efficacia della didattica con la collaborazione del personale tecnico e amministrativo che fornisce il suo contributo per il miglioramento dei servizi offerti e con la partecipazione attiva degli studenti consapevoli dell’importanza del loro ruolo nel corretto funzionamento dell’intero sistema.

A questo si aggiunga anche la valorizzazione del contributo cruciale del corpo docenti nei processi di valutazione di parte terza (Nucleo di Valutazione, Anvur, CEV, Commissioni parite-

³¹ V. AA.VV., *Governance and performance management in public universities: current research and practice*, E. CAPERCHIONE, C. BIANCHI (a cura di), Berlino, 2022.

tiche docenti-studenti, etc) e nella redazione dei documenti di autovalutazione (Scheda di Monitoraggio annuale, Rapporto di Riesame Ciclico, etc).

I docenti sono, poi, portatori di interesse interni del processo AQ, vuoi quali singoli vuoi nelle strutture operative di cui fanno parte. In questo senso, concorrono alla fissazione della visione e missione delle strutture universitarie ma anche ai processi di attuazione.

Se ne desume un ruolo attivo e partecipativo dei docenti nelle decisioni degli Organi di Governo vuoi a livello centrale vuoi periferico e, a tal fine, ciascun ateneo, nei propri documenti di *governance*, deve fissare in maniera chiara e trasparente ruoli, compiti, competenze, poteri decisionali e responsabilità delle proprie strutture organizzative e del personale coinvolto.

Infine, i docenti, insieme al personale tecnico-amministrativo e agli studenti/dottorandi, contribuiscono all'aggiornamento periodico del funzionamento del Sistema di AQ, realizzato anche grazie all'analisi delle informazioni raccolte ai diversi livelli dalle strutture responsabili di AQ.

La breve ricostruzione del ruolo dei docenti nei processi AQ mette chiaramente in evidenza la contaminazione con la *governance* che è, però, alla base di un importante cortocircuito rispetto al personale tecnico-amministrativo. Difatti, se questa interazione produce come conseguenza che il loro contributo al processo AQ entri a pieno titolo nella valutazione della *performance*, individuale e organizzativa, non sono previsti meccanismi analoghi per i docenti e ricercatori. Ciò è ancora più grave se si considera che molte fasi del processo AQ, quelle più "strategiche", sono appannaggio del solo corpo docenti.

In verità, l'Anvur stessa immagina che, a livello decentrato, qualche previsione premiale sia presente giacché, nelle schede di autovalutazione per l'accreditamento periodico, al punto di attenzione B.1.1.5³², è previsto di indicare se l'ateneo "assegna premi e/o incentivi al personale docente e di ricerca sulla base di criteri che riconoscono il merito e il contributo al raggiungimento di risultati positivi per l'Ateneo. Non solo, l'Anvur suggerisce, nelle note allo stesso punto di attenzione, che la valutazione del merito faccia riferimento non solo al contributo dei do-

³² Le schede di valutazione sono reperibili sul sito www.anvur.it.

centi alla didattica, ricerca, Terza missione/impatto sociale e alle attività istituzionali, ma che riconosca anche “il ruolo e il contributo ai processi di Assicurazione della Qualità”.

Si badi però che tale punto di attenzione si mostra particolarmente efficace rispetto al fine qui dichiarato di riconoscere le attività svolte dal corpo docente nell’AQ perché mette in evidenza la necessità che ai docenti si assegnino “premi e incentivi” allorquando l’ateneo consegua risultati positivi, ma richiede anche che si riconosca espressamente nella “valutazione del merito” il contributo speso per i processi AQ.

Siffatta previsione – non proprio canzonatoria giacché influisce, in concorso con altre, sull’accreditamento degli atenei – conduce alla prima conclusione del contributo: per i Sistemi AQ la partecipazione del corpo docenti è tanto strategica quanto dispendiosa di energie che non sono ricompensate mediante previsioni normative o di regolamentazione ministeriale ma che sono oggetto di controllo dell’Anvur, proprio nella consapevolezza che questo debba rappresentare un punto di attenzione nell’ambito della *governance* di un ateneo performante.

Quel che si vuole, quindi, mettere in evidenza è che nell’idea dell’Anvur non solo il contributo dei professori e ricercatori non è eliminabile e neppure delegabile al personale tecnico-amministrativo, ma dovrebbe essere svolto con una dovizia superiore a quella della logica del mero adempimento e, per assicurarsi un tale impegno, è richiesto agli atenei di mettere in campo risorse che siano evidentemente qualcosa di più delle mere indennità di posizione riconosciute, peraltro, non sempre a tutti gli attori AQ e non in maniera proporzionale all’impegno profuso per tali processi.

4. Il *vulnus* rispetto alla valutazione della *performance* del personale tecnico-amministrativo: la necessità di un sistema integrato, nel rispetto delle peculiarità della funzione docente

Come accennato nelle premesse, le funzioni AQ rientrano, invece, a pieno titolo nella valutazione della *performance*, individuale e organizzativa del personale tecnico-amministrativo. In particolare, sono oggetto di misurazione i risultati derivanti dal supporto dei docenti impegnati nell’AQ, nonché dalla partecipazione agli organi e alle commissioni coinvolte nel processo di valutazione e di accreditamento iniziale e periodico.

Ciò determina un trattamento differenziato ingiustificato ri-

spetto ai docenti, giacché la ricostruzione di tali processi evidenzia un impegno decisamente più significativo, in termini di energie e di impatto, da parte dei professori e ricercatori universitari.

Questo *vulnus* deriva dalle profonde differenze che si affermano nella regolazione del rapporto di lavoro dei docenti universitari rispetto a quello del personale tecnico amministrativo, che meritano di essere ricostruite, dando menzione però anche dei profili comuni e delle ragioni che spingerebbero verso una contrattualizzazione dei primi.

Il corpo docente universitario, come noto, non è stato incluso nella privatizzazione realizzata con l'emanazione del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, che ha riguardato solo gli "amministrativi"³³. L'assoggettamento al regime di diritto pubblico è stato, poi, confermato dall'art. 3, comma 2, d.lgs. n.165/2001, e non intaccato in nessuna delle successive riforme.

Nella ricognizione dei profili differenziali deve richiamarsi, in prima battuta, il principio generale, espresso nell'art. 3, d. lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, di tenere distinto chi "governa" da chi "amministra". Con maggiore chiarezza esplicativa, l'art. 15 del medesimo decreto esclude l'estensione delle attribuzioni della dirigenza amministrativa alla gestione della ricerca e dell'insegnamento, ribadendo l'indipendenza di queste funzioni affermata all'art. 33 Cost.

Questo principio, dunque, contrappone *governance* e amministrazione in una logica pienamente dualistica che, tuttavia, scricchiola di fronte alla miriade di attività burocratiche svolte dal docente universitario e che finiscono per fargli assumere, come autorevolmente affermato, «le responsabilità vicarie di un'inesistente *management*»³⁴.

La commistione tra *governance* e amministrazione si dimostra, quindi, pericolosa perché finisce per togliere forza a uno dei capisaldi per il mantenimento dello *status* pubblico dei docenti. Difatti, se i compiti amministrativi e burocratici sono particolarmente oberanti – ossia se non ci si muove più nell'ambito della necessaria coniugazione tra le esigenze dell'organizzazione pubblica e le libertà fondamentali di ricerca e insegnamento – allora

³³ V. M. CAMMELLI, *Autonomia universitaria. Ovvero: il caso e la necessità*, in *Diritto pubblico*, 1995, 177.

³⁴ Testualmente così, U. ROMAGNOLI, *L'Università simulata*, Bologna, 1089.

si potrebbe sostenere che, guardando concretamente alle funzioni svolte dai docenti e alle modalità di autodeterminazione rispetto alle stesse, una contrattazione del personale docente sia possibile e per certi versi quasi doverosa perché finalizzata a colmare questo “scollamento” con ciò che accade quotidianamente nelle università. E ciò perché si arriverebbe a dubitare, molto seriamente, della piena sussistenza di un principio di “autodeterminazione del corpo accademico”, specie se si considera anche la concorrente incidenza delle diverse forme di valutazione cui questo è sottoposto.

La contrattualizzazione, però, potrebbe avere l’effetto di acuire questa burocratizzazione dell’università, divenendo uno strumento per alimentare, *ex post*, la richiesta pressante di adempimenti amministrativi e ciò potrebbe (e dovrebbe) bastare a scoraggiare una simile prospettiva.

L’autodeterminazione della compagine accademica, come corollario del principio di indipendenza, deve, difatti, rimanere salda, così come i suoi precipitati quali l’inamovibilità³⁵, lo speciale regime di incompatibilità³⁶, l’esclusività³⁷ ed anche la peculiare chiamata dei docenti universitari allo svolgimento delle funzioni giurisdizionali *ex art.* 106 Cost. L’indipendenza³⁸, pertanto, spiega lo statuto giuridico dei professori e dei ricercatori universitari, anche nella sua parte protettiva e dovrebbe essere presidiata dalla riserva di legge contenuta nell’art. 33 Cost.

Il vincolo legislativo nella regolazione del rapporto di lavoro dei docenti sarebbe finalizzato, quindi, ad evitare inframmettenze di varia natura ma anche ad assicurare il necessario mantenimento dell’unitarietà della funzione accademica, cristallizzata negli artt. 1 e 16 d.p.r. 11 luglio 1980, n. 382, la cui valenza è stata ribadita pure dopo la divisione in fasce dei docenti³⁹ ed affermata anche rispetto alle università c.d. libere⁴⁰. L’unitarietà,

³⁵ E. CASTORINA, *op.cit.*, 82.

³⁶ V., di recente, M. A. LEONARDI, *Il regime di incompatibilità dei docenti universitari. Questioni controverse e novità, tra D.L. n. 44/2023 e Corte cost. n. 3/2024*, in *LG*, 2024, II, 167 ss.

³⁷ E. CASTORINA, *op.cit.*, 75

³⁸ F. CARINCI, *La riforma del pubblico impiego*, in *RTDP*, 1999, I, 192.

³⁹ Così, Corte cost., 25 ottobre 1988, n. 990, in *DJ*.

⁴⁰ V., per l’affermazione di tale principio e per la ricostruzione del profilo differenziale con le università statali, coincidente unicamente con le modalità di bilancio, v. Cass., sez. un., 11 marzo 2004, n. 5054, *ivi*.

infatti, potrebbe essere minata dalla contrattazione e dalla definizione *ex post* delle condizioni di lavoro che finirebbe, determinando regole molto diverse tra gli atenei, anche per travolgere la volontà di mantenere la garanzia del valore legale dei titoli e «di una attività formativa e scientifica ugualmente efficiente su tutto il territorio nazionale»,⁴¹ che rappresenta una delle ragioni della riserva di legge contenuta nella Costituzione.

Mutatis mutandis, potrebbe venire meno anche quella imputabilità immediata allo stato della funzione di ricerca e di insegnamento che è qualcosa di più della mera immedesimazione organica del personale tecnico-amministrativo e che accomuna tutte le categorie di lavoratori non coinvolte nel processo di privatizzazione⁴².

La riserva di legge rappresenta, tuttavia, una garanzia che ha nel tempo allentato la sua presa, essendo ormai oggetto di una consolidata interpretazione estensiva⁴³ che suffraga la delegificazione della materia, cui si è già avuto modo di far riferimento. Siffatta frammentazione normativa comporta, inevitabilmente, la messa in discussione dell'unitarietà dello *status* docente, specie laddove addirittura le politiche di reclutamento e quelle relative agli scatti stipendiali, nonché le regolamentazioni sugli incarichi extralavorativi consentiti (o meno) ai docenti a tempo pieno (art. 53, comma 7, d. lgs. 30 marzo 2001 n. 165), siano delegate alla potestà regolamentare degli atenei. La contrattualizzazione, specie se operata nei termini di un'automatica estensione delle regole dettate per il pubblico impiego privatizzato, finirebbe, quindi, per allargare la faglia, già molto evidente, generata dalla diversificazione delle condizioni degli atenei italiani sullo *status* dei docenti universitari.

Un'estensione *ex abrupto* non sarebbe, quindi, possibile perché non terrebbe conto di uno statuto che continua a rivendicare con forza i principi di libertà di insegnamento e di ricerca, sebbene non si possa negare che le procedure di valutazione, ivi incluse quelle della AQ, rappresentino ormai un'innegabile forma di controllo, anche pervasivo.

In sintesi, pur se è innegabile che la logica efficientista ed aziendalista stia corrodendo la linea di demarcazione tra gover-

⁴¹ Così A. TROISI, *Il lavoro dei docenti universitari*, in *LD*, 1999, I, 85.

⁴² V. Cons. stato, 24 settembre 1941, n. 302, in *DJ*.

⁴³ V. riferimenti nota 15.

nance-docenti e amministrazione-personale tecnico, e che certamente non può più parlarsi di netta contrapposizione perché le invasioni di campo sono più che evidenti, sussistono ancora motivazioni solide per ritenere indispensabile il mantenimento dello *status* pubblicistico e per riaffermare l’importanza della riserva di legge *ex art.* 33 Cost., al fine di garantire l’indipendenza e l’unitarietà delle funzioni e delle prerogative dell’ufficio docente.

I profili differenziali appena enucleati consentono di comprendere perché in origine siano stati introdotti due diversi modelli per valutare il concorso nella gestione universitaria: il sistema di valutazione della *performance* e quello dell’AQ. Un sistema così immaginato, però, non risulta più attuale, giacché il personale tecnico-amministrativo è sempre più chiamato a svolgere funzioni non di mero supporto ma di coinvolgimento nelle attività di *governance*, essendo parte attiva, ad esempio, di molti organi e commissioni dell’AQ; per converso, i docenti sono sempre più tenuti a svolgere compiti burocratici e amministrativi.

I punti di contatto sono, dunque, via via aumentati e tra questi si deve evidenziare anche la comunanza del soggetto valutatore: l’ANVUR. A decorrere, infatti, dall’approvazione del d.lgs. 25 maggio 2017, n. 74, contenente modifiche al d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, in attuazione dell’art. 17, comma 1, lettera r) della l. 7 agosto 2015, n.124, il sistema di valutazione delle attività amministrative delle università e degli enti di ricerca vigilati dal MIUR è svolto dall’ANVUR, nel rispetto dei principi del decreto (art.10, comma 1, lettera h). Al contempo, l’ANVUR è deputata alla valutazione degli Atenei e dei relativi corsi di studio (oltre che dei Dottorati di ricerca a partire dal sistema AVA3).

A cascata, la l. 30 dicembre 2010, n. 240 attribuisce ai Nuclei di Valutazione, in raccordo con l’attività dell’ANVUR, le funzioni relative «alle procedure di valutazione delle strutture e del personale, al fine di promuovere nelle Università, in piena autonomia e con modalità organizzative proprie, il merito e il miglioramento della performance organizzativa e individuale». Oltre ad aver integrato le tradizionali funzioni dei Nuclei di Valutazione con altre, nuove e più specifiche, in tema di valorizzazione dell’efficienza della didattica delle Università, la l. 30 dicembre 2010, n. 240 esplicita il ruolo chiave di tali organi, laddove prevede che le Università se ne avvalgano nell’ambito del «potenziamento del sistema di autovalutazione della qualità e dell’efficacia delle proprie attività». Ai Nuclei di Valutazione

spetta, quindi, quale *longa manus* dell'ANVUR, il controllo sulla *performance* organizzativa e individuale ma anche il rispetto dei requisiti di AVA3 nelle procedure AQ.

L'attività di AQ, dunque, è svolta di concerto tra docenti, personale tecnico-amministrativo e studenti⁴⁴, i quali devono rappresentare gli interlocutori preferenziali in un sistema che ambisce al potenziamento delle funzioni universitarie. È, però, innegabile che l'attività svolta dai docenti sia maggiormente significativa, giacché la responsabilità di questi processi è, chiaramente, posta in capo a loro in quanto titolari della funzione di *governance*.

Ciò rende pienamente ingiustificata la mancata valorizzazione degli sforzi del corpo docente che alimenta, peraltro, la prassi della delega "in bianco" al personale tecnico-amministrativo. Prassi che, per quanto diffusa, si dimostra in contrasto con la stessa *ratio* del processo AQ che non è ispirato al mero adempimento, che muove di norma l'attività amministrativa, ma alla dimensione strategica per la realizzazione della visione e missione di ciascuna università. La qual cosa determina l'esigenza di un intervento che presupponga una misurazione integrata dell'apporto di ciascun attore nel processo AQ, che tenga però salde la differenziazione tra attività di mero supporto e quelle di definizione delle linee strategiche.

In attesa di un simile intervento, però, non può lasciarsi sguanata di valutazione l'attività svolta dai docenti nell'ambito dell'AQ e una possibile soluzione potrebbe essere quella di tenere conto di questa funzione nell'ambito della "valutazione del merito", a partire dalla ricostruzione normativa dello stato dei docenti su operata.

5. La "valutazione del merito" e il trattamento economico dei docenti: il possibile impatto delle funzioni AQ

Se l'apporto dei docenti può rientrare nella "valutazione del merito", allora diventa importante comprenderne la base giuridica.

L'analisi normativa dello *status* del docente universitario aveva evidenziato che vi sono diverse previsioni che ambiscono

⁴⁴ V. § 3.1.

a rendere cogente la partecipazione dei professori e dei ricercatori ai processi AQ. In particolare, l’AQ rientrerebbe vuoi nelle “funzioni accademiche e ad esse connesse” cui fa riferimento l’art. 84, r.d. 31 agosto 1933, n. 1592, vuoi nei “compiti organizzativi interni” di cui all’art. 10, comma 2, d.p.r. 11 luglio 1980, n. 382 e vuoi, ancora, nell’art. 6 l. 30 dicembre 2010, n. 240, quando si menzionano gli “incarichi di responsabilità gestionale”, sebbene si precisa che la norma sembra evidenziare un nesso immediato solo con il lavoro scientifico del docente.

La pluralità di norme poste alla base del riconoscimento del concorso dell’impegno nella AQ nella definizione dello *status* del docente è, peraltro, estremamente significativa rispetto ai profili disciplinari che potrebbero sorgere in capo ai professori e ricercatori⁴⁵ che si rifiutino di partecipare alle summenzionate attività. Si tratta di una questione – tanto interessante quanto inesplorata – che meriterebbe un approfondimento che non può essere svolto, però, in questa sede.

Chiarito, però, come il contributo del docente ai processi AQ rappresenti adempimento dei doveri che le norme di primo e secondo livello gli assegnano, l’elemento che rimane solo sullo sfondo è capire come questo debba rientrare nella “valutazione del merito”, constatato che attualmente, manca una piena valorizzazione della “funzione accademica della AQ” in una logica realmente integrata con il personale tecnico-amministrativo, anche nelle sue ricadute premiali.

Muovendosi in un piano *de iure condito*, bisogna, quindi, trovare un referente procedimentale per consentire a tali sforzi di essere pienamente rendicontati e valutati, atteso che è quasi scontato come *de iure condendo* risulti auspicabile un intervento che razionalizzi e integri realmente *performance* e AQ, cristallizzando i ruoli degli attori dei processi e quantomeno i principi

⁴⁵ V., senza alcuna pretesa di esaustività, L. VIOLA, *Il procedimento disciplinare dei docenti universitari dopo la riforma Gelmini*, in *federalismi.it*, 2011, III, 19 ss.; P.L. PORTALURI, *Note de iure condendo sul procedimento disciplinare nei confronti dei docenti universitari*, *ivi*, 2013, I, 1 ss.; S. CIMINI, *Potere sanzionatorio e competitività nel sistema universitario italiano*, in E. PICOZZA, A. POLICE (a cura di), *Competizione e governance del sistema universitario*, cit., 205 ss.; L. FERLUGA, *I doveri dei professori e ricercatori universitari e il regime delle sanzioni tra norme disciplinari e codici etici*, in *DLM*, 2017, II, 251 ss.; ID, *Riforma universitaria e responsabilità disciplinare dei docenti: problemi e criticità*, in *LG*, 2021, IV, 362 ss.

per la valutazione del loro impegno, senza dovizia di dettaglio, giacché in questo caso “uniformare” penalizzerebbe, atteso che la quantificazione degli sforzi richiesti dal Sistema AQ non può sfuggire da parametrizzazioni di contesto.

L'impossibilità di una legificazione delle ricadute economiche della partecipazione ai processi AQ non deve però fungere da alibi per continuare ad ignorare che vi sono docenti universitari che fanno amaramente i conti con l'iper-burocrazia richiesta dall'Anvur per l'accreditamento iniziale e periodico.

Nella prospettiva attuale, l'unica sede astrattamente deputata alla rendicontazione di queste nuove funzioni, includendovi anche la Terza missione, è la relazione del complesso delle attività svolte nel biennio, funzionale allo scatto stipendiale⁴⁶, valutata dalle strutture universitarie ai sensi dell'art. 6 l. 30 dicembre 2010, n. 240.

Ciò sconterebbe, tuttavia, almeno due criticità che sono, invero, conseguenza della delocalizzazione agli atenei della valutazione del merito. La prima attiene all'affermazione di apprezzamenti molto diversificati su base territoriale perché realizzati su criteri particolareggiati. Si tratta di un rischio connesso alla delegificazione della materia che ha come ulteriore conseguenza anche l'eccessiva “vicinanza” tra il valutatore e il valutato⁴⁷.

Sulla diversificazione dei requisiti per la valutazione, peraltro, sembra vigilare l'Anvur richiedendo a tutti gli atenei di avvalersi di criteri trasparenti e coerenti con le proprie politiche e strategie nell'assegnazione delle risorse di personale docente e di ricerca ai Dipartimenti e nella definizione delle politiche per il reclutamento e per la progressione delle carriere (punto di attenzione B 1.1.2). Serve, secondo l'Anvur, una definizione formale, chiara e trasparente delle modalità di analisi dei fabbisogni di personale docente e di ricerca dei Dipartimenti per lo sviluppo delle attività e, anche quando si utilizzino indicatori e

⁴⁶ Per quanto riguarda l'adeguamento del trattamento economico dei docenti universitari, si v., da ultimo, il d.p.c.m. 8 gennaio 2024, il quale ha disposto che a decorrere dal 1 gennaio 2023, le misure degli stipendi, dell'indennità integrativa speciale, e degli assegni fissi e continuativi, siano incrementate in misura pari allo 0,98 %. La rivalutazione delle voci stipendiali per gli anni 2018-2023, invece, resta disciplinata dall'art. 23, l. 23 dicembre 1998, n. 448.

⁴⁷ R. CALVANO, *op.cit.*, 5.

algoritmi per la stima dei fabbisogni e per l’assegnazione delle risorse, il processo deve risultare chiaro e trasparente⁴⁸.

Queste coordinate nell’assegnazione delle risorse devono essere applicate anche per la “funzione accademica dell’Assicurazione Qualità”, valorizzando pienamente il tempo e le energie spese per la partecipazione a tali processi.

Rispetto però alla soluzione della relazione *ex art. 6 l. 30 dicembre 2010, n. 240*, residuava la perplessità evidenziata sulla sua formulazione letterale che lega le funzioni gestionali, cui astrattamente rientrerebbe l’AQ, all’impegno scientifico del docente.

Per utilizzare questo strumento occorre, evidentemente, andare oltre la sua formulazione letterale, guardando alla *ratio*, atteso che questa norma non poteva, poiché anteriore, tenere conto di altri, successivi, impegni di *governance* e della loro ampiezza.

Con la disposizione dell’art. 6 l. 30 dicembre 2010, n. 240, si cercava di istituire una sede di rendicontazione dell’impegno accademico, cui collegare lo scatto stipendiale. Ragion per cui è legittimo ritenere che vi rientrino tutti i possibili compiti rientranti nell’impegno accademico purché questi trovino un appiglio nella disciplina della docenza universitaria. Ciò significa che, se accettiamo la legittimazione della “funzione accademica dell’AQ nei termini summenzionati, la relazione predetta potrebbe essere la sede adatta in cui dar conto di tale impegno, non fosse altro perché questa previsione determinerebbe uniformità, quantomeno, rispetto alla prassi da seguire.

Se questo è il contesto elettivo, bisogna però evitare che queste attività finiscano per essere svilite nell’automatismo della “valutazione del merito”, cui si è accennato. Per eludere tale rischio, sono necessarie previsioni regolamentari di ateneo che “quantifichino” le energie spese per la AQ (es. partecipazione a commissioni, periferiche o centrali, redazione di documenti, etc.), anche al fine, non secondario, di giustificare un minore impegno sulla didattica e ricerca.

D’altronde la strategicità di tali funzioni non può che essere valorizzata anche in questi aspetti, altrimenti si rischierebbe di disincentivare significativamente la partecipazione del corpo docente e, per l’effetto, di compromettere anche la realizzazione

⁴⁸ Nota al punto di attenzione, reperibile in www.anvur.it.

degli importanti obiettivi sottesi all'AQ. Ne conseguirebbe la necessità di tenere conto di tali attività anche per l'adeguamento del trattamento economico ma anche nelle politiche di reclutamento e nelle progressioni di carriera.

Per quanto concerne il trattamento economico, un riflesso della partecipazione a tali missioni può dispiegarsi nella progressione alla classe successiva stipendiale⁴⁹, che avviene, di norma, su espressa richiesta del personale docente e a seguito di una valutazione positiva dell'ateneo incentrata sul contenuto della relazione *ex art.* 6 l. 30 dicembre 2010, n. 240.

Inoltre, a livello regolamentare interno, si potrebbe inserire una previsione che valorizzi siffatte attività, prolettiche alla valutazione e all'accreditamento dei corsi e delle sedi, nell'ambito dello stanziamento e della destinazione delle risorse dipartimentali.

Un ulteriore riconoscimento potrebbe avvenire anche in sede di abilitazione scientifica nazionale, giacché tali attività sono spesso delegate alla componente universitaria più giovane, sebbene, proprio per la loro commistione con la *governance*, vedrebbero come destinatari più adatti i professori ordinari. In particolare, concretamente, si potrebbe inserire la partecipazione ai processi AQ come ulteriore voce nell'elenco dei titoli posseduti di cui all'Allegato A del d.m. 7 giugno 2016, n. 120.

Non si dovrebbe, invece, realizzare una commistione con la valutazione della ricerca e le premialità ad essa connesse, giacché gli strumenti concessi ai ricercatori dovrebbero necessariamente passare dai risultati raggiunti in quell'ambito e non dalla devozione a processi che, per quanto strategici, hanno natura eminentemente gestionale.

Si tratta di "piccoli" interventi che però finirebbero per rico-

⁴⁹ Sulla progressione economica del ruolo di professori universitari, v. artt. 36,37, 38, 39, 40 e 103 del d.p.r. 11 luglio 1980, n. 382. Dell'adeguamento del personale universitario si occupa anche la l. 23 dicembre 1998, n. 448 che, invero, detta disposizioni per tutto il pubblico impiego non privatizzato. Nello specifico, l'art. 24 prevede che a decorrere dal 1 gennaio 1998 gli stipendi, l'indennità integrativa speciale e gli assegni fissi e continuativi dei docenti e dei ricercatori universitari siano adeguati «di diritto annualmente in ragione degli incrementi medi, calcolati dall'ISTAT, conseguiti nell'anno precedente dalle categorie di pubblici dipendenti contrattualizzati sulle voci retributive, ivi compresa l'indennità integrativa speciale, utilizzate dal medesimo Istituto per l'elaborazione degli indici delle retribuzioni contrattuali».

noscere lo svolgimento di funzioni che attualmente restano sottotraccia, sebbene sia sotto gli occhi di tutti che ormai il procedimento AQ non conosce inversioni di tendenza e verrà, semmai, implementato.

6. Qualche considerazione conclusiva

Accanto alla strada della valorizzazione dell’apporto nei processi AQ del corpo docente nel rodato – ma non per questo pienamente funzionante – sistema di valutazione, si potrebbe immaginare la declinazione del contenuto della “funzione accademica della Assicurazione della AQ”, anche nell’ambito del codice etico⁵⁰, di cui all’art. 2, comma 4, della legge Gelmini. Se a livello regolamentare il “rendimento accademico” appare attualmente avvolto da una coltre di opacità ed incertezza, il codice etico offrirebbe lo spazio per cristallizzare i compiti nell’AQ dei docenti e le relative sanzioni⁵¹, cui collegare, poi, a livello regolamentare, anche le premialità economiche e di progressione di carriera.

L’inclusione nel codice etico della funzione dell’AQ avrebbe il merito di renderne chiara la cogenza per tutta la compagine accademica, provando a combattere anche la prassi invalsa dell’arruolamento, più o meno, volontario solo di alcuni professori e ricercatori e, quindi, la mancata condivisione diffusa di tali impegni.

D’altronde, le attività legate al processo di AQ rappresentano una ricaduta immediata del principio di immedesimazione organica e di buon andamento dell’amministrazione Università e ciò spiega perché potrebbero ben rientrare in una previsione del codice etico, oltre ad essere fattispecie, se disattese, di pieno inadempimento.

Si tratta di un’alternativa che muove dalla considerazione per cui non sia più possibile arginare la “follia valutativa” che ormai, a dire il vero, pervade ogni aspetto della nostra vita e neppure la conseguente iper-burocraticizzazione⁵² che minaccia la

⁵⁰ V. L. BELVISO, *Unificazione fra codice di comportamento e codice etico nelle università: esempi virtuosi*, in A. MARRA, M. RAMAJOLI (a cura di), *Università e anticorruzione*, Torino, 2022, 111 ss.

⁵¹ Sul tema, v. S. CIMINI, *La responsabilità disciplinare per violazione del codice etico*, ivi, 91 ss.

⁵² V. L. VIOLINI, *Academic Freedom, University Autonomy (Work in Pro-*

piena affermazione della libertà accademica, insieme alla “licealizzazione”⁵³ e alla parca destinazione di fondi.

Se ormai non vi è più spazio per impedire di “valutare e punire”⁵⁴ e se l’affermazione di una dimensione sociale ed umanistica della valutazione⁵⁵ tarda ad affermarsi, allora si dovrebbe tentare di farlo meglio, nel senso di ricomprendervi almeno ogni attività svolta in ambito accademico, avendo cura, però, di collegarvi anche un adeguato riconoscimento (economico e non).

gress) and Striving Towards Accountability: An Italian Perspective, in *Academic Freedom Under Pressure? A Comparative Perspective*, in M. SECKELMANN, L. VIOLINI, C. FRAENKEL-HAEBERLE, G. RAGONE (a cura di), Berlino, 2021, 128 ss. Sono pienamente attuali le valutazioni di M. BROLLO, *Introduzione*, in M. BROLLO, R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *La riforma dell’Università tra legge e statuti*, cit., 3 ss., in cui l’a. evidenzia come l’Università sia ormai una azienda ma con una concezione «amministrativo-burocratico professionale per lo più basata su procedure pubbliche barocche, ipergarantiste, opache, lente, insomma ‘sfiancanti’ anche per gli uomini e le donne ‘di buona volontà’»

⁵³ V., F. LANCHESTER, *La lunga marcia per l’uguaglianza di genere nei SSD dell’area giuridica*, in *Nomos*, 2021, II, 7.

⁵⁴ V. V. PINTO, *Valutare e punire. Una critica della cultura della valutazione*, Napoli, 2012.

⁵⁵ V. C. HADJI, *Una valutazione dal volto umano. Oltre i limiti della società della performance*, Brescia, 2023, 239 ss.

SILVIA ZINOLLI

PERFORMANCE INDIVIDUALE
E TRATTAMENTO ECONOMICO ACCESSORIO:
IL SISTEMA DI MISURAZIONE E VALUTAZIONE
DELLA PERFORMANCE
TRA BUROCRAZIA DIFENSIVA E NUOVI IMPULSI

SOMMARIO: 1. Il sistema di misurazione e valutazione della performance ed il trattamento economico accessorio: *ratio* ed evoluzione. - 2. Distorsioni applicative. - 3. I nuovi impulsi al SMVP.

1. Il sistema di misurazione e valutazione della performance ed il trattamento economico accessorio: *ratio* ed evoluzione

Il sistema di misurazione e valutazione della performance¹

¹ Sulla definizione di performance lavorativa, in generale, si rimanda a F. PANTANO, *Il rendimento e la valutazione del lavoratore subordinato nell'impresa*, Padova, 2012. Per un'accezione pubblicistica del medesimo termine, si vedano invece G. MARCON, *Misurazione e valutazione della performance delle Amministrazioni Pubbliche*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze pubbliche*, Torino, 2013, 249 ss. (ove la performance viene definita il «risultato, grado di successo realizzato o atteso nello svolgimento di un'azione o di un'impresa»), W. VAN DOOREN, G. BOUCKAERT, J. HALLIGAN, *Performance Management in the Public Sector*, Oxfordshire, England, 2010, 2 (in cui il concetto in esame viene fatto coincidere con il comportamento intenzionale del dipendente pubblico, volontariamente orientato ad ottenere un risultato) e G. NUCCI, *La performance delle Amministrazioni Pubbliche: analisi, prospettive e criticità*, in *AI*, 1, 2019, 9 ss. Quest'ultimo, in particolare, fa notare come, al fine di attribuire un preciso significato a tale termine, si possano considerare alternativamente il solo risultato prodotto dall'attività posta in essere (anche in ottica di riduzione di sottoproduzione e sprechi), ovvero il processo che ad esso ha condotto, così comprendendo nella sua analisi i parametri di efficienza, efficacia ed economicità. Per una definizione giurisprudenziale si veda, invece, Cons. St., atti norm., 3 febbraio 2016, n. 1816: «il termine "performance" non è mero sinonimo di «rendimento» o «produttività», ma è un concetto di sintesi, in grado di rappresentare unitariamente il passaggio fondamentale dalla logi-

(d'ora in poi, SMVP) nel pubblico impiego è stato introdotto nella fase successiva all'epoca delle privatizzazioni, sulla linea di una nuova interpretazione del principio di buon andamento della Pubblica Amministrazione (PA). Conseguentemente alla rilettura dell'art. 97 Cost. come riferito non più ad una legalità strettamente formalistica, ma piuttosto ai buoni risultati prodotti dall'attività amministrativa, ha cominciato, infatti, ad affermarsi l'idea che, anche in ambito pubblicistico, dovesse esservi un riconoscimento economico di natura premiale da erogare ai lavoratori i quali, prima in *team* e, poi, anche singolarmente, venissero giudicati particolarmente efficienti, attraverso un preciso sistema di calcolo del loro rendimento².

Storicamente, le origini di tale meccanismo premiale sono da rinvenire nella previsione di cui all'art. 49 d. lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, che ha riconosciuto alla contrattazione collettiva la competenza a disciplinare *“i trattamenti economici accessori al fine di collegarli direttamente alla produttività individuale ed a quella collettiva, ancorché non generalizzata ma correlata all'apporto partecipativo di ciascun dipendente [...]”* nonché *“i criteri di misurazione obiettiva”* cui i dirigenti sono stati da subito chiamati ad attenersi per operare la valutazione di tale apporto partecipativo dei lavoratori all'attività del proprio ufficio.

Il lungo e complesso processo evolutivo che ha riguardato il sistema in esame, poi, si è sviluppato nei termini che verranno

ca di mezzi a quella di risultato, con la conseguenza che essa si valuta per migliorare la qualità dei servizi e la competenza dei dipendenti» in FA, 2, 2016, 338 ss.

² Il SMVP viene introdotto con il d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150. Fino agli anni '90, invece, il principale strumento di programmazione delle PA era costituito sostanzialmente dal bilancio, unitamente alle piante organiche. Alla luce degli esiti negativi prodotti da simile impostazione, concentrata più sul rigore formale dei procedimenti amministrativi piuttosto che sull'efficienza, si è reso necessario, dagli anni 2000 in avanti, un cambio di paradigma, all'insegna del maggior rilievo attribuito alla programmazione ed ai risultati ottenuti, premiati dapprima collettivamente e poi anche individualmente. Per un'analisi di tale cambiamento di prospettiva nella PA italiana e delle sue incidenze in tema di SMVP si vedano D. PREITE, *Misurare la performance nelle Amministrazioni Pubbliche*, Milano, 2011 e P. M., *Rendimento esigibile, performance e licenziamento individuale: le peculiarità del lavoro pubblico*, in DRI, 3, 2020, 799 ss. Per un approfondimento del modello di misurazione e valutazione del rendimento lavorativo non limitato al settore pubblico si veda invece l'apposito capitolo *La misurazione della performance* in A. BHIMANI, A. CAGLIO, A. DITILLO, M. MORELLI, *Performance management. Controllo di gestione: modelli e strumenti per competere oggi*, Milano, 2010, 165-190.

successivamente indicati, seguendo però delle costanti: anzitutto, è stato, fin dai suoi albori³, caratterizzato da una forte connessione tra la valutazione dei risultati ottenuti dall'operato dei dipendenti pubblici con il rigoroso monitoraggio dei costi correlati, restando invece assenti, in un primo momento, specifiche indicazioni relative alla sua attuazione concreta. Proprio la mancanza di parametri applicativi certi si ritiene sia una delle cause che ha immediatamente portato il modello di valutazione del rendimento dei lavoratori pubblici alla seconda costante individuata nel suo sviluppo, ovvero la mala prassi di distribuire i relativi incentivi economici "a pioggia", in aperto contrasto con quanto statuito all'art. 7, c. 5 TUIPI.

Per porre un freno a tale tendenza, manifestatasi, appunto, sin dalle prime applicazioni del meccanismo valutativo e non ancora del tutto radicata, il legislatore è intervenuto soprattutto attraverso due grandi riforme, a cui, in tempi recentissimi, si sono dati nuovi impulsi⁴. Dapprima, tramite il d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, si è istituito il vero e proprio SMVP: è stato così introdotto il concetto di performance, organizzativa ed individuale, alla cui valutazione, da operare in rapporto ai rispettivi obiettivi prefissati, sarebbe dovuta corrispondere la collocazione del lavoratore in una delle c.d. "fasce di merito", in realtà mai applicate a causa dei forti tagli operati in quel periodo alla spesa pubblica, come verrà meglio successivamente approfondito⁵. In

³ D. lgs. 30 luglio 1999, n. 286.

⁴ Cfr., in ordine cronologico: d. l. 9 giugno 2021, n. 80; d.p.r. 24 giugno 2022, n. 81; d.m. 30 giugno 22, n. 132. Cfr., inoltre, l'Accordo Quadro per il triennio 2022-2024 a firma del Min. Zangrillo (che si è posto come obiettivo lo sganciamento definitivo dell'avanzamento di carriera e degli incentivi economici dall'anzianità di servizio), nonché la direttiva *Nuove indicazioni in materia di misurazione e di valutazione della performance individuale* emanata dal DFP in data 28 novembre 2023 e l'Atto di indirizzo per il rinnovo contrattuale relativo al triennio 2022-2024 del comparto delle Funzioni centrali, pubblicato dal medesimo Ministero in data 29 maggio 2024.

⁵ La riforma del d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, direttamente applicabile alle Amministrazioni centrali, ha obbligato queste ultime a dotarsi, già dal 2010, dei propri SMVP, oltre a prevedere l'instaurazione della CIVIT (Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche) per vigilare sul loro funzionamento e fornire le principali direttive in materia. Cfr., sulle novità introdotte da tale riforma: R. SANTUCCI, P. MONDA, *Valorizzazione del merito e metodi di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Trieste, 2010, 291

seguito, anche sulla spinta di istanze di apertura dell'Amministrazione⁶, si è poi approdati alla riforma del d. lgs. 25 maggio 2017, n. 74, che ha inciso fortemente sulla precedente disciplina. In particolare, le direttive lungo le quali si è mossa la nuova normativa si sono ispirate ad obiettivi di rafforzamento del legame tra la programmazione dell'attività degli Enti pubblici e la successiva valutazione dei risultati ottenuti, di semplificazione del SMVP e, più in generale, di ottimizzazione dell'efficienza, della produttività e della trasparenza della PA, attuata anche attraverso la previsione della partecipazione dei cittadini al processo valutativo della performance pubblica⁷.

ss.; M. BARILÀ, *La cultura del merito per la gestione delle risorse umane e gli strumenti premiali condizionati dalla valutazione certificata*, in M. TIRABOSCHI, F. VERBARO (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Milano, 2010, 301 ss.; D. GALLI, *Misurare e migliorare la performance*, in AA. VV., *Quale performance? Indicatori e sistemi di misurazione in uso nei ministeri di sette paesi OCSE*, Milano, 2012, 7 ss.; R. PICARO, *Gli Organismi Indipendenti di Valutazione ed il ciclo di misurazione e gestione della performance nelle Amministrazioni centrali dello Stato, tra ottimizzazione del risultato organizzativo ed attuazione dei valori costituzionali*, in *NA*, 1/2021, 35 ss.

Per quanto riguarda il sistema delle fasce di merito, infine, va precisato che è vero che esso non è stato attuato in ragione del blocco imposto alla contrattazione collettiva integrativa dai tagli alla spesa pubblica, ma è altrettanto vero che il meccanismo era stato da subito fortemente criticato dalla dottrina, in quanto troppo rigido e poco adatto a garantire l'auspicata differenziazione di trattamento economico premiale tra i diversi lavoratori, non lasciando sufficiente spazio di manovra né alla singola PA né alla contrattazione collettiva. Sul tema delle "gabbie" di merito si rimanda a P. MONDA, *La determinazione della "performance" individuale del dipendente pubblico*, in *DLM*, 2013, 374 ss.

⁶ Aveva dato importanti indicazioni per la riforma del 2017 il Protocollo di intesa tra i sindacati del settore pubblico, Governo, Regioni e Autonomie locali, siglato in data 3 maggio 2012. Il documento, preso atto, appunto, dei tagli operati in quel periodo alla spesa pubblica, aveva indicato al legislatore alcuni accorgimenti per migliorare l'operatività del SMVP. Tra di essi, si ricordando la necessità di rafforzare il ruolo della contrattazione collettiva nei meccanismi di determinazione del salario accessorio e l'esortazione al superamento del sistema delle fasce di merito, in favore di una valutazione dell'operato del personale maggiormente differenziata. A conferma del clima di austerità vigente in quegli anni nella PA italiana, si ricorda che a tale accordo era immediatamente seguito il d.l. 6 luglio 2012, n. 95 (convertito in con l. 7 agosto 2012, n. 135), volto proprio alla radicale diminuzione della spesa pubblica. Per quanto concerne le istanze di trasparenza cui si è accennato applicate al settore della performance, cfr. artt. 10 e 20, d. lgs. 14 marzo 2013, n. 33.

⁷ Il d. lgs. 25 maggio 2017, n. 74, si ricorda, era stato emanato tenendo conto delle indicazioni fornite dall'Accordo Governo-Parti Sociali del 30 novembre 2016, che aveva posto obiettivi di razionalizzazione e semplificazione

Attraverso tale percorso si è così costruito un SMVP che, tuttavia, per una complessa serie di ragioni che si andranno qui ad investigare, non ha ancora dato i risultati sperati. Le motivazioni sembrano da ricercare non tanto “a monte”, ovvero nei principi ispiratori o nelle norme che, pur in maniera non del tutto lineare, si sono succedute nell’intricata disciplina della materia, quanto più “a valle”, ovvero nella complessità delle prassi consolidate nella PA italiana, ove la cultura del merito e della valutazione non pare riuscire ad attecchire completamente.

Il SMVP trova, come anticipato, la sua principale ragione proprio nella necessità di dare un segnale forte di meritocrazia all’interno della PA non solo ai cittadini, ma anche ai suoi stessi lavoratori, nel tentativo di incrementarne, così, la motivazione⁸, attraverso un meccanismo che garantisca, al contempo, uno stretto controllo della spesa pubblica⁹. Come già evidenziato, tuttavia, non va tralasciato che il modello si pone altresì in strettissima cor-

del SMVP, nonché di superamento delle fasce di merito. Tra le disposizioni più rilevanti della norma si segnalano in particolare: l’art. 6-*bis*, che ha permesso di superare il sistema delle dotazioni organiche, introducendo il citato piano triennale di fabbisogno del personale, così implicando analisi delle necessità di risorse umane degli Enti pubblici non più solo quantitative, ma anche qualitative; l’art. 19 relativo alla competenza a disciplinare il trattamento economico integrativo dei lavoratori pubblici; l’art. 19-*bis* che ha introdotto la valutazione dei cittadini sulla performance organizzativa delle PPAA. Sulla riforma in esame cfr. anche le Linee guida per il SMVP – Ministeri, n. 2 del 2017, adottate dal DPF, per chiarire alcuni dubbi applicativi dei dicasteri.

Per una disamina concisa ma puntuale delle novità introdotte dal d. lgs. 25 maggio 2017, n. 74 in tema di performance si veda F. BORGOGELLI, *Riflessioni sul sistema di valutazione nelle pubbliche amministrazioni, in attesa di nuove norme*, in *DLM*, 3/2019, 473 ss.

⁸ I SMVP e le loro conseguenze in termini premiali vengono utilizzate (anche) come leva per l’implementazione della motivazione dei lavoratori, indicata generalmente con l’acronimo *PSM*, *public servants motivation*. Sull’argomento, cfr. L. FALDUTO, *In tema di Performance Management*, in *AI*, 11, 2020, 1837 ss. e AA. VV., *La gestione del personale tra incentivi e disincentivi*, in *RTDP*, 4, 2021, 1255 ss.

⁹ Come dimostrato dalle previsioni di cui agli artt. 45, c. 3-*bis*, d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165 e 4, c. 1, d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, il ciclo della performance e le sue conseguenze premiali sono strettamente connesse alla programmazione finanziaria della PA e, ai sensi altresì dell’art. 17, c. 2, d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, dalla sua applicazione non devono derivare nuovi oneri pubblici (A. LIPPI, *La valutazione delle politiche pubbliche*, Bologna, 2007). Come fanno notare alcune voci dottrinali, tuttavia, simile impostazione appare poco realistica rispetto alla realizzazione efficace di un sistema complesso come quello della misurazione e valutazione della performance (così G. NUCCI, *La performance delle Amministrazioni Pubbliche*, cit. (1)).

relazione con un altro delicato tema, ovvero la programmazione dell'attività amministrativa¹⁰. Il SMVP, ispirato alla disciplina del lavoro privato, obbliga, infatti, la PA ad effettuare una specifica ed articolata pianificazione su base triennale, con revisioni annuali, delle proprie priorità ed obiettivi, secondo schemi per lungo tempo rimasti estranei all'organizzazione amministrativa, stimolando la visione strategica dell'agire pubblico e la puntuale gestione delle risorse umane. Quest'ultima, in particolare, viene affidata al c.d. ciclo di gestione della performance¹¹, confluito, recentissimamente, nel più ampio Piano integrato di attività e organizzazione (PIAO)¹², in ottica di semplificazione ed integrazione.

Più nello specifico, delle varie fasi che compongono il ciclo di gestione della performance, in relazione alla retribuzione accessoria premiale erogata ai lavoratori della PA che non ricoprono funzioni dirigenziali né posizioni organizzative, sui quali ci si vuole qui concentrare, rileva soprattutto quella intermedia, che pone al centro proprio il riconoscimento del particolare apporto fornito all'attività dell'Ente da parte del dipendente pubblico, nella sua dimensione individuale¹³. La valutazione della perfor-

¹⁰ Per una digressione approfondita sull'importanza di far comprendere ai lavoratori l'unicità degli obiettivi finali dell'Ente al fine di instaurare, tra di loro, la massima collaborazione possibile e scongiurare atteggiamenti improntati alla logica di "it's not my job", nonché sulla necessità di individuare obiettivi condivisi tra diverse PPAA, F. TUZI, *Amministrazione Pubblica: dall'egoismo alla competizione. Manuale per una sopravvivenza operosa*, Soveria Mannelli (CZ), 2016.

¹¹ Sul ciclo della performance quale strumento di gestione delle risorse umane cfr. AA.VV., *La gestione del personale tra incentivi e disincentivi*, in *RTDP*, 4/2021, 1258 ss.

¹² La normativa disciplinante il PIAO (d.p.r. 24 giugno 2022, n. 81 e d.m. 30 giugno 22, n. 132), introdotto ufficialmente a partire da giugno 2022 in conformità con quanto previsto ex art. 6, d.l. 9 giugno 2021, n. 80, insiste particolarmente sulla nozione di valore pubblico e sui principi di integrazione e collaborazione tra PPAA. Si segnala che il recente strumento di programmazione, prima dell'ufficiale entrata in vigore, era stato oggetto di un laboratorio sperimentale condotto con la partecipazione di 5 Regioni (Basilicata, Emilia-Romagna, Friuli-Venezia Giulia, Liguria e Toscana) e poi esteso ad altri Enti Locali, con ottimi risultati (cfr. ForumPA.it). In generale, sull'importanza strategica del nuovo strumento di programmazione dell'attività amministrativa per fronteggiare le sfide della contemporaneità cfr. L. CARBONARA, C. CATALDI, C. CICCODICOLA, C. LACAVALA, L. SALTARI, *Pandemia e assunzioni delle Pubbliche Amministrazioni*, in *GDA*, 1/2022, 34 ss.

¹³ La performance individuale è disciplinata dall'art. 9, d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150. Si precisa che in questo scritto non si analizza, invece, la com-

mance è, infatti, volta a misurare il contributo concretamente fornito da ciascun lavoratore al raggiungimento degli obiettivi strategici ed operativi della PA in cui è inserito e, dunque, in termini più semplici, a misurare il valore della sua prestazione, cui collegare un riconoscimento economico direttamente proporzionale, aggiuntivo rispetto alla retribuzione base.

Più nello specifico, per i citati lavoratori, la misurazione e la valutazione della performance individuale sono svolte in conformità con quanto stabilito dal SMVP adottato dall'Ente di appartenenza, che gode di un certo margine di discrezionalità nella sua definizione, pur dovendosi attenere ad alcune regole comuni fissate inderogabilmente dalla legge, dalla contrattazione collettiva e dalle linee guida periodicamente emanate dal Dipartimento della Funzione Pubblica (DFP). In particolare, per i dipendenti pubblici privi di ruoli gestionali il rendimento lavorativo viene sempre valutato in relazione “a) al raggiungimento di specifici obiettivi di gruppo o individuali; b) alla qualità del contributo assicurato alla performance dell'unità organizzativa di appartenenza, alle competenze dimostrate ed ai comportamenti professionali e organizzativi”¹⁴: trattasi, in estrema sintesi, di un duplice giudizio, incentrato rispettivamente sui risultati prodotti dall'attività del singolo rispetto agli obiettivi prefissati ed, in maniera preponderante, sui comportamenti tenuti dal dipendente tra quelli previamente indicati in sede di assegnazione degli obiettivi¹⁵. Sul concreto significato da attribuire a tali parametri si è a lungo discusso in dottrina ed in giurisprudenza: posto che è normale obbligo contrattuale del lavoratore eseguire la prestazione con diligenza ai sensi dell'art. 2104 c.c., risulta difficoltoso definire in quale spazio possano inserirsi i premi e gli incre-

ponente organizzativa di essa, di cui all'art. 8 del medesimo decreto. Per una chiara e concisa raffigurazione delle distinzioni tra le due dimensioni della performance dei dipendenti pubblici si segnala comunque, ancora, P. MONDA, *Rendimento esigibile*, cit. (2). Per un'analisi più approfondita si rimanda invece a M. BARBIERI, A. FRANCESCONI, E. GUARINI, *Misurazione, valutazione e trasparenza della performance*, in F. CARINCI, S. MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*, Milano, 2011, 47-87 ss.

¹⁴ Art. 9, c. 2, d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150.

¹⁵ Relativamente ai comportamenti attesi dal lavoratore pubblico, per un'interessante digressione sul tema della presenza fisica in ufficio connessa al giudizio sulla *performance*, si vedano L. C. NATALI, *Progressioni giuridiche ed economiche nella P.A.*, in *DPL*, 30, 2018, 1881 ss. e L. FALDUTO, *Tassi di assenza e performance organizzativa dopo il CCNL Dirigenti funzioni locali*, in *AI* 6, 2022, 1118 ss.

menti “di risultato” per i dipendenti pubblici privi di ruoli gestionali, siccome la responsabilità per i risultati ottenuti dall’attività dell’Ente è attribuita esclusivamente ai dirigenti¹⁶. In altri termini, nel momento in cui il lavoratore svolge bene le proprie mansioni, sta correttamente adempiendo al contratto di lavoro di cui è parte e, al di fuori di ciò che in esso è specificamente previsto, non è ammissibile supporre l’esistenza di mansioni ulteriori e facoltative. A simili considerazioni si aggiunge, poi, il fatto che non è ipotizzabile trasformare radicalmente la prestazione da questi dovuta da obbligazione di mezzi in obbligazione di risultato, al solo fine di giustificare l’erogazione della maggiorazione retributiva¹⁷. A tali questioni, in gran parte condivise con il settore privato, la giurisprudenza ha provato a dare risposta in maniera articolata.

Innanzitutto, perché sia possibile la corresponsione delle erogazioni premiali, è necessario che siano stati attribuiti al lavoratore obiettivi specifici e diversificati, in sede, appunto, di programmazione¹⁸. Tali obiettivi divergono dal semplice

¹⁶ Sull’impropria connessione operata, invece, tra il mancato raggiungimento degli obiettivi e le sanzioni (che possono giungere fino al licenziamento disciplinare) operata dal legislatore per quanto concerne i dirigenti e per un’analisi accurata dell’art. 5-*quater*, c. 1, lett. f) *quinquies*, ancora, P. MONDA, *Rendimento esigibile*, cit. (2).

¹⁷ Sulla differenza tra servizio prestato e servizio contrattuale e, dunque, sul contenuto concreto delle mansioni e dei doveri dell’impiegato pubblico, si rimanda ancora a L. C. NATALI, *Progressioni giuridiche ed economiche nella P.A.*, cit. (15). Sul medesimo tema, per quanto concerne la giurisprudenza, si rimanda invece alla recentissima pronuncia Cass., ord. 19 aprile 2024, n. 10640, pur relativa al settore privato, con cui la Suprema Corte ha giudicato illegittimo il licenziamento per giustificato motivo oggettivo nel caso del mancato raggiungimento del risultato prefissato, proprio in virtù del fatto che il lavoratore si obbliga contrattualmente esclusivamente alla messa a disposizione delle proprie competenze ed energie («nel contratto di lavoro subordinato, il lavoratore non si obbliga al raggiungimento di un risultato ma alla messa a disposizione del datore delle proprie energie, nei modi e nei tempi stabiliti, con la conseguenza che il mancato raggiungimento del risultato prefissato non costituisce di per sé inadempimento, giacché si tratta di lavoro subordinato e non dell’obbligazione di compiere un’opera o un servizio (lavoro autonomo)»). Per una riflessione più ampia sulla distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato in campo lavoristico si veda invece A. MONTI, *Obbligazioni di mezzi e di risultato. Brevi note sulla circolazione di un’idea*, in *L&LI*, 10, 1/2024, 43 ss.

¹⁸ La mancata individuazione di specifici obiettivi da parte del dirigente per i lavoratori del proprio ufficio costituisce per essi un danno risarcibile sotto forma di perdita di *chances*, come stabilito da diverse pronunce di merito (Cor-

adempimento delle proprie mansioni e denotano l'esecuzione di un *quid pluris*, ovvero di un incremento migliorativo da parte del lavoratore rispetto alla prestazione media, che non è strettamente indispensabile (come, invece, tutto ciò che è ricompreso nelle mansioni) ma che la PA considera conveniente raggiungere, pur tenendolo al di fuori dell'oggetto del contratto di lavoro¹⁹.

In tal modo, si plasma un sistema in cui la retribuzione base è collegata all'ordinario sforzo di diligenza del lavoratore, senza sovvertire i paradigmi della subordinazione, mentre parte della retribuzione accessoria viene ancorata al raggiungimento di determinati risultati ulteriori, descritti in termini concreti, calibrati sulla specifica attività svolta dal dipendente pubblico ed individuati attraverso l'esercizio dell'autonomia organizzativa da parte del relativo dirigente.

Al comprovato raggiungimento di tali risultati corrisponde, poi, come anticipato, non più la collocazione del lavoratore in una delle tre fasce di merito, bensì una valutazione del rendimento maggiormente differenziata, che giustifica l'erogazione proporzionale, appunto, della componente della retribuzione accessoria legata alla performance²⁰ e, se del caso, anche dei bo-

te App. Torino, 8 maggio 2019, n. 226 e Trib. Roma, 8 agosto 2018, n. 6367). La giurisprudenza di legittimità, inoltre, ha recentemente ribadito che gli emolumenti premiali di cui trattasi sono esclusi dal campo di applicazione dell'art. 36 Cost., che si riferisce al solo c.d. "*minimo costituzionale*" (Cass. civ., 11 aprile 2022, n. 11666).

¹⁹ In questi termini C. Conti, sez. Puglia, 2 agosto 2010, n. 487 e R. CASILLO, *La valutazione del personale non dirigente*, nonché G. RICCI, M. CUTTONE, *Valutazione e premi*, entrambi in G. AMOROSO, V. DI CERBO, L. FIORILLO (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Milano, 2019, 784 ss. e 810 ss. Al dibattito si aggiunge poi la questione su cosa si debba intendere per "risultato" della PA nell'ambito di cui trattasi. Sul punto cfr. S. COCO, *Il Management Control System quale fattore critico di successo dell'Azienda Pubblica*, in *AI*, 10, 2017, 814 ss.: «per risultato si dovrà intendere l'impatto dell'attività amministrativa posta in essere/dei servizi erogati sul valore prodotto nei confronti della collettività e sulla crescita complessiva dell'organizzazione».

²⁰ Sul nuovo modello di calcolo della parte di retribuzione accessoria legata al risultato, in particolare, cfr. G. RICCI, M. CUTTONE, *Valutazione e premi*, cit. (19), secondo i quali essa si compone di una somma tra una premialità minima e una massima. Si ricorda, inoltre, che secondo tale nuovo sistema, i lavoratori destinatari di valutazioni negative della performance incorrono in conseguenze che non si limitano alla mancata erogazione del trattamento premiale, ma, soprattutto in caso di reiterate assenze, possono anche sfociare nell'instaurazione di un procedimento disciplinare (in particolare al riguardo AA.VV. *La gestione del personale tra incentivi e disincentivi*, in *RTDP*, 4/2021, 1255 ss. e

nus di cui agli artt. 20 e 27 d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150²¹, sulla cui natura premiale e non retributiva vi è ormai generale consenso²².

Il trattamento economico accessorio, in ogni caso, come più volte ribadito, appartiene alla competenza della contrattazione collettiva. Al fine di scongiurare il più possibile il rischio di impropri automatismi nella corresponsione delle erogazioni premiali (che, al contrario, dovrebbero differenziare i trattamenti economici dei dipendenti pubblici), il legislatore ha infatti deci-

S. MAINARDI, *Il “dovere” del dirigente di sanzionare il demerito: il procedimento disciplinare*, in *GI*, 2010, 2717 ss.).

²¹ L'art. 20, d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, in particolare, prevede un sistema premiale composito, costituito da: “a) il bonus annuale delle eccellenze, di cui all'articolo 21; b) il premio annuale per l'innovazione, di cui all'articolo 22; c) le progressioni economiche, di cui all'articolo 23; d) le progressioni di carriera, di cui all'articolo 24; e) l'attribuzione di incarichi e responsabilità, di cui all'articolo 25; f) l'accesso a percorsi di alta formazione e di crescita professionale, in ambito nazionale e internazionale, di cui all'articolo 26”. La disposizione specifica altresì che “Gli incentivi di cui alle lettere a), b), c), ed e) del comma 1 sono riconosciuti a valere sulle risorse disponibili per la contrattazione collettiva integrativa”. A tale previsione va poi aggiunto l'art. 27 della medesima normativa, relativo, invece, al premio di efficienza, allocato secondo specifico sistema descritto dalla stessa disposizione (“[...] una quota fino al 30% dei risparmi sui costi di funzionamento derivanti da processi di ristrutturazione, riorganizzazione e innovazione all'interno delle PA è destinata, in misura fino a due terzi, a premiare, secondo criteri generali definiti dalla contrattazione collettiva integrativa, il personale direttamente e proficuamente coinvolto e per la parte residua ad incrementare le somme disponibili per la contrattazione stessa”). Secondo parte della dottrina, l'utilizzo dei *bonus*, come, ad esempio quello per le eccellenze di cui all'art. 21 (erogato al massimo al 5% dei dipendenti giudicati *best performers*), quali incentivi economici collegati alla performance dei lavoratori sarebbe da implementare, dato che essi non integrano aumenti strutturali della spesa pubblica e presentano minori rischi di automatismi; cfr. AA. VV., *La gestione del personale*, cit. (8).

²² La retribuzione dei dipendenti pubblici, infatti, si compone di un trattamento base (che comprende la retribuzione tabellare, l'indennità integrativa speciale ed anche la retribuzione legata all'anzianità di servizio) che ha carattere universale in quanto corrisposto in misura eguale a parità di qualifica professionale ed inquadramento e di un trattamento accessorio che, invece, ha carattere eventuale e dovrebbe, appunto, differenziare l'erogazione stipendiale in base al concreto contributo fornito dal lavoratore. Sul punto, da ultimo, Cons. St., 14 giugno 2022, n. 4861; più risalente ma relativa anche alla retribuzione di risultato, non intaccata dal divieto di *reformatio in peius*, si veda anche Cons. St., plen., 11 dicembre 2006, n. 14. Per un riferimento dottrinale sul medesimo tema si veda invece G. PALLADINI, *Il trattamento retributivo*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, vol. I, Torino, 2013, 525-541.

so di ripartire tra la contrattazione collettiva nazionale e quella integrativa rispettivamente la definizione dei criteri di misurazione della performance e dei meccanismi attuativi del relativo sistema²³. Più nello specifico, alla contrattazione collettiva di secondo livello, ai sensi degli artt. 40, c. 3-*bis* e 45, d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, viene affidato il compito di garantire la differenziazione tra i trattamenti retributivi percepiti dai lavoratori ed assicurare “*adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici, incentivando l’impegno e la qualità della performance*”, con l’indicazione di destinare parte prevalente del trattamento accessorio complessivo proprio al trattamento economico accessorio collegato alla performance individuale. Tale attribuzione di competenza alla contrattazione integrativa, che subisce il doppio vincolo del rispetto di quanto stabilito sia dalla legge e sia dalla contrattazione di primo livello per quanto concerne i principi e le regole di base della materia, accentua, tuttavia, gli stringenti limiti di spesa cui la stessa è sottoposta.

La PA italiana, infatti, dagli anni ‘90 ad oggi, ha sempre dimostrato estremo rigore nella gestione dei propri fondi che, pur originando da lodevoli principi, è spesso sfociato nella dannosa propensione a considerare molte voci di spesa come costi da ridurre al minimo, piuttosto che come risorse su cui investire²⁴.

²³ Cfr., ancora, art. 49, d. lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 ed artt. 7, c. 5 e 45 TUPI. L’idea che l’attribuzione della competenza sul salario accessorio alla contrattazione collettiva limitasse il pericolo di automatismi nella distribuzione era già insita nella l. delega, 23 ottobre 1992, n. 421 ed è stata sempre sostenuta dalla Corte costituzionale (cfr. sentt. 5 luglio 2006, n. 308 e 5 giugno 2007, n. 189). La fonte collettiva nazionale, in forza di quanto previsto ex art. 45, c. 3-*bis*, TUPI, ha poi stabilito l’obbligo d’istituzione per ogni comparto dell’apposito “Fondo per le risorse decentrate” (di cui, almeno il 30%, deve essere destinato a premiare la performance individuale dei dipendenti pubblici).

²⁴ Su tale tendenza, spiccatamente italiana, F. SCHIAVETTI, *Premialità e merito*, in *DPLPS*, 2014, 2661 ss. In questi termini si è espresso anche il Prof. Giovanni Valotti nell’ambito dell’approfondimento dal titolo *Performance e PIAO per creare valore pubblico*, tenutosi il 14 Giugno 2023 e integralmente reperibile sul sito istituzionale *ForumPA*. Il Professore, infatti, ha fatto notare come il tema del rapporto tra le risorse disponibili ed i risultati che con esse si riescono a conseguire persista da oltre trent’anni relativamente alla gestione della *res publica*. La PA italiana (pur difficile da definire ed identificare in un contesto come il nostro, in cui le PPAA sono molteplici e frammentate), in particolare, a confronto con gli altri Stati membri dell’UE, non presenta mai un eccesso di risorse stanziato, e tuttavia, a parità delle stesse, produce meno risultati o, meglio, risultati meno soddisfacenti. La tendenza a tagliare i costi, inoltre, si accentua in relazione ai fondi da investire per il trattamento retributivo delle risorse umane, che, nella comune per-

Così, anche per quanto concerne l'ambito in esame, la normativa risulta quasi ridondante nell'affermare che qualsivoglia previsione di voci della retribuzione accessoria valga esclusivamente sulle risorse stanziare e non debba in alcun modo comportare un aumento di oneri per la PA²⁵. Questo, unitamente alla pur legittima tendenza della PA in veste di datore di lavoro a garantire la maggior parità di trattamento possibile tra i propri dipendenti, e ad altre peculiari distorsioni applicative che si indagheranno nel prossimo paragrafo, ha alimentato un SMVP alla prova dei fatti scarsamente motivante, caratterizzato da incentivi distribuiti tendenzialmente in maniera uniforme e di scarso valore economico²⁶, cui si cerca, da molti anni, di porre rimedio.

cezione del nostro Paese, tendono ad essere criticate oltre la realtà dei fatti (A. DI FILIPPO, *Ricambio generazionale e rinnovamento della PA: una opportunità in cerca di strategia*, in *AI*, 3, 2019, 491 ss.).

²⁵ Quanto detto vale salva la previsione dell'art. 40, c. 3-*quinquies*, d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, ai sensi di cui "Le Regioni, per quanto concerne le proprie amministrazioni, e gli enti locali possono destinare risorse aggiuntive alla contrattazione integrativa nei limiti stabiliti dalla contrattazione nazionale e nei limiti dei parametri di virtuosità fissati per la spesa di personale dalle vigenti disposizioni, in ogni caso nel rispetto degli obiettivi di finanza pubblica e di analoghi strumenti del contenimento della spesa. Lo stanziamento delle risorse aggiuntive per la contrattazione integrativa è correlato all'effettivo rispetto dei principi in materia di misurazione, valutazione e trasparenza della performance e in materia di merito e premi applicabili alle regioni e agli enti locali [...]". In ogni caso a pena di nullità delle clausole difformi e dell'eventuale recupero delle risorse mal investite. L'importanza del rispetto dei limiti di spesa previsti in sede di contrattazione collettiva nazionale è inoltre costantemente ribadito dalle Linee Guida emanate periodicamente dal DFP, tra cui, recentemente, *Nuove indicazioni in materia di misurazione e di valutazione della performance individuale* pubblicate in data 28 novembre 2023 a firma del Min. On. Zangrillo e reperibili sul sito funzionepubblica.gov.

Sul tema dei poteri degli Enti territoriali nella gestione dei fondi da destinare alla retribuzione di risultato e, più in generale, nella gestione del ciclo della performance: G. GUZZARDO, *Valutazione della pianificazione strategica regionale, amministrazione di risultato e buon andamento della p.A.*, in *AC*, 28 dicembre 2022; E. QUARANTA, *La misurazione e la valutazione della performance organizzativa nelle Amministrazioni Pubbliche*, tesi di dottorato (XXVI ciclo), dip. economia, management e finanza, Università di Foggia, A.A. 2014-2015; E. GAMBERINI, *Il valutatore di performance interna: competenze, formazione, problematiche. La valutazione delle gestioni associate nelle unioni di comuni*, in *AI*, 1/2021, 93 ss. (per un approfondimento sulla gestione associata del ciclo della performance da parte di Enti locali di piccole dimensioni, ovvero di Comuni con meno di 5000 abitanti); A. M. SAVAZZI, *Due esperienze di adeguamento del sistema di misurazione e valutazione della performance: i Comuni di Grosseto e Udine*, in *AI*, 3/2019, 517 ss.

²⁶ L'incentivo di scarso valore economico si somma, peraltro, ad una re-

2. Distorsioni applicative

Per analizzare le cause che hanno portato al parziale insuccesso del SMVP, si ritiene di doversi soffermare, innanzitutto, sulle motivazioni connesse ai pesanti tagli operati alla spesa pubblica ed all'estremo rigore dimostrato dalla PA nella gestione delle proprie risorse in relazione al pubblico impiego.

Come noto, il sistema delle fasce di merito inizialmente previsto dall'art. 19, d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 nella sua originaria formulazione non è mai stato attuato, a causa della imposta di invarianza dei trattamenti economici individuali che, inibendo la contrattazione integrativa, ha bloccato sul nascere la possibilità di un riconoscimento differenziato per i lavoratori pubblici²⁷. Quando, anni dopo, l'*impasse* è stata sciolta dalla Consulta²⁸, è dunque nuovamente intervenuto il legislatore, prevedendo, però, come anticipato, un modello premiale dei dipendenti parzialmente diverso.

Dalla rigidità delle fasce si è così passati ad un meccanismo maggiormente graduabile e differenziato, disciplinato su diversi livelli: l'art. 19 delega oggi alla contrattazione collettiva nazionale la determinazione di "*criteri idonei a garantire che alla significativa differenziazione dei giudizi di cui all'articolo 9, comma 1, lettera d), corrisponda un'effettiva diversificazione dei trattamenti economici correlati*" e, su tale base, essa definisce

tribuzione base tendenzialmente affatto elevata, concorrendo a determinare una generale scarsa attrattività del settore pubblico per le giovani generazioni, di cui, invece, la PA italiana ha oggi estremo bisogno. Per una digressione sul punto S. MAINARDI, *Lavoro pubblico, povertà lavorativa e ruolo del contratto collettivo?*, in *ADL* 2, 24 ss.

²⁷ Il sistema prevedeva di collocare il 25% dei lavoratori nella fascia più alta, il 50% in quella intermedia, il restante 25% in quella più bassa, attribuendo loro le risorse destinate alla retribuzione accessoria in modo proporzionale (il 50% di esse alla prima fascia ed il restante 50% alla seconda). L'inattuazione di tale sistema, definitivamente abrogato poi ex art. 17, d. lgs. 25 maggio 2017, n. 74, è dovuta ad una lunga serie di provvedimenti legislativi di contenimento della spesa pubblica, inaugurati dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78.

²⁸ La Corte Cost., con la pronuncia del 24 giugno 2015, n. 178, ha infatti definitivamente avallato il ruolo della contrattazione collettiva integrativa quale propulsore delle misure incentivanti la produttività dei lavoratori. Nelle parole della Corte, infatti, si legge che ad essa spetta «*contempera[re] in maniera efficace e trasparente gli interessi contrapposti delle parti e concorre[re] a dare concreta attuazione al principio di proporzionalità della retribuzione, ponendosi, per un verso, come strumento di garanzia della parità di trattamento dei lavoratori (art. 45, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001) e, per altro verso, come fattore propulsivo della produttività e del merito*».

le percentuali minime che la contrattazione integrativa deve necessariamente riservare alla retribuzione connessa ai risultati prodotti²⁹. Anche tale sistema di allocazione e distribuzione delle risorse, tuttavia, non ha pienamente raggiunto gli obiettivi di incremento della motivazione dei lavoratori e, di riflesso, di efficienza amministrativa, che ci si sarebbe aspettati e, a valle di alcune criticità concernenti l'organizzazione dell'attività del settore pubblico, legate soprattutto ad una non chiara definizione degli obiettivi in sede di programmazione³⁰, le cause si ritiene debbano essere individuate in peculiari distorsioni applicative del SMVP³¹.

Sotto tale punto di vista, *in primis*, si segnala che il soggetto onerato di svolgere la valutazione della performance dei lavoratori privi di ruoli gestionali, pur sulla base degli appositi modelli diffusi dal DFP, coincide con il dirigente dell'ufficio e questo porta con sé alcune evidenti problematiche³². I dirigenti della PA, infatti, pur non potendo incidere in maniera decisiva sulle posizioni degli altri dipendenti pubblici³³, assumono i poteri del datore di lavoro, essendo incaricati di tutti gli atti di micro-gestione del personale (compresa l'assegnazione dei mi-

²⁹ Tale percentuale minima si è assestata sul 30% delle risorse totali. Cfr. art. 77, c. 2, CCNL 18 febbraio 2018 Funzioni Centrali e, ancora, S. MAINARDI, *Lavoro pubblico*, cit. (26).

³⁰ Sulla distinzione di cui all'art. 5, d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, tra gli obiettivi assegnati ai lavoratori dai dirigenti e legati all'autonomia programmatica degli Enti ed i c.d. obiettivi generali, determinati invece dall'organo di indirizzo politico-amministrativo, si veda L. FALDUTO, *In tema di Performance Management*, cit. (8).

³¹ «La sfiducia nell'efficacia della valutazione della performance nella PA nasce dalla considerazione che in Italia le riforme si iniziano ma spesso non si portano fino in fondo; insomma, il cerchio non viene mai chiuso» F. TUZI, *Amministrazione Pubblica*, cit. (10).

³² Sul complesso ruolo dei dirigenti come soggetti valutatori della performance cfr. L. D'ARCANGELO, *I soggetti valutatori*, in G. AMOROSO, *Il lavoro pubblico*, cit. (19), 763 ss.; G. NICOSIA, *I soggetti della valutazione (percorsi di apprendimento organizzativo)*, in M. ESPOSITO, V. LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI, (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d. lgs nn. 74 e 75 del 2017*, Torino, 2017; P. MONDA, *Contratto di lavoro pubblico, potere organizzativo e valutazione*, Torino, 2016.

³³ Il dirigente, per esempio, dato il vincolo del concorso per l'accesso al lavoro pubblico, non può significativamente incidere sulle progressioni di carriera dei prestatori preposti al proprio ufficio. Sul punto cfr. AA.VV., *La gestione del personale tra incentivi e disincentivi*, cit. (11).

cro-obiettivi) e responsabili finali del raggiungimento o meno degli obiettivi dell'Ente, pur mantenendo, al contempo, la posizione di lavoratori della PA a loro volta, sottoposti, anzi, ad un SVMP ancor più severo ed impattante³⁴. Nonostante i tentativi legislativi e giurisprudenziali³⁵ di comporre un SMVP concretamente basato sul riconoscimento del merito e sulla conseguente differenziazione dei relativi incrementi economici, si assiste, dunque, ad una diffusa tendenza da parte dei dirigenti, in sede di programmazione, ad identificare gli obiettivi del proprio settore in termini piuttosto ampi ed elastici, in modo da garantirne più facilmente il raggiungimento, di cui, come si è detto, essi stessi saranno ritenuti i responsabili finali. A tale fenomeno, inoltre, si aggiunge, in sede di valutazione, la generale predisposizione pubblicistica a livellare il più possibile i giudizi espressi sui dipendenti, anche sulla spinta dei sindacati, alimentando così un sistema di calcolo ed erogazione della retribuzione accessoria formato per lo più da voci sostanzialmente stipendiali, in cui la vera differenza è stata finora giocata dall'anzianità di servizio³⁶.

Gli inevitabili *bias* valutativi dei dirigenti pubblici, poi, si pongono sullo sfondo di una radicata e diffusa resistenza a qualsiasi SMVP, presente trasversalmente a tutti i livelli del pubblico

³⁴ Sull'immagine di una dirigenza estremamente autoreferenziale, che «*percepisce come lesa maestà*» ricevere, in sede di SMVP, un giudizio anche leggermente inferiore al massimo, cfr. P. BEVILACQUA, *Finalità, patologie e percorsi di miglioramento del processo valutativo*, in *AI*, 6, 2018, 911 ss. Sui risvolti di una valutazione negativa della performance dei dirigenti, ancora L. FALDUTO, *In tema di Performance Management*, cit. (8).

³⁵ Per quanto concerne i primi, cfr. art. 18, c. 2, d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 «*È vietata la distribuzione in maniera indifferenziata o sulla base di automatismi di incentivi e premi collegati alla performance in assenza delle verifiche e attestazioni sui sistemi di misurazione e valutazione adottati ai sensi del presente decreto.*» La giurisprudenza amministrativa (Corte Conti, 23 settembre 2010, n. 568), invece, per parte sua, è giunta a qualificare quale fonte di danno erariale l'erogazione del trattamento accessorio non collegata ad una reale valutazione della performance del lavoratore.

³⁶ Per i lavoratori che qui si considerano, infatti, non sussiste la componente legata alla retribuzione di posizione; sul punto cfr., di nuovo, AA. VV., *La gestione del personale tra incentivi e disincentivi*, cit. (8). Per una breve ma puntuale descrizione del ruolo preponderante dell'anzianità di servizio nelle progressioni di carriera e nella ricezione degli incentivi economici R. GERMANO, *Carriere nella Pubblica Amministrazione: tanta anzianità, poco merito*, in *lavoce.info*, 9 aprile 2024. Sul tentativo di cambiare tale impostazione si rimanda a quanto già detto relativamente al nuovo Accordo Quadro e all'ipotesi del nuovo CCNL Funzioni Centrali.

impiego³⁷. Nonostante il SMVP sia in vigore ormai da una quindicina d'anni, non sembra, infatti, essere permeata nel nostro Paese una solida cultura del merito e, differentemente da quanto si potrebbe pensare, lo scetticismo nei confronti di simili modelli gestionali non promana solo da chi, ricoprendo posizioni apicali, possa temere di perdere attraverso simili meccanismi le proprie rendite di posizione, ma è atteggiamento assai diffuso nella PA italiana. La propensione alla valutazione risulta essere particolarmente scarsa nei nostri apparati amministrativi, connotati da una generale resistenza a qualsiasi forma di innovazione organizzativa, che, a volte, sfocia in una vera e propria *path dependency* e nel consolidarsi di fenomeni di burocrazia difensiva.

A tal proposito, va specificato che, certamente, non aiutano all'instaurazione di un ambiente maggiormente favorevole al SMVP né la conformazione né la composizione della nostra PA: per quanto concerne il primo aspetto, il fatto che in Italia vi siano molteplici organi amministrativi con enormi differenze dimensionali e strutturali contribuisce ad ingenerare una diffusa avversione verso un modello di SMVP che, almeno nei suoi tratti essenziali, è uniforme per ogni organismo pubblico, nonché verso alcuni suoi fisiologici risvolti, quali fenomeni di classificazione e competizione tra PPAA che, alla luce delle significative diversità, appunto, sarebbe opportuno non comparare³⁸; in merito alla seconda prospettiva, ovvero alla composizione dell'organico pubblico, invece, non va dimenticato che la PA italiana è "la più anziana d'Europa", composta da una forza lavoro stabile che ha, in media, 50,7 anni³⁹. Senza voler operare improprie generalizzazioni, bisogna tuttavia prendere atto che tale dato comporta il rischio concreto di tradursi in Enti amministrativi formati da lavoratori meno abituati alle logiche del SMVP, tendenzialmente più ancorati ai moduli del passato fortemente burocratizzati ed a una visione dei propri compiti più come adempimenti formali da svolgere, piuttosto che come obiettivi da raggiungere.

³⁷ Così, ancora, G. NUCCI, *La performance delle Amministrazioni Pubbliche*, cit. (1).

³⁸ In tal senso, P. BEVILACQUA, *Finalità, patologie e percorsi di miglioramento del processo valutativo*, cit. (34).

³⁹ Il dato si riferisce al 2022 ed è ricavato dall'annuale indagine sul lavoro pubblico realizzata da *FPA - data insight*, presentata il 16 maggio 2023 e reperibile in *ForumPA.it*.

Nonostante le segnalate distorsioni, la fiducia nel possibile effetto positivo del SMVP non pare essere mai davvero vacillata, né nella visione del legislatore (che, anzi, ha recentemente dato ad esso nuova spinta attraverso le riforme stimulate dal PNRR⁴⁰) né, tutto sommato, nella prospettiva dei lavoratori. Questi ultimi, infatti, pur consapevoli delle inefficienze del modello allo stato attuale, non sembrano non condividere almeno i principi di meritocrazia posti alla base e l'impostazione che, attraverso la sua implementazione, si tenta di dare alla PA nel senso di renderla maggiormente orientata alla valorizzazione del merito. Senza alcuna pretesa rappresentativa si segnala, infatti, che nell'ambito di un'indagine condotta attraverso un questionario per i lavoratori di alcuni Enti pubblici liguri (principalmente Regione Liguria e Città Metropolitana di Genova) la grande maggior parte di loro si è detta d'accordo con l'affermazione *“il SMVP si basa su buoni principi ma nella pratica viene disapplicato”* e ancora di più con la frase *“il SMVP si basa su buoni principi ma è migliorabile”*⁴¹.

⁴⁰ Va ricordato che, come indicato dalla direttiva *Nuove indicazioni in materia di misurazione e di valutazione della performance individuale* emanata dal DFP in data 28 novembre 2023 cui si è già accennato *“tutti gli Stati membri dell'Unione europea hanno adottato nell'ultimo decennio modelli di retribuzione di risultato (pay-for-performance) collegati a sistemi di misurazione e valutazione della performance individuale. Medesima tendenza si è affermata in seno all'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE), dove negli ultimi trent'anni il 93% dei governi ha introdotto processi di misurazione e di valutazione della performance individuale e/o di gruppo, mentre l'80% ha adottato sistemi di inc”*. Per un'interessante analisi dello status di attuazione del PNRR nel nostro Paese rispetto agli altri Stati Membri che tenga in considerazione anche della sua incidenza sui piani di performance della PA si rimanda a N. LUPU, *Un “metodo di governo” nuovo e destinato a durare: l'attuazione dei PNRR e il divieto di reversal*, in *GDA*, 1, 2024, 11 ss.

⁴¹ Il questionario, elaborato con *Typeform*, è stato diffuso tra marzo e aprile 2024. In particolare, la risposta media sulla scala valoriale proposta da 1 a 5 di sei diversi dirigenti che hanno partecipato all'indagine è stata di 4.2 all'affermazione *“il SMVP si basa su buoni principi ma nella pratica viene disapplicato”* e di 4.2 all'affermazione *“il SMVP si basa su buoni principi ma è migliorabile”*, mentre la risposta media alle medesime domande poste a 35 lavoratori non dirigenti è stata rispettivamente di 3.5 e 4.1. Ai volontari è stato altresì richiesto di valutare la frase *“il SMVP contribuisce ad incrementare la produttività del singolo e dell'ufficio”* ed in tal caso la risposta media data dai dirigenti è stata di 2.3, mentre di 2.7 quella degli altri lavoratori. Peraltro, si segnala che il Comune di Genova, già nel 2007, aveva avviato un progetto all'avanguardia di riorganizzazione interna dell'ente volto proprio ad una mi-

Per tali ragioni, risulta utile svolgere una riflessione finale sui possibili miglioramenti apportabili a tale modello.

3. I nuovi impulsi al SMVP

Nell'affrontare i nuovi impulsi, già in via di attuazione o allo stadio meramente propositivo, che si stanno mettendo in atto o si prospettano per il SMVP si ritiene di partire dalla programmazione, che, come più volte sottolineato, costituisce l'imprescindibile presupposto per un SMVP funzionale⁴².

In tal senso, innanzitutto, è opportuno specificare che la pianificazione dell'attività della PA e, dunque, delle sue risorse umane, necessita di essere affrontata sotto una diversa prospettiva rispetto a quella finora adottata. Il PIAO, infatti, rappresenta oggi l'unico documento programmatico degli obiettivi della PA e della gestione del suo organico ed è stato concepito proprio per favorire al massimo grado le sinergie e l'integrazione non solo tra i vari settori operativi dell'Ente di riferimento, ma anche tra diverse PPAA. Rispetto ai paradigmi del passato, è del tutto evidente, quindi, che una programmazione fortemente integrata e trasversale (che oggi può peraltro contare su straordinari supporti tecnologici di gestione automatizzata dei dati⁴³) non possa concepirsi e strutturarsi attraverso gli stessi modelli finora utilizzati per una gestione strettamente settoriale. Viceversa, la delimitazione degli obiettivi delle varie PPAA tramite moduli di collaborazione permanenti che coinvolgono anche l'organo di indirizzo politico, oltre ad essere più efficace, permetterebbe di diminuire l'autoreferenzialità che ancora caratterizza l'azione amministrativa dei singoli Enti e dei loro processi valutativi interni⁴⁴. Inoltre, non manca chi fa notare come una riflessione su

giore gestione del ciclo delle performance (T. DEL LUNGO, *Dal Comune di Genova un giudizio positivo sulla riforma Brunetta, ma...*, in *ForumPA.it*, 30 dicembre 2009).

⁴² Sulla cruciale importanza di efficaci sistemi di programmazione cfr. S. COCO, *Il Management Control System*, cit. (19).

⁴³ Sulla necessità di aggiornamento dei SMVP e sui relativi supporti informatici cfr. Cons. St., 21 aprile 2017, n. 917.

⁴⁴ A scanso di equivoci, si specifica che, naturalmente, i controlli interni rappresentano comunque l'imprescindibile punto di partenza per l'efficace gestione del ciclo della performance, come dimostrato dai buoni risultati ottenuti grazie alla loro implementazione da parte dell'Agenzia Spaziale Italiana (cfr. M. DE ANGELIS, *Il valutatore di performance interno: competenze, formazione,*

base triennale non sia (più) congeniale ai tempi attuali, connotati da un'incredibile rapidità data dallo sviluppo tecnologico e dalle continue emergenze che devono affrontarsi, per cui, ragionando troppo a lungo termine, si corre il rischio di stilare un piano programmatico poi costantemente da aggiornare ed adeguare alle sopravvenienze⁴⁵.

A valle di tali considerazioni, per quanto concerne, più nello specifico il SMVP emergono, invece, *in primis*, istanza di maggiore partecipazione nell'iter del meccanismo in esame. Il suggerimento sembra essere, infatti, quello di prevedere forme di valutazione pluristrutturate: al giudizio del dirigente-supervisore, comunque da calibrare con tecniche di allineamento con i dirigenti di altri uffici⁴⁶, si suggerisce quindi di integrare non solo il potenziamento del riscontro dell'utenza finale⁴⁷, ma anche quello dei propri colleghi di pari inquadramento, per raggiungere così forme di valutazione a 360 gradi, a discapito della tradizionale autoreferenzialità del SMVP. Il modello maggiormente partecipativo potrebbe, inoltre, essere alimentato dalla previsione di specifici momenti periodici di confronto tra "primo" valutatore (ovvero il dirigente) e valutato, così da assicurare l'alli-

problematiche. Un nuovo approccio integrato ai controlli come prerequisite per essere performanti, in *AI*, 1/2021, 82 ss.).

⁴⁵ Così S. TAGLIABUE, *Cambiamenti e nuove sfide: quali approcci e strumenti per la PA?*, in *AI*, 1, 2022, 120 ss.

⁴⁶ Trattasi del metodo della c.d. *calibration*. Nell'ottica di favorire il più possibile meccanismi stabili di allineamento e confronto tra soggetti valutatori, si segnalano, inoltre, le conferenze annuali del Forum Nazionale OIV. Sul punto B. SUSIO, *Il ruolo dell'OIV oggi. Identikit del valutatore di performance ed evoluzione del ruolo nel contesto della transizione organizzativa delle PA*, in *AI*, 1, 2024, 66 ss. Per un approfondimento sulla funzione di questo organismo si rimanda invece a P. TANDA, *Gli Organismi Indipendenti di Valutazione nelle Pubbliche Amministrazioni: disciplina ed aspetti critici*, in *NA*, 1/2014, 117 ss. e, più recentemente, a R. PICARO, *Gli Organismi Indipendenti di Valutazione ed il Ciclo di misurazione e gestione della Performance nelle Amministrazioni centrali dello Stato, tra ottimizzazione del risultato organizzativo ed attuazione dei valori costituzionali*, in *NA*, 1/2021, 35 ss.

⁴⁷ Si è già accennato al fatto che, nonostante la valutazione dell'utenza sulla performance organizzativa della PA sia già contemplata ai sensi dell'art. 19-bis d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, essa andrebbe implementata, come suggerito dalle Linee Guida del DFP 4/2019. Dal punto di vista dottrinale, per una disamina in prospettiva storica degli incrementi alla partecipazione dei cittadini anche al particolare aspetto dell'attività amministrativa costituito dal SMVP ed una comparazione con il sistema francese ed americano si veda G. NICOSIA, *La complicata evoluzione del controllo gestionale sul «capitale umano» nelle pubbliche amministrazioni*, in *RTDP*, 3, 2019, 775 ss.

neamento in itinere tra le rispettive prospettive e, se del caso, la correzione puntuale di eventuali scostamenti rispetto al perseguimento degli obiettivi assegnati.

Tali specifiche indicazioni, a ben vedere, si pongono sullo sfondo della più ampia trasformazione culturale di cui la PA, in tema di SMVP, necessita, senza che si debba passare attraverso un'ulteriore stratificazione normativa. Evitando di entrare nel merito, si evidenzia dunque che, anzitutto, contro la vera e propria ostilità dimostrata soprattutto da alcuni soggetti posti ai vertici della PA verso la valutazione, sono stati suggeriti dalla dottrina diversi rimedi. Tra questi, si segnala, in particolare, l'aumento della mobilità dei dirigenti pubblici, che qualcuno propone di amplificare attraverso l'introduzione di un sistema ispirato al *pantouflage* francese⁴⁸, al fine di favorire la circolazione delle pratiche virtuose tra pubblico e privato e la condivisione della missione pubblica da una più vasta gamma di soggetti. Per quan-

⁴⁸ Il *pantouflage* francese, aumentato sotto la presidenza di Macron, rappresenta un sistema in cui i dirigenti trasmigrano con una certa facilità dal pubblico al privato e viceversa. Il modello viene alimentato da determinate sovvenzioni pubbliche che lo Stato eroga ai futuri alti funzionari durante la loro formazione presso le relative scuole di PA. In cambio, i soggetti sovvenzionati, pena non solo la restituzione di quanto percepito, ma anche la perdita del titolo di studio acquisito, garantiscono di lavorare per la Nazione per un periodo di almeno 10 anni, al termine del quale potranno liberamente transitare verso il settore privato. Per una panoramica su tale modello in relazione alla formazione cfr. J. BEZAT, *Qu'est-ce que le "pantouflage" et que prévoit la loi*, in *Les Surligneurs*, 28 settembre 2022. Per un'analisi etimologica del termine *pantouflage* ed una breve disamina storica dell'istituto si consiglia invece A. FERRAND, *Aux origines du «pantouflage»*, in *LeMonde*, 23 giugno 2021. Il sistema, tuttavia, non raccoglie solo consensi, e viene, anzi, spesso criticato anche Oltralpe: in questo senso cfr. il discorso di Jean-Luc Mélenchon (La France insoumise, LFI) all'Assemblée Nationale del 26 luglio 2017: «*Le haut fonctionnaire sait désormais qu'il est non seulement possible mais bien vu, accepté, voire encouragé, de passer du public au privé et d'y revenir ensuite. C'est une source de corruption, de corruption morale*». Per una disamina storica del SMVP francese da una prospettiva nostrana, si veda invece G. VALOTTI, D. GALLI, M. TANTARDINI, *Quale performance? Indicatori e sistemi di misurazione in uso nei Ministeri di sette Paesi OCSE*, 2012, Milano, 113 ss.

Si precisa che per un'apertura ad un modello simile a quello descritto, nel nostro ordinamento, sarebbe necessario provvedere a modificare l'art. 19, c. 5-bis, d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165 che, ad oggi, prevede che gli incarichi dirigenziali “[...] possono essere conferiti, da ciascuna amministrazione, anche a dirigenti non appartenenti ai ruoli di cui all'articolo 23, purché dipendenti delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, ovvero di organi costituzionali [...]”.

to concerne, invece, i lavoratori, si sottolinea la crucialità di far comprendere ai dipendenti pubblici di inferiore inquadramento che la valutazione della loro performance non corrisponde affatto ad un giudizio valoriale sulla persona, ma, al contrario, tenta di configurarsi quale analisi periodica delle loro competenze ed attitudini, con lo scopo di raggiungere la migliore valorizzazione delle risorse umane possibile⁴⁹.

Alla diffusione di tale cultura, oltre ad un'imprescindibile ed accurata opera di formazione, possono concretamente contribuire alcuni strumenti già messi a disposizione delle PPAA dal DFP, cui, si ricorda, dopo la soppressione della CIVIT (Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche), sono state trasferite le competenze centrali in materia di performance. Tra questi, si evidenziano, in particolare, il modello europeo CAF (*Common Assessment Framework*) per l'autovalutazione delle PPAA⁵⁰ e la previsione di forme di valutazione interna dal basso (*bottom-up*), ovvero operate dai dipendenti nei confronti del dirigente, in modo da far sentire i primi parte (anche) attiva del SMVP, oltre ad avere un utilissimo riscontro sul concreto operato dei manager pubblici, purché tale meccanismo sia accompagnato, appunto, da una penetrante diffusione della cultura del merito, affinché non si trasformi in un'occasione di rivalsa sul proprio superiore.

Sempre per quanto concerne il coinvolgimento attivo dei lavoratori al fine di favorire la funzione del SMVP anche quale

⁴⁹ Dalla già citata direttiva *Nuove indicazioni in materia di misurazione e di valutazione della performance individuale* del DFP, 28 novembre 2023, promana il suggerimento di istituire periodici momenti di confronto tra valutatore e valutato, *feedback* ed omogeneizzazione, in grado di agire sul livello di equità del SMVP percepito da parte dei soggetti valutati.

⁵⁰ Il modello CAF è stato elaborato congiuntamente dai Ministri della Funzione Pubblica europei nel 2000 quale strumento di riferimento per le PPAA per effettuare efficaci autovalutazioni delle proprie *performance* basate sulle logiche del *PDCA* (*Plan, Do, Check, Act*). Lo strumento, attraverso l'individuazione di nove differenti indicatori tramite i quali effettuare la rilevazione della performance della PA, tenta di diffondere una cultura improntata al miglioramento continuo, basata su ragionamenti periodici e sistematici sui risultati prodotti. Il modello CAF, ad uso facoltativo, è stato poi in Italia promosso e supportato da FormezPA, con buoni risultati. Come sottolineato durante l'incontro del 14 giugno 2023, cui si è già fatto riferimento, le PPAA che lo hanno utilizzato, tra le quali in particolare spicca l'Agenzia Spaziale Italiana, si sono rivelate infatti poi più capaci di rispondere alla crisi generata dal Covid19.

strumento per incrementarne la motivazione, si prospetta, inoltre, un ampliamento delle sue conseguenze, ipotizzando di far seguire ad esso non solo incentivi economici, ma altresì interventi di sviluppo delle specifiche competenze emerse attraverso il processo valutativo e, quindi, di formazione mirata, eventualmente anche in parte affidata ai lavoratori precedentemente giudicati più performanti, nell'ottica della creazione di circoli virtuosi. Su questo versante si suggerisce, poi, di collegare alle valutazioni positive emerse nel ciclo di gestione della performance altresì benefici di *welfare* integrativo, sia sotto forma di incentivazione individuale che collettiva, particolarmente apprezzati dalle giovani generazioni⁵¹ e, si ritiene, con un effetto più duraturo di fidelizzazione dei lavoratori rispetto al mero incremento retributivo.

In conclusione, tutti gli strumenti proposti sono direttamente o indirettamente funzionali alla diffusione della consapevolezza, tra i lavoratori pubblici, che la valutazione della performance non è un mero adempimento⁵² e non deve essere, in estrema sintesi, fine a sé stessa, ma indirizzata a raggiungere il vero obiettivo ultimo dell'attività amministrativa, ovvero l'accrescimento del valore pubblico realizzato attraverso il concreto miglioramento dei servizi erogati dalla PA ai suoi primi *stakeholders*, i cittadini⁵³. Per raggiungere tale risultato è dunque indispensabile

⁵¹ Per un'approfondita digressione sul *welfare* integrativo pubblico e sulle sue nuove possibili declinazioni (che comprendano, ad esempio, anche la possibilità di seguire corsi formativi), nonché sul c.d. *welfare* puro, che prevede, al conseguimento degli obiettivi aziendali, l'erogazione di determinati *benefits* in maniera indeterminata a tutti i lavoratori si veda, ancora, S. MAINARDI, *Lavoro pubblico*, cit. (26). L'autore, in particolare, osserva come un sistema simile, applicato nella PA, permetterebbe di spronare i dipendenti al raggiungimento degli obiettivi prefissati, pur senza disattendere il principio di parità di trattamento dei lavoratori pubblici, ma anzi, perseguendo una funzione perequativa. Si noti, inoltre, che la conversione del c.d. salario di produttività in premi di *welfare* sembra talvolta essere incoraggiata anche a livello istituzionale, come emerso dal Patto per l'innovazione del lavoro pubblico e la coesione sociale, siglato nel marzo 2021. Tale Patto, in particolare, al punto 6 (poi disatteso dalla legge di bilancio 2023), auspicava l'estensione al settore pubblico dei meccanismi previsti per le aziende ai sensi della l. 11 dicembre 2016, n. 232 e della l. 27 dicembre 2017, n. 205.

⁵² Così B. SUSIO, *Il ruolo dell'OIV oggi*, cit. (46), critico nei confronti dell'«*approccio (culturale, prima ancora che organizzativo) che risolve i sistemi formalizzati (e proceduralizzati) di misurazione e valutazione (della qualità, dei rischi o della performance) nella mera compilazione di modelli cartacei, di questionari standardizzati, di alternative che non ammettono sfumature*».

⁵³ Il valore pubblico, infatti, che dovrebbe essere il vero parametro finale

le intervenire sul piano applicativo del SMVP: tenendo a mente la *ratio* primaria dell'istituto, ovvero l'incremento della motivazione dei lavoratori attraverso il riconoscimento del loro merito, nonché le attuali problematiche applicative che esso riscontra nella prassi (identificate, in sintesi, in difetti di programmazione dell'attività e degli obiettivi della PA, nella resistenza culturale alla valutazione radicata soprattutto tra i dirigenti che di essa sono incaricati, nella scarsità delle risorse attribuite a tale peculiare voce di spesa pubblica e nella uniformità del SMVP a fronte della frammentarietà della PA italiana), risulta indispensabile mettere in atto gli accorgimenti segnalati. A partire da una diversa impostazione della pianificazione degli obiettivi pubblici, da eseguire in maniera maggiormente integrata e trasversale tra PPAA, dovrebbero infatti prevedersi forme di valutazioni della performance pluristrutturate, composte dal riscontro di diversi soggetti, interni ed esterni all'Ente, resi anche a seguito di specifici momenti di formazione e di confronto ed allineamento tra valutatore e valutato. In tal modo, unitamente all'aumento della mobilità dei dirigenti-valutatori e ad un incremento dei meccanismi premiali di *welfare* conseguenti ad una positiva valutazione della performance, si potrebbe finalmente giungere al cambiamento culturale rispetto al SMVP cui la PA non può più rinunciare.

su cui valutare la performance dei lavoratori, si misura proprio sui benefici che i cittadini ricavano dall'azione amministrativa. Questa prospettiva, come si è detto, accentuata dal PNRR, è già rinvenibile agli artt. 2 e 3, d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, ove si dice espressamente che il SMVP è volto, *in primis*, al miglioramento della qualità dei servizi offerti, oltretutto nei più recenti interventi di riforma dettati dall'emergenza pandemica ma poi consolidatisi (cfr. d. l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito dalla l. 17 luglio 2020, n. 77, che prevede “*si tenga conto ai fini della valutazione delle performance [...] delle misure [...] di adeguamento dell'operatività di tutti gli uffici pubblici alle esigenze dei cittadini*”). Sul punto risulta utile richiamare la definizione degli standard qualitativi dei servizi pubblici quali «*punto di equilibrio tra quanto l'organizzazione deve realizzare e le ragionevoli attese dell'utenza in termini di buon andamento del servizio*» (L. D'ARCANGELO, *I soggetti valutatori*, cit. (32)).

Per un discorso più ampio sul ruolo attivo dei cittadini nella vita pubblica ed un puntuale riferimento all'ordinamento francese S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *RTDP*, spec., 2007, 18 ss.

SEZIONE SECONDA

LA “GIUNGLA RETRIBUTIVA”:
PUBBLICA AMMINISTRAZIONE, SOCIETÀ
PARTECIPATE PUBBLICHE, APPALTI, INCARICHI

MIRKO ALTIMARI

IL TRATTAMENTO ECONOMICO
NELLE SOCIETÀ PUBBLICHE
TRA SFIDUCIA NELL'AUTONOMIA PRIVATA
(INDIVIDUALE E COLLETTIVA)
E LIMITI ETERONOMI

SOMMARIO: 1. Introduzione: società pubbliche e diritto del lavoro. – 2. Le norme speciali in tema di politiche retributive per le società pubbliche previste nel Tusp (d.lgs. n. 175/2016). – 3. I limiti ai trattamenti economici applicabili alle società pubbliche prima del Tusp. – 4. Il controllo sulla corretta gestione delle società pubbliche da parte della p.a.: i provvedimenti ex art. 19, c. 5 Tusp. – 5. Il tetto ai compensi ex art. 11, c. 6 Tusp: un caso di inderogabilità *in melius* della disciplina legislativa. – 5.1. La legittimità costituzionale dei limiti retributivi. – 5.2. Il d.p.c.m. n. 143/2022 in tema di compensi per amministratori e componenti degli organi di controllo degli enti pubblici. – 6. L'art. 11, c. 10: il divieto di corrispondere «indennità o trattamenti di fine mandato diversi o ulteriori rispetto a quelli previsti» e di stipulare patti di non concorrenza. – 7. I limiti alla contrattazione collettiva e la riduzione degli oneri contrattuali. – 8. A mo' di conclusione: quale prospettiva per la gestione del personale delle società a controllo pubblico?

1. Introduzione: società pubbliche e diritto del lavoro

Al di là del giudizio di merito che può aversi sul d.lgs. n. 175/2016 “Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica” (di seguito anche Tusp), non si può negare l'esigenza al quale lo stesso ha provato a dare risposta, quella cioè di dare organicità a una pluralità di disordinate ed estemporanee disposizioni legislative.

Occorre infatti avere ben chiaro il punto di partenza: un quadro regolativo frutto di stratificazioni normative risalenti nel tempo, caratterizzato da un incerto ambito applicativo e, di conseguenza, da una ancora più precaria effettività delle stesse

norme. Se questa riflessione è valida per l'intero (non) *corpus* normativo in tema di società a partecipazione pubblica, credo che valga in misura ancora maggiore per le norme sul rapporto di lavoro. A ciò (o forse, meglio, in conseguenza di ciò) si aggiunga uno storico deficit di interesse da parte della nostra disciplina nei confronti di tale materia di studio, almeno se paragonato ai contributi dei cultori di diritto amministrativo e commerciale.

Anche per questo motivo si ritiene che il rinnovato interesse¹, suggerito in parte, evidentemente, dall'emanazione del testo unico, sia foriero di positivi sviluppi: lo "strano oggetto" rappresentato dalle società a partecipazione pubblica, soprattutto per via della peculiare ibridazione pubblico/privato che innerva tutta la materia, rappresenta un peculiare angolo visuale, per quanto complesso, al quale approcciarsi, per analizzare alcune questioni da sempre centrali del diritto del lavoro.

Infine, per sgomberare il campo anche da possibili equivoci, non può nascondersi che molti degli interventi normativi degli anni scorsi sono stati anche la risposta del legislatore a criticità,

¹ Tra i lavori più recenti cfr. A. MARESCA, R. ROMEI (a cura di), *Il rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico*, Milano, 2019; F. CARINCI, *Rapporto di lavoro e società a partecipazione pubblica: l'evoluzione legislativa*, in *LDE*, 2018; P. TULLINI, *Processi organizzativi e continuità del lavoro nelle società partecipate*, in *RIDL*, 2019; S. MAINARDI, *Società a controllo pubblico e diritto del lavoro*, in *LPA*, n. 3, 2019; cfr. il numero monografico di *VTDL*, n. 1, 2019; F. BORGOGELLI, *Frammentazione organizzativa e pubbliche amministrazioni: interesse generale e tutela dei lavoratori nelle società a controllo pubblico*, in *GDLRI*, 2018, 357 ss.; V. PINTO, *Sui rapporti di lavoro alle dipendenze delle società in controllo pubblico e delle società in house*, in S. FORTUNATO, F. VESSIA (a cura di), *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, in *QGC*, 2017, 225 ss.; D. MEZZACAPO, *Prime osservazioni sul rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 251/2016*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 319/2017; G. FONTANA, *Il rapporto di lavoro nelle società pubbliche: problemi applicativi e riforme legislative*, in *LPA*, 2014, 706 ss. Sia altresì consentito il riferimento a M. ALTIMARI, *Diritto del lavoro e società pubbliche. Tra impresa e amministrazione*, Torino, 2020. Il tema delle società pubbliche è stato maggiormente approfondito dalla dottrina, negli anni scorsi, dall'angolo visuale dei processi di esternalizzazione (cfr. M. NOVELLA, *Nuove discipline delle trasformazioni dei servizi pubblici locali. Profili giuslavoristici*, in *LD*, 2002, 159 ss.; S. BELLOMO, *Esternalizzazioni, norme a tutela dei lavoratori e normativa speciale in materia di servizi pubblici essenziali*, in *LG*, 2010, 52 ss.) o con riferimento alle relazioni industriali (L. ZOPPOLI, *Le trasformazioni dei servizi pubblici essenziali e il diritto del lavoro*, in *LD*, 1996, 81 ss.).

quando non a veri e propri scandali², ed è indubbio che gli stessi abbiano avuto un loro peso determinante nell'attuale assetto della disciplina.

2. Le norme speciali in tema di politiche retributive per le società pubbliche previste nel Tusp (d.lgs. n. 175/2016).

La trama regolamentativa riguardante le misure di contenimento della spesa pubblica trova nella complessa disciplina dettata dal Tusp una pluralità di elementi di continuità con le disposizioni che hanno caratterizzato almeno l'ultimo decennio di politica legislativa nell'ambito pubblico, latamente considerato; al contempo però l'interprete non può non cogliere alcuni elementi di spiccata novità sia nel campo dei destinatari di quelle misure che delle tecniche utilizzate per attuarle.

Non muta, in ogni caso, la *ratio* delle disposizioni: può senza dubbio rintracciarsi un generalizzato disfavore che il legislatore appalesa in ordine alla capacità dell'autonomia privata, tanto individuale quanto collettiva, di regolare da sé profili tanto centrali nella dinamica del rapporto di lavoro, a maggior ragione in presenza di un datore di lavoro tanto *sui generis* quale è la società a controllo pubblico.

Di queste articolate norme quella più nota concerne il limite massimo ai compensi, ex art. 11, c. 6 Tusp: disposizione ancora in attesa di essere "completata", dal previsto decreto del Ministero dell'economia e delle finanze: a di più di otto anni di distanza dall'entrata in vigore del Testo unico si è ancora in attesa del decreto che deve definire gli indicatori «dimensionali quantitativi e qualitativi al fine di individuare fino a cinque fasce per la classificazione» delle società; ma non vanno altresì obliate le regole che prescrivono limiti alle indennità di fine mandato dei dirigenti delle società in controllo pubblico (ex art. 11, c. 9 e 10), nonché i limiti ai compensi dei componenti di comitati con funzioni consultive (art. 11, c. 13).

Vere e proprie "norme di chiusura" di tale micro-sistema,

² Di «perduta nobiltà» dello strumento delle società pubbliche scrive G. PIPERATA, *La partecipazione delle pubbliche amministrazioni a società di capitali nel nuovo disegno di riforma: modelli, procedure e limiti*, in F. CERIONI (a cura di), *Le società pubbliche nel Testo Unico*, Milano, 2017, 3.

relativo ai limiti delle politiche retributive, sono rappresentate dall'art. 19, c. 5 e 6, come si approfondirà nel seguito.

3. I limiti ai trattamenti economici applicabili alle società pubbliche prima del Tusp

Le disposizioni in tema di vincoli ai trattamenti economici nonché quelle concernenti il cd. blocco della contrattazione della pubblica amministrazione, sono state un *leitmotiv* degli ultimi lustri di politica legislativa: per fissare alcuni punti, utili a orientarsi, possiamo citare come capofila di questo trend legislativo il d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (conv. dalla legge 6 agosto 2008, n. 133) e idealmente ritenere concluso, almeno una fase dello stesso, a seguito della nota sentenza della Corte costituzionale n. 178/2015³.

A latere di questo filone principale, dapprima con modalità estemporanee e poi, via via, più strutturate, anche (alcune tipologie di) società pubbliche sono state investite da norme non dissimili, che creavano dei raccordi con la disciplina applicabile agli enti pubblici controllanti: in alcuni casi si trattava della pretesa trasposizione, *sic et simpliciter*, dei vincoli imposti dal legislatore in tema di contenimento delle politiche assunzionali.

La magistratura contabile⁴ aveva elaborato in via interpretativa la metodologia da seguire per estendere alle società partecipate le «disposizioni che stabiliscono a carico degli enti locali [...] norme di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitarie», dovendosi conseguire analoghi risultati di contenimento della spesa, individuale e complessiva.

Era infatti evidente, anche per i più fedeli fautori della tra-

³ Cfr. M. BARBIERI, *Giurisprudenza costituzionale ed effetti temporali delle sentenze*, in *GDLRI*, 2017, 167 ss.; D. DALFINO, *L'«incostituzionalità differita» dietro quella (asseritamente) «sopravvenuta» (a proposito di Corte cost. 178/2015)*, *Ivi*, 2017, 169 ss.; L. ZOPPOLI, *Una sentenza interpretativa di accoglimento con manipolazioni temporali relative allo ius novum*, *Ivi*, 2017, 183 ss.; V. FERRANTE, *Anche per i dipendenti pubblici arriva l'ora della riscossa: la corte dichiara l'incostituzionalità della proroga del blocco della contrattazione collettiva*, in *DRI* 2015, 1121 ss.

⁴ Si ricordi che le norme citate avevano un ambito soggettivo limitato, riferito alle sole società *in house*. Cfr. C. conti 23 aprile 2012, Sezione regionale controllo per la Lombardia, deliberazione n. 147/2012/PAR.

sposizione delle norme dall'amministrazione alla società, che la stessa – per insuperabili motivi strutturali, si pensi ad es. al blocco della contrattazione collettiva nei comparti del pubblico impiego contrattualizzato – non potesse avvenire in maniera diretta, bensì mediata dai limiti della compatibilità, fermo restando la necessità dell'adeguamento.

Tra gli interventi finalizzati a una maggiore economicità della spesa pubblica, non era certo sconosciuta al legislatore – anche prima dell'emanazione del d.lgs. n. 175/2016 – l'imposizione di tetti ai compensi degli amministratori delle società pubbliche: le prime disposizioni in tal senso si ebbero già con la legge finanziaria 2007 (l. n. 296/2006) la quale all'art. 1, c. 725-728 interveniva con un ambito soggettivo circoscritto alle sole società «a totale partecipazione di comuni o province»: il compenso lordo annuale onnicomprensivo dei membri dei consigli di amministrazione e del presidente dovevano essere paramtrate all'indennità spettante al vertice politico dell'ente pubblico controllante nella misura rispettivamente del sessanta per cento – per i consiglieri di amministrazione, ivi compreso l'amministratore delegato – e del settanta per cento per il presidente della società stessa. Si aggiungeva però – con più di qualche problema con la citata pretesa onnicomprensività di compensi così determinati – che restava ferma la possibilità di prevedere indennità di risultato «nel caso di produzione di utili ed in misura ragionevole e proporzionata».

Successivamente l'art. 6, c. 6 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (conv. dalla legge 30 luglio 2010, n. 122) dispose una riduzione pari al dieci per cento dei compensi dei componenti del c.d.a. e del collegio sindacale ampliando la portata della disposizione a tutte le società inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, nonché alle società possedute in misura totalitaria, dalle amministrazioni pubbliche inserite sempre nel predetto elenco posto in essere dall'Istituto nazionale di statistica ai sensi dell'art. 1, c. 3 della legge 31 dicembre 2009, n. 196.

Si presti attenzione all'estrema discrepanza dell'ambito soggettivo di applicazione delle misure di contenimento dei compensi: uno dei principali interventi normativi fu costituito dal d.l. n. 201/2011 (conv. dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214): ebbene l'art. 23 *bis*, c. 1, c. 5 *bis* e c. 5 *ter* disponeva per le società non quotate, direttamente controllate dal Ministero dell'economia ex art. 2359, c.1, n. 1 c.c. – pertanto nei casi in

cui il Mef dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria – la classificazione per fasce sulla base di indicatori dimensionali quantitativi e qualitativi, per il tramite di un decreto ministeriale, il quale è stato adottato in tempi brevi (d.m. 24 dicembre 2013, n.166).

Per ciascuna delle tre fasce previste è stato determinato il compenso massimo al quale i consigli di amministrazione delle società direttamente controllate dal Mef avrebbero dovuto fare riferimento, per la determinazione, secondo criteri oggettivi e trasparenti, degli emolumenti da corrispondere agli amministratori investiti di particolari cariche, ai sensi dell'articolo 2389, c. 3 c.c. Detti limiti operano altresì per le società non quotate controllate da società a loro volta direttamente controllate dal Mef.

Successivamente, l'art. 1, cc. 471-473 legge n. 147 del 2013 modificando l'art. 23 *ter*, d.l. n. 201/2011 dispose che un d.p.c.m. avrebbe definito il trattamento economico annuo onnicomprensivo di chiunque riceva a carico delle finanze pubbliche emolumenti o retribuzioni nell'ambito di rapporti di lavoro dipendente o autonomo con pubbliche amministrazioni statali, di cui all'articolo 1, c. 2, Tupi ivi incluso il personale in regime di diritto pubblico di cui all'articolo 3 del medesimo decreto legislativo, stabilendo come parametro massimo di riferimento il trattamento economico del primo presidente della Corte di cassazione, sebbene la portata della norma fosse senz'altro depotenziata dalla possibilità (art. 23 *ter*, c. 3) di prevedere all'interno del citato decreto «deroghe motivate per le posizioni apicali delle rispettive amministrazioni».

4. Il controllo sulla corretta gestione delle società pubbliche da parte della p.a.: i provvedimenti ex art. 19, c. 5 Tusp

Nelle intenzioni del legislatore il controllo sulla corretta gestione delle società pubbliche, da parte del socio pubblico, non deve essere inteso come statico e posto in essere *ex post*, ma al contrario si auspica un approccio dinamico ed *ex ante*: prova ne è l'art. 19, c. 5 Tusp, in virtù del quale le amministrazioni pubbliche socie fissano «obiettivi specifici, annuali e pluriennali, sul complesso delle spese di funzionamento, ivi comprese quelle per il personale, tenendo conto del settore in cui ciascun soggetto opera, delle società controllate, anche attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale.

Ebbene tale provvedimento – il quale si ritiene debba avere la forma dell'atto amministrativo, sebbene su questo punto si re-

gistrano differenti opinioni in dottrina⁵ – diventa centrale nell'ambito di una corretta gestione del personale delle società pubbliche attraverso il quale governare, i tanti istituti relativi al rapporto di lavoro sul quale vi è più di una incertezza applicativa.

La p.a. socia nel fissare questi obiettivi specifici – anche magari per il tramite di un non semplice *benchmark* con altre società, evocato dal passaggio del legislatore di «tener conto del settore» in cui la stessa operi – può senz'altro dettagliarli in maniera differente, fermo restando che, nel concreto, si concorda con quanti hanno osservato come nella sostanza i margini di autonomia da parte della società pubblica sono ridotti.

Orbene, è evidente che la redazione di un provvedimento di questo tipo da parte della p.a. necessita di attente analisi che integri conoscenze di ordine giuridico – si pensi anche a tutti gli altri adempimenti richiesti in tema di razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche – e competenze anche di carattere organizzativo e gestionale, a maggior ragione quando, come nella prassi talora avviene, le partecipazioni societarie sono più d'una e la gestione, da parte dell'amministrazione, deve essere di carattere sistemico, a livello di *holding*, si potrebbe dire, mutuando un linguaggio prettamente economico, evocativo della complessità che nella gran parte dei casi si prospetta.

Tale provvedimento ha dunque un rilevante ruolo in termini di gestione – sebbene indiretta – del personale delle società pubbliche poiché lo stesso, su indicazione del legislatore, deve andare a incidere «anche» sulle spese di personale.

In ordine a quest'ultimo aspetto in seguito si affronterà il tema, di non immediata soluzione, dei rapporti tra misure di contenimento delle spese per il personale, imposte dall'amministrazione pubblica controllante, e l'esplicarsi dell'autonomia collettiva della società controllata.

⁵ Cfr. M.D. FERRARA, *Corporate governance e trattamento economico nelle società a controllo pubblico tra vincoli pubblicistici e razionalità del sistema*, cit., p. 147. L'A. scrive con riferimento al provvedimento in questione che «pare ragionevolmente un atto amministrativo poiché viene unilateralmente fissato dalla pubblica amministrazione e non concordato nelle sedi societarie». *Contra* A. MARESCA, *Il lavoro alle dipendenze delle società a controllo pubblico*, cit., pp. 8-9 il quale ritiene che questo provvedimento potrà assumere le forme più varie, ma non dovrebbe avere natura di atto amministrativo, bensì di atto assunto dall'assemblea della società, chiamata a votare una delibera assembleare proposta dalla pubblica amministrazione.

È evidente che si tratti di provvedimenti-cornice il cui esatto contenuto è decisamente mutevole e risponde anche a ragioni di opportunità politico/amministrativa.

Ad una analisi empirica degli stessi, favorita dall'obbligo di pubblicazione sul sito internet delle amministrazioni pubbliche controllanti, almeno due però appaiono le linee di tendenza delineabili, pur nella incomparabilità (per dimensioni, storia, struttura, numero, efficienza) delle partecipazioni che le amministrazioni sono chiamate a gestire: i) il livello di dettaglio dei provvedimenti in questione, con riferimento alla riduzione delle spese di funzionamento, appare – in media – elevato, prevedendo talora non solo i tanto criticati “tagli lineari” ma obiettivi precisi (a titolo meramente esemplificativo: riduzione dei costi di locazione; efficientamento dei costi energetici; attivazione di un nuovo sistema di rendicontazione) ai quali segue la specifica della finalità degli stessi e – soprattutto – elemento non così frequente, nell'amministrazione pubblica – la previsione di precisi indicatori che monitorano l'andamento del processo aziendale; (ii) l'adozione da parte della p.a. controllante, in presenza di più società partecipate, di obiettivi di carattere trasversale che tendano a coordinare il più possibile servizi e attività strumentali delle società stesse – ad esempio la gestione del personale, gli adempimenti fiscali e contabili ma altresì la manutenzione o le forniture di servizi – in modo tale da recuperare risorse per il tramite di economie di scala.

5. Il tetto ai compensi ex art. 11, c. 6 Tusp: un caso di indelegabilità *in melius* della disciplina legislativa

Tornando all'analisi del Tusp in questa materia, preliminarmente non si può che evidenziare il tentativo di razionalizzare l'ambito dei soggetti destinatari delle disposizioni.

Anche con riferimento al contenuto dell'art. 11, c. 6 destinate della norma sono tutte le società a controllo pubblico, ma si ricordi come gran parte del Tusp non trovi applicazione né alle società quotate, né alle società che hanno emesso strumenti finanziari prima del 31 dicembre 2015⁶.

⁶ Tale peculiare previsione sulle società che siano emittenti di prestiti obbligazionari, con le caratteristiche anzidette, fa rientrare nell'ambito delle so-

Questo non comporta che non siano contemplate forme di differenziazione – per quanto attiene al tetto dei compensi massimi, i quali non potranno comunque eccedere il limite massimo di duecentoquarantamila euro annui al lordo dei contributi previdenziali e assistenziali e degli oneri fiscali a carico del beneficiario, tenuto conto anche dei compensi corrisposti da altre pubbliche amministrazioni o da altre società a controllo pubblico – ma le stesse sono rinviata a un decreto del Mef per mezzo del quale verranno definiti «indicatori dimensionali quantitativi e qualitativi al fine di individuare fino a cinque fasce per la classificazione» delle società. Tecnica già collaudata dal legislatore ma di non facile concretizzazione: basti dire che nel momento in cui si scrive, a otto anni dall'emanazione del Tusp, si è ancora in attesa del decreto ministeriale.

Dopo aver dato conto dell'evoluzione del diritto positivo, qualche ulteriore riflessione appare opportuna.

Il quadro normativo, estremamente frastagliato come si è provato fin qui a sintetizzare, è stato reso via via più complesso e talora oscuro anche a causa della tecnica utilizzata dal legislatore, il quale è spesso intervenuto interpolando le medesime disposizioni, modificate un numero considerevole di volte, per il tramite di norme talora aggiunte in sede di conversione di decreti legge; inoltre i vari provvedimenti succedutisi hanno regolamentato ambiti soggettivi distinti e non pienamente sovrapponibili tra di loro: ciò ha finito inevitabilmente per determinare oggettive situazioni di incertezza in ordine alla disciplina applicabile al caso concreto.

Con riferimento ai destinatari della disciplina in tema di limiti alla remunerazione sono ricompresi tanto gli amministratori e i titolari dei componenti degli organi di controllo quanto i lavoratori subordinati delle società (anzi, i dirigenti e i dipendenti, secondo la terminologia «ridondante»⁷ fatta propria dal legislatore).

L'ambito oggettivo di applicazione della disposizione si riferisce al «trattamento economico annuo onnicomprensivo» erogato al dipendente (o all'amministratore) dalla società pubblica. La formulazione di tale principio di onnicomprensività solleva

cietà quotate alla luce del Tusp e di conseguenza ne esclude la sua generale applicazione ad aziende quali Ferrovie dello Stato e - sebbene la sua configurazione giuridica sia invero ancora più intricata - la Rai.

⁷ A. MARESCA, *Il lavoro alle dipendenze delle società a controllo pubblico*, cit., 24.

diversi temi: in primo luogo nella determinazione del limite massimo occorrerà tener conto anche dei compensi «corrisposti da altre pubbliche amministrazioni o da altre società a controllo pubblico»⁸.

Dunque, tale importo non costituisce necessariamente l'ammontare massimo che una società pubblica può erogare, quanto piuttosto la cifra che un soggetto, sia esso amministratore, titolare dell'organo di controllo o dipendente, può ricevere, come emolumenti, da altre p.a. o società a controllo pubblico, tra l'altro sussistendo in capo al soggetto erogatore un onere di verifica del rispetto del limite massimo del trattamento economico.

Così formulata la disposizione appare monca e rischia di essere priva di apprezzabili effetti; dovrebbe essere l'emanando decreto ministeriale a definire le necessarie indicazioni applicative in materia, sulla falsariga di quanto è avvenuto a seguito dell'art. 23 *ter*, c. 1, del d.l. n. 201/2011⁹.

Nell'attesa, il legislatore ha opportunamente disposto che fino all'emanazione del decreto, resta in vigore l'art. 4, c. 4, secondo periodo, del d.l. n. 95/2012, ed il relativo decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 24 dicembre 2013, n. 166.

Ma, come si ricorderà, quella normativa si rivolgeva ad una platea ben più limitata di società a controllo pubblico *id est* soltanto a quelle controllate, direttamente o indirettamente, dal Mef stesso.

Che si tratti di una materia ben complessa, lo testimoniano altre due previsioni legislative: l'emanando decreto per le società controllate dalle regioni e dagli enti locali deve essere adottato previa intesa con la Conferenza Stato-Regioni; inoltre, in maniera peculiare, l'art. 11, c. 16 prevede che nelle società a partecipazione ma non a controllo pubblico, l'amministrazione che sia titolare di una partecipazione superiore al dieci per cento del capitale proponga agli organi societari l'introduzione di misure analoghe a quelle appena analizzate in tema di tetti retributivi

⁸ V. la recente Corte conti Lombardia, delibera n. 14/2023 in tema di compensi erogati dalla Rai - Radiotelevisione italiana spa.

⁹ Anche quella disposizione – sebbene con un differente ambito applicativo – fissava tetti al trattamento economico complessivo dei destinatari ivi individuati – ed alla stessa fece seguito, in tempi abbastanza celeri, il d.p.c.m. 23 marzo 2012. Tale decreto all'art. 3, c. 1, prevedeva, in caso di superamento del “tetto”, che il trattamento economico fosse ridotto entro il limite.

(nonché con riferimento al contenuto del c. 10, che sarà oggetto di approfondimento nel paragrafo n. 6).

Si tratta di una sorta di obbligo di attivazione in capo all'amministrazione pubblica socia (di minoranza) all'interno di realtà societarie che sono evidentemente a capitale misto pubblico-privato, ma di tutta evidenza, in quel caso, l'ente, cui è legislativamente richiesto di farsi parte attiva nella proposta, non potrà "garantire" circa l'accoglimento della stessa da parte degli organi sociali.

Mi pare sia un esempio paradigmatico di questa sorta di processo di moralizzazione di cui il legislatore si fa portatore; ma al di là dei pure apprezzabili intenti occorrerebbe a distanza di qualche anno fare i conti con gli esiti di tale complessa e fitta regolamentazione.

Dall'altro lato non bisogna cadere nell'eccesso opposto, propugnando una sorta di ideale pauperismo del quale occorrerebbe valutare la portata sia da un punto di vista di politica del diritto che nell'ottica del sinallagma contrattuale, dovendosi verificare la compatibilità di (varie forme) di lavoro gratuito con i precetti costituzionali¹⁰.

Si tratta infatti di una tendenza legislativa in atto ormai da un decennio i cui effetti non vanno sottovalutati, che ha condotto alla predisposizione di una ampia congerie di fattispecie molto differenti tra loro che riconducono al lavoro gratuito o semigratuito, sia subordinato che autonomo, nel settore pubblico ampiamente inteso: il fenomeno di recente è stato analizzato a fondo in un'ottica critica verificando caso per caso, la presenza di un interesse meritevole di tutela (ex art. 1222, c. 2 c.c.), partendo dal presupposto che tale «non può essere considerato il risparmio sulla spesa pubblica, che passi attraverso il non pagamento di una prestazione»¹¹.

Ritornando alla imposizione dei limiti retributivi ex art. 11, c. 6 rimangono da evidenziare altri aspetti di una certa rilevanza.

Il decreto ministeriale dovrà indicare i «criteri di determinazione della parte variabile della remunerazione, commisurata ai

¹⁰ Sebbene risalente non si può non rinviare all'inquadramento sistematico proposto da T. TREU, *Onerosità e correttezza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968.

¹¹ M. BARBIERI, *Il sinallagma nei contratti di lavoro per le pubbliche amministrazioni: un percorso storico-critico*, Bari, 2018, 122.

risultati di bilancio raggiunti dalla società nel corso dell'esercizio precedente».

Si pone dunque il tema dell'idoneità di un atto amministrativo che vada a disciplinare l'ambito della retribuzione variabile: quando la sua determinazione è regolamentata in un contratto collettivo decentrato, questa possibilità viene negata radicalmente da parte della dottrina, poiché ritenuta alla stregua di una inammissibile ingerenza di un'autorità amministrativa nell'esercizio dell'autonomia collettiva garantita dall'art. 39 Cost.; la fonte regolamentare dovrebbe, secondo questa impostazione, limitare la sua efficacia, nell'individuare i criteri di determinazione della parte variabile, soltanto nei confronti di una clausola prevista da un contratto individuale di lavoro, sempre che – e questo è un punto che si ritiene dirimente – la componente variabile determini il superamento del limite massimo del trattamento economico.

Sia consentito rimandare alle prossime pagine per un approfondimento in ordine a quella che – *prima facie* –, all'esito di una analisi complessiva del Tusp, si può ritenere una pretesa funzionalizzazione dell'autonomia collettiva operante nelle società a controllo pubblico da parte del legislatore; resta però qui da verificare una differente questione concernente l'applicazione dei tetti legislativi: l'attenta dottrina che già si è avuto modo di citare manifesta infatti perplessità circa l'operatività della disposizioni concernente il tetto massimo con riferimento anche ai rapporti in corso, e propende per una soluzione negativa, sollevando dubbi «su una modifica *ex lege* di una pattuizione individuale che non sia né temporanea e neppure motivata dalla necessità di preservare equilibri di ordine pubblico economico»¹².

Sul punto in realtà si ritiene sia possibile un differente esito interpretativo.

5.1. La legittimità costituzionale dei limiti retributivi

Di tutta evidenza si tratta di un tema delicato, accresciuto nella sua complessità dal silenzio legislativo, che però consente di confrontarsi su alcune questioni molto dense.

¹² A. MARESCA, *Il lavoro alle dipendenze delle società a controllo pubblico*, cit., 25.

L'introduzione di massimi nella disciplina del rapporto di lavoro, inderogabili *in melius* da parte dell'autonomia privata, tanto collettiva quanto individuale, non è una novità degli ultimi anni, bensì un *modus operandi* che il legislatore ha posto in essere, invero in non numerosissime disposizioni ma altamente significative, almeno a partire dalla seconda metà degli anni Settanta.

Si è trattato di norme le cui prime manifestazioni si sono succedute nell'arco di un decennio, passato alla storia come quello del cd. diritto del lavoro nell'emergenza¹³, concernenti provvedimenti in tema di legislazione sul costo del lavoro, ed in modo particolare riferiti al computo dell'indennità di contingenza¹⁴.

Come noto sono temi che hanno caratterizzato la storia giuridico-economica di quegli anni, determinando anche conflitti aspri nel mondo politico e sindacale¹⁵, attenendo allo stesso ruolo dello Stato nella determinazione della cd. politica dei redditi.

La disposizione del 1977¹⁶ era estremamente chiara: la legge sanzionava con la nullità eventuali norme regolamentari o clausole contrattuali in contrasto con la normativa dettata, prevenendo espressamente la sostituzione di diritto delle clausole di accordi e contratti collettivi vigenti contrastanti con la disciplina legislativa.

¹³ Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, L. VENTURA (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'emergenza*, Napoli, 1979, ed in particolare R. DE LUCA TAMAJO, *Legge sul costo del lavoro e limiti all'autonomia collettiva (spunti per una valutazione di costituzionalità)*, *Ivi*, 151 ss.

¹⁴ Il primo provvedimento normativo in tal senso fu la l. n. 91/1977 v. S. MAZZAMUTO, P. TOSI, *Il costo del lavoro tra legge e contratto*, in *RGL*, 1977, 219 ss.; S. MAZZAMUTO, P. TOSI, *Norme per l'applicazione dell'indennità di contingenza*, in *NLCC*, 1978, pp. 198 ss.; più in generale sul tema cfr. C. CESTER, *I recenti provvedimenti per la riduzione del costo del lavoro*, in *RDC*, 1977, 260 ss.; L. MENGONI, *Sulla legittimità costituzionale delle nuove norme per l'applicazione dell'indennità di contingenza*, in *MGL*, 1979, 327 ss.; A. VALLEBONA, *Costo del lavoro e autonomia collettiva*, in *DL*, 1978, 359 ss.

¹⁵ Si ricorderà che proprio a causa del decreto che riduceva l'indennità di contingenza fu promosso un Referendum abrogativo da parte del Pci, nel 1985, che vide la stessa Cgil divisa al suo interno. Sui problemi giuridici posti dallo stesso cfr. almeno G. PERA, *Dopo il referendum sul taglio della scala mobile*, in *Giust. civ.*, 1985, 255 ss.

¹⁶ V. l'art. 4, l. 31 marzo 1977, n. 91, che ha convertito il d.l. 1° febbraio 1977, n. 12: «le norme regolamentari e le clausole contrattuali che dispongano in contrasto con il presente decreto sono nulle di diritto». Successivamente cfr. l. 12 giugno 1984, n. 219 di conversione del d.l. n. 70/1984.

È evidente che il *punctum dolens* riguardava l'eventuale contrasto di una politica legislativa siffatta con le prerogative dell'autonomia collettiva quale autorità salariale: certamente queste vicende hanno rappresentato un cambio di paradigma importante, dal momento che fino a quel momento il ruolo dell'autonomia collettiva si poneva evidentemente sempre come acquisitivo di ulteriori tutele rispetto al minimo garantito dalla legislazione. Infatti è stato scritto che la questione dei limiti massimi alla contrattazione «incide su un ruolo "naturale" dell'azione collettiva garantita dalla Costituzione (e dunque su un certo equilibrio delle due fonti, quella formale e quella non formale)»; ma – prosegue l'A. – «anche in questo caso la signoria della norma di legge, alla fine, non è stata messa in discussione, semmai solo vincolata al perseguimento di interessi di ordine pubblico economico eccedenti e superiori rispetto a quelli della libertà dell'autonomia collettiva, che viene perciò legittimamente compressa, sia pure con riguardo a singoli atti o contenuti, non all'attività come tale»¹⁷.

Il tetto legislativo al trattamento economico annuo onnicomprensivo da corrispondere nell'ambito della società pubbliche, fissato in duecentoquarantamila euro dal c. 6 dell'art. 11 si pone senza dubbio quale limite non derogabile *in melius* da parte dell'autonomia privata.

Come è stato evidenziato, anche all'esito dell'analisi della giurisprudenza della Corte costituzionale «l'unico limite specifico alla modificabilità *in peius* del *quantum* di retribuzione o di pensione anche già in corso risiede nella necessità che la decurtazione sia sorretta da una *ratio* economica»¹⁸ quali, si aggiunge, certamente sono le esigenze di bilancio e di riduzione della spesa pubblica, propugnate, dal legislatore del Tusp.

Se dunque *nulla quaestio* sulla legittimità di un intervento siffatto, si può però sottoporre a critica anche l'orientamento secondo il quale la disposizione opererebbe soltanto per i rapporti

¹⁷ C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro Modena, 18-19 aprile 2008*, Milano, 2009, p. 38. V. anche il saggio di P. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, *Ivi*, pp. 115 ss.; v. entrambi i contributi in *GDLRI*, 2018, 341 ss.

¹⁸ A. OCCHINO, *L'aspettativa di diritto nei rapporti di lavoro e previdenziali*, Torino, 2004, 190.

di lavoro instaurati dopo l'entrata in vigore della regolamentazione, militando in senso contrario, in primo luogo, l'assenza di qualsivoglia siffatta indicazione del legislatore.

In altri termini si sarebbe eventualmente potuto, qualora fosse stata questa la volontà legislativa, circoscrivere l'efficacia del precetto specificando che lo stesso avrebbe esplicato effetti soltanto nei confronti dei contratti futuri, non ancora posti in essere; la stessa tecnica, non a caso oggetto di vivaci discussioni, utilizzata dal d.lgs. n. 23/2015 quando ha previsto il nuovo regime sanzionatorio in caso di licenziamento illegittimo¹⁹.

Sia consentito annotare che detta modalità avrebbe depotenziato in maniera forse irrimediabile l'obiettivo di risparmio per i conti pubblici, sfumandolo fino a renderlo poco più che una dichiarazione di intenti.

Assodata, dal punto di vista teorico, tanto la legittimità della *reformatio in peius*²⁰ quanto l'applicabilità della norma in questione *ratione temporis*, in mancanza di indicazioni di senso contrario, ai rapporti già in essere, restano tuttavia ancora da analizzare alcuni aspetti affatto secondari in ordine all'effettiva portata della disciplina qui in commento.

Non sfugge la circostanza per cui l'impatto della norma sui tetti retributivi riguarda, nel caso concreto, pattuizioni individuali: destinatari dell'art. 11, c. 6 sono infatti sia gli amministratori e i titolari e componenti degli organi di controllo, sia i lavoratori subordinati, individuati con la formula dei «dirigenti e dipendenti».

È bene evidenziare come le società a controllo pubblico vivano una dinamica che potremmo definire “ordinaria” relativamente all'applicazione della contrattazione collettiva nazionale²¹: pur ancora all'interno di un micro-sistema di relazioni in-

¹⁹ Tant'è che sul punto la nota sentenza Corte cost. n. 194/2018 ha statuito – rifacendosi a una consolidata giurisprudenza – che «non contrasta, di per sé, con il principio di eguaglianza un trattamento differenziato applicato alle stesse fattispecie, ma in momenti diversi nel tempo, poiché il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche».

²⁰ Aderendo sul punto all'opinione di quanti, in tema di divieto di *reformatio in peius*, hanno scritto nei termini di una «fonte inventata» del trattamento dei lavoratori alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (M. BARBIERI, *Il sinallagma nei contratti di lavoro per le pubbliche amministrazioni: un percorso storico-critico*, cit. 112).

²¹ V. *amplius* M. ALTIMARI, *Diritto del lavoro e società pubbliche: rap-*

dustriali che rappresenta l'onda lunga della stagione delle aziende municipalizzate, in realtà i ccnl adottati, ivi compresi quelli che si applicano al personale con qualifica dirigenziale, non pongono in essere alcuna differenziazione di regolamentazione in base alla natura giuridica del socio controllante, se così è consentito riassumere.

Non fa eccezione l'istituto della retribuzione, il cui minimo, *rectius* il cd. trattamento minimo complessivo di garanzia, è fissato su livelli decisamente inferiori²² rispetto ai limiti legislativamente imposti ex art. 11 c. 6, né tale circostanza deve stupire, stante il ruolo che storicamente assume il contratto individuale di lavoro nella determinazione concreta del trattamento economico nei confronti del singolo dirigente.

Dunque “destinataria” del limite alla derogabilità *in melius*, con riferimento alla retribuzione massima prevista dal Tusp è, di fatto, la contrattazione individuale e non quella collettiva, come invece avveniva nei casi relativi ai complessi meccanismi di contingentamento della scala mobile, cui sempre si è soliti fare riferimento, nel presentare quella che tuttora si può considerare una eccezione al modello regolativo, fondativo del diritto del lavoro, che vuole gli interventi legislativi derogabili, in senso migliorativo, da parte dell'autonomia privata.

Nel riprendere questioni che furono già avanzate e valutate dalla Corte costituzionale, si può quindi ritenere che in questo caso non si ponga evidentemente una questione riguardante l'art. 39 Cost., concernente una “pretesa” compressione degli spazi entro i quali naturalmente si esplica la l'autonomia collettiva.

Al più, in tema di rapporto individuale, astrattamente si potrebbe invocare l'art. 36 Cost. quale parametro per la determinazione della retribuzione, ma anche su questo punto risultano, a parere di chi scrive, ancora attuali le riflessioni della Corte costituzionale la quale nel valutare la legittimità di una norma di legge che decurtava del quindici per cento una indennità che

porto di lavoro e autonomia collettiva dalla municipalizzazione al d.lgs. n. 175/2016, in *VTDL*, 2019, 53 ss.

²² A titolo di esempio, il contratto stipulato da Confservizi Confederazione dei servizi pubblici locali e Federmanager il 18 dicembre 2015 per i dirigenti delle imprese di pubblica utilità, adottando il modello retributivo elaborato dal ccnl Dirigenti industria fin dal 2004, prevede all'art. 3 trattamenti minimi complessivi di garanzia (TMCG) che vanno da sessantaseimila euro (per i dirigenti con una anzianità di 12 mesi) a poco meno di ottantamila euro (con una anzianità di 71 mesi).

componeva la retribuzione del personale medico dipendente di Aziende sanitarie e di enti ospedalieri i quali esercitavano altresì attività libero-professionale cd. extra moenia statui che «il divieto di *reformatio in peius* rappresenta un criterio ermeneutico del tutto inidoneo, in assenza di una specifica copertura costituzionale, a vincolare il legislatore, al quale quindi non è vietato di apportare norme le quali modifichino sfavorevolmente [...] la disciplina dei rapporti di durata neppure nel caso in cui riguardino diritti soggettivi perfetti». Con particolare riferimento all'art. 36 Cost la stessa sentenza aggiunse che esso «garantisce al lavoratore una retribuzione che, nella sua globalità, gli assicuri un'esistenza libera e dignitosa, cosicché la riduzione di una singola componente della retribuzione non può, di per sé sola, costituire una lesione della disposizione costituzionale»²³.

Tanto più, sia consentito aggiungere, si ritiene che non possa essere lesiva del precetto di cui all'art. 36 Cost. una disposizione di legge che ancora i limiti retributivi massimi, all'interno di società a controllo pubblico, ad una somma che è, all'incirca, tre volte il "minimo" contrattuale stabilito dall'autonomia collettiva per i lavoratori dipendenti con qualifica dirigenziale e che – sebbene in maniera peculiare il legislatore del Tusp, a differenza di altri provvedimenti legislativi tendenti al medesimo scopo, non lo espliciti – è parametrata alla retribuzione del primo presidente della Corte di cassazione.

Citiamo quest'ultima circostanza non casualmente, bensì perché – nell'ambito di un'ulteriore ed ipotetica valutazione della norma anche in base a differenti parametri costituzionali – come quello della ragionevolezza della disposizione e/o dell'eventuale cesura per violazione dell'art. 3 Cost. – detta circostanza ha più di una rilevanza.

Ci si riferisce agli esiti della sentenza n. 124/2017 la quale ha ritenuto non irragionevole la scelta del legislatore di porre in essere un limite retributivo che abbia una portata generale per tutto il settore pubblico latamente inteso: non a caso la pronuncia cita espressamente l'ingresso nel novero delle realtà coinvol-

²³ Così Corte cost. n. 330/1999 (v. P. PASETTO, *Medici ed esclusività del rapporto di lavoro: profili di incostituzionalità della riforma "Bindi"*, in *Il diritto della Regione*, 1999, 683 ss.) con richiamo alle precedenti pronunce n. 219/1998, n. 15/1995, n. 164/1994 e n. 1/1986.

te delle «società partecipate in via diretta o indiretta dalle amministrazioni pubbliche»²⁴.

Proprio la presenza o meno²⁵ dell'«elemento della valenza generale» era già stata ritenuta centrale nella valutazione della Corte allorché si è trattato di vagliare altre misure, sempre in tema di blocchi e tagli stipendiali, variamente intese: sentenze che hanno evidentemente rappresentato un filone non indifferente della giurisprudenza della Corte negli ultimi anni, terreno d'elezione per verificare altresì la previsione del nuovo art. 81 Cost.²⁶.

Per sintetizzare: l'*an* di una siffatta misura legislativa è senz'altro fatto salvo, non solo alla luce del richiamo alle risorse disponibili ma anche in virtù della valenza generalizzata delle norme in questione.

In ordine al *quantum* individuato dal legislatore, la sentenza ribadisce che «il fine prioritario della razionalizzazione della spesa deve tener conto delle risorse concretamente disponibili, senza svilire il lavoro prestato da chi esprime professionalità elevate»; il tetto retributivo non è inadeguato, in quanto si raccorda alle funzioni di una carica di rilievo e prestigio indiscussi: «proprio in virtù di tali caratteristiche, esso non viola il diritto al lavoro e non svilisce l'apporto professionale delle figure più qualificate, ma garantisce che il nesso tra retribuzione e quantità e qualità del lavoro svolto sia salvaguardato anche con riguardo alle prestazioni più elevate».

Visto il novero dei destinatari della previsione ex art. 11, c. 6 – e sempre nell'attesa, ormai quasi *à la Godot*, del decreto ministeriale – si potrebbe porre il tema della compatibilità dei ragionamenti fin qui svolti entro i rapporti tra le società a controllo pubblico e gli amministratori delle stesse: ci si potrebbe effetti-

²⁴ Sebbene la Corte utilizzi l'aggettivo «partecipate», in realtà l'ambito soggettivo delle società destinatarie della disciplina vincolistica, anche *ante Tusp*, era più ristretto (vale a dire riferibile alle sole società a controllo pubblico).

²⁵ Cfr. Corte cost. n. 223/2012 che ha censurato le norme relative al blocco degli adeguamenti retributivi dei magistrati; v. S.M. CICCONE, *Dipendenti pubblici e principio di eguaglianza: i possibili effetti a catena derivanti dalla sentenza n. 223/2012 della Corte costituzionale*, in *GI*, 2013, 773 ss.; F. CALZAVARA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 223 del 2012 e la sua implicita potenzialità espressiva*, in *federalismi.it*, 2013, 21 ss.

²⁶ S. BELLOMO, *Tutela costituzionale dei diritti previdenziali e retributivi e riforma dell'art. 81 della Costituzione*, in *DLM*, 2018, 265 ss.

vamente chiedere se la norma espliciti la propria efficacia anche nei confronti degli (eventuali) rapporti di lavoro autonomo in corso, andando dunque a determinare una riduzione del compenso predeterminato (ovviamente se superiore al limite legislativo).

Per le stesse ragioni suesposte, con riferimento ai rapporti di lavoro subordinato, si propende per la soluzione positiva. Vero è che il legislatore avrebbe potuto dettare una disciplina transitoria, magari prevedendo l'applicazione dei limiti a partire dal primo rinnovo utile degli incarichi di amministratore; però, bisogna aggiungere, che in passato spesso misure temporanee si sono accompagnate a deroghe e l'efficacia delle norme – e le conseguenti misure di risparmio cui le stesse tendono – è stata decisamente flebile.

5.2. Il d.p.c.m. n. 143/2022 in tema di compensi per amministratori e componenti degli organi di controllo degli enti pubblici.

A ciò si aggiunge il dilatato periodo di attesa del decreto attuativo e la conseguente ultrattività delle norme di cui all'art. 4, c. 4, secondo periodo, del d.l. n. 95/2012, ed il relativo decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 24 dicembre 2013, n. 166: stante la non applicabilità di questa disposizione alle società diverse da quelle controllate dal Mef – quindi si pensi all'ampio alveo delle società controllate dagli enti locali – di fatto tale norma ha determinato una disciplina transitoria, incerta nella sua durata e dai contorni sfrangiati per ciò che attiene alla sua esatta portata.

Proprio con riferimento al contenuto del decreto ministeriale di cui si è sempre in attesa nonostante ciclicamente in questi anni sia stato più volte annunciato (e financo siano state pubblicate dalla stampa versioni in bozze) occorre aggiungere una riflessione.

Si è visto che la tecnica del rinvio alla fonte regolamentare non è nuova poiché è il medesimo modello fatto proprio dal legislatore del 2013 (sebbene in quel caso l'ambito soggettivo di applicazione della disposizione fosse più limitato rispetto al campo delineato dall'art. 11, c. 6): il successivo decreto suddivideva le società in tre fasce, determinate sulla base di indicatori dimensionali quantitativi, «volti a valutare la complessità organizzativa e gestionale e le dimensioni economiche delle stesse

società» consistenti nel valore della produzione, negli investimenti e nel numero dei dipendenti.

Ed in effetti la necessità di prevedere dei tetti ai compensi e la predisposizione di cinque fasce rigide entro le quali collocare limiti “intermedi”, sulla base di soli indicatori dimensionali e quantitativi, rischia di determinare «un appiattimento (verso l’alto o verso il basso) dei trattamenti»²⁷.

Critiche²⁸ inoltre sono state altresì sollevate nei confronti della disposizione che rimanda al decreto per stabilire «i criteri di determinazione della parte variabile della remunerazione, commisurata ai risultati di bilancio raggiunti dalla società nel corso dell’esercizio precedente. In caso di risultati negativi attribuibili alla responsabilità dell’amministratore, la parte variabile non può essere corrisposta».

Soprattutto quest’ultimo periodo del c. 6 suona ambiguo, non essendo chiaro se la fattispecie sia riferita all’eventuale parte variabile di retribuzione attribuibile all’amministratore (ed è scontato che questa non si consegua in caso di risultati negativi attribuibili allo stesso) ovvero se la legge vuole impedire l’attribuzione di un premio nei confronti di tutto il personale dipendente quando il risultato negativo dell’azienda sia imputabile a chi amministra. Circostanza però, quest’ultima, che non è usuale indicare in tema di contrattazione in tema retribuzione variabile del personale, rilevando – in sintesi – il solo raggiungimento o meno degli obiettivi indicati.

La mancata adozione del decreto ministeriale parrebbe quasi, invero, una precisa scelta politico-legislativa, anche alla luce di un recente d.p.c.m. n. 143/2022 in tema di compensi per amministratori e componenti degli organi di controllo degli enti pubblici, il quale esclude espressamente dal proprio ambito di applicazione le società pubbliche, essendo stato emanato in attuazione dell’art. 1 c. 596 della l. n. 160/2019: in sostanza tale regolamentazione trova applicazione agli enti e soggetti di cui al cd. elenco Istat, alle Autorità indipendenti e, comunque, alle p.a. di cui all’art. 1, c. 2 d. lgs. n. 165/2001.

²⁷ Cfr. M.D. FERRARA, *Corporate governance e trattamento economico nelle società a controllo pubblico tra vincoli pubblicistici e razionalità del sistema*, VTDL, 2019, cit., 143.

²⁸ A. MARESCA, *Il lavoro alle dipendenze delle società a controllo pubblico*, cit., 23-24.

6. L'art. 11, c. 10: il divieto di corrispondere «indennità o trattamenti di fine mandato diversi o ulteriori rispetto a quelli previsti» e di stipulare patti di non concorrenza

Le disposizioni di cui all'art. 11, c. 10 possono ritenersi emblematiche della generalizzata sfiducia che il legislatore del Tusp nutre nei confronti della gestione del personale all'interno delle società a controllo pubblico, a maggior ragione laddove la stessa si concreti attraverso pattuizioni individuali.

Il comma in questione contiene due distinti precetti, ben connessi tra loro poiché riferibili a istituti contrattuali che possono prevedersi alla cessazione del rapporto di lavoro.

La prima parte prevede il divieto di «corrispondere ai dirigenti delle società a controllo pubblico indennità o trattamenti di fine mandato diversi o ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge o dalla contrattazione collettiva».

La norma si rivolge espressamente ai soli dirigenti: vero è che nella prassi è nei confronti di questa categoria che si pone il fenomeno dell'erogazione di «buone uscite» (utilizziamo il termine in maniera evidentemente a-tecnica) variamente configurabili dal punto di vista giuridico, ma si ricordi che invece il comma 6, già oggetto di analisi, nel dettagliare i limiti retributivi esplica il proprio ambito di efficacia opportunamente nei confronti di tutti i lavoratori subordinati, individuati con la formula «dirigenti e i dipendenti».

Tutt'altro che impeccabile è la formulazione utilizzata dal legislatore che, nell'identificare la fattispecie, si riferisce a indennità o trattamenti «di fine mandato», dizione in realtà da leggersi quale sinonimo di cessazione del rapporto di lavoro.

Se è ben chiaro l'intento perseguito dal legislatore, occorre però individuare l'esatta portata della disposizione.

Il Tusp, come si anticipava, fa salvi i trattamenti o le indennità di fine rapporto, comunque denominate, instaurate dalla fonte legale o dalla contrattazione collettiva: in sintesi mi pare sia possibile individuare un divieto legale in materia nei confronti dell'autonomia individuale²⁹, la quale sarebbe pertanto impossibilitata a regolamentare l'erogazione di somme di denaro

²⁹ Opta per una lettura siffatta anche M.D. FERRARA, *Corporate governance e trattamento economico nelle società a controllo pubblico tra vincoli pubblicistici e razionalità del sistema*, cit., 141.

altre, in occasione della cessazione del rapporto di lavoro del dirigente di una società a controllo pubblico: si pensi, per fare un esempio, a quelli che sono definiti, con linguaggio paragiornalistico, incentivi all' "esodo".

Invero in dottrina è stata avanzata una lettura tendente a circoscrivere di molto la portata della norma³⁰: secondo questa opinione la disposizione non impedirebbe all'autonomia individuale la pattuizione di indennità ulteriori che conseguirebbero alla cessazione del rapporto bensì le limiterebbe soltanto nel *quantum*, non potendo superare l'importo complessivo del trattamento previsto dalla legge o dall'autonomia collettiva.

In realtà si ritiene l'interpretazione più restrittiva maggiormente aderente alla lettera della norma e alla finalità perseguita dal Tusp, anche alla luce del contenuto del secondo periodo del comma che dispone il divieto «di stipulare patti o accordi di non concorrenza, anche ai sensi dell'articolo 2125 del codice civile»: si è voluto impedire che all'esito pratico previsto dal primo periodo – una certa somma di denaro, pattuita individualmente dal dirigente e dalla società, erogata alla cessazione del rapporto di lavoro – si potesse arrivare anche "aggirando" le disposizioni in tema di indennità o trattamenti di fine rapporto variamente intensi, per il tramite di un accordo relativo ai patti di non concorrenza pur nella consapevolezza che, così statuendo, il legislatore impedisca l'utilizzo di uno strumento che può essere di grande utilità; ma, questa sorta di "autonomia limitata" nei confronti della gestione del personale non può considerarsi eccentrica, bensì perfettamente funzionale all'intero assetto delineato dal Tusp.

7. I limiti alla contrattazione collettiva e la riduzione degli oneri contrattuali

Resta da analizzare in tema di limiti legali all'altrimenti libero esplicarsi dei poteri datoriali e, si aggiunga, alla ordinaria dinamica delle relazioni collettive in azienda, l'art. 19, c. 6: si tratta di una disposizione centrale nel fragile assetto predisposto

³⁰ A. MARESCA, *Il lavoro alle dipendenze delle società a controllo pubblico*, cit., 26. Sul punto vedi anche V. PORCHERA, V. BERTI, M. GRASSI, C. SERRAPICA, *Lo svolgimento del rapporto di lavoro*, in A. MARESCA, R. ROMEI (a cura di), *Il rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico*, cit., spec. 123 ss.

dal Tusp nel regolare la dinamica tra socio pubblico controllante e società controllata, sotto il profilo degli obiettivi che la prima impone alla seconda, in tema di spese di funzionamento, comprese quelle per il personale, che passano per esplicita previsione legislativa «anche attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale».

L'angolo visuale dal quale esaminare la disposizione è quello della società a controllo pubblico, la quale deve garantire il concreto perseguimento di quegli obiettivi «tramite propri provvedimenti da recepire, ove possibile, nel caso del contenimento degli oneri contrattuali, in sede di contrattazione di secondo livello».

Si pongono almeno due distinte questioni: la prima concerne il grado di vincolatività che si esplica nei confronti della società in conseguenza dalla predisposizione degli obiettivi da parte dell'amministrazione controllante³¹; la seconda attiene al ruolo, eventuale, della contrattazione aziendale nel far propri i dettami in tema di oneri contrattuali.

Con riferimento al primo tema, a ben vedere, ci si dovrebbe preliminarmente chiedere altresì se la norma effettivamente innovi in ordine a quelle che sono le prerogative dell'amministrazione socia sul punto: detta in altri termini quest'ultima ben avrebbe potuto perseguire il medesimo scopo per il tramite degli ordinari strumenti di diritto comune che sovrintendono ai rapporti all'interno di qualsiasi gruppo societario.

In questo senso allora, partendo da detto presupposto, si può considerare l'intervento legislativo non costitutivo di una nuova e in precedenza non contemplata facoltà bensì una sorta di stimolo a che la p.a. eserciti effettivamente il suo controllo. Prova ne è il contenuto del c. 7 il quale impone che questi provvedimenti (e gli eventuali contratti collettivi) vengano pubblicati sul sito istituzionale e in caso di mancata o incompleta pubblicazione fa conseguire il consueto corollario di responsabilità e sanzioni che discendono dalla normativa in tema di trasparenza (in special modo dagli articoli 22, comma 4, 46 e 47, comma 2, del

³¹ Tra l'altro su questo occorre registrare come il c. 5 utilizzi impropriamente la dizione di amministrazione socia *tout court*, mentre evidentemente l'imposizione di obiettivi specifici riferiti al complesso delle spese di funzionamento non può che essere riservato all'amministrazione controllante, stante anche il contenuto del c. 6 qui in commento.

decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33). Si noti bene: vi è una sanzione per la mancata (o incompleta) pubblicazione, ma il legislatore non presidia con una norma *ad hoc* la mancata redazione *tout court* del provvedimento recante gli obiettivi in questione.

Tra l'altro, il legislatore – pur in un quadro comunque caratterizzato da penetranti restrizioni quali, a titolo esemplificativo e non esaustivo, le disposizioni del Tusp relative alla possibilità di costituire nuove società pubbliche, l'obbligo di porre in essere una revisione straordinaria delle partecipazioni nonché il divieto, transitorio, di procedere ad assunzioni – ha da questo punto di vista responsabilizzato le amministrazioni poiché, opportunamente, ha evitato di riproporre formule quali quelle della trasposizione *sic et simpliciter* alla società a controllo pubblico delle restrizioni, ad esempio sui limiti assunzionali, previsti per l'amministrazione socia, determinando in questo modo un maggior margine discrezionale per la stessa.

Orbene, rimandando al paragrafo n. 4 per l'approfondimento sul provvedimento amministrativo che contiene gli obiettivi annuali o pluriannuali sulle spese di funzionamento, qui basti sottolineare come, lato società destinataria, la declinazione degli stessi, nonché l'individuazione di un eventuale margine di autonomia, passi in realtà dalla effettiva tecnica redazionale utilizzata. È evidente che tanto più si tratterà di obiettivi anche puntuali cui tendere ma non dettagliati nel come, parallelamente la società disporrà di un maggior margine di manovra. In ogni caso gli stessi andranno fatti propri e recepiti, per il tramite degli strumenti endo-societari ritenuti più opportuni.

Quando però nell'alveo del *genus* contenimenti dei costi ci si riferisce più in dettaglio agli «oneri contrattuali» – *species* invero di non palmare definizione – allora il legislatore prevede che le società garantiscano il concreto perseguimento degli stessi tramite provvedimenti da recepire, ove possibile, in sede di contrattazione collettiva di secondo livello.

È evidente che il legislatore teme che, in sede di contrattazione aziendale, si possa avere una dinamica relativa ai costi del lavoro slegata rispetto alle indicazioni del ccnl applicabile o, in ogni caso, foriera di importi di maggiore spesa.

Però la soluzione indicata, cioè il recepimento dei provvedimenti della società controllata in tema di perseguimento degli oneri contrattuali per il tramite della contrattazione collettiva aziendale sconta, di tutta evidenza, una debolezza di fondo, di

cui è ben consapevole lo stesso legislatore nell'utilizzo dell'avverbio «eventualmente»: rispondendo al secondo interrogativo posto all'inizio del paragrafo, il legislatore pare consapevole dell'impossibilità di vincolare nei fini l'autonomia collettiva (in questo caso decentrata) e quindi non può che riferirsi alle società a controllo pubblico alle quali spetta declinare quegli obiettivi in provvedimenti interni.

L'evocazione espressa della contrattazione collettiva parrebbe qui in realtà configurarsi quale una sorta di obbligo di trattare *sui generis* o, meglio, un obbligo per la società a controllo pubblico di portare al tavolo delle trattative con le rappresentanze sindacali quelle esigenze di contenimento degli oneri contrattuali che la società, nell'alveo dei "macro" obiettivi disposti dalla p.a. controllante, ritiene di fare propri.

A voler dare un senso alla norma, si ritiene che l'eventuale recepimento di quei provvedimenti non possa certo esplicarsi in una sorta di mera ratifica da parte dell'autonomia collettiva di un contenuto negoziale in realtà altrove determinatosi, in maniera unilaterale o comunque nell'ambito del complesso rapporto societario tra p.a. controllante e società controllante, bensì in una ipotetica nuova determinazione degli interessi, rispetto allo status quo rappresentato dal contratto aziendale vigente.

L'obbligo di negoziare, sebbene configurato con le particolarità di cui si è detto, non comporta che si debba giungere ad un esito positivo e la dottrina non a caso evoca anche – tra i possibili strumenti a disposizione della società – il possibile recesso dal contratto collettivo aziendale.

8. A mo' di conclusione: quale prospettiva per la gestione del personale delle società a controllo pubblico?

Qualche riflessione in ordine a questo livello della contrattazione collettiva appare necessaria.

Anche se quello delle "ex municipalizzate" può definirsi una sorta di sotto-sistema dell'ordinamento sindacale, le disposizioni contenute nei ccnl non pongono in essere – almeno per gli assetti centrali – distinzioni in ordine alle regole applicabili in base alla natura giuridica del socio di controllo.

Appare dunque evidente, anche dal punto di vista storico-sistemico, l'importanza da sempre esplicitata dalla contrattazione aziendale dove non è temerario sostenere che alcune storture nelle dinamiche relative agli oneri contrattuali e più in generale

al costo del lavoro, non estranee all'attuale disfavore legislativo che circonda lo stesso strumento delle società partecipate, trovasse una enfasi ancora maggiore, spiegabile almeno parzialmente con la "vicinanza" degli agenti contrattuali e con la più o meno accentuata ingerenza della politica locale nella gestione.

A ormai otto anni dal Tusp però occorre una rinnovata consapevolezza da parte delle organizzazioni sindacali sulle prerogative che le stesse possono svolgere: non si vuole, di tutta evidenza, in questa sede porre in essere una replica del dibattito dottrinario che a partire dagli anni Novanta riguarda il ruolo – funzionalizzato o meno, rispetto all'incidenza dell'art. 97 Cost.³² – della contrattazione collettiva nell'ambito della p.a.: cioè, per utilizzare le parole chiare di autorevole dottrina, se la stessa sia tenuta «a farsi carico – a questo punto, in senso ontologico – anche di interessi "diversi" da quelli delle parti contrapposte»³³.

Tanto più che, sia detto per inciso, nei confronti dell'attuale assetto legislativo non è sempre invocabile, a ragion veduta, la violazione dell'art. 39 Cost. in tema di libertà di organizzazione sindacale allorquando vengano dettati vincoli alla contrattazione, restando attuali le osservazioni poste in essere dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 1/1960: quando si trattò di valutare la legge che disponeva il distacco da Confindustria delle imprese a partecipazione statale, la Corte reputò che quelle norme contenevano «disposizioni per lo svolgimento di un'attività amministrativa che, nel caso, gli organi dello Stato avrebbero potuto svolgere anche senza il precetto della legge data la situazione in cui lo Stato si trova rispetto alle società nelle quali abbia una prevalente partecipazione, che praticamente gli consente di de-

³² Trattandosi di uno degli aspetti centrali seguito alla contrattualizzazione del lavoro pubblico degli anni Novanta, il tema è strettamente connesso a norme di carattere generale sui temi del lavoro alle dipendenze della p.a. Per un approfondimento puntuale sulla questione v. almeno M. RUSCIANO, *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle fonti*, in *ADL*, 1996, 245 ss.; ID., *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Torino, Il ed., 2003, specc. pp. 227 ss.; M. D'ANTONA, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, in *ADL*, 1997, 35 ss.; M. BARBIERI, *Problemi costituzionali della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico*, Cacucci, 1997; A. MARESCA, *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, in *GDLRI*, 1996, 170 ss.; G. GHEZZI, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e la ridefinizione delle fonti*, Ivi, 265 ss.

³³ M. RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, cit., p. 241.

terminare la volontà degli organi sociali», ugualmente a quanto – *mutatis mutandis* – può avvenire per il mezzo di un atto di organizzazione “interno” nei confronti di società delle quali le amministrazioni pubbliche detengono il controllo, ai sensi del codice civile.

Si tratta in realtà di comprendere che la tutela degli interessi collettivi all’interno del sistema delle società pubbliche che vive di forti limitazioni eteronome determinate dal legislatore e di risorse più scarse rispetto al passato, passa anche attraverso l’ideazione di nuovi modelli di organizzazione e conseguenziali strumenti di azione.

Due sintetiche proposte, non per forza di cose confliggenti tra loro: la prima concerne l’opportunità che nell’ambito dei ccnl che trovano applicazione (anche) alle società pubbliche (si pensi, in particolare, a quelli firmati da Utilitalia, la quale rappresenta l’evoluzione, non solo giuridica, della “vecchia” Cispel) vengano previste piattaforme rivendicative per tendere a una regolamentazione *ad hoc*, evidentemente limitata ad alcuni aspetti, in primo luogo procedurali, relativi ad esempio ai rapporti tra distinti livelli di contrattazione, a maggior ragione alla luce dell’incidenza che il Tusp prevede in tema di contratti decentrati.

Una seconda esigenza, connessa a quest’ultimo aspetto, riguarda l’utilità di una sinergica azione sindacale a livello che potremmo definire “infra-gruppo” (evidentemente laddove vi siano più società controllate dalla medesima p.a.): questo livello di azione trarrebbe senso dalla circostanza per cui una gran parte degli obiettivi posti in essere dalle amministrazioni pubbliche controllanti sono trasversali rispetto alle singole società controllate e tendono – anzi – a propugnare, almeno nei casi che sono stati oggetto della nostra analisi, una progressiva integrazione di alcune funzioni centrali delle stesse; per tali ragioni da una forma di coordinamento l’azione dell’autonomia collettiva a livello decentrato non potrebbe che trarne una rinnovata spinta e una (quantomeno potenziale) maggiore incisività.

Anche dall’analisi delle disposizioni sopra richiamate, infatti appare palmare come il problema sistematico nell’approcciarsi a questa materia consista nell’ibridazione del modello rappresentato dall’innesto – su un corpo senza dubbio privatistico – di parte non irrilevante della normativa sul rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, i cui esiti, anche di ordine pratico/operativo, sono stati probabilmente sottostimati dal legislatore.

Chi scrive ritiene infatti che l'elemento di maggior novità connesso al d.lgs. n. 175/2016 consista non nell'opzione privatistica, confermata dall'art. 19 Tusp, bensì proprio nelle deroghe di matrice pubblicistica a tale regime che, pur non numerose, vincolano in profondità l'agire – organizzativo e imprenditoriale – delle società stesse.

Si tratta senz'altro di un tema centrale, essendo al crocevia di valutazione che rappresentano un barometro attendibile del rapporto tra il pubblico latamente inteso (del quale le società, pur quali strumenti privatistici, rappresentano una sorta di “braccio operativo”) e la collettività, ossia dei servizi pubblici che chi amministra deve garantire ai cittadini e alla comunità.

FABIOLA LAMBERTI

EQUO COMPENSO E APPALTI PUBBLICI:
CORRELAZIONI,
INTERFERENZE E POSSIBILI SOLUZIONI
TRA DISCIPLINE NON DIALOGANTI

SOMMARIO: 1. Il coordinamento tra il nuovo codice degli appalti e la normativa sull'equo compenso dei professionisti. – 2. Il compenso *equo* e la sua determinazione attraverso il riferimento ai parametri ministeriali: antefatti normativi e incidenza della giurisprudenza unionale. – 3. L'inquadramento sistematico della nuova disciplina nel più ampio perimetro delle tutele riconosciute al lavoro autonomo: protezione del professionista e nullità delle clausole vessatorie. – 4. I consolidati approdi giurisprudenziali in tema di incarichi gratuiti (o con importi simbolici) e le nuove questioni. – 5. Le contraddizioni dell'interpretazione proposta dall'ANAC. – 6. Assenza di antinomia e applicabilità integrale della legge sull'equo compenso negli appalti pubblici. – 7. Riflessioni conclusive.

1. Il coordinamento tra il nuovo codice degli appalti e la normativa sull'equo compenso dei professionisti

L'entrata in vigore del d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36 e della l. 21 aprile 2023 n. 49 a distanza di poco tempo l'uno dall'altra, impone all'interprete di osservare, in prospettiva giuslavoristica, i rapporti di permeabilità tra le due norme.

In particolare, interessa comprendere se la l. 21 aprile 2023 n. 49 *Disposizioni in materia di equo compenso delle prestazioni professionali* possa ritenersi integralmente applicabile al settore degli appalti e degli affidamenti pubblici regolato dal d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36 *Codice dei contratti pubblici*, entrato in vigore il 1 aprile 2023, e – in caso di risposta affermativa – occorre altresì verificare le reciproche intersezioni, nonchè le eventuali interferenze fra le due discipline.

Si intende così affrontare un tema che, ponendosi in un'area

trasversale e contigua tra questioni giuspubblicistiche e giuslaboristiche, richiede di tenere in adeguata considerazione rilievi e principi che sottendono ad ambedue le discipline al fine di individuare una sintesi equilibrata tra le stesse. L'operazione ermeneutica che si intende proporre non è agevole, soprattutto considerando che si tratta di due norme di pari rango per le quali il legislatore non ha previsto specifiche disposizioni in termini di reciproca integrazione.

La rilevanza dell'analisi è resa ancor più evidente dal fatto che le difficoltà di coordinamento tra le due norme hanno determinato plurimi interventi interpretativi, purtroppo non sempre lineari, da parte dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), cui è istituzionalmente demandata un'attività consultiva finalizzata alla risoluzione delle controversie insorte durante lo svolgimento delle procedure pubbliche di affidamento. Rinviando l'analisi di dettaglio sull'interpretazione fornita dall'ANAC al prosieguo del presente contributo¹ basti qui dire che con atto del 27 giugno 2023 il Presidente dell'ANAC ha sollevato il problema del coordinamento tra le due discipline rimandandone la soluzione alla Cabina di Regia istituita, ai sensi dell'articolo 221, co. 1, del codice dei contratti pubblici presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri².

Riguardo alla prima delle questioni poste, *i.e.* l'applicabilità della legge sull'equo compenso ai contratti pubblici, si propende per la risposta affermativa. Il dato letterale dell'art. 2, co. 3, l. 21 aprile 2023 n. 49, sembra inequivoco in proposito, dal momento che l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina ricomprende non solo i cd. contraenti forti, ma anche le «prestazioni rese dai professionisti in favore della pubblica amministrazione e delle società disciplinate dal Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica di cui al d.lgs. 175/2016»³.

Quanto alle interferenze tra le due norme, assumono rilievo sia l'art. 108 del nuovo codice degli appalti che fa salve «le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al

¹ Cfr. *infra* par. 5.

² Il comma 2 individua la Cabina di regia quale sede istituzionale per il coordinamento nell'attuazione del codice, per l'analisi delle proposte di modifica legislativa e regolamentari e per l'indirizzo delle stazioni appaltanti.

³ Il richiamo ai passaggi tipici di un procedimento di evidenza pubblica è contenuto altresì all'art. 3 co. 5 e all'art. 5 co. 2.

prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici» (co. 1), ivi potendo agevolmente includere le disposizioni in materia di equo compenso, sia l'art. 110 che, relativamente alle offerte anormalmente basse, impone alla stazione appaltante la valutazione della congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta economica in cui il rispetto dei parametri adottati con apposito decreto ministeriale rappresenta (o dovrebbe rappresentare) il limite minimo del compenso da riconoscere al professionista.

Proprio con riferimento alla funzione parametrata dei “minimi tariffari”, nel parere reso il 20 luglio 2023, l'ANAC ha affermato che «Le tariffe ministeriali, secondo la novella normativa, assurgono a parametro vincolante e inderogabile per la determinazione dei corrispettivi negli appalti»⁴ e ha concluso, salvo poi un ripensamento⁵, per l'impossibilità di corrispondere un compenso inferiore rispetto ai suddetti parametri.

La legge sull'equo compenso rende peraltro evidente un mutamento di prospettiva del legislatore, con accentuazione dell'impostazione protettiva: il professionista viene tutelato come lavoratore, nell'ampia accezione di cui all'art. 35 Cost., e non (solo) come un operatore di mercato esposto alle regole della concorrenza. In questa ottica, il principio della tutela della concorrenza – storicamente invocato per ostacolare la portata applicativa dei minimi tariffari – cede (o dovrebbe cedere) il passo a un altro interesse, di pari rango pubblicistico, qual è appunto la tutela del lavoro *in tutte le sue forme e applicazioni*.

Ed ecco allora che la questione assume un rilievo giuslavoristico decisamente paradigmatico poiché impone di affrontare la tematica ben più ampia del lavoro autonomo, nella puntuale declinazione riferita alle professioni intellettuali, superando la dicotomia dogmatica⁶ che ha segnato l'evoluzione del diritto del lavoro, per individuare adeguate tutele per il lavoro «che la costituzione non scompone né contrappone»⁷.

Tale valorizzazione è frutto del recente dibattito⁸ sulla pos-

⁴ Delibera ANAC n. 343 del 20 luglio 2023.

⁵ Su cui v. *infra* par. 5.

⁶ V. BALLESTRERO, *La dicotomia autonomia/subordinazione, uno sguardo in prospettiva*, in *LLI*, 2020, 2, 1.

⁷ A. PERULLI, T. TREU, *In tutte le sue forme e applicazioni*, Torino, 2022, 7.

⁸ M. PEDRAZZOLI, *Lavoro san phrase e coordinamento dei lavori, ipotesi*

sibile estensione al lavoro autonomo dell'art. 36 Cost.⁹, la cui lettura è accostata e connessa proprio all'art. 35 Cost.¹⁰. Si è osservata infatti una dinamica espansiva delle garanzie retributive ricollegabili all'art. 36 Cost. il cui il campo di applicazione, almeno per il parametro della proporzionalità, è stato progressivamente esteso al lavoro «senza aggettivi»¹¹, inizialmente già con il d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 con riferimento al contratto di lavoro a progetto¹².

Alla sopravvenuta abrogazione del lavoro a progetto sopravvivono regole eteronome sulla determinazione dei corrispettivi per fattispecie contrattuali non pacificamente riconducibili al lavoro subordinato, arrivando ad includere l'area del lavoro coordinato in odore di debolezza contrattuale¹³, come ridefinito dal d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81¹⁴, e l'area del lavoro autonomo¹⁵. Emblematico, ai nostri fini, l'art. 1, co. 1, della legge 31 dicembre 2012 n. 233, che si auto-qualifica come estensiva dell'art. 36 Cost. e introduce la nozione di «equo compenso» con riferimento al lavoro autonomo giornalistico¹⁶.

In generale, però, per i contratti di lavoro non subordinati non c'è stata alcuna regolazione imperativa del corrispettivo,

sul lavoro autonomo, in *RIDL*, 1998, 1, I, 96; O. RAZZOLINI, *La subordinazione ritrovata e la lunga marcia del lavoro autonomo*, in *LLI*, 2020, 2, 133 ss.

⁹ O. LA TEGOLA, *Le fonti di determinazione del compenso nel lavoro non subordinato*, 2022, Bari, 103 ss.; C. GARBUIO, *L'estensione dell'art. 36 Cost. al lavoro autonomo: tra chiusure giurisprudenziali e aperture legislative*, in *LLI*, 2022, 1, 2, 8 ss.

¹⁰ G. COLAVITTI, "Fondata sui lavori". *Tutela del lavoro autonomo ed equo compenso in una prospettiva costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2018, 1, 37; P. PASCUCI, *Giusta retribuzione e contratti di lavoro*, Angeli, 2018, 85 ss.

¹¹ M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro* (1995), ora in B. CARUSO, S. SCIARRA (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere. Volume Primo*, Milano, 2000, 219 ss.

¹² M. DELFINO, *Salario legale, contrattazione collettiva e concorrenza*, Napoli, 2016.

¹³ G. SANTORO PASSARELLI, *Dignità del lavoratore e libertà di iniziativa economica, rivoluzione industriale 4.0 e rapporto di lavoro dei 'riders'*, in *Labor*, 2022, 5, 4 ss.

¹⁴ Successivamente modificato dal d.l. 3 settembre 2019 n. 101, conv. in l. 2 novembre 2019 n. 128. Con approccio critico S. CIUCCIOVINO, *Le "collaborazioni organizzate dal committente" nel confine tra autonomia e subordinazione*, in *RIDL*, 2016, 3, I, 322 ss.

¹⁵ V. BAVARO, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La proposta di direttiva Ue sul salario minimo adeguato*, in *RGL*, 2021, 1, I, 111 ss.

¹⁶ A. AVONDOLA, *Lavoro giornalistico ed equo (s)compenso*, in *DLM*, 2017, 2, 371.

fatti salvi i riferimenti – nella disciplina dei contratti d’opera (art. 2225 c.c.) e d’opera intellettuale (art. 2233 c.c.) – in via sussidiaria alle tariffe e agli usi¹⁷.

In tale contesto, i minimi tariffari elaborati dagli Ordini professionali¹⁸ hanno rappresentato lo strumento di tutela economica dei professionisti e le tariffe professionali hanno assunto una funzione parametrata per l’individuazione del corrispettivo *equo* (analogamente a quanto avvenuto per i minimi della contrattazione collettiva nell’area del lavoro subordinato, ai sensi del combinato disposto degli art. 36 Cost. e 2099 c.c.¹⁹), tanto che la giurisprudenza ha sovente precisato che, in assenza di un compenso adeguato convenuto dalle parti, una volta rimessa la questione al giudice, è inevitabile far riferimento alle tariffe fissate dall’Ordine²⁰.

Pur tuttavia, la giurisprudenza prevalente ha sempre confinato il diritto di ricevere un compenso proporzionato alla quantità e qualità del lavoro all’ecosistema lavoristico della subordinazione²¹.

Occorre allora chiedersi se, nel combinato disposto del d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36 e della l. 21 aprile 2023 n. 49 con i riferiti richiami ai parametri professionali, sia possibile rinvenire per le professioni intellettuali – ordinistiche e non – il compimento di quella tutela del trattamento economico del lavoratore autonomo embrionalmente prevista nella l. 22 maggio 2017, n. 81.

¹⁷ L. ZOPPOLI, *L’equo compenso tra contratto collettivo e legge*, in U. CARABELLI, L. FASSINA (a cura di), *Il lavoro autonomo e il lavoro agile alla luce della legge n. 81/2017*, Roma, 2018, 65 ss.

¹⁸ S. BELLOMO, *Giusta e retribuzione e contratto collettivo tra Costituzione e diritto europeo*, in *ambienteditto.it*, 2024, 1, 1 ss.

¹⁹ Cfr. gli studi di S. BELLOMO, *Commento all’art. 36 Cost.*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA *Diritto del lavoro, La Costituzione, il Codice Civile e le leggi speciali*, 2017, Milano, 164 ss. e di L. ZOPPOLI, *La retribuzione*, in R. ROMEI (a cura di), *Trattato di diritto del lavoro, Diritti e doveri nel rapporto di lavoro*, 2018, Milano, 327 ss.

²⁰ Cass. 1 giugno 2016, n. 11412, in *DJ*.

²¹ Cass. 23 aprile 2004, n. 5807 in *DJ*; Cass. 18 dicembre 2003, n. 19435 in *DJ*.

2. Il compenso *equo* e la sua determinazione attraverso il riferimento ai parametri ministeriali: antefatti normativi e incidenza della giurisprudenza unionale

Il diritto del professionista intellettuale ad un compenso equo per la prestazione resa si configura come un principio non nuovo²² nel nostro sistema regolatorio se si considera che già l'art. 2233, co. 2, c.c. prevede che «in ogni caso la misura del compenso deve essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione»²³.

Oggi, a norma della l. 21 aprile 2023 n. 49, art. 1, il compenso si considera *equo* quando è proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, al contenuto e alle caratteristiche della prestazione professionale ed è conforme ai compensi previsti: (i) per gli avvocati, dal decreto del Ministro della giustizia emanato ai sensi dell'art. 13, co. 6, della l. 31 dicembre 2012, n. 247; (ii) per i professionisti iscritti agli ordini e collegi, dai decreti ministeriali adottati ai sensi dell'art. 9 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. con mod. dalla l. 24 marzo 2012, n. 27; (iii) per i professionisti di cui al comma 2 dell'art. 1 della legge 14 gennaio 2013, n. 4, dall'emanando decreto del Ministro delle imprese e del Made in *Italy*.

Come è noto, il compenso individuato attraverso tariffe professionali, pur con alterne vicende, ha per lungo tempo contraddistinto il sistema ordinistico, almeno fino al 2006 quando con il d.l. 4 luglio 2006 n. 223, conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248, cd. decreto Bersani, è stata disposta l'abrogazione delle disposizioni legislative e regolamentari che prevedevano l'obbligatorietà dei minimi tariffari. Il definitivo sgretolamento del sistema tariffario, con riferimento sia ai valori minimi che massimi, si è compiuto successivamente, nel 2012, quando con il d.l. 24 gennaio 2012 n. 1, art. 9, sono state del tutto abrogate le tariffe delle professioni regolamentate nel sistema ordinistico. Il vuoto determinato da tale abrogazione è stato poi successivamente colmato con i cd. "nuovi parametri", previsti dal d.m. 20 luglio 2012 n. 140 per le professioni ordinistiche vigilate dal Ministero della

²² A. ALAIMO, *Povertà, lavoro autonomo e tutela del corrispettivo*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 472/2023, 4.

²³ M. MAGNANI, *Lavoro autonomo e riforma dei servizi professionali alla luce delle disposizioni comunitarie*, in *RIDL*, 2007, 3, I, 285.

Giustizia o con i parametri regolamentati dalle specifiche professioni²⁴.

In seguito, con il d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, conv. dalla l. 4 dicembre 2017 n. 172, al principio dell'equo compenso è stato dato²⁵ un formale ed embrionale riconoscimento ed una prima organica regolamentazione, inizialmente circoscritta agli avvocati e poi estesa alle prestazioni rese da altri professionisti²⁶.

Fra i soggetti obbligati al rispetto di tale principio è stata ricompresa, fin da subito, anche la pubblica amministrazione²⁷ che «in attuazione dei principi di trasparenza, buon andamento ed efficacia» è tenuta a garantire l'equo compenso per le prestazioni rese da professionisti.

Gli altalenanti antefatti normativi rappresentano peraltro l'esito delle ondivaghe interpretazioni della giurisprudenza unionale che, inizialmente, aveva sancito l'incompatibilità con l'ordinamento euro-unitario – in particolare con il principio di libera concorrenza²⁸ – di tariffe elaborate da organi di categoria piuttosto che dall'autorità pubblica, in quanto potenzialmente idonee a determinare una restrizione nell'esercizio dell'attività economica e, successivamente²⁹, aveva escluso la contrarietà al Trattato di misure legislative o regolamentari su tariffe inderogabili³⁰.

Anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

²⁴ Cfr. d.m. 10 marzo 2014 n. 55 s.m.i. per gli avvocati; d.m. 19 luglio 2016, n. 165 per medici veterinari, farmacisti, psicologi e altre professioni sanitarie; d.m. 21 febbraio 2013, n. 46 per i consulenti del lavoro; d.m. 17 giugno 2016, per architetti e ingegneri.

²⁵ Secondo cui le clausole che determinano, anche in ragione della non equità del compenso, un significativo squilibrio contrattuale tra le parti, sono da intendersi vessatorie e quindi nulle.

²⁶ Cfr. art. 13-*bis* l. 31 dicembre 2012, n. 247 introdotto dall'art. 19-*quaterdecies*, del d.l. 16 ottobre 2017, n. 148 ed esteso alle altre professioni, in quanto compatibile.

²⁷ S. MONTICELLI, *L'equo compenso dei professionisti fiduciari: fondamento e limiti di una disciplina a vocazione rimediabile dell'abuso nell'esercizio dell'autonomia privata*, in *NLCC*, 2018, 2, 300 e ss.

²⁸ C. giust. UE 29 marzo 2011, C-565/08, *Commissione c. Repubblica italiana*.

²⁹ C. giust. UE 4 luglio 2019, C-377/17, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, con nota di G. DONZELLI, *Le tariffe professionali alla luce dei "motivi imperativi di interesse generale" nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *NGCC*, 2019, 6, 1234.

³⁰ C. giust. UE 19 febbraio 2002, C-35/99, *Arduino*, par. 36.

aveva ritenuto che l'equo compenso, stando ai principi *antitrust* nazionali e unionali, limitasse la concorrenza³¹ sottraendo alla libera contrattazione tra le parti la determinazione del compenso dei professionisti, seppure solo con riferimento a specifiche categorie di clienti³².

La più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia ha però definitivamente affermato che non si può ritenere violato l'art. 101, par. 1, del TFUE sul divieto di restrizioni alla concorrenza quando le tariffe minime per i servizi professionali siano giustificate da «motivi imperativi di interesse generale» e siano, così, compatibili con gli obiettivi di cui all'art. 15 della direttiva 12 dicembre 2006 n. 23 (c.d. direttiva servizi o *Bolkestein*), nel rispetto delle condizioni di non discriminazione, necessità e proporzionalità³³.

In altri termini, il principio ora consolidato e recentemente confermato³⁴ è che la fissazione di tariffe, minime o massime, nello svolgimento delle libere professioni può essere ammessa in ragione di interessi generali ivi includendo, ad esempio, l'interesse a impedire che le prestazioni siano offerte a prezzi insufficienti che incidano sulla qualità delle stesse o l'interesse a contribuire alla tutela dei consumatori, aumentando la trasparenza delle tariffe praticate³⁵.

Sulla stessa linea interpretativa si è innestata la giurisprudenza domestica³⁶ secondo cui il legislatore, sul presupposto che le cd. prestazioni al ribasso possano comportare un peggioramento della qualità del prodotto professionale offerto, ha reintrodotto un concetto di compenso minimo professionale, anco-

³¹ Cfr. AGCM, *Osservazioni sull'AS1452 – Misure contenute nel testo di conversione del d.l. 148/2017*, 22 novembre 2017; v. C. GARBUIO, *Proposta di direttiva sul salario minimo ed equo compenso: il caso del lavoro autonomo professionale, le tariffe professionali e regole della concorrenza*, in *DRI*, 2021, 4, 1101.

³² C. MAZZANTI, *Le tutele del lavoratore autonomo: equo compenso, invalidità delle clausole abusive e risarcimento del danno*, in *LDE*, 2022, 1, 4.

³³ Cfr. G. DONZELLI, *La legittimità delle tariffe minime nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *NGCC*, 2018, 5, 626 e ss.

³⁴ C. giust. UE 18 gennaio 2022, C-261/20, *Thelen Technopark Berlin GmbH c. MN*.

³⁵ G. ALPA, *L'equo compenso per le prestazioni professionali forensi*, in *NGCC*, 2018, 5, 716 ss.

³⁶ Cons. Stato, 27 dicembre 2017, n. 2703 in *DJ*.

rando il limite della sufficienza ai parametri fissati dai Ministeri vigilanti³⁷.

Così definito il contesto applicativo occorre però chiarire che nella legge sull'equo compenso la finalità dell'intervento è diametralmente opposta a quella della tutela della concorrenza³⁸ che muove dal presupposto della paritaria condizione tra gli operatori³⁹. Infatti, il presupposto giuridico dell'equo compenso è quello della tutela del professionista come lavoratore, ai sensi dell'art. 35, co. 1, Cost.⁴⁰.

La stessa definizione di equo compenso come «il compenso proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, al contenuto e alle caratteristiche della prestazione professionale» (art. 1 co. 1) riecheggia indubbiamente, sul piano della formulazione testuale, l'art. 36 Cost.⁴¹ – almeno nel parametro della proporzionalità e non anche della sufficienza – a cui parte della dottrina⁴² suggerisce di dare piena attuazione anche nel campo del lavoro autonomo⁴³.

La determinazione dei parametri sulla base di un atto normativo a valenza regolamentare assolve così ad un triplice obiettivo: 1) consente di determinare il corrispettivo alla luce di parametri obiettivi e certi, coerenti con i valori etici che sorreggono l'attività del professionista; 2) argina la posizione dominante della parte contraente “forte”; 3) acquisisce funzione parametricale nel caso in cui un Giudice sia chiamato a determinare in via sostitutiva il corrispettivo spettante al professionista.

³⁷ Cass. 17 gennaio 2018 n. 1018 in *DJ*; Cass. 17 dicembre 2018 n. 21487 in *DJ*.

³⁸ A. PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Torino, 2021, 94.

³⁹ R. DE LUCA TAMAJO, *Concorrenza e diritto del lavoro*, in A. PERULLI (a cura di), *L'idea del diritto del lavoro oggi*, Padova, 2016, 137.

⁴⁰ M. GIOVANNONE, *La contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi nell'orizzonte UE: tra tutela della concorrenza e autotutela collettiva*, in *federalismi.it*, Focus LPT, 28 dicembre 2022.

⁴¹ F. MARTELLONI, *La tutela del lavoro nel prisma dell'art. 35 Cost.*, in *RIDL*, 2020, 3, I, 399.

⁴² V. BAVARO, *Sul salario adeguato*, in *LDE*, 2002, 2, 6.

⁴³ A. PERULLI, T. TREU, *In tutte le sue forme e applicazioni*, cit., 23.

3. L'inquadramento sistematico della nuova disciplina nel più ampio perimetro delle tutele riconosciute al lavoro autonomo: protezione del professionista e nullità delle clausole vessatorie

Adottando una visione organica si può certamente scorgere nella normativa sull'equo compenso il compimento di quella tutela per il lavoro autonomo che ha trovato una sua prima specificazione nella l. 22 maggio 2017, n. 81, finalizzata a introdurre principi minimi di protezione dei lavoratori autonomi⁴⁴ nelle transazioni commerciali e nei rapporti con le amministrazioni pubbliche, con le tutele previste dal d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 sui ritardi di pagamento (art. 2)⁴⁵.

Proprio tale legge ha individuato come abusive e, come tali inefficaci, le clausole che consentono al committente di modificare unilateralmente le condizioni contrattuali o di recedere dal contratto senza un congruo preavviso e ha esteso ai rapporti di lavoro autonomo le previsioni in tema di abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 della l. 18 giugno 1998, n. 192⁴⁶ (art. 3).

In un corretto inquadramento sistematico⁴⁷ è quindi possibile cogliere una connessione con la l. 22 maggio 2017, n. 81 di cui la l. 21 aprile 2023 n. 49 può essere considerata una prosecuzione ideale⁴⁸ e più determinata⁴⁹ rispetto al tema specifico del compenso.

Infatti, alla stregua delle clausole e delle condotte *abusive*, di cui all'art. 3 l. 22 maggio 2017 n. 81, la legge sull'equo compenso individua il contenuto generale delle clausole da ritenersi

⁴⁴ D. GAROFALO, *La ritrovata dignità del lavoro autonomo*, in *Labor*, 2019, 5, 482.

⁴⁵ S. GIUBBONI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo: commento al capo I della l. n. 81/2017*, in *DLRI*, 2017, 122, 471 ss.

⁴⁶ B. DE MOZZI, *Le tariffe professionali: che cosa rimane?*, in *LDE*, 2021, 4, 6.

⁴⁷ Anche se il capo primo della l. n. 81/2017 non fornisce una definizione del «lavoro autonomo», così come della nozione di «lavoratore autonomo»; cfr. M. PERUZZI, *L'ambito di applicazione del primo capo della l. n. 81/2017: identikit del "lavoro autonomo non imprenditoriale"?*, in *VTDL*, 2018, 3, 661 ss.

⁴⁸ V. FILI, *Nuove sfide, tutele e opportunità per i professionisti nelle deleghe della l. n. 81/2017*, in D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo - agile - occasionale*, Bergamo, 2018, 333 ss.

⁴⁹ La legge 81/2017 era stata definita «timida e poco innovativa» da A. PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, cit., 61.

presuntivamente *vessatorie*, sanzionate con la nullità, ivi includendo *in primis* le clausole che prevedano un corrispettivo inferiore ai parametri individuati nelle tariffe o con relativo d.m.

Il concetto di vessatorietà, peraltro, non si esaurisce nella sola “non equità” del compenso, ma abbraccia le diverse ipotesi in cui venga attribuito al committente un vantaggio o un potere unilaterale sproporzionato. Tali sono, infatti, le clausole che riservano al cliente la facoltà di modificare unilateralmente le condizioni del contratto (art. 3, co. 2) o di pretendere prestazioni aggiuntive a titolo gratuito o quelle che vietano al professionista di richiedere acconti nel corso della prestazione.

La nullità della clausola vessatoria opera solo a vantaggio del professionista ed è rilevabile d’ufficio (art. 3, co. 4). Si tratta di una forma di invalidità conservativa del contratto che sfocia nella nullità parziale e relativa della singola clausola e apre la strada all’integrazione giudiziale del contratto stesso. Infatti, per quanto concerne il corrispettivo, accanto al rimedio “demolitorio” si associa un rimedio “costruttivo” che consente al professionista di domandare al Tribunale «la rideterminazione giudiziale del compenso per l’attività professionale prestata» (art. 3, co. 5) in virtù della quale il Tribunale procederà «secondo i parametri previsti dai Decreti Ministeriali di cui al comma 1» e condannerà il cliente al pagamento della differenza fra quanto pattuito e quanto ritenuto equo⁵⁰, con l’ulteriore possibilità della condanna al pagamento di un indennizzo (art. 4).

La tutela del professionista trova concretezza anche nel parere di congruità rilasciato dagli Ordini professionali che, da un lato, costituisce elemento di prova «sulla natura, sulla difficoltà e sul valore dell’affare» (art. 3, co. 6); dall’altro, può costituire un titolo esecutivo stragiudiziale (art. 7).

Peraltro, le funzioni assegnate all’Ordine e al Collegio e ai loro Consigli Nazionali sono trasversali, intersecando profili di disciplina sostanziale, processuale e deontologica. Da un lato, infatti, tali organismi possono predisporre modelli di convenzione rispetto alle quali vige una presunzione di equità del compenso (art. 5, co. 3); dal punto di vista processuale possono proporre l’azione collettiva *ex art. 840 bis c.p.c.* (art. 9)⁵¹; infine, sotto un

⁵⁰ Cass. 20 dicembre 2021 n. 40896.

⁵¹ Azione di classe che non pregiudica la possibilità di agire con un’ordinaria azione individuale.

profilo deontologico, sono tenuti ad integrare il Codice deontologico (art. 5, co. 5) con un nuovo “illecito disciplinare” collegato proprio all’esecuzione di attività professionale con compenso non conforme ai parametri previsti dai pertinenti decreti ministeriali. Il Consiglio Nazionale Forense e il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili si sono recentemente conformati a tali previsioni approvando nuove norme deontologiche che, nei casi anzidetti, prevedono sanzioni come la censura e/o l’avvertimento⁵².

In definitiva, il professionista non può pattuire accordi che si pongano al di sotto dei parametri di cui si è detto, a pena (anche) di sanzioni disciplinari dell’Ordine di appartenenza e, nel condivisibile fine di arginare la pressione dei contraenti forti, si «rimanda inequivocabilmente al parametro oggettivo»⁵³ delle tariffe professionali.

Ne deriva, in prima battuta, l’individuazione di un compenso necessariamente parametrato sul *quantum* fissato da quei parametri che arriva ad evocare un minimo inderogabile, *equo*, se interpretato con i canoni della l. 21 aprile 2023 n. 49, *giusto*, perché costituzionale, se interpretato con i canoni di cui agli artt. 35 e 36 Cost.

4. I consolidati approdi giurisprudenziali in tema di incarichi gratuiti (o con importi simbolici) e le nuove questioni

Le considerazioni sin qui svolte assumono un rilievo ancora più significativo in riferimento alla disciplina dei contratti pubblici perché, accertato che le disposizioni della legge sull’equo compenso si applicano anche ai contratti pubblici, occorre verificare l’esistenza di eventuali limiti applicativi rispetto al d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36.

Resta infatti aperto il tema della legittimità di bandi e/o pro-

⁵² Il CNDCEC con il nuovo Codice, in vigore dal 18 aprile 2024, ha previsto l’applicazione della sanzione disciplinare della censura; il CNF con il nuovo art. 25-*bis* del Codice deontologico, in G.U. 3 maggio 2024 n. 102, ha previsto l’applicazione della censura o, nei casi meno gravi, dell’avvertimento.

⁵³ A. AIMO, *Lo “Statuto dei lavoratori autonomi”: dalla tendenza espansiva del diritto del lavoro subordinato al diritto dei lavori. Verso una ulteriore diversificazione delle tutele?*, in *NLCC*, 2018, 3, 624.

cedure aventi a oggetto la prestazione di servizi professionali a titolo gratuito o con importi simbolici e/o non allineati a predetti parametri, su cui *ante* l. 21 aprile 2023 n. 49 la giurisprudenza amministrativa si è graniticamente pronunciata ritenendo che la gratuità delle prestazioni non confliggesse con il principio dell'equo compenso⁵⁴.

Vigente il d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, infatti, era stata riconosciuta la legittimità di bandi per affidamento di prestazioni professionali a titolo gratuito⁵⁵ o per affidamenti con cifre simboliche⁵⁶, sul presupposto che il professionista potesse ottenere dal contratto altri vantaggi economicamente apprezzabili anche se non direttamente finanziari. Addirittura, come noto, era stato ritenuto che la normativa sull'equo compenso (riferita *ratione temporis* solo all'art. 2233 c.c.) indicasse soltanto che, laddove il compenso fosse previsto, lo stesso dovesse necessariamente essere equo, mentre non potesse «ricavarsi dalla disposizione l'ulteriore (e assai diverso corollario) che lo stesso debba essere sempre previsto»⁵⁷.

Così statuendo, la giurisprudenza amministrativa ha restituito un singolare concetto di corrispettività, agganciato a utilità diverse dalla mera e diretta connotazione economica. Invano, altra parte della giurisprudenza amministrativa aveva cercato di imprimere un cambiamento di rotta a questa linea interpretativa⁵⁸ argomentando sulla necessaria onerosità e sinallagmaticità delle prestazioni rese in caso di appalto⁵⁹.

Al contempo, era stata esclusa l'applicabilità dell'equo

⁵⁴ Una conclusione ritenuta da L. ZOPPOLI, *L'equo compenso tra contratto collettivo e legge*, cit., 72, «pericolosissima perché apre la stura ad ogni svuotamento dello scambio sinallagmatico agganciato ai reali bisogni dei due traenti».

⁵⁵ Cons. Stato, sez. V, 9 novembre 2021, n. 7442 con nota di F. VALERINI, *AAA cercasi collaboratori gratis: l'avvocato non può invocare l'equo compenso*, in *D&G*, 2021, 217, 8.

⁵⁶ Cons. Stato, sez. V, 3 ottobre 2017, n. 4614 con nota di C. CURTI GIALDINO, *Appalti pubblici di servizi a titolo gratuito*, in *federalismi.it*, 2018, 18, 6.

⁵⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2023, n. 2084.

⁵⁸ TAR Campania, sez. I, 24-25 ottobre 2018 n. 1541 (ord.).

⁵⁹ M. BOMBI, *Appalto di servizi di progettazione: l'illegittimità della gratuità della prestazione*, in *D&G*, 2018, 146, 1, nota a TAR Catanzaro, sez. I, 02 agosto 2018, n. 1507; cfr. anche A. PERULLI, *Lavoro autonomo (contratto di)*, in *Il Contratto di lavoro, Enciclopedia del Diritto*, (diretta da) R. DEL PUNTA, R. ROMEI, F. SCARPELLI, vol. VI, Milano, 2023, 833 ss.

compenso nel caso di gare pubbliche in cui i professionisti avessero *autonomamente* proposto un'offerta economica con importi ridotti rispetto ai parametri assunti come indici di equità⁶⁰. A supporto di tale impostazione è stato evidenziato che l'applicazione della disciplina dell'equo compenso, in quanto eccezione al principio pro-concorrenziale della libera pattuizione, soggiace a precisi limiti soggettivi, ovvero l'appartenenza del cliente alle categorie indicate o la sua qualificazione come pubblica amministrazione, ed oggettivi, quali la predisposizione unilaterale delle clausole convenzionali da parte del cliente forte. È stato ritenuto così che la tutela dell'equo compenso possa essere invocata solo ove la convenzione sia imposta *unilateralmente* dalla parte forte del sinallagma e non quando rappresenti l'offerta autonomamente presentata in fase di gara⁶¹.

Occorre allora verificare se, vigente la nuova legge sull'equo compenso, possa ancora residuare nell'ambito della Pubblica Amministrazione un margine di applicabilità di contratti gratuiti o "non equi".

La prima questione, quella della gratuità assoluta, acquisisce rinnovata importanza in virtù della previsione contenuta all'art. 8, co. 2, del Codice dei contratti che riconosce ora espressamente il «divieto di prestazione gratuita delle attività professionali, salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione»⁶². Preliminarmente, quindi, si può affermare che la norma conferma la natura eccezionale della gratuità della prestazione, rispetto all'onerosità che resta, invece, la regola generale. In tal senso depone proprio l'art. 8, co. 2., nel quale il richiamo alla sussistenza di «casi eccezionali» ed alla «adeguata motivazione» sottintende un apprezzamento discrezionale della pubblica amministrazione.

La norma è sibillina e non risolve la problematica poiché, volendo adottare un approccio pragmatico, non si potrebbe escludere una motivazione che fondasse la legittimità della gra-

⁶⁰ Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2021, n. 874; A.E. BASILICO, *Equo compenso degli avvocati e Pubblica Amministrazione*, in *UA*, 4/2021, 536-545.

⁶¹ G. MILIZIA, *Nell'appalto di servizi legali vince l'offerta economicamente più vantaggiosa, anche se viola l'equo compenso*, in *D&G*, 2021, 93, 3, nota a TAR Milano, 29 aprile 2021, n.1071, sez. I.; v. anche TAR Lazio-Roma 27 agosto 2021, n. 9404, in *DJ*.

⁶² Previsione attuativa della delega contenuta nella l. 21 giugno 2022 n. 78, art. 1, lett. l.

tuità su quei canoni interpretativi di «altre utilità economiche» per il professionista invocati dalla descritta giurisprudenza o che fondasse la sua adeguatezza sui diversi principi di controllo della spesa pubblica o riduzione dei costi per la pubblica amministrazione. Vero è che si dovrebbe trattare di casi isolati poiché, salvo i già menzionati casi *eccezionali e motivati*, la disposizione in esame prosegue affermando che «la Pubblica amministrazione garantisce comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso».

Sulla seconda questione, quella cioè della unilateralità o consensualità nella fissazione del compenso, il nuovo testo normativo rafforza la posizione del professionista stabilendo che gli accordi preparatori o definitivi conclusi tra i professionisti e le imprese soggette alla legge 21 aprile 2023 n. 49, e quindi anche la P.A., si presumono *unilateralmente* predisposti dalla controparte stesse, salva prova contraria (art. 5). A ciò si aggiunga, che l'art. 3, co. 4, sancisce la nullità della clausola contraria all'equo compenso anche nel caso in cui essa risulti trasfusa nel contratto all'esito di un procedimento di gara.

Diversamente, nel caso del confronto competitivo basato sul “prezzo” della prestazione professionale che non può (*recte* potrebbe) essere oggetto di ribasso in sede di gara, occorre avvalersi delle procedure di verifica delle offerte anomale, disciplinate dall'art. 110 del codice dei contratti. Tale articolo consente alla P.A. «in presenza di un'offerta che appaia anormalmente bassa» di richiedere spiegazioni «sul prezzo» proposto, che potrà essere giustificato dall'economia del processo di erogazione del servizio o da condizioni “eccezionalmente favorevoli” di cui dispone il professionista (co. 3).

In via di prima conclusione si ritiene allora possibile sostenere che: *a)* il principio dell'equo compenso incide sulla disciplina della determinazione del compenso professionale nelle procedure di affidamento pubblico statuendo il parametro minimo da porre a base di gara; *b)* è astrattamente ammissibile la ribassabilità della componente del prezzo, ma il ribasso proposto, che potrebbe quindi incidere solo sulle spese, non può intaccare l'equità del compenso, a pena di nullità; *c)* la Stazione appaltante è obbligata a procedere alla verifica dei ribassi praticati al fine di escluderne l'incidenza negativa sull'equità del compenso; *d)* l'offerta presentata dal candidato, con ribasso tale da non coprire il costo effettivo da sostenere per il compenso, dovrà essere ritenuta inammissibile.

Queste prime conclusioni non trovano però conferma nell'interpretazione proposta dalla prassi amministrativa.

5. Le contraddizioni dell'interpretazione proposta dall'ANAC

L'ANAC, come si accennava nell'*incipit* del presente contributo, ha tentato di tracciare delle inedite linee interpretative sulle modalità di coordinamento tra le due discipline con particolare riferimento alla tematica della ribassabilità del compenso e dell'etero-integrazione dei bandi.

L'Autorità è però intervenuta con indicazioni non univoche e, a tratti, contraddittorie.

Il primo pronunciamento è stato ispirato alla massima cautela interpretativa. Infatti, con atto del 27 giugno 2023 il Presidente dell'ANAC, chiamato a esprimersi in merito alle «Criticità attinenti al coordinamento tra la disciplina del c.d. equo compenso e il d. lgs. 31 marzo 2023, n. 36», lungi dal proporre soluzioni interpretative, si è astenuto dal fornire indicazioni sulla percentuale di ribasso consentita e si è limitato a segnalare e rimettere la questione alla competente Cabina di Regia presso la Presidenza del Consiglio.

L'opzione interpretativa sposata dall'ANAC è diventata, invece, più stringente nel successivo pronunciamento del 20 luglio 2023 quando, con la delibera n. 343 ha ritenuto l'operato di una Stazione appaltante non conforme alla normativa in esame. Secondo l'Autorità, infatti, la fissazione di un importo a base di gara ribassato rispetto ai parametri ministeriali, destinato a subire un ulteriore ribasso a seguito della presentazione delle offerte, si traduce, in sostanza, nella corresponsione di un corrispettivo finale non proporzionato alla quantità e qualità delle prestazioni oggetto di affidamento, in violazione del principio dell'equo compenso⁶³.

Con la successiva delibera n. 101 del 28 febbraio 2024, l'ANAC, rivedendo il proprio orientamento, ha adottato un'opzione interpretativa completamente antitetica.

⁶³ Relativa a un'istanza di parere su una procedura di gara in cui l'importo a base di gara era già ribassato del 20% rispetto ai parametri recati dal d.m. 17 giugno 2016.

L'Autorità, nel rispondere a un quesito riferito alla legittimità dell'omessa esclusione dalla gara di imprese che avevano formulato offerte con un compenso professionale al di sotto dei parametri applicabili, ha richiamato l'orientamento giurisprudenziale⁶⁴ secondo il quale le condizioni di partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici devono essere tutte indicate nel bando di gara, poiché «l'enucleazione di cause di esclusione non conosciute o conoscibili dai concorrenti contrasta con i principi europei di certezza giuridica e di massima concorrenza»⁶⁵ e ha, quindi, ritenuto che i principi di certezza del diritto, del legittimo affidamento e dell'auto-vincolo impedivano che, nel caso di specie, potesse operare l'etero-integrazione del bando di gara e che, per tale via, potesse disporsi l'esclusione dei concorrenti che avevano formulato un ribasso incompatibile con la l. 21 aprile 2023 n. 49.

Tale posizione merita un approfondimento atteso che, di fatto, rischia di legittimare l'operato delle stazioni appaltanti pubbliche che sceglieranno di *disapplicare* la legge sull'equo compenso.

In particolare, l'orientamento dell'ANAC non appare condizionale poiché l'Autorità parte da due erronei presupposti. In *primis* l'Autorità sembra intravedere una (sottointesa) antinomia tra fonti di pari rango, quella sull'equo compenso e quella sugli appalti, che in realtà non sussiste; in secondo luogo omette di considerare proprio il fatto che le due norme sono fonti di pari rango, entrambe sovra-ordinate nella gerarchia delle fonti alla *lex specialis* costituita dal bando di gara, che proprio ad esse dovrebbe attenersi.

Né, in senso opposto, può deporre il disposto di cui all'art. 227 del codice appalti ai sensi del quale: «Ogni intervento normativo incidente sulle disposizioni del Codice (...) o sulle materie dagli stessi disciplinate, è attuato mediante esplicita modifica, integrazione, deroga o sospensione delle specifiche disposizioni in essi contenute» poiché tra norme di pari rango si produce, in questo caso senza ombra di dubbio, l'etero-integrazione tra fonti.

La contraddittorietà del pronunciamento dell'ANAC ha innescato un'interrogazione parlamentare cui ha fatto seguito una

⁶⁴ Cons. Stato, sez. V, 28 agosto 2019, n. 5922.

⁶⁵ Cons. Stato, sez. V, 28 ottobre 2016, n. 4553.

risposta non risolutiva del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti⁶⁶.

In particolare, il MIT, ribadendo la propria consapevolezza circa l'urgenza di chiarezza sul tema, ha precisato di aver già sollevato la questione presso la Cabina di regia e, pur senza dare soluzione al quesito posto, ha sottolineato – nel merito – come la linea da percorrere non può che avere per obiettivo «il contemperamento fra le esigenze *retributive* rappresentate dagli ordini professionali alla luce dei principi dell'equo compenso e l'effettiva sostenibilità dell'offerta» fermo restando il rispetto dei principi euro-unitari in tema di concorrenza.

6. Assenza di antinomia e applicabilità integrale della legge sull'equo compenso negli appalti pubblici

La più recente giurisprudenza amministrativa ha preso però le distanze dalla fuorviante interpretazione dell'ANAC.

In particolare, la l. 21 aprile 2023 n. 49 è stata ritenuta immediatamente imperativa, sì che le sue norme integrano automaticamente dall'esterno i bandi e non possono considerarsi incompatibili né con il d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, né con il d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36⁶⁷.

Inoltre, l'equo compenso è stato inteso come circoscritto alla sola componente “compenso” della voce “prezzo”, così ammettendo il ribasso per le voci non riferite esclusivamente al compenso (*i.e.* eventuali spese). La componente riferita al “compenso” invece non può essere ribassata, perché altrimenti il ribasso si risolverebbe, essenzialmente, in una proposta contrattuale volta alla conclusione di un contratto pubblico gravato da una nullità di protezione e contrastante con una norma imperativa.

Diversamente opinando si rischierebbe una pericolosa eterogeneità dei fini poiché «il professionista concorrente potrebbe essere “tentato” di abusare della nullità di protezione, volutamente presentando un'offerta “inferiore” ai minimi, per così ottenere l'aggiudicazione e, una volta stipulato il contratto far va-

⁶⁶ Interrogazione promossa dagli On. E. Mazzetti, P. Cortellazzo e F. Battistoni.

⁶⁷ Tar Veneto, sez. III, 3 aprile 2024, n. 632 in *DJ*; Tar Lazio-Roma, 30 aprile 2024, n. 8580 in *DJ*.

lere la nullità parziale al fine di attivare il “meccanismo” di cui al comma 6 dell’art. 3»⁶⁸.

Inoltre, prendendo posizione sull’asserita esigenza di etero-integrazione tra fonti, la giurisprudenza amministrativa⁶⁹ esclude l’esistenza di un’antinomia, invece sottesa al ragionamento dell’ANAC, chiarendo che un’antinomia può configurarsi in concreto allorché – in sede di applicazione – due norme determinino conseguenze giuridiche incompatibili rispetto ad una medesima fattispecie concreta. In tale ipotesi, l’interprete è comunque chiamato a effettuare una interpretazione letterale, teleologica e adeguatrice delle norme in contrasto, al fine di determinarne il significato, coordinandole anche nel più ampio sistema di norme, rappresentato dall’ordinamento giuridico.

Peraltro, a parere dei giudici amministrativi, la disciplina dell’equo compenso comporta un rafforzamento delle tutele e dell’interesse alla partecipazione alle gare pubbliche, rispetto alle quali l’operatore economico, grande, piccolo, italiano o di provenienza UE, viene reso consapevole del fatto che la competizione economica si sposterà eventualmente su profili accessori del corrispettivo globalmente inteso (*i.e.* sulle spese generali) e sul profilo qualitativo e tecnico dell’offerta formulata⁷⁰.

L’*iter* logico-argomentativo seguito dai giudici amministrativi scioglie ogni dubbio circa l’insussistenza di qualsivoglia antinomia tra le due discipline e appare pienamente condivisibile poiché, da un lato, salvaguarda la posizione del professionista e, dall’altro, offre un’opzione interpretativa di corretto coordinamento delle due discipline.

7. Riflessioni conclusive

L’analisi sin qui condotta ha reso evidente che tracciare una soluzione interpretativa sistematica, in grado di contemperare la legge sull’equo compenso, il Codice dei contratti pubblici, i parametri definiti con decreto e le norme UE sulla concorrenza è esercizio non facile, ma non impossibile.

La legge sull’equo compenso attesta, d’altra parte, il rinno-

⁶⁸ Così Tar Veneto, sez. III, 3 aprile 2024, n. 632 in *DJ*.

⁶⁹ Cfr. Tar Veneto, sez. III, 3 aprile 2024, n. 632 in *DJ*.

⁷⁰ Cfr. Tar Lazio-Roma, 30 aprile 2024, n. 8580 in *DJ*.

vato interesse del legislatore verso il lavoro autonomo, nella specifica declinazione del lavoro dei professionisti, sul presupposto che anche tali lavoratori necessitino di adeguata protezione soprattutto in relazione ai contraenti cd. forti.

Il complessivo quadro regolatorio, come risultante dalla connessione tra il Codice degli Appalti e la legge sull'equo compenso innerva così un orientamento assiologico che, partendo da un dato sociologico⁷¹ che impone di andare oltre il «diritto del lavoro, costruito mattone su mattone sulle solide fondamenta del lavoro dipendente»⁷², «propone la necessità di una congrua traduzione nella struttura giuridica» delle mutevoli esigenze di tutela oltre l'area della subordinazione⁷³.

Collocata dunque in una prospettiva più ampia, la disciplina dell'equo compenso dei professionisti, non integra un mero episodico atto di attenzione del legislatore, ma costituisce normativa di attuazione della tutela del *lavoro in tutte le sue forme e applicazioni*, anche attraverso una prospettiva rimediale di tipo “demolitorio” (*i.e.* nullità) in caso di difformità della clausola rispetto alla tutela prevista per legge⁷⁴.

Ci sembra di poter cogliere un'impostazione che supera l'art. 36 Cost. come orizzonte di riferimento e si avvale di tutele che, proprio partendo dall'idea del lavoro «senza aggettivi» si attecchiano in modo diverso rispetto alle tutele previste per il lavoro subordinato, perché radicalmente diversi sono i bisogni di protezione⁷⁵.

Lungi però dal prevedere stringenti e omogenee tutele⁷⁶, la norma trova applicazione nei confronti dei soli “contraenti forti”, quando cioè la tutela del professionista lavoratore autonomo può non essere oggettivamente efficace. Per essere realmente efficace, peraltro la tutela del lavoro autonomo non può essere uni-

⁷¹ G. PIGLIALARMI, *Lavoro autonomo, pattuizioni collettive e normativa antitrust: dopo il caso FNV Kunsten, quale futuro?*, in *LDE*, 2021, 4, 1 ss.

⁷² G. GIUGNI, *Tre commenti alla “Critique du droit du travail” di Supiot*, in *DLRI*, 1995, 3, 474.

⁷³ A. PERULLI, T. TREU, *In tutte le sue forme e applicazioni*, cit., 28.

⁷⁴ A. ZOPPOLI, *Prospettiva rimediale, fattispecie e sistema nel diritto del lavoro*, Napoli, 2022, 47.

⁷⁵ L. FIORILLO, *Un diritto del lavoro per il lavoro che cambia: primi spunti di riflessione*, *Biblioteca '20 Maggio'*, 2018, 2, 23.

⁷⁶ Cfr. nuovo co. 1-bis art. 29 d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 introdotto dal d.l. 2 marzo 2024 n. 19, conv. con mod. dalla l. 29 aprile 2024, n. 56.

taria e non può consistere nella definizione di un compenso minimo di tipo egualitario⁷⁷. In tal senso, è apprezzabile il riferimento a parametri predefiniti, modulati a seconda delle professioni coinvolte⁷⁸.

Occorre quindi cogliere le novità sottese alla disciplina sull'equo compenso⁷⁹ che si colloca, verosimilmente, all'interno di un discorso di giustizia contrattuale⁸⁰.

Sarebbe allora utile prevedere che negli appalti pubblici, alla stregua di quanto avviene con il costo della mano d'opera⁸¹, eventuali ribassi del compenso professionale, ove non adeguatamente motivati o giustificati, incidessero sulla legittimità stessa dell'aggiudicazione.

Analogamente si dovrebbe altresì prevedere che gli stessi criteri di equità del compenso fossero rispettati in tutta la – eventuale – catena di subfornitura.

Occorre però prendere atto che, mentre i decreti ministeriali che determinano gli importi per la liquidazione dei compensi per gli avvocati e per le altre professioni ordinistiche prevedono dei criteri tabellari minimi, medi e massimi, il decreto attualmente in vigore per ingegneri, architetti e altre professioni tecniche non definisce un parametro minimo per la liquidazione dei compensi ed è in ragione di ciò che si sono registrati i contenziosi di cui si è detto. Si potrebbe allora intervenire direttamente sul d.m. 17 giugno 2016 consentendo così di individuare correttamente l'importo da porre a base di gara⁸².

Analogamente, per limitare i rischi di contenzioso sarebbe

⁷⁷ G. CANAVESI, *Sul compenso minimo per i lavoratori autonomi*, in *LDE*, 2024, 1, 2.

⁷⁸ La legge include nella platea dei destinatari anche le professioni non ordinistiche e per i compensi ad esse riferite rinvia a un decreto del Ministero delle imprese e del Made in *Italy* da adottare sentite le associazioni ex l. 4/2013, ad oggi non ancora emesso.

⁷⁹ L. ZOPPOLI, *L'equo compenso tra contratto collettivo e legge*, cit., 66, invita ad evitare la '*pareidolia*', cioè la tentazione di ricondurre cose nuove a cose che conosciamo o pensiamo di conoscere bene, atteggiamento che espone al rischio di non cogliere le novità davanti a cui ci troviamo.

⁸⁰ L. ZOPPOLI, *Giustizia distributiva, giustizia commutativa e contratti di lavoro*, in *DLM*, 2017, 2, 279.

⁸¹ È espressamente previsto l'onere di verificare la congruità dell'incidenza del costo la manodopera: cfr. art. 41, co. 14, art. 108, co. 9, art. 110, co. 1.

⁸² Cfr. la Circolare del 26 ottobre 2023 n. 98 con cui il Consiglio Nazionale degli Ingegneri ha precisato che i parametri professionali riportati nel det-

opportuno un intervento di coordinamento, come auspicato dall'ANAC e dal MIT, non necessariamente di tipo normativo *ex novo*, essendo verosimilmente sufficiente un pronunciamento della Cabina di regia o una circolare esplicativa atta ad elidere i dubbi emersi, laddove non risolvibili applicando i principi generali dei rapporti tra fonti.

Sarebbe, in ultima analisi, utile registrare un operato fattivo dell'Osservatorio Nazionale sull'Equo Compenso cui l'art. 10 della l. 21 aprile 2023 n. 49 assegna il compito di vigilare «sull'osservanza delle disposizioni della legge» e formulare proposte o pareri segnalando «eventuali condotte o prassi applicative o interpretative in contrasto con le disposizioni in materia di equo compenso e di tutela dei professionisti».

In ogni caso, la direzione di marcia, verso un quadro regolatorio più sistematico ed equilibrato con un nuovo baricentro valoriale più inclusivo dei lavoratori autonomi, è segnata⁸³.

to decreto rappresentano “la base per la determinazione di un compenso equo, non derogabile in senso riduttivo o peggiorativo”.

⁸³ A. PERULLI *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, cit., 234.

ILENIA TORELLA

L'INDIVIDUAZIONE DEL TRATTAMENTO
ECONOMICO E NORMATIVO DEI LAVORATORI
NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI:
DA "PREROGATIVA" DELL'IMPRESA A "COMPITO"
DELLA STAZIONE APPALTANTE

SOMMARIO: 1. Questioni introduttive – 2. La clausola sociale di “equo trattamento”: dallo Statuto dei lavoratori alla successiva regolamentazione nella disciplina dei contratti pubblici – 3. L’individuazione del trattamento economico e normativo nel nuovo Codice dei contratti pubblici: questioni di compatibilità... – 4. ... (segue) e problemi interpretativi – 4.1. L’individuazione del contratto collettivo ad opera della stazione appaltante – 4.2. L’indicazione di un diverso contratto collettivo da parte dell’operatore economico e il giudizio di equivalenza delle tutele – 5. Riflessioni conclusive.

1. Questioni introduttive

Come è noto, la disciplina che regola l’affidamento e l’esecuzione degli appalti pubblici è stata destinataria di una pluralità di interventi riformatori, nell’ambito dei quali la tutela delle istanze sociali ha progressivamente ampliato i suoi spazi di intervento, in linea con l’utilizzo c.d. strategico dei contratti pubblici¹, definito come una fra le più importanti modalità di intervento nel mercato² e come strumento di attuazione delle politiche di inclusione sociale³, anche in con-

¹ Su cui, per una ricostruzione del fenomeno, cfr. M. GIACONI, *L’impiego strategico degli appalti pubblici alla luce del D. lgs. 50/2016: le finalità sociali*, Canterano, 2019.

² Corte dei conti, *Relazione sul rendiconto generale dello Stato 2022*.

³ D. CAPOTORTO, *Giustizia sociale e pari opportunità nei contratti pubblici*, in *NA*, 3, 2021, 808.

siderazione della rilevanza economica⁴ e occupazionale degli stessi⁵.

Tale tecnica legislativa trae origine da un principio che caratterizza da lungo tempo il nostro ordinamento, in base al quale, quando lo Stato è «interessato», a vario titolo, a un rapporto di lavoro, «condiziona la conclusione del contratto e la vita stessa del rapporto»⁶ mediante l'apposizione di «clausole a favore dei lavoratori»⁷, instaurando una connessione, «necessaria ed inscindibile»⁸, tra l'attività economica e contrattuale dello Stato e la garanzia di tutela di condizioni contrattuali minime per i lavoratori.

In particolare, attraverso queste disposizioni, più comunemente note come clausole sociali, il legislatore riconosce una pluralità di tutele in favore dei lavoratori coinvolti nell'esecuzione di appalti e concessioni di natura pubblicistica, con l'obiettivo, da un lato, di contrastare i fenomeni di *dumping* sociale e, dall'altro, di garantire la stabilità del personale impiegato nell'esecuzione di contratti pubblici, l'inclusione lavorativa e le pari opportunità di genere e generazionali.

D'altro canto si osserva che, se è vero che la principale finalità perseguita mediante l'impiego di tali clausole è quella di garantire un'ampia tutela ai lavoratori coinvolti nell'esecuzione di contratti pubblici, è altresì vero che questo non è l'unico effetto realizzato, essendo queste idonee a incidere – indirettamente – su di una pluralità di interessi, di diversa natura, a esse connessi⁹, tra cui quello di assicurare la qualità dell'azione amministrativa selezionando le imprese contraenti, contrastando for-

⁴ I contratti di lavori, servizi e forniture sono stati definiti come «una delle maggiori voci di spesa della pubblica amministrazione» dalla Corte dei Conti nella *Relazione sul rendiconto generale dello Stato 2022*.

⁵ Cfr. G. RICCI, *Il sistema dei contratti pubblici e le tutele (non solo) salariali dei lavoratori*, in *RGL*, 4, 1, 2023, 603 ss.

⁶ G. G. BALANDI, *Le «clausole a favore dei lavoratori» e l'estensione dell'applicazione del contratto collettivo*, in *RTDPC*, 1973, 709.

⁷ Per una ricostruzione dei primi esempi di «clausole a favore dei lavoratori» si rinvia a F. MANCINI, *Sub art. 36*, in V. SCIALOJA e G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile.*, Bologna-Roma, 1972, 546 ss.; A. FRENI, G. GIUGNI, *Lo statuto dei lavoratori*, Milano, 1971, 156 ss.; E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *DRI*, 2001, 2, 133 ss.; R. BORTONE, *Commento all'art. 36*, in G. GIUGNI (a cura di), *Statuto dei lavoratori*, Milano, 1979, 646.

⁸ E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., 135.

⁹ F. PANTANO, *Le clausole sociali nell'ordinamento giuridico italiano: concorrenza e tutela del lavoro negli appalti*, Pisa, 2020, 12.

me di concorrenza sleale ed evitando che siano avvantaggiate le imprese che non applicano i contratti collettivi di lavoro, nonché prevenendo l'insorgenza di scioperi e conflitti collettivi¹⁰.

La pluralità di interessi coinvolti e finalità perseguite si riflette, peraltro, nella diversità delle tecniche regolative adottate¹¹, nell'ambito delle quali le clausole sociali costituiscono solo una delle differenti modalità di regolazione dei comportamenti degli operatori economici.

Nonostante ciò, i lavoratori coinvolti nell'esecuzione di appalti pubblici continuano ad essere destinatari di trattamenti economici mediamente più bassi rispetto a quelli riconosciuti ad altri lavoratori¹². Le ragioni di tale situazione sono molteplici e di diversa natura, ma sono generalmente ricondotte al settore in cui essi operano, – prevalentemente quello dei servizi, connotato, di per sé, da un'alta intensità di manodopera e scarsa produttività – alla c.d. “frammentazione” dei contratti collettivi nell'ambito del medesimo settore, all'elevata concorrenza, non solo nazionale, che determina una costante spinta al ribasso dell'offerta e, conseguentemente, della retribuzione del personale, nonché all'elevata “discontinuità” lavorativa, derivante dal frequente ricambio tra operatori economici, che finisce spesso per incidere negativamente anche sulla “quantità” di lavoro prestato¹³.

2. La clausola sociale di “equo trattamento”: dallo Statuto dei lavoratori alla successiva regolamentazione nella disciplina dei contratti pubblici

Il primo esempio di clausola sociale «di portata generale»¹⁴ è rinvenibile nell'art. 36 dello Statuto dei lavoratori¹⁵, ancora in

¹⁰ F. CARNELUTTI, *Sul contratto di lavoro relativo a pubblici servizi assunti da imprese private*, in *RDC.*, 1909, 416; D. NAPOLETANO, *Appalto di opere pubbliche e tutela dei diritti del lavoratore*, in *RGL.*, 1953, I, 267; E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., 134.

¹¹ F. SCARPELLI, *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in *RGL.*, 1, 2006, 756.

¹² M. NOVELLA, *Costo del lavoro e retribuzione negli appalti pubblici di servizi. Il quadro normativo e qualche numero*, in *LD.*, 2, 262.

¹³ *Ibidem*

¹⁴ F. PANTANO, *Le clausole sociali nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., 16.

¹⁵ Legge 20 maggio 1970, n. 30.

vigore, sebbene applicabile solo in via residuale per via della sovrapposizione dell'ambito di applicazione con la successiva regolamentazione legislativa dei contratti pubblici¹⁶.

Essa si sostanzia nella previsione dell'obbligo di inserire nei provvedimenti di concessione di benefici e nei capitolati di appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche, nonché alle concessioni di pubblico servizio¹⁷, una clausola che impone al beneficiario o appaltatore «di applicare o di far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona»¹⁸. Si tratta, dunque, di un meccanismo indiretto di tutela, in quanto rivolto *in primis* al soggetto pubblico e solo di riflesso all'imprenditore, attraverso il quale si tenta di estendere (indirettamente) l'ambito soggettivo di applicazione dei contratti collettivi al fine di garantire un "equo trattamento" al personale impiegato nell'esecuzione di determinati contratti pubblici.

Tale meccanismo di funzionamento costituisce una sorta di "modello base" delle clausole sociali, ispirato, di fatto, allo schema delineato dall'art. 2 della Convenzione OIL 94 del 1949¹⁹. Nonostante alcune questioni problematiche sorte attorno a tale schema, connesse principalmente alle conseguenze derivanti dal mancato inserimento della clausola ad opera della stazione appaltante²⁰, esso è stato successivamente ripreso dal legislatore in relazione alle altre clausole sociali presenti nel nostro ordina-

¹⁶ In ordine cronologico, solo a livello nazionale, l'intera disciplina dei contratti pubblici, inclusa la parte relativa alla regolamentazione delle clausole sociali, è stata oggetto di tre interventi riformatori: il primo con il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (TULP), il secondo con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, l'ultimo con il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

¹⁷ Sul punto si ricorda l'intervento della Corte costituzionale, che ha dichiarato, con sentenza 1-19 giugno 1998, n. 226, l'illegittimità costituzionale dell'art. 36 della legge 20 maggio 1970, n. 300 nella parte in cui non prevede l'obbligo di inserimento della clausola nelle concessioni di pubblico servizio.

¹⁸ Art. 36, co. 1, l. 20 maggio 1970, n. 30.

¹⁹ Resa esecutiva in Italia con legge 2 agosto 1952, n. 1305.

²⁰ Sul punto si rinvia a E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., 136; R. BORTONE, *Commento all'art. 36*, cit., 649; S. CENTOFANTI, *Sub art. 36*, in U. PROSPERETTI (diretto da), *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, 1975, Milano, 1218; W. GIULIETTI, *La tutela del lavoro nei contratti pubblici attraverso le clausole sociali*, in *DE*, 1, 2023, 18.

mento, vale a dire le clausole di riassunzione e le clausole per l'inclusione lavorativa e le pari opportunità.

La clausola di equo trattamento prevista dallo Statuto, come già anticipato, viene affiancata, alcuni anni dopo, dalle previsioni di cui alle tre consecutive versioni del Codice dei contratti pubblici, nell'ambito del quale la tutela dei trattamenti economici e normativi dei lavoratori coinvolti nell'esecuzione di contratti di lavori, servizi e forniture ha acquisito rilevanza centrale sia in fase di valutazione delle offerte, ai fini dell'aggiudicazione e/o esclusione dalla procedura, sia in fase di esecuzione del contratto²¹, determinandone una radicale modifica strutturale.

In particolare, nella fase prodromica all'apertura della procedura di affidamento, si dispone che vengano determinati, attraverso apposite tabelle ministeriali, parametri di riferimento relativi ai costi del lavoro, «sulla base di valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali»²², nonché specifici criteri di individuazione di offerte anomale, sulla base dei quali disporre, nel rispetto di determinate procedure, l'esclusione dalla gara²³.

Come più volte chiarito dalla giurisprudenza amministrativa, tuttavia, le tabelle ministeriali costituiscono un «mero parametro di valutazione della congruità» e non dettano un valore assoluto, ma un valore medio, rispetto al quale sono ammessi sco-

²¹ A. BOSCATI, *Appalti pubblici e clausole sociali tra ordinamento interno e diritto dell'Unione Europea*, in G. PROIA (a cura di), *Appalti e lavoro: problemi attuali*, Torino, 2022, 23 ss.; G. RICCI, *Il sistema dei contratti pubblici e le tutele (non solo) salariali dei lavoratori*, cit., 605; F. GRASSO, *Il dumping salariale negli appalti pubblici e privati. Le tecniche di contrasto tra legge e contrattazione collettiva*, in P. ALBI (a cura di), *Salario minimo e salario giusto*, Torino, 2023, 273; M. FALSONE, *Gli appalti pubblici e le tutele per i lavoratori*, in A. BOSCATI (a cura di), *Il lavoro pubblico. Dalla contrattualizzazione al Governo Draghi*, Santarcangelo di Romagna, 2021, 417.

²² Art. 41, comma 13, d.lgs. 31 marzo 2023, il quale riproduce quanto in precedenza previsto dall'art. 23, comma 16, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. La disposizione prosegue disponendo, tra l'altro, che «In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione».

²³ Art. 110, comma 5, d.lgs. 31 marzo 2023 (in precedenza, art. 97, comma 5, lett. d), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50).

stamenti, anche verso il basso²⁴, i quali possono essere motivati, oltre che dalla scelta del datore di lavoro di applicare un contratto collettivo diverso o dal godimento di benefici contributivi e fiscali, «dalle risultanze del «modello organizzativo» elaborato dall'operatore» economico²⁵ al quale, peraltro, la giurisprudenza ha attribuito «adeguato riconoscimento»²⁶, stante la previsione, ora rimossa, secondo la quale l'operatore economico doveva indicare i «propri»²⁷ costi della manodopera²⁸.

Tutti questi elementi, in sostanza, finiscono per divenire un mezzo di competizione tra le imprese del settore, legittimato dalla stessa giurisprudenza, anche in considerazione del fatto che la possibilità di escludere l'operatore economico dalla procedura per anomalia dell'offerta, in relazione all'argomento di cui ci si occupa, è limitata a soli due casi: «abnorme scostamento»²⁹ dei valori economici dell'offerta dalle tabelle ministeriali³⁰ e violazione dei «minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 41, comma 13»³¹.

Nella fase di esecuzione, ma con importanti riflessi anche nelle fasi precedenti³², è invece prevista l'applicazione *ex lege*, al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni, del «contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quello il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o

²⁴ Da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, Sent., 16 novembre 2020, n. 7037; Sez. III, 9 giugno 2020, n. 3694; Sez. V, 29 luglio 2019, n. 5353.

²⁵ G. RICCI, *op. cit.*, 606.

²⁶ I. ALVINO, *Clausole sociali, appalti e disgregazione della contrattazione collettiva*, in *LDE*, 2, 2020, 8 ss.

²⁷ Art. 95, c. 10, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

²⁸ G. RICCI, *op. cit.*, 607. In giurisprudenza cfr. Tar Lazio 30.10.2023, n. 16053; C. Stato 2.8.2021, n. 5644.

²⁹ G. RICCI, *op. cit.*, 607.

³⁰ Cfr. Tar Campania, Salerno, Sez. I, 03 novembre 2023, n. 2460; Tar Campania 4 dicembre 2023, n. 6670; Tar Piemonte 13 ottobre 2023, n. 796; Tar Campania 16 gennaio 2023, n. 353; C. Stato 22 novembre 2022, n. 10272.

³¹ Art. 110, comma 5, lett. d), d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

³² Cfr. G. RICCI, *op. cit.*, 609, che parla di «attrazione del Ccnl leader nella fase della procedura di gara», al punto da assumere «rilevanza parapubblicistica».

della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente»³³. Attraverso tale disposizione si riconosce, in sostanza, un vero e proprio diritto soggettivo dei lavoratori all'applicazione del contratto collettivo richiamato dalla norma, a prescindere dall'inserimento di un'apposita clausola nella *lex specialis* della gara³⁴.

3. L'individuazione del trattamento economico e normativo nel nuovo Codice dei contratti pubblici: questioni di compatibilità...

Come anticipato, il progressivo ampliamento della tutela delle istanze sociali ha trovato ulteriore conferma nell'ultima versione del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36), con cui si è inteso realizzare un rafforzamento delle clausole sociali poste a tutela dei lavoratori. Con specifico riguardo alle clausole sociali di equo trattamento, l'art. 11, dopo aver ribadito al primo comma quanto già disposto nella precedente versione del Codice in merito ai meccanismi di valutazione dell'offerta e applicazione del contratto collettivo in fase di esecuzione, aggiunge, al secondo e terzo comma, la previsione per cui le stazioni appaltanti e gli enti concedenti indicano nei bandi e negli inviti il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto o nella concessione, fatta salva la possibilità per gli operatori economici di individuare un diverso contratto collettivo all'interno della propria offerta, purché

³³ Art. 11, comma 1, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (in precedenza, art. 30, comma 4, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50). Al riguardo si tenga conto che, come emerge dal comunicato stampa del 21 ottobre 2024, n. 101 emesso dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, verranno presto adottati una serie di correttivi al d.lgs. n. 36 del 2023 tramite uno schema di decreto che deve ancora entrare in vigore. Oggetto di modifiche, a quanto si apprende, sarà anche l'art. 11 del nuovo Codice, al quale verrà aggiunta una previsione di conformità con quanto previsto dal nuovo Allegato I.01, che indicherà i criteri e le modalità per l'individuazione, nei bandi e negli inviti, del contratto collettivo applicabile. Sul punto si rinvia agli artt. 1 e 63 dello Schema di decreto legislativo recante "disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36".

³⁴ F. PANTANO, *Clausole sociali, concorrenza, investimento pubblico e tutela del lavoro: dal Codice dei contratti pubblici al PNRR*, in *federalismi.it*, 25, 2022, 176; D. IZZI, *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Torino, 2018, 105 ss.

questo garantisce ai dipendenti le «stesse tutele»³⁵. Il comma 5, peraltro, garantisce l'applicazione delle «medesime tutele normative ed economiche» ai lavoratori in subappalto. Quest'ultimo tema, pur essendo particolarmente rilevante, soprattutto a seguito dell'ammissione – ex art. 119, comma 17 del nuovo Codice – dei subappalti “a cascata”³⁶, non potrà essere approfondito nel presente scritto per ragioni di spazio. Per gli stessi motivi, da qui in avanti, si approfondirà la tematica con esclusivo riferimento agli appalti pubblici, sebbene molte delle disposizioni siano applicabili anche alle concessioni pubbliche.

Tale importante novità risulta essere ispirata a «esigenze di certezza»³⁷, in quanto finalizzata a evitare la sovrapposizione tra settori di attività, restringendo così le ipotesi in cui, «per la frammentazione dei contratti collettivi nell'ambito del medesimo settore, l'operatore economico finisca con l'optare per un CCNL che non garantisce al lavoratore le migliori tutele sotto il profilo normativo ed economico»³⁸.

La scelta operata dal legislatore risulta sicuramente apprezzabile in un'ottica di contrasto al *dumping* sociale, ma necessita di alcuni approfondimenti in relazione ai possibili risvolti derivanti dall'attribuzione, alle stazioni appaltanti, del compito di individuare il contratto collettivo più adeguato, analizzando non solo i profili di legittimità costituzionale e di compatibilità con la legislazione europea del secondo comma dell'art. 11, ma anche i problemi interpretativi della disposizione stessa, tenuto conto, in particolare, del consolidato (ma, ormai, legislativamente superato) orientamento della giurisprudenza amministrativa in base al quale la scelta del contratto collettivo da applicare al personale impiegato nell'appalto «rientra nelle prerogative di orga-

³⁵ Art. 11, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

³⁶ Sul punto si rinvia a G. ORLANDINI, *Clausole sociali e contrasto al dumping contrattuale: le ambivalenti novità del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Diritti & Lavoro Flash*, 3, 14; G. RICCI, *op.cit.*, 619; F. DI NOIA, *Le clausole sociali nel “nuovo” Codice dei contratti pubblici: conferme ed evoluzioni nel modello di tutela*, in *LPO*, 9-10, 2023, 645 ss.; I. SANTORO, *‘A cavallo’ tra due codici: l'equo trattamento dei lavoratori nella nuova normativa sui contratti pubblici*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” .IT*, 467, 202, 13 ss.

³⁷ Cons. Stato, *Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante “Delega al Governo in materia di contratti pubblici”*, 28.

³⁸ *Ibidem*

nizzazione dell'imprenditore e nella libertà negoziale delle parti»³⁹, escludendo così dalla discrezionalità dell'amministrazione appaltante la possibilità di imporre o di esigere l'applicazione di un determinato contratto collettivo nazionale di lavoro⁴⁰.

In relazione alla compatibilità con l'art. 39 Cost., come già osservato dal Consiglio di Stato nella Relazione di accompagnamento al Codice, la questione non dovrebbe porsi fin tanto che la previsione legislativa si limita a indicare le condizioni contrattuali che l'aggiudicatario deve applicare al personale impiegato nell'esecuzione del contratto pubblico, senza estendere *erga omnes* l'efficacia del contratto collettivo⁴¹. La libertà di scelta dell'imprenditore, infatti, non viene intaccata qualora, nello svolgimento dell'attività imprenditoriale differente, decida di applicare condizioni contrattuali diverse, ma è limitata alle sole ipotesi in cui, sulla base di una propria e autonoma scelta imprenditoriale, egli decida di conseguire un appalto pubblico, accettando liberamente e volontariamente le condizioni dello stesso. Peraltro, lo stesso legislatore sembra essersi voluto porre al riparo da possibili questioni di incompatibilità costituzionale – attraverso una sorta di clausola di salvaguardia di legittimità – prevedendo espressamente la possibilità per gli operatori economici di individuare un diverso contratto collettivo rispetto a quello indicato dalla stazione appaltante, purché “equivalente” sul piano delle tutele economiche e normative.

Attraverso questa previsione, il legislatore, oltre ad aver evitato possibili censure di legittimità, sembra aver correttamente anticipato inevitabili estensioni interpretative, lasciando tuttavia irrisolto il problema relativo alla definizione di cosa debba intendersi per tutele «equivalenti» e, soprattutto, di quali siano i parametri da tenere in considerazione ai fini di tale equiparazione⁴².

Secondo il Consiglio di Stato, le medesime argomentazioni fin qui esposte possono essere utilizzare «per affermare la compatibilità anche rispetto all'art. 41 Cost., tenuto conto altresì che la libera iniziativa economica “non può svolgersi in contrasto

³⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 6 agosto 2019, n. 5574; Sez. V, 1° marzo 2017, n. 932; Sez. V, 12 maggio 2016, n. 1901; Sez. III, 10 febbraio 2016, n. 589.

⁴⁰ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 luglio 2018, n. 4443; Sez. V, 5 ottobre 2016, n. 4109.

⁴¹ Cons. Stato, *Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici*, cit.

⁴² V., *infra*, par. 4.2.

con l'utilità sociale»⁴³. In tale direzione, si sottolinea l'ampia distanza rispetto al già citato orientamento giurisprudenziale, che, invece, ha da sempre ricondotto la scelta del contratto collettivo (e, conseguentemente, delle tutele economiche e normative) nell'alveo della libertà di organizzazione dell'imprenditore, con i soli limiti relativi al rispetto dei parametri di retribuzione proporzionata e sufficiente di cui all'art. 36 Cost. e alla necessaria coerenza con l'oggetto dell'appalto⁴⁴.

Ancora, nell'ambito di questa generale ricostruzione, deve tenersi conto dei possibili problemi di compatibilità, non tanto con la legislazione europea, – che, come si vedrà *infra*, mostra importanti segnali di apertura alla tutela delle istanze sociali nei contratti pubblici – quanto con gli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia, la quale più volte, in passato, si è espressa nell'intento di limitare l'utilizzo di tali strumenti, in quanto potenzialmente contrastanti con i principi in materia di libertà della concorrenza e libera circolazione dei servizi.

Sul punto, occorre premettere che la questione circa la compatibilità con le libertà comunitarie acquisisce particolare rilevanza negli appalti che presentano un interesse transfrontaliero o un effetto transnazionale, anche «puramente astratto e potenziale»⁴⁵, che si presume per quelli il cui importo sia superiore alle soglie comunitarie⁴⁶, per quelli in cui i servizi siano svolti interamente in uno Stato membro diverso da quello della stazione appaltante e in caso di servizi svolti da un appaltatore attraverso il ricorso al distacco transnazionale di manodopera⁴⁷. In ogni caso, come osservato in dottrina, non può dirsi «che i confini tra appalti nazionali e transnazionali siano chiaramente tracciati»⁴⁸, tanto che, affinché la Corte dichiari la ricevibilità del

⁴³ Cons. Stato, *Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici*, cit.

⁴⁴ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 11 gennaio 2022 n. 199; 4 maggio 2020, n. 2829.

⁴⁵ D. IZZI, *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, cit., 96.

⁴⁶ G. MELI, *Appalti e clausole sociali nel diritto europeo*, in D. GAROFALO (a cura di), *Appalti e lavoro, Volume primo, Disciplina pubblicistica*, Torino, 2017, 56. Sul punto cfr. CGCE, 7 dicembre 2000, Causa C-324/98, *Telaustria e Telefonades*.

⁴⁷ Su cui, per un approfondimento, si rinvia a S. COSTANTINI, *Direttive sui contratti pubblici e Corte di giustizia: continuità e discontinuità in tema di clausole sociali*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 309, 2016, 18 ss.

⁴⁸ P. TULLINI, *Concorrenza ed equità nel mercato europeo*, in *RIDL*, 2018, 1, 219.

rinvio, risulta sufficiente che il giudice «abbia prospettato la questione dell'applicabilità del diritto europeo e dell'interesse virtuale dei cittadini di altri Stati membri, a prescindere dalla circostanza che il valore dell'appalto superi o meno la soglia comunitaria»⁴⁹.

In particolare, secondo un consolidato orientamento della Corte di Giustizia, le clausole sociali di equo trattamento troverebbero un limite nel principio di libera circolazione dei servizi (art. 56 TFUE) e nell'art. 3, punto 1 della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi⁵⁰.

Quest'ultima disposizione, come evidenziato dalla CGCE nel caso *Rüffert*, deve essere interpretata nel senso che è vietato «allo Stato membro ospitante di subordinare l'effettuazione di una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto di condizioni di lavoro e di occupazione che vadano al di là delle norme imperative di protezione minima»⁵¹. In altre parole, secondo i giudici di Lussemburgo, come già rilevato nel (diverso) caso *Laval*⁵², solo i contratti collettivi dotati di efficacia *erga omnes* potrebbero essere imposti all'appaltatore stabilito in uno Stato membro diverso da quello ove i suoi dipendenti svolgono la prestazione.

Da ciò si deduce che «la normativa nazionale risulta tanto più conciliabile con i vincoli del mercato interno quanto più la clausola sociale si configura in termini rigidi, ovvero permette di individuare un unico Ccnl utilizzabile come parametro per definire gli standard di tutela»⁵³.

Più recentemente – ma ancora in relazione a fattispecie per le quali, *ratione temporis*, non ha trovato applicazione la direttiva 2014/24/UE, ma la precedente 2004/18/CE – nel caso *Bunde-*

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ M. CORTI, *Concorrenza e lavoro: incroci pericolosi in attesa di una svolta*, in *DLRI*, 151, 508 ss.

⁵¹ Par. 33, CGCE, sent. 3 aprile 2008, C-346/2006, *Dirk Rüffert e Land Niedersachsen*. Sul punto cfr. S. COSTANTINI, *Limiti all'iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle cd "clausole sociali"*, *IANUS, Diritto e finanza*, 5, 2011, 231 ss.

⁵² CGCE, sent. 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval*, in *RGL*, 1, 2008, 11, 27, nota di M. PALLINI (3 ss.), e in *RIDL*, 1, 2008, 243 ss., nota di M. CORTI (249 ss.).

⁵³ G. ORLANDINI, *Clausola di equo trattamento negli appalti pubblici e diritto dell'UE: a che punto siamo?*, in *RGL*, 1, 2024, 15.

*sdruckerei*⁵⁴, la Corte ha affermato che l'imposizione di una retribuzione minima ai subappaltatori, stabiliti in uno Stato membro diverso da quello a cui appartiene l'amministrazione aggiudicatrice, risultava in contrasto con l'art. 56 TFUE, in quanto la misura nazionale era applicabile ai lavoratori impiegati nei soli appalti pubblici e poiché non era provata l'effettiva protezione dei lavoratori⁵⁵.

Infine, nonostante il diverso esito del caso *RegioPost GmbH & Co. KG*⁵⁶, ancora riconducibile alla precedente direttiva, in cui la Corte ha effettuato un'importante «correzione» (ma non inversione) di rotta, autorizzando il legislatore a fissare, direttamente o *per relationem* a un contratto collettivo dotato di efficacia generalizzata, il salario minimo da corrispondersi ai lavoratori coinvolti negli appalti pubblici⁵⁷, resta evidente il problema, quasi tutto italiano, dovuto all'assenza tanto di una contrattazione collettiva dotata di efficacia *erga omnes*, quanto di un salario minimo legale⁵⁸.

In ogni caso, questa «sopravvenuta “metabolizzazione”» delle *labour standard clauses*⁵⁹, si è realizzata poco dopo l'approvazione delle nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni pubbliche (direttive n. 23, 24 e 25 del 26 febbraio 2014), in cui il legislatore europeo dichiara espressamente la necessità di aggiornare e rivedere la disciplina eurounitaria in materia di appalti⁶⁰ «per garantire il rispetto degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro»⁶¹ ed afferma che

⁵⁴ CGUE, 18 settembre 2014, C-549/2013, *Bundesdruckerei GmbH*.

⁵⁵ S. COSTANTINI, *Direttive sui contratti pubblici e Corte di giustizia: continuità e discontinuità in tema di clausole sociali*, WP CSDL E “Massimo D'Antona”.IT, 309, 2016, 8 ss.

⁵⁶ CGUE, 17 novembre 2015, causa C-115/14, in RIDL, 2016, II, 535 ss., nota di M. FORLIVESI, *L'atteso reassessment" della Corte di giustizia sulle clausole sociali relative al "salario minimo" negli appalti pubblici*. Cfr. anche S. COSTANTINI, *Direttive sui contratti pubblici e Corte di giustizia*, cit., 12 ss.

⁵⁷ M. CORTI, *Concorrenza e lavoro: incroci pericolosi in attesa di una svolta*, cit., 514.

⁵⁸ Proprio l'introduzione di un salario minimo legale, secondo I. ALVINO, *op. cit.*, 13, risulta essere la risposta più convincente rispetto al problema descritto.

⁵⁹ G. MELI, *Appalti e clausole sociali nel diritto europeo*, cit., 63.

⁶⁰ Considerando n. 2, dir. 2014/24/UE.

⁶¹ Considerando n. 37, dir. 2014/24/UE. Tale considerazione è ripresa all'art. 18, par. 2 della stessa direttiva, dove si richiamano gli obblighi applicabili «stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o

«dovrebbe anche essere possibile inserire negli appalti pubblici clausole che assicurino il rispetto dei contratti collettivi in conformità del diritto dell'Unione»⁶².

Ancora, si riconosce che l'offerta economicamente più vantaggiosa «può includere il miglior rapporto qualità/prezzo, valutato sulla base di criteri, quali gli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto pubblico»⁶³ e che «le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto», le quali «possono comprendere considerazioni economiche, legate all'innovazione, di ordine ambientale, sociale o relative all'occupazione»⁶⁴.

Da ultimo, più importanti segnali provengono dalla direttiva europea in materia di salari minimi adeguati (dir. 2022/2041/UE), all'interno della quale si riconosce, infatti, che il mancato rispetto dei contratti collettivi che prevedono la tutela garantita dal salario minimo può effettivamente verificarsi nell'esecuzione di appalti pubblici o nella successiva catena di subappalto, facendo sì che i lavoratori ricevano una retribuzione inferiore al livello salariale concordato nei contratti collettivi di settore. «Per evitare tali situazioni»⁶⁵ si prevede che, conformemente alle citate direttive del 2014, «gli Stati membri adottano misure adeguate a garantire che gli operatori economici e i loro subappaltatori, nell'aggiudicazione ed esecuzione di appalti pubblici o contratti di concessione, si conformino agli obblighi applicabili concernenti i salari, il diritto di organizzazione e la contrattazione collettiva sulla determinazione dei salari, nel settore del diritto sociale e del lavoro...»⁶⁶.

A ciò si aggiunga che, come è noto, l'art. 4 della direttiva impone agli Stati l'obbligo di promuovere la contrattazione collettiva con misure orientate ad aumentarne il tasso di copertura. Conseguentemente, il disconoscimento della possibilità di utilizzare gli appalti pubblici per tali fini, proprio attraverso l'impiego delle clausole di equo trattamento, entrerebbe «in diretta contraddizione» con quanto stabilito da quella che è definibile come

dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X».

⁶² Considerando n. 39, dir. 2014/24/UE.

⁶³ Art. 67, par. 2, dir. 2014/24/UE

⁶⁴ Art. 70, dir. 2014/24/UE.

⁶⁵ Considerando 31, dir. 2022/2041/UE.

⁶⁶ Art. 9, dir. 2022/2041/UE.

la «norma cardine» dell'intera Direttiva n. 2022/2041⁶⁷, la quale finirebbe per integrare quanto previsto dalle direttive in materia di appalti pubblici, «giustificando pienamente il ricorso alle clausole di equo trattamento, indipendentemente dall'efficacia dei contratti collettivi cui queste rimandano»⁶⁸. Ciò, a maggior ragione, attraverso la previsione di «una clausola sociale rigida, che imponga il rispetto di un unico Ccnl, piuttosto che una flessibile, cioè che ammetta l'applicazione di diversi Ccnl»⁶⁹.

4. ...(segue) e problemi interpretativi

Rilevanza centrale, accanto alle considerazioni in merito alla compatibilità costituzionale e sovranazionale, assumono le questioni relative all'interpretazione e all'applicazione della nuova disposizione, di regola riferita a tutto il personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni, ma circoscritta, secondo l'Anac⁷⁰, all'ambito oggettivo individuato dall'articolo 57 – specificamente dedicato all'inserimento delle clausole sociali nei contratti pubblici e qualificato come una «declinazione pratica» del principio di cui all'art. 11 – escludendo, dunque, i contratti di servizi aventi natura intellettuale e le forniture senza posa in opera.

A fronte delle significative novità introdotte, infatti, occorre chiedersi quali criteri sia tenuta a seguire la stazione appaltante nella scelta del contratto collettivo che dovrà essere applicato, o meglio, che dovrà essere utilizzato come parametro per l'individuazione dei trattamenti economici e normativi da riconoscere al personale impiegato nell'appalto pubblico e affrontare il problema dell'individuazione del significato da attribuire all'espressio-

⁶⁷ G. ORLANDINI, *Clausola di equo trattamento negli appalti pubblici e diritto dell'UE*, cit., 23.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ivi*, 26, dove si aggiunge che se la possibilità per l'operatore economico di indicare un diverso contratto collettivo, da un lato, si pone «in sintonia con i vincoli del mercato interno», dall'altro complica inevitabilmente la situazione nel caso in cui l'impresa sia stabilita all'estero. Di diverso avviso F. GRASSO, *Il dumping salariale negli appalti pubblici e privati*, cit., 278.

⁷⁰ ANAC, *Nota illustrativa al Bando tipo n. 1/2023, su Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari di importo superiore alle soglie europee con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo*, par. 7,

ne «stesse tutele», in considerazione dell'obbligo delle stazioni appaltanti di verificare – con le modalità di cui all'articolo 110 – la dichiarazione di equivalenza tra le previsioni (non solo economiche, ma anche normative) del diverso contratto collettivo eventualmente indicato nell'offerta.

Poiché a conclusione di tale operazione potrà essere disposta l'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di affidamento, pare poi indispensabile individuare, con sufficiente certezza, gli elementi rilevanti ai fini della equiparazione tra i due contratti collettivi.

4.1. L'individuazione del contratto collettivo ad opera della stazione appaltante

In relazione all'individuazione del contratto collettivo ad opera della stazione appaltante non sembrano esserci particolari dubbi circa i due tradizionali criteri ripresi dalla precedente versione del Codice. Il primo, infatti, costituisce una tecnica già nota e diffusa in ambito lavoristico⁷¹, attraverso cui si tenta di circoscrivere il novero dei contratti collettivi applicabili sulla base di un criterio soggettivo che attiene alla rappresentatività dell'associazione stipulante e, dunque, verosimilmente – ma non presumibilmente⁷² – alla garanzia di adeguatezza delle tutele da questo assicurate. Siffatta tecnica legislativa, difatti, trova piena legittimazione nella sua funzione di «parametro esterno di commisurazione» della retribuzione proporzionata e sufficiente *ex art.* 36 Cost.⁷³.

Anche il secondo, vale a dire la stretta connessione con l'attività oggetto dell'appalto svolta dall'impresa, ha trovato l'avallo della giurisprudenza, che ne ha identificato la *ratio* nella individuazione del contratto collettivo in grado di disciplinare al

⁷¹ Tipici esempi di rinvio legale a contratti collettivi “leader” sono quelli relativi alla disciplina prevista per i lavoratori soci di cooperativa (*ex art.* 7, comma 4, d.l. 31 dicembre 2007, n. 248, conv. con mod. dalla Legge 28 febbraio 2008, n. 31) e per il Terzo settore (*ex art.* 16, d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117).

⁷² Il riferimento è alle sentenze “gemelle” della Corte di cassazione del 2 ottobre 2023, n. 27711 e 27769, in cui si ribadisce che la presunzione di conformità alla Costituzione dei contratti collettivi stipulati da soggetti comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale costituisce una «presunzione relativa di conformità a Costituzione, suscettibile di accertamento contrario».

⁷³ Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 51.

meglio la prestazione lavorativa resa in esecuzione dell'appalto pubblico secondo un criterio di «prossimità contenutistica»⁷⁴, sebbene a fronte di una parziale estensione interpretativa che ha finito per trasformare la stretta connessione con l'attività oggetto dell'appalto in «mera coerenza»⁷⁵. Peraltro, più recentemente, le riflessioni giurisprudenziali si sono soffermate, più che sulle descrizioni dell'ambito applicativo, sul sistema di classificazione del personale contenuto nel Ccnl⁷⁶, riconoscendo che la divergenza insanabile – «per coerenza e adeguatezza» – tra inquadramento professionale assegnato al lavoratore adibito all'appalto e qualifica contrattuale spettante sulla base del contratto collettivo, è idonea di per sé a determinare una ipotesi di anomalia dell'offerta⁷⁷.

Ciò premesso, al fine di “semplificare” il compito della stazione appaltante nell'individuazione del contratto collettivo, l'Anac ha individuato una serie di «elementi utili» che riguardano tanto la valutazione della rappresentatività delle associazioni sindacali e datoriali – in relazione alla quale si rimanda ad una serie di «indici sintomatici» individuati dal Ministero del Lavoro, anche sulla base della giurisprudenza consolidata della Corte di Cassazione, con l'interpello n. 27 del 15 dicembre 2015 e alle tabelle ministeriali del costo del lavoro, elaborate sulla base dei Ccnl ritenuti maggiormente rappresentativi in ciascun determinato settore economico – quanto il settore del contratto collettivo connesso all'oggetto dell'appalto, in relazione al quale si rimanda, in primo luogo, all'utilizzo dei codici ATECO e, in secondo luogo, all'archivio contratti del Cnel⁷⁸.

In relazione al rapporto tra l'indicazione del Ccnl *ex art.* 11,

⁷⁴ Cons. Stato, sez. III, 25 febbraio 2020, n. 1406. Sul tema v. D. GAROFALO, *Appalti pubblici, minimo costituzionale e libertà di iniziativa economica privata nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *LDE*, 2, 2022, 4.

⁷⁵ G. RICCI, *op. cit.*, 610. Si veda anche E. CARUSO, *Equo trattamento dei lavoratori nel nuovo codice dei contratti pubblici tra sostenibilità e risultato amministrativo*, in *DA*, 4, 874; Sulla necessaria «coerenza» con l'oggetto dell'appalto quale limite alla libertà di scelta del CCNL cfr., tra le più recenti, Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2022, n. 199; 10 dicembre 2020 n. 7909; 6 agosto 2019, n. 5574.

⁷⁶ M. GIACONI, *Il nuovo codice e le tutele sociali dal punto di vista del giustlavorista. Verso un appalto pubblico socialmente sostenibile?*, in *RGL*, 1, 2024, 56.

⁷⁷ Cons. Stato, sez. VI, 20 ottobre 2020, n. 6336.

⁷⁸ Per una ricostruzione puntuale cfr. F. DI NOIA, *op. cit.*, 622 ss.

comma 2 e i parametri sul costo del lavoro stabiliti mediante le apposite tabelle ministeriali, tuttavia, permangono alcuni dubbi, soprattutto in considerazione del fatto che l'interferenza tra le due "fonti" potrebbe assumere diversa rilevanza nelle varie fasi della procedura ad evidenza pubblica: in un primo momento, come anticipato, le tabelle ministeriali possono fungere da elemento utile di cui tenere conto ai fini dell'individuazione del contratto collettivo da indicare come parametro di tutela; in un secondo momento, come recentemente sostenuto in dottrina, i trattamenti economici e normativi contenuti nel Ccnl indicato dalla stazione appaltante potrebbero sommarsi ai costi del lavoro previsti dalle tabelle ministeriali, ove le voci previste dalla tabella non siano previste nel contratto collettivo⁷⁹.

In ogni caso, permane l'interrogativo circa l'individuazione dei criteri di scelta di cui possa tenere conto la stazione appaltante nel caso di concorrenza, nel medesimo settore, fra contratti collettivi *leader* che prevedano trattamenti economici e normativi anche significativamente differenti tra loro⁸⁰. In particolare, ci si chiede se le stazioni appaltanti siano in qualche modo tenute a garantire le «migliori tutele»⁸¹ per i lavoratori o se, viceversa, possano tentare di ponderare le esigenze descritte in un'ottica di economicità e «risparmio di spesa»⁸².

Non può, infatti, non saltare all'occhio il possibile rapporto conflittuale tra l'interesse del committente (ancorché pubblico) e l'equo trattamento dei lavoratori, considerato che maggiori tutele implicano un maggior costo per l'amministrazione. E se è vero che le tutele lavoristiche possono divenire funzionali al «risultato amministrativo», finendo per incentrare la competizione sull'efficienza organizzativa dell'impresa e sulla qualità tecnica

⁷⁹ G. RICCI, *op. cit.*, 614. Tale possibilità risulterebbe fondata su una «lettura unitaria di microsistema normativo scaturente dalla riforma».

⁸⁰ Nel tentativo di rispondere a tale quesito, G. RICCI, *op. cit.*, 615, analizza due casi «paradigmatici»: quello dei servizi antincendi e quello della vigilanza privata e servizi fiduciari.

⁸¹ Cons. Stato, *Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici*, cit., 28.

⁸² Simili questioni sono state sollevate da E. CARUSO, *op. cit.*, 876, il quale si interroga sulla possibilità per la stazione appaltante di individuare un contratto collettivo che «ancorché *leader*, è a tutti gli effetti inquadrabile per entità dei trattamenti normativi e retributivi - quale "contratto povero"».

dell'offerta⁸³, è altresì vero che il tutto è rimesso alla «sensibilità sociale»⁸⁴ di ciascuna stazione appaltante.

4.2. L'indicazione di un diverso contratto collettivo da parte dell'operatore economico e il giudizio di equivalenza delle tutele

L'analisi della previsione di cui al comma 3 dell'art. 11 costituisce, a ben vedere, uno degli aspetti più rilevanti del tema, stante la funzione, ad esso riferibile, di salvaguardia della legittimità costituzionale della nuova disposizione codicistica. Come si è avuto modo di osservare *supra*, infatti, il legislatore ha utilizzato tale «*escamotage*»⁸⁵ al fine di garantire la conformità del disposto normativo ai principi costituzionali, anticipando un'inevitabile interpretazione estensiva della disposizione che ne avrebbe comunque ridimensionato la portata riconducendo il valore dell'indicazione del Ccnl, ad opera della stazione appaltante, a parametro di tutela a cui conformarsi e non invece a diretto obbligo di applicazione per gli operatori economici.

Ciò detto, residuano comunque non pochi dubbi nella parte in cui il legislatore si limita a imporre un concetto di equivalenza delle tutele, economiche e normative, senza fornire indicazioni più specifiche in merito all'interpretazione dello stesso, considerato, peraltro, che l'utilizzo di tale concetto per finalità *antidumping* costituisce una novità nel panorama legislativo lavoristico.

Come osservato in dottrina, infatti, l'equivalenza risulta «connotata da un'originaria matrice di stampo amministrativistico» ed è «volta a un generale e immanente *favor participationis*» attraverso la comparazione di prodotti e servizi che, tuttavia, è cosa ben diversa dalla comparazione tra condizioni di lavoro⁸⁶.

In ambito lavoristico, invero, la tecnica legislativa generalmente utilizzata dal legislatore al fine di assicurare il rispetto di determinati *standard* di tutela è quella di imporre la “non inferiorità” – in taluni casi dei trattamenti economici complessivi⁸⁷,

⁸³ E. CARUSO, *op. cit.*, 886.

⁸⁴ *Ivi*, 877.

⁸⁵ G. RICCI, *op. cit.*, 617.

⁸⁶ M. GIACONI, *ult. op. cit.*, 63.

⁸⁷ Art. 7, comma 4, d.l. 31 dicembre 2007, n. 248, conv. con mod. l. 28 febbraio 2008, n. 31, relativo ai soci lavoratori di cooperativa.

in altri dei trattamenti economici e normativi⁸⁸ – rispetto alle tutele stabilite dai contratti collettivi *leader*. Allo stesso modo, il concetto di “non inferiorità” è stato utilizzato al fine di assicurare, in passato, la parità di trattamento tra dipendenti dell'appaltante e dell'appaltatore nelle ipotesi in cui la prestazione fosse svolta all'interno delle aziende del primo⁸⁹ e, ad oggi, al fine di garantire la parità di trattamento tra lavoratori somministrati e lavoratori dipendenti dell'utilizzatore⁹⁰. Viceversa, l'equivalenza è stata, finora, utilizzata dal legislatore per fini differenti, riguardanti, in particolare, la possibilità di fruire di benefici fiscali e/o contributivi⁹¹.

Tutto ciò, dunque, avrebbe dovuto indurre il legislatore a specificare con più precisione cosa debba intendersi per tutele equivalenti, anche in considerazione della necessaria verifica imposta dal successivo comma 4.

In assenza di tali indicazioni, dunque, appare fondamentale (seppur non risolutivo) l'intervento dell'Anac che, consapevole della rarità dei casi in cui due contratti presentano esattamente lo stesso articolato, sottolinea la necessità di dimostrare che il diverso Ccnl adottato garantisca «tutele equiparabili»⁹².

Ai fini di tale equiparazione, l'Autorità richiama i criteri individuati, per altre finalità, dall'INL con la Circolare n. 2 del 28/7/2020, la quale, in relazione ai trattamenti economici, prende a riferimento «le componenti fisse della retribuzione globale annua»⁹³, mentre in relazione ai trattamenti normativi effettua un'ampia, ma non esaustiva⁹⁴ – e, comunque, non vincolante – «*check-list*»⁹⁵ di istituti contrattuali, ammettendo, peraltro, un marginale scostamento dagli stessi entro il limite massimo

⁸⁸ Art. 16, d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, relative ai lavoratori degli enti del Terzo settore.

⁸⁹ Art. 3, legge 23 ottobre 1960, n. 1369, ora abrogata.

⁹⁰ Art. 35, comma 1, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

⁹¹ Cfr. art. 1, co. 1175, della Legge 27 dicembre 2006, n. 296.

⁹² ANAC, *Nota illustrativa al Bando tipo n. 1/2023*, cit., par. 7.

⁹³ Si specifica che tali componenti risultano costituite dalle seguenti voci: «retribuzione tabellare annuale; indennità di contingenza; Elemento Distinto della Retribuzione – EDR – a cui vanno sommate le eventuali mensilità aggiuntive (tredicesima e quattordicesima), nonché ulteriori indennità previste».

⁹⁴ M. GIACONI, *ult. op. cit.*, 65.

⁹⁵ G. PIGLIALARMÌ, *La check list dell'Ispettorato del Lavoro dei trattamenti economici e normativi minimi per il diritto ai benefici normativi e contributivi (e non solo)*, in *BA*, 7 settembre 2020, n. 32.

di due parametri. Nessun riferimento, invece, viene effettuato in merito alle possibilità di scostamento dai trattamenti economici, facendo così sorgere importanti dubbi in merito all'ampiezza della discrezionalità riconosciuta alle stazioni appaltanti in sede di giudizio di equivalenza⁹⁶.

5. Riflessioni conclusive

Attraverso la riforma in esame – evidentemente ispirata ad una logica di maggiore responsabilizzazione delle p.a. committenti, non più nella sola scelta dei contraenti, ma anche nell'individuazione delle “migliori tutele” per i lavoratori – le amministrazioni vengono poste «a guida» di una «trasformazione» del contratto pubblico, destinato a divenire «strumento di costruzione sociale del mercato»⁹⁷. L'attribuzione di responsabilità e, conseguentemente, di poteri sempre più ampi in capo alle amministrazioni, tuttavia, nasconde in sé diverse criticità, soprattutto per gli aspetti su cui essa è destinata ad incidere, vale a dire i trattamenti economici e normativi di lavoratori già di per sé “vittime” di un frequente «gioco al ribasso sul costo del lavoro»⁹⁸.

A ciò si aggiunge che l'auspicata certezza e semplificazione della disciplina dei contratti pubblici, quantomeno con riferimento ai profili analizzati, non sembra essere stata pienamente realizzata⁹⁹. Pur risultando apprezzabile l'intento del legislatore, difatti, sono molte le incertezze interpretative ed applicative che adombrano la nuova disciplina, complicando la posizione tanto della stazione appaltante nella predisposizione degli atti di gara, quanto dell'operatore economico nella formulazione dell'offerta¹⁰⁰.

A fronte dell'attribuzione di un “compito” tanto importante e delle numerose difficoltà ad esso connesse, dunque, pare condivisibile la posizione di chi sottolinea la necessità non solo di un «adattamento delle competenze» delle amministrazioni, – e, in

⁹⁶ F. DI NOIA, *op. cit.*, 628.

⁹⁷ A. BELLAVISTA, M. GIACONI, O. RAZZOLINI, *Introduzione*, in *RGL*, 1, 2024, 4.

⁹⁸ G. RICCI, *op. cit.*, 621.

⁹⁹ G. PIGLIALARMÌ, *Appalti pubblici e contrattazione collettiva: la battaglia della semplificazione tra narrativa e realtà (normativa)*, in *BA*, 24 luglio 2023, n. 28.

¹⁰⁰ I. SANTORO, *'A cavallo' tra due codici*, *cit.*, 16.

particolare, dei «responsabili di progetto e addetti alle centrali di committenza»¹⁰¹ – ma anche di un «coinvolgimento delle parti sociali», sia in fase d'individuazione del Ccnl da indicare nel bando, sia nella verifica del giudizio di equivalenza degli *standard* di tutela assicurati da un diverso contratto collettivo¹⁰². Coinvolgimento, peraltro, già sperimentato nell'ambito di alcuni recenti protocolli d'intesa stipulati tra attori pubblici e i sindacati confederali più rappresentativi¹⁰³, nei quali sono state previste apposite procedure di confronto preventivo alla pubblicazione del bando di gara¹⁰⁴, funzioni di monitoraggio in fase di esecuzione¹⁰⁵ e clausole negoziali che limitano il subappalto¹⁰⁶.

Nello specifico, nel corso delle procedure preventive di confronto, si potrebbe concordare con le parti sociali l'individuazione di un determinato contratto collettivo da indicare nei documenti di gara che rispetti tutti i requisiti legislativi, “alleggerendo” così il compito della stazione appaltante, che non si troverebbe, dunque, “sola” nella selezione e valutazione degli stessi. Come si è visto, infatti, la fase di individuazione del contratto collettivo presuppone un'opera di interpretazione e confronto di clausole contrattuali assai complessa e, soprattutto, un'ampia conoscenza della contrattazione collettiva, a partire dal momento in cui si trova a dover individuare il settore o sotto-settore di riferimento, per poi passare all'individuazione del Ccnl *leader* all'interno dell'ambito di applicazione definito, fino alla valutazione ed eventuale comparazione delle tutele previste dai contratti collettivi astrattamente applicabili sulla base della selezione precedentemente operata. D'altronde, con specifico riferimento ai trattamenti economici, si consideri che ai fini di un effettivo contrasto al *dumping* salariale si rende necessaria una valutazione che tenga conto di tutte le componenti della retribuzio-

¹⁰¹ M. GIACONI, *ult. op. cit.*, 69.

¹⁰² F. MARTELLONI, *Appalti pubblici, tutele sociali e ruolo di istituzioni e sindacato nel contesto locale*, in *RGL*, 1, 2024, 105 ss.

¹⁰³ *Ivi*, 101 ss.

¹⁰⁴ *Protocollo d'intesa sulle opere della mobilità tra Comune, Città metropolitana di Bologna e Cgil, Cisl e Uil confederali e di settore del 26 febbraio 2024*, su cui cfr. F. MARTELLONI, *op.cit.*, 105.

¹⁰⁵ *Ivi*, 108. Al riguardo, l'autore sottolinea l'utilità di un contributo delle parti sociali sia al fine di intercettare e segnalare alla P.A. le eventuali «criticità sociali» riscontrate, sia al fine di «innescare l'avvio delle procedure di esclusione per le cause previste agli artt. 94 e 95».

¹⁰⁶ *Ivi*, 109 ss.

ne, non potendosi ritenere sufficiente un confronto esclusivo tra i minimi tabellari.

Ancora, come già anticipato, la questione diviene più complessa – e, dunque, il confronto e il supporto delle parti sociali più utile – nel momento in cui la valutazione viene estesa al più ampio concetto di tutele normative e, infine, nell'eventuale (e successivo) giudizio di equivalenza.

ANTONELLA TROVATO

LA TUTELA DEI CREDITI RETRIBUTIVI DEI LAVORATORI COINVOLTI NELL'ESECUZIONE DI UN PUBBLICO APPALTO

SOMMARIO: 1. Il dibattito, antecedente all'intervento del d.l. n. 76/2013, sull'applicabilità dell'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003 alla pubblica amministrazione. – 2. La tutela dei crediti retributivi negli appalti pubblici: l'azione diretta *ex art.* 1676 c.c. – 3. (*segue*) la verifica della congruità del costo della manodopera e l'intervento sostitutivo della stazione appaltante. – 4. L'appalto pubblico tra garanzia del credito retributivo e applicazione del contratto collettivo: le novità del d.l. n. 19/2024 all'art. 29 d.lgs. n. 276/2003. – 5. Riflessioni sulla differente operatività della solidarietà negli appalti pubblici e privati.

1. Il dibattito, antecedente all'intervento del d.l. n. 76/2013, sull'applicabilità dell'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003 alla pubblica amministrazione

Il decentramento produttivo, originatosi come fenomeno circoscritto, nel corso dei decenni ha assunto un'importanza tale da incidere sui sistemi economici e sui modelli di organizzazione aziendale¹. Siffatto fenomeno ha avuto molteplici ripercussioni sui rapporti di lavoro².

In particolare, si è posto il problema di individuare un mec-

¹ M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro, somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, Torino, 2013, 108; F. SCARPELLI, *Appalto*, in E. Gagnoli, A. 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, 436.

² L. IMBERTI, *Le responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti: stato dell'arte, profili critici e proposte di riforma*, in *LG*, 2011, II, 28; M. SFERAZZA, G. ZILIO GRANDI, *Solidarietà e tutela nell'intermediazione del lavoro*, in

canismo di tutela che potesse garantire, nel caso di inadempimento dell'obbligo retributivo da parte dell'appaltatore, il soddisfacimento dei crediti dei lavoratori. Di conseguenza, è stata introdotta, quale tecnica di tutela del lavoro esternalizzato, la responsabilità solidale – illimitata nel *quantum* - tra committente ed appaltatore³. Tale tipo di tutela, disciplinata dall'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003, assicura ai prestatori di lavoro l'eventuale corresponsione della retribuzione, non ricevuta dal datore di lavoro appaltatore, da parte dell'appaltante il quale, poiché ha comunque ricavato un'utilità indiretta dalla prestazione, con il conseguente raggiungimento di un proprio interesse, è chiamato a rispondere dell'inadempimento retributivo di chi gli ha fornito l'opera o il servizio.

Tuttavia, il regime di tutela previsto dall'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 risulta, allo stato, escluso per una parte non piccola degli appalti del nostro paese, ovvero quelli commissionati da una pubblica amministrazione. L'esclusione in parola, poiché genera, di fatto, una importante differenza nel trattamento dei lavoratori coinvolti in un appalto, a seconda che il committente sia una impresa privata o una pubblica amministrazione, è stata oggetto di un nutrito dibattito, originato dall'ambiguità della formulazione normativa, tanto da richiedere, per un definitivo chiarimento sul punto, l'intervento del legislatore che, nel 2013, ha definitivamente stabilito l'inapplicabilità dell'art. 29, d.lgs. n. 276/2003, agli appalti pubblici.

L'incertezza interpretativa originava dalla previsione di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003⁴ che esclude l'applicazione dell'intero decreto alle «*pubbliche amministrazioni e al loro personale*».

La questione relativa al perimetro applicativo del d.lgs. n.

RIDL, 2012, 1, 129; V. SPEZIALE, *Le "esternalizzazioni" dei processi produttivi dopo il d.lg. n. 276 del 2003: proposte di riforma*, in RGL, 2006, 3 ss.

³ D. IZZI, *La promozione della regolarità negli appalti attraverso la responsabilità solidale per i crediti da lavoro: sperimentazioni concluse e in corso*, in ADL, 2016, 810 ss.; M. MOLLO, *Art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, e contratto di trasporto: una deroga discutibile*, in ADL, 2015, 114 ss.; A. TAGLIENTE, *Il rapporto di subfornitura tra elementi tipici e derivati dall'appalto: la questione della responsabilità solidale*, in ADL, 2016, 1033; E. VILLA, *La responsabilità solidale come tecnica di tutela del lavoratore*, Bologna, Bologna University Press, 2017, 6 ss.

⁴ A. ZILLI, *La solidarietà negli appalti (e subappalti) delle pubbliche amministrazioni*, in D. Garofalo (a cura di), *Appalti e lavoro, Volume Primo Disciplina Pubblicitica*, Torino, 2017, 780.

276/2003 suscitò una notevole frattura in dottrina e in giurisprudenza⁵; difatti, vi era chi, basandosi sul dato letterale, propendeva per l'esclusione della pubblica amministrazione dal campo di applicazione del d.lgs. n. 276/2003⁶, e chi riteneva, al contrario, abbracciando una lettura del disposto normativo più aperta ed inclusiva, la disciplina applicabile anche agli appalti commissionati da un ente pubblico⁷.

Il primo degli orientamenti citati, basandosi su una lettura in qualche modo “disgiunta” dei termini “pubblica amministrazione”, da un lato, e “loro personale”, dall'altro, escludeva che la garanzia solidale in esame potesse essere invocata a tutela dei i crediti retributivi dei lavoratori coinvolti nell'esecuzione di un appalto pubblico, perché l'intero decreto – salva esplicita, diversa previsione – non doveva applicarsi, in generale, ai contratti “lavoristicamente” rilevanti di cui fosse parte, in qualche modo, la pubblica amministrazione, e, in particolare, non doveva applicarsi ai contratti di lavoro relativi ai dipendenti pubblici⁸.

⁵ M.T. CARINCI, *Divieto di interposizione e lavoro pubblico: esiste una irragionevole disparità di trattamento rispetto al settore privato?*, in *LG*, 2002, 846 ss.; E. GULINO, *Il regime della responsabilità solidale nell'appalto*, in *GI*, 2016, 2273 ss.; G. F. MAIELLARO, *Il nuovo quadro normativo della responsabilità solidale negli appalti pubblici*, in *UA*, 2013, 277 ss.; in giurisprudenza, Cfr. App. Torino 9 maggio 2012, in *RCDL*, 2012, 771; Trib. Milano 30 maggio 2011, in *RCDL*, 2011, 963; Trib. Brescia 15 ottobre 2010, in *RCDL*, 2010, 1138; Trib. Bolzano 6 novembre 2009, in *RGL*, 2010, II, 140; Trib. Pavia 29 aprile 2006.

⁶ V. C. App. Torino 26 settembre 2011, in *LPA*, 2011, II, 536; Trib. Bergamo 18 novembre 2020; Trib. Brescia 15 ottobre 2010, in *RCDL*, 2010, 1138; Trib. Milano 27 ottobre 2008, Trib. Roma 31 ottobre 2007; in dottrina, invece, V. L. IMBERTI, *op. cit.*; A. MUTARELLI, *Per l'inapplicabilità dell'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003 alla pubblica amministrazione quale stazione appaltante*, in *LPA*, 2010, II, 1215 ss.; M. SFERRAZZA, G. ZILIO GRANDI, *op. cit.*

⁷ In giurisprudenza, V.: Trib. Varese 19 gennaio 2012, in *LG*, 2012, 1203; Trib. Novara 3 marzo 2011, in *RCDL*, 2011, I, 483; Trib. Milano 22 gennaio 2010, n. 317, in *RIDL*, 2010, II, 888; Trib. Busto Arsizio 29 marzo 2010, in *RCDL*, 2011, 534; Trib. Milano 27 maggio 2009; Trib. Ancona 13 giugno 2006; in dottrina, invece, Cfr. S. MAINARDI, R. SALOMONE, *L'esclusione dell'impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Le competenze di regioni a statuto speciale e province autonome*, in M. MISCIONE, M. RICCI (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro. Titoli I e II – Artt. 1-19*, Milano, 2004, 37.

⁸ P. CHIECO, *La responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla Finanziaria 2007*, in *LG*, 2007, 467 ss.; G. F. MAIELLARO, *op. cit.*; E. RAIMONDI, *La garanzia dei crediti dei lavoratori negli appalti*, in *RGL*, 2013, II, 226 ss.

Del resto, il dettato sembrava escludere dal proprio campo di applicazione la pubblica amministrazione e il suo personale⁹.

Peraltro, l'inapplicabilità dell'art. 29, comma 2, alle pubbliche amministrazioni da taluni¹⁰ era, ed è tuttora, giustificata dall'esistenza di una normativa settoriale, che contempla un meccanismo di tutela dei crediti retributivi e contributivi a sé stante¹¹.

Di tenore opposto, invece, l'altro orientamento¹² che, pure soffermandosi sulla formulazione dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003, riteneva che l'espressione «*le pubbliche amministrazioni e il loro personale*» dovesse intendersi come un unico concetto, riferibile quindi al solo «*personale delle pubbliche amministrazioni*». Una tale conclusione, del resto, poggiava sulla rilevata coerenza tra legge di delegazione e successivo decreto delegato: la legge 14 febbraio 2003, n. 30¹³, esclude infatti l'applicabilità degli artt. da 1 a 5 – che contengono i principi del rinvio alla decretazione delegata in materia di lavoro – «al personale delle pubbliche amministrazioni ove non siano espressamente richiamate» (art. 6). La locuzione dell'art. 1, comma 2, del d.lgs.

⁹ M. FREDIANI, *Solidarietà negli appalti: il perimetro oggettivo e soggettivo della responsabilità*, in *LG*, 2013, 57 ss.; M. SFERRAZZA, G. ZILIO GRANDI, *op. cit.*

¹⁰ F. BOTTEON, *Solidarietà tra committente e appaltatore (o subappaltatore) in materia di lavoro.*, in *AC*, 2012, 62; R. SQUEGLIA, *Oscillazioni giurisprudenziali in materia di responsabilità solidale tra pubblica amministrazione e appaltatore*, in *LG*, 2012, 1205 ss; in giurisprudenza, V. Cass. civ. 7 luglio 2014, n. 15432, in *De Jure*, secondo cui: «L'inapplicabilità dell'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276 del 2003 agli appalti pubblici è sancita dall'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 e confermata di recente dal d.l. n. 76 del 2013, conv. In l. n. 99 del 2013. In caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni o dei contributi dovuti al personale utilizzato nei confronti di appalto pubblico, il d.lgs. n. 163 del 2006 prevede speciali strumenti di tutela».

¹¹ D. IZZI, *La responsabilità solidale a tutela del lavoro esternalizzato: qualche spunto dal diritto dell'Unione europea*, in *LD*, 2016, 35; A. ZILLI, *op. cit.* 777.

¹² S. CASSAR, *Il sistema delle tutele del lavoro nell'appalto tra politiche del diritto e scelte organizzative*, Torino, 2014, 121; S. VARVA, *La responsabilità solidale del committente pubblico ex art. 29 d.lgs. n. 276/2003*, in *RIDL*, 2010, II, 890 ss.; V. anche Trib. Milano, 22 gennaio 2010, n. 317: «(...) non può rinvenirsi alcuna giustificazione in una differenziazione di trattamento tra imprenditore privato e p.a. che opera non come datore di lavoro diretto ma come datore di lavoro committente in appalto di servizi: pertanto il regime di responsabilità solidale previsto dall'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 trova applicazione anche nel caso in cui il committente sia una p.a.».

¹³ L. IMBERTI, *op. cit.*

n. 276/2003, sarebbe dunque da interpretarsi, ai sensi dell'art. 76 Cost., in conformità a quanto disposto dalla relativa legge di delegazione, e dunque riferendo l'esclusione della decretazione delegata alla pubblica amministrazione quale datore di lavoro, e perciò al solo personale alle proprie, dirette dipendenze¹⁴; diversamente, la normativa sarebbe stata da considerare incostituzionale per eccesso di delegazione. Pertanto, il d.lgs. n. 276/2003 e le disposizioni ivi contenute, se interpretate in modo conforme alla legge n. 30/2003, avrebbero dovuto trovare applicazione laddove la pubblica amministrazione avesse agito non già come datore di lavoro, bensì come committente all'interno di un appalto¹⁵.

A rafforzare questa interpretazione altra dottrina evidenzia come, diversamente argomentando, la sostenuta inapplicabilità dell'art. 29 del d.lgs n. 276/2003 avrebbe potuto comportare un profilo di illegittimità costituzionale, poiché generava una irragionevole diseguaglianza nel trattamento dei lavoratori coinvolti in un appalto, a seconda che il committente fosse un'impresa privata o un ente pubblico¹⁶. Tale differenza, pur sostenuta da quanti enfatizzavano la natura pubblica del committente ed i più stringenti vincoli legati al bilancio ex art. 81 comma 6, Cost., non convinceva però chi, al contrario, rimarcava come la sola

¹⁴ C. LANZINGER, *La responsabilità solidale della pubblica amministrazione quale committente con l'appaltatore inadempiente*, in *RGL*, 2010, II, 140 ss.

¹⁵ S. VARVA, *op. cit.*, 895.

¹⁶ M. BRICCHI, V. FERRANTE, *Solidarietà e responsabilità del committente nella disciplina dell'appalto alla luce della più recente giurisprudenza*, in *RGL*, 2012, II, 463 ss.; G. COSTA, *Solidarietà e codatorialità negli appalti*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 302/2016, 333 ss.; M. FORTE, *Inapplicabilità agli appalti pubblici della responsabilità solidale del committente ex D.Lgs. n. 276/2003*, in *UA*, 2017, 69 ss.; in giurisprudenza, cfr. Trib. Torino 17 maggio 2011, 931, in *DeJure* secondo cui «Quanto all'art. 29, comma 2, esso detta soltanto un generale principio di tutela dei lavoratori dipendenti da appaltatori di opere o servizi attribuendo in loro favore la possibilità di agire nei confronti dei committenti degli appalti per ottenere il giusto salario. La esclusione della applicazione di questa regola quando committente sia una Pubblica Amministrazione è priva di qualsiasi ragionevolezza. La cosa altro non verrebbe a creare se non un'ingiustificata discriminazione fra i dipendenti di una stessa impresa di servizi insolvente a seconda che essi vengano impiegati presso committenti privati o presso committenti pubblici. La natura del committente nulla giustifica in relazione alla situazione dei lavoratori da proteggere».

esigenza di garantire il pareggio di bilancio non potesse giustificare il riconoscimento di un trattamento differenziato ai lavoratori, cui sarebbe stata negata la possibilità di fare valere, a tutela dei loro crediti, la responsabilità solidale del committente, in assenza, tra l'altro, di un bilanciamento interno capace di compensare, in qualche modo, l'abbassamento delle tutele.

In questo quadro, a dieci anni dall'emanazione del d.lgs n. 276/2003, il legislatore è intervenuto con l'art. 9, comma 1 del d.l. n. 76/2013, convertito con modifiche dalla legge n. 99/2013, il quale esclude in via definitiva la possibilità di applicare «*le disposizioni di cui all'articolo 29, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 e successive modificazioni (...) ai contratti di appalto stipulati dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*»¹⁷. Una formulazione, dunque, incontrovertibile, necessaria per risolvere una questione interpretativa che rischiava, se lasciata ai diversi orientamenti emersi, di rendere oltremodo incerto il quadro normativo di riferimento per uno degli strumenti più diffusi dall'amministrazione pubblica nella gestione organizzativa di opere e servizi.

All'indomani dell'approvazione del richiamato art. 9 del d.l. n. 76/2013, si è comunque aperto un diverso, per quanto collegato, dibattito circa il valore della disposizione appena introdotta, ossia il riconoscimento del suo carattere interpretativo, oppure innovativo: a seconda del riconoscimento dell'uno o dell'altro carattere, infatti¹⁸, sarebbe potuta discendere una possibile residuale via attraverso la quale far valere l'applicabilità agli appalti pubblici dell'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003 per i fatti accorsi prima dell'entrata in vigore della disposizione.

Una giurisprudenza minoritaria¹⁹ ritiene che l'art. 9 del d.l. n. 76/2013 abbia carattere innovativo poiché, non richiamando

¹⁷ Sul punto v. A. FERRUTI, *La responsabilità solidale negli appalti privati e pubblici dopo il decreto-legge n. 25/2017. Prime considerazioni*, in *AC*, 2017, 27; P. GIANFORTE, *La responsabilità solidale negli appalti pubblici e privati*, in *AC*, 2017, 51 ss.; S. MARGIOTTA, *Responsabilità solidale del committente per il pagamento dei dipendenti dell'appaltatore: limiti*, in *DPL*, 2020, 677 ss.

¹⁸ A. ZILLI, *op. cit.*, 779 ss.

¹⁹ V. App. Torino 24 aprile 2015, n. 655, secondo cui: «*L'art. 9 del d.l. n. 76 del 2013 deve ritenersi innovativo e non interpretativo, perché non si autoqualifica come tale e non richiama la disposizione oggetto di interpretazione*».

la normativa preesistente, non ne fornisce alcuna interpretazione, ma introduce una nuova, diversa regola; pertanto, l'esclusione degli enti pubblici dal campo di applicazione del d.lgs. n. 276/2003 dovrebbe essere riferita ai soli appalti pubblici commissionati in data successiva all'emanazione del decreto-legge, mentre, per quelli attivati in precedenza, sarebbe consentito ritenere valida l'interpretazione contraria, ossia quella dell'applicabilità dell'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 agli appalti pubblici: diversamente, la disposizione innovativa non avrebbe alcuna ragione di essere.

Tutto al contrario, l'orientamento giurisprudenziale maggioritario²⁰, così come parte della dottrina²¹, ritengono che l'art. 9 del d.l. n. 73/2013 sia una norma di interpretazione autentica: la disposizione, dunque, non introdurrebbe alcuna novità, confermando quanto già espresso dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003 circa la sua completa inapplicabilità alle pubbliche amministrazioni, travolgendo ogni possibile, contraria conclusione precedente.

Del resto, l'esclusione della pubblica amministrazione dalla garanzia solidale dell'art. 29 d.lgs. n. 276/2003 sarebbe in parte compensata da altre tutele. I lavoratori coinvolti nell'appalto, infatti, possono esperire, per ottenere il pagamento della retribuzione non corrisposta, altri rimedi, e, in particolare, quelli previsti dall'art. 1676 c.c. e dall'art. 11 del d.lgs. n. 36/2023, i quali, valutati in paragone con quanto disciplinato per gli appalti privati, possono considerarsi, a livello sistemico, convergenti verso il medesimo obiettivo di tutela, con una incisività che può dirsi, tutto sommato, simile.

²⁰ In tal senso Trib. Velletri 4 febbraio 2020, n. 202, in *DeJure* secondo cui: «l'art. 9 del D.L. n. 76 del 2013 ha solo esplicitato, senza innovare il quadro normativo previgente, un precetto già desumibile dal testo originario del richiamato art. 29 e dalle successive integrazioni». In giurisprudenza, Cfr. anche: Cass. 27 novembre 2017, n.28185; Cass. 7 luglio 2017, n. 15432; Cass. 10 ottobre 2016, n. 20327; Cass. 23 maggio 2016 n. 10664; Cass. 24 maggio 2016 n. 10731, tutte in *De Jure*.

²¹ S. CASSAR, *op. cit.*, 120; G. COSTA, *op. cit.*; A. ZILLI, *op. cit.*

2. La tutela dei crediti retributivi negli appalti pubblici: l'azione diretta ex art. 1676 c.c.

L'art. 1676 c.c. stabilisce che i lavoratori che abbiano eseguito un'opera o un servizio nell'ambito di un appalto possono intentare un'azione diretta contro il committente per ottenere il pagamento di quanto loro dovuto, sino all'importo del debito che il committente ha nei confronti dell'appaltatore al momento della proposizione della domanda.

Secondo taluni²², l'azione costituisce una cessione del credito, prevista al fine di prevenire le ipotesi per le quali l'appaltatore, citato in giudizio dai propri dipendenti, richieda di attendere per ricevere il pagamento del suo credito dal committente. Di conseguenza, l'art. 1676 c.c. consentirebbe al lavoratore di rivolgersi a chi risulta debitore del suo datore di lavoro.

Secondo la dottrina maggioritaria²³, l'azione dell'art. 1676 c.c. costituisce un'azione diretta riconosciuta ai lavoratori coinvolti nell'appalto, a prescindere dall'esistenza di un rapporto diretto tra questi e il soggetto, pubblico o privato, committente. Difatti, i lavoratori non agiscono sostituendosi al loro debitore, ovvero all'impresa appaltatrice datrice di lavoro; al contrario, un'espressa previsione di legge impone al committente, nei limiti e alle condizioni previste, di rispondere del debito altrui in ragione dell'utilità che il lavoro prestato nell'appalto ha prodotto²⁴.

Non si tratterebbe, dunque, di un'azione surrogatoria²⁵,

²² V. FERRANTE, *Decentramento produttivo (interno ed internazionale) e forme di tutela dei lavoratori: un'evoluzione incompiuta*, in *RIDL*, 2021, 56.

²³ I. ALVINO, *Appalto, subfornitura, lavoro indiretto: la Corte costituzionale amplia l'ambito di applicazione della responsabilità solidale*, in *RIDL*, 2018, 237 ss.; R. DEL PUNTA, F. SCARPELLI, *Codice commentato del lavoro*, Milano, 2019, 297 ss.; L. FERLUGA, *La tutela dei lavoratori e il regime della responsabilità solidale nel contratto di appalto alla luce delle recenti (e forse ultime) modifiche*, in *VTDL*, 2018, 407 ss.; in giurisprudenza, v. Cass. 27 settembre 2000, n.12784, in *DeJure*.

²⁴ L. CORAZZA, *Appunti in tema di obbligazioni solidali e rapporti di lavoro*, in *RIDL*, 1997, I, 75 ss.; E. GULINO, *op. cit.*, 2284; A. SITZIA, *Subfornitura e responsabilità solidale: ratio legis e "lavoro indiretto" secondo la Consulta*, in *LG*, 2018, 259 ss.; in giurisprudenza, cfr. Cass. civ. 10 marzo 2001, n. 3559, in *RIDL*, 2002, 44 ss., con nota di V. M., *I diritti dei dipendenti dell'appaltatore fallito verso la p.a. committente: finalità e campo d'applicazione dell'azione ex art. 1676 c.c.*

²⁵ I. ALVINO, *Il regime delle responsabilità degli appalti*, in *DLRI*, 2007,

poiché la norma non presuppone un'inerzia dell'appaltatore tale da consentire ai creditori di agire in sua sostituzione per la riscossione del credito; la disposizione si limita a conferire un diritto di agire direttamente contro il committente.

Inoltre, l'azione *ex art.* 1676 c.c. è autonoma rispetto ad altra eventuale modalità di rivalsa verso l'appaltatore inadempiente²⁶, riservandosi ai prestatori la facoltà di scegliere il soggetto contro il quale agire per il soddisfacimento dei crediti retributivi²⁷, ricorrendo anche al concorso di azioni di rivalsa quando l'una non riesca a soddisfare completamente il credito oggetto di rivendicazione.

Questa possibilità deriva dal fatto che l'art. 1676 c.c. è una norma di carattere generale, applicabile a tutti gli appalti, a prescindere dalla natura del committente, e in affiancamento ad ulteriori possibili tutele specifiche introdotte dalla legislazione successiva. La tutela ivi contemplata, dunque, è offerta anche ai prestatori di lavoro coinvolti nell'esecuzione di un appalto commissionato da una pubblica amministrazione, andando dunque a colmare, in prima battuta, il vuoto determinato dalla vista inapplicabilità, in tali casi, della responsabilità solidale tra appaltante e appaltatore, di cui all'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003²⁸.

520; S. LOCORATOLO, *Sull'azione diretta degli ausiliari dell'appaltatore nei confronti del committente*, in *GM*, 1995, 739 ss.; L. MONTESARCHIO, *Appalto, lavoro e responsabilità solidali*, in *NGCC*, 2011, II, 214; in giurisprudenza, v. Cass. 10 marzo 2001, n.3559, in *DeJure*, secondo cui: «*Con l'azione prevista dall'art. 1676 c.c. i dipendenti dell'appaltatore fanno valere nei confronti del committente un diritto proprio (...) al contrario di quanto avviene nell'azione surrogatoria, caratterizzata dalla sostituzione del creditore al proprio debitore per far valere un diritto appartenente a quest'ultimo, e per ottenere che il bene oggetto del giudizio possa rientrare nel patrimonio del soggetto sostituito*».

²⁶ Cfr. Cass. 4 settembre 2000, n.11607, in *DeJure*, secondo cui: «*L'azione diretta esercitata ex art. 1676 c.c. dall'ausiliare dell'appaltatore contro il committente è pienamente distinta e autonoma rispetto a quella che, eventualmente, venga simultaneamente proposta nei confronti dell'appaltatore - datore di lavoro, configurandosi fra quest'ultimo ed il committente un mero rapporto di solidarietà in relazione all'obbligo di pagamento delle retribuzioni dovute per le prestazioni eseguite dal lavoratore*».

²⁷ M.G. GRECO, *L'appalto*, in V. FERRANTE (a cura di), *Il lavoro subordinato. Rapporto contrattuale e tutela dei diritti*, Santarcangelo di Romagna, 2023, 470 ss.

²⁸ L. IMBERTI, *La responsabilità solidale negli appalti. Alla ricerca di un'adeguata tutela delle posizioni creditorie dei lavoratori*, in *ADL*, 2008, II, 523 ss.; D. IZZI, *Appalti e responsabilità solidale*, in M.P. AIMO, D. IZZI (a

Tra queste due disposizioni corrono alcune, significative differenze, a partire dal campo di applicazione delle due azioni, che consente, laddove le due norme convivono, ossia nell'appalto privato, di potere ricorrere ad entrambe simultaneamente²⁹ o, viceversa, di poter azionare solo uno dei due strumenti ove i requisiti per accedere all'altro non ricorrano, o siano venuti meno per decorso del tempo³⁰.

Inoltre, mentre nell'articolo 1676 c.c. la chiamata in causa del committente dipende dall'esistenza di un debito nei confronti dell'appaltatore³¹, con onere della prova a carico del lavoratore³², nell'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003 questo requisito non è richiesto³³, risultando illimitata la responsabilità tra le due imprese nei confronti dei lavoratori coinvolti nell'appalto. Pertanto, anche laddove il committente abbia già estinto il proprio debito con l'appaltatore, rimane comunque obbligato in solido per il pagamento delle retribuzioni, salva la possibilità di rivalersi nei confronti dell'appaltatore in un momento successivo. Invece, poiché l'esperibilità dell'azione dell'art. 1676 c.c. è vincolata al limite del *quantum debeatur*, il lavoratore non può ottenere il soddisfacimento del suo credito retributivo laddove il committente abbia già corrisposto il compenso per la prestazione³⁴.

cura di), Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori, Torino, 2014, 98; M. FORTE, *op. cit.*; V. LIPPOLIS, *Appalti di servizi di logistica e responsabilità solidale*, in *DPL*, 2023, 174 ss.; M. SFERRAZZA, G. ZILIO GRANDI, *op. cit.*; S. VARVA, *op. cit.*, 890; A. ZILLI, *op. cit.*, 781; in giurisprudenza, invece, cfr. Trib. Bari 22 aprile 2021, n. 1256; Trib. Chieti 5 luglio 2018, n.228; App. L'Aquila 02 luglio 2015, n.786; Trib. Firenze 18 novembre 2014; Trib. Salerno 6 novembre 2014, tutte in *Dejure*.

²⁹ M. G. GRECO, *op. cit.*

³⁰ E. VILLA, *op. cit.*, 166.

³¹ Cfr. Cass. 12 gennaio 2024, n.1281; Trib. Venezia 26 aprile 2023, n.277; Cass. 25 settembre 2019, n.23938; Trib. Roma 7 maggio 2019, n.4246.

³² Sul punto, v. Trib. Napoli 27 settembre 2017, n.6333, in *DeJure*, secondo cui: «*ove il lavoratore faccia ricorso alla tutela prevista dall'art. 1676 c.c. sarà onere di quest'ultimo dare prova dell'ammontare del debito effettivo del committente nei confronti dell'appaltatore, trattandosi di fatto costitutivo del diritto fatto valere*». Analogamente, Trib. Monza 12 giugno 2002; Trib. Torino 15 settembre 1999.

³³ L. IMBERTI, *La disciplina delle responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti: lo stato dell'arte in continuo movimento (aggiornato al decreto-legge 97/2008)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - , 2008, 259 ss.; M. SFERRAZZA, G. ZILIO GRANDI, *op. cit.*; Corte App. Venezia 25 gennaio 2019, n. 687, in *RIDL*, 2019, 443 ss., con nota di A. NICOLUSSI PRINCIPE, *Tutela dei lavoratori ex art. 1676 c.c. e fallimento dell'appaltatore*.

³⁴ M. G. GRECO, *op. cit.*

A differenza della garanzia solidale dell'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003, l'azione *ex art.* 1676 c.c. è esperibile poi entro il termine di prescrizione ordinario, e non già entro quello di decadenza biennale; pertanto, il lavoratore decaduto dal diritto a far valere la responsabilità solidale del committente può ricorrere – purché entro il quinquennio dalla data di maturazione del credito - alla tutela dell'art. 1676 c.c.³⁵

In determinati casi, l'azione *ex art.* 1676 c.c. può offrire una copertura più ampia ai lavoratori: se infatti è vero, da un lato, che la tutela ricopre “quanto dovuto” ai lavoratori³⁶ ma nei limiti del *quantum debeatur* tra committente e appaltatore, dall'altro, a differenza di quanto avviene con la garanzia solidale di cui all'art. 29 d.lgs. n. 276/2003 che copre i soli trattamenti retributivi, contributivi e premi assicurativi³⁷, con l'azione dell'art. 1676 c.c. è possibile ottenere il soddisfacimento anche di ulteriori crediti vantati nei confronti dell'appaltatore, quali, ad esempio, i crediti risarcitori³⁸, purché maturati nel periodo di esecuzione del contratto di appalto. Dunque, mentre l'azione dell'art. 29 d.lgs. n. 276/2003 ricopre i soli trattamenti retributivi intesi in senso stretto³⁹, la tutela dell'art. 1676 c.c. permette di conseguire il soddisfacimento di importi di natura mista, come l'indennità sostitutiva delle ferie o le somme dovute per i buoni per il pasto.

Però, nonostante questo contenuto più esteso rispetto a quanto previsto dall'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003, l'azione *ex art.* 1676 c.c. soffre, come ricordato, del limite⁴⁰ comunque rilevante di consentire il recupero del credito retributivo, come visto, in senso ampio, solamente sino a concorrenza del debito che

³⁵ P. BERNARDO, *Responsabilità solidale negli appalti, obbligazione contributiva e termine di decadenza biennale*, in *MGL*, 2019, 946; L. FERLUGA, *op. cit.*, L. MONTESARCHIO, *op. cit.*; S. VARVA, *op. cit.*

³⁶ V. LIPPOLIS, *op. cit.*; A. ZILLI, *op. cit.*

³⁷ G. FAILLA, V. PIERONI, *Obblighi contributivi e retributivi, responsabilità solidale tra appaltatore e subappaltatore: l'intervento sostitutivo della stazione appaltante*, in *AC*, 2014, 17 ss.; E. GULINO, *op. cit.*, 2279; V. LIPPOLIS, *ibidem*; E. VILLA, *op. cit.*, 164 ss.; in giurisprudenza, cfr. Trib. Lanusei 19 aprile 2018, n.10;

³⁸ C. CORDELLA, *Interventi Appalti: nozione lavoristica e tutela dei crediti retributivi dei lavoratori*, in *DRI*, 2016, 521 ss.; L. FERLUGA, *op. cit.*; E. RAIMONDI, *op. cit.*, 231; in giurisprudenza, v. Trib. Roma 12 maggio 2020, n.2441.

³⁹ L. MONTESARCHIO, *op. cit.*, 226.

⁴⁰ V. SPEZIALE, *op. cit.*

il committente ha verso l'appaltatore al momento della proposizione della domanda.

3. (segue) la verifica della congruità del costo della manodopera e l'intervento sostitutivo della stazione appaltante

L'idea che, all'interno degli appalti pubblici, possa considerarsi diminuita la garanzia retributiva dei lavoratori deve però essere rimeditata al cospetto di una serie di previsioni, di carattere procedimentale, ma non solo, che portano ad una sorta di "monitoraggio" sulla condizione retributiva dei lavoratori che parrebbe rendere del tutto marginale, se non addirittura superflua, la presenza di una piena responsabilità solidale tra pubblica amministrazione appaltante e impresa appaltatrice.

Quale iniziale notazione, si rileva come il d.lgs. del 31 marzo 2023 n. 36 (cd. Codice dei contratti pubblici) preveda una serie di controlli preventivi finalizzati alla scelta di un operatore economico affidabile⁴¹. Dunque, l'attenzione rivolta alla tutela dei prestatori di lavoro si colloca a monte, già in fase di aggiudicazione, e non nella sola fase esecutiva del contratto. Anzi, i molteplici controlli dovrebbero, come detto, rendere residuale il ricorso agli strumenti di tutela dei crediti retributivi.

L'art. 108, comma 9, d.lgs. n. 36/2023 impone all'imprenditore di specificare nella sua offerta «*a pena di esclusione, i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro (...)*». In seguito, la pubblica amministrazione deve procedere alla verifica della congruità del costo della manodopera⁴², comparando quello del personale indicato dall'operatore nella sua offerta con il costo del lavoro determinato annualmente, in apposite tabelle, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

⁴¹ M. FALSONE, *Gli appalti pubblici e le tutele per i lavoratori*, in (a cura di A. Boscati) *Il lavoro pubblico. Dalla contrattualizzazione al Governo Draghi*, Santarcangelo di Romagna, 2021, 389 ss.; M. MONTINI, *La tutela del lavoro nella contrattazione pubblica*, in *LPA*, 5/2015, 647 ss.; P. POSTACCHINI, *Appalti: solidarietà del committente anche in caso di subfornitura*, in *CENP*, 2018, 30; A. ZILLI, *op. cit.*

⁴² Cfr. TAR Campania, Napoli, 7 novembre 2023, n. 6128, secondo cui: «*A prescindere dalla valutazione di anomalia dell'offerta, la Stazione Appaltante deve verificare la congruità del costo della manodopera rispetto ai minimi salariali retributivi*».

Ove l'ente pubblico rilevi uno scostamento, avvia, ai sensi dell'art 110, comma 2, del d.lgs. n. 36/2023 una procedura finalizzata alla verifica della congruità dell'offerta, dando la possibilità di giustificare le ragioni per le quali il costo della manodopera risulti inferiore rispetto ai minimi salariali⁴³.

Inoltre, l'art. 28 del recentissimo decreto legge del 7 maggio 2024 n. 60, rubricato «*Disposizioni in materia di prevenzione e contrasto del lavoro sommerso*», ha modificato l'art. 29 del d.l. n. 19/2024 (convertito dalla legge n. 56/2024), introducendo per gli appalti di opere edili l'obbligo, per il responsabile del progetto, di procedere, prima al saldo finale dei lavori, alla verifica della congruità dell'incidenza della manodopera sull'opera complessiva. La recente novità sembra segnalare la volontà di rafforzare la tutela dei crediti retributivi, soprattutto in un settore, come quello edile, in cui il ricorso al contratto di appalto, da parte di pubbliche amministrazioni, è oltremodo frequente, imponendo all'amministrazione committente di non saldare il pagamento a favore dell'appaltatore se questi risulti inadempiente, quanto a corresponsione delle retribuzioni, verso i proprio lavoratori: in questo modo, viene conservato quel *quantum* di posta economica che ancora intercorre tra le imprese, a garanzia dell'eventuale richiesta di intervento sostitutivo azionato ai sensi dell'art. 11 del d.lgs. n. 36/2023.

Questa norma, rubricata *Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti*, prevede, a tutela della retribuzione, un intervento sostitutivo della pubblica amministrazione.

L'ente pubblico, accertate le inadempienze retributive, invita, per il tramite del responsabile unico del progetto, l'aggiudicatario o l'eventuale subappaltatore a provvedere al pagamento delle retribuzioni entro i successivi quindici giorni⁴⁴. Gli intimati possono dispiegare formale contestazione⁴⁵ affinché sia aperta

⁴³ V. Cons. di Stato 22 dicembre 2023, n.11151; Cons. di Stato 6 settembre 2022, n.7762; TAR Lombardia, Milano, 27 luglio 2022, n.1801; TAR Lombardia, Milano, 24 giugno 2021, n.1546; TAR Campania, Napoli, 17 giugno 2021, n.4153, tutte in *DeJure*.

⁴⁴ A. DE SIANO, *op. cit.*, 113.

⁴⁵ V. Trib. Napoli 27 settembre 2017, n. 6333, in *De Jure* secondo cui «*Lo strumento di tutela previsto per i lavoratori dell'appaltatore ha un'efficacia attenuata rispetto alla responsabilità solidale ex art. 29, comma 2, d.lgs. 276/2003 (non applicabile agli enti pubblici) e prevede che: (iii) la facoltà*

una procedura di accertamento dinanzi all'Ispettorato territoriale del lavoro⁴⁶; in mancanza di opposizione, l'ente pubblico si sostituisce in corso d'opera al datore di lavoro, pagando ai lavoratori quanto loro spettante, e detraendo il relativo importo dalle somme ancora dovute all'aggiudicatario⁴⁷.

La *ratio* sottostante all'introduzione di un intervento sostitutivo dell'ente pubblico si colloca in aderenza e continuità con i sopra visti passaggi procedimentali di aggiudicazione⁴⁸: se, come detto, «la tutela del lavoratore nell'appalto pubblico deriva da un iter (perfettibile, ma esistente) di controlli ed interazione tra le parti che si svolge a monte, e non a valle»⁴⁹, è pur vero che nei casi in cui comunque non sia stato possibile evitare l'inadempimento dell'appaltatore, l'amministrazione appaltante sia chiamata a rispondere, nel proprio ruolo di committente, nei confronti di lavoratori, avendo comunque preservato, nei limiti visti *supra*, l'ammontare economico a copertura, corrispondente alla parte di spesa relativa all'appalto comunque già stanziata.

Peraltro, a rafforzamento della posizione creditoria dei lavoratori, la tutela prevista dal d.lgs n. 36/2023 è cumulabile con l'azione diretta dell'art. 1676 c.c. e garantisce il soddisfacimento dei crediti retributivi sino alla concorrenza del debito che la pubblica amministrazione ha nei confronti dell'appaltatore⁵⁰.

Con il meccanismo sostitutivo dell'art. 11 d.lgs. n. 36/2023 il lavoratore può ottenere il soddisfacimento del suo credito retributivo in tempi più celeri e senza necessità di agire in giudizio. L'art. 11 del d.lgs. n. 36/2023 prevede, infatti, previo sollecito del prestatore di lavoro, un intervento diretto della pubblica amministrazione, mentre l'art. 1676 c.c. riconosce un'azione giudiziale ai lavoratori.

dell'appaltante di pagare direttamente i lavoratori può essere paralizzata dall'appaltatore con una mera contestazione (purché mossa "formalmente" e "motivatamente") indirizzata all'appaltante».

⁴⁶ V. LIPPOLIS, *Novità per il lavoro nel Codice degli appalti pubblici*, in *DPL*, 2023, 13 ss.

⁴⁷ M. FALSONE, *op. cit.*; V. LIPPOLIS, *ibidem*; G. F. MAIELLARO G. F., *op. cit.*, 286.

⁴⁸ L. MONTESARCHIO, *op. cit.*; R. SQUEGLIA, *op. cit.*, 1211.

⁴⁹ A. ZILLI, *op. cit.*, 783.

⁵⁰ S. VARVA, *Il lavoro negli appalti pubblici*, in M.P. AIMO, D. IZZI (a cura di), *Eternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Torino, 2014, 208 ss.

4. L'appalto pubblico tra garanzia del credito retributivo e applicazione del contratto collettivo: le novità del d.l. n. 19/2024 all'art. 29 d.lgs. n. 276/2003

Se è vero, dunque, che l'ordinamento prevede strumenti di recupero del credito da parte dei lavoratori di un appalto pubblico, non può mancarsi di notare come lo stesso apparato normativo si preoccupi di stabilire regole per determinare il *quantum* di retribuzione spettante, oggetto poi, eventualmente, delle forme di tutela richiamate, in caso di inadempimento. L'art. 11, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023 contempla una clausola sociale che obbliga l'appaltatore ad applicare ai suoi dipendenti il contratto collettivo nazionale e territoriale stipulato dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale⁵¹.

Al comma successivo è previsto l'obbligo per la pubblica amministrazione di indicare nel bando di gara il contratto che l'appaltatore è tenuto ad applicare⁵², salvo, a garanzia della libertà sindacale, riconoscere la facoltà di applicare un diverso contratto, purché questo offra le medesime tutele di quello indicato⁵³.

La previsione di tale clausola sociale nei bandi di gara ha la finalità di vincolare l'appaltatore al riconoscimento di un contenuto minimo di tutela⁵⁴, determinato dal richiamo alla contrattazione collettiva.

Negli appalti privati, sino a qualche mese fa, non era invece imposta, per legge, alcuna regola ricollegabile ai contenuti di una clausola sociale che imponesse all'appaltatore la corresponsione del trattamento economico stabilito dalla contrattazione

⁵¹ A. DE SIANO, *Tutela del lavoratore e buon andamento della P.A. secondo il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Fed.it*, 2023, pp. 105.

⁵² M. GIACONI, *Il nuovo Codice e le tutele sociali dal punto di vista del giuslavorista. Verso un appalto pubblico socialmente sostenibile?*, in *RGL*, 2024, 54 ss.

⁵³ R. CARANTA, S. FICHERA, *Il nuovo Codice degli appalti pubblici e le tutele sociali dal punto di vista dell'amministrativista*, in *RGL*, 2024, 34 ss.; A. DE SIANO, *op. cit.*, 109.

⁵⁴ F. MARTELLONI, *Appalti pubblici, tutele sociali e ruolo di istituzioni e sindacato nel contesto locale*, in *RGL*, 2024, 105; L. MONTESARCHIO, *op. cit.*; I. SANTORO, *A "cavallo" tra due codici: l'equo trattamento dei lavoratori nella nuova normativa sui contratti pubblici*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2023, 71 ss.

collettiva, salvo il rispetto dell'art. 36, primo comma, Cost. Pertanto, il committente era esonerato dall'obbligo di effettuare controlli relativi al *quantum* della retribuzione corrisposta dall'appaltatore ai propri dipendenti.

L'art. 29 del d.l. 2 marzo 2024, n. 19, convertito con modifiche dalla legge 29 aprile 2024, n. 56, ha introdotto una rilevante modifica a quanto previsto nell'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003, inserendo al suo interno il comma 1-bis, dedicato al personale impiegato nell'appalto (privato), al quale viene riconosciuto il diritto ad «un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello previsto dal contratto collettivo nazionale e territoriale stipulato dalle associazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, applicato nel settore e per la zona strettamente connessi con l'attività oggetto dell'appalto e del subappalto». Questa novità riecheggia, con tutta evidenza, quanto già illustrato e previsto, negli appalti pubblici, dalla richiamata previsione di cui all'art. 11, d.lgs. n. 36/2023, secondo la quale al personale impiegato negli appalti pubblici «è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale», riferito all' «attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente»⁵⁵.

Il richiamo alla contrattazione collettiva inserito nella nuova formula dell'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003 manifesta un progressivo ravvicinamento della disciplina degli appalti privati a quella degli appalti pubblici. La novità sposta il livello di protezione dal minimo retributivo costituzionale, dovuto ai sensi dell'art. 36, primo comma, Cost, al trattamento economico individuato e definito dalla contrattazione collettiva nella sua completezza.

L'obbligo introdotto vincola il committente, compreso quello occasionale, al controllo della retribuzione corrisposta dall'appaltatore ai dipendenti coinvolti nell'appalto; ciò potrebbe avere, d'ora in avanti, un effetto disincentivante rispetto al ricorso alle esternalizzazioni “non strutturali”, per così dire, perché

⁵⁵ A. ASNAGHI, F. AVANZI, M. CUNDARI, *Le forme di esternalizzazione del lavoro dopo il DL 19/2024. Prime considerazioni sulle novità in materia di appalti, distacchi e somministrazione*, in *CL*, 2024, 3.

l'imprenditore che appalta un servizio o un'opera è ora obbligato ad effettuare un controllo sui comportamenti organizzativi dell'appaltatore che potrebbero rendere non più conveniente, nei fatti, tale scelta organizzativa, soprattutto se episodica e marginale.

La locuzione «*il contratto collettivo nazionale e territoriale (...) applicato nel settore e per la zona strettamente connessi con l'attività oggetto dell'appalto e del subappalto*» sembra imporre l'individuazione del contratto collettivo sulla base delle caratteristiche merceologiche del committente. Così, il principio generale, da sempre in vigore nel nostro ordinamento, per cui il criterio fondativo dell'obbligo retributivo del datore di lavoro si collega all'attività complessiva dell'impresa appaltatrice sembra essere messo in discussione. Il richiamo «*all'attività oggetto dell'appalto*» sembra vincolare l'appaltatore al rispetto delle previsioni retributive di volta in volta collegate al possibile diverso contesto merceologico in cui il singolo dipendente esegue la prestazione. Se così è, potrebbe risultare intaccata la valutazione circa la congruità e il mantenimento del trattamento economico, poiché questo potrebbe essere di volta in volta rideterminato, a seconda della specifica attività oggetto dell'appalto in cui si andranno ad impiegare, pur restando immutato il datore di lavoro appaltatore.

5. Riflessioni sulla differente operatività della solidarietà negli appalti pubblici e privati

Da tutto quanto sopra esposto, e cercando di tratteggiare una comparazione tra gli strumenti di tutela del credito retributivo previsti, per l'appalto pubblico, dagli artt. 1676 c.c. e 11 del d.lgs. n. 36/2023, con la responsabilità solidale prevista dall'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2023, per gli appalti privati, sembrerebbe emergere per i primi una tutela dei crediti retributivi più limitata⁵⁶ rispetto a quella prevista negli appalti privati.

Tuttavia, la protezione, se considerata complessivamente e non solo nel momento successivo all'inadempimento dell'obbligi-

⁵⁶ M. BRICCHI, V. FERRANTE, *op. cit.*; D. IZZI, *op. cit.*, 46; A. ROTA, *Garanzie dei crediti da lavoro negli appalti pubblici: "quid novi" dopo l'entrata in vigore della l. n. 99/2013?*, in *RIDL*, 2015, II, 1084.

go retributivo, si configura come più estesa rispetto a quanto previsto dall'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003. Infatti, come si è tentato di illustrare, il d.lgs. n. 36/2023 prevede una serie di controlli preventivi che dovrebbero rendere marginali i casi di inadempimento dell'appaltatore.

La verifica sulla congruità del costo della manodopera, l'obbligo di garantire ai lavoratori il trattamento economico e normativo previsto dal contratto collettivo indicato dall'amministrazione nel bando di gara, e la verifica relativa alla congruità dell'incidenza della manodopera sull'opera complessiva prima di procedere al saldo finale si collocano infatti, come detto, a monte⁵⁷ e dovrebbero garantire non solo l'affidabilità dell'appaltatore, ma anche configurare la sua prerogativa di profitto, data dalla corresponsione del prezzo dell'appalto, recessiva rispetto al ruolo di garanzia che quell'ammontare riveste rispetto alla corresponsione delle retribuzioni dei lavoratori che hanno operato alle sue dipendenze.

In conclusione, dunque, una forma di tutela del credito retributivo certamente differente rispetto a quanto previsto nell'appalto privato, ma non per questo meno robusta.

Non si esclude, poi, che questa diversa architettura di tutela possa in qualche modo influenzare, in futuro, la disciplina prevista per l'appalto privato se, come visto, la recente trasposizione negli appalti privati della garanzia circa l'applicazione del contratto collettivo, che già da tempo il d.lgs. n. 36/2023 prevedeva, testimonia non tanto un avvicinamento di disciplina, ma di un reciproco rapporto di influenza.

Piuttosto, l'effettività delle protezioni accordate ai lavoratori dal d.lgs. n. 36/2023 sconta l'atavica lentezza dell'operato del sistema amministrativo, minando così la validità della tutela. Ma, questo, è un problema diverso, difficilmente risolvibile dalle disposizioni in materia di lavoro.

⁵⁷ A. ZILLI, *op. cit.*

RITA DAILA COSTA

IL TRATTAMENTO ECONOMICO
DEI LAVORATORI IMPIEGATI
NELLE CATENE DI APPALTI PUBBLICI.
NOTE A MARGINE DEL NUOVO CODICE
DEI CONTRATTI PUBBLICI

SOMMARIO: 1. L'orientamento sociale del “nuovo” Codice dei contratti pubblici. – 2. L'equo trattamento: dalla coerenza all'equivalenza delle tutele economiche e normative – 3. I problemi irrisolti dell'equo trattamento. – 4. I subappalti pubblici e la parità di trattamento “ritrovata”. – 5. La tutela a fronte della mancata percezione delle retribuzioni: le peculiari forme di responsabilità solidale. – 6. Tutela del trattamento retributivo negli appalti: a che punto siamo?

1. L'orientamento sociale del “nuovo” Codice dei contratti pubblici

L'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) ha rappresentato per l'Italia l'occasione per una profonda revisione della disciplina dei contratti pubblici, avviata con il cosiddetto Decreto Semplificazioni, il d.l. 31 maggio 2021, n. 77, e, poi, culminata con l'introduzione di un nuovo Codice dei Contratti Pubblici, contenuto nel d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36¹.

La riforma è meritevole di interesse da parte dei giuslavoristi, dal momento che mostra una rinnovata attenzione per gli aspetti sociali e lavoristici, tanto da inserire la tutela del trattamento economico dei lavoratori, già tra i principi posti ad apertura².

¹ M. PROTTO, *Il (terzo) nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *GI*, 2023, 8-9, 1949.

² Per una panoramica dei principi posti ad apertura del nuovo Codice v.

Il nuovo Codice pare, così, farsi portatore di un modello di contrattazione pubblica orientato a conformare il mercato ai fini sociali³, piuttosto che a perseguirne “acriticamente” le logiche⁴. Si tratta di un passo avanti significativo rispetto ai precedenti codici, dal momento che sembra incoraggiare un uso della contrattazione pubblica in cui l’efficienza ed il risparmio non vengano più perseguiti, come in passato, a detrimento delle condizioni di impiego e dei salari dei lavoratori coinvolti⁵.

2. L’equo trattamento: dalla coerenza all’equivalenza delle tutele economiche e normative

Una delle disposizioni principali a tutela del trattamento economico dei lavoratori coinvolti nelle catene di appalti pubblici si rinviene, già, in apertura del Codice.

Nell’ambito dei cosiddetti “principi”, il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, introduce all’art. 11 una clausola sociale di “prima generazione”, che, al co. 1, prevede che «al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni» sia «applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative

G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *GDA*, 2023, 3, 287 ss.; R. CARANTA, *I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici, artt. 1-12*, in *GI*, 2023, 8-9, 1950 ss.; in particolare, sull’importanza sistemica del «Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore», v. A. DE SIANO, *Tutela del lavoratore e buon andamento della P.A. secondo il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 2023, 14, 101 ss.

³ A. BELLAVISTA, M. GIACONI, O. RAZZOLINI, *Introduzione*, in *RGL*, 2024, 1, 6.

⁴ Il *public procurement* è uno strumento per sua natura duale, in grado di rispondere non solo alle logiche di mercato, il cosiddetto *market-making*, ma anche a quelle di *market-embedding* e, dunque, all’obiettivo di conformare il mercato a fini sociali; così K. JAEHRLING, *The state as a ‘socially responsible customer’? Public procurement between market-making and market-embedding*, in *EJIR*, 2015, 21, 2, 149 ss.

⁵ È stato osservato come proprio la possibilità di risparmiare tramite la riduzione dei costi del lavoro spesso determini la scelta di appaltare (v. CGSSE, *Appalti e conflitto collettivo: tendenze e prospettive*, maggio 2021, 2), di guisa che il peggioramento delle condizioni di lavoro, più che essere un effetto collaterale dei processi di esternalizzazione, è «una delle molle che lo spingono»; L. DORIGATTI, *Condizioni di lavoro nei servizi sociali: disintegrazione verticale e procurement pubblico*, in *SM*, 2017, 3, 469.

sul piano nazionale e quello il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente».

Tale parte della disposizione ripropone quanto previsto dall'art. 30, co. 4, del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Differenziandosi dal precedente Codice, l'art. 11 prevede, tuttavia, al co. 2 che siano gli enti concedenti e le stazioni appaltanti ad indicare il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto o nella concessione all'interno dei bandi o degli inviti. Tale precisazione segna uno scarto importante tra la clausola contenuta nel vecchio codice e quella contenuta nel nuovo art. 11.

Fornendo una interpretazione particolarmente attenta alla libertà organizzativa dell'impresa, la giurisprudenza amministrativa aveva individuato nell'art. 30, co. 4, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, un mero limite alla libertà dell'imprenditore di scegliere il contratto collettivo da applicare nella "coerenza" del contratto con l'oggetto dell'appalto⁶. Secondo i giudici amministrativi, nella vigenza del vecchio codice, sarebbe stato possibile per l'appaltatore applicare il contratto collettivo da esso scelto, purché, oltre ad essere firmato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, lo stesso fosse stato "coerente" con l'oggetto dell'appalto.

Secondo tale orientamento, il suddetto limite sarebbe stato sufficiente a garantire la corretta applicazione dei contratti collettivi⁷ e, dunque, indirettamente, a consentire un equo trattamento economico e normativo per i lavoratori coinvolti⁸.

Tali auspici della giurisprudenza e della dottrina⁹ si sono

⁶ M. NOVELLA, *Costo del lavoro e retribuzione negli appalti pubblici di servizi. Il quadro normativo e qualche numero*, in *LD*, 2020, 2, 274-275. Peraltro, il principio per cui il contratto collettivo nazionale da adottare come parametro fosse quello corrispondente all'attività effettivamente svolta dall'impresa appaltatrice era già stato affermato dalla giurisprudenza con riguardo alla disciplina statutaria; così in Cass. 25 luglio 1998, n. 7333, in *RIDL*, 1998, 3, 1998, 459.

⁷ M. FORLIVESI, *La tutela sociale negli appalti pubblici alla prova dei vincoli della giurisprudenza euromunitaria*, in *RGL*, 4, 2021, 629.

⁸ Un esempio di tale orientamento può rinvenirsi in T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I 7 febbraio 2023, n. 1488, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁹ Anche in dottrina è stato sostenuto che l'impossibilità di scegliere un contratto collettivo diverso da quello connesso all'oggetto dell'appalto avrebbe impedito il diffondersi di meccanismi di *shopping* contrattuale e di *dumping*

scontrati, nella prassi, con un contesto di forte frammentazione contrattuale¹⁰ nel quale, come confermato dalla recente giurisprudenza di legittimità, il fatto che il contratto collettivo sia firmato da sindacati comparativamente più rappresentativi non costituisce garanzia di una tutela salariale adeguata¹¹.

L'interpretazione dell'art. 30, co. 4, come un mero vincolo di coerenza ha, invero, consentito agli imprenditori di dare vita ad una concorrenza al ribasso, attraverso l'applicazione di contratti collettivi che, pur coerenti con l'oggetto dell'appalto, risultavano scarsamente tutelanti per i lavoratori coinvolti¹². Gli imprenditori hanno, infatti, potuto scegliere di applicare contratti con un ambito di applicazione trasversale, come il CCNL Multiservizi¹³, ma con trattamenti economici molto bassi e finanche in contrasto con l'art. 36 Cost. Del resto, solo in una recente pronuncia, ad oggi isolata, la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto legittimo il sindacato della stazione appaltante sulla conformità del CCNL applicato alla garanzia costituzionale¹⁴.

È evidente che una buona parte dei problemi causati dalla rigida interpretazione dell'art. 30, co. 4, d.lgs. 50 del 2016 sono

salariale; così F. BORGOGELLI, *Modelli organizzativi e tutele dei lavoratori nei servizi di interesse pubblico*, in AIDLASS, *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Cassino 18-19 Maggio 2017*, Milano, 2018, 384; nello stesso senso D. GAROFALO, *Appalti pubblici, minimo costituzionale e libertà di iniziativa economica privata nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *LDE*, 2022, 2, 3-4.

¹⁰ Sul punto v. L. CORAZZA, *Salario, contrattazione, equo compenso - Crisi della contrattazione e retribuzione sufficiente*, in *DRI*, 2021, 4, 1087 ss.; M. MIRACOLINI, *La funzione anticoncorrenziale della contrattazione collettiva nazionale di categoria. Nodi critici e prospettive*, in *VTDL*, 2021, 2, 362 ss.

¹¹ Il riferimento è alle pronunce che hanno rilevato la non conformità all'art. 36 Cost. del CCNL Vigilanza Privata e Servizi Fiduciari; v. Cass., 2.10.2023, n. 27711, 27713 e 27769 e Cass., 10.10.2023, n. 28320, in *RGL*, 2023, 4, 497, con nota di A. LASSANDARI.

¹² Sul punto v. O. RAZZOLINI, *Salario minimo, dumping contrattuale e parità di trattamento: brevi riflessioni a margine della proposta di direttiva europea*, in *LDE*, 2, 2021, 10 ss.

¹³ Sui problemi del CCNL Multiservizi, v. O. RAZZOLINI, D. ANDREUTTO, D. MICHELI, T. SORBELLO, *Il multiservizi nell'esperienza della Commissione di garanzia*, in *DLRI*, 2021, 172, 4, 731 ss.

¹⁴ Il caso era peculiare dal momento che si sindacava l'applicazione del CCNL Vigilanza e Servizi Fiduciari, di cui è da ritenersi pacifica l'illegittimità costituzionale (vd. nota 11); così TAR Lombardia 28 novembre 2023, n. 2830, in *RGL*, 2024, 1, Giurisprudenza online, con nota di M. CASIELLO.

destinati ad essere superati dalla previsione del co. 2 dell'art. 11 del nuovo Codice.

La nuova clausola sposta sulla stazione appaltante (o sull'ente concedente) il compito di individuare il contratto collettivo da applicare in quanto "strettamente connesso" con l'oggetto dell'appalto. In altre parole, è alla pubblica amministrazione che viene rimessa la valutazione del criterio di "coerenza", individuando già al momento di indicazione della gara il contratto collettivo da applicare.

La portata dirimpante della novità si coglie anche se si guarda all'altra faccia dell'orientamento della giurisprudenza amministrativa poc'anzi richiamato. Quest'ultimo aveva escluso che il contratto collettivo eventualmente indicato dalla stazione appaltante avesse effetti vincolanti¹⁵.

Secondo il testo del nuovo codice, l'indicazione del CCNL da applicare nel bando di gara non è più da ritenersi solo eventuale. Al contrario, «vista la natura cogente e pregnante della previsione» di cui all'art. 11, può finanche dubitarsi «della legittimità di un bando che non dovesse contenere alcun riferimento al Ccnl applicabile, così come della sua possibilità di sostituire quest'ultimo con un mero incentivo all'estensione del Ccnl prediletto dalla stazione appaltante attraverso l'assegnazione di un punteggio premiale»¹⁶.

Né, data la formulazione dell'art. 11, co. 2, vi può più essere dubbio della portata vincolante del contratto collettivo individuato nel bando di gara.

A scongiurare il rischio che tale vincolo determini una eccessiva compressione della libertà sindacale ed organizzativa dell'impresa¹⁷, l'art. 11 prevede al co. 3 la possibilità per gli

¹⁵ In vigenza del precedente codice, si riteneva che l'eventuale indicazione di un contratto collettivo nel bando di gara non fosse vincolante per i partecipanti alla gara. Qualora avessero scelto, comunque, di applicare il contratto indicato dal bando di gara, si sarebbe di per sé ritenuto soddisfatto il requisito della coerenza della contrattazione collettiva applicata con l'oggetto dell'appalto; ex *multis* TAR Campania 7 febbraio 2023, n. 1488, in *giustizia-amministrativa.it*.

¹⁶ M. GIACONI, *Il nuovo codice e le tutele sociali dal punto di vista del giuslavorista. Verso un appalto pubblico socialmente sostenibile?*, in *RGL*, 2024, 1, 58.

¹⁷ G. NAPOLITANO, *op. ult. cit.*, p. 300; F. DI NOIA, *Le clausole sociali nel "nuovo" Codice dei contratti pubblici: conferme ed evoluzioni nel modello di tutela*, in *LPO*, 2023, 9-10, 621.

operatori economici di «indicare nella propria offerta il differente contratto collettivo da essi applicato, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente». Al co. 4, si precisa altresì che: «Nei casi di cui al comma 3, prima di procedere all'affidamento o all'aggiudicazione le stazioni appaltanti e gli enti concedenti acquisiscono la dichiarazione con la quale l'operatore economico individuato si impegna ad applicare il contratto collettivo nazionale e territoriale indicato nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto per tutta la sua durata, ovvero la dichiarazione di equivalenza delle tutele».

Dunque, come nella vigenza della normativa precedente, si consente all'imprenditore di scegliere l'accordo collettivo da applicare, nella garanzia della sua libertà contrattuale ed organizzativa. Tuttavia, rispetto al passato, invece di dover scegliere un contratto collettivo che sia meramente "coerente" con l'oggetto dell'appalto, lo stesso dovrà indicarne uno in cui siano previste anche condizioni contrattuali "equivalenti" a quelle previste dal contratto indicato nel bando, da parte della stazione appaltante.

Viene, così, garantita la libertà dell'appaltatore di applicare un diverso contratto collettivo, ma il criterio di esercizio della discrezionalità cambia. Si passa da un criterio di mera coerenza, che nulla aveva a che vedere con il piano della tutela economica e normativa, ad un criterio di equivalenza, che identifica nel contratto collettivo uno standard minimo di tutela.

In altre parole, il principio dettato dall'art. 11 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, introduce un meccanismo di rinvio ai contratti collettivi *leader*, quali parametri per la definizione di tutele economiche e normative minime da garantire ai lavoratori, pur lasciando libero l'imprenditore di applicare un contratto diverso che rispetti tali standard minimi¹⁸.

È evidente come l'introduzione di tale nuovo vincolo sia idonea a ridurre l'opportunità di scegliere un particolare contrat-

¹⁸ Così emerge da INL, nota n. 687 del 19 aprile 2023. In dottrina, si è detto che è stato «consacrato il potere della stazione appaltante di individuare il livello di tutela (minimo) da garantire ai lavoratori impiegati nell'appalto, da rispettare anche quando l'operatore si avvalga della facoltà di applicare un contratto collettivo differente»; così E. CARUSO, *Equo trattamento dei lavoratori nel nuovo codice dei contratti pubblici tra sostenibilità e risultato amministrativo*, in *DA*, 2023, 4, 876.

to collettivo come strumento di *dumping*, evitando che l'operatore economico scelga di applicare un contratto collettivo per trarne un vantaggio concorrenziale¹⁹.

3. I problemi irrisolti dell'equo trattamento

È chiaro che l'effettività delle soluzioni dettate dal nuovo Codice dipenderà, per molta parte, dall'interpretazione giurisprudenziale, fino ad adesso molto cauta nel garantire il rispetto della libertà contrattuale delle imprese e disposta a sacrificare le garanzie lavoristiche, oltre che dalle stesse scelte della pubblica amministrazione.

Per quanto attiene alla scelta del contratto collettivo da applicare, il codice manca di precise indicazioni, lasciando, di fatto, un'ampia discrezionalità all'amministrazione²⁰. Nulla vieta, dunque, che sia la stessa stazione appaltante a scegliere contratti collettivi al limite della garanzia prevista dall'art. 36 Cost., perseguendo essa stessa logiche di risparmio che, peraltro, sono spesso alla base della scelta di appaltare²¹.

Un profilo di particolare problematicità si riscontra anche sul piano della definizione del concetto di "equivalenza". Anche sul punto, la disciplina non fornisce alcuna indicazione né criterio, così lasciando del tutto aperta la questione relativa alla definizione di tale concetto. L'art. 11, co. 4, si limita, infatti, a prevedere che la dichiarazione di equivalenza sia «anche verificata con le modalità di cui all'articolo 110», relativo alla valutazione dell'anomalia dell'offerta. Tale rinvio all'art. 110 non pare, però, risolvere le incertezze, dal momento che rinvia ad una valutazio-

¹⁹ D'altra parte, questa era la finalità seguita dalla riforma; v. CONSIGLIO DI STATO, *Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici"*. Relazione agli articoli e agli allegati, Roma, 7 dicembre 2022, 27.

²⁰ Il Codice non prevede, invero, alcuna indicazione o criterio per la scelta della fonte collettiva da indicare nel bando; così E. CARUSO, *ult. op. cit.*, 876; A. DE SIANO, *ult. op. cit.*, 108 ss.

²¹ I più recenti approdi della giurisprudenza amministrativa sembrano, comunque, lasciare sperare che vada esclusa l'applicazione di contratti *leader*, che violino il precetto costituzionale dettato dall'art. 36; così G. RICCI, *Il sistema dei contratti pubblici e le tutele (non solo) salariali dei lavoratori*, in RGL, 2023, 4, 615 ss.

ne connotata da alta discrezionalità della stazione appaltante e, più in particolare, del Responsabile unico di progetto (RUP)²². Il Codice finisce, così, per assegnare a quest'ultimo una «funzione tecnicamente complessa di interpretazione di Ccnl potenzialmente in concorso tra loro»²³, nell'ambito di una procedura caratterizzata da un'ampia discrezionalità, aprendo così al rischio di un sostanziale svuotamento di significato della disposizione²⁴.

L'unica indicazione sulle modalità di esperimento della valutazione, ad oggi, è data dalla Nota illustrativa al Bando tipo n. 1/2023 adottata dall'Anac. Essa si serve di una precedente nota dell'Ispettorato del Lavoro²⁵, la quale a sua volta «non assegna un significato univoco al concetto di equivalenza, ma contiene indicazioni destinate al personale ispettivo, e in particolare a orientarne l'attività di verifica circa la sussistenza dei requisiti di accesso ai benefici normativi e contributivi di cui all'art. 1, comma 1175, della l. n. 296/2006». Non soltanto si tratta, dunque, di una fonte, per sua natura, priva di effetti cogenti, ma anche caratterizzata da un obiettivo ben differente rispetto al nuovo art. 11, dal momento che è specificatamente rivolta a guidare l'attività del personale ispettivo²⁶. Inoltre, il rinvio alla nota non fuga del tutto i dubbi relativi alle modalità di esperimento del giudizio di equivalenza, soprattutto per quanto attiene alle voci del trattamento economico²⁷.

Sul piano interpretativo, discutibile appare altresì il rapporto tra l'art. 11 e l'art. 41 del codice. Quest'ultimo, al co. 13, reitera quanto già previsto dal vecchio codice, confermando il ruolo delle tabelle ministeriali quali parametri per la determinazione del costo del lavoro, aprendo a dei dubbi quantomeno sul piano

²² Sulla valutazione prevista dall'art. 110, v. A. CANCRINI, F. VAGNUCCI, *Le procedure di scelta del contraente e la selezione delle offerte*, in *GDA*, 3, 2023, 330-331.

²³ M. GIACONI, *ult. op. cit.*, 65.

²⁴ Laddove, ad esempio, il giudizio di equivalenza sia riferito al trattamento complessivo, si potrebbero finanche giustificare eventuali disparità dei trattamenti economici, perché compensate con la previsione di trattamenti superiori relativamente ad altri istituti contrattuali; così G. ORLANDINI, *Clause sociali e contrasto al dumping contrattuale: le ambivalenti novità del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Diritti&Lavoro Flash*, 2023, 3, 15.

²⁵ INL, nota n. 2 del 28 luglio 2020.

²⁶ Anche per il virgolettato, v. M. GIACONI, *ult. op. cit.*, 64.

²⁷ G. RICCI, *ult. op. cit.*, 618-619.

sistematico²⁸. Un ulteriore dubbio di coerenza sorge, poi, dalla lettura del comma successivo, il quale esclude il costo del lavoro dall'importo soggetto al ribasso, ma fa salva «la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale»²⁹.

L'art. 11 pone, apparentemente, anche un problema di conformità al testo costituzionale e, in particolare, al rispetto dei parametri sanciti dagli artt. 39 e 41 Cost. Predisponendo «una più intensa tutela del personale adibito e uno speculare contenimento della frammentazione contrattuale»³⁰, l'art. 11 realizza, infatti, una forte limitazione della libertà sindacale e di impresa, aprendo a dei dubbi di legittimità costituzionale della disposizione. Ma si tratta di dubbi che hanno caratterizzato anche le precedenti clausole di prima generazione note all'esperienza italiana e che possono essere superati con gli stessi argomenti già usati con riguardo ai precedenti Codici³¹. Tant'è che la dottrina ha parlato di un «falso problema»³².

Come si legge nella relazione illustrativa al nuovo Codice, realizzata dal Consiglio di Stato, la clausola sociale di cui all'art. 11 non entra in contrasto con l'art. 39 Cost. «in quanto non è diretta a estendere *ex lege* ed *erga omnes* l'efficacia del contratto collettivo, ma si limita a indicare le condizioni contrattuali che l'aggiudicatario deve applicare al personale impiegato, qualora, sulla base di una propria e autonoma scelta imprenditoriale, intenda conseguire l'appalto pubblico, restando libero di applicare

²⁸ In continuità con quanto previsto dall'art. 11, sarebbe stato astrattamente possibile individuare nel CCNL, indicato nel bando il parametro di riferimento per il calcolo del costo del lavoro. Rispetto a tale astratta possibilità, è stato però affermato che le tabelle mantengono un ruolo di trasparenza dal momento che hanno una maggiore chiarezza rispetto ai contratti collettivi e comprendono anche voci che fuoriescono dagli stessi; così E. CARUSO, *ult. op. cit.*, 881. A prescindere dall'opportunità del rinvio, sono evidenti i profili critici dal punto di vista sistematico; sul punto v. G. RICCI, *ult. op. cit.*, 614.

²⁹ Su tali profili critici, v. G. RICCI, *ult. op. cit.*, 614.

³⁰ M. GIACONI, *ult. op. cit.*, 57.

³¹ Con riguardo ai precedenti codici, v. I. ALVINO, *Clausole sociali, appalti e disgregazione della contrattazione collettiva*, in *LDE*, 2020, 2, 11; A. BOSCATI, *Appalti pubblici e clausole sociali tra ordinamento interno e diritto dell'unione europea*, in A. BELLAVISTA, M. MARINELLI (a cura di), *Studi in onore di Alessandro Garilli*, Tomo I, Torino, 2023, 143, M. NOVELLA, *ult. op. cit.*, 277.

³² E. CARUSO, *ult. op. cit.*, 887.

condizioni contrattuali diverse nello svolgimento dell'attività imprenditoriale diversa; e restando libero di accettare o non la clausola dell'appalto pubblico oggetto dell'aggiudicazione (accettando, quindi, anche l'esclusione dalla procedura)».

Per le stesse ragioni, il Consiglio di Stato esclude anche un contrasto della disposizione con l'art. 41 Cost., «tenuto conto altresì che la libera iniziativa economica “non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale”. Il consentire alla p.a. la scelta di indicare il CCNL applicabile alle prestazioni oggetto di gara sembra trovare giustificazione proprio sotto questo profilo»³³.

Del resto, non va dimenticato che l'applicazione del contratto collettivo costituisce al più condizione per l'aggiudicazione di una gara pubblica, la cui partecipazione è sempre e comunque una libera scelta imprenditoriale³⁴. Inoltre, come da tempo affermato dalla Corte Costituzionale, deve ritenersi necessario che «ove nell'esercizio di una determinata attività imprenditoriale intervenga la pubblica amministrazione (in quanto essa eroghi benefici di carattere finanziario o creditizio ovvero affidi ad altri il compimento dell'attività stessa), sia assicurato uno standard minimo di tutela ai dipendenti coinvolti»³⁵.

Meno certa appare, invece, la possibilità di affermare una piena conformità del nuovo codice con il diritto europeo.

Pur rappresentando una attuazione dell'obbligo sancito dall'art. 18, par. 2, della direttiva 2014/24/EU, la clausola sociale imposta dall'art. 11 continua a scontare delle perplessità dovute alla persistente attualità del caso *Rüffert*, che ha messo in discussione la legittimità di clausole sociali che impongano l'applicazione di contratti collettivi non dotati di efficacia *erga omnes*, senza mai essere superato del tutto dalla successiva evoluzione giurisprudenziale e legislativa europea.

Indicazioni incoraggianti rispetto al superamento di tale questione sembrano, però, derivare finalmente dal testo della Direttiva 2022/2041 in materia di salari minimi adeguati³⁶, oltre

³³ CONSIGLIO DI STATO, *ult. op. cit.*, 27.

³⁴ Da ultimo, E. CARUSO, *ult. op. cit.*, 889. Nello stesso senso, già E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *DRI*, 2001, 2, 148 ss.

³⁵ Corte Cost. 19 giugno 1998, n. 226, in *cortecostituzionale.it*.

³⁶ Sul punto, si rinvia a G. ORLANDINI, *Clausola di equo trattamento negli appalti pubblici e diritto dell'UE: a che punto siamo?*, in *RGL*, 2024, 1, 22 ss.; O. RAZZOLINI, *ult. op. cit.*, 10 ss.

che dalla recente riapertura del dibattito sul piano eurounitario³⁷, da inserirsi nell'ambito di un più generale rinnovamento dello spirito sociale europeo.

4. I subappalti pubblici e la parità di trattamento “ritrovata”

Importanti novità sono state introdotte anche sul fronte del trattamento economico e normativo dei lavoratori impiegati in subappalto, ancora una volta aprendo al superamento dei problemi di *dumping* caratteristici del precedente Codice.

Nelle catene più lunghe, letto insieme alla clausola sociale prevista dall'art. 30, co. 4, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, l'art. 105, relativo ai subappalti, non impediva all'appaltatore principale di spezzettare il servizio «affidandolo a subappaltatori che applicano un CCNL diverso, pur se sempre coerente con l'oggetto dell'appalto, risparmiando nelle retribuzioni»³⁸. In altre parole, il vecchio codice non impediva di perseguire tramite il frazionamento del servizio e l'applicazione di diversi contratti collettivi (comunque, coerenti con l'oggetto dell'attività subappaltata) la ricerca del risparmio, a detrimento delle condizioni di lavoro e con pieno sacrificio della parità di trattamento fra lavoratori impiegati nella medesima catena.

Al fine di superare tale uso della contrattazione collettiva come strumento di *dumping*, il nuovo Codice impone la “parità di trattamento” tra i dipendenti impiegati dall'appaltatore e quelli impiegati in subappalto.

A dire il vero, il principio non è una novità del nuovo codice, dal momento che lo stesso era già introdotto dalla riforma del 2021³⁹. Il Decreto Semplificazioni conteneva, tuttavia, una formulazione che si prestava ad interpretazioni restrittive, dal momento che il tenore letterale della disposizione sembrava limitare l'operatività della regola di parità di trattamento alle sole ipo-

³⁷ R. CARANTA, *Sustainability takes centre stage in public procurement*, in *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 2023, 85, 41 ss.

³⁸ CGSSE, *ult. op. cit.*, 14.

³⁹ G.A. RECCHIA, *Public procurement and subcontracting in Italy: a “work in progress” between social protection and the compatibility with the European competition principles*, in S. BORELLI, N. CASTELLI, S. GUALANDI, G.A. RECCHIA, T. SCHULTEN (a cura di), *Social clauses in the implementation of the 2014 public procurement directives*, Brussels, 2021, 55.

tesi in cui «le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto ovvero riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale»⁴⁰.

La nuova formulazione del principio, adottata dall'art. 119, co. 12, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, supera tale limite applicativo, non lasciando dubbi sulla portata generale della parità di trattamento. Il nuovo codice impone, infatti, l'obbligo al subappaltatore di applicare trattamenti economici e normativi non inferiori rispetto a quelli che avrebbe applicato l'appaltatore-subappaltante al proprio personale dipendente, in ragione del contratto nazionale dal medesimo applicato, a prescindere dall'oggetto del subappalto.

Allorquando, invece, le attività in subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'appalto principale (vale a dire laddove si realizzino le condizioni a cui, in passato, veniva condizionata la parità di trattamento), l'art. 119, co. 12, secondo periodo, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 prevede un ulteriore rafforzamento del vincolo di parità di trattamento. Si impone, infatti, al subappaltatore non solo l'obbligo di garantire le medesime tutele, ma anche quello di applicare il medesimo contratto collettivo del contraente principale.

Tali novità, insieme all'introduzione dei vincoli già esaminati, sembrano, finalmente, far venir meno l'opportunità di frammentare il servizio al solo fine di ottenere un risparmio dei costi, a discapito del trattamento dei lavoratori, tanto più che tutti i soggetti della catena sono resi responsabili del rispetto di tale regola.

L'art. 102 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 richiede, infatti, all'appaltatore di farsi carico dell'impegno di garantire l'applicazione del contratto collettivo, come individuato ai sensi dell'art. 11, «nonché garantire le stesse tutele economiche e norma-

⁴⁰ Come letteralmente previsto dall'art. 105, co. 14, del d.lgs. n. 50 del 2016. Sul punto v. A. BOSCATI, *ult. op. cit.*, 153; D. GAROFALO, *ult. op. cit.*, 5. Tale interpretazione è stata avallata anche dall'Ispettorato del Lavoro, secondo il quale, solo qualora fossero ricorse tali condizioni previste dalla legge, il testo dell'art. 105, co. 14, come rivisto dal Decreto Semplificazioni, avrebbe imposto in capo al subappaltatore «l'obbligo di "riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale" in relazione alle medesime attività lavorative»; così, in INL, nota n. 1507 del 6 ottobre 2021.

time per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare»⁴¹.

Inoltre, nell'ambito dei principi generali dettati dall'art. 11, al co. 5 si prevede che: «Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano, in tutti i casi, che le medesime tutele normative ed economiche siano garantite ai lavoratori in subappalto». Si impone, così, anche sulla stazione appaltante un dovere di vigilanza e garanzia sui trattamenti dei lavoratori impiegati nella catena⁴², particolarmente apprezzabile nonostante l'assenza di specifica sanzione.

Non può, infine, sottacersi che la scelta di reintrodurre la parità di trattamento segna anche una distanza importante rispetto al regime di tutele, ad oggi, esistenti nell'ambito degli appalti privati, ove l'assenza della parità di trattamento è avvertita ormai dal 2003⁴³.

Neppure la più recente riforma in materia, operata dal d. l. 2 marzo 2024, n. 19, ha reintrodotta tale principio nel settore privato. Il decreto legge, emanato anch'esso in attuazione del PNRR, impone il rispetto dei contratti collettivi coerenti con le attività appaltate, secondo una tecnica simile a quella riscontrabile nel settore pubblico. Tuttavia, perdendo l'occasione di reintrodurre anche nel settore privato il principio di parità di trattamento⁴⁴, il decreto ha preferito estendere il campo di applicazione della responsabilità solidale, così confermandone una sempre maggiore centralità come strumento di tutela nel settore privato⁴⁵.

⁴¹ M. GIACONI, *ult. op. cit.*, 60.

⁴² O. RAZZOLINI, *Relazione generale*, in CGSSE, *Relazione annuale 2023 sull'attività svolta nell'anno 2022, 2023*, 26.

⁴³ Sulla critica abrogazione della parità di trattamento e la riforma relativa agli appalti privati, per tutti, v. M. NICOLOSI, *Il lavoro esternalizzato*, Torino, 2012, 9 ss. e spec. 184 ss.

⁴⁴ Su tale opportunità, v. A. BELLAVISTA, *Appalti e tutela dei lavoratori*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 454/2022, 7 ss.; A. RICCOBONO, "Tutela dei crediti di lavoro e responsabilità solidale nel "contratto di logistica integrata"", in *LG*, 2023, 4, 374.

⁴⁵ Così, A. RICCOBONO, *Logistica e diritti dei lavoratori nelle catene di valore: prospettiva qualificatoria e recenti novità legislative*, in *VDTL*, 2024, 462. Per un'analisi del decreto, v. A. BELLAVISTA, *Le catene di appalti e la tutela dei lavoratori*, in *DML*, 2024, 1, 80 ss.

5. La tutela a fronte della mancata percezione delle retribuzioni: le peculiari forme di responsabilità solidale

La tutela della posizione retributiva del lavoratore viene attuata dal codice anche tramite l'imposizione dell'obbligo in capo alla stazione appaltante di sostituirsi all'appaltatore (o, nella sola ipotesi di pagamento diretto, al subappaltatore), allorquando si verificano ritardi nella corresponsione delle retribuzioni.

L'art. 11, co. 6, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, prevede, infatti, che, laddove venga a conoscenza di ritardi ingiustificati nel pagamento delle retribuzioni, la pubblica amministrazione debba pagare, anche in corso d'opera, direttamente ai lavoratori le retribuzioni arretrate, detraendo il relativo importo dalle somme dovute all'affidatario del contratto ovvero dalle somme dovute al subappaltatore inadempiente nelle ipotesi in cui sia previsto il pagamento diretto, elencate dall'art. 119, co. 11.

Il meccanismo, già presente nel Codice del 2016 e, con le dovute differenze, già riconducibile al Codice del 2006, rappresenta un *unicum* nel panorama giuridico italiano⁴⁶, che consente (o, meglio, impone) alla stazione appaltante di sostituirsi all'ente appaltatore nel pagamento delle retribuzioni ai lavoratori, nelle ipotesi di inadempimento.

Nonostante la sua importanza sul piano della tutela della posizione retributiva e contributiva dei lavoratori, va, comunque, sottolineato che lo strumento ha anche la finalità di garantire la regolarità dell'appalto⁴⁷. Tant'è che, al pari dell'azione diretta esercitabile dai lavoratori *ex art. 1676 c.c.*, il rimedio è applicabile fintanto che esista ancora un debito della stazione appaltante nei confronti dell'appaltatore o del subappaltatore.

Il Codice non prevede, invece, alcuno strumento a tutela dei crediti retributivi dei lavoratori, che siano vittime di significativi ritardi nella percezione della retribuzione o, nei casi più drammatici, di mancati pagamenti, per ragioni imputabili ad un inadempimento della stessa stazione appaltante. Si tratta di una del-

⁴⁶ A. SITZIA, S. CAPONETTI, *La normativa italiana in materia di protezione dei salari*, Roma, 2023, 17.

⁴⁷ D. IZZI, *La responsabilità solidale a tutela del lavoro esternalizzato: qualche spunto dal diritto dell'Unione europea*, in *LD*, 2016, 1, 47; diversamente E. CARUSO, *ult. op. cit.*, 878, riconosce una duplice natura dello strumento, contestualmente funzionale a garantire la tutela dei lavoratori oltre al risultato amministrativo.

le principali questioni sociali che, insieme al *dumping* salariale e alla instabilità lavorativa, colpisce i lavoratori impiegati in appalti pubblici⁴⁸.

In queste ipotesi, in cui un intervento sostitutivo è evidentemente di per sé impensabile, data la diretta responsabilità della stazione appaltante, il Codice non prevede la diretta esperibilità di un'azione da parte dei lavoratori.

Ciononostante, dal momento che l'art. 12, lett. b, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, prevede che per quanto non espressamente previsto nel codice «alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile», deve ritenersi pacifica la possibilità per i lavoratori di esperire l'azione diretta prevista *ex art.* 1676 c.c.

Tale disposizione fonda una forma di responsabilità solidale tra l'appaltatore ed il subappaltatore, la cui portata, però, è significativamente ridotta rispetto all'art. 29, co. 2, del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, sia dal punto di vista oggettivo che soggettivo.

Per quanto riguarda i crediti, l'azione è esperibile solo con riguardo a quelli maturati durante l'esecuzione dell'appalto⁴⁹.

Sul piano soggettivo, si ritiene che siano legittimati i dipendenti dell'appaltatore nei confronti della stazione appaltante e i dipendenti del subappaltatore nei confronti dell'appaltatore/subcommittente. Si esclude, invece, la legittimazione passiva della stazione appaltante per i crediti vantati nei confronti dell'appaltatore⁵⁰.

⁴⁸ Così emerge dal report della Commissione di Garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, relativo al rapporto tra appalti e conflitto nei settori di applicazione della l. 12 giugno 1990, n. 146; v. CGSSE, *Appalti e conflitto ecc.*; per un commento al report v. O. RAZZOLINI, *Appalti e conflitto collettivo: note a margine del dossier della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in G. PROIA, *Appalti e lavoro: problemi attuali*, Torino, 2022, 67 ss. Un settore ove particolarmente si sono manifestati questi problemi è quello dell'igiene ambientale, O. RAZZOLINI, D. ANDREUTTO, T. SORBELLO, *Il conflitto nel settore dell'igiene ambientale: evidenze empiriche d'un'Italia divisa in due*, in *DLRI*, 2020, 166, 2, 401.

⁴⁹ G. GAROFALO, *ult. op. cit.*, 120.

⁵⁰ Sul punto v. L. FERLUGA, *La tutela dei lavoratori e il regime della responsabilità solidale nel contratto di appalto alla luce delle recenti (e forse ultime) modifiche*, in *VTDL*, 2018, 2, 407 ss.; G. GAROFALO, *La responsabilità solidale*, in *ID* (a cura di), *Appalti e lavoro*, II, Torino, 2017, 119-120.

In assenza di ulteriori indicazioni del codice, deve ritenersi altresì applicabile il regime dettato dall'art. 29, co. 2, del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, con i limiti soggettivi già riconosciuti dalla giurisprudenza di legittimità, che ne ha limitato l'operatività, in assenza di riferimenti legislativi, alle ipotesi in cui la stazione appaltante sia un soggetto di natura privatistica.

Nella vigenza dei precedenti codici, la giurisprudenza ha, infatti, riconosciuto l'applicabilità dell'art. 29, co. 2, e, dunque, la responsabilità solidale della stazione appaltante, sulla scorta della considerazione per cui l'apparato previsto dai codici degli appalti pubblici, pur prevedendo specifiche disposizioni a tutela dei lavoratori, «non contenga una disciplina di legge autosufficiente, in sé esaustiva né *aliunde* integrabile: al contrario, esso è compatibile con disposizioni ad esso esterne»⁵¹. Tale ragionamento è, tuttavia, stato adottato dai giudici per estendere il regime privatistico della responsabilità solidale, nelle sole ipotesi in cui la stazione appaltante sia un soggetto di natura privata, ma sia comunque assoggettata alla disciplina dei contratti pubblici, in ragione della presenza di una partecipazione pubblica.

Nonostante le medesime ragioni di tutela dei crediti dei lavoratori sembrano riscontrabili a prescindere dalla natura pubblica o privata della stazione appaltante, la giurisprudenza ha, invece, sempre escluso l'applicabilità del regime di solidarietà allorché la stazione appaltante abbia natura pubblicistica.

Tale esclusione è stata motivata sulla scorta dello specifico limite dettato dall'art. 1, co. 2, del 30 marzo 2001, n. 165⁵², ol-

⁵¹ Cass. 13 ottobre 2022, n. 30100 in *DeJure*.

⁵² Tale soluzione negativa è stata adottata da Cass. 7 luglio 2014, n. 15432, in *onelegale.wolterskluwer.it*, che aveva, in realtà, escluso l'estendibilità della regola di solidarietà sulla scorta della considerazione per cui «a garanzia dei crediti retributivi e contributivi dei lavoratori impegnati negli appalti- o nei subappalti - pubblici sono previsti specifici strumenti che, se attivati nei tempi e nei modi prescritti, consentono agli interessati di avere direttamente dall'amministrazione committente il pagamento delle retribuzioni dovute dal loro datore di lavoro anche in corso d'opera». Ne conseguiva che, in caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni o dei contributi dovuti al personale dipendente dall'esecutore o dal subappaltatore, o dai soggetti titolari di subappalti i lavoratori avrebbero dovuto avvalersi degli speciali strumenti di tutela previsti dal Codice dei contratti pubblici, cioè, nella vigenza del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, degli artt. 4 e 5 del d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, recante il Regolamento di esecuzione ed attuazione del suddetto codice. Tale posizione è stata, poi, superata dalla successiva giurisprudenza di legittimità, benché solo con riguardo all'ipotesi in cui gli enti appaltatori siano soggetti privati; così in

tre che della supposta incompatibilità del regime di solidarietà, dettato dall'art. 29, co. 2, del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, con il sistema di contrattazione pubblica e, in particolare, con il principio per cui gli enti non possano sottoscrivere contratti che potrebbero comportare esborsi non previsti⁵³.

Ma si tratta di una soluzione che, forse, meriterebbe di essere rivista, anche solo in via giurisprudenziale, data la centralità che sempre più la responsabilità solidale ha acquisito nel nostro sistema come meccanismo di tutela generale a fronte della frammentazione d'impresa⁵⁴. Ciò tanto più se si pensa che l'assetto finora delineato dalla giurisprudenza crea disparità di trattamento tra i lavoratori impiegati in appalti pubblici, condizionandone la tutela alla natura pubblica o privata della stazione appaltante.

Il regime di responsabilità solidale, dettato dall'art. art. 29, co. 2, è, invece, applicabile tra appaltatore e subappaltatore, per i crediti retributivi e contributivi vantati dai lavoratori dipendenti dal sub-committente, per espressa previsione legislativa. Come già l'art. 105, co. 8, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nell'alveo del nuovo codice l'art. 119, co. 6, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, prevede, infatti, che «L'aggiudicatario è responsabile in solido con il subappaltatore per gli obblighi retributivi e contributivi, ai sensi dell'articolo 29 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276».

Anche in questo caso, però, la disciplina non è del tutto priva di criticità, ed anzi ripropone alcuni problemi del vecchio Codice.

Al pari di quanto già previsto dal Codice del 2016, l'art. 119, co. 6, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 prevede, infatti, che l'appaltatore sia liberato dalla responsabilità solidale per i crediti retributivi e contributivi del lavoratore impiegato in subappalto nei casi previsti dall'art. 119, co. 11, lett. a e c, vale a dire nelle ipotesi in cui la stazione appaltante corrisponde di-

Cass. 24 maggio 2016, n. 10731, in *DeJure*, con riguardo ad un'ipotesi in cui stazione appaltante era Trenitalia s.p.a., e, più di recente, in Cass. 13 ottobre 2022, n. 30100, cit., che ha riconosciuto l'azionabilità del rimedio contro Anas S.p.A.

⁵³ Così, L. FERLUGA, *ult. op. cit.*, 407 ss.

⁵⁴ Oltre che al citato d. l. 2 marzo 2024, n. 19, il riferimento è anche alla centralità riconosciuta alla responsabilità solidale dalla giurisprudenza costituzionale, che ha elevato la responsabilità solidale a «tecnica di tutela generale»; così O. RAZZOLINI, *ult. op. cit.*, 72, in riferimento a Corte Cost. 7 novembre 2017, n. 254, in *cortecostituzionale.it*.

rettamente al subappaltatore l'importo dovuto per le prestazioni dallo stesso eseguite, in quanto la stessa sia una microimpresa o piccola impresa (lett. a) o su richiesta del subcontraente, laddove la natura del contratto lo consenta (lett. c).

Tali deroghe parrebbero trovare la propria *ratio* nel fatto che, nelle suddette ipotesi, la stazione appaltante eroga direttamente al subcontraente quanto dovuto, lasciando l'appaltatore al di fuori del rapporto.

Ma, se così fosse, ragioni di coerenza avrebbero dovuto spingere ad escludere anche la responsabilità solidale prevista dal primo periodo del comma 6, secondo cui «il contraente principale e il subappaltatore sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante per le prestazioni oggetto del contratto di subappalto». La deroga, al contrario, riguarda solo il secondo periodo, relativo all'estensione della responsabilità solidale per gli obblighi retributivi e contributivi.

Pare trattarsi, dunque, di eccezioni alla regola, introdotte a mero svantaggio del lavoratore e a pieno vantaggio dell'appaltatore.

Dette deroghe, benché già presenti nel precedente, appaiono particolarmente critiche nell'impianto di un codice che ha definitivamente liberalizzato il ricorso al subappalto, facendo venir meno i limiti previsti in passato ed aprendo al cosiddetto «subappalto a cascata»⁵⁵.

In tale impianto, la tutela dei lavoratori impiegati in subappalto può, dunque, realizzarsi solo attraverso la effettività della parità di trattamento e della responsabilità solidale⁵⁶. Al contrario, le dette deroghe alla piena responsabilità solidale sembrano aprire vuoti pericolosi rispetto all'effettiva garanzia dei diritti

⁵⁵ Per dare seguito alle censure rivolte all'Italia dall'Unione Europea, il d.l. 31 maggio 2021, n. 77 ha eliminato i limiti quantitativi previsti per il ricorso al subappalto, i quali, però, contribuivano al rafforzamento della tutela *anti-dumping* prevista dal nostro ordinamento; sul punto v. M. FORLIVESI, *ult. op. cit.*, 630 ss.; G.A. RECCHIA, *op. ult. cit.*, 53; su alcune delle criticità della riforma rispetto alle richieste europee, si rinvia a C. GARILLI, *La recente riforma della disciplina italiana del subappalto nella prospettiva del bid rigging*, in *GC*, 2022, 4, 869 ss. Il nuovo Codice ha definitivamente eliminato il divieto di subappalto a cascata, lasciando alla stazione appaltante la possibilità di definire dei limiti ed eventualmente indicare quali attività debbano essere necessariamente eseguite dall'appaltatore, secondo quanto previsto dall'art. 119, co. 2, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

⁵⁶ Così, G. RICCI, *ult. op. cit.*, p. 619.

dei lavoratori, finendo per condizionare il soddisfacimento dei loro crediti retributivi alla solvibilità di piccole e microimprese.

6. Tutela del trattamento retributivo negli appalti: a che punto siamo?

A prescindere dai problemi relativi all'assenza di una piena responsabilità solidale, è chiaro che il mancato pagamento delle retribuzioni, più che dall'assenza di strumenti legislativi idonei, nasce dalle prassi delle amministrazioni pubbliche. Del resto, l'effettiva tutela della posizione retributiva, a fronte dei ritardi nei pagamenti, passa necessariamente dalla capacità della stazione appaltante di vigilare sulla corretta esecuzione dell'appalto e sul pagamento delle retribuzioni, eventualmente anche intervenendo in sostituzione, nonché dalla sua stessa tempestività nel pagare le commesse dovute agli appaltatori e, più in generale, di saper ben gestire la cosa pubblica.

Allo stesso modo, nonostante gli importanti passi avanti compiuti dal nuovo codice nel contrasto al *dumping*, molto dell'effettivo contrasto al lavoro povero nelle catene di appalti pubblici dipenderà dalle scelte delle stazioni appaltanti, chiamate a selezionare i contratti collettivi da applicare e a verificare le dichiarazioni di equivalenza, godendo, in entrambe tali valutazioni, di un ampio margine di discrezionalità.

Del resto, se l'ordinamento giuridico può essere un forte incentivo all'uso della contrattazione pubblica in maniera conforme a fini sociali, non può negarsi che un ruolo centrale sia rivestito dall'agire dell'amministrazione⁵⁷.

Non è certo la prima volta che uno strumento giuridico mostra un'attenzione all'uso sociale degli appalti pubblici. Un'apertura all'uso socialmente responsabile del *procurement* pubblico è stata comunemente riconosciuta già alla Direttiva del 2014 ed al successivo Codice del 2016⁵⁸. Ma ciò non ha impedito, nella prassi, la diffusione di forme di lavoro povero e finanche

⁵⁷ E.K. SARTER, *Contracted Vulnerability? Job Quality, Service quality, and Public Procurement of Services*, in O. BENJAMIN, S.N. NYECK (eds.), *Gender, Vulnerability Theory and Public Procurement*, Oxon, New York, 2024, p. 74.

⁵⁸ Per tutti, si veda M. GIACONI, *L'impiego strategico degli appalti pubblici alla luce del d.lgs. 50/2016*, Canterano (RM), 2019.

di vero e proprio sfruttamento lavorativo nelle catene di appalti pubblici.

Anche a fronte di un codice che eleva la tutela del lavoro a principio, non è affatto detto che l'agire amministrativo sarà orientato, sempre e comunque, al perseguimento di fini sociali.

Senz'altro incoraggiante, appare, comunque, la recente presa di posizione di alcuni enti locali che hanno previsto un criterio ulteriore di aggiudicazione delle gare pubbliche, imponendo alle stazioni appaltanti il rispetto di un salario minimo pari a 9 euro l'ora⁵⁹. A prescindere dal merito della scelta della tariffa salariale minima, è evidente che ciò testimonia, finalmente, anche una presa di coscienza da parte delle stazioni appaltanti della loro capacità di incidere sui trattamenti anzitutto economici dei lavoratori coinvolti negli appalti dalle stesse indette.

Non può che sperarsi che tale consapevolezza si riverberi anche nel resto dell'agire delle pubbliche amministrazioni.

⁵⁹ Un esempio è offerto dalla delibera della giunta del Comune di Firenze del 18 marzo 2024, relativa alla *Tutela della retribuzione minima salariale nei contratti del Comune di Firenze*; sul punto v. G. PIGLIALARMÌ, *Retribuzione e appalti pubblici: alcune considerazioni sulla recente "rivolta" dei Comuni*, in *Bollettino ADAPT* 25 marzo 2024, n. 12.

SEZIONE TERZA

LA DIRIGENZA PUBBLICA TRA AUTONOMIA
E RESPONSABILITÀ

ANDREA SGROI

ONNICOMPRESIVITÀ E RISERVA COLLETTIVA DEL TRATTAMENTO ECONOMICO: QUALI PROSPETTIVE PER LA DIRIGENZA PUBBLICA?

SOMMARIO: 1. Il trattamento economico della dirigenza nel processo di riforma della p.a. – 1.1. L'art. 24 Tupi. – 2. Il binomio tra riserva collettiva e onnicomprensività del trattamento economico. – 3. L'onnicomprendività della retribuzione. – 4. Le deviazioni dal modello. Il caso delle 'attività tecniche incentivabili'. – 5. I riflessi della fidelizzazione della dirigenza sulla 'tenuta' dell'art. 24 Tupi. – 5.1. Le 'clausole di salvaguardia economica'. – 6. Quali prospettive per la dirigenza?

1. Il trattamento economico della dirigenza nel processo di riforma della p.a.

La questione del trattamento economico da riservare alla dirigenza rappresenta un tema centrale del dibattito relativo alla riforma del lavoro nelle p.a., sin dai suoi primordi.

Costituisce una testimonianza, in tal senso, il cd. Rapporto Giannini. Nel denunciare il verificarsi di un mortificante 'appiattimento' delle retribuzioni dei dirigenti negli anni successivi alla riforma del 1972¹, lo studioso evidenziava come la conseguenza prima della 'politica dei redditi' - messa in atto con il d.p.r. 30 giugno 1972, n. 748 - sarebbe stata "l'esodo di persone provvedute" dai ruoli dell'Amministrazione e prospettava un assetto del tutto differente: una volta consolidato l'accesso per pubblico concorso alla qualifica manageriale, sarebbe stato necessario

¹ Per una valutazione di sintesi sul d.p.r. 30 giugno 1972, n. 748, si rinvia a C. D'ORTA, *La riforma della dirigenza: dalla sovrapposizione alla distinzione fra politica e amministrazione?*, in *RTDP*, 1994, 162 ss.

“attribuire ai dirigenti un trattamento non difforme da quello dei dirigenti di imprese private”².

In buona sostanza, l’abbandono del modello weberiano del pubblico funzionario di carriera, che aspira ad una progressione meccanica “se non degli uffici, almeno nei gradi e nello stipendio”³, in favore della moderna dirigenza, dipendeva anche da una diversa modulazione del trattamento economico del nuovo vertice dell’amministrazione.

Difatti, nell’assetto precedente l’avvio del processo di riforma del lavoro nelle p.a., dominato dal tradizionale principio legalitario-burocratico, la dinamica retributiva era totalmente vincolata alla carriera, salvo il meccanismo degli scatti di anzianità⁴. Nel d.p.r. 30 giugno 1972, n. 748 tale approccio non era affatto superato: il trattamento economico dei neoistituiti dirigenti, comprensivo di stipendio e indennità varie, era rigidamente predeterminato dalla legge e variava in ragione della qualifica dirigenziale posseduta (artt. 47, 48 e 49), il cui conferimento era fortemente condizionato dal turno di anzianità (artt. 22 e 24)⁵. In quel frangente, l’attenzione del legislatore non era ancora rivolta alla scelta della fonte a cui assegnare la regolazione del lavoro nelle p.a. Piuttosto, era avvertita la necessità di porre fine alla cd. giungla dei trattamenti economici e normativi della legislazione precedente, mettendo così ordine nella disciplina del pubblico impiego⁶.

La materia retributiva è stata tra le prime ad essere demandate alla competenza della contrattazione collettiva, durante la stagione della cd. ibridazione normativa, per effetto dell’art. 2, c. 2 l. 29 marzo 1983, n. 93 (cd. legge quadro). Sono noti, tuttavia, i limiti che hanno caratterizzato quel modello e, in particolare, la proliferazione di leggi in deroga alla disciplina generale, nonché la subordinazione dell’efficacia degli accordi al recepimento con d.p.r., sicché questi erano sottoposti al controllo

² M. S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell’amministrazione dello Stato*, Roma, 1979, 18, ora reperibile in *eticaPa.it*.

³ M. WEBER, *Sociologia del potere*, ried. Milano, 2014, 42.

⁴ A. GARILLI, *Profili dell’organizzazione e tutela della professionalità nelle pubbliche amministrazioni*, in *GDLRI*, 2004, 101, 1, cit., 107.

⁵ Sul punto, A. M. SANDULLI, *Diritto amministrativo*, XIV ed., I, Napoli, 1984, 322 ss.

⁶ V., *infra*, par. II.

della magistratura contabile e sindacabili innanzi al giudice amministrativo⁷.

Nel riformare lo statuto economico dei dirigenti, il legislatore della prima privatizzazione si è mosso lungo tre direttrici d'intervento.

Anzitutto, per quanto concerne il 'concorso delle fonti' nella determinazione del trattamento economico, lo sviluppo di relazioni sindacali il quanto più possibile improntate alle logiche di funzionamento del settore privato, anche nell'area dirigenziale, imponeva il definitivo abbandono del sistema unilaterale di determinazione dei compensi, in favore della regolazione collettiva⁸. Tuttavia, il rinvio alla contrattazione non si è risolto in una 'delega in bianco' alle parti sindacali, per assicurare il soddisfacimento di due differenti esigenze.

Per un verso, poiché il compenso dei *managers* è indicatore dell'attrattività del settore pubblico e della sua capacità di trattenerne i migliori talenti nelle posizioni con alti livelli di responsabilità nelle p.a., occorre ancorare lo stesso all'importanza dell'incarico ricoperto dal dirigente, a garanzia della sua professionalità. D'altra parte, anche la contrattualizzazione della dirigenza, così come quella del restante personale delle p.a., doveva essere armonica con l'obiettivo di "razionalizzare il costo del lavoro pubblico, contenendo la spesa complessiva per il personale, diretta e indiretta, entro i vincoli di finanza pubblica"⁹.

Il legislatore ha dunque investito la contrattazione del compito di definire la retribuzione dei dirigenti, ma all'interno di una cornice normativa particolarmente dettagliata. Già nella sua formulazione originaria, infatti, l'art. 24 d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 incaricava le parti sindacali di correlare il trattamento accessorio alle "funzioni attribuite e alle connesse responsabilità" e demandava ad atti unilaterali dell'amministrazione la graduazio-

⁷ G. ZILIO GRANDI, *Il trattamento economico dei dirigenti pubblici tra legge, contrattazione e giurisprudenza*, in *LD*, 2002, 4, 554; F. LISO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Commentario diretto da F. CARINCI - D'ANTONA, 2^a ed., I, Milano, 2000, 180 ss.

⁸ Così come l'introduzione di un sistema di regole volte a garantire l'autonomia dirigenziale, anche la disciplina delle relazioni sindacali pubbliche era preordinata alla creazione di una vera figura datoriale nelle p.a.; v. A. BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, in *GDLRI*, 2010, 1, p. 92.

⁹ Art. 1, c. 1, lett. b), d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29.

ne di queste, ai fini della corresponsione di tale componente retributiva. Era poi specificato che tali determinazioni dovessero rispettare i criteri e i limiti di finanza pubblica, fissati con atto dall'esecutivo. In quel frangente, era esclusa dalla privatizzazione la dirigenza generale, che restava soggetta al regime del trattamento economico del personale di diritto pubblico, di cui all'art. 2, c. 5 e 7, l. 6 marzo 1992, n. 216¹⁰.

Soltanto a partire dalla seconda fase del processo di riforma, in una con l'adozione di modelli organizzativi per obiettivi¹¹, è stata avvertita altresì la necessità di correlare il trattamento retributivo del dirigente al perseguimento degli *standard* di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, mediante l'introduzione dei *performance-related payments*¹². Tale aspetto della disciplina in commento ha subito decisive trasformazioni per effetto del d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150 (cd. Riforma Brunetta), mediante l'enunciazione per legge dei criteri a cui la fonte pattizia deve attenersi nella regolazione della componente legata al risultato¹³.

Altri interventi, coevi e successivi alla Riforma Brunetta, hanno introdotto stringenti condizionamenti alle dinamiche della contrattazione sulla parte economica, pur senza intaccare la struttura della retribuzione del dirigente¹⁴.

¹⁰ V., *infra*, par. 1.1.

¹¹ Ispirati al cd. *New Public Management* (NPM); sul contenuto di tale teoria, fin troppo noto, si rinvia G. GRUENING, *Origin and theoretical basis of new public management*, in *International Public*, 2001, 4, 1, 1 ss.

¹² Ossia di componenti del trattamento economico commisurate ai risultati raggiunti dal dirigente, nel suo duplice ruolo di lavoratore subordinato e datore di lavoro pubblico; v. OECD, *Public Sector Compensation in Times of Austerity*, Paris, 2012, 69. In dottrina, V. LUCIANI, *Il trattamento economico dei dirigenti pubblici*, in L. FIORILLO – A. PERULLI (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Torino, 2012, 880.

¹³ Nel contesto di una riforma complessiva dei sistemi di valutazione; A. GARILLI, *Il dirigente pubblico e il sistema di misurazione e valutazione della performance organizzativa della P.A.*, in *GI*, 2010, 12, 2715. Si potrebbe affermare, pertanto, che anche la tematica retributiva sia stata coinvolta, pur con un minor grado di intensità, nel processo di rilegificazione operato dal d.lgs. n. 150/2009. Per un approfondimento, v. A. BELLAVISTA - A. GARILLI, *Riregolazione legale e decontrattualizzazione: la neoibridazione normativa del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *LPA*, 2010, 1, 21 ss.

¹⁴ Si fa riferimento, ad esempio, all' art. 3, c. 44, l. 24 dicembre 2007, n. 244 che ha fissato, per il trattamento economico di tutti i dipendenti pubblici, un tetto massimo *per relationem*, nonché all'art. 5, c. 7, l. 7 agosto 2012, n.

Paradigmatico, in questo senso, è il cd. blocco della contrattazione, imposto dal legislatore per far fronte alle conseguenze della crisi del debito sovrano europeo, unitamente ad altre misure di contenimento della spesa per il personale¹⁵. Introdotta dall'art. 9, c. 17, d.l. 31 maggio 2010, n. 78 e più volte prorogata dal legislatore, la sospensione della negoziazione collettiva è terminata per effetto della sentenza 24 giugno 2015, n. 178, con cui la Corte costituzionale ne ha dichiarato l'illegittimità sopravvenuta¹⁶.

1.1. L'art. 24 Tupi

Conseguenza di tale stratificazione normativa è che l'art. 24 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (d'ora in poi Tupi)¹⁷, nell'attuale formulazione, assegna al contratto collettivo la determinazione del trattamento retributivo del personale dirigenziale, ancorando la parte accessoria dello stesso non solo alle funzioni attribuite e alle connesse responsabilità, ma anche ai risultati conseguiti¹⁸. È poi specificato che parte relativa ai risultati deve costituire almeno il 30% della retribuzione complessiva del dirigente (fatta esclusione della dirigenza del Ssn). Essa non

135, che ha posto un limite massimo alla contrattazione sui buoni pasto. Nel dettaglio, V. LUCIANI, op. cit., 882-883.

¹⁵ Sul nesso tra crisi economica e riduzione del costo del lavoro pubblico, L. DENTICI, *La retribuzione nel lavoro pubblico in tempi di crisi*, in *LPA*, 2019, 4, 60; G. RICCI, *La retribuzione in tempi di crisi: diritto socialefondamentale o variabile dipendente?*, in B. CARUSO – G. FONTANA (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, Bologna, 2015, 200 ss.

¹⁶ Sul punto, si rinvia a L. ZOPPOLI, *Una sentenza interpretativa di accoglimento con manipolazioni temporali relative allo ius novum*, in *GDRI*, 2017, 185 ss.

¹⁷ Ai sensi dell'art. 27 Tupi, i principi affermati dall'art. 24 rientrano tra quelli cui “le regioni a statuto ordinario, nell'esercizio della propria potestà statutaria, legislativa e regolamentare, e le altre pubbliche amministrazioni, nell'esercizio della propria potestà statutaria e regolamentare”, devono conformarsi.

¹⁸ Ai sensi dell'art. 24, c. 1 cit., “la graduazione delle funzioni e responsabilità ai fini del trattamento accessorio è definita, ai sensi dell'articolo 4, con decreto ministeriale per le amministrazioni dello Stato e con provvedimenti dei rispettivi organi di governo per le altre amministrazioni o enti, ferma restando comunque l'osservanza dei criteri e dei limiti delle compatibilità finanziarie fissate dal Presidente del Consiglio dei ministri, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze”.

può essere corrisposta se l'amministrazione di appartenenza non ha provveduto a introdurre il sistema di valutazione della *performance*¹⁹.

Anche la dirigenza cd. apicale è stata coinvolta in tale trasformazione, sia pur mediamente. Sebbene sia stabilito nel contratto individuale, il trattamento economico fondamentale dei *top managers* è ancorato ai "valori economici massimi contemplati dai contratti collettivi per le aree dirigenziali"²⁰.

Il regime appena descritto dev'essere coordinato con l'art. 19, c. 2 TUpi, ove è stabilito che il compenso del singolo dirigente è definito, nel rispetto dei principi dettati dall'art. 24 del Testo Unico, con il contratto accessivo al provvedimento di conferimento dell'incarico. Nonostante la determinazione del trattamento economico sia formalmente assegnata a quest'ultimo negozio, non sembra che nell'assetto, così delineato, residui spazio per l'autonomia individuale. Si è visto, infatti, che il trattamento fondamentale è sempre determinato, direttamente o mediamente, dalla contrattazione collettiva, mentre la commisurazione della componente accessoria è demandata vuoi alla contrattazione vuoi ad atto unilaterale dell'amministrazione, a seconda del ruolo dirigenziale di riferimento²¹.

A chiusura del sistema, l'art. 24, c. 3 TUpi sancisce il principio di onnicomprensività, in forza del quale la retribuzione "retribuira tutte le funzioni ed i compiti attribuiti ai dirigenti in base a quanto previsto" dal Testo unico, nonché "qualsiasi incarico ad essi conferito in ragione del loro ufficio o comunque conferito dall'amministrazione presso cui prestano servizio o su designazione della stessa"²². Nel solo caso in cui i compensi siano dovuti da terzi, la disposizione prevede che le spettanze economiche siano versate direttamente all'amministrazione di apparte-

¹⁹ Art. 45, comma 1, lett.re a) e b), d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, che ha modificato l'art. 24, c. 1 TUpi. Per un'ampia disamina, M. NICOLOSI, *Il trattamento economico*, in M. NAPOLI A. GARILLI (a cura cli), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo*, Padova, 2013, 93 ss.

²⁰ Con d.p.c.m. sono stabiliti i criteri per l'individuazione dei trattamenti accessori massimi, secondo i criteri di contenimento della spesa, di uniformità e perequazione; si veda l'art. 16, c. 2 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, poi trasposto nell'art. 24, c. 2 TUpi. Sul punto, v. R. SANTUCCI, *Il trattamento economico nel lavoro pubblico contrattualizzato*, in *VTL*, 2020, 2, 311.

²¹ F. CARINCI, A. BOSCATI, S. MAINARDI, *Diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Assago, 2021, 130.

²² Art. 24, c. 3 TUpi.

nenza e confluiscono “nelle risorse destinate al trattamento economico accessorio della dirigenza”. Analogamente, i compensi assegnati da norme speciali ai dirigenti, appartenenti ai ruoli di cui all’art. 23 Tupi o ad essi equiparati, sono da ritenersi assorbiti nel trattamento economico ordinario, di cui all’art. 24 cit.²³. Pertanto, anche tali risorse “confluiscono in appositi fondi istituiti presso ciascuna amministrazione”, ai fini della corresponsione della retribuzione accessoria per il personale dirigenziale²⁴.

2. Il binomio tra riserva collettiva e onnicomprensività del trattamento economico

La nascita dell’istituto dell’onniconcomprensività precede la contrattualizzazione del lavoro pubblico. Invero, nel determinare la retribuzione dei dirigenti dello stato, il d.p.r. 30 giugno 1972, n. 748 aveva vietato la corresponsione agli stessi “di ulteriori indennità, proventi o compensi dovuti a qualsiasi titolo in connessione con la carica o per prestazioni comunque rese in rappresentanza dell’Amministrazione di appartenenza”, eccezion fatta per l’ipotesi in cui tali emolumenti avessero “carattere di generalità per tutti gli impiegati civili dello Stato” (art. 50).

In un contesto fortemente caratterizzato dal compromesso politico sindacale sui contenuti delle riforme²⁵, l’introduzione di tale principio è stata interpretata come il ‘prezzo’ pagato dai dipendenti apicali dell’amministrazione dello Stato, in cambio di un miglioramento delle loro condizioni retributive; ciò al fine di assicurare un controllo sulle voci di costo relative alla spesa per il personale apicale²⁶. La disposizione in commento ha infatti costituito lo strumento prescelto dal legislatore dell’epoca per mettere fine alla cd. giungla dei trattamenti economici dei dipendenti pubblici²⁷, garantendo così l’applicazione

²³ Art. 24, c. 7 Tupi.

²⁴ Art. 24, c. 8 Tupi.

²⁵ Sulle relazioni politico sindacali del settore pubblico di quegli anni, si rinvia a A. GARILLI, *Dove va il pubblico impiego*, in *JUS*, 2010, 3, 451.

²⁶ G. CORREALE, *La regola dell’onniconcomprensività retributiva*, Napoli, 1976, 208.

²⁷ Sulla rilevanza rivestita da tale fenomeno, v. *Relazione della Commissione parlamentare d’inchiesta sulle strutture, sulle condizioni e sui livelli dei trattamenti retributivi e normativi* (art. 5, legge 11 dicembre 1975, n. 625),

del principio di chiarezza retributiva²⁸.

Date le aspirazioni riposte sul principio di onnicomprensività, non stupisce che la prima giurisprudenza - chiamata a pronunciarsi sul suo campo di applicazione oggettivo - vi attribuisse portata generale, escludendo la retribuibilità separata di ogni attività espletata *ratione officii*²⁹. La Corte costituzionale ha successivamente avallato tale impostazione, precisando però che l'onnicomprendività non potesse "razionalmente avere estensione tale da comprendere ogni e qualsiasi attività che, pure svolgendosi nel quadro statale" non avesse "una connessione o rapporto oggettivo con la funzione primaria del dipendente statale"³⁰.

Il principio di onnicomprensività è sopravvissuto al processo di riforma della p.a., sebbene il mutamento generale dell'assetto delle fonti di determinazione del trattamento economico abbia inciso sulla sua posizione nel sistema³¹. Invero, la correlazione tra onnicomprensività e principio della riserva collettiva del trattamento economico è ormai da tempo rimarcata dalla giurisprudenza contabile. Secondo quest'ultima, con il principio di onnicomprensività "il legislatore ha inteso porre una regola di carattere assolutamente generale", coerente "con l'avvenuta attribuzione alla fonte negoziale (CCNL) della riserva di disciplina della retribuzione del personale con qualifica dirigenziale"; con la conseguenza che il trattamento economico, così congegnato, è da ritenersi comprensivo "di ogni possibile spettanza connessa all'esercizio delle relative funzioni"³².

Si tratta, a ben vedere, di un assetto distonico rispetto a

16.11.1977, in *patrimonio.archivio.senato.it*, 11 e ss. Va precisato che con l. 15 novembre 1973, n. 734 il principio di onnicomprensività è stato esteso a tutto il personale civile dello Stato. In dottrina, v. L. ZOPPOLI, *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, in Id. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2009, 19.

²⁸ Sancito dall'art. 16 della l. 18 marzo 1968, n. 249, mod. l. 2 aprile 1970, n. 775.

²⁹ C. conti 14 novembre 1974, n. 594, in *CS*, 1974, II, pag. 527. Per un'ampia disamina, si vedano le numerose pronunce raccolte in appendice al testo di G. CORREALE, *La regola*, op. cit.

³⁰ C. cost. 14 luglio 1982, n. 130, in *onelegale.it*.

³¹ Il principio di onnicomprensività ha trovato spazio anche nella legge quadro. Segnatamente, l'art. 17, c. 4, l. 29 marzo 1983, n. 93, che "per ogni qualifica funzionale", imponeva alle parti negoziali di fissare "un livello retributivo unitario che deve essere articolato in modo da valorizzare la professionalità e la responsabilità e deve ispirarsi al criterio della onnicomprensività".

³² A. BALDASSARRE, *L'"onnicomprendività" della retribuzione dei lavoratori pubblici nella giurisprudenza contabile ed amministrativa*, in *DLM*,

quello affermatosi nell'ambito del lavoro privato. Con riferimento all'ordinario rapporto di lavoro, la giurisprudenza di legittimità ha infatti negato l'esistenza di un principio generale di onnicomprensività, poiché è affidata all'autonomia collettiva la determinazione della retribuzione e la sua computabilità ai fini dei vari istituti³³. Anzi, tra le argomentazioni allora avanzate per smentire l'esistenza di tale principio, le Sezioni Unite addussero anche l'idoneità di quest'ultimo ad "irrigidire e paralizzare l'autonomia contrattuale nella articolazione della retribuzione, compromettendone, in qualche modo, la capacità di proporcionarla, quanto più possibile alla specificità delle varie situazioni nelle quali si svolge la prestazione lavorativa"³⁴.

Sul punto, la specialità della disciplina relativa al pubblico impiego è giustificata dall'esigenza di gestione razionale del costo del lavoro, sicché è escluso che i dirigenti possano rivendicare spettanze economiche ulteriori³⁵, rispetto a quelle predeterminate dalla contrattazione, laddove la prestazione eseguita sia da ricondurre all'insieme di attività tipicamente riferibili all'incarico ricoperto dal dirigente³⁶.

È fin troppo noto, tuttavia, che proprio la razionalizzazione della spesa relativa al personale manageriale costituisca uno dei grandi obiettivi mancati della riforma del lavoro pubblico. I dati a disposizione testimoniano l'alto importo dei compensi della dirigenza apicale, se comparato con quello degli altri paesi dell'area Ocse³⁷ o esaminato alla luce del costo totale delle retribuizio-

2017, 2, 397, che rinvia a C. Conti, sez. contr. Campania, 30 novembre 2016 n. 348; v. anche C. Conti, sez. giur. Campania, 31 agosto 2011, n. 1396.

³³ Eccezione fatta per l'ipotesi in cui "questi siano direttamente regolati da una norma di legge imperativa che adotti una più vasta nozione della retribuzione base"; v. Cass. 25 maggio 1991, n. 5942, in *onelegale.it*; l'orientamento, ormai consolidato, si è affermato a partire da Cass. 13 febbraio 1984, n. 1081, in *FI*, 1984, 107, 3, 678, con nota redazionale di M. DE LUCA; Cass. 3 aprile 1989, n. 1614, in *CG*, 1989, 8, 864 ss., con nota di A. DE FELICE, *Sull'inesistenza di un principio generale di onnicomprensività della retribuzione*; v. anche Cass. 5 novembre 1998, n. 11137, in *MGI*, 1998; più di recente Cass. 15 gennaio 2013, n. 813, in *onelgale.it*; Cass. 12 novembre 2018, n. 28937, in *CED Cass.*, 2018.

³⁴ Cass. 13 febbraio 1984, n. 1081, cit.

³⁵ C. Stato 4 maggio 2005, n. 173/2004, in *LPA*, 2005, con nota di G. ZILIO Grandi, *Onnicomprensività o "omniretribuibilità" per i dirigenti pubblici?*, 895.

³⁶ C. ZOLI, *Il trattamento economico dei dipendenti pubblici "privatizzati"*, in *GI*, 1994, 3 ss.

³⁷ Si veda OECD, *Government at a glance 2013*, Paris, 2013, 107 e si

ni dei dipendenti pubblici³⁸; si tratta, peraltro, di una tendenza che il blocco della contrattazione collettiva ha attenuato, ma non estinto³⁹.

Le ragioni di tale fallimento sono molteplici: l'erogazione di quote significative del trattamento accessorio tramite meccanismi di valutazione generosi (se non, addirittura fittizi) dell'operato dirigenziale⁴⁰, a discapito di politiche serie di incentivazione del personale⁴¹, oltreché le distorsioni 'consociative' della negoziazione collettiva di area, che si sono spesso risolte in aumenti della dote finanziaria destinata alle retribuzioni⁴². Non vanno altresì trascurate le statistiche relative alla spesa pubblica per il conferimento degli incarichi a pubblici dipendenti e, soprattutto, a soggetti estranei agli organici delle amministrazioni, che certificano "una perdurante dipendenza della p.a. dal mercato delle professionalità esterne"⁴³.

3. L'onnicomprendività della retribuzione

Tra le cause della scarsa resa del regime dei compensi dirigenziali non si può invece annoverare il modo in cui la giurisprudenza ha fatto applicazione del principio di onnicomprensività. Di quest'ultimo i giudici hanno fornito, nel tempo, un'interpretazione particolarmente rigorosa.

In linea generale, il campo d'applicazione oggettivo del-

confronti tale dato con le statistiche più recenti; v., in particolare, OECD, *Government at a Glance 2017*, Paris, 2017, pag. 103.

³⁸ C. conti, *Relazione sul costo del lavoro pubblico 2020*, in *corteconti.it*, 2020, 33 ss.

³⁹ Altrettanto non può dirsi delle retribuzioni dei dirigenti di seconda fascia, assestatesi sulla media europea dopo l'interruzione delle negoziazioni collettive; v. S. OLIVARI, *La divergenza degli stipendi pubblici si attenua, ma resta elevata per i dirigenti*, in *osservatoriocpi.unicatt.it*, 2017.

⁴⁰ MEF, *Le risultanze delle indagini svolte dai Servizi Ispettivi di Finanza Pubblica in materia di spese di personale del comparto Regioni ed Enti locali, con particolare riferimento agli oneri della contrattazione decentrata*, in *aranagenzia.it*, 2011, 45 ss.; ARAN, *Rapporto semestrale ARAN sulle retribuzioni dei pubblici dipendenti*, Roma, 2010, 1, 5.

⁴¹ S. MAINARDI, *Trattamenti economici e incentivazione dei dipendenti pubblici*, in *LDE*, 2024, 1, 3 ss.

⁴² A. BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, op. cit., 125 ss.; F. CARINCI, *Contrattazione e contratto collettivo nell'impiego pubblico "privatizzato"*, in *Biblioteca '20 Maggio'*, 2013, 2, 340 ss.

⁴³ Si veda A. RICCOBONO, *L'Anagrafe delle prestazioni fra trasparenza e apparenza*, in *LPA*, 2024, 1, 39-47.

l'art. 24, c. 3 Tupa, così come interpretato dalla recente giurisprudenza di Cassazione e da quella del Consiglio di Stato⁴⁴, si estende ben oltre la categoria dell'esercizio di funzioni e poteri connessi all'ufficio ricoperto, come invece accadeva nel vecchio regime⁴⁵, poiché comprende anche "qualsiasi incarico conferito dall'Amministrazione di appartenenza o su designazione della stessa"⁴⁶.

Avvalendosi di un perimetro così ampio, la giurisprudenza ha anche escluso la remunerabilità del lavoro straordinario, inteso quale "impegno temporale eccedente rispetto ad orari stabiliti dalla contrattazione collettiva per la prestazione" connessa all'espletamento dell'incarico⁴⁷.

La Cassazione ha altresì statuito che non spetta un corrispettivo ulteriore nell'ipotesi di reggenza di un ufficio dirigenziale temporaneamente vacante da parte di un dirigente che è già titolare di altro incarico; ciò anche nel caso in cui al dirigente di seconda fascia venga assegnato - *ad interim* - un ufficio di livello generale, poiché tale fattispecie non configura esercizio di mansioni superiori, ai sensi dell'art. 2103 c.c.⁴⁸. Invero, la pretesa a

⁴⁴ C. Stato 29 ottobre 2018, n. 6142; C. Stato 21 marzo 2011, n. 1733.

⁴⁵ V., *supra*, Corte cost. 14 luglio 1982, n. 130, cit.

⁴⁶ Tra le più recenti, v. Cass. 12 marzo 2024, n. 6521; Cass. 28 febbraio 2023, n. 6021; Cass. 25 ottobre 2019, n. 27385, tutte reperibili in *onelegale.it*. Nel novero delle ipotesi in cui trova applicazione il principio di onnicomprensività, vanno annoverati anche gli incarichi conferiti *intuitu personae*; v. Cass. 15 maggio 2007, n. 11084, in *LPA*, 2007, 5, II, 923, con nota di G. ZILIO GRANDI, *Ancora sul principio di onnicomprensività per il trattamento economico dei dirigenti pubblici: il punto di vista della Cassazione*; *contra*, v. Cass. 15 gennaio 2019, n. 836, in *LPA*, 2019, 3, 226, con nota di F.V. Ponte, *Riflessioni intorno al principio di onnicomprensività della retribuzione nel pubblico impiego*. In dottrina, sulla retribuibilità separata degli incarichi fiduciari, cfr. A. BOSCATI, S. MAINARDI, V. TALAMO, *Unità 1 – Dirigenza area I*, in F. CARINCI, S. MAINARDI (a cura di), *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni. Dal modello unico ministeriale ai modelli caratterizzanti le diverse amministrazioni*, I, Milano, 2005, 228.

⁴⁷ Cass. 10 dicembre 2019, n. 32264, nonché Cass. 4 novembre 2022, n. 32617 in *onelegale.it*.

⁴⁸ Su quest'ultimo punto, v. Cass. 15 febbraio 2010, n. 3451; Cass. 22 febbraio 2017, n. 4621; Cass. 20 luglio 2018, n. 19442; Cass. 28 febbraio 2020, n. 5546; Cass. 28 febbraio 2020, n. 5546. Invero, nell'ordinamento vigente "la qualifica dirigenziale non esprime più una posizione lavorativa inserita nell'ambito di una carriera e caratterizzata dallo svolgimento di determinate mansioni, bensì esclusivamente l'idoneità professionale del dipendente – che tale qualifica ha acquisito mediante il contratto di lavoro stipulato all'esito

percepire ulteriori compensi è ricollegabile soltanto alla avvenuta stipula del contratto individuale⁴⁹.

Anche laddove l'atto di assegnazione dell'incarico ulteriore venisse dichiarato illegittimo, non sarebbe comunque invocabile la tutela ordinaria di cui all'art. 2126 c.c., atteso che i compiti attribuiti al dirigente sarebbero comunque riconducibili alla qualifica da questi posseduta⁵⁰.

Analogamente, è stata esclusa la duplicazione di poste e compensi nel caso in cui al dirigente apicale venga assegnata una struttura 'complessa', in ragione del fatto che la graduazione del trattamento economico onnicomprensivo, come congegnato dall'art. 24 Tupi, "esprime una flessibilità che naturalmente consente le debite graduazioni dell'(unica) retribuzione"⁵¹.

I giudici sono concordi nel ritenere tale assetto compatibile col principio di proporzionalità quantitativa e qualitativa della retribuzione (art. 36 Cost.), in ragione della lettura che di esso ha fornito la Corte costituzionale. Invero, secondo il giudice delle leggi, la valutazione della congruità della retribuzione ai fini dell'art. 36 Cost. dev'essere effettuata "considerando la retribuzione nel suo complesso, e non in base ai singoli elementi che compongono il trattamento economico"⁵².

Quanto agli effetti che l'ordinamento ricollega al verificarsi delle fattispecie descritte dall'art. 24, c. 3 Tupi, si è distinto tra la prestazione in qualunque modo riconducibile al rapporto con l'amministrazione di appartenenza, che non è remunerabile, da quella svolta per incarico di terzi⁵³. Nel caso in cui la prestazione sia svolta su assegnazione di soggetti diversi dall'amministrazione di provenienza, infatti, l'ordinamento prevede che l'erogazione del compenso venga destinata al rimpinguamento del fondo per le retribuzioni accessorie. Tuttavia, in quest'ultima ipote-

della prevista procedura concorsuale – a svolgerle concretamente per effetto del conferimento, a termine, di un incarico dirigenziale"; v. Cass. 20 marzo 2004, n. 5659, in *FI*, 2005, I, 1530 con nota di D'AURIA.

⁴⁹ Cass. 8 novembre 2021, n. 32505, in *onelegale.it*. Pertanto, non è esperibile la domanda di ingiustificato arricchimento; v. Trib. Cagliari 7 novembre 2023, in *RGL - giur. online*, 2024.

⁵⁰ Cass. 8 febbraio 2018, n. 3094, in *onelegale.it*.

⁵¹ Cass. 30 ottobre 2018, n. 27668, in *onelegale.it*.

⁵² C. Stato 4 maggio 2005, n. 173, cit., che richiama C. cost. 20 giugno 2002, n. 263 e 12 marzo 2004, n. 91, nonché C. Stato 2 novembre 2004, n. 7101; v. anche Cass. 30 ottobre 2018, n. 27668, cit.

⁵³ Cass. 25 ottobre 2019, n. 27385, in *LPA*, 2021, 1, 163 ss., con nota di A. CARACCILO, *L'onnidimensionalità della retribuzione del dirigente pubblico*.

si, non può dirsi che il dirigente acceda al corrispettivo in forma mediata o 'filtrata'⁵⁴. Invero, che il dipendente percepisca la retribuzione accessoria resta incerto nell'*an* e nel *quantum* e non dipende dalla causale che ha giustificato il versamento del corrispettivo all'amministrazione di afferenza, da parte di terzi, bensì dalle funzioni, responsabilità e risultati relativi all'incarico 'istituzionale'.

Non sembra, inoltre, che la prescrizione contenuta nell'ultimo periodo dell'art. 24, c. 3, relativamente ai compensi dovuti da terzi, possa ricondursi a quelle specifiche ipotesi in cui l'ordinamento sottrae espressamente la retribuzione al nesso di interdipendenza con la prestazione lavorativa, per la soddisfazione di esigenze personali del lavoratore, di rilievo costituzionale⁵⁵. Anzitutto, il destinatario della prestazione, da cui scaturisce il diritto al compenso, non è il datore di lavoro del dirigente, sicché resta inalterato il sinallagma del rapporto lavorativo tra quest'ultimo e l'amministrazione di afferenza. In aggiunta, la deviazione dalla disciplina ordinaria della retribuzione è ivi giustificata dalla tutela di interessi pubblicistici e non, invece, dalla garanzia dei diritti del lavoratore. Alla norma in esame non può neanche essere attribuito carattere sanzionatorio, in considerazione del fatto che le conseguenze dell'indebito svolgimento di incarichi retribuiti per conto di terzi sono già compiutamente regolate dall'art. 53, c. 7 TUpi⁵⁶. Piuttosto, è da ritenere che siano da ricondurre all'ultimo periodo dell'art. 24, c. 3 cit. quelle prestazioni svolte dal dirigente per conto e su designazione dell'amministrazione di appartenenza, ma a favore di terzi, che si risolvono nell'erogazione di un servizio; la legge include la remunerazione di tali attività nel perimetro del trattamento onnicomprensivo, pur premiandone lo svolgimento, mediante l'incremento dei fondi destinati alle retribuzioni accessorie.

In ogni caso, assecondando l'indirizzo interpretativo del giudice di legittimità, si dovrebbe concludere che una retribuzione ulteriore è dovuta al dirigente soltanto per particolari prestazioni 'aggiuntive', previste specificatamente dalla legge o dalla

⁵⁴ Cfr. F. V. PONTE, op. cit., 226.

⁵⁵ Su tali ipotesi v., diffusamente, T. TREU, *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968, nonché L. ZOPPOLI, *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Napoli, 1991, 301-331.

⁵⁶ Su quest'ultima disposizione v., *infra*, par. 4.

contrattazione collettiva e come tali remunerate, sulla base di appositi presupposti stabiliti per lo svolgimento di tali attività⁵⁷.

4. Le deviazioni dal modello. Il caso delle 'attività tecniche incentivabili'

L'ordinamento contempla alcune deroghe al principio di onnicomprensività, relative al perseguimento di finalità specifiche o allo svolgimento di particolari attività.

La più ampia deviazione dal principio in esame è contenuta nell'art. 53 Tupa, che individua i requisiti per il conferimento dei cd. incarichi extra-istituzionali⁵⁸. Si tratta di quelle prestazioni stabili o occasionali, retribuite o gratuite, non comprese nei compiti e doveri d'ufficio, svolte dal dipendente al di fuori dell'orario di lavoro⁵⁹. Secondo la giurisprudenza di Cassazione, il legittimo svolgimento di tali attività, se remunerate, richiede un'espressa e preventiva autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza, salvo che queste non traggano origine da apposite convenzioni stipulate tra l'amministrazione e il terzo, aventi ad oggetto lo svolgimento di prestazioni volte a realizzare gli interessi pubblici a cui la prima è preposta⁶⁰.

Ricadono al di fuori del perimetro dell'art. 24, c. 3 Tupa anche i cd. meccanismi di incentivazione, ovverosia quegli istituti improntati a logiche di premialità del merito e della produttività, previsti dalla legge o dai contratti collettivi⁶¹.

Un sensibile scostamento dal regime dell'onnicomprendività si registra nel settore degli appalti pubblici, per le cd. attività tecniche incentivabili. L'istituto mira a premiare le prestazioni, realizzate dai dipendenti pubblici e relative alla programmazio-

⁵⁷ Cass. 10 dicembre 2019, n. 32264, in *onelegale.it*; Cass. 4 novembre 2022, n. 32617, in *onelegale.it*;

⁵⁸ Esistono, inoltre, delle discipline apposite per particolari tipi di attività extraistituzionali o per determinati settori del pubblico impiego; v., ad esempio, art. 15-quinquies, c. 2, del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502., nonché art. 66, d.p.r. 11 luglio 1980 n. 382.

⁵⁹ Dell'istituto non si parlerà nel dettaglio; si rinvia a M. MARINELLI, *La nuova disciplina su incompatibilità e incarichi*, in AA.VV. (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze della p.a. dopo la riforma Madia*, Milano, 2018, pag. 82 a 85.

⁶⁰ Cass. 29 novembre 2023, n. 33121, in *CED Cassazione*, 2023; Cass. 10 ottobre 2022, n. 29348, in *CED Cassazione*, 2022.

⁶¹ A. BALDASSARRE, op. cit., 408.

ne, progettazione ed esecuzione di opere. La deviazione dalla disciplina generale dell'onnicomprendività è ivi giustificata dal fatto che le risorse impiegate sono "correlate allo svolgimento di prestazioni professionali specialistiche offerte da personale qualificato in servizio presso l'amministrazione pubblica". Ne consegue che l'amministrazione dovrebbe comunque procedere all'esborso, in caso di indisponibilità del personale di ruolo, avvalendosi di professionisti esterni⁶².

La disciplina della materia, che originariamente demandava alla contrattazione integrativa la determinazione dell'incentivo (comunque non superiore all'1 per cento del costo dell'opera) e individuava genericamente i lavoratori interessati ed i tipi di attività premiate⁶³, è divenuta progressivamente più rigorosa⁶⁴.

Il dato non stupisce. Nella prassi, il congegno legislativo ha dato luogo ad una esplosione dell'attività progettuale, specie negli Enti locali, dove gli atti di programmazione delle oo.pp. (i cd. piani triennali) sono stati 'riempiti' di progetti insostenibili dal punto di vista economico-finanziario⁶⁵. Beninteso, di tale assetto ha beneficiato anche certa politica che, grazie alla proliferazione dell'attività progettuale, ha potuto proporre all'elettorato una programmazione vasta e di 'ampio respiro'.

La disciplina, più volte 'rimaneggiata' dal legislatore, è attualmente contenuta all'art. 45 d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, che ha 'riscritto' la previsione di cui all'art. 113 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, sulla scorta degli indirizzi via via impartiti dalla

⁶² Si tratterebbe, peraltro, di spesa destinata agli investimenti e non al personale; C. Conti 4 ottobre 2011, n. 51, in *GDA*, 2012, 1, pag. 95, con nota di F. BATTINI, *Le deroghe ai limiti di quantificazione dei fondi per la contrattazione integrativa*.

⁶³ Si veda l'art. 18 d.lgs. 11 febbraio 1994, n. 19, cd. Legge Merloni.

⁶⁴ Si confronti la disposizione di cui alla nota precedente con il combinato disposto degli artt. 90, c.1 e 92 del d.lgs.12 aprile 2006, n. 163, con l'art. 113 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e, infine, con la disciplina vigente. Nella specie, si è assistito all'abbandono della regolazione pattizia, all'individuazione viepiù tassativa delle attività che danno diritto all'incentivo e dei soggetti beneficiari, nonché ad un arricchimento delle prescrizioni procedurali ed economico-finanziarie.

⁶⁵ È tristemente nota alla cronaca la retorica del "libro dei sogni": v., tra i tanti, Il Giorno, *"Niente libro dei sogni"*, in *ilgiorno.it*, 21 ottobre 2011; La Repubblica, *Varato il piano delle opere pubbliche, il Comune ha il suo libro dei sogni. Ma resta il rebus dei fondi da utilizzare*, in *larepubblica.it*, 14 settembre 2023; La Nazione, *Un "libro dei sogni" da 18 milioni di euro*, in *lanazione.it*, 15 febbraio 2022.

Corte dei conti⁶⁶. Quest'ultima disposizione definiva in modo tassativo la tipologia di incarichi che legittimavano l'erogazione degli incentivi e subordinava l'applicazione dell'istituto all'adozione di un apposito regolamento⁶⁷, alla presenza di uno specifico stanziamento nei bilanci dell'amministrazione, nonché all'indizione di una procedura di gara per ogni incarico da affidare⁶⁸.

La novella si insinua nel più ampio processo di riforma della disciplina degli appalti pubblici, che ambisce ad una generale accelerazione dei tempi relativi alle procedure di gara, allo scopo di facilitare l'attuazione dell'ampio programma di interventi, previsti dal PNRR⁶⁹. Oltre ad alleggerire i vincoli procedurali relativi alla concessione della premialità, l'art. 45 cit. amplia il novero delle attività tecniche incentivabili, aggiungendo alle fattispecie contemplate dalla normativa precedente la "redazione del documento di fattibilità delle alternative progettuali", "del progetto di fattibilità tecnica ed economica", oltreché del "progetto esecutivo"⁷⁰.

Peraltro, tale elencazione è suscettibile di essere ulteriormente incrementata. Invero, ai sensi dell'art. 45, c.1, l'allegato l.10, in cui sono indicate le tipologie di incarichi incentivabili, "è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento" emanato "con decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti", che lo sostituisce integralmente.

Per scongiurare un'ulteriore proliferazione di fattispecie in deroga al principio di onnicomprensività, è auspicabile che venga valorizzato l'indirizzo impartito dalla Corte dei conti. Nel marcare il 'confine' tra attività incentivabile e quella soggetta al regime di onnicomprensività, la giurisprudenza contabile ha

⁶⁶ Non è possibile ripercorrere in questa sede l'evoluzione della normativa sugli incentivi tecnici; sul punto, si rinvia a G. VELLA, *Gli incentivi tecnici nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *corteconti.it*, 2023, 3, 50 ss.

⁶⁷ In assenza di regolamento sugli incentivi tecnici, la giurisprudenza ritiene impossibile impegnare la spesa; v. C. conti, sez. contr. Veneto, 19 febbraio 2019, n. 319.

⁶⁸ G. VELLA, op. cit., 53.

⁶⁹ M. PROTTO, *Il (terzo) nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *GI*, 2023, 1949 ss.

⁷⁰ G. VELLA, op. cit., 63.

sovente messo l'accento sulla complessità tecnica dell'incarico professionale assegnato ⁷¹.

5. I riflessi della fidelizzazione della dirigenza sulla 'tenuta' dell'art. 24 Tupi

In generale, la funzione assolta dal principio di onnicomprensività è minacciata dalla precarizzazione della dirigenza e dalla sua persistente fidelizzazione al potere politico ⁷². Sulla questione ha avuto modo di intervenire il Consiglio di Stato, nel già citato parere del 2005.

Secondo il giudice amministrativo, il principio fissato dall'art. 24, c. 3 Tupi si basa sul presupposto che, eccezion fatta per le attività oggettivamente connesse all'ufficio già ricoperto, la prestazione ulteriore del dirigente sia il frutto di una libera scelta. Invero, il dirigente ben potrebbe "liberamente determinarsi nel senso di rifiutare l'ulteriore aggravio del carico di lavoro"; né tale rifiuto potrebbe incidere negativamente sulla valutazione della prestazione. Del resto, "il conferimento di ampi poteri amministrativi e gestionali ai dirigenti comporta, inevitabilmente, la responsabilizzazione dei medesimi con riguardo a tutte

⁷¹ C. Conti, sez. contr. Emilia – Romagna, 3 febbraio 2021, n. 11, in *dirittodeiservizipubblic.it*, 2021, con commento di M. LUCCA, *Incentivi in sede di esecuzione di un contratto di servizi, lavori e forniture in assenza di programmazione e anche oltre alla presenza del direttore dell'esecuzione* e riferimenti *ivi* in nota nn. 4 e 5; v. anche C Conti, sez. contr. Lombardia, 8 aprile 2022, n. 64.

⁷² Il fenomeno, ben noto alla dottrina del lavoro come a quella amministrativista, coinvolge le amministrazioni italiane a tutti i livelli, sia pur con 'sfumature' differenti. L'argomento non può essere affrontato in dettaglio; si rinvia, a A. GARILLI, *Profili dell'organizzazione e tutela della professionalità nelle pubbliche amministrazioni*, op. cit., 115; A. BELLAVISTA., *La figura del datore di lavoro pubblico*, op. cit., 92 ss.; S. BATTINI, B. CIMINO, *La dirigenza pubblica italiana fra privatizzazione e politicizzazione*, in *RTDP*, 2007, 1001 ss.; A. RICCOBONO, *Politica e amministrazione nel sistema delle autonomie territoriali: merito e fiducia a trent'anni dalla privatizzazione*, in *LDE*, 2022, 2 ss.; A. BOSCATI, *La riforma mancata: il ruolo della dirigenza pubblica nei nuovi assetti*, in *LPA*, 1, 2017, 46 ss.; *Id.*, *Il dirigente dello Stato, contratto di lavoro e organizzazione*, Milano, 2006, 222 – 288; C. D'ORTA, *La riforma della dirigenza: dalla sovrapposizione alla distinzione fra politica e amministrazione?*, op. cit.; M. RUSCIANO, *La dirigenza nell'amministrazione centrale dello Stato*, in *LPA*, 2001, 499 ss.; M. CERBONE, *Lavoro del dirigente pubblico e autonomia territoriale*, Torino, 2020, 128 ss.

le scelte ed alle opzioni effettuate nel corso dello svolgimento delle funzioni di competenza, anche con riferimento alla individuazione delle iniziative da intraprendere e alle attività da svolgere in concorrenza o in alternativa con altre, ai fini del conseguimento degli obiettivi di pubblico interesse da perseguire in base alle direttive generali impartite”⁷³.

Si tratta di un argomento certamente valido sul piano formale, ma che non tiene adeguatamente in considerazione le lacune che caratterizzano la disciplina di conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali. In estrema sintesi, la regola della temporaneità degli incarichi - introdotta a partire dalla seconda privatizzazione con lo scopo di far valere la responsabilità dirigenziale - ha minato l'autonomia dei dirigenti nei confronti dei titolari dei poteri di nomina, considerata l'assenza di meccanismi che consentano il rinnovo automatico dell'incarico manageriale, il cui espletamento sia stato valutato positivamente⁷⁴.

Difatti, con le modifiche introdotte dall'art. 9, c. 32 d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (conv. mod, l. 30 luglio 2010, n. 122, cd. manovra Tremonti), è consentito alle amministrazioni (di cui all'art. 1, c. 2 Tupi) di non confermare l'incarico conferito al dirigente, anche in assenza di una valutazione negativa, purché venga assegnato allo stesso un altro incarico, anche di valore economico inferiore. La decisione, tra l'altro, è ammessa anche in dipendenza dei processi di riorganizzazione del personale, con conseguente sostituzione *ante tempus* del dirigente⁷⁵. Infine, la disposizione in commento esclude l'applicazione di eventuali disposizioni normative e contrattuali più favorevoli.

La proposità della disciplina degli incarichi legittima un controllo pervicace sulle nomine, da parte degli organi di governo. Il problema è acuito dall'attribuzione della facoltà, in capo alla politica, di selezionare personale manageriale a tempo determi-

⁷³ C. Stato 4 maggio 2005, n. 173, cit.

⁷⁴ M. NICOLOSI, *Il conferimento dell'incarico dirigenziale*, in A. GARILLI, M. NAPOLI (a cura di), op. cit., 93 ss.

⁷⁵ L'art. 9 cit. ha abrogato il secondo periodo dell'art. 19, c. 1 *ter* Tupi. Quest'ultima disposizione, introdotta dalla Riforma Brunetta, prescriveva di motivare la mancata riconferma dell'incarico scaduto o revocato in pendenza di processi di riorganizzazione, in assenza di valutazione negativa; in questo modo, il dirigente era abilitato a sottoporre al sindacato del giudice le scelte arbitrarie poste in essere dal vertice politico. Sul punto, v. A. BELLAVISTA, *Gli incarichi dirigenziali dopo la manovra "Tremonti"*, in *LG*, 2011, 2, 151 ss.

nato, con procedure poco trasparenti, allorchando lo stato economico finanziario dell'ente lo consenta⁷⁶.

Ne consegue che la valutazione non costituisce di per sé un adeguata garanzia della conservazione dell'incarico 'istituzionale', da parte del dirigente, quand'anche questa tenga in adeguata considerazione la "individuazione delle iniziative da intraprendere e alle attività da svolgere in concorrenza o in alternativa con altre", come richiesto dal citato parere. In tale assetto, non è possibile escludere che il dirigente accetti di svolgere incarichi ulteriori senza un miglioramento delle condizioni retributive ed il conseguente aggravio di spesa, allo scopo di conservare la fiducia del soggetto politico e ottenere ulteriori sviluppi di carriera.

5.1. Le 'clausole di salvaguardia economica'

Peraltro, nel tentativo di garantire la dirigenza dall'esercizio arbitrario del potere di revoca, le parti sindacali hanno introdotto nel sistema un ulteriore elemento di 'snaturazione' della normativa recata dall'art. 24 TUpi. Si tratta delle cd. clausole di salvaguardia economica, contenute nella contrattazione collettiva di area, il cui scopo è tutelare i dirigenti che, a seguito di riassetto organizzativi, si vedano revocato l'incarico in corso e conferite nuove funzioni, cui sono associate retribuzioni di posizione di livello inferiore rispetto a quelle in godimento. L'origine dell'istituto è da rinvenire nei 'prodotti' della tornata contrattuale coeva alla seconda privatizzazione.

L'art. 13, c. 4 Ccnl Area 1, 1998 – 2001, aveva infatti previsto che, nel caso in cui l'amministrazione non intendesse confermare l'incarico ricoperto dal dirigente, non soggetto ad espresse valutazione negativa, la stessa era tenuta "ad assicurare al dirigente un incarico almeno equivalente", da intendersi come quello "cui corrisponde una retribuzione di posizione complessi-

⁷⁶ Art. 19, c. 6 e, per gli enti locali, art. 110 Tuel; sui limiti del conferimento di incarichi a tempo determinato, v. L. OLIVERI, *La fiducia nel reclutamento dei dirigenti pubblici*, in *GDA*, 2021, 6, 691 ss.; S. CASSESE, *Dall'impiego pubblico al lavoro con le pubbliche amministrazioni: la grande illusione?*, Id. (a cura di), 2013, 3, 313 ss.; A. GARILLI, *I co.co.co. nella p.a. scompariranno davvero?*, in *LPA*, 2015, 3-4, 412 ss.; M. ALLENA, M. TRIMARCHI, *La Costituzione "dimenticata" il principio del concorso pubblico*, in *RTDP*, 2021, 1, 379 ss.

va di pari fascia ovvero una retribuzione di posizione il cui importo non sia inferiore del 10% rispetto a quello precedentemente percepito”. La medesima tutela trovava applicazione nel caso di “ristrutturazione e riorganizzazione che comportano la modifica o la soppressione delle competenze affidate all’ufficio o una loro diversa valutazione”.

La clausola in commento era stata oggetto di pensanti critiche, per due ordini di ragioni. Anzitutto, sul piano della legittimità, essa determinava surrettiziamente gli effetti previsti dall’art. 2103 c.c. nel caso di *ius variandi* peggiorativo; disposizione di cui l’art. 19, c. 1 TUpi esclude l’applicazione nel caso di passaggio ad incarichi diversi⁷⁷. La stessa, inoltre, condizionava fortemente il potere organizzativo dell’amministrazione, in una materia già allora ritenuta nel ‘dominio’ esclusivo della legge⁷⁸. Da altro punto di vista, la soluzione suscitava notevoli perplessità, poiché riproduceva meccanismi sanzionatori tipici del lavoro privato in un contesto (quello pubblico) in cui “la sanzione non colpisce direttamente il patrimonio del soggetto decidente e mostra, quindi, una minore capacità di correggere le devianze”⁷⁹.

L’introduzione del principio di inderogabilità assoluta della disciplina in materia di incarichi, ad opera della riforma del 2002, ha sortito solo in parte gli effetti desiderati: nella tornata contrattuale successiva, infatti, le parti sindacali avevano rinunciato al vincolo sul potere di scelta dell’amministrazione, nell’individuazione dell’incarico da conferire al dirigente rimosso in assenza di valutazione negativa. Era sopravvissuta, invece, la regola di invarianza retributiva, sicché il *manager* ‘esautorato’ avrebbe continuato a percepire il novanta per cento della retribu-

⁷⁷ La *ratio* è quella di “ponderare il diverso ruolo della dirigenza nell’organizzazione amministrativa” rispetto a quello del restante personale alle dipendenze delle p.a.; V. TALAMO, *La contrattazione collettiva della dirigenza pubblica*, in *GDA*, 2004, 6, cit., 680 e riferimenti ivi in nota nn. 24 a 26.

⁷⁸ Talché era salutato con favore l’intervento operato dall’art. 3, c. 1, l. 15 luglio 2002, n. 145, che espressamente ha sancito l’inderogabilità delle disposizioni in materia di incarichi; A. GARILLI, *Profili dell’organizzazione e tutela della professionalità nelle pubbliche amministrazioni*, op. cit., 122, il quale richiama a F. CARINCI, *Una riforma a passo di gambero*, in *LPA*, 2001, 3 ss., nonché F. LISO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, op. cit., 223.

⁷⁹ S. BATTINI, B. CIMINO, op. cit., cit., 1025.

zione precedentemente goduta (art. 62, Ccnl Area 1, 2002 – 2005)⁸⁰.

In quest'ultima formulazione, la clausola di salvaguardia era stata censurata anche dalla Corte dei conti, in sede di certificazione del rispettivo contratto. Nel fare proprie le preoccupazioni avanzate in dottrina⁸¹, la magistratura contabile aveva altresì rilevato come il congegno contrattuale interrompesse il nesso di corrispettività tra retribuzione e incarico, prescritto dall'art. 24 Tupi. Lo stesso istituto era anche ritenuto suscettibile di determinare un danno erariale, poiché l'alto importo delle retribuzioni di posizione avrebbe costretto le amministrazioni ad attingere dalle risorse destinate agli incentivi alla produttività⁸².

Neanche la posizione assunta dalla Corte dei conti ha indotto le parti sindacali a desistere dalla prassi di introdurre simili clausole. Di fatti, terminato il 'blocco della contrattazione', nel triennio 2016-2018 la clausola di salvaguardia economica è stata nuovamente inserita nelle ipotesi di contratto nazionale dei comparti 'centrale' e 'locale'⁸³. Ancora una volta, la disciplina contrattuale in commento contiene degli aspetti di novità rispetto alle 'versioni precedenti'. Nello specifico, la tutela economica del dirigente soggetto a revoca o mancata conferma (senza valutazione negativa) prende ora la forma del riconoscimento di un "differenziale di retribuzione di posizione". Quest'ultimo viene definito "in un importo che consenta di conseguire un complessivo valore di retribuzione di posizione inizialmente in una percentuale fino al 100% di quella connessa al precedente incarico", che si riduce progressivamente fino a un terzo della somma originaria. Inoltre, è regolata l'individuazione dei fondi da cui attingere per garantire il differenziale retributivo, mentre la definizione della percentuale del differenziale da attribuire e la de-

⁸⁰ A. BONOMOLO, *Il C.c.n.l. del personale delle amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo*, in *LPA*, 2006, 6, 132.

⁸¹ A. BELLAVISTA, *Gli incarichi dirigenziali dopo la manovra "Tremonti"*, op. cit., 153, il quale richiama C. Conti, Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, *L'attuazione della "clausola di salvaguardia" di cui all'art. 62, c. 2, del C.C.N.L. relativo al personale dirigenziale dell'Area I*, 27 marzo 2009, approvata con deliberazione n. 6/2009/G

⁸² A. BONOMOLO, op. cit., 1325, che richiama C. Conti, *Rapporto di Certificazione*, 20 aprile 2006, 14 e ss.

⁸³ Art. 31, Ccnl Area Funzioni Locali (2016-2018); Art. 54, Ccnl Area Funzioni Centrali (2016-2018). Si farà specifico riferimento alla versione contenuta nella contrattazione del comparto centrale.

terminazione delle risorse a copertura del conseguente onere dell'amministrazione sono demandate alla contrattazione integrativa. Questa volta, sorprendentemente, la Corte dei conti non ha mosso alcun rilievo contro tali clausole, in sede di certificazione del relativo contratto⁸⁴.

La disposizione contrattuale ha trovato implicita conferma anche nella tornata successiva. Invero, l'art. 25, c. 1 lett. J del Ccnl, Funzioni centrali (2019 – 2021) demanda nuovamente alla contrattazione integrativa la definizione dei criteri e delle risorse per l'applicazione della clausola di salvaguardia economica, come disciplinata nel contratto precedente.

Anche nella formulazione più recente, la clausola di salvaguardia non può che destare perplessità, poiché “realizza, di fatto, una transazione monetaria con il dirigente allo scopo di catturarne l'acquiescenza, a prezzo, però, dell'interesse generale”⁸⁵. Inoltre, non possono dirsi superate le obiezioni avanzate dalla Corte dei conti nel 2007; invero, anche con l'espedito del “differenziale di retribuzione di posizione”, è palesemente alterato il sinallagma, prescritto dall'art. 24 Tupi, tra complessità dell'incarico e trattamento economico.

6. Quali prospettive per la dirigenza?

L'ampio contenzioso, la prassi amministrativa e negoziale su descritti sono sintomatici del fatto che la solidità degli interventi giurisprudenziali in materia di retribuzione dei dirigenti ha nei fatti limitato, ma non impedito, che la disciplina in materia di trattamento economico venisse orientata a obiettivi divergenti da quelli enunciati dall'ordinamento; segnatamente, l'esercizio della ‘leva economica’ come strumento per compensare la mancata attuazione del principio di separazione o per scongiurarne le conseguenze.

Del resto, così come per altri aspetti della disciplina del la-

⁸⁴ C. Conti, *Rapporto di Certificazione*, 23 marzo 2018 e 18 maggio 2018, in *corteconti.it*.

⁸⁵ A. BELLAVISTA, *La privatizzazione del pubblico impiego trent'anni dopo. Dal disastro verso l'ignoto...e ritorno?* in A. BELLAVISTA, A. RICCOBONO (a cura di), *La privatizzazione del pubblico impiego trent'anni dopo, Atti del Convegno in occasione della presentazione degli Studi in onore di Alessandro Garrilli*, Palermo, 10-11 febbraio 2023, Torino, 2024, cit., 30.

voro nelle p.a.⁸⁶, la scarsa resa della disciplina in materia di trattamento economico dei dirigenti sembra dipendere, più che dalla tecnica regolativa adottata, dalla mancanza di propensione delle parti coinvolte ad abbandonare consolidate rendite di posizione.

Al contempo, le decisioni dei giudici in materia di onnicomprensività, pur generalmente coerenti con il dettato normativo, sono indicative di un altro problema tipico dell'amministrazione italiana. Si tratta della penuria di personale qualificato di ruolo⁸⁷, da cui discende la necessità di 'distrarre' i *managers* dallo svolgimento del proprio incarico istituzionale e prestarli allo svolgimento di attività ulteriori, talvolta altrettanto 'onerose', con inevitabili ricadute sull'organizzazione del tempo di lavoro e, di conseguenza, sul buon andamento.

Allora, è sul contesto entro cui si svolge il rapporto di lavoro dirigenziale che sarebbe prioritario incidere, allo scopo di valorizzare lo *status* professionale dei vertici dell'amministrazione e, in tale maniera, garantire un salto di qualità nella capacità amministrativa a livello centrale e locale, come è imposto dal Piano nazionale di Ripresa e Resilienza.

⁸⁶ A. RICCOBONO, *Le metamorfosi del lavoro pubblico a trent'anni dalla privatizzazione: reclutamento, inquadramenti, estinzione*, in U. GARGIULO, A. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro pubblico in trent'anni di riforme, Quaderno della rivista DLM*, n. 16, 2024, 155.

⁸⁷ Si tratta, peraltro, di un problema di importanza crescente, a causa dell'età media dei lavoratori pubblici, che rende necessario un ampio tasso di *turnover*; v. EXCELSIOR, UNIONCAMERE, *Previsione dei fabbisogni occupazionali e professionali in Italia a medio termine*, Roma, 2023, 22 ss.

VITTORIA PARROCO

LA RIMODULAZIONE DEL RUOLO DELLA DIRIGENZA PUBBLICA: DAL PNRR UNA SPINTA PER L'ABBATTIMENTO DELLA CD. "AMMINISTRAZIONE DIFENSIVA"

SOMMARIO: 1. Il fenomeno della cd. "amministrazione difensiva" e le sue cause. 2. La destrutturazione della "amministrazione difensiva" attraverso l'innovativa concezione manageriale del dirigente pubblico. 2.1. L'accesso al ruolo della dirigenza pubblica: le novità. 2.1.1. La valorizzazione delle competenze professionali. 2.1.2. Le modifiche agli artt. 28 e 28-bis. 2.2. I sistemi di misurazione e valutazione della *performance* individuale. 3. Il cambiamento culturale della dirigenza pubblica nel prisma dei rapporti con la classe politica. 4. Una breve disamina del segno tracciato dai nuovi CCNL 2019-2021 d'Area per i dirigenti pubblici. 5. Considerazioni conclusive.

1. Il fenomeno della cd. "amministrazione difensiva" e le sue cause

Il *Leitmotiv* delle varie riforme che hanno investito nel tempo la disciplina del lavoro pubblico fin dalla c.d. prima privatizzazione è, indubbiamente, l'obiettivo di efficientamento dell'apparato burocratico. Di nuovo, in tempi recenti, in vista dell'implementazione del PNRR, la cui scadenza è fissata per il 30 giugno 2026, si è riproposta con maggiore urgenza la necessità di garantire un sostrato burocratico efficiente e funzionale poiché da questo dipende l'effettivo successo del Piano.¹

Ruolo centrale spetta alla classe dirigenziale pubblica, cui è rimessa la gestione degli uffici e del personale e, dunque, la con-

¹ Cfr. T. TREU, P. MICHETTI, *PNRR e rinnovamento delle amministrazioni pubbliche*, in *Biblioteca '20 Maggio'*, 2023, 1, 65.

creta realizzazione delle riforme legislative. Il livello di produttività della P.A. è, infatti, direttamente proporzionale alle capacità gestionali della dirigenza pubblica ma, al contempo, queste capacità possono realmente esprimersi solo all'interno di un contesto lavorativo che ne offra le adeguate condizioni.²

Come noto, queste condizioni non si sono mai verificate nel contesto italiano tanto che, da un lato, la nostra P.A. vive ingessata tra ritardi, omissioni ed inefficienza e, dall'altro, la dirigenza pubblica opera sotto il segno costante della cautela. In particolare, ci troviamo oggi di fronte ad una vera e propria emergenza: la diffusione nelle arterie della classe dirigenziale pubblica italiana del morbo della cd. "amministrazione difensiva".³

L'espressione "amministrazione/burocrazia difensiva" indica quel *modus operandi* adottato dalla maggioranza dei dipendenti pubblici tale per cui nell'esercizio di attività discrezionali, si antepone l'interesse individuale all'autotutela rispetto all'interesse pubblico e si propende così per la scelta in grado di minimizzare il cd. "rischio amministrativo", ovvero il rischio di incorrere in eventuali giudizi di responsabilità.⁴ In questo modo, viene tuttavia alterato, se non addirittura violato, il dettato dell'art. 98 della Costituzione, che impone ai dipendenti pubblici di agire avendo come fine unico ed esclusivo il perseguimento dell'interesse pubblico.⁵

La dottrina giuseconomista internazionale⁶ ha rinvenuto la

² Cfr. C. SPINELLI, *La professionalità del dirigente pubblico nel ruolo di datore di lavoro*, in A. BOSCATI, A. ZILLI (a cura di), *La professionalità tra legge e contratti – Volume secondo*, Padova, 2023, 114-115.

³ S. BATTINI, *Abuso d'ufficio e burocrazia difensiva nel groviglio dei rapporti fra poteri dello Stato*, in *GDA*, 2022, 4, 508.

⁴ G. BOTTINO, *La burocrazia difensiva e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2020, 1, 117-146, che ricorda che ad essere stata per prima aggettivata come "difensiva" sia stata la scienza medica, in considerazione delle meticolose scelte adoperate dai medici, in termini di pazienti e/o procedure da seguire o evitare, al fine di limitare le probabilità di dover risponderne giudizialmente.

⁵ S. BATTINI, F. DECAROLIS, *Indagine sull'amministrazione difensiva*, in *RIPM*, 2020, 3, 2, 343. Sul punto v. A. BATTAGLIA, S. BATTINI, *et al.*, *Burocrazia difensiva: cause, indicatori e rimedi*, in *RTDP*, 2021, 4, e L. LORENZONI, *La responsabilità amministrativa in relazione al fenomeno della cosiddetta burocrazia difensiva*, in *LPA*, 2021, 4.

⁶ J. DE MOT, M. FAURE, *Public authority liability and the chilling effect*, in *TLR*, 2014, 2, 120. Cfr. A. BATTAGLIA, S. BATTINI, *et al.*, *Burocrazia difensiva ecc.*, cit.; L. LORENZONI, *La responsabilità amministrativa ecc.*, cit., 762.

causa di tale fenomeno nella convergenza di quattro fattori, tutti riscontrabili nel contesto italiano: (i) incertezza giuridica; (ii) estensione della responsabilità; (iii) assenza di sanzioni per le condotte difensive; (iv) assenza di polizze assicurative adeguate.⁷

Partendo dal primo elemento, è nota la spiccata tendenza del legislatore italiano per la proliferazione normativa, cosa che inevitabilmente impatta l'operatività della P.A. Due sono, in particolare, gli aspetti problematici che ne conseguono: *in primis*, vi è la corrosione degli spazi di discrezionalità propriamente attribuiti alla P.A., che viene di fatto vincolata nelle scelte dal legislatore stesso, riducendosi così a svolgere meri adempimenti formali⁸ – ed è questo che si intende quando si fa riferimento al fenomeno del cd. “*amministrare per legge*”;⁹ in secondo luogo, la mancata armonizzazione dei testi legislativi genera sovrapposizioni, fraintendimenti e contrasti tra le varie disposizioni normative e costringe la P.A. ed i suoi dirigenti ad agire con particolare destrezza ed estrema cautela, onde evitare di violare la legge e di incorrere dunque in qualche forma di responsabilità.¹⁰

Nell'apparato burocratico italiano, infatti, ad incidere maggiormente sul fenomeno della “*amministrazione difensiva*” è il regime della responsabilità, complesso ed esteso al punto da prevedere persino ipotesi di “*plurilesività delle condotte dirigenziali*”,¹¹ tali per cui una stessa condotta (dirigenziale) può dar luogo contemporaneamente a più forme di responsabilità.¹²

⁷ A. BATTAGLIA, S. BATTINI, *et al.*, *Burocrazia difensiva ecc.*, cit.

⁸ E. ALES, *L'adeguatezza professionale del dirigente pubblico tra prerogative e responsabilità*, in *Federalismi.it*, 2023, 25, 24, che ritiene che la proliferazione giuridica, frammentando la “*performance gestionale-organizzativa*”, impatti la “*professionalità dirigenziale*”. Cfr. C. CELONE, *Per una classe dirigente autonoma, performante e responsabile*, in *AmbienteDiritto*, 2022, 2, 189; C. SPINELLI, *La professionalità ecc.*, cit., 118, che afferma che “*la mera conformità a norma*” finisce per ledere l'interesse pubblico.

⁹ A. BOSCATI, *La disciplina della dirigenza e del lavoro pubblico a vent'anni dall'approvazione del d. lgs. n. 165/2001: la costante ricerca di un approdo stabile*, in *LIDF*, 2021, 364.

¹⁰ Ivi, 26, dove l'Autore ritiene che ciò generi “*la frammentazione dell'organizzazione e l'individualizzazione giuridica della figura dirigenziale*” e, dunque, una riduzione della “*performance individuale ed organizzativa*”. Cfr. A. BATTAGLIA, S. BATTINI, *et al.*, *Burocrazia difensiva ecc.*, cit.

¹¹ G. NICOSIA, *La responsabilità dirigenziale*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, L. FIORILLO, A. MARESCA, *Il lavoro pubblico*, Milano, 2019, 1030.

¹² Ivi, 1031. Ad esempio, l'art. 21, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 prevede

Tra le varie forme di responsabilità ascrivibili alle condotte del dirigente pubblico, per inquadrare la *vexata quaestio* della “*burocrazia difensiva*”, occorre soffermarsi su quella penale e su quella dirigenziale.

Per quanto riguarda la prima, un ruolo preminente gioca da sempre il reato d’abuso d’ufficio *ex art. 323 c.p.*, che funge da vera e propria spada di Damocle in capo ai dipendenti pubblici a causa del costante e vivace dibattito tra legislatore e giurisprudenza rispetto al campo di applicazione della norma.¹³

L’odierna formulazione dell’art. 323 c.p. punisce con la reclusione da uno a quattro anni il pubblico ufficiale o l’incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle proprie funzioni, violi intenzionalmente la legge al fine di “*procura[re] a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca[re] ad altri un danno ingiusto*”.¹⁴

Tuttavia, la concreta estensione applicativa della norma varia grandemente in base al parametro di riferimento adottato, ovvero se quello giurisprudenziale o quello legislativo, risultando particolarmente ampia nel primo caso e ben più ristretta nel secondo. Questa insanabile dicotomia tra i due formanti del diritto penale rispetto alla configurazione del reato d’abuso d’ufficio genera però nei dipendenti pubblici un atteggiamento di inerzia che altro non fa che alimentare il ricorso a forme di “*burocrazia difensiva*”.¹⁵

In questo senso, sicuramente innovativa appare la recente approvazione del d.d.l. Nordio che si propone, tra le altre cose, di abrogare il reato in questione. Tuttavia, questa previsione non

la possibilità che le stesse condotte diano luogo alla responsabilità dirigenziale e a quella disciplinare; o ancora, l’art. 36, co. 5-*quater*, d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, in materia di forme di lavoro flessibile, prevede che la violazione della disciplina possa implicare responsabilità erariale, disciplinare e dirigenziale.

¹³ G. BOTTINO, *Il conflitto tra il legislatore e la giurisprudenza come causa della “burocrazia difensiva”: la responsabilità penale per “abuso d’ufficio” come paradigma*, in *LPA*, 2022, 2, 241-274, che rinvia in questo conflitto, qualificato come vero e proprio “*duello rusticano*”, una delle principali cause degli atteggiamenti difensivi da parte dei dipendenti pubblici.

¹⁴ Per un breve approfondimento circa gli sviluppi normativi e giurisprudenziali dell’art. 323 c.p. si vedano G. BOTTINO, *op. ult. cit.*, 245 ss., S. BATTINI, *Abuso d’ufficio ecc.*, cit., 502 ss.

¹⁵ G. BOTTINO, *op. ult. cit.*, 259-265, che per spiegare il fenomeno utilizza la metafora filosofica dell’“*asino di Buridano*”. Secondo l’Autore, la “*burocrazia difensiva*” è la soluzione che i dipendenti pubblici hanno trovato per risolvere l’inconciliabilità tra legislatore e giurisprudenza, tenuto conto della (apparente) maggiore aleatorietà delle decisioni delle Corti penali.

risolve il problema della gestione dell'aggrovigliato rapporto tra legislatore e giurisprudenza penale che, ad oggi, è uno delle principali cause dell'inefficienza delle P.A. Come sottolineato dalla dottrina, infatti, eliminato il problema dell'estensione del reato d'abuso d'ufficio, tornerà ad emergere quello relativo all'interpretazione dei reati corruttivi.¹⁶

L'altra peculiare forma di responsabilità in cui incorre il dirigente pubblico è, invece, quella cd. "dirigenziale", che si attiva in costanza di una valutazione negativa a causa o del mancato raggiungimento degli obiettivi assegnatigli o dell'inosservanza delle direttive ricevute e cioè quando il livello complessivo della *performance* individuale e organizzativa sia stato ritenuto insufficiente o comunque inadeguato.¹⁷

La responsabilità dirigenziale è stata istituita per il duplice fine di valorizzare la professionalità del dirigente e sanzionare il ricorso ad atteggiamenti difensivi e avrebbe, dunque, dovuto essere il rimedio al terzo fattore problematico segnalato dalla dottrina giurista-economista.¹⁸ Tuttavia, la funzione disincentivante non si è mai realizzata nei fatti a causa dell'inadeguatezza e della rigidità dei sistemi di valutazione dell'operato dei dirigenti nonché dell'incapacità della politica di fissare obiettivi precisi.¹⁹

Altro fattore che contribuisce a rafforzare condotte di "amministrazione difensiva" è l'assenza di coperture assicurative adeguate a tutela dei dirigenti pubblici. Nel settore privato è assai diffusa la prassi di stipulare assicurazioni contro la responsabilità civile a favore dei dirigenti, affinché questi possano effet-

¹⁶ S. BATTINI, *Abuso d'ufficio ecc.*, cit., 508-509.

¹⁷ Introdotta nell'ordinamento italiano nel 1972, la responsabilità dirigenziale è oggi regolamentata all'interno dell'art. 21 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, modificato da ultimo dal d.gs. 27 ottobre 2009, n. 150 (cd. "Riforma Brunetta"), ai sensi del quale "il mancato raggiungimento degli obiettivi" o "l'inosservanza delle direttive imputabili al dirigente" comportano il mancato rinnovo dell'incarico dirigenziale (cd. "responsabilità lieve"), nonché, nei casi più gravi, la revoca dell'incarico o, in alternativa, il recesso dal rapporto di lavoro (cd. "responsabilità grave"). Cfr. G. NICOSIA, *La responsabilità dirigenziale*, cit., 1043.

¹⁸ A. BATTAGLIA, S. BATTINI, *et al.*, *Burocrazia difensiva ecc.*, cit.

¹⁹ A. MARRA, *La responsabilità dirigenziale tra esigenze di democraticità e di imparzialità dell'amministrazione*, in *Convegno Annuale Aipda 2019, 2019, 8*. Cfr. E. ALES, *L'adeguatezza professionale ecc.*, cit., 36, che critica il legislatore italiano per aver attribuito prevalenza alla "dimensione quantitativa (dell'adempimento puntuale) su quella qualitativa (della realizzazione dell'obiettivo)".

tuare scelte manageriali – legittime ma rischiose – senza il timore costante di subire ripercussioni.²⁰ Nell’ambito della Pubblica Amministrazione però la stipula di tali polizze da parte del datore di lavoro pubblico è vista con grande sfavore, principalmente da parte della Corte dei Conti che la ritiene un onere monetario (apparentemente) ingiustificabile per le finanze pubbliche, oltre che un’attività lesiva del principio della responsabilità dei funzionari pubblici *ex art. 28 Cost.*²¹

Avendo preso coscienza delle circostanze nelle quali è costretto a lavorare il dirigente pubblico, si può facilmente comprendere da cosa derivi la “*paura della firma*” e la conseguente difficoltà a garantire effettiva attuazione al principio costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione.²²

2. La destrutturazione della “*amministrazione difensiva*” attraverso l’innovativa concezione manageriale del dirigente pubblico

La lotta al fenomeno dell’amministrazione difensiva e il perseguimento dell’obiettivo di efficientamento della P.A. – anche in vista della realizzazione del PNRR – per quanto necessario di riforme legislative oculate e lungimiranti, richiedono al contempo un radicale cambiamento della *forma mentis* dei dipendenti pubblici e, principalmente, dei dirigenti.²³

²⁰ L. MACCHIARULO, *Le assicurazioni della responsabilità professionale dei dirigenti pubblici*, in *RDEFAP*, 2019, 3, 366. Come riporta l’Autrice, esempi ne sono le polizze cd. “*directors and officers liability*” e la legge 13 maggio 1985, n. 190, (“*Legge sui quadri intermedi*”).

²¹ *Ibidem*. L’Autrice ricorda che il legislatore, con la legge finanziaria per il 2008, ha vietato agli enti pubblici di stipulare assicurazioni professionali solo per i loro amministratori, nulla prevedendo invece rispetto ai dirigenti. Secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale in materia, inoltre, non è possibile interpretare estensivamente la previsione, in modo da ritenerla applicabile anche ai dirigenti, stante sia l’art. 14 delle Preleggi che la diversità di funzioni tra dirigenti e amministratori.

²² Cfr. S. BATTINI, *Abuso d’ufficio ecc.*, cit., 507, che commenta la pronuncia della Corte Costituzionale n. 8 del 2022. In particolare, l’Autore cita testualmente il passaggio della sentenza dove il Giudice delle Leggi afferma: “*paura della firma e burocrazia difensiva (...) si tradurrebbero, in quanto fonte di inefficienza e immobilismo, in un ostacolo al rilancio economico, che richiede, al contrario, una pubblica amministrazione dinamica ed efficiente*”.

²³ T. TREU, P. MICHETTI, *PNRR e rinnovamento ecc.*, cit., 66.

L'azione dirigenziale pubblica deve, cioè, essere indirizzata sempre più verso modelli di “*management umanistico*”,²⁴ nei quali primaria importanza viene riconosciuta alle capacità manageriali di *leadership* e di gestione del personale, essenziali ai fini dello sviluppo della professionalità individuale e collettiva nonché del benessere organizzativo dell'intero ufficio.²⁵

A tal fine, seguendo le indicazioni fornite in più occasioni dalla Commissione Europea nelle *Country Specific Recommendations*²⁶ indirizzate all'Italia, il legislatore sta gradualmente provvedendo ad innovare e ammodernare la disciplina del lavoro dirigenziale nel settore pubblico, partendo dalle modifiche al sistema di reclutamento, per intervenire poi anche sui sistemi di monitoraggio e valutazione della *performance*.

2.1. L'accesso al ruolo della dirigenza pubblica: le novità

Per un reale e duraturo efficientamento della P.A. è indispensabile un corpo dirigenziale pubblico che sia pronto a - oltre che capace di - gestire i cambiamenti e le transizioni, attuali e future. Occorre quindi un ripensamento del sistema di reclutamento del ruolo dirigenziale pubblico, al fine di garantire che le nuove leve dirigenziali siano in possesso di tutte le competenze necessarie per affrontare le sfide del domani ma anche e soprattutto per sbrogliare la matassa dei ritardi e delle inefficienze generata dalle precedenti gestioni.

Un primo passo in tal senso è stato compiuto dal d.l. 9 giugno 2021, n. 80, cd. “Decreto Reclutamento”, intervenuto sulla disciplina dell'accesso alle cariche dirigenziali pubbliche, che ha cercato di porre in risalto il ruolo delle cd. “*competenze trasver-*

²⁴ G. NICOSIA, *Professionalità e managerialità: percorsi e strumenti per rendere attrattivo il lavoro nelle amministrazioni italiane*, in *LPA*, 2023, 2, 294.

²⁵ Cfr. T. TREU, P. MICHETTI, *PNRR e rinnovamento ecc.*, cit., 59.

²⁶ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2023 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2023 dell'Italia*, 24 maggio 2023; COMMISSIONE EUROPEA, *Raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2020 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2020 dell'Italia*, 20 maggio 2020.

sali” nello sviluppo di un ceto dirigenziale che sia effettivamente dotato di capacità manageriali.²⁷

Il Decreto Reclutamento ha rivisto la normativa sull’accesso alle cariche dirigenziali di prima e seconda fascia *ex artt.* 28 e 28-*bis* del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, introducendo profonde innovazioni sia sul piano dei principi che sul piano delle modalità.

2.1.1. La valorizzazione delle competenze professionali

Tra le principali novità apportate dal Decreto Reclutamento si annovera l’introduzione di un nuovo co. 1-*bis* nell’art. 28 del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, ai sensi del quale la valutazione dei candidati verterà non più sulla sola conoscenza delle materie oggetto d’esame ma anche e soprattutto sulle “*capacità, attitudini e motivazioni individuali*” nonché sulle “*competenze*” di volta in volta individuate nei bandi di concorso.²⁸

Lo stesso approccio è ribadito anche nella disciplina per l’accesso alla carriera dirigenziale di prima fascia *ex artt.* 28-*bis*, il cui comma 3-*bis* si sofferma sull’importanza della “*valutazione delle capacità, attitudini e motivazioni individuali*” degli aspiranti dirigenti nonché sull’obbligo per i bandi di concorso di definire sia “*gli ambiti di competenza da valutare*” che le “*prove scritte e orali, finalizzate alla valutazione comparativa*”, effettuata da una commissione di soggetti esperti.²⁹

In realtà, un tale principio è già espresso all’interno dei Principi Generali del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, laddove l’art. 6-*ter* invita le P.A. ad attenzionare “*l’insieme di conoscen-*

²⁷ R. SANTUCCI, *Il reclutamento dei dirigenti delle amministrazioni statali*, in A. BOSCATI, A. ZILLI (a cura di), *Il reclutamento nella P.A. dall’emergenza alla nuova normalità – Volume II*, Padova, 2022, 267, dove l’Autore considera preminenti, per il ruolo dirigenziale, la capacità di *leadership*, quella di *team building* e quella di coordinamento delle risorse.

Per un approfondimento sulle competenze trasversali, v. REDAZIONE FPA, *Competenze trasversali: cosa sono, esempi e importanza*, in *ForumPA*, 21 giugno 2023.

²⁸ Art. 28, co. 1-*bis*, d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165. V. anche M. CERBONE, *Introduzione allo studio della dirigenza pubblica*, in A. BOSCATI, A. ZILLI (a cura di), *Il reclutamento nella P.A. dall’emergenza alla nuova normalità – Volume II*, cit., 225.

²⁹ Art. 28-*bis*, co. 3-*bis*, d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

ze, competenze e capacità del personale da assumere” nella definizione delle linee di indirizzo sul fabbisogno di personale.³⁰

Come adeguatamente spiegato all’interno delle Linee Guida Ministeriali sull’Accesso alla Dirigenza Pubblica del 28 settembre 2022, la scelta di adottare definitivamente un modello di reclutamento c.d. “*per competenze*” si comprende attraverso le finalità perseguite dal legislatore: da un lato, garantire che il personale dirigenziale così assunto sia in grado di svolgere correttamente le funzioni assegnate, dall’altro allineare la disciplina del reclutamento con quella della gestione del rapporto di lavoro.³¹

Se, infatti, l’esame delle competenze è divenuto essenziale per la valutazione della *performance* dei dipendenti pubblici in generale, ancor di più lo è per la classe dirigenziale, considerato che è proprio sulla base delle competenze dimostrate che vengono (o almeno così dovrebbe essere) assegnati gli incarichi.³²

A tal fine, ruolo centrale gioca la metodologia degli “*Assessment Center*”, la quale si basa su una molteplicità di prove e di valutatori (cd. “*assessor*”) finalizzati a verificare il possesso da parte dei candidati di un “*set predefinito di competenze*”³³ ritenuto indispensabile per ricoprire il ruolo dirigenziale. La peculiarità di questo strumento metodologico consiste nella capacità

³⁰ Art. 6-ter, co. 1, d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, come modificato dal D.L. 30 aprile 2022, n. 36, cd. “*Decreto PNRR 2*”. Lo stesso concetto è ripreso in MINISTERO PER LA P.A., MINISTERO DELL’ECONOMIA E DELLE FINANZE, *Linee di indirizzo per l’individuazione dei nuovi fabbisogni professionali da parte delle Amministrazioni Pubbliche*, 14 settembre 2022, 5.

Sul punto v. L. CASANO, *Fabbisogni professionali delle amministrazioni pubbliche e valorizzazione della professionalità: le nuove linee di indirizzo*, in *LPA*, 2023, 4, 713, che auspica il definitivo insediamento di una “*competency-based organisation*” nella P.A. italiana.

³¹ MINISTERO PER LA P.A., *Linee Guida sull’Accesso alla Dirigenza Pubblica*, 28 settembre 2022, 6.

La gestione “*per competenze*” viene sollecitata anche all’interno dello stesso PNRR, laddove si afferma che in sua assenza l’attività di programmazione diviene una “*mera pianificazione di sostituzione del personale che cessa dal servizio*”. Cfr. R. SANTUCCI, *Il reclutamento ecc.*, cit., 280.

³² MINISTERO PER LA P.A., *op. ult. cit.*

³³ Per approfondire l’esatto funzionamento degli “*Assessment Center*” nella valutazione delle competenze del personale dirigenziale pubblico, si veda MINISTERO PER LA P.A., *Linee Guida sull’Accesso alla Dirigenza Pubblica*, 9 ss.

di fornire una valutazione spiccatamente obiettiva, priva di errori o distorsioni.

Ad oggi, dunque, il sistema di reclutamento della dirigenza pubblica si erge sulla valutazione del bagaglio di esperienze e competenze dei candidati. La valutazione delle conoscenze nozionistiche è, infatti, rilegata ad un ruolo meramente secondario perché dimostratasi inefficiente ed inadeguata nella selezione di dirigenti performanti.

Il connubio delle due metodologie di selezione del personale dirigenziale, con la prevalenza del sistema “per competenze” su quello nozionistico, avvicina sempre più le amministrazioni pubbliche ai modelli gestionali tipici del settore privato, dove interesse unico delle società è vincere le leggi del mercato attraverso scelte manageriali sagaci soprattutto nel lungo periodo.

Pertanto, questo sistema sembra avere tutte le potenzialità per condurre la P.A. verso una definitiva gestione efficace ed efficiente delle risorse pubbliche.³⁴

2.1.2. Le modifiche agli artt. 28 e 28-bis

Una volta compreso il funzionamento dell’innovativo sistema “per competenze” introdotto dal legislatore per l’assunzione del personale dirigenziale, occorre ora analizzare in che modo sia possibile accedere alle cariche dirigenziali pubbliche di seconda e prima fascia.

L’art. 28 prevede storicamente due modalità di accesso alla seconda fascia, quali il concorso indetto dalle singole amministrazioni e il corso-concorso formativo indetto dalla S.N.A.

Con il d.l. 9 giugno 2021, n. 80, all’art. 28 è stato aggiunto un nuovo comma 1-ter, ai sensi del quale il reclutamento tramite il corso-concorso deve obbligatoriamente riguardare una “percentuale non inferiore al 50% dei posti da ricoprire”.

In attuazione della nuova disposizione, per la restante parte dei posti è, invece, possibile fare riferimento al personale a tempo indeterminato già in servizio presso ciascuna amministrazione.

³⁴ Cfr. F. ROTA, *Il reclutamento della dirigenza nell’amministrazione che cambia*, in A. BOSCATI, A. ZILLI (a cura di), *Il reclutamento nella P.A. dall’emergenza alla nuova normalità – Volume II*, cit., 252 ss., che sottolinea la necessità che un buon dirigente sia anche un abile giurista, per un corretto bilanciamento degli interessi in gioco.

ne, secondo però due diverse ripartizioni: una prima quota, pari al massimo al 30% dei posti, è riservata alla procedura comparativa, curata dalla S.N.A., di coloro che siano in possesso dei titoli di studio richiesti e che abbiano “*maturato almeno cinque anni di servizio nell’area o categoria apicale*”; mentre una “*quota non superiore al 15%*” dei posti è riservata, sempre per il tramite della procedura comparativa, a coloro che abbiano ricoperto o che ricoprano di fatto – senza cioè il possesso della qualifica – l’incarico di livello dirigenziale.³⁵

Maggiore impatto ha avuto, invece, il d.l. 9 giugno 2021, n. 80 sul reclutamento dei dirigenti della prima fascia, garantendo la definitiva attuazione dell’art. 28-*bis*.

Sebbene l’art. 28-*bis* sia stato introdotto dalla cd. Riforma Brunetta del 2009,³⁶ sono sempre intervenuti provvedimenti di sospensione dell’efficacia, tra cui da ultimo il d.l. 31 dicembre 2021, n. 183, che ne aveva disposto la sospensione fino al 31 dicembre 2021. Tuttavia, il Decreto Reclutamento ha abbreviato il termine di sospensione, fissandolo al 31 ottobre 2021, e ha così sancito l’entrata in vigore della previsione normativa a partire dal 1° novembre 2021.³⁷

A seguito dell’intervento del Decreto Reclutamento, quindi, la multiforme disciplina per l’accesso alla qualifica dirigenziale di prima fascia è definitivamente entrata in vigore, sancendo una diversità di trattamento in base alla natura temporale, determinata o indeterminata, delle posizioni aperte.

Rispetto alle posizioni a tempo indeterminato, il legislatore ha stabilito che anche per la carriera dirigenziale di prima fascia almeno il 50% dei posti disponibili debba essere destinato al corso-concorso indetto dalla S.N.A., al quale possono partecipare tutti i soggetti in possesso dei titoli di studio e professionali richiesti; la percentuale di posti restante, invece, grazie all’espresso riferimento che l’art. 28-*bis*, co. 1 del T.U. compie verso l’art. 23, co. 1, può essere coperta dal transito nella prima fascia dei dirigenti appartenenti alla seconda fascia purché questi abbiano ricoperto per almeno cinque anni “*incarichi di direzione*

³⁵ Art. 28, co. 1-*ter*, d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165. Sul punto v. R. SANTUCCI, *Il reclutamento ecc.*, cit., 280.

³⁶ Più precisamente la disposizione è stata inserita dall’articolo 47, comma 1, del d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150.

³⁷ Cfr. R. SANTUCCI, *Il reclutamento ecc.*, cit., 276.

di uffici dirigenziali generali o equivalenti” e le loro condotte non abbiano dato luogo ad ipotesi di responsabilità dirigenziale.³⁸

Per quanto riguarda il reclutamento del personale dirigenziale di prima fascia a tempo determinato, invece, la disciplina legislativa, per come modificata dal Decreto Reclutamento, delega al principio costituzionale del concorso pubblico.

In virtù del rimando legislativo che l’art. 28-*bis* compie verso l’art. 19, co. 4, del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, infatti, la P.A. può attribuire, con contratti a tempo determinato e previa adeguata motivazione, incarichi dirigenziali di livello generale a persone che siano dotate di specifiche capacità professionali non altrimenti reperibili all’interno dell’Amministrazione.³⁹

Uguualmente, nell’ulteriore ipotesi introdotta dal Decreto Reclutamento al comma 2 dell’articolo 28-*bis*, alla P.A. è concesso di reclutare personale dirigenziale di prima fascia a tempo determinato direttamente rivolgendosi ad enti esterni specializzati in materia ma sotto la duplice condizione che lo svolgimento delle funzioni richieda “*specifica esperienza, peculiare professionalità e attitudini manageriali*” e che sia altresì risultata vana la procedura di interpello del personale dirigenziale già di ruolo.⁴⁰

³⁸ Art. 23, co. 1, d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165. Costituiscono, in ogni caso, criteri preferenziali la precedente maturazione del requisito dei cinque anni e, nelle ipotesi di parità, la anzianità di servizio nello svolgimento della qualifica dirigenziale. Cfr. M. CERBONE, *Introduzione allo studio ecc.*, cit., 227.

³⁹ Art. 19, co. 4, d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che rimanda al comma 6 dello stesso articolo, dove è specificato che questi soggetti debbano, alternativamente: a) aver svolto incarichi dirigenziali per almeno cinque anni in enti/società pubbliche o private; b) avere una formazione (post-)universitaria o “*concrete esperienze di lavoro maturate per almeno un quinquennio (...) in posizioni funzionali previste per l’accesso alla dirigenza*”; c) provenire “*dai settori della ricerca, della docenza universitaria, delle magistrature e dei ruoli degli avvocati e procuratori dello Stato*”.

⁴⁰ Art. 28-*bis*, co. 2, d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165. Sul punto, M. CERBONE, *Introduzione allo studio ecc.*, cit., 227, che afferma l’impossibilità di applicazione estensiva del modello statale alle altre amministrazioni, tenuto conto della diversa “*autonomia normativa*” di cui quest’ultime sono dotate e che determina una “*accentuata diversificazione dei regimi giuridici di reclutamento*”. Sul funzionamento della procedura di interpello *ex art. 19, co. 1-bis, d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165*, v. E. PASQUALETTO, *La professionalità del dirigente pubblico tra reclutamento e incarichi*, in A. BOSCATI, A. ZILLI (a cura di), *La professionalità tra legge e contratti – Volume secondo*, cit., 109.

Il valore costituzionale del concorso pubblico, quale baluardo della garanzia del buon andamento e dell'imparzialità della P.A. oltre che di un sistema di reclutamento pubblico paritario e meritocratico, è evidentemente risultato soccombente nel bilanciamento di interessi effettuato dal legislatore del Decreto Reclutamento, il quale ha (apparentemente) riconosciuto prevalenza all'esigenza di efficientamento della P.A.⁴¹

La deroga al sistema concorsuale – esplicitamente ammessa dall'art. 97, co. 4, Cost. – apre, infatti, un dibattito sull'influenza del ceto politico sul potere di nomina sulle posizioni a tempo determinato e sul conseguente servilismo della dirigenza pubblica rispetto alle pretese politiche, dibattito che verrà però affrontato più avanti nel corso della trattazione.

2.2. I sistemi di misurazione e valutazione della *performance*

La ristrutturazione del modello di reclutamento dei dirigenti pubblici deve essere necessariamente accompagnata dalla ricalibrazione dei sistemi di misurazione e valutazione della performance (d'ora in poi "SMVP"), dimodoché sia possibile misurare la qualità delle prestazioni amministrative senza incorrere in eventuali *bias* generati dallo sfasamento tra i due fattori.

Di questo si è mostrato consapevole lo stesso legislatore che, per il tramite di una Direttiva del Ministro per la Pubblica Amministrazione, ha fornito "*Nuove indicazioni in materia di misurazione e di valutazione della performance individuale*" dei dipendenti pubblici. Con specifico riguardo alla valutazione del personale dirigenziale, la Direttiva pone l'accento su due elementi principali: la capacità di *leadership* e l'adozione di modelli di valutazione cd. "*a 360°*".

Quanto al primo aspetto, la Direttiva specifica che con il termine "*leadership*" si fa principalmente riferimento all'abilità di motivare il personale verso il raggiungimento degli obiettivi

⁴¹ L'art. 97, co. 3, ult. pt., ammette la possibilità deroga legislativa al sistema concorsuale. La Corte Costituzionale, intervenuta più volte sul punto, ribadisce l'ammissibilità delle deroghe purché esse siano "*funzionali al buon andamento dell'amministrazione, rispondano a criteri di ragionevolezza e siano comunque in armonia con le disposizioni costituzionali*" (da ultimo, *ex multis*, Corte Cost. 30 giugno 2023, n. 133). V. sul punto R. SANTUCCI, *Il reclutamento ecc.*, cit., 271.

organizzativi e verso lo sviluppo della professionalità individuale.⁴² L'esaltazione della capacità di *leadership* del dirigente è strettamente correlata al nuovo interesse che il legislatore ripone nella valorizzazione dei dipendenti pubblici e questo perché soltanto un dirigente che sia anche *leader* può effettivamente “*guidare le persone verso il cambiamento con senso di responsabilità*” e garantire l'attuazione del principio meritocratico. Data l'impossibilità di misurare la capacità di *leadership* del dirigente attraverso indici meramente quantitativi, occorre fare riferimento a dei criteri di misurazione qualitativa ricollegati a tutte le principali “*soft skills*”, quali ad esempio il *lateral thinking*, il *team building*, il *problem solving*, l'autonomia, l'empatia e l'intraprendenza.⁴³

Onde evitare che la valutazione delle competenze del dirigente risulti poco corrispondente alla realtà percepita sia nell'ambiente di lavoro che dai fruitori dei servizi pubblici, si è ritenuto opportuno aprire la valutazione a nuovi attori, cosicché si possa ottenere una visuale complessiva o, meglio, “a 360°”, sull'operato del dirigente.⁴⁴ Si prevede, infatti, l'introduzione e la valorizzazione delle seguenti forme di valutazione: a) dal basso, cioè da parte dei soggetti direttamente sottoposti al dirigente, attraverso la compilazione di giudizi in forma anonima; b) tra pari, dove particolare importanza è data al parere dei dirigenti con cui si intrattiene un rapporto “*più costante e rilevante*”; c) collegiale, ovvero svolta congiuntamente da tutti i dirigenti di pari livello;⁴⁵ d) da parte di *stakeholders* esterni, cioè di coloro che usufruiscono direttamente del servizio erogato dall'ufficio diretto dal soggetto in questione.⁴⁶

⁴² MINISTRO PER LA P.A., *Direttiva “Nuove indicazioni in materia di misurazione e di valutazione della performance individuale”*, 28 novembre 2023, 5.

⁴³ Ivi, 5-6. Per poter compiere una valutazione oggettiva e concreta di questi indici, la Direttiva individua poi dei “*comportamenti osservabili*” per ciascun criterio, delineando una sorta di ideal-tipo dirigenziale.

⁴⁴ Cfr. A. BELLAVISTA, *Una pubblica amministrazione al servizio dei cittadini. Il ruolo della dirigenza pubblica*, in R. SANTUCCI, M. CERBONE (a cura di), *La dirigenza degli enti locali alla prova della contrattazione*, Torino, 2022.

⁴⁵ Rispetto alla valutazione collegiale, peculiare è la previsione di meccanismi di “*calibrazione*”, in virtù dei quali l'esito finale della valutazione dipende dai rilievi non solo dei superiori gerarchici ma anche di soggetti di pari grado e livello.

⁴⁶ MINISTRO PER LA P.A., *Direttiva “Nuove indicazioni in materia di*

In questo modo, grazie cioè a SMVP in grado di offrire una visione plurilaterale sulle prestazioni dirigenziali, si cerca di porre la dirigenza pubblica nelle condizioni di organizzare con maggiore autonomia il lavoro e gli uffici, senza il timore costante di subire ripercussioni ove le scelte compiute, pur efficienti, non siano apprezzate dai superiori gerarchici, solitamente più inclini ad assecondare le sole volontà del ceto politico.

Questo modello di valutazione “a 360°” si discosta dai sistemi tipici del settore privatistico – cui pure il legislatore ha a lungo attinto per l’efficientamento della P.A. – ma sembra essere particolarmente adatto all’ambiente pubblico, nel quale spesso la professionalità dei dirigenti, specie di quelli in posizioni apicali, è limitata dal perseguimento non dell’interesse pubblico ma degli interessi politici.

3. Il cambiamento culturale della dirigenza pubblica nel primo dei rapporti con la classe politica

Un tratto peculiare della dirigenza pubblica, che ne accentua la distinzione da quella privata, si rinviene nel rapporto con il ceto politico dominante, in considerazione dell’obbligo gravante sulla prima di dare attuazione agli indirizzi fissati dal secondo.

Il rapporto tra politica e amministrazione dovrebbe svolgersi in conformità ai canoni del principio di imparzialità dell’azione amministrativa, sancito dall’art. 97 della Cost., e del principio di distinzione delle funzioni tra i due apparati, espresso dall’art. 4 del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165 e poi costituzionalizzato all’interno dell’art. 97. In particolare, sebbene la P.A. debba garantire la realizzazione dell’indirizzo politico definito dalla maggioranza di governo, è pur sempre necessario che la gestione dell’apparato burocratico abbia come fine ultimo “[i]l perseguimento delle finalità pubbliche obbiettivate dall’ordinamento”.⁴⁷

Nella prassi, tuttavia, il principio di separazione tra politica e amministrazione tende ad avere scarsa applicazione a causa

misurazione ecc., cit., 3. Come ricorda E. D’ALTERIO, *La valutazione della performance nelle pubbliche amministrazioni: stato dell’arte e noi (ancora) da sciogliere*, in *Biblioteca ‘20 Maggio’*, 2019, 122, questa forma di valutazione era già prevista ex art. 19-bis, d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, ma non è mai stata attuata.

⁴⁷ *Ex multis*, Corte Cost. 15 marzo 2022, n. 70; Corte Cost. 3 maggio 2013, n. 81.

della costante ingerenza del ceto politico negli atti gestionali, specie per quel che riguarda la nomina dei dirigenti a tempo determinato, e dell'incapacità (o del rifiuto) della stessa classe politica di definire in maniera adeguata gli obiettivi dell'azione amministrativa.⁴⁸

Per quanto riguarda il primo aspetto, con le modifiche apportate dal Decreto Reclutamento agli artt. 28 e 28-*bis* del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, sono aumentate le ipotesi in cui è possibile derogare al principio del concorso pubblico per il conferimento di incarichi dirigenziali a tempo determinato.⁴⁹ La previsione del termine di scadenza dell'incarico dirigenziale, seppur originariamente pensata come elemento di garanzia rispetto alla deroga al sistema concorsuale, di fatto si rivela uno strumento nelle mani della politica che, attraverso il potere di nomina e soprattutto attraverso quello di eventuale riconferma, riesce a manipolare la gestione dell'intero apparato burocratico.

Se, da un lato, i dirigenti cd. "esterni" hanno ogni interesse a soddisfare le richieste di quella classe politica che li ha nominati perché da essa dipende il loro percorso professionale all'interno della P.A., dall'altro lato, questa situazione impatta anche l'operato della dirigenza cd. "di carriera", che, onde evitare di vedersi surclassata nell'assegnazione degli incarichi, è disposta a piegare l'azione amministrativa al volere del ceto politico.⁵⁰ Nel conferimento degli incarichi dirigenziali di più alto livello, infatti, la classe politica ha di fatto carta bianca, potendosi persino distaccare dai risultati delle valutazioni delle *performance*; per questo motivo, vi è stato in dottrina chi ha auspicato una modifica dei SMVP in modo tale che gli esiti divenissero vincolanti a tutti gli effetti.⁵¹

Sebbene non sia stata data esatta attuazione a questa corrente di pensiero, le recenti riforme per l'attuazione del PNRR potrebbero comunque rappresentare, qualora correttamente applicate, un'opportunità per porre un freno alle interferenze politiche sulla gestione amministrativa.

Un primo input in tal senso è offerto dalla modifica dei SMVP e soprattutto dalla previsione del coinvolgimento nel pro-

⁴⁸ A. BELLAVISTA, *Una pubblica amministrazione ecc.*, cit.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*.

cedimento di valutazione degli *stakeholders* esterni. In questo modo, sarebbe possibile ottenere un giudizio che sia almeno parzialmente – vista la difficoltà di mantenere i piani distinti nell’ambito degli uffici amministrativi operativi nelle realtà di minori dimensioni – obiettivo, in grado di affievolire, se non addirittura eliminare, l’autoreferenzialità della P.A.⁵²

Parallelamente, un ulteriore passo verso l’allentamento della pressione politica sulla classe dirigenziale si è avuto con il ripensamento della struttura degli obiettivi, nel senso di respingere ogni forma di genericità di formulazione a favore di maggior chiarezza e specificità.⁵³ Di questa esigenza sembra essersi fatto portavoce lo stesso Ministro per la P.A. che, nella nota del 7 febbraio 2024 recante “*Prime indicazioni operative in materia sulla misurazione e di valutazione della performance individuale*”, ha sollecitato le Amministrazioni verso la definizione di obiettivi dirigenziali che siano, appunto, “*chiari, concreti e misurabili*”, considerata la loro pregnanza ai fini “[dell’] *incremento dell’efficiamento e dell’efficacia del lavoro pubblico*”.⁵⁴

Ci si propone, quindi, di riformare il vecchio modello di gestione per obiettivi, cd. “*management by objectives*”, nel quale gli obiettivi, a causa della loro genericità fungevano da meri “principi ispiratori” delle politiche gestionali, per addivenire ad un sistema in cui il raggiungimento di *target* specifici diviene il fine unico dell’azione dirigenziale, indirizzata su tre elementi cardine: valorizzazione, *leadership* e formazione professionale. In questo modo è, infatti, possibile garantire ai dirigenti maggiore autonomia dal potere politico nello svolgimento delle mansioni.

Allo stato attuale, fatta eccezione per il potere di nomina dirigenziale che è ancora fortemente legato al potere politico, sembrano sussistere le condizioni per un graduale distacco tra la classe politica e quella dirigenziale pubblica, in definitiva attuazione del principio generale di separazione tra la funzione di indirizzo e quella di gestione. Bisognerà però attendere del tempo prima di poter constatare l’effettiva incidenza di queste innovazioni sull’attuale assetto dell’amministrazione pubblica, tenuto

⁵² *Ibidem.*

⁵³ *Ibidem.* Cfr. C. CELONE, *Per una classe dirigente ecc.*, cit., 194.

⁵⁴ MINISTRO PER LA P.A., *Nota “Prime indicazioni operative in materia sulla misurazione e di valutazione della performance individuale”*, 7 febbraio 2024.

conto che la classe politica difficilmente sarà propensa a mollare le redini della gestione amministrativa.

4. Una breve disamina del segno tracciato dai nuovi CCNL 2019-2021 d'Area per i dirigenti pubblici

Contemporaneamente alle innovazioni legislative che hanno investito il nucleo primordiale del rapporto di lavoro della dirigenza pubblica, vi è stata anche un'intesa attività di confronto sindacale che ha condotto alla sottoscrizione, nel dicembre 2023, di due nuovi CCNL, uno riguardante l'Area Funzioni Centrali e l'altro riguardante l'Area Funzioni Locali – anche se in quest'ultimo caso ad esser stata sottoscritta dalle parti è stata solo l'ipotesi di contratto.

Entrambi i contratti hanno inciso principalmente sulla disciplina della retribuzione di risultato, sottolineandone sempre la condizionalità rispetto alla valutazione positiva della *performance* ed esaltando così il nuovo modello gestionale basato tanto sul raggiungimento di obiettivi quanto sulla valorizzazione delle competenze manageriali.

Il CCNL per l'Area Funzioni Centrali, in particolare, ha invitato la contrattazione integrativa – cui è rimessa l'individuazione dei criteri di differenziazione degli importi della retribuzione di risultato – a tener in debito conto la “*natura più o meno sfidante degli obiettivi assegnati*” ai dirigenti quale indice principale.⁵⁵ In questo modo, le parti sociali spostano dunque l'accento dall'aspetto quantitativo all'aspetto qualitativo degli obiettivi raggiunti, premiando la professionalità di quei dirigenti che abbiano saputo adottare strategie efficienti sia nel breve che nel lungo periodo.

Il CCNL per l'Area Funzioni Locali, invece, non si esprime sui criteri di differenziazione ma stabilisce che i dirigenti che abbiano ottenuto le valutazioni più elevate, dovranno ottenere un aumento della retribuzione pari ad almeno il 25%, se nell'ente considerato il numero di dirigenti in servizio non superi i 10, e ad almeno il 30%, qualora invece i dirigenti in servizio nell'ente siano più di 10.⁵⁶

⁵⁵ Art. 19, co. 2, ult. pt., CCNL Funzioni Centrali, 2019-2021.

⁵⁶ Gli aumenti operano sul “*valore medio pro-capite delle risorse desti-*

Inoltre – ed è questa la grande novità introdotta dall’ipotesi di CCNL in questione in materia di valutazione della *performance* – è possibile che, a livello di contrattazione integrativa, l’erogazione di una quota della retribuzione di risultato venga condizionata al raggiungimento di “*obiettivi d’impatto rilevanti ed oggettivamente misurabili*” che siano “*direttamente collegati a benefici concreti e verificabili per la collettività o per l’utenza, anche in correlazione con l’attuazione di misure pianificate nel PNRR*”.⁵⁷

Rispetto al CCNL per l’Area Funzioni Centrali, inoltre, il contratto per l’Area Funzioni Locali tutela i propri dirigenti con la previsione del patrocinio legale *ex officio*, nel caso in cui essi siano incorsi in procedimenti di natura civile o penale per “*fatti o atti direttamente connessi all’espletamento del servizio*”.⁵⁸ A confronto con la previsione contenuta nel precedente CCNL 2016-2018, nell’ipotesi del contratto 2019-2021 la disciplina dell’istituto risulta inasprita perché ne viene ora esclusa l’ammissibilità in tutti in casi in cui vi sia un “*presunto e motivato conflitto di interesse, anche solo potenziale*” nonché qualora il procedimento riguardi la responsabilità erariale.⁵⁹ Ciononostante, l’introduzione di una tale forma di assistenza e tutela nei confronti dei propri dirigenti getta le basi per l’allontanamento della classe dirigenziale da atteggiamenti gestionali di mera cautela.

Da ultimo, nell’ambito dei contratti collettivi d’area riguardanti i dirigenti pubblici, è opportuno brevemente menzionare il CCNL dell’Area Sanità 2019-2021, anch’esso recentemente sottoscritto e nel quale particolare attenzione viene data all’elemento formativo e dell’aggiornamento professionale.

All’interno di questo nuovo contratto, le parti sociali prendono coscienza dei processi di rinnovamento ed efficientamento della P.A e vedono nella formazione del dirigente sanitario lo strumento principale per il superamento della cd. “*medicina difensiva*”: un dirigente adeguatamente formato è, infatti, in grado

nate alla retribuzione di risultato”. È rimessa alla contrattazione integrativa la definizione del numero massimo di dirigenti cui può essere attribuita la retribuzione di risultato così aumentata. V. art. 23, co. 2, Ipotesi CCNL Funzioni Locali, 2019-2021.

⁵⁷ Art. 23, co. 5, CCNL Area Funzioni Locali, 2019-2021. Cfr. A. BELLA-VISTA, *Una pubblica amministrazione ecc., cit.*

⁵⁸ Art. 24, co. 1, CCNL Area Funzioni Locali, 2019-2021.

⁵⁹ *Ibidem*. Cfr. art. 82, CCNL Area Funzioni Locali 2016-2018.

di valorizzare le proprie capacità professionali e di assumersi dunque le responsabilità delle proprie condotte.⁶⁰

La “*medicina difensiva*” rappresenta una *species* del più ampio *genus* della “*burocrazia difensiva*” e, come tale, altera l’efficienza delle strutture sanitarie.⁶¹

Per contrastare tale fenomeno e dunque garantire livelli più elevati nell’erogazione delle prestazioni sanitarie, il nuovo contratto d’Area incentiva le attività di formazione dei dirigenti soprattutto per quel che riguarda la conoscenza sia “*del rischio clinico e della sicurezza delle cure*” che del “*rischio lavorativo e delle misure da adottare per aumentare le condizioni di sicurezza*”.⁶²

Da questa rapida analisi emerge, allora, come l’innovazione della P.A., nella duplice ottica del suo efficientamento – anche in vista dell’attuazione del PNRR – e del definitivo scardinamento della cd. “*amministrazione difensiva*” passi non solo dalle linee direttive e programmatiche del legislatore ma anche e soprattutto dalla contrattazione collettiva, cui è rimessa nei fatti la modulazione del rapporto di lavoro.

5. Considerazioni conclusive

Nell’analisi fin qui condotta sono state passate in rassegna tutte le principali innovazioni che hanno recentemente coinvolto la dirigenza pubblica italiana per l’efficace realizzazione del PNRR, e si è avuto modo di constatare come la rivoluzione culturale del *management* pubblico costituisca un momento imprescindibile per il reale efficientamento dell’apparato burocratico.

A tal fine, è assai lodevole la ristrutturazione delle procedure di reclutamento del personale dirigenziale a tempo indeterminato nell’ottica della valorizzazione delle competenze trasversali; lo stesso non può, tuttavia, dirsi per le posizioni dirigenziali a tempo determinato, il cui potere di nomina pressoché discrezionale è stato ulteriormente esteso, a puro favore del ceto politico.

Il legislatore ha cercato di riequilibrare la situazione, dando di fatto un colpo al cerchio e uno alla botte, attraverso il rinno-

⁶⁰ Art. 43, CCNL Area Sanità 2019-2021.

⁶¹ G. BOTTINO, *La burocrazia difensiva ecc.*, cit., 117.

⁶² Art. 44, CCNL Area Sanità 2019-2021.

vamento del sistema di misurazione e valutazione della *performance* e la specificazione delle caratteristiche fondamentali degli obiettivi dirigenziali. Nel frattempo, anche la contrattazione collettiva nazionale è intervenuta, ridisciplinando l'istituto della retribuzione di risultato in modo da renderlo congruo e coerente rispetto alle modifiche legislative e valorizzando le attività formative, specie nel settore sanitario.

Certamente, è difficile pensare che l'impianto generale di queste riforme possa portare alla definitiva eliminazione degli atteggiamenti difensivi da parte della dirigenza pubblica, essendo mancati interventi diretti tanto sul sistema delle responsabilità che sui sistemi premiali a favore dei dirigenti più propensi all'assunzione del rischio.⁶³

Come si è avuto modo di vedere, questi ultimi due sono gli aspetti che maggiormente influiscono sulla cd. "*paura della firma*" e, pertanto, al fine di superare l'*impasse* sarebbe necessario che l'affermazione della nuova cultura manageriale fosse accompagnata da un ripensamento dell'intera struttura regolativa del rapporto di lavoro dirigenziale.

Con questo non s'intende qui sminuire la portata innovativa delle riforme adottate nell'ambito dell'attuazione del PNRR ma ci si propone solo di sottolineare la stretta interdipendenza sussistente tra l'elemento culturale e l'elemento normativo perché solo avendo a mente questa connessione è possibile evitare che la spinta all'innovazione e all'efficientamento della P.A. termini con lo scadere della data di realizzazione del PNRR e che, dunque, le riforme finora introdotte, così come quelle da introdurre, si rivelino miopi.

⁶³ Come sottolineato da S. BATTINI, *Abuso d'ufficio ecc.*, cit., 498, "*nessun tribunale è efficace nel premiare le virtù degli amministratori e i risultati positivi delle loro azioni*".

SEZIONE QUARTA

GENDER GAP E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

PIA DE PETRIS

DIGITALIZZAZIONE DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI E GENDER (PAY) GAP FRA OPPORTUNITÀ, RISCHI E SFIDE

SOMMARIO: 1. Digitalizzazione e parità: un connubio (im)perfetto per l'efficientamento e la modernizzazione della PA?. – 2. Digitalizzazione e flessibilità spazio-temporale: le opportunità (incolte) per la parità. – 3. Il lavoro agile nella pubblica amministrazione nell'ottica della parità di genere: le insidie (e le occasioni) del lascito pandemico. – 3.1. (*segue.*) L'istituzionalizzazione post pandemica del lavoro agile e le altre frontiere del “lavoro da remoto” nel pubblico impiego. – 4. Digitalizzazione ed efficientamento algoritmico: le ricadute sul *gender gap*. – 5. Spunti conclusivi per una digitalizzazione della PA al servizio della parità.

1. Digitalizzazione e parità: un connubio (im)perfetto per l'efficientamento e la modernizzazione della PA?

La digitalizzazione della Pubblica Amministrazione costituisce uno dei pilastri fondamentali della (neo)strategia, rilanciata anche dal Piano Nazionale di Ripresa e di Resilienza (PNRR) e dal Patto per l'innovazione del lavoro pubblico e la coesione sociale¹, di efficientamento e modernizzazione delle pubbliche amministrazioni. Nell'*ennesima* stagione di riforma², la digita-

¹ Per un'analisi della strategia organizzativa alla base di entrambi i documenti programmatici si v. A. BELLAVISTA, *PNRR, lavoro pubblico e dintorni*, in *GI*, 2022, 2532 ss. e M. TURRIN, *Innovazione organizzativa e politiche formative nell'amministrazione digitale*, in *LDE*, 1, 2022.

² Per una compiuta panoramica dello stato dell'arte v. A. BOSCATI (a cura di), *Il lavoro pubblico. Dalla contrattualizzazione al Governo Draghi*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2021.

lizzazione organizzativa sembra costituire uno dei più promettenti fattori di rilancio del pubblico impiego (contrattualizzato e non), che, in segno di discontinuità con il passato, si caratterizza per una pianificazione che pone al centro dei suoi obiettivi la valorizzazione del capitale umano, la formazione e la tutela della professionalità, per mezzo di una strategia di «*attrazione, selezione, assunzione, retention e valutazione del talento, rinnovando i meccanismi di carriera attuali (verticali e orizzontali)*» (PNRR³).

Tale strategia può costituire anche una leva per la parità di genere, data l'inscindibile correlazione fra pari opportunità, benessere organizzativo e formazione⁴. D'altronde, la parità di genere rappresenta un obiettivo trasversale a tutte le missioni del PNRR⁵, rilanciato dall'attivazione di un importante strumento di monitoraggio e valutazione costante delle azioni di parità, quale il Sistema nazionale di certificazione della parità di genere, introdotto dalla l. n. 162/2021⁶, e già oggetto di applicazione anche nelle pubbliche amministrazioni⁷. Inoltre, si richiede l'adozione «di nuovi meccanismi di reclutamento nella PA e la revisione delle opportunità di accesso alle posizioni dirigenziali di alto livello»⁸.

³ Per un'analisi nella prospettiva di genere si v. L. ZAPPALÀ, *La parità di genere al tempo del PNRR: tra trasparenza, certificazione e misure premiali*, in *LDE*, 2022; E. DE MARCO, *PNRR e contrasto alle disuguaglianze di genere*, in *GI*, 2022, 2561 ss. e, in chiave più critica, C. ALLERI, F. STANGHERLIN, M. CONGEDUTI, S. PITTARELLO, *Quale lavoro femminile al tempo del Covid-19: la «resilienza» salverà le donne?*, in *QG*, 2021.

⁴ Come d'altronde sottolineato dal Capo I del Pilastro europeo dei diritti sociali che rubricato «Pari opportunità e accesso al mercato del lavoro» indica come primo principio proprio il «diritto a un'istruzione, a una formazione e a un apprendimento permanente di qualità e inclusivi».

⁵ M. C. CATAUDELLA, *La parità di genere: una priorità «trasversale» del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *LPO*, 2022, 1 ss.

⁶ Sulla certificazione si v. L. ZAPPALÀ, *La parità di genere al tempo del PNRR*, cit., 6 ss.

⁷ Nel luglio 2023 l'Agid ha comunicato di essere la prima PA italiana a ricevere la certificazione di parità di genere, <https://www.agid.gov.it/it/agenzia/stampa-e-comunicazione/notizie/2023/07/07/parita-genere-agid-pa-italiana-ricevere-certificazione-pdr125>.

⁸ In particolare, l'art. 2 d.l. n. 36/2022 (conv. in l. 79/2022) stabilisce che a decorrere dal 1° novembre 2022 i componenti delle commissioni esaminatrici dei concorsi pubblici sono individuati nel rispetto dei principi della parità di genere, attraverso il Portale InPA. L'art. 5 riconosce misure che attribuiscono vantaggi specifici ovvero evitino o compensino svantaggi nelle carriere al genere meno rappresentato.

In effetti, il raggiungimento della parità di genere è un obiettivo ancora molto lontano, anche nel pubblico impiego, dove il divario di genere presenta dati meno gravi del privato ma non meno preoccupanti, specie con riferimento alla presenza femminile nei livelli apicali⁹.

Sulla base di questa triste constatazione, s'intende valutare le ricadute della digitalizzazione della PA sulla lotta al *gender gap*, quale complesso fenomeno multidimensionale, che a varie lungitudini, e in particolare sul versante retributivo e reddituale (cd. *gender wage gap*), involge anche il lavoro pubblico¹⁰.

L'analisi si concentrerà, in particolari, su due fronti: a) da un lato la diffusione di nuove e più flessibili modalità di organizzazione del pubblico impiego (lavoro agile e *coworking*) per verificarne l'impatto sull'inclusione lavorativa delle donne; b) dall'altro l'utilizzabilità di nuove tecnologie, anche algoritmiche, nel supporto al reclutamento e alla gestione delle risorse umane e nella promozione della (cultura della) professionalità e pianificazione e valutazione della *performance*.

2. Digitalizzazione e flessibilità spazio-temporale: le opportunità (incolte) per la parità

Uno delle maggiori vantaggi, per la parità di genere, proveniente dalla digitalizzazione è l'incremento delle opportunità di accedere a modalità di lavoro caratterizzate da una maggiore flessibilità spazio-temporale.

⁹ Cfr. i dati pubblicati da Openpolis, *La disparità di genere nei vertici amministrativi dello Stato*, 19 novembre 2020, che segnala che sono poco più di un terzo le donne a ricoprire incarichi di vertice, con una considerevole variabilità tra le diverse strutture. Sul tema dei soffitti di cristallo (anche) nel pubblico impiego si rinvia a V. FILI, *Le difficili libertà delle donne tra gender wage gap, soffitti di cristallo e bassa fecondità*, in *LDE*, 2021, 2, spec. 11; e R. NUNIN, *Lavoro femminile e carriere scientifiche: alcune riflessioni sul gender gap*, in *LDE*, 2020, 2.

¹⁰ Come segnala la Strategia nazionale per la parità di genere 2021-2026, la strada da compiere è molta: la partecipazione agli organi apicali della pubblica amministrazione è più bassa dei paesi più avanzati (es. Svezia, Finlandia, Francia) ed è inferiore alla media europea a livello di enti regionali e locali (al di sotto del 20%); analogamente, risulta gravemente carente la rappresentanza femminile negli organi apicali degli enti di rilievo in ambito socio-culturale (es. istituti di ricerca, aziende pubbliche di servizio radiotelevisivo, comitati olimpionici).

Da tempo si sottolinea che il ricorso a modalità di lavoro più flessibili, consentendo una migliore conciliazione dei tempi di vita e lavoro, possa costituire uno strumento di lotta all'emarginazione occupazionale delle donne, costrette a sacrificare il loro diritto al lavoro qualora quest'ultimo risulti difficile da conciliare con i carichi di cura, assistenza e lavoro domestico, che l'attuale modello culturale continua a far ricadere in misura sproporzionatamente maggiore sulle donne¹¹, costrette a pagare a caro "prezzo" la carenza di adeguati servizi pubblici di supporto nelle attività di cura.

Nel pubblico impiego, il binomio flessibilità-parità è valorizzato nell'art. 7 del d.lgs. n. 165/2001, che, al primo comma, persegue la promozione delle pari opportunità tra uomini e donne, e al terzo comma, impone alle pubbliche amministrazioni di adottare «*criteri certi di priorità nell'impiego flessibile del personale, purché compatibile con l'organizzazione degli uffici e del lavoro*».

Tuttavia, è noto che l'attuazione concreta della flessibilità, nel lavoro pubblico, non ha mai trovato grandi fortune. Di fatti, l'enorme potenziale del telelavoro¹² (ex art. 4, legge n. 191/1998 e d.P.R. n. 70/1999), quale innovativa prassi organizzativa, è rimasto totalmente inespresso, vuoi per la scarsa applicazione dell'istituto; vuoi per la declinazione, rigida e iperegolamentata, incapace di apportare una reale innovatività sull'organizzazione del lavoro e sulla valutazione della prestazione, limitandosi ad

¹¹ In dottrina si veda C. DE MARCO, *Work-life balance: lo stato dell'arte e la sua applicazione nell'emergenza epidemiologica*, in *DML*, 2020, 619 e ss.; A. TROJSI, *Sulla ricerca del giusto equilibrio di genere tra cura familiare e lavoro: finalità, contenuti e risorse del decreto legislativo n. 105/2022*, in D. GAROFALO, M. TIRABOSCHI, V. FILI, A. TROJSI (a cura di), *Trasparenza e attività di cura nei contratti di lavoro. Commentario ai decreti legislativi n. 104 e n. 105 del 2022*, in *ADAPT Labour Studies e-Book Series*, 2023, 409 ss.; A. RICCOBONO, *Work-life balance e diritti dei genitori lavoratori: a piccoli passi verso una nuova cultura egualitaria delle responsabilità familiari*, in *LPO*, 2023, 345 e ss.; S. RENGA (a cura di), *Lungo la strada della conciliazione: spunti per il dibattito*, Torino, 2023; T. VETTOR, *Conciliare vita e lavoro. La prospettiva del Diritto del lavoro dopo il Jobs Act*, Giuffrè, 2018, 92 ss. R. ZUCARO, *Conciliazione vita-lavoro e gender gap nella cura. L'evoluzione legislativa nel prisma del quadro normativo europeo*, in *RGL*, 2022, I, 310 ss.

¹² Che la dottrina non aveva mancato di sottolineare, si v. L. GAETA, P. PASCUCCI, U. POTI (a cura di), *Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1999.

un “trasferimento” dell’oggetto del controllo: dalla presenza fisica in ufficio a quella dinnanzi al videoterminale¹³.

Sempre a causa di una certa reticenza alla flessibilità organizzativa¹⁴, si è disatteso l’obiettivo di cui all’art. 14 della l. n. 124/2015, che, nell’ottica della conciliazione dei tempi di vita e lavoro, prevedeva, entro 3 anni dall’attuazione della legge, interventi volti alla sperimentazione, almeno nella misura del 10% dei dipendenti pubblici richiedenti, «*di nuove modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa*», diverse e ulteriori rispetto al telelavoro. E analogamente priva di fortune è stata “la fase di sperimentazione” del lavoro agile, prima dell’avvento della pandemia, inaugurata dalla cd. Direttiva Madia, all’indomani della l. n. 81/2017, trovando attuazione per poco più dell’1% dei dipendenti pubblici¹⁵.

Eppure, la flessibilità organizzativa come leva per la parità e l’inclusione è rilanciata da recenti previsioni, sia nell’ordinamento domestico che in quello eurounitario¹⁶.

Sul primo fronte, la l. n. 162/2021, ha ampliato la nozione di discriminazione diretta e indiretta ex art. 25 del Codice delle Pari Opportunità, includendo espressamente fra le possibili cause di discriminazione «anche delle modifiche di natura organizzativa, o incidenti sull’orario di lavoro»¹⁷. Nello spazio europeo, invece, la dir. n. 1158/2019/UE, rubricata “Equilibrio di attività professionale e vita familiare per i genitori prestatori di as-

¹³ Come sottolinea A. ZILLI, *Dal telelavoro... al telelavoro: vent’anni (e due pandemie) attorno alla prestazione resa fuori dai locali dell’organizzazione*, in *ADL*, 2022, 4, 71 ss.

¹⁴ Ampiamente indagata da D. DE MASI, *Lo stato necessario. Lavoro e pubblico impiego nell’Italia postindustriale*, Milano, 2020.

¹⁵ Almeno sino alla fine del 2019, come segnalano i rapporti di FORMEZ-PA, *Monitoraggio sull’attuazione del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni*, gennaio 2020 e EUROSTAT, *How usual is it to work from home?*, 2019, in *ec.europa.eu*.

¹⁶ Anche la Risoluzione del PE del 5 luglio 2022 sulla povertà femminile in Europa, al considerando 23 invita la Commissione e gli Stati membri a integrare la parità di genere in tutte le politiche, i programmi e le azioni, «*con periodi di congedo di paternità più lunghi, congedi parentali retribuiti e non trasferibile, orari di lavoro flessibili, strutture di assistenza all’infanzia in loco, servizi di assistenza e politiche di lavoro a distanza*».

¹⁷ In chiave critica C. GAROFALO, *Il problematico allargamento della nozione di discriminazione nel codice delle pari opportunità*, in *LDE*, 2023, 1 e ss., che segnala un problema di coordinamento con la normativa di recepimento della direttiva.

sistenza”, nell’aggiornare la normativa sul congedo parentale, ha il pregio di valorizzare il *work life balance* quale strumento essenziale per la parità di genere e l’equa ripartizione delle responsabilità genitoriali¹⁸, nel solco già tracciato dalla Strategia Europa 2020, valorizza l’organizzazione flessibile del lavoro per il raggiungimento di un migliore tasso di occupazione e un’equa ripartizione delle responsabilità familiari.

La dir. n. 1158/2019, infatti, mette al centro la flessibilità¹⁹ e riconosce, sulla scorta di esperienze già sperimentate in Europa²⁰, ai lavoratori che sono genitori o prestatori di assistenza il diritto di *chiedere* «modalità di lavoro flessibili», «anche mediante l’uso del lavoro a distanza, calendari di lavoro flessibili o una riduzione dell’orario di lavoro» (art. 9).

L’effettività del diritto di “chiedere” modalità di lavoro flessibili è sorretta dalla previsione di un obbligo di motivazione del rigetto datoriale²¹ e la riconduzione sotto l’ombrello protettivo del diritto antidiscriminatorio.

Rispetto a tale previsione, il riferimento immediato sembra essere al lavoro agile, quale connubio fra flessibilità spazio-temporale e lavoro a distanza.

Non a caso, nel nostro ordinamento le indicazioni della dir. n. 1158/2019 sono state solo parzialmente recepite, con riferimento al lavoro agile, dall’art. 4, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 105/2022 che ha opportunamente modificato la platea dei destinatari del diritto di priorità all’accesso al lavoro agile di cui all’art. 18 comma 3 *bis* l. n. 81/2017, inizialmente riconosciuto solo alle “lavoratrici madri” nei tre anni successivi alla conclusione del congedo di maternità. Ora invece, la priorità è riconosciu-

¹⁸ M. G. MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro. Strategie e tecniche di regolazione*, Giappichelli, 2020, 37; L. CALAFÀ, *La conciliazione vita e lavoro in ambiente digitale*, in *Federalismi.it*, 34, 2022, 193 ss.

¹⁹ Per un focus S. IACOBUCCI, *La libertà dall’orario di lavoro valorizzare la flessibilità del lavoro agile nella direttiva Ue 1158/2019*, in S. RENGÀ (a cura di), cit., 69 ss.

²⁰ Cfr. L. WADDINGTON, M. BELL, *The right to request flexible working arrangements under the Work-life Balance Directive – A comparative perspective*, in *ELLJ*, 2021, 508 ss.

²¹ Il che assicura una gestione più trasparente dell’accessibilità al lavoro agile. Cfr. M. BROLLO, *Verso la stagione del lavoro agile?*, *L’AIDLASS e le stagioni del diritto del lavoro*, La Tribuna, 2024, 123; S. SCARPONI, “*Work life balance*” fra diritto UE e diritto interno, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.INT – 156/2021.

ta ai lavoratori e alle lavoratrici con figli di età inferiori a dodici anni (o senza alcun limite di età nel caso di figli con disabilità), ai lavoratori e lavoratrici con disabilità in situazione di gravità o che siano *caregivers*. La norma precisa che il datore di lavoro, pubblico e privato, non può sanzionare, demansionare, licenziare o trasferire il lavoratore o la lavoratrice che richiede di fruire del lavoro agile; anzi «qualunque misura adottata in violazione del precedente periodo è da considerarsi ritorsiva o discriminatoria e, pertanto, nulla». Il congegno è chiaramente rivolto ad agevolare il carico probatorio di lavoratrici e lavoratori, introducendo una presunzione di discriminazione, dovendo quest'ultimi dimostrare solo il nesso tra la richiesta del lavoro flessibile e l'atto o la misura organizzativa pregiudizievole posti in essere dal datore di lavoro.

Tuttavia, è chiaro che il “diritto di chiedere” misure di lavoro flessibili e a distanza di cui alla dir. n. 1158/2019 non ha trovato una piena trasposizione nell'ordinamento interno, dal momento che la priorità nel lavoro agile ne costituisce una parzialissima attuazione²², rimanendo un'opportunità non colta.

Ad ogni modo, il rafforzamento dell'attuazione del lavoro agile per mezzo di diritti di priorità a favore dei lavoratori e delle lavoratrici con carichi di cura e assistenza è da salutare con favore, dal momento che tale modalità di lavoro può costituire una risorsa contrattuale preziosa per favorire la crescita dell'occupazione femminile e al contempo l'efficienza amministrativa e il miglioramento dei servizi pubblici.

3. Il lavoro agile nella pubblica amministrazione nell'ottica della parità di genere: le insidie (e le occasioni) del lascito pandemico

Com'è noto, il lavoro agile ha fatto ingresso nel nostro ordinamento, per il lavoro pubblico e privato, con la l. n. 81/2017, con il fine dichiarato di perseguire l'incremento della competitività e produttività per le aziende e le pubbliche amministrazioni e il *work-life balance* per i lavoratori e le lavoratrici.

²² Cfr. S. IACOBUCCI, *La libertà dall'orario di lavoro valorizzare la flessibilità del lavoro agile nella direttiva Ue 1158/2019*, in S. RENGA (a cura di) *Lungo la strada della conciliazione. Spunti per il dibattito*, Torino, 2023, 69 ss.

Si tratta di una (speciale) «modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato», che ne ridisegna le coordinate organizzative²³, attraverso l'introduzione della possibilità di alternare il lavoro in presenza, caratterizzato da vincoli di orario e fissità del luogo di lavoro, con quello da remoto, privo di vincoli spazio-temporali e organizzato «(anche) per fasi, cicli e obiettivi» e pertanto orientato ad una maggiore valorizzazione della fiducia e professionalità.

Nell'impianto della l. n. 81/2017, il lavoro agile è regolamentato con una disciplina piuttosto "leggera" (applicabile anche al p.i., salvo incompatibilità), che rinvia all'accordo individuale (senza un'esplicita intermediazione collettiva) aspetti cruciali della regolamentazione: dall'esecuzione della prestazione lavorativa fuori dai locali aziendali agli strumenti di lavoro; dai tempi di riposo, comprese le modalità di disconnessione, alle forme di esercizio del potere direttivo e di controllo datoriale²⁴.

Dinnanzi a tali caratteristiche, è evidente che il lavoro agile presuppone un ripensamento della cultura manageriale e una radicale trasformazione organizzativa all'interno della quale il datore di lavoro (soprattutto quello pubblico) è chiamato a dotarsi di nuove razionalità organizzative, basate su fiducia, collaborazione, condivisione e controllo per obiettivi²⁵.

²³ Cfr. i lavori monografici di G. LUDOVICO, *Lavori agili e subordinazioni*, Milano, 2023; M. RUSSO, *Il datore di lavoro agile*, Napoli, 2023; C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Bari, 2018.

²⁴ Tale previsione ha destato perplessità, per non snaturare il concetto di potere datoriale e di subordinazione, è preferibile ritenere che il legislatore abbia voluto riferirsi alle sole modalità (e/o intensità) di estrinsecazione del potere datoriale, che devono adattarsi alle nuove modalità di lavoro reso fuori dai locali aziendali come suggerito da G. PROIA, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, in L. FIORILLO, A. PERULLI, *op. cit.*, 192 e A. BOSCATI, *L'inquadramento giuridico del lavoratore da remoto tra potere direttivo e autonomia della prestazione*, in M. MARTONE, *op. cit.*, 61 ss. In generale, sulle inadeguatezze del consenso individuale si v. P. ALBI, *Il lavoro agile fra emergenza e transizione*, in *MGL*, 2020, 771 ss.

²⁵ Sul *change management* v. M. BROLLO, *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, in *LG*, 2020, 553 ss.; A. BOSCATI, *L'inquadramento giuridico del lavoratore da remoto tra potere direttivo e autonomia della prestazione*, in M. MARTONE, *op. cit.*, 61 ss., che ne sottolinea anche l'impatto sulla diligenza richiesta. Il patto di lavoro agile si caratterizza per lo scambio fra retribuzione e responsabilità, autonomia e risultato della prestazione, e non più fra presenza e retribuzione.

Principalmente per tale ragione il lavoro agile ha fatto difficoltà a decollare nel pubblico impiego, rimanendo un istituto sostanzialmente sconosciuto, nonostante gli auspici della l. n. 124/2015 e della direttiva n. 3/2017, intervenuta per fornire indirizzi un'attuazione sperimentale del lavoro agile.

Com'è noto, è stata l'emergenza pandemica a costringere tutte le PA ad una sperimentazione su vasta scala del lavoro da remoto²⁶, attraverso una sua attuazione estemporanea e forzosa (anche in contesti organizzativi radicalmente immaturi), per perseguire finalità di stretta contingenza pandemica (tutela della salute pubblica *in primis*), assai diverse rispetto a quelle individuate nella l. n. 81/2017. Cosicché durante la pandemia, per mezzo di un elefantiaco quadro normativo²⁷, nel p.i. il "lavoro agile" diviene la «modalità ordinaria di lavoro» dell'emergenza²⁸, seppur con vistose alterazioni strutturali: a) il superamento del prisma della consensualità, con l'elisione dell'accordo individuale; b) il sacrificio della flessibilità spaziale, date le restrizioni alla mobilità; c) l'assenza dell'alternanza presenza/remoto, quale principale contraltare ai rischi di isolamento e quale importante tratto distintivo dal telelavoro; d) l'assenza di una preliminare e adeguata formazione digitale, oltreché di una riorganizzazione dei processi di lavoro per un lavoro per obiettivi; e)

²⁶ Sul lavoro agile emergenziale nelle PA, *ex multis*, si veda S. CAIROLI, *Lavoro agile alle dipendenze della P.A. entro ed oltre i confini dell'emergenza epidemiologica*, in *LDE*, 2021; M. L. LAMBERTI, *Il lavoro a distanza nell'emergenza sanitaria e le prospettive dello smart working*, in *MGL*, 2020, 3, 637; G. QUADRI, *Note sullo smart working nel lavoro pubblico, prima e dopo l'emergenza pandemica*, in *GF*, 2, 2021, 370 ss.; C. SPINELLI, *Le potenzialità del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni: da modalità ordinaria di gestione dell'emergenza a volano per l'innovazione?*, in *LPA*, 2020, 21 ss.; L. ZOPPOLI, *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, in *WP "Massimo D'Antona".IT- 421/2020*; R. ZUCARO, *Pubblica amministrazione e smartworking, dalla disciplina ordinaria alla deroga emergenziale*, in *LPA*, 2020, 81 ss.; R. BRUNETTA, M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile o smart working nella pubblica amministrazione*, in *WP ADAPT*, 13, 2021.

²⁷ Per la ricostruzione del quadro normativo si v. M. BROLLO, *Il lavoro agile alla prova della emergenza epidemiologica*, in *V. FILI', op. cit.*, 167 ss.

²⁸ A differenza dell'impiego privato, il lavoro agile nel pubblico impiego acquista tratti di obbligatorietà perché la sua attivazione è individuata *ex lege*, a meno che non vi siano situazioni di impossibilità materiale, con la conseguenza che per i dipendenti pubblici si è configurato un inedito diritto all'accertamento della sua utilizzabilità da parte della PA, alla "telelavorabilità" potenziale come sottolinea S. CAIROLI, *Lavoro agile alle dipendenze della P.A.*, cit., 9. Analogamente anche A. BOSCATI, *op. cit.*, 49-50.

l'attribuzione di nuove finalità²⁹ all'istituto quali la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori e la salvaguardia della continuità lavorativa e retributiva, oltreché del funzionamento della pubblica amministrazione, che hanno eclissato la finalità conciliativa tipica del lavoro agile³⁰. È chiaro che dinanzi a tali mutazioni, del lavoro agile genuino residui ben poco, potendosi pacificamente affermare che durante la pandemia la pubblica amministrazione ha sperimentato non il lavoro agile ma una specifica forma di lavoro da remoto, sospesa tra il telelavoro e il lavoro agile, ma non coincidente con nessuna delle due fattispecie³¹, avendo struttura e funzioni proprie, inscindibilmente connesse al contesto emergenziale.

Rispetto alla questione del divario di genere, la sperimentazione pandemica ha rivelato, con plastica chiarezza, che il lavoro da remoto non è affatto un porto sicuro per l'inclusione lavorativa³². Senza un'adeguata garanzia di disconnessione e un'equa ripartizione dei carichi di famiglia, la correlazione positiva fra maggiore produttività e lavoro agile si assottiglia, fino ad inver-

²⁹ Sulle “torsioni funzionali” del lavoro agile pandemico si veda almeno P. ALBI, *op. cit.*; E. BALLETTI *Smart working e pari opportunità*, in *DML*, 2021, 487 ss., che sottolinea l'utilizzo del lavoro agile come “alternativa al non lavoro”; M. BROLLO (2020), *cit.*, 167 ss.; M. MOCELLA, *The Italian style gli strumenti italiani di sostegno al lavoro durante la Pandemia. In particolare, congedi, lavoro a distanza e integrazione al reddito*, in *DML*, 2021, 120 ss.

³⁰ Sulle esigenze di cura e di conciliazione vita-lavoro si veda L. CALAFÀ, *Conciliare nell'emergenza*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, 2020, 153.

³¹ Sul lavoro agile come forma ibrida: B. CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in *RIDL*, 2020, 229 ss. e V. MAIO, *Il lavoro da remoto tra diritti di connessione e disconnessione*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, *cit.*, 85. Ritengono che si tratti di vero e proprio telelavoro domiciliare: C. ALESSI, M. L. VALLAURI, *Il lavoro agile alla prova del Covid*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, 131 ss. e L. ZOPPOLI, *Dopo la digi-demia*, *cit.*; F. CARINCI, *Dall'ordinamento del lavoro in fabbrica a quello del lavoro da remoto*, in M. MARTONE (a cura di), *op. cit.*, 47 che sottolinea che in alcuni casi il lavoro agile è stato impiegato nel p.i. come alternativa al collocamento in disponibilità.

³² M. BROLLO, *Il lavoro agile tra emergenza pandemica e riemersione della questione femminile*, in *Labor*, 2020, 507 ss.; A. R. TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, in *WP C.S.D.L.E. 'Massimo D'Antona'*.IT- 419/2020; M. PONZO, *Smart-Working, produttività e disuguaglianze di genere*, in D. CERSOSIMO, F. CIMATTI, F. RANIOLO (a cura di), *Studiare la pandemia, disuguaglianze e resilienza ai tempi del Covid-19*, Roma, 2020, che sottolineano finanche il rischio di un ispessimento del “soffitto di cristallo”.

tirsi, e i tempi di vita-lavoro anziché conciliarsi, si fondono e confondono, con il rischio di far ricadere i rischi maggiori di *overworking*, isolamento e *stress* da lavoro correlato³³ sul soggetto più oberato di responsabilità familiari e più svantaggiato nell'accesso e nel mantenimento dell'occupazione.

Non a caso, sono state le donne³⁴, peraltro non solo in Italia³⁵, a patire i maggiori svantaggi della pandemia, incluse le insidie e gli "equivoci della conciliazione virtuale" che hanno condotto ad un aggravamento del *gender gap*³⁶. Sicuramente alcuni degli svantaggi di genere del lavoro agile pandemico vanno ricondotti all'eccezionalità del drammatico contesto di riferimento, specie con riferimento all'imposizione del lavoro agile domiciliare e la concomitante chiusura di tutte le attività, incluse la scuola, gli asili e i servizi di cura e assistenza. Non di meno, però, alcune insidie sono strutturalmente legate alla fattispecie del lavoro agile (genuina) e devono essere neutralizzate per non incorrere nel rischio che il ricorso al lavoro agile possa essere sinonimo di confinamento delle donne nella dimensione domiciliare e familiare, con un sovraccarico di responsabilità e lavoro e una progressiva estromissione dalle opportunità di crescita non solo professionale ma anche retributiva.

Non bisogna dimenticare, infatti, che l'accesso al lavoro agile (pandemico e non), nonostante il principio di parità di trattamento economico e normativo di cui all'art. 20 l. n. 81/2017, può determinare la perdita di varie forme di valorizzazioni economiche, quali i buoni pasto (riconosciuti invece nell'impiego privato) e il lavoro straordinario, con la conseguenza che i costi economici per lo svolgimento della prestazione in agilità non sempre sono assorbiti dal risparmio degli spostamenti per raggiungere l'ufficio. Sicché, il ricorso al lavoro agile da parte delle lavoratrici pubbliche, culturalmente più interessate alla concilia-

³³ Per una recente ricostruzione dei rischi del lavoro agile nella p.i. si v. A. BIAGIOTTI, *Lavoro agile nella pubblica amministrazione e rischi psicosociali*, in *DSL*, 2022, 37 ss.

³⁴ M. BROLLO, *Il lavoro agile tra emergenza pandemica e riemersione della questione femminile*, in *Labor*, 2020, 507 ss.; A. ZILLI, *Donne che curano: il lavoro delle caregiver in Italia*, in V. FILI (a cura di), *Quale sostenibilità per la longevità?*, ADAPTUniversity Press, 2022.

³⁵ M. P. GARCÍA RUBIO, *Gender perspective in the Covid-19 pandemic*, in *European Law and Gender*, 2020.

³⁶ Si rinvia in particolare a A.R. TINTI, *op. cit.*, spec. 308 ss.

zione, potrebbe finanche costituire un fattore di implementazione del *gender pay gap*.

Pertanto, occorre riflettere su una messa a regime di una disciplina del lavoro agile che sappia valorizzare a pieno le opportunità del lavoro agile e marginalizzarne i rischi.

3.1. (Segue.) L’istituzionalizzazione post pandemica del lavoro agile e le altre frontiere del “lavoro da remoto” nel pubblico impiego

All’indomani della crisi pandemica, il pubblico impiego ha intrapreso un faticoso percorso di “istituzionalizzazione” del lavoro agile, quale modalità aggiuntiva al lavoro in presenza, ripristinato come “modalità ordinaria di lavoro”. Il lavoro agile viene stabilmente inserito nei processi di pianificazione e organizzazione del pubblico impiego, prevedendosi l’obbligo di redigere annualmente, sentite le organizzazioni sindacali, il Piano organizzativo del Lavoro Agile (POLA)³⁷, oggi confluito nel PIAO, seppur con una progressiva riduzione della soglia minima e con imposizioni non sempre ragionevoli. Infatti, se da un lato è da apprezzare che nella programmazione del lavoro agile, le linee guida del POLA, suggeriscono una piena valorizzazione del benessere organizzativo dell’Amministrazione e dei dipendenti, richiedendo il coinvolgimento strategico di CUG, OIV e RTD per vigilare sul rispetto del principio di non discriminazione e sulla partecipazione dei lavoratori nella definizione degli indicatori di *performance*; dall’altro è poco razionale la previsione di un vincolo di «prevalenza della modalità in presenza»³⁸, che peraltro si pone in contraddizione con le radici teleologiche del-

³⁷ L’obiettivo inizialmente fissato dal POLA era molto ambizioso, prevedendo una soglia minima di lavoro agile pari al 60% per le Pa che adottano il piano e del 30% in mancanza dello stesso. Ma tale obiettivo viene successivamente ridimensionato, prevedendosi una soglia minima del 15% (d.l. 56/2021). Per un approfondimento si rinvia G. NICOSIA, *Il Piano organizzativo del lavoro agile: tutele e cautele nelle PA*, in CARABELLI, FASSINA (a cura di), *Smart working: tutele e condizioni di lavoro*, Ediesse, 2021, 141 ss.; L. ZOPPOLI, *Riformare ancora il lavoro pubblico? L’ossificazione delle pubbliche amministrazioni e l’occasione post-pandemica del P.O.L.A.*, in *LPA*, 2021, 3 ss.

³⁸ Su cui il D.P.C.M. 23 settembre 2021 e D.M.P.A. del 8 ottobre 2021, recanti modalità organizzative per il rientro in presenza dei lavoratori pubblici a partire dal 15 ottobre 2021.

l'istituto, pensato per costruire, con il patto individuale, una flessibilità personalizzata, in funzione delle esigenze della singola amministrazione e del singolo lavoratore, la cui posizione non può considerarsi secondaria, ma anzi andrebbe valorizzata come *parte attiva* della progettazione e svolgimento del lavoro³⁹.

L'irrazionalità del criterio di prevalenza del lavoro in presenza esprime la difficoltà delle pubbliche amministrazioni di "liberarsi" da quell'ossificato modello dell'adempimento burocratico⁴⁰, fondato sull'idea che la produttività (individuale e organizzativa) possa essere garantita solo previo esercizio di un formale e rigido controllo della presenza e partecipazione del lavoratore. Viceversa, il potenziale maggiore del lavoro agile risiede nel *change management*, ispirato ad una logica di programmazione e verifica non della mera presenza oraria, ma della *performance* e degli obiettivi.

Una possibile deroga al criterio della prevalenza è individuata dalla Direttiva 29 dicembre 2023 del Ministro per la pubblica amministrazione, cd. Direttiva Zangrillo, che, dato il definitivo superamento del "diritto al lavoro agile" riconosciuto dalla normativa emergenziale con riferimento alle tre macro aree della genitorialità, la disabilità e fragilità⁴¹, raccomanda alla dirigenza pubblica di garantire, ai lavoratori che documentino gravi, urgenti e non altrimenti conciliabili situazioni di salute, personali e familiari, di svolgere la prestazione lavorativa in modalità agile, anche in misura prevalente rispetto al lavoro in presenza. È evidente che questa strategia di *moral suasion*, priva di indicazioni puntuali (a partire dai termini della deroga al criterio della prevalenza del lavoro in presenza) e di un'adeguata valorizzazione della partecipazione sindacale, rischia di dar luogo ad applicazioni profondamente eterogenee tra le singole amministrazioni, rimandando l'attuazione della raccomandazione all'attivazione unilaterale della dirigenza (non sempre) "illuminata".

Al netto di tali irrazionalità, l'istituzionalizzazione del lavoro

³⁹ Cfr. A. VIMERCATI, *L'innovazione organizzativa e il c.d. performance management nell'ottica della parità di genere e dell'azione dei cug*, in *LPA*, 2022.

⁴⁰ Cfr. L. ZOPPOLI, *Riformare ancora il lavoro pubblico?*, cit., 3 ss.

⁴¹ Per una compiuta ricostruzione si v. M. BROLLO, *Lavoro agile per i lavoratori fragili: lezioni dalla pandemia*, in *ADL*, 2022, 405 ss.

ro agile nel p.i. presenta una serie di vantaggi, esplicitati nella contrattazione di comparto, intervenuta a definire un quadro normativo comune per i patti di lavoro agile⁴², secondo le Linee guida del 30 novembre 2021.

Rispetto all'obiettivo della parità, è fondamentale la regolamentazione della disconnessione, «*diritto fondamentale*» (secondo la risoluzione del PE del 21 gennaio 2021) e propedeutico alla realizzazione delle fisiologiche funzioni del lavoro agile, oltreché del diritto al riposo e alla tutela della salute e sicurezza del lavoratore⁴³. Nel pubblico impiego, la contrattazione di comparto definisce la disconnessione un *diritto* e ne assicura l'effettività tramite la suddivisione della prestazione agile in due fasce temporali: a) la fascia di contattabilità, non superiore all'orario medio giornaliero di lavoro; e b) la fascia di inoperabilità, che comprende il periodo di riposo consecutivo previsto dalla legge e dalla stessa contrattazione collettiva, nonché il periodo di riposo notturno⁴⁴. Fuori dalla fascia di contattabilità, i lavoratori e le lavoratrici possono esercitare la disconnessione, intesa quale diritto a non comunicare con il dirigente o con i colleghi, di non accedere alla mail di lavoro o al sistema informatico in cui risiede la "scrivania virtuale". Chiaramente, il rispetto della disconnessione presuppone il monitoraggio di tempi di lavoro e soprattutto una programmazione certa, misurabile e sostenibile dei compiti e degli obiettivi, che è rimessa al datore di lavoro pubblico.

Importanti sono pure le previsioni in tema di parità di trattamento e tutela della formazione, con la garanzia di specifiche

⁴² Artt. 36-40 CCNC Funzioni Centrali; artt. 63-67 CCNC Funzioni Locali; artt. 76-80 CCNC Sanità; artt. 11-15 CCNC Istruzione e Ricerca.

⁴³ Si veda in particolare R. SANTUCCI, *Notazioni sul diritto alla disconnessione*, in A. BELLAVISTA, R. SANTUCCI, *Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, Torino, 2022, spec. 229 ss.; M. D'APONTE, *Evoluzione dei sistemi organizzativi nell'impresa e tutela dei diritti dei lavoratori nel quadro della regolamentazione europea: dal diritto alla "disconnessione", al lavoro "per obiettivi"*, in *MGL*, 2022, 46 ss.; M. NICOLOSI, *La disconnessione nel patto di agilità tra legge, contrattazione collettiva e diritto europeo*, in *LPA*, 2022, 668 ss.; A. PRETEROTI, *Il diritto alla disconnessione nel lavoro agile alle dipendenze della pubblica amministrazione*, in *LDE*, 3, 2021.

⁴⁴ V. CCNL comparto Funzioni Centrali (art. 39); CCNL Funzioni Locali (art. 66); CCNL Comparto Istruzione e Ricerca (art. 14); CCNL comparto Sanità (art. 79).

iniziative rivolte ai lavoratori agili all'interno del piano di formazione⁴⁵.

Viceversa, più fragili sembrano le tutele approntate in tema di salute e sicurezza “in agilità”, dal momento che si prevede solo che il dipendente debba concordare con l'amministrazione i luoghi in cui svolgere il lavoro agile⁴⁶ e nell'ambito dell'obbligo di cooperazione, debba impegnarsi «a rispettare le prescrizioni contenute nell'informativa sulla salute e sicurezza sul lavoro agile ricevuta dall'amministrazione»⁴⁷.

La contrattazione di comparto, inoltre, ha il pregio di fotografare le reali potenzialità del lavoro agile, inteso quale modalità di lavoro a distanza distinta dal “lavoro da remoto”, caratterizzandosi non per una mera modificazione del luogo di lavoro ma per una diversa e flessibile articolazione del tempo di lavoro, che presuppone necessariamente l'orientamento ai risultati e l'autonomia e responsabilità dei lavoratori. I rinnovi contrattuali del pubblico impiego, infatti, distinguono nettamente il lavoro agile dal “lavoro da remoto”, incentrato al mero decentramento della prestazione.

Chiaramente, anche il “lavoro da remoto” può costituire uno strumento di conciliazione e parità, che dovrebbe aggiungersi *e non sostituirsi* alle opportunità del lavoro agile.

In particolare, fra le nuove forme di lavoro da remoto, la contrattazione di comparto prevede il ricorso al *coworking*⁴⁸, ispirato, oltre che ad una migliore conciliazione e di efficienza, anche a finalità proprie quali l'ottimizzazione nell'utilizzo degli spazi lavorativi pubblici e il miglioramento della collaborazione interorganizzativa tra enti e dipartimenti e tra dipendenti e organizzazioni, a favore della circolazione e dello scambio di conoscenze e competenze. Le potenzialità dell'istituto sono evidenti,

⁴⁵ CCNL Comparto Funzioni Centrali (art. 40); CCNL Funzioni Locali (art. 67); CCNL comparto Istruzione e Ricerca, (art. 15); CCNL del comparto Sanità (art. 80).

⁴⁶ Art. 36 CCNL comparto Funzioni Centrali; art. 63 CCNL Comparto Funzioni Locali; art. 11 CCNL Comparto Istruzione e Ricerca.

⁴⁷ Art. 78, co. 1, lett. h), CCNL Comparto Sanità; art. 65, co. 1, lett. h), CCNL Comparto Funzioni Locali, cit.; art. 13, co. 1, lett. h), CCNL Comparto Istruzione e Ricerca; art. 36, comma 1, lett. h), CCNL Comparto Funzioni Centrali.

⁴⁸ Cfr. Titolo V, CCNL Comparto Funzioni Centrali, cit.; Titolo VI, Comparto CCNL Funzioni Locali; Titolo VI, CCNL Comparto Sanità; Titolo III, CCNL Comparto Istruzione e Ricerca.

soprattutto per implementare l'attrattività della Pubblica amministrazione, che fatica a reclutare risorse con stabilità, soprattutto in alcune aree del Paese in cui i costi di vita non sono proporzionati rispetto alle basse leve retributive⁴⁹. Inoltre, una piena valorizzazione del *coworking*, consentendo ai lavoratori di potersi recare in ufficio in un luogo più vicino alla propria residenza o più congeniale con gli impegni familiari o personali, consentirebbe un tassello aggiuntivo a favore dell'inclusione e del benessere individuale e organizzativo.

4. Digitalizzazione ed efficientamento algoritmico: le ricadute sul gender gap

Un'ulteriore frontiera della digitalizzazione analizzabile nell'ottica della parità di genere è l'introduzione di strumenti di automazione nella gestione delle risorse umane⁵⁰. L'impiego di tecnologie algoritmiche, anche di intelligenza artificiale, in aggiunta o in sostituzione dell'intervento umano costituisce già un fenomeno di amplissima portata che inizia a materializzarsi anche nella sfera pubblica a varie lunghezze, inserendosi nell'*iter* di formazione di provvedimenti amministrativi⁵¹, finanche influenzando le decisioni dei giudici⁵².

L'automazione può investire diverse lunghezze del potere organizzativo: gli algoritmi sono in grado di estrapolare informazioni rilevanti, sostituirsi nel potere decisionale e di monitoraggio, impartire istruzioni, comminare sanzioni e distribuire

⁴⁹ Cfr. A. ZILLI, *Professionalità e organizzazione del "nuovo" lavoro pubblico*, in A. BOSCATI, A. ZILLI (a cura di), II, *La professionalità tra legge e contratti*, 2023, 1 ss.

⁵⁰ Si veda almeno A. BELLAVISTA, R. SANTUCCI, *Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, cit.; M. BIASI (a cura di), *diritto del lavoro e intelligenza artificiale*, 2024; M. PERUZZI, *Intelligenza artificiale e lavoro. Uno studio su poteri datoriali e tecniche di tutela*, Torino, 2023.

⁵¹ Il Cons. Stato (sent. n. 2270/2019, n. 2270, in *GD*, 2019, 16 e n. 8472/2019, *FI*, 2020, 340) sottolinea che affinché l'IA possa giungere ad una decisione amministrativa finale è necessaria la compresenza dei seguenti requisiti: a) la conoscibilità piena del modulo; b) l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, cui competono tutte le responsabilità correlate; c) il carattere non discriminatorio dell'algoritmo utilizzato». Cfr. A. DI MARTINO, *Tecnica e potere nell'amministrazione per algoritmi*, Napoli, 2023, 88 ss.

⁵² Sul punto M. BIASI, *Intelligenza artificiale e processo: verso un robot-giudice per le controversie lavoristiche?*, in ID. (a cura di), *op. cit.*, 737 ss.

premieria. Nell'accesso al pubblico impiego è oramai frequente l'impiego di algoritmi per il reclutamento del personale pubblico e la gestione delle procedure concorsuali.

Le potenzialità dell'automazione a favore del *gender equality* sono molteplici: l'introduzione di meccanismi automatizzati di gestione della forza lavoro costituisce un'occasione di rilancio del principio costituzionale di imparzialità e buon andamento, potendo consentire forme più accurate di misurazione del raggiungimento degli obiettivi di *performance* individuali, criteri più imparziali nella progressione professionale e strumenti più efficienti di rafforzamento e implementazioni delle pratiche di parità. Inoltre, l'utilizzo di sistemi automatizzati potrebbe rafforzare la trasparenza e l'*accountability* nelle pratiche amministrative.

Tuttavia, affinché l'ausilio del decisore algoritmico produca una reale riduzione della discrezionalità soggettiva⁵³ e del margine di errore per l'adozione di decisioni con maggiore obiettività ed equità rispetto a quelle umane è essenziale che si assicuri, fin dalla costruzione dell'algoritmo e per tutta la fase di utilizzo e implementazione, il rispetto dei principi di non discriminazione, trasparenza e non esclusività algoritmica, assicurando la supervisione umana e il diritto alla revisione della decisione. È oramai nota la produzione di discriminazioni algoritmiche⁵⁴, amplificate da una certa opacità dei sistemi automatizzati. Tuttavia, se da un lato, l'utilizzo incontrollato ed esclusivo degli algoritmi produce pericolosi rischi di replicazione e consolidamento della discriminazione di genere su vasta scala, dall'altro l'automazione consente pure di "tracciare" (almeno in potenza) tutto il percorso decisionale così da "scovare" le discriminazioni, prevenirle e sanzionarle⁵⁵.

Rispetto a tale finalità, è fondamentale la previsione nell'ordinamento domestico di un innovativo diritto alla trasparenza algoritmica. L'art. 1 *bis* d.lgs. n. 152/1997, introdotto dal d.lgs. n. 104/2022 e novellato dal d.l. n. 48/2023, prevede, per i datori e i

⁵³ A. DI MARTINO, *op. cit.*, 88 ss.

⁵⁴ Per i riferimenti sia consentito il rinvio a P. DE PETRIS, *La discriminazione algoritmica. Presupposti e rimedi*, in M. BIASI (a cura di), *op. cit.*, 221 e ss.

⁵⁵ G. DE SIMONE, *Discriminazione*, in *Lavoro digitale*, Torino, 2022, 150; G. GAUDIO, *Le discriminazioni algoritmiche*, in *LDE*, 2024, 23.

committenti, pubblici e privati, un obbligo di *disclosure* algoritmica⁵⁶ nel caso di utilizzo di “sistemi *integralmente* automatizzati” che forniscano indicazioni rilevanti per l’adozione di decisioni o determinano il monitoraggio della prestazione e della *performance*. I lavoratori e le loro rappresentanze hanno il diritto ad essere preventivamente informati sull’intero funzionamento e impatto del sistema automatizzato, *ivi* incluse le misure di controllo e correzione da parte del personale umano e gli impatti potenzialmente discriminatori.

È evidente che una simile garanzia, nel contesto dell’organizzazione algoritmica, costituisce un presidio di effettività della tutela antidiscriminatoria e della cultura della parità.

Il miglior argine ai rischi di replicazione o esacerbazione delle disparità già esistenti resta però la promozione della minimizzazione del rischio a partire a partire dalla «*progettazione e alla qualità dei dati utilizzati per lo sviluppo dei sistemi di IA, integrati con obblighi relativi alle prove, alla gestione dei rischi, alla sorveglianza umana durante l’intero ciclo di vita dei sistemi di IA*», come segnala l’AI Act⁵⁷.

Non a caso, un eclatante esempio di algoritmo mal costruito e impiegato nel p.i. con possibili effetti discriminatori, è quello dell’algoritmo “GPS” del Miur, progettato per gestire la mobilità del personale docente. Come sottolineato dalla recente giurisprudenza di merito⁵⁸, il sistema era costruito in modo tale da penalizzare i docenti che, pur essendo più meritevoli e collocati in posizione superiore in graduatoria, non avevano espresso la preferenza per tutte le sedi disponibili, dal momento che, in caso di mancata coincidenza fra disponibilità nelle sedi e preferenza espressa, l’algoritmo considerava come rinunciataria/a il candidato o la candidata, con l’esclusione dall’intera procedura. La “cecità” del sistema informatico è potenzialmente in grado di discriminare quei candidati che per carichi familiari di cura e assi-

⁵⁶ Per l’analisi delle prime applicazioni da parte della giurisprudenza di merito e soprattutto per i riferimenti sia consentito il rinvio a P. DE PETRIS, *L’art. 28 L. n. 300/1970 come strumento di effettività del diritto alla “trasparenza algoritmica”*, in *ADL*, 2023, 130.

⁵⁷ Su cui A. INGRAO, *Hic sunt leones! La piramide del rischio costruita dalla proposta di Regolamento sulla intelligenza artificiale (emendata)*, in *LPO*, 2023, 778 ss.

⁵⁸ Trib. Roma sent. n. 1463/2023; Trib. Ivrea del 7 novembre 2023, n. 414; Trib. Torino 12 maggio 2023, n. 743, *DJ*.

stenza non hanno la possibilità di offrire la propria disponibilità in tutte le sedi disponibili, determinando non solo un ostacolo alla parità ma anche al principio meritocratico e a quello di buona fede e correttezza.

5. Spunti conclusivi per una digitalizzazione della PA al servizio della parità

All'esito delle osservazioni finora svolte, entrambe le frontiere della transizione digitale prese in considerazione dimostrano un rapporto di profonda sinergia fra la promozione della digitalizzazione nelle Pubbliche Amministrazioni e quella della *gender equality*.

Sul primo fronte, l'analisi della regolamentazione del lavoro agile, oramai divenuto consolidato strumento organizzativo di tipo non (più) sperimentale, dimostra che tale modalità organizzativa può costituire un importante alleato per disinnescare alcuni tipici fattori causali del *gender gap*, realizzando un maggiore benessere organizzativo e una migliore conciliazione dei tempi vita-lavoro.

Il lavoro agile può costituire anche un fattore di superamento della segregazione verticale ed orizzontale poiché introduce nuovi criteri di valutazione della *performance* potenzialmente più inclusivi, perché scevri dai dati nominali di ore lavorate o di giorni di servizio in presenza, che notoriamente penalizzano le donne⁵⁹. D'altronde, l'ampliamento dei diritti di priorità nell'accesso al lavoro agile e la previsione per cui il rifiuto, l'opposizione o l'ostacolo alla fruizione del lavoro agile nei due anni antecedenti sia d'ostacolo al conseguimento della certificazione della parità di genere (art. 18, co. 3 *ter* l. n. 81/2017) ne dimostrano la curvatura funzionale alla parità.

Inoltre, importanti positività si registrano anche sull'efficienza e competitività delle PA, se si considerano i benefici derivanti dalla riduzione dell'assenteismo, aumento della produttività correlato alla responsabilizzazione e valorizzazione del personale, riduzione dei costi, creazione di valore pubblico, miglio-

⁵⁹ F. MARINELLI, *Gender gap e mercato del lavoro alla luce della pandemia: il punctum dolens è la ripartizione tra i generi dei compiti di cura genitoriale*, in *RIDL*, 2021, 65 e ss.

ramento dei servizi, persino in caso di imprevedibili calamità naturali che avrebbero paralizzato la macchina amministrativa⁶⁰.

Tuttavia, per cogliere adeguatamente le opportunità dell'agilità è necessario migliorare l'attuazione del *performance management*, abbandonando rigidità irrazionali (come la regola della prevalenza del lavoro in presenza in tutte le diverse e distinte realtà della PA), auspicabilmente mediante una più coerente rivisitazione di alcuni istituti tarati sull'organizzazione in presenza (disciplina dei permessi, straordinario, misurazione e valutazione della *performance*, sicurezza). In particolare, per arginare il rischio che il ricorso delle donne al lavoro agile produca effetti di *gender pay gap* sarebbe auspicabile superare la rigidità espressa nelle citate Linee guida del 2021 e nella circ. 2/2020 del Ministro per la PA, per cui nelle giornate in modalità agile non è possibile effettuare lo straordinario, senza consentire neppure il coinvolgimento della contrattazione collettiva per la definizione di un quadro regolativo differente, come accade nell'impiego privato (Protocollo nazionale, art. 3, co. 4).

In effetti, il fatto che il lavoro agile si fondi sul superamento della presenza oraria come unico criterio di verifica dell'adempimento e di retribuzione, non costituisce un ostacolo al (doveroso) riconoscimento di maggiorazioni economiche allorquando il lavoratore e la lavoratrice superino gli obiettivi giornalieri prefissati o assicurino una piena efficienza nel raggiungimento degli obiettivi di lungo periodo. Per evitare che il ricorso al lavoro agile produca svantaggi retributivi per le donne, più indotte a far uso della flessibilità, basterebbe il riconoscimento di trattamenti accessori correlati alla *performance* e alle condizioni di lavoro, che potrebbero ricavarci dai massicci risparmi derivanti dalla mancata erogazione del buono pasto e remunerazione dello straordinario, così da assicurare incentivazioni economiche più inclusive e a favore del merito.

Sul secondo fronte, si è detto che anche l'automazione algoritmica potrebbe comportare vantaggi per la parità. Tuttavia, i risvolti positivi rischiano di essere annullati in assenza di adegua-

⁶⁰ A titolo esemplificativo, si consideri che fra gli "interventi per fronteggiare l'emergenza provocata dagli eventi alluvionali" dell'anno scorso la l. n. 177/2023 "prescrive" alle PA il più ampio ricorso al lavoro agile, anche in delega ai CCNL.

te garanzie di trasparenza, non discriminazione, partecipazione e supervisione umana.

Preziosa sul punto è l'adozione dell'IA Act e la garanzia informativa introdotta dall'art. 1 *bis* d.lgs. 152/1997. *De iure condendo*, è apprezzabile che il recente Disegno di legge sull'Intelligenza artificiale presentato alle Camere in data 20 maggio 2024, all' art. 13 disciplini l'utilizzo dell'intelligenza artificiale nelle PA, introducendo tre meta-principi: conoscibilità del funzionamento algoritmico, la tracciabilità del suo utilizzo e responsabilità umana. Tuttavia, la disciplina sembra pensata più per regolare il rapporto fra PA e privati cittadini piuttosto che le relazioni lavorative nel pubblico impiego, per cui sarebbe opportuno assicurare anche una declinazione lavoristica dei tre meta-principi.

In definitiva, pur in presenza di una normativa avanzata, c'è ancora molta strada da compiere, e resta da verificare se le Pubbliche Amministrazioni, chiamate a «*perseguire una trasformazione digitale che non lasci indietro nessuno (...) e che, a beneficio di tutti, realizzi la parità di genere*»⁶¹, sappiano cogliere adeguatamente le opportunità (inclusive) del digitale.

⁶¹ Parlamento Europeo, Consiglio, Commissione Europea, Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale (2023/C 23/01), in *eur-lex. europa.eu*.

MARIAGRAZIA LAMANNIS

IL DIFFERENZIALE RETRIBUTIVO DI GENERE NELLA PA E LA DIRETTIVA SULLA TRASPARENZA RETRIBUTIVA: QUALI PROSPETTIVE?

SOMMARIO: 1. Il *Gender pay gap* nella PA: un noto scarto tra diritto e realtà. – 2. Riscontri empirici e incertezza della misurazione del *GPG*. – 3. Il quadro giuridico di riferimento: sovranazionale... — 3.1. (*Segue*)... e nazionale. – 4. La leva della trasparenza nella direttiva 970/2023/UE e la complessa definizione dell'ambito di comparazione. – 5. La misurazione del valore del lavoro.

1. Il *Gender pay gap* nella PA: un noto scarto tra diritto e realtà

Nelle sue conclusioni per il caso *Feryn*, l'avvocato generale Maduro constatava che «“i mercati non cureranno la discriminazione” e che l'intervento del legislatore è essenziale» (p. 18). Sul punto riprendeva una delle principali argomentazioni di un saggio del 1995¹ in cui l'Autore evidenziava la permeabilità dei mercati ai pregiudizi della società da una duplice prospettiva. La prima attiene all'impatto delle preferenze dei consumatori sulla politica aziendale, questione, per l'appunto, presa in esame nel caso *Feryn* e respinta dalla CGCE² quale possibile giustificazione di una discriminazione. La seconda, invece, guarda più

¹ A loro volta anticipate nel seguente saggio, liberamente disponibile *online*: C. SUNSTEIN, *Why Markets Don't Stop Discrimination*, in *Social Philosophy and Policy*, March 1991, 22 ff.

² Corte giust. CE, 10/7/2008, *Feryn*, causa C-54/07, su cui, *ex multis*, D. IZZI, *Discriminazione razziale e accesso al lavoro: il caso Feryn. Il divieto di discriminazioni razziali preso sul serio*, in *RGL*, 2008, 4, 756; D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e accesso al lavoro: il caso Feryn. Corte di giustizia e discriminazione razziale: ampliata la tutela della discriminazione diretta?*, in *RGL*, 2008, 4, 776.

ad ampio spettro alla capacità di stereotipi e generalizzazioni di tradursi, anche attraverso i c.d. *proxy* (caratteristiche, spesso apparentemente neutre, che però sono storicamente correlate e/o connaturate ad un fattore di discriminazione vietato), in decisioni economicamente razionali e di generare effetti negativi sul capitale umano³.

In altri termini, i pregiudizi e gli stereotipi radicati nella società e nel mercato finiscono per perpetuarsi – se non per accentuarsi – automaticamente in una sorta di «circolo vizioso» che induce le vittime della diseguaglianza ad adattare le loro preferenze alle opportunità disponibili⁴. A ben vedere, ad esempio, meccanismi di questo tipo sono alla base dei fenomeni di segregazione orizzontale⁵ che vedono le donne impiegate in maniera significativamente maggiore in settori quali l'istruzione o i servizi di cura, che richiedono l'adempimento di mansioni un tempo considerate «tipicamente femminili».

Al diritto in generale e al diritto antidiscriminatorio spetta, quantomeno a partire dall'entrata in vigore della Costituzione e delle direttive di «seconda generazione»⁶, l'onere di interrompe-

³ Anche gli uomini sono a loro volta scoraggiati dal cercare lavoro in settori a predominanza femminile «spesso definiti come quelli in cui più del 60% degli occupati sono donne», proprio a causa dei tassi di retribuzione più bassi (M. OELZ, S. OLNEY, M. TOMEI, *Parità di retribuzione. Una guida introduttiva* Roma, OIL, 2022, 19 ss.). Per una recente e agevole presentazione dei dati sul *Gender Gap* in Italia, nonché per un cenno sull'influenza di scienze come l'economia comportamentale e culturale nella lettura delle scelte degli individui da parte degli economisti v. A. CASARICO, *Quello che i dati sulle donne non dicono*, in *Eco*, n. 1/2024, 38. Cfr. anche gli ultimi dati del *Gender Equality Index*: <https://eige.europa.eu/gender-equality-index/2023/country/IT>.

⁴ C. SUNSTEIN, *op. cit.*, 29 ff. Sulla correlazione tra segregazione educativa e occupazionale, con specifico riferimento al pubblico impiego in UE, v. EUROPEAN PARLIAMENT, *The Gender Gap in the EU's Public Employment and Leadership*, March 2021, 10.

⁵ Per segregazione orizzontale s'intende la prevalenza di un genere all'interno di un settore specifico; per segregazione verticale s'intende la concentrazione di donne o uomini in ruoli specifici, posizioni e livelli di responsabilità (v. il Glossario *online* dell'EIGE). Sulla segregazione orizzontale e sulle sue ricadute sul *GPG*, nonché sul peggioramento delle condizioni di lavoro e del riconoscimento del valore dello stesso nei settori in cui aumenta la presenza femminile v., di recente, W. ZWYSEN, *What's a woman's job? Mapping the contribution of feminisation to gender gaps across Europe*, ETUI Working paper, 2024.03.

⁶ D. IZZI, *Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle direttive comunitarie di «seconda generazione»*, in *DLRI*, 2003, 423; usa, inoltre, l'e-

re il circolo vizioso e, dunque, di «non adattare acriticamente il trattamento giuridico alla realtà sociale esistente, ma di valutarla negativamente e in definitiva di modificarla»⁷, stando anzi ben attento a non affiancarsi – com'è accaduto — ai condizionamenti strutturali del lavoro femminile⁸.

Invero, nonostante il cambio di passo segnato da una legislazione, specie europea, divenuta sensibile all'idea della differenza come valore, l'incapacità del diritto di agire sulle radici strutturali⁹ della discriminazione di genere ha rappresentato nel corso del tempo un “freno” all'effettività delle disposizioni. Qualsiasi intervento sull'occupazione femminile e sulla parità non può, in definitiva, prescindere da un'azione sulla ripartizione delle responsabilità familiari e di cura e, in senso più ampio, dalla piena comprensione del contesto sociale, economico e culturale da cui dipende la capacità di individuare le leve necessarie ad «attivare le condizioni stesse di funzionamento del principio di eguaglianza»¹⁰.

Sul punto non è possibile soffermarsi oltre in questa sede, ma è significativo e, forse, esemplificativo della complessità del tema e del dibattito, che la direttiva sulla trasparenza retributiva sia solo l'ultimo di una serie di interventi dell'UE sulla parità di genere e, ancor di più, che la parità di retribuzione per lavoro di pari valore e il raggiungimento di un lavoro dignitoso per tutti costituiscano, insieme, uno dei *target* (8.5) degli obiettivi di sviluppo sostenibile dell'Agenda 2030.

La direttiva 970/2023/UE si inserisce in questo scenario con l'ambizioso obiettivo di colmare la consueta distanza tra le regole giuridiche e la realtà — la cui misurazione, anche per il differenziale retributivo di genere, non è del tutto agevole (*infra*) — attraverso due strumenti principali: la trasparenza e l'introduzione della definizione giuridica di lavoro di pari valore. Anzi, secondo alcuni, proprio da tale definizione dipende la realizza-

spressione «direttive di nuova generazione» M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *DLRI*, 2004, 401.

⁷ T. TREU, *Sub art. 37*, in A. SCIALOIA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, 1979, 152.

⁸ *Ivi*, 148 e 150.

⁹ M. BARBERA, *Parità di trattamento per uomini e donne in materia di lavoro. Profili sostanziali*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XVII, 2009.

¹⁰ *Ibidem*.

zione del traguardo più «urgente e sfidante» della direttiva rappresentato dalla «restituzione di valore ai lavori più femminilizzati»¹¹.

Ebbene, l'approvazione della direttiva offre l'occasione per riflettere sul differenziale retributivo di genere nel pubblico impiego dove la persistenza del fenomeno si rivela particolarmente interessante a fronte di un apparato giuridico che, muovendo dai principi costituzionali (artt. 51 e 97 Cost.), da diversi decenni garantisce pari opportunità alle lavoratrici e ai lavoratori¹² e riconosce loro lo stesso trattamento contrattuale.

Premessa una breve ricostruzione dello scenario fattuale e del quadro giuridico di riferimento, si intende allora soffermarsi sull'impatto della direttiva in parola sul differenziale salariale nel pubblico impiego, al fine di verificarne il potenziale innovativo e, al contempo, mettere in luce alcuni nodi critici che ruotano intorno ad un elemento essenziale della fattispecie di discriminazione, anche retributiva: il giudizio di comparazione.

2. Riscontri empirici e incertezza della misurazione del *GPG*

Lo scorso novembre (2023), l'*Osservatorio sui lavoratori pubblici*¹³ ha pubblicato un report statistico che restituisce una fotografia piuttosto aggiornata del lavoro alle dipendenze della PA con riferimento (anche) al tema della parità di genere e del divario retributivo.

Le lavoratrici costituiscono il 60% dei dipendenti pubblici¹⁴ e oltre la metà di loro è impiegata nel comparto Istruzione

¹¹ M.L. VALLAURI, *Direttiva (UE) 2023/970: una nuova strategia per la parità retributiva*, in *LDE*, 3, 2023, 3. Bisogna, infatti, tenere in conto che anche la classificazione dei lavori tra «qualificati» e «non qualificati» è influenzata da un pregiudizio di genere poiché le competenze delle donne tendono ad essere sottovalutate perché considerate caratteristiche femminili «naturali» piuttosto che acquisite attraverso l'esperienza o la formazione (M. OELZ, S. OLNEY, M. TOMEL, *op. cit.*, 49).

¹² V. paragrafo 3.1.

¹³ Cfr. <https://servizi2.inps.it/servizi/osservatoristatistici/api/getAllegato/?idAllegato=1048>.

¹⁴ Ciò indubbiamente per l'operare congiunto degli art. 51 e 97 Cost. Cfr. S. SCARPONI, *L'art. 51 della Costituzione e l'accesso delle donne ai pubblici uffici e al lavoro nel settore pubblico*, in *Biblioteca '20 maggio'*, 2/2019, 343 ss.

e Ricerca¹⁵. La retribuzione media annua, però, è «costantemente più alta per il genere maschile»¹⁶: il divario retributivo è massimo per la fascia d'età compresa fra i 40 e i 44 anni, in cui la retribuzione media delle lavoratrici è pari al 69,6% di quella dei lavoratori; è al minimo, invece, nella classe 60-64 anni, in cui la retribuzione media delle lavoratrici è pari all'82% di quella dei colleghi della stessa età. Tra i lavoratori con soli rapporti di lavoro *full time*, inoltre, le lavoratrici sono in maggioranza in tutte le classi di retribuzione fino ai 39.999 euro, mentre nelle classi di retribuzione dai 40.000 euro in poi prevalgono i maschi. In particolare, nell'ultima classe di retribuzione (80.000 euro e oltre) circa il 61% dei dipendenti con soli contratti *full time* è di genere maschile¹⁷.

Quanto al metodo e all'analisi della rilevazione, l'operazione condotta dall'*Osservatorio* e dal MEF risulta diversa (nell'approccio) e parziale (per il numero di Comparti interessati e per le informazioni rilevate); tant'è che, a seconda della fonte consultata, vengono indicate cause univoche del fenomeno oppure, all'opposto, lo si ritiene a priori irrilevante¹⁸, forse sul presupposto che donne e uomini beneficino di eguale trattamento retributivo in forza dei noti meccanismi di estensione dell'efficacia della contrattazione collettiva nel pubblico impiego.

Stando ai dati pubblicati da Eurostat nel 2022, in termini assoluti e in tutta Europa, il *GPG* è maggiore nel settore privato rispetto al settore pubblico, attestandosi in Italia, rispettivamente, a 15.4 nel privato e 4.7 nel pubblico¹⁹. Lo stesso Istituto, pe-

¹⁵ Fenomeni di concentrazione del personale femminile in alcuni settori del pubblico impiego si registrano in diversi paesi OCSE e UE: v. *Gender equality in public sector employment, Government at a Glance 2023*, OECD, 2023, 182; EUROPEAN PARLIAMENT, *op. cit.*, 9 ff. (anche per i dati sulla minor presenza femminile in posizioni di *leadership* e/o manageriali).

¹⁶ Cfr. la presentazione sintetica dei dati dell'*Osservatorio*, 4.

¹⁷ *Ivi*, 8.

¹⁸ V., rispettivamente, l'importanza determinante attribuita all'incidenza del *part-time* dall'*Osservatorio* e la diversa analisi, per il solo comparto Funzioni centrali, del *Commento ai principali dati del conto annuale del periodo 2012-2021*, MEF, RGS, 114 ss. Per ulteriori dati e analisi con riferimento al differenziale retributivo di genere nel pubblico impiego v. pure AA.VV. (a cura di), *Analisi dei divari di genere nel mercato del lavoro e nel sistema previdenziale attraverso i dati INPS*, 2024, 62 ss.

¹⁹ Tra l'altro, secondo Eurostat, tale dato sarebbe dovuto al fatto che, nella maggior parte degli Stati membri dell'UE, le retribuzioni nel settore pubblico sono determinate da griglie salariali trasparenti che si applicano in egual mi-

rò, sta sperimentando il calcolo di un “*Adjusted GPG*” (*AGPG*) per ottenere un dato più idoneo²⁰ a misurare il differenziale effettivamente esistente a parità di unità economica e di posizione lavorativa, mentre alcuni studiosi già precisano che anche altri indici, come il *gender overall earnings gap*²¹, finiscono comunque per sottostimare il divario poiché non tengono conto della correlazione con altri fattori di discriminazione quali l’età, la disabilità, la razza e l’etnia²².

Anche le *Linee guida sulla parità di genere*, pubblicate nel 2022 dal Dipartimento della Funzione Pubblica e dal Dipartimento per le Pari Opportunità, hanno evidenziato la necessità di sollecitare e «operare rilevazioni di dati omogenee nel tempo e scientificamente validate», che mettano in correlazione – viene da aggiungere – i diversi aspetti incidenti sul fenomeno, ivi incluso il persistere del c.d. “soffitto di cristallo”, del “pavimento appiccicoso”²³ e della segregazione orizzontale.

In altre parole, la necessità di dati affidabili e comparabili si pone quale presupposto logico per l’individuazione del divario e, poi, di misure efficaci. In tal senso ben si comprende perché la mancanza di trasparenza nei sistemi retributivi e l’assenza di certezza giuridica sul concetto di lavoro di pari valore – e, quindi, sull’ambito di comparazione – siano stati prima identificati tra i principali ostacoli all’attuazione del principio di parità retributiva²⁴ e, successivamente, individuati dalla direttiva 970/

sura a uomini e donne. Una minore incidenza del *GPG* nel settore pubblico si registra anche su scala globale: v. M. OELZ, S. OLNEY, M. TOMEI, *op. cit.*, 16.

²⁰ L’inadeguatezza dell’indicatore emerge in maniera paradigmatica ove si consideri che il *gender overall earnings gap* (ossia l’indicatore sintetico che misura l’impatto di tre fattori combinati: la retribuzione media oraria, la media mensile del numero di ore pagate, anche in base al lavoro *part-time*, e il tasso di occupazione della media delle donne in età di lavoro) restituisce divari ben più ampi tra uomini e donne nelle retribuzioni in tutti i paesi dell’Unione europea (36,2%) e in Italia, dove si attestava al 43,0% nel 2018 (v. INAPP, *Gender Policies Report 2022*, 113).

²¹ V. *supra* alla nota n. 20.

²² INAPP, *op. cit.*, 113.

²³ Espressioni che indicano, rispettivamente, la presenza di «ostacoli artificiali e barriere invisibili che si oppongono all’accesso delle donne a posizioni direttive e decisionali apicali in un’organizzazione, sia essa pubblica o privata, operante in qualsiasi settore» e la presenza di «un modello occupazionale discriminatorio che trattiene lavoratrici e lavoratori, perlopiù le donne, nei gradini inferiori della scala lavorativa, con bassa mobilità e ostacoli invisibili all’avanzamento di carriera» (Glossario *online* dell’EIGE).

²⁴ Insieme agli ostacoli procedurali incontrati dalle vittime di discrimina-

2023/UE come strumenti privilegiati per invertire la rotta. Ciò a partire da una lettura del fenomeno che, stando a quanto si legge nei considerando²⁵, fa propria quella interpretazione olistica²⁶ e intersezionale²⁷ cui si è implicitamente fatto cenno e che giustamente riconosce nella discriminazione retributiva soltanto *una* delle cause del differenziale retributivo di genere.

3. Il quadro giuridico di riferimento: sovranazionale...

Le fonti primarie dell'ordinamento sovranazionale e interno sanciscono a più "livelli"²⁸ il principio di parità retributiva a parità di lavoro e vietano un trattamento salariale differenziato tra uomini e donne soltanto qualora esso sia discriminatorio. Pertanto, la discriminazione retributiva di genere, alla luce del quadro normativo vigente, dovrebbe costituire proprio quella componente «inspiegabile»²⁹ del differenziale salariale che non è causalmente riconducibile ad alcun elemento incidente sulla prestazione e/o sul valore della stessa (titolo di studio, settore di impiego, età, tipologia di impiego ecc.).

Com'è noto, la Convenzione OIL n. 150 ha sancito già nel 1951³⁰ il principio dell'uguaglianza di retribuzione fra manodopera maschile e femminile per un lavoro di valore uguale, senza tuttavia fornire una definizione di quest'ultimo. Nello stesso anno, la Raccomandazione n. 90 ha esteso l'applicazione del principio «a tutte le persone impiegate nei servizi e organismi del-

zione, alla scarsa deterrenza delle sanzioni e al limitato utilizzo di sistemi *gender-neutral* di classificazione e valutazione del lavoro. Cfr. *amplius* la Relazione sull'implementazione della direttiva 2006/54/UE. Per una versione sintetica v. https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/1839-Evaluation-of-the-provisions-in-the-Directive-2006-54-EC-implementing-the-Treaty-principle-on-equal-pay_en.

²⁵ Cfr., ad esempio, i considerando n. 15 e 25.

²⁶ EUROPEAN PARLIAMENT, *op. cit.*, 17.

²⁷ La direttiva sulla trasparenza retributiva introduce per la prima volta nell'ordinamento UE la nozione di discriminazione intersezionale all'art. 3, par. 2, lett. e.

²⁸ Tra le fonti internazionali v. anche l'art. 4 della Carta sociale europea e l'art. 23 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

²⁹ A.M. BATTISTI, *Donne (in)visibili e disparità retributiva*, in *MGL*, 2019, 3, 460.

³⁰ V., per tutti, O. BONARDI, *Dal principio di "eguale salario per lavoro di eguale valore" alla "discriminazione come moving target". Il contributo dell'OIL alla lotta contro le discriminazioni*, in *VTDL*, 2019, 3, 799 ss.

l'amministrazione pubblica centrale» (par. 1, lett. b) ed esplicitato l'opportunità di fissare, in accordo con le organizzazioni datoriali e sindacali, «metodi che permettano di valutare obiettivamente, sia mediante l'analisi del lavoro, sia con altri mezzi, i lavori che comportano i diversi impieghi [...] in vista di una classificazione degli impieghi senza considerazione di sesso».

Alla Convenzione n. 111 del 1958³¹ si deve, invece, la prima definizione giuridica di discriminazione intesa come qualsiasi distinzione, esclusione o preferenza fondata su uno dei fattori indicati all'art. 1 (tra cui il genere) che abbia per effetto quello di «negare o alterare l'uguaglianza di possibilità o di trattamento in materia di impiego o di professione».

Solo per citare alcuni tra i principali riferimenti normativi di fonte UE, è noto che fin dal Trattato di Roma (art. 119 TCEE)³² le fonti istitutive dell'UE sanciscono il principio di parità retributiva tra uomini e donne (art.157 TFUE, ex art. 141 del TCE) e che proprio la giurisprudenza della CGUE³³ sul principio abbia determinato l'inclusione del più generale principio di parità tra donne e uomini tra gli obiettivi (art. 3 TUE) e i valori fondanti dell'UE (art. 2 TUE).

La portata del principio e la disciplina della discriminazione di genere sono state, poi, precisate dall'incessante lavoro della CGUE e dalle direttive (75/117/CEE, 76/207/CEE, 86/378/CEE e 97/80/CE, 2002/73/CE) che hanno preceduto la c.d. direttiva

³¹ V. pure la Raccomandazione n. 120/1958.

³² Anche gli articoli 21 e 23 della Carta di Nizza vietano qualsiasi discriminazione fondata sul sesso e sanciscono il diritto alla parità di trattamento fra uomini e donne in tutti i campi e, dunque, pure in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione. Sul principio di parità tra uomo e donna e sulla discriminazione di genere nell'ordinamento UE v., ad esempio, GOTTARDI D., *La forza e la debolezza: la normativa e le politiche contro le discriminazioni di genere in Europa*, in SCARPONI S. (a cura di), *Diritto e genere. Temi e questioni*, 2020, 7 ss.; Id., “Vuoti” e “pieni”: *la retribuzione e la parità di trattamento nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in LD, 2011, 615 ss.; S. SCARPONI, *La parità di genere nel lavoro e le nuove frontiere dell'antidiscriminazione*, in S. SCARPONI (a cura di), *Diritto e genere. Temi e questioni*, 2020, 49 ss.; Id., *Il principio di eguaglianza uomo/donna fra divieti di discriminazione e promozione delle pari opportunità*, in S. SCARPONI (a cura di), *Diritto e genere. Analisi interdisciplinare e comparata*, 2014, 63 ss.; M. BARBERA, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in M. BARBERA, A. GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, 2019, 9 ss.

³³ V. per tutti, in sintesi, M. ROCCELLA, T. TREU, M. AIMO, D. IZZI, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, 2023, 285 ss.

refusione (2006/54/CE). Quest'ultima, finalizzata all'attuazione del principio della parità di trattamento anche per quanto riguarda le condizioni di lavoro e la retribuzione (art. 1, par. 2, lett. b), ha espressamente vietato la discriminazione retributiva, diretta e indiretta, per uno stesso lavoro o un lavoro al quale è attribuito un valore uguale. Nemmeno l'art. 4, par. 2, definisce il concetto di eguale valore, ma dispone che i sistemi di classificazione professionale eventualmente impiegati per determinare le retribuzioni si basino su principi comuni per i lavoratori di sesso maschile e femminile e siano elaborati in modo da eliminare le discriminazioni fondate sul sesso. Tuttavia, come detto, tale divieto ha inciso poco – o comunque meno di quanto ci si aspettasse³⁴ – sulla riduzione del fenomeno, tanto da determinare l'elaborazione di una serie di *policies* ed atti di *soft law*³⁵ e, da ultimo, l'approvazione di uno strumento legislativo complementare alla direttiva 2006/54/CE³⁶: la direttiva sulla trasparenza retributiva.

3.1. (Segue)... e nazionale

La disposizione cardine nell'ordinamento interno è l'art. 37, comma 1 Cost.³⁷, che costituisce attuazione e specificazione del

³⁴ V. la *Relazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni sull'attuazione del piano d'azione dell'UE 2017-2019 "Affrontare il problema del divario retributivo di genere"*, Bruxelles, 5.3.2020 COM(2020) 101 final, 2 ss.

³⁵ Tra i più importanti *La Strategia europea per l'Eguaglianza di genere 2020-2025*; per una ricognizione ad ampio spettro sulle politiche di genere, a cura del Parlamento Europeo v. [https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/59/parita-tra-uomini-e-donne#:~:text=la%20direttiva%20\(UE\)%202023%2F,e%20i%20relativi%20meccanismi%20di%20applicazione](https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/59/parita-tra-uomini-e-donne#:~:text=la%20direttiva%20(UE)%202023%2F,e%20i%20relativi%20meccanismi%20di%20applicazione).

³⁶ V. il considerando n. 59 della dir. 970/2023/UE, nonché l'art. 26. Quest'ultimo dispone l'applicazione del capo III per tutti i procedimenti riguardanti diritti o obblighi connessi al principio della parità di retribuzione di cui all'articolo 4 della direttiva 2006/54/CE.

³⁷ Il quale dispone che "la donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore. Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione." Nell'impossibilità di richiamare l'ampia bibliografia sull'art. 37 Cost. e sul dibattito inerente all'applicazione del principio di parità di trattamento, v. ad esem-

principio di eguaglianza. Se nell'art. 37 — e nella legislazione immediatamente successiva — si è sempre registrata una tensione tra l'obiettivo della parità e l'esigenza di tenere in considerazione la “specificità” del lavoro femminile, una interpretazione ormai consolidata e sistematica delle disposizioni costituzionali sottolinea chiaramente la finalità al contempo protettiva e promozionale del lavoro femminile, cui si è affiancato nel tempo il modello emancipatorio costruito sul principio di non discriminazione di matrice eurounitaria³⁸.

Esigenze di sintesi non consentono di dar conto compiutamente dell'evoluzione normativa sulla parità di genere e sulla parità retributiva, che ha visto tra i suoi snodi fondamentali la l. 9 dicembre 1977, n. 903, la l. 10 aprile 1991, n. 125 e il d.lgs. 23 maggio 2000, n. 196. Ciononostante è indispensabile quantomeno rammentare che il divieto di discriminazione retributiva è attualmente sancito dall'art. 28³⁹, d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198 (Codice delle pari opportunità, d'ora in poi CPO). L'art. 28, sostanzialmente, recepisce l'art. 4 della direttiva 54/2006/CE, mentre, anche per effetto della discussa⁴⁰ l. 5 novembre

pio: T. TREU, *op. cit.*, 146 ss.; C. ZOLI, *Parità di trattamento e retribuzione*, in B. CARUSO, C. ZOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *La retribuzione. Struttura e regime giuridico*, Vol. I 1994, 145 ss.; M. V. BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, 1979, ed. digit. 2023, Cap. 3.; M. BARBERA, *Parità di trattamento, op. cit.; Parità di trattamento e rapporto di lavoro subordinato, Notiziario di giurisprudenza del lavoro*, 1995 con gli interventi, tra gli altri, di G. SANTORO PASSARELLI, A. MARESCA, L. MENGONI, R. SCOGNAMIGLIO; A. MATTEI, *Parità retributiva di genere tra istituzioni, giurisprudenza e contrattazione*, in D. GOTTARDI, M. PERUZZI (a cura di), *Differenziali retributivi di genere e contrattazione collettiva. Risultati del progetto europeo “Close the Deal, Fill the Gap”*, 2017, 3 ss.

³⁸ E. TARQUINI, *Le discriminazioni economiche e di carriera delle donne nel mercato del lavoro*, in *QG*, 2022, 112. Sull'apporto del diritto antidiscriminatorio alla riduzione delle disuguaglianze di genere nel rapporto di lavoro e nel mercato del lavoro, nonché per la proposta di ulteriori e nuove prospettive, cfr. *amplius* L. CORAZZA, *Diritto antidiscriminatorio e oltre: il lavoro delle donne come questione redistributiva*, Relazione al XXI Congresso nazionale Aidlass, “Diritto antidiscriminatorio e trasformazioni del lavoro”, Messina, 23-25 maggio 2024.

³⁹ In combinato disposto con l'art. 1, comma 2, ai sensi del quale “la parità di trattamento e di opportunità tra donne e uomini deve essere assicurata in tutti i campi, compresi quelli dell'occupazione, del lavoro e della retribuzione”.

⁴⁰ Cfr. R. NUNIN, *Contrasto al gender gap e sostegno all'occupazione femminile: le novità della legge n. 162/2021*, in *FD*, n. 2, 2022, 203 ss.; C. GAROFALO, *Il problematico allargamento della nozione di discriminazione nel codice delle pari opportunità*, in *LDE*, 1, 2023; L. CALAFÀ, *Il dito, la luna*

2021, n. 162, la definizione di discriminazione di cui all'art. 25 CPO si discosta sul piano letterale da quella della direttiva a causa dell'esplicitazione di una serie di atti e condotte, anche di tipo organizzativo, che possono integrare una discriminazione e dell'"estensione" dei fattori di rischio.

Da tale quadro normativo, in parziale distonia con l'ordinamento euro-unitario e con la giurisprudenza della CGUE⁴¹, non discende una regola paritaria generale, la cui assenza è fissata da un orientamento granitico della Corte di Cassazione⁴².

Per quanto riguarda il lavoro privato è, allora, possibile che la mancanza di una simile previsione normativa contribuisca alla persistenza del differenziale retributivo di genere⁴³. Infatti, il trattamento differenziato tra uomo e donna resta legittimo, con la conseguenza che l'eventuale sindacato del giudice si arresta sulla soglia del divieto di discriminazione e non può tradursi nell'imposizione di un trattamento paritario tra due individui di genere diverso «per la mera circostanza che tra essi sussiste una differenza retributiva (accrescitiva per l'uno e non per l'altro)»⁴⁴. In altri termini, la parità di trattamento vieterebbe tutte le diversificazioni, eccetto quelle ammesse perché ragionevoli e giustificate⁴⁵; la tutela antidiscriminatoria, invece, consente differenziazioni di ogni tipo, fuorché quelle illecite perché oggettivamente fondate sui fattori di discriminazione⁴⁶.

Nel pubblico impiego, invece, il d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 sancisce il principio di pari opportunità⁴⁷ (art. 7, comma

e altri fraintendimenti in materia di parità tra donne e uomini, in www.italianequalitynetwork.it, 7 gennaio 2022.

⁴¹ L. LAZZERONI, *Parità di trattamento e divario retributivo (di genere)*, in *RGL*, 2019, 2, 260.

⁴² V. *supra* alla nota n. 37.

⁴³ L. LAZZERONI, *op. cit.*, 60.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Con specifico riferimento al principio di parità nel pubblico impiego, anche per i rimandi bibliografici di carattere generale ivi contenuti, si v. C. ZOLI, *Efficacia del contratto collettivo e parità di trattamento*, in F. Carinci (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, 1995, 850 ss.

⁴⁶ G. M. LETTIERI, *Lavoro e tutela antidiscriminatoria. Sull'accertamento del lavoro di egual valore e della discriminazione retributiva di genere*, in *GI*, 2018, 2, 426.

⁴⁷ V. NUZZO, *Le pari opportunità*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, L. FIORILLO, A. MARESCA, *Il Lavoro pubblico*, 2019, 149 ss.; C. CALENDIA, *La tutela del principio delle pari opportunità nel lavoro pubblico*, 2021, 409 ss.; E. D'ALTERIO, *Pubblica amministrazione e parità di genere: stato dell'arte e prospettive*, in *RTDP*, 2023, 2, 787 ss.

1) che va posto in relazione con il principio di parità di trattamento contrattuale, il quale individua nelle garanzie sancite dalla contrattazione collettiva il livello minimo e inderogabile di tutele (art. 45, comma 2). Il secondo principio risponde pienamente alla «logica del principio di eguaglianza nell'interesse del lavoratore»⁴⁸; di conseguenza, benché sia sovente considerato «conseguenza naturale»⁴⁹ del dovere di imparzialità della PA (art. 97 Cost.), non è esattamente sovrapponibile ad esso e alle finalità di tutela dell'interesse pubblico cui esso presiede⁵⁰. Tali finalità, tra l'altro, non di rado hanno sorretto politiche di contenimento della spesa pubblica a scapito della valorizzazione, anche economica, del c.d. “capitale umano” della PA.

Nello specifico, è forse interessante evidenziare che — come reso noto dalla Relazione sul bilancio di genere dello Stato del 2022 — soltanto una parte esigua (0,32%) delle spese per il personale è destinata a ridurre le diseguaglianze di genere⁵¹, a fronte di un 40% di spese sensibili al genere (ossia relative a misure che hanno o potrebbero avere un impatto, anche indiretto, sulle diseguaglianze tra uomini e donne) e di un 59% (circa) *gender neutral*⁵². Al netto dei costi per il personale, invece, soltanto lo 0,41% delle risorse dello Stato è destinato a ridurre le diseguaglianze di genere, registrandosi, insieme alle spese sensibili al genere (pari al 14,92%), un calo rispetto al precedente esercizio. Siffatto scenario potrebbe quantomeno suggerire l'ampliamento delle risorse sensibili al genere, al fine di ridurre,

⁴⁸ C. ZOLI, *cit.*, 849.

⁴⁹ R. DEL PUNTA, *Parità di trattamento nel rapporto di lavoro*, in *Enciclopedia del Diritto*, Aggiornamento II, 1998, 713.

⁵⁰ C. ZOLI, *cit.*, 849.

⁵¹ La classificazione delle spese nel bilancio di genere è conforme alla circolare del 16 maggio 2023, n. 22 della Ragioneria generale dello Stato che individua, invero, anche una quarta categoria di spese, ossia quelle «da approfondire». Tali spese — si legge nella relazione sul bilancio di genere 2022 (disponibile all'indirizzo https://www.rgs.mef.gov.it/_Documenti/VERSIONE-I/Attivit-i/Rendiconto/Bilancio-di-genere/2022/Presentazione_bilancio_di_genere_2022.pdf) — «per alcune loro caratteristiche dovrebbero uscire dal perimetro delle spese neutrali e che, come tali, richiedono ulteriori e successivi approfondimenti per verificare possibili impatti diretti o indiretti sulle diseguaglianze di genere». Il bilancio di genere è, tuttavia, redatto al netto della spesa per il personale dei programmi di bilancio, rispetto alla quale la Ragioneria dello Stato, come detto, ha condotto una separata analisi secondo le categorie individuate.

⁵² Cfr. la Relazione, *cit.*, 60.

eventualmente anche grazie alla contrattazione collettiva e restando nel perimetro di quegli spazi di differenziazione che il principio di parità di trattamento comunque consente, le disuguaglianze che si riflettono sulla retribuzione ma originano da regole e istituti la cui applicazione — condizionata, ad esempio, alla presenza in servizio o all'anzianità — finisce comunque per pregiudicare la carriera delle lavoratrici.

In definitiva, è emerso come, anche alla luce dei noti meccanismi di estensione dell'efficacia della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico, la questione del differenziale salariale e della discriminazione retributiva si rivela essere un fenomeno più complesso e “strisciante” da riconnettere ad altri aspetti quali i meccanismi selettivi e di valorizzazione interni all'amministrazione, per citarne qualcuno, su cui le stesse *Linee guida sulla parità* si propongono di intervenire.

Vi è di più: nel pubblico impiego, nell'ambito di un più ampio fenomeno di rilegificazione ampiamente dibattuto nella dottrina giuslavorista⁵³, si è assistito ad una progressiva “legificazione”⁵⁴ del principio di pari opportunità e all'inclusione dello stesso tra le componenti del benessere organizzativo e fra le leve della produttività e del buon andamento della PA⁵⁵.

L'interrelazione tra benessere organizzativo, buon andamento della PA e pari opportunità emerge in maniera esemplificativa dalla disciplina del Comitato Unico di garanzia (CUG) e dalle funzioni ad esso attribuite. Basti pensare che fin dal 2011⁵⁶

⁵³ In via meramente esemplificativa, anche per i rispettivi riferimenti bibliografici: L. ZOPPOLI, *Riforma della contrattazione collettiva o rilegificazione del lavoro pubblico?*, in *RU*, 2009, 79 ss.; Id. *Alla ricerca di una nuova riforma della dirigenza pubblica: reclutamento e incarichi tra confusione e rilegificazione*, in *RGL*, 2015, I, 517; A. GARILLI, *Breve storia di una riforma incompiuta*, in *GI*, 2018, 985; F. CARINCI, *Il secondo tempo della Riforma Brunetta: il d.lgs. 27 ottobre 2009*, in *LPA*, 2010, 1025.

⁵⁴ Per tutti, E. D'ALTERIO, *op. cit.* Ha efficacemente definito “paradossale” la permanenza del *gender pay gap*, a fronte dell'alto tasso regolativo in materia di parità di genere nel lavoro pubblico, S. CIUCCIOVINO nella sua relazione al Convegno tenutosi il 12 giugno 2024 ad Udine, i cui atti sono pubblicati in questo Volume.

⁵⁵ A. VIMERCATI, *L'innovazione organizzativa e il c.d. performance management nell'ottica della parità di genere e dell'azione dei CUG*, in *LPA*, 2022, I, 27 ss. Sulla nozione di benessere organizzativo v. *amplius* S. BUOSO, *Definire e qualificare il benessere organizzativo*, in *DSL*, 2019, I, 23.

⁵⁶ Direttiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 4 marzo 2011, così come integrata dalla direttiva n. 2 del 26.06.2019 del Ministero della Pub-

– ben prima dell'introduzione della relazione *ex art. 46 CPO*⁵⁷ – tra gli adempimenti del CUG rientra la redazione della relazione sulla condizione del personale il cui obiettivo è proprio verificare l'attuazione dei principi di pari opportunità, benessere organizzativo, contrasto alle discriminazioni e alle violenze morali e psicologiche sul luogo di lavoro e promuovere l'introduzione di azioni ad essi funzionali⁵⁸. Tale relazione include i dati che annualmente le pubbliche amministrazioni sono tenute a trasmettere, fornendo statistiche ripartite per genere circa una serie di elementi, incluso il trattamento economico e la permanenza nelle varie posizioni professionali.

È, dunque, già insita nel quadro normativo inerente al pubblico impiego una correlazione biunivoca tra parità di trattamento e di opportunità, da un lato, ed efficienza dell'organizzazione⁵⁹ e produttività e benessere del lavoratore, dall'altro, tale per cui l'attuazione dei suddetti principi si rivela foriera di un miglioramento dell'ambiente di lavoro⁶⁰. Parallelamente, la questione della disaggregazione per genere dei dati e della loro raccolta, sintesi e diffusione periodica sono stati da tempo indi-

blica Amministrazione e del Sottosegretario alle Pari Opportunità. Nella prima direttiva, tra l'altro, si legge che con l'introduzione del CUG «per la prima volta la questione della parità e delle pari opportunità entra a pieno titolo in una normativa di carattere generale tra i fattori che condizionano il funzionamento organizzativo».

⁵⁷ Due *FAQ* del Ministero del lavoro dell'ottobre 2022 hanno chiarito che le PP.AA. individuate dall'art.1, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 non sono tenute a presentare il rapporto e che per aziende pubbliche *ex art. 46 CPO* devono intendersi le aziende partecipate dallo Stato o da altri enti pubblici.

⁵⁸ V. le due direttive *cit.*, nonché l'art. 57, comma 03 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

⁵⁹ Diversi dei contributi già citati segnalano, ad ampio spettro, i vantaggi economici derivanti dalla riduzione del *GPG*, tra cui A. VIMERCATI, *op. cit.*, 27 e M. OELZ, S. OLNEY, M. TOMEI, *op. cit.*, 10. Con riferimento alla PA si consideri pure che il rafforzamento dell'impegno a favore dell'equilibrio di genere rientra tra gli obiettivi da perseguire per l'attuazione della *milestone* M1C158 relativa alla riforma del pubblico impiego; è noto, poi, che la parità di genere è una delle tre priorità trasversali perseguite in tutte le missioni del PNRR.

⁶⁰ In tal senso anche le Linee guida sulla parità di genere *cit.* che, in maniera privilegiata, si rivolgono ai ruoli di vertice e/o ai dirigenti responsabili della gestione delle risorse umane. Da questo punto di vista, è certamente apprezzabile che l'art. 9, par. 6 della direttiva attribuisca alla dirigenza il compito di confermare, previa consultazione dei rappresentanti dei lavoratori, l'esattezza delle informazioni fornite ai lavoratori.

viduati come strumenti utili all'analisi del divario di genere, anche retributivo, e della predisposizione di soluzioni efficaci.

Di primo acchito, sembrerebbe che la portata innovativa della direttiva 970/2023/UE per la PA sia limitata, quanto meno sul piano degli obblighi informativi. Difatti, da una verifica a specchio delle informazioni richieste dall'art. 9⁶¹ della direttiva e dai format della relazione del CUG e della trasmissione ad esso delle informazioni da parte dell'amministrazione, allegati alla direttiva n. 2/2019 del Ministro per la Pubblica amministrazione, sembra che la PA non dovrà rivolgere altrove la sua attività di rilevazione ma, piuttosto, adeguare per qualche aspetto la modalità di raccolta e presentazione dei dati⁶². Se, da un lato, non è da escludere che ciò possa di per sé contribuire ad uniformare i dati e a superare quelle difficoltà di misurazione di cui si è detto all'inizio; d'altro lato, è scontato che la diversa natura giuridica della direttiva le conferisca una efficacia radicalmente diversa e, dunque, una maggiore possibilità di determinare il risultato sperato.

4. La leva della trasparenza nella direttiva 970/2023/UE e la complessa definizione dell'ambito di comparazione

La direttiva in parola individua nella trasparenza⁶³ lo stru-

⁶¹ Da fornire in tempi diversi a seconda del numero dei dipendenti e solo su base volontaria per chi impieghi meno di 100 lavoratori. Tra l'altro, ci si potrebbe chiedere se, vista la sua composizione, il CUG possa essere coinvolto nel processo di validazione dei dati di cui all'art. 9.

⁶² Ad esempio, nella direttiva il livello retributivo è calcolato su base lorda annua, mentre nei format si richiede di indicare i differenziali retributivi uomo/donna sulla base del valore medio della retribuzione annua netta, inclusa la retribuzione di risultato e la retribuzione variabile.

⁶³ Tra i primi commenti: G. CASSANO, *La direttiva eurounitaria sulla parità di retribuzione tra uomini e donne: un passo ulteriore verso la gestione più trasparente dei rapporti di lavoro*, in *Labor*, 16 agosto 2023; F. LAMBERTI, *Il paradigma della trasparenza retributiva come antidoto al gender pay gap*, in *Federalismi.it*, n. 3/2024, 248 ss.; L. BARBIERI, *Politiche retributive: parametri di valutazione di equità e trasparenza*, in *DPL*, 26/2023, 1619; G. PROIA, *Origine, evoluzione e funzioni della trasparenza nei rapporti di lavoro*, in *MGL*, 2023, 4, 719 ss.; D. MEZZACAPO, *L'effettività della normativa antidiscriminatoria e la Direttiva 2023/970/UE in materia di trasparenza retributiva uomo/donna*, in *LPO*, 5-6/2023, 332 ss.; L. CORAZZA, *cit.*, 72 ss. In precedenza, sul ruolo della trasparenza per la riduzione del GPG e nel rapporto di lavoro subordinato v. A. ZILLI, *EU Strategy against gender pay gap through wage*

mento di attuazione di principi già sanciti nell'ordinamento interno e sovranazionale. Tale strumento, analogamente ad altre fonti UE di recente approvazione⁶⁴, si traduce in una serie di obblighi informativi (art. 9) per i datori di lavoro privati e pubblici (art. 2) coerenti con l'idea della trasparenza quale presupposto logico per l'accesso alle informazioni e, in ultima analisi, per una più agevole tutela in giudizio della posizione giuridica lesa⁶⁵.

Quel che preme, però, sottolineare in una prospettiva di diritto antidiscriminatorio è come la direttiva, introducendo una definizione giuridica di lavoro di eguale valore e precisando gli elementi idonei a provarlo (art. 19)⁶⁶, incida sulla parametrizzazione dell'ambito di comparazione, snodo essenziale per l'accertamento di qualsiasi discriminazione.

La sussistenza di una discriminazione retributiva, come ben esplicitato dalla direttiva, è strettamente connessa alla struttura dell'organizzazione e, in particolare, all'adozione di sistemi di classificazione del lavoro e dei relativi sistemi retributivi. Per un verso, è alla luce di tali sistemi che deve operarsi il giudizio di comparazione, verificandosi la legittimità di un eventuale trattamento differenziato a parità di valore del lavoro. Per altro verso, occorre appurare che gli stessi sistemi di classificazione del lavoro non siano in sé discriminatori, determinando una discriminazione retributiva "a cascata".

La direttiva dovrebbe facilitare l'attività dell'interprete sul punto perché chiarisce la modalità di individuazione del termine

transparency: the best is yet to come, in *ILLJ*, 2021, 14(2), 173 ss.; Id., *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, 2022, spec. 155 ss. sul differenziale salariale di genere e 185 ss. sulla (proposta di) direttiva sulla trasparenza retributiva.

⁶⁴ È noto il dibattito sugli obblighi informativi sui sistemi di c.d. *algorithmic management* introdotti dalla direttiva sul lavoro tramite piattaforma, adottata lo scorso aprile dal Parlamento europeo.

⁶⁵ Sulla trasparenza quale meccanismo di agevolazione probatoria, funzione che essa assolve anche nella direttiva in commento (cfr. art. 18), e sulla rilevanza della stessa per l'azionabilità in giudizio dei diritti v. A.M. BATTISTI, *op. cit.*; A. ZILLI, *Parità di retribuzione per lavori di uguale valore: un passo avanti e uno di lato*, in *DRI*, 2021, n. 3, 956 ss.

⁶⁶ In effetti, come da più parti rilevato, proprio le criticità relative all'applicazione di tale nozione hanno determinato una scarsa effettività delle misure finora predisposte, paradigmaticamente rappresentate dall'esiguo contenzioso in materia. V. M. PERUZZI, *Gender pay gap e decentralizzazione contrattuale. Una prospettiva di analisi comparata*, in D. GOTTARDI, M. PERUZZI (a cura di), *op. cit.*, *passim*.

di paragone e gli strumenti per la misurazione del valore del lavoro.

Quanto al primo aspetto, l'art. 19 correla l'estensione della comparazione alla c.d. fonte unica delle condizioni retributive, ossia alla fonte «che stabilisce gli elementi di retribuzione pertinenti per il confronto tra lavoratori» e che nell'ordinamento italiano, anche con riferimento al pubblico impiego, può agevolmente individuarsi nella contrattazione collettiva⁶⁷. Ciò significa che i lavoratori sono comparabili anche quando dipendono da datori di lavoro diversi, purché il loro trattamento retributivo sia disciplinato dalla stessa fonte.

Se questa definizione dell'ambito di comparazione è intesa nel senso di autorizzare una verifica su entrambi i livelli di contrattazione, è possibile che si riesca meglio ad intercettare e ridurre quel residuo inspiegabile del differenziale retributivo che, ad avviso di alcuni studiosi, si annida proprio nella parte variabile della retribuzione e nei sistemi sulla base dei quali essa è calcolata e conferita⁶⁸. Se così fosse, ove non adeguatamente considerato, il crescente ricorso ad elementi variabili della retribuzione, specie se ancorati al risultato, potrebbe contribuire ad esacerbare le disuguaglianze di genere. Basti sottolineare che, per quanto riguarda il lavoro pubblico, la componente accessoria della retribuzione ha un peso significativo che, stando agli ultimi dati resi noti dall'ARAN per l'anno 2021, varia tra il 12% (comparto Istruzione e Ricerca) e il 32% (comparto Funzioni locali), con un picco massimo del 35% per il personale in regime di diritto pubblico⁶⁹.

⁶⁷ Interpretazione cui, a dire il vero, era già pervenuta la dottrina italiana; v. M. PERUZZI, *op. cit.*, 34.

⁶⁸ V. INAPP, *op. cit.* 115 ss.; M. PERUZZI, *op. cit.* 48 e i rispettivi riferimenti bibliografici.

⁶⁹ Cfr. <https://www.aranagenzia.it/attachments/article/5124/Retribuzioni%20di%20fatto%20Serie%202001%20-%202021.pdf>. Tali dati non sono disaggregati per genere, come pure sarebbe stato utile. Si pensi che lo straordinario rientra tra gli elementi accessori della retribuzione e che una disaggregazione in tal senso dei dati consentirebbe di appurare l'accesso delle donne allo straordinario e, dunque, l'impatto del c.d. *gender time gap* sul GPG (R. NUNIN, *La persistenza dei differenziali retributivi di genere nel contesto italiano ed europeo*, in *AG*, 2012, 2, 136). Poiché l'attribuzione del trattamento accessorio è ancorata al conseguimento degli obiettivi di *performance* individuale e organizzativa, bisognerebbe inoltre verificare se i criteri di valutazione non siano discriminatori, nemmeno indirettamente. Cfr. le Linee guida sulla parità nella

La comparazione – precisa l’art. 19, in linea con un’acquisizione consolidata del diritto antidiscriminatorio – può essere anche diacronica e ipotetica, circostanza che potrebbe essere particolarmente utile in settori a forte concentrazione di lavoro femminile⁷⁰. Infatti, in tali settori è più alto il rischio che la sottovalutazione delle mansioni “tipicamente” femminili sia stata incorporata nei sistemi di classificazione traducendosi, di conseguenza, in una sotto-remunerazione.

Una volta chiarito il contesto del giudizio di comparazione (la fonte unica) e la modalità della comparazione (diacronica, sincronica, ipotetica), bisogna individuare il lavoratore che versi in una situazione analoga⁷¹, ossia colui che svolga lo stesso lavoro o un lavoro di pari valore rispetto alla lavoratrice che si assume discriminata.

Quest’ultima operazione di selezione presuppone l’uso di strumenti o di metodi di analisi che consentano di confrontare e valutare il valore di lavori diversi (art. 4). Pertanto, lo specifico termine di paragone che l’interprete deve utilizzare è dato dall’individuazione all’interno della fonte unica – e non della sola organizzazione da cui dipende la lavoratrice coinvolta⁷² – dei

PA *cit.* che suggeriscono di introdurre premi e incentivi nella valutazione della *performance* (sia organizzative che individuale) per realizzare obiettivi misurabili di impatto di genere.

⁷⁰ Per un interessante approfondimento sulle potenzialità trasformative della comparazione ipotetica sull’azione sindacale tesa a contrastare la sottovalutazione del lavoro svolto prevalentemente da donne, anche nel pubblico impiego, v. J. PILLINGER, *The Pay Transparency Directive. The role of hypothetical comparators in determining equal pay for work of equal value*, ETUI Policy Brief, 2023.06.

⁷¹ Ovviamente, sulla definizione dell’ambito di comparazione incide anche la nozione di retribuzione di cui all’art. 3, par. 1 lett. a della direttiva. Cfr., ad esempio, sul punto M. ROCCELLA, T. TREU, M. AIMO, D. IZZI, *op. cit.*, 292 ss.

⁷² Cfr. Corte Giust. 17/09/2002, causa C-320/00, *Lawrence*, con cui la Corte aveva già escluso che l’operatività del principio di parità retributiva fosse limitata ai casi in cui il lavoratore e la lavoratrice dipendessero dallo stesso datore di lavoro. La formulazione della direttiva e la riferita interpretazione del concetto di fonte unica sembrerebbero, però, escludere la possibilità di una comparazione con lavoratori, eventualmente anche “ipotetici”, impiegati in settori diversi. In dottrina c’è, invece, chi sottolinea l’opportunità di promuovere/adoperare comparazioni ipotetiche trans-settoriali: una simile operazione consentirebbe di confrontare i “lavori femminilizzati” con i lavori in settori a prevalenza maschile e maggiormente remunerati e, dunque, di arginare le conseguenze della sottovalutazione del valore del lavoro delle donne (cfr. J. PILLINGER, *cit.*, 5 e 7). In ogni caso, quanto al principio di parità di trattamento nel pubblico impiego, verrebbe in rilievo anche l’orientamento dottrinale e giuri-

lavori di pari valore. Compiuta tale selezione, se sussiste un differenziale retributivo, occorre verificare se questo sia causalmente connesso al genere e cioè al fattore di discriminazione vietato dalla normativa.

Alla luce dell'attuale quadro normativo non è dunque condivisibile l'idea⁷³ – che, in verità, destava qualche perplessità già prima della direttiva in commento – che sarebbe opportuno connotare l'accertamento della discriminazione retributiva di un qualche tratto di specialità rispetto al diritto antidiscriminatorio, ancorandolo sempre alla presenza di un lavoratore concretamente comparabile, in quanto l'accertamento della disparità richiederebbe il raffronto tra emolumenti realmente erogati.

In primis, se la perplessità deriva dalla formulazione dell'art. 25 CPO, nel quale, a differenza della direttiva 54/2006/CE manca il condizionale⁷⁴, la comparazione ipotetica, nell'ordinamento italiano, dovrebbe essere esclusa per qualsiasi discriminazione di genere e non solo retributiva. Una interpretazione così restrittiva (e pregiudizievole per la persona potenzialmente discriminata) potrebbe essere in contrasto con la clausola di non regresso di cui all'art. 27 della direttiva del 2006 e, dunque, sollecitare una interpretazione della disposizione interna conforme all'ordinamento europeo. Una simile operazione ermeneutica – laddove una modifica dell'art. 25 CPO non si ritenesse necessaria – consentirebbe di superare la suddetta criticità e sarebbe comunque inevitabile ora che la direttiva sulla trasparenza esplicitamente autorizza la comparazione ipotetica.

Ove, invece, un lavoratore in situazione analoga non fosse individuabile, nemmeno in via ipotetica, verrebbe meno un elemento essenziale della fattispecie di discriminazione e non potrebbe, in alternativa, operarsi il confronto con una persona in situazione diversa ma realmente esistente⁷⁵. Un raffronto di

sprudenziiale che esclude la comparazione tra trattamenti contenuti in distinti contratti collettivi (P. SORDI, *cit.*, 732).

⁷³ M. PERUZZI, *op. cit.*, 34 ss.

⁷⁴ Concorda sull'esclusione della comparazione ipotetica anche E. VILLA, *Anti-discrimination law over pay: Italian and European solutions in comparison*, in *Biblioteca '20 maggio'*, 1/2014, spec. 603 ss., cui si rinvia per i richiami alla giurisprudenza della CGUE e in particolare alla sent. *Macarthys Ltd c. Wendy Smith, Cusa* C-129/79 con cui la Corte ha chiarito che, se nell'impresa non è presente un lavoratore di sesso maschile comparabile, è possibile utilizzare come termine di comparazione un lavoratore precedentemente occupato presso l'impresa, svolgente le stesse mansioni.

⁷⁵ Come suggerito da M. PERUZZI, *op. cit.*, 36.

questo tipo, infatti, non sarebbe conforme alla stessa definizione di discriminazione che presuppone una valutazione comparativa tra persone in situazioni analoghe, sebbene una portatrice e l'altra priva del fattore di discriminazione controverso.

5. La misurazione del valore del lavoro

L'individuazione del comparatore è ancorata dalla direttiva all'utilizzo di sistemi di valutazione e classificazione delle competenze, concordati con i rappresentanti dei lavoratori, neutri dal punto di vista del genere e la cui introduzione deve essere agevolata dagli Stati membri, in consultazione con gli organismi di parità (art. 4)⁷⁶. Il ricorso a questi sistemi dovrebbe facilitare, all'interno della fonte unica di riferimento, l'individuazione di posizioni lavorative di eguale valore (la situazione analoga) e quindi permettere di misurare il differenziale effettivamente esistente a parità di unità economica e, appunto, di posizione lavorativa.

Il riferimento ai sistemi di *job evaluation* non è nuovo né dal punto di vista legislativo⁷⁷, né nel dibattito dottrinale, salvo essere stato ripreso di recente, sull'onda della sollecitazione proveniente dall'UE, proprio quale possibile soluzione al *GPG*⁷⁸.

⁷⁶ L'art. 4 indica alcuni criteri *gender-neutral* che devono essere adottati per la valutazione del valore del lavoro (le competenze, l'impegno, la responsabilità e le condizioni di lavoro) e lascia liberi gli Stati membri e i rappresentanti dei lavoratori, con cui i criteri dovrebbero essere concordati, di individuare «qualsiasi altro fattore pertinente al lavoro o alla posizione specifici». Si consideri, però, che già in passato la CGUE aveva individuato tra i fattori di cui tener conto nel giudizio di comparazione la natura dell'attività svolta, le condizioni di lavoro e la qualificazione professionale: v. ad es., Corte Giust. 3/06/2021, *Tesco Stores Ltd*, C624/19; Corte Giust. 11/05/1999, *Ange-stellenbetriebsrat*, causa C-309/97.

⁷⁷ Si è detto che sia la Raccomandazione OIL del 1951 che la direttiva 54/2006 contengono un riferimento simile, sebbene non identifichino espressamente in questi sistemi lo strumento per concretizzare l'eguale valore del lavoro.

⁷⁸ Il dibattito sull'utilizzo di sistemi di *job evaluation* si è consumato in Italia già negli anni Sessanta: v. L. MENGONI, *La job evaluation nell'ordinamento italiano*, in *DE*, 1960, 1237; G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, 1963, 52 ss.; U. ROMAGNOLI, *La «job evaluation» nell'esperienza giuridica italiana*, in *RTDPC*, 1961, 927 ss., U. PROSPERETTI, *Sull'applicazione di un sistema di «job evaluation» nel contratto di lavoro*, in *FI*, 1960, n. 4, 97 ss. Sul *GPG* v. per tutti M. PERUZZI, *op. cit.*

Com'è noto, i sistemi di *job evaluation* comportano una scomposizione analitica della prestazione secondo parametri stabiliti in maniera convenzionale dalla fonte di riferimento. Ciò consente di stabilire *ex ante* il valore di una determinata posizione lavorativa, a prescindere dal soggetto che ne sarà titolare: ad ognuna di esse viene attribuito un punteggio risultante dalla somma del valore attribuito a ciascuna componente organizzativa e tecnico-professionale della prestazione corrispondente al ruolo, quali competenze, *soft skills*, responsabilità, impegno, particolari condizioni di lavoro, principali attività attese e loro complessità ecc.

Poiché gli attuali sistemi di inquadramento in qualche modo "discendono" tutti dalla *job evaluation*, le disposizioni della direttiva, anche con riferimento al pubblico impiego, sollecitano diversi spunti di riflessione che, per esigenze di sintesi, possono essere solo accennati. Si pensi, ad esempio, alla negoziazione della *job evaluation* e al rischio che l'individuazione dei criteri e l'attribuzione del peso relativo a ciascuno di essi replichi la tendenza a sopravvalutare qualità tradizionalmente prevalenti negli uomini o che siano scelti parametri di per sé discriminatori⁷⁹, come il rendimento⁸⁰. O ancora, si consideri la questione dell'estensione del sindacato del giudice alla verifica della conformità dei sistemi di classificazione del lavoro ai requisiti fissati dalla direttiva e al principio di parità. Infatti, mentre è pacificamente ammesso un sindacato antidiscriminatorio delle clausole della contrattazione collettiva, per quanto riguarda il pubblico impiego l'orientamento prevalente ritiene che il principio di parità di trattamento non costituisca un parametro di valutazione delle scelte assunte in sede di contrattazione collettiva, ma soltanto delle decisioni prese unilateralmente dalla PA o a livello individuale⁸¹.

In conclusione è, però, opportuno chiedersi se i sistemi la

⁷⁹ A tal proposito, si vedano gli esempi dei "correttivi" apportati dalla legislazione e dalla contrattazione collettiva, in alcuni Stati, per contrastare il persistere della sottovalutazione del lavoro femminile, specie in settori fortemente femminilizzati in J. PILLINGER, *cit.*, 5 ss.

⁸⁰ T. TREU, *op. ult. cit.*, 177.

⁸¹ Sul punto, in sintesi, P. SORDI, *Il trattamento economico*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, L. FIORILLO, A. MARESCA, *cit.*, 731-32. Ammette la possibilità di assoggettare a controllo anche le scelte dell'autonomia collettiva, «seppure con maggiore circospezione e cautela», ZOLI C. *cit.*, 853. In giurisprudenza, cfr.

cui introduzione è richiesta dalla direttiva debbano necessariamente caratterizzarsi per l'espressione di un punteggio numerico o se sia sufficiente il grado di specificazione e di dettaglio qualitativi che, per esempio, presenta il sistema di inquadramento del comparto Funzioni centrali, basato su un modello per competenze⁸², articolato in famiglie professionali che sono definite nel contenuto dalla contrattazione integrativa.

Tra l'altro, non deve neanche trascurarsi che, nel lavoro pubblico, la valutazione comparativa dell'interprete sul valore del lavoro trova comunque un argine nel consolidato orientamento della Suprema Corte sull'equivalenza in senso formale delle mansioni⁸³. A meno che, come prefigurato in dottrina, il valore classificatorio della famiglia professionale non induca il giudice «ad un diverso e più compreso apprezzamento della professionalità concretamente espressa dal lavoratore rispetto alla famiglia (o al profilo) di inquadramento assegnata, così recuperando il valore concreto del *facere* del lavoratore nel più puntuale sistema di inquadramento fornito»⁸⁴ dalla contrattazione collettiva. Se l'operare congiunto dei nuovi sistemi di inquadra-

ad es., Cass. 20/01/2014, n. 1037; Cass. 31/07/2017, n. 19043; Cass. 6/03/2019, n. 6553.

⁸² Il modello è estesamente descritto, con riferimento all'intera PA, nelle *Linee di indirizzo per l'individuazione dei nuovi fabbisogni professionali da parte delle amministrazioni pubbliche* (D.M. 22 luglio 2022). La revisione dei sistemi di inquadramento era già stata avviata con l'istituzione, presso l'Aran, di una commissione paritetica nella stagione negoziale 2016-2018; tuttavia, è stato proprio il rinnovo contrattuale nel comparto Funzioni centrali per il triennio 2019-2021, sottoscritto il 9 maggio 2022, a inaugurare il nuovo sistema di classificazione del personale (ragion per cui si è scelto di usarlo come riferimento). Cfr. S. MAINARDI, *Inquadramenti pubblici Atto II. Appunti dai Ccnl tra organizzazione e tutela della professionalità*, in *LPA*, 2023, 3, 449; V. TALAMO, *I sistemi "resilienti" di inquadramento professionale del personale pubblico dopo il decreto reclutamento ed i Ccnl 2019-21*, in *LPA*, 2023, 3, 473; A. RICCOBONO, *Le nuove carriere dei dipendenti pubblici: professionalità, merito, imparzialità tra concorso, comparazione e valutazione*, in *LPA*, 2023, 2, 301; A. VISCOMI, *Dalla competenza alle competenze: questioni recenti in materia di professionalità e merito nel lavoro pubblico*, in *LPA*, 2024, 1, 2 ss.

⁸³ *Ex plurimis*: Cass. 17/12/2018, n. 32592; Cass. 26/01/2017, n. 2011; Cass. 4/10/2016, n. 24985; Cass. 26/03/2014, n.7106; Cass. 05/08/2010, n.18283; Cass. 21/05/2009, n. 11835; Cass. S.U. 4/4/2008, n. 8740, in *FI*, 2008, I, 2534. Di recente, in dottrina, V. LUCIANI, *Mansioni, jus variandi e progressioni in carriera nel lavoro pubblico: le ambiguità del legislatore e le certezze della giurisprudenza*, in *LPA*, 2020, 3; A. TAMPIERI, *L'equivalenza "formale" delle mansioni dal lavoro pubblico al lavoro privato*, in *LPA*, 2018, 20.

⁸⁴ S. MAINARDI, *op. cit.*

mento e del giudizio di comparazione “costruito” dalla direttiva riuscirà a scalfire il suddetto orientamento, è tutto da verificare in sede di contenzioso, sempre che se ne produca, anche grazie alla disponibilità delle informazioni e degli strumenti di tutela messi a disposizione dalla direttiva.

