



Università degli Studi di Catania
Facoltà di Giurisprudenza

Valerio Talamo

Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico

WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 90/2009



© Valerio Talamo 2009
Dipartimento della Funzione pubblica - Roma
v.talamo@funzionepubblica.it

ISSN - 1594-817X
Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"
Via Crociferi, 81 – 95124 Catania (Italy)
Tel: + + 39 095 230464 – Fax: + +39 095 313145
centrostudidantona@lex.unict.it
www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione

Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico*

Valerio Talamo
Dipartimento della Funzione pubblica - Roma

1. Premessa: la stagione della privatizzazione.	2
2. I "risultati" della privatizzazione: un bilancio di sintesi.	3
3. Il tentativo di correggere il modello: la legge n. 15 del 2008....	4
4. La rilegificazione: il sistema delle fonti.....	5
5. Le conseguenze della rilegificazione.	7
6. Problematiche aperte e dubbi sistematici.	9
7. Una ricostruzione sistematica e qualche consiglio per il legislatore delegato.	10
8. Conclusioni: un'impossibile parificazione fra lavoro pubblico e privato?.....	13

* In Pubblicazione nel "Il Giornale di Diritto Amministrativo" n, 5, 2009

1. Premessa: la stagione della privatizzazione.

Il d.lgs. n. 29 del 1993 si connota prevalentemente come un intervento di delegificazione delle fonti di regolazione del rapporto di lavoro pubblico, con il principale obiettivo di ricomporre la tradizionale spaccatura con il lavoro privato.

Le norme che enunciano tale obiettivo sono contenute soprattutto nell'art. 2 (ora del d.lgs. n. 165/2001) ⁽¹⁾, che impone la diretta applicabilità del diritto comune al rapporto di lavoro pubblico "fatte salve le diverse disposizioni" contenute nello stesso decreto. Non viene più riconosciuta e garantita, quindi, una generale "specialità" pubblicistica, che giustificava un diverso regime delle fonti e che per lungo tempo aveva sostenuto l'ordinamento "separato" del pubblico impiego, ma solo l'esistenza di un *quantum* pubblicistico necessario per conformare l'attività del datore di lavoro pubblico alla specifica missione delle pubbliche amministrazioni, che è sottoposta a precisi limiti costituzionali. Ma, soprattutto, l'art. 2 contiene una delle norme cardine che investe il rapporto fra contrattazione e legge, in grado di salvaguardare "a regime" l'omogeneità pubblico-privato rispetto ad interventi unilaterali e perciò capaci di frustrare l'obiettivo dell'unificazione normativa. Tale salvaguardia viene (*rectius* veniva) ottenuta attraverso un inedito meccanismo di disapplicazione, ad opera della contrattazione collettiva, delle norme legali speciali e successive, in quanto destinate solo ad alcune amministrazioni pubbliche o a determinate categorie di dipendenti.

Si intendevano raggiungere in questa maniera tre diversi obiettivi. Innanzitutto quello di evitare il ripeterarsi della giungla dei trattamenti normo-retributivi, determinata da leggi e leggine micro settoriali e corporative, prodotte da un Parlamento sensibile alle "voci di dentro" a vantaggio di alcuni, che il precedente regime normativo aveva garantito. Inoltre, un qualsiasi intervento legislativo nell'area contrattualizzata avrebbe vanificato gli obiettivi di parificazione normativa perseguiti, provocando un effetto di rilegificazione stabile e irreversibile, per cui la norma sulla disapplicazione appariva posta a presidio della stessa privatizzazione. Infine si legittimava un'inedita forza dei contratti collettivi, capaci di imporsi a certe condizioni sulla fonte legale gerarchicamente superiore.

Veniva, quindi, confermato il carattere della privatizzazione quale "delegificazione" della materia del rapporto di lavoro alle dipendenze del soggetto pubblico: se la delegificazione indica il trasferimento dalla sede normativa statale ad altra sede di produzione normativa, questo era

¹ Che ha sostituito, recependolo, il d.lgs n.29 del 1993 e la successiva decretazione di riforma.

appunto ciò che avveniva in materia di rapporto di lavoro pubblico, delegificato e reso disponibile alla fonte collettiva, salvo che la legge non decidesse espressamente e volta per volta in senso contrario.

2. I "risultati" della privatizzazione: un bilancio di sintesi.

La stagione del pubblico impiego privatizzato ha tuttavia presentato, in un'ottica di bilancio complessivo, qualche luce e molte ombre.

Le retribuzioni dei pubblici dipendenti sono cresciute - soprattutto per l'incidenza della contrattazione integrativa - in modo esponenzialmente superiore rispetto al settore privato e, per fattori istituzionali e normativi specifici, anche sostanzialmente sganciate dallo stesso protocollo sulla politica dei redditi del luglio 1993. Né a tale distribuzione di risorse ha corrisposto un incremento della qualità dei servizi erogati, trattandosi perlopiù di erogazioni non selettive e generalizzate.

La fase di allocazione delle risorse per la contrattazione collettiva nazionale, con la difficoltà di trovare l'accordo sugli stanziamenti finali, a sua volta, ha determinato una litigiosità permanente ed i patologici ritardi nei rinnovi contrattuali, causa dei sistematici "scavallamenti" rispetto ai bienni di riferimento. La contrattazione, tornata "politica", si è quindi svolta in forma impropria ed in modo anomico fra governo e sindacato per decidere le risorse da stanziare, svuotando di fatto il ruolo dell'agente contrattuale che opera a valle.

A sua volta, il controllo della Corte dei conti sui contratti nazionali, reso successivo e non condizionante, ha assunto ruolo collaborativo ma forse anche poco incisivo, a fronte di una contrattazione collettiva sempre più adespota e poco incline a subire condizionamenti.

Né basta. La dirigenza pubblica, sottoposta al potere di nomina politico introdotto nella seconda stagione della privatizzazione ⁽²⁾, considerata la sostanziale indifferenza di nomine e conferme ai risultati gestionali, non è risultata nemmeno esposta alle ricadute dei propri comportamenti gestionali ed organizzativi. Non valutata da organi terzi, la dirigenza risponde direttamente alla politica da cui è nominata, confermata agli incarichi, promossa ad incarichi superiori. Impedito il rapporto necessario fra nomina-conferma e buon andamento gestionale,

² La privatizzazione in realtà fu duplice. Pochi anni dopo la "prima" privatizzazione del 1993, realizzata sulla base della legge n. 421 del 1992 (art. 2, c. 1), furono emanati i decreti della "seconda" privatizzazione, in attuazione della legge n. 59 del 1997 (art. 11, c. 4), che corressero, implementarono ed integrarono la "prima" privatizzazione.

né è derivato una sorta di "appiattimento" della dirigenza sulla politica. Ma si tratta di una dirigenza istituzionalmente debole benché fidelizzata, senza strumenti né poteri per valutare i propri collaboratori, perlopiù incapace di gestire in modo autonomo il conflitto a livello decentrato, dove finisce fatalmente con l'essere "catturata" dalla controparte sindacale. Non a caso è soprattutto a questo livello che il sistema di relazioni sindacali ha garantito una tenuta insufficiente ed insoddisfacente. Le materie di partecipazione sindacale, a carattere organizzativo, sono state sovente contrattate, con una risalita della contrattazione a monte della sfera organizzativa, che ha determinato forme di cogestione dai tratti ambigui e spuri. Ma anche a livello nazionale, non di rado, la contrattazione collettiva, sempre più pervasiva, ha invaso la sfera preclusa, per esempio in materia di concorsi pubblici e soprattutto attraverso la definizione convenzionale delle progressioni di carriera. Queste hanno garantito passaggi di massa alle categorie superiori in modo sostanzialmente indiscriminato e poco selettivo. Hanno risposto ad aspettative dei dipendenti pregresse e consolidate nel tempo e quindi sostanzialmente sulla base dell'anzianità di servizio, ma con un tradimento dei principi costituzionali del pubblico concorso e del merito e senza alcuna attenzione alle esigenze di spesa pubblica.

3. Il tentativo di correggere il modello: la legge n. 15 del 2008.

Sulla scorta della controversa esperienza dei quindici anni successivi alla privatizzazione del lavoro pubblico, il Governo ha quindi promosso un nuovo profondo intervento di ristrutturazione normativa, anticipato da alcune norme del d.l. n. 112/2008 (convertito dalla l. 133/2008) e della legge finanziaria 2009 (l. n. 203/2008), ma che trova il proprio fondamentale tassello nella legge n.15/2009, che contiene nuovi principi delega per la riforma del lavoro pubblico.

In questi interventi traspare, in coerenza con la sostanziale sfiducia nei confronti di una contrattazione collettiva sfuggita al controllo, il carattere di ricentralizzazione normativa e la prevalente rilegificazione del rapporto di lavoro.

Da questo specifico versante la l. n. 15/2009 denuncia *apertis verbis* il nuovo indirizzo politico-normativo attraverso l'*incipit* dell'art.1, che contiene una disposizione direttamente applicabile, senza mediazioni da parte dei decreti delegati, che ribalta la norma manifesto della prima e della seconda privatizzazione. Da oggi in poi i contratti collettivi potranno disapplicare norme di legge in materia di rapporto di lavoro destinate a determinate categorie di dipendenti pubblici, solo allorquando la stessa legge espressamente conferirà loro questa facoltà. Si rovescia, quindi, la

regola introdotta nel 1993 e mirante a salvaguardare l'area negoziale da una legislazione a rischio consociativo e clientelare e comunque congiunturale ed episodica, ma soprattutto capace di espropriare stabilmente la contrattazione collettiva dal terreno elettivo del rapporto di lavoro. Da ora in poi sarà l'inderogabilità ad essere presunta mentre la derogabilità dovrà essere dichiarata volta per volta. Non pare difficile immaginare che l'eccezione alla regola sarà costituita da una legge che dichiari la propria disapplicabilità ad opera dei successivi CCNL, nascendo per propria espressa ammissione "indebolita" e quasi "dimidiata".

L'operazione di rilegificazione e ricentralizzazione del rapporto di lavoro pubblico trova quindi anche a regime un tassello importante e ricco di implicazioni, anche simboliche ⁽³⁾.

4. La rilegificazione: il sistema delle fonti.

In materia di fonti di regolazione del rapporto di lavoro pubblico, la l. n. 15/2009 tuttavia va oltre il "rovesciamento" del criterio contenuto nell'art. 2, c. 2, del d.lgs. n. 165/2001.

La rilegificazione, secondo la tecnica normativa ipotizzata dalla legge n. 15, implica la sottrazione di una serie di materie alla contrattazione collettiva, non già attraverso la tecnica della doppia elencazione, che tanti problemi ricognitivi aveva determinato nella vigenza della legge quadro sul pubblico impiego (l. n. 93/1983), ma tramite la diretta regolamentazione attraverso novelle al d.lgs. n. 165/2001.

Varie materie, a volte al confine fra rapporto di lavoro ed organizzazione amministrativa (principi generali sulla valutazione) a volte *apertis verbis* afferenti al rapporto di lavoro (sanzioni disciplinari, premialità), verranno normate direttamente dai decreti delegati, in tutto o in parte. Altre norme impongono un intervento sulla contrattazione collettiva, nazionale e integrativa, a fini di semplificazione, trasparenza dei flussi di spesa, controlli e vincoli, finalizzazione a prodotti e risultati.

Uno specifico intervento, inoltre, riguarderà il sistema delle progressioni professionali, che una lettura del combinato disposto degli artt. 35, c. 1 e 52, c. 1, del d.lgs. n. 165/2001 aveva interamente ricondotto nel dominio della contrattazione collettiva. Al riguardo la legge

³ Tuttavia la modificazione riguarda solo i trattamenti normativi, non incidendo sulla disapplicazione "automatica" delle disposizioni speciali in materia retributiva (c. 3 dell'art. 2, del d.lgs n. 165/2001), che stabilisce che "le disposizioni di legge, regolamenti o atti amministrativi che attribuiscono incrementi retributivi non previsti da contratti collettivi cessano di avere efficacia a far data dall'entrata in vigore del relativo rinnovo contrattuale". Per cui dovrebbe essere scongiurato il pericolo di una nuova "giungla retributiva" considerata la funzione perequativa ed omogeneizzante dei contratti collettivi.

delega prende normativamente atto dell'esistenza del consolidato orientamento giurisprudenziale nel frattempo formatosi, che distingue a seconda che la progressione professionale si svolga all'interno o all'esterno delle aree delimitate dal sistema di classificazione professionale definito dai CCNL, stabilendo che solo nel primo caso (cd. progressioni orizzontali o economiche) è riconoscibile una modificazione del rapporto di lavoro, mentre nei casi di passaggi fra aree si verifica un nuovo accesso ad un posto in dotazione organica, quindi una novazione del rapporto di lavoro, da sottoporre a concorso pubblico (per tutte Cass., sez. un., n. 15403/2003). Sulla base di queste qualificazioni, solo la progressione all'interno delle aree dovrebbe costituire legittimo oggetto di contrattazione, mentre per quella fra aree, coerentemente con la natura concorsuale, un contratto in materia dovrebbe essere dichiarato nullo per impossibilità giuridica dell'oggetto (Tar Lazio n. 12370/2004). Al contrario, i CCNL continuano a regolamentare la materia.

La legge delega chiarisce quindi la natura concorsuale delle "progressioni di carriera" (fra aree) (art. 1, lett. g), per le quali viene solo garantita una quota di riserva per il personale interno (per cui il concorso sarà unico e non verrà autorizzata, come fino ad oggi è avvenuto, una doppia selezione) (art. 5, c. 2, lett. f). Inoltre, pur senza prendere posizione in ordine alla contrattabilità o meno delle progressioni economiche, se ne impone *ex lege* la selettività (art. 5, c. 2, lett. d).

La stabilità e l'effettività della rilegificazione è a sua volta assicurata dalla previsione dell'inderogabilità di disposizioni imperative da parte delle norme collettive, con contestuale applicazione alle fattispecie degli art. 1339 e 1419, c. 2, c.c., che impongono la sostituzione automatica delle clausole difformi con quelle imperative derogate, con conservazione del contratto in caso di nullità parziale. A prescindere dalla circostanza che, a volte, all'invalidità della clausola non corrisponde alcuna disciplina sostitutiva (per esempio con riferimento a disposizioni di contratti integrativi), non pare possa revocarsi in dubbio che, nella specie, tutte le norme del d.lgs. n. 165/2001 già possedessero *ex lege* il requisito dell'inderogabilità, costituendo "le diverse disposizioni", di cui all'art.2, c. 2, del d.lgs. n. 165/2001, salvaguardate dalla privatizzazione e, conseguentemente, dagli interventi della contrattazione collettiva. Di tale regime fruivano quindi anche le nuove norme che interverranno a modificare lo stesso decreto in attuazione delle legge n. 15 del 2009. Detto diversamente, escluso l'intervento della contrattazione collettiva da tutto ciò che non costituisce "diritti e ... obbligazioni inerenti al rapporto di lavoro" (art.3, c. 1, lett. a, legge n. 15/2009), l'autonomia collettiva è naturalmente esclusa anche nelle materie espressamente regolate tramite il d.lgs n. 165, ivi comprese le novelle dei decreti delegati. In

questi casi la resistenza rispetto alla fonte collettiva non viene garantita in virtù della natura della materia (organizzativa o meno), ma perché, ai sensi dell'art. 2, c. 2, del d. lgs. n. 165/2001, la rinormazione tramite decreto delegato determina nei confronti delle nuove disposizioni lo stesso effetto di intangibilità rispetto alla contrattazione collettiva e quindi un effetto di rilegificazione stabile, ulteriormente garantito dall'applicabilità delle clausole civilistiche sulla sostituzione automatica e sulla nullità parziale. Per cui, in queste ipotesi, la contrattazione collettiva potrà agire negli spazi interstiziali lasciati liberi dalla regolamentazione legale e comunque nei limiti espressamente individuati a tal fine dalla legge.

5. Le conseguenze della rilegificazione.

La rilegificazione disposta dalla legge delega non comporta invece una re-amministrativizzazione del rapporto di lavoro pubblico.

I rapporti di lavoro alle dipendenze di amministrazioni pubbliche non mutano la natura privatistica e le situazioni giuridiche soggettive deducibili - non divenendo espressione di supremazia gerarchica - non degradano ad interesse legittimo.

In particolare, non viene inciso lo spartiacque contenuto nell'art. 2 del d.lgs n.165/2001, che contiene l'ormai nota tripartizione fra *macro organizzazione*, di competenza di atti unilaterali pubblicistici (art. 2, c. 1, d.lgs. n. 165/2001) ⁽⁴⁾; *micro organizzazione*, che si svolge nei limiti degli atti di macro organizzazione ed è dominio dell'autonomia dirigenziale che esercita le corrispondenti determinazioni con la capacità ed i poteri privatistici (art. 5, c. 2, d. lgs. n. 165/2001); e sfera riservata alla *contrattazione collettiva*, definibile ora con riferimento ai "diritti ed obbligazioni direttamente pertinenti al rapporto di lavoro" (art.3, c. 2, lett. a, l. n. 15/2009).

Il compito del legislatore delegato, da questo versante, sarà quello di "precisare" e non di modificare i rispettivi ambiti, vale a dire quello di esplicitare la linea distintiva nel rispetto dell'evocata tripartizione, che conferma la natura privatizzata del rapporto di lavoro pubblico. In particolare, non si consente di recuperare al principio di regolazione pubblicistica e unilaterale tutta l'organizzazione amministrativa, ma solo l'"alta" organizzazione, affidata alla supremazia pubblicistica, mentre la

⁴ Si tratta delle linee fondamentali di organizzazione degli uffici, della determinazione degli uffici di maggiore rilevanza e dei modi di conferimento della titolarità dei medesimi nonché delle dotazioni organiche complessive.

bassa o micro organizzazione rimane regolata secondo il diritto privato⁽⁵⁾.

L'area sottratta a contrattazione collettiva tenderà in ogni caso ad ampliarsi, sia in forza della regolamentazione tramite i decreti delegati nelle materie anteriormente devolute alla regolamentazione collettiva (valutazione, merito, sanzioni disciplinari, progressioni di carriera), sia "a regime", per l'intervento della legge ai sensi dell'art. 1 l. n. 15/2009.

Discorso diverso è quello relativo alla contrattabilità della micro o bassa organizzazione ex art. 5, c. 2, d.lgs. n. 165/2001, su cui si esercitano i poteri privatistici dirigenziali. Quest'area doveva considerarsi *ab initio* esclusa dalla contrattazione in quanto materia organizzativa⁽⁶⁾. L'esercizio dei poteri privatistici da parte del dirigente nelle materie di micro organizzazione non lo autorizza a definire contrattualmente i rispettivi istituti di carattere organizzativo. Per il principio di ultrattività contrattuale e di *prorogatio*, infatti, un accordo nella materia organizzativa renderebbe indisponibile per la pubblica amministrazione a titolo definitivo il potere organizzativo nella stessa materia.

Impossibile la negoziabilità degli istituti di micro organizzazione, sugli stessi sono sempre attivabili, sulla base delle prescrizioni dei contratti nazionali, forme di partecipazione sindacale più o meno pregnanti (art. 9 del d.lgs n.165/2001). Tuttavia generalmente nel lavoro pubblico anche le forme di partecipazione sindacale sono state intese come fonti di disciplina para-contrattuale, fino alla paralisi delle potestà unilaterali della pubblica amministrazione. Ma è appena il caso di rilevare come l'assoluta prevalenza della contrattazione collettiva sulla regolamentazione unilaterale trova scarso riscontro anche nel mondo del lavoro privato, dove il datore di lavoro conserva una serie di prerogative unilaterali che sembrano essere sfuggite al dominio del datore di lavoro pubblico. Per cui, per il principio del rispetto della ripartizione fra le diverse sfere di competenza (art.3, c. 1, l. n. 15/2009), il legislatore delegato sarà chiamato a correggere le prassi difformi, anche nel senso di salvaguardare la facoltà decisionale ultima del dirigente nelle

⁵ Va in ogni caso evidenziato che restano comunque sottratte a contrattazione, giacché la legge n.15 del 2009 non interviene su tale norma, le materie di cui all'elencazione dell'art. 2, c. 1, lett. c) della legge 421/1992, che riserva alla legge (ovvero sulla base della legge ad atto unilaterale pubblicistico), aspetti comunque esterni al rapporto di lavoro (con l'unica eccezione della disciplina delle "responsabilità e delle incompatibilità tra impiego pubblico ed altre attività e i casi di divieto di cumulo").

⁶ Ed in effetti l'art. 9 del d.lgs n. 165 del 2001 individua la competenza dei contratti collettivi per la definizione degli strumenti di partecipazione ma non anche per la regolazione contrattuale degli istituti oggetto di partecipazione, mentre l'art. 40 riserva correttamente alla contrattazione collettiva solo la disciplina del rapporto di lavoro e delle relazioni sindacali.

“determinazioni per l’organizzazione degli uffici” che non rientrano nella cd. macro organizzazione nonché a chiarire l’esclusione della contrattabilità delle stesse materie.

6. Problematiche aperte e dubbi sistematici.

L’intervento normativo previsto dalla legge delega, per ampiezza e profondità nonché per il carattere di parziale discontinuità rispetto al recente passato, ha ovviamente provocato un ampio dibattito fra gli interpreti in ordine all’opportunità, alla costituzionalità ed alla congruenza dell’impostazione di politica del diritto avallata.

Di seguito si evidenziano alcune ricorrenti preoccupazioni e perplessità che sovente riecheggiano in ordine allo specifico profilo affrontato in questo scritto.

In primo luogo, è sembrata a rischio, a termini di Costituzione, la ripartizione delle risorse di legislazione fra Stato e regioni. Più avanti si spingerebbe il processo di rilegificazione più si rischierebbe di impattare con le competenze esclusive delle regioni e delle autonomie locali in relazione alla potestà organizzativa loro concessa in via esclusiva per la regolamentazione dei propri uffici. Detto diversamente, la possibilità dello Stato di imporre regole e limiti al sistema delle autonomie territoriali, sarebbe essenzialmente legata all’ascrivibilità della materia del rapporto di lavoro pubblico all’ordinamento civile (art. 117, c. 2, lett. I, cost.). Per cui, se si scardinasse l’assetto regolativo privatistico, ripubblicizzando la materia, verrebbe divelta anche la sottile linea di faglia sulla scorta della quale la Costituzione ha riconosciuto la competenza esclusiva statale, il *focus* della disciplina del lavoro pubblico si sposterebbe verso la dimensione organizzativa e la potestà legislativa regionale sarebbe rintracciabile nella materia “ordinamento degli uffici”.

Una seconda problematica attiene alla pretesa, che sarebbe contenuta nella legge delega, di imporre l’applicazione, in modo uniforme, degli stessi principi a tutta la pubblica amministrazione, predeterminando per legge ed imponendo a tutte le amministrazioni lo stesso modello organizzativo e gestionale. Sarebbe invece necessario, prendendo atto del carattere multipolare e policentrico assunto progressivamente dalle amministrazioni pubbliche, costituire un sistema di fonti regolative articolato e flessibile, non intrusivo, non gerarchico, non dirigistico. In particolare, la proliferazione di norme generali limiterebbe la capacità di adattamento dell’organizzazione alle azioni concrete, determinando rigidità gestionali ed infine poca trasparenza ed inefficienza dell’azione amministrativa.

In terzo luogo, un intervento limitativo dell’autonomia collettiva, con la connessa rilegificazione di materie e procedure, potrebbe porre

problemi di costituzionalità per violazione dell'art. 39 cost.. Una volta scelta la via della privatizzazione, non sarebbe possibile intervenire con strategie limitative, in grado di squilibrare i poteri delle parti in gioco, restaurando poteri di supremazia speciale che l'ordinamento riconosceva solo nel sistema pubblicistico ormai superato. Una differenziazione sarebbe quindi possibile solo per aspetti procedurali che attengono a profili economico-finanziari (alla luce dei vincoli degli artt. 97 e 81 Cost.), ma non anche per aspetti afferenti la contrattazione collettiva quale tecnica consensuale di produzione di norme che non tollererebbe per il resto difformità pubblico-privato, atteso il ruolo di garanzia che le viene tradizionalmente riconosciuto per riequilibrare lo squilibrio di potere esistente a livello di rapporto individuale di lavoro.

Infine è apparsa contraddittoria l'affermazione cogente dell'autonomia dirigenziale, alla quale dovrebbero essere riconsegnati poteri decisivi per l'esercizio delle prerogative manageriali, a fronte di poteri gestionali effettivi delimitati in modo intrusivo dalla legge. Al riguardo, un'overdose legislativa di dettaglio limiterebbe lo spazio operativo e gestionale della dirigenza, paralizzata dalla fisiologica rigidità della stessa legge. In altre parole un'iper-regolazione legislativa sembra poco coerente, se a fronte della stessa si enfatizza l'autonomia del dirigente, perché in realtà la prima comprime lo spazio della seconda. Né basta. Una maggiore legificazione non garantirebbe l'efficienza amministrativa, che costituisce uno degli obiettivi dell'intervento normativo e della stessa privatizzazione, giudicata opportuna dal giudice costituzionale proprio perché assicurerebbe maggiore flessibilità gestionale rispetto al diritto pubblico (cfr. Corte cost. n. 313/1996).

Si tratta di perplessità di ordine sistematico e giuridico di non poco momento, che chiariscono la delicatezza del compito del legislatore delegato, cui spetterà definire correttamente il nuovo equilibrio fra le fonti regolative del rapporto di lavoro pubblico.

Di seguito, si cerca di circostanziare il complesso delle criticità paventate.

7. Una ricostruzione sistematica e qualche consiglio per il legislatore delegato.

Con riferimento alla prima questione (distribuzione della competenza legislativa fra Stato e regioni) pare innanzitutto necessario che il legislatore delegato distingua puntualmente fra ciò che deve necessariamente rimanere nella potestà regolamentare delle regioni ed autonomie locali, rispetto a cui i principi della decretazione delegata costituiranno mero principio ed a cui le regioni e gli enti locali si adegueranno negli ambiti di rispettiva competenza, e ciò che sarà

direttamente applicabile o in quanto rientrante nella materia ordinamento civile (art. 2, c. 4, della legge).

Ciò che tuttavia pare opportuno ribadire in questa sede è che la mera rilegificazione di materie non ne comporta la necessaria ri-amministrativizzazione, con conseguente espropriazione della competenza regolativa dello Stato in quanto non più materia imputabile all' "ordinamento civile". La mera circostanza che, ad esempio, il procedimento disciplinare venga regolamentato tramite legge, non per questo ne determina *sic et simpliciter* l'ascrivibilità all'organizzazione amministrativa. L' ordinamento civile, secondo l'insegnamento costituzionale, deve correttamente identificarsi nella sfera del diritto privato quale espressione di un principio di uguaglianza delle parti del rapporto (Corte cost., n. 234/2005; nn.189, 95 e 24 del 2007; n. 369/2008). Una volta trasportato tale principio agli strumenti e ai modelli giuridici dei rapporti fra privati e pubblica amministrazione, diviene decisivo identificare la natura del potere espresso dalla stessa pubblica amministrazione. Se tale potere tornasse di supremazia speciale, verrebbe di converso negata la parità delle parti del rapporto e non sarebbe in effetti più possibile riconoscere la competenza dello Stato per la regolazione della materia *sub specie* dell'ordinamento civile. Ma, come si è dimostrato, la legge delega non è abilitata a mutare la natura giuridica del rapporto di lavoro pubblico che viene conservata nell'ambito privatizzato ai sensi dell'attuale art. 2 del d.lgs. n. 165/2001. D'altra parte, anche nel lavoro privato una serie di principi ed un quadro di regole sono ricavabili non solo nel codice civile ma anche nella legislazione ordinaria, ma ciò non trasforma la natura delle situazioni giuridiche sottostanti.

Il tema, comunque, esige sicuramente un maggior approfondimento, anche alla luce di una giurisprudenza costituzionale che non appare aver affrontato la questione in termini esaustivi.

E' indubitabile, in ogni caso, che occorrerà una particolare sensibilità del legislatore delegato per delimitare gli ambiti di applicazione delle nuove norme. Pare per esempio evidente che, in relazione ai guadagnati margini di autonomia finanziaria di regioni ed autonomie locali, anche alla luce dei provvedimenti *in itinere* in materia di federalismo fiscale che ricomporranno pienamente autonomia di entrata e responsabilità di spesa, il regime di controllo governativo sulla contrattazione collettiva anche integrativa delle stesse amministrazioni dovrà tendere ad affievolirsi. Di converso, potrebbe essere valorizzato il ruolo di strumenti di codecisione, sotto gli aspetti economico-finanziari, della spesa per contrattazione collettiva (come il patto di stabilità interno) ed analogamente potrebbe essere enfatizzato il controllo finale sulla

contrattazione collettiva esercitato dalla Corte dei conti, di cui la Corte costituzionale ha fatto risaltare il ruolo di organo dello Stato-Comunità e non dello Stato-Governo, in quanto "garante imparziale dell'equilibrio economico finanziario del settore pubblico" ed in particolare "della corretta gestione delle risorse collettive sotto il profilo dell'efficacia, efficienza ed economicità" (Corte cost. nn. 29 e 244 del 2005).

Anche la seconda perplessità esposta (il presunto "monismo" avallato dalla legge delega) presenta un suo specifico spessore. Non pare più possibile agire come se le amministrazioni costituissero un unico modello organizzativo, quando invece si è in presenza di un sistema di *governance* a più livelli, caratterizzato da un elevato policentrismo politico-amministrativo. Ogni amministrazione presenta peculiarità organizzative e strutturali ed una serie specificità settoriali da salvaguardare ad ogni costo e che rifuggono modelli intrusivi e verticistici a pena della stessa efficienza gestionale. Ugualmente in questa ipotesi, tuttavia, il problema viene rinviato al saggio uso della decretazione delegata, cui spetterà disarticolare la norma primaria in modo che fissi solo la cornice entro cui potrà agire la potestà di autoregolamentazione, anche di diritto privato, dei singoli enti.

Più sottile è il terzo rilievo, secondo cui la rilegificazione determinerebbe uno squilibrio dei poteri fra le parti del rapporto con violazione dell'art. 39 in materia di libertà e organizzazione sindacale.

Anche in questo caso, però, la critica va circostanziata.

Come non esiste un presupposto di esclusiva gestione del rapporto di lavoro pubblico tramite il diritto amministrativo e la legge, analogamente non può sostenersi il contrario. La Consulta ha invece chiarito che - fatto salvo lo "zoccolo duro" in materia organizzativa (necessariamente riservata alla legge o sulla base della stessa) - la scelta fra i due regimi costituisce una pura scelta di diritto positivo, lasciata alla discrezionalità del legislatore (Corte cost. n. 313/1996). Certo, è compito del legislatore ricomporre in un' "equilibrato dosaggio" le fonti regolatrici, di diritto pubblico e privato, ma ciò deve comunque avvenire nella prospettiva dell'interesse finale tutelato, che impone la "funzionalizzazione del rapporto di lavoro pubblico al raggiungimento delle finalità istituzionali della pubblica amministrazione" (Corte cost. n. 309/1997).

Sussiste dunque una connotazione peculiare della pubblica amministrazione pure a fronte di un rapporto ormai privatizzato (Corte cost. n. 275/2001 e n. 82/2003), ed anche in questo settore la contrattazione collettiva è destinata a realizzare interessi pubblici, per cui può ed anzi deve essere oggetto di una regolamentazione speciale (Corte cost. nn. 199/2003 e 146/2008).

Nei limiti della ragionevolezza e nell'attuale quadro di inattuazione dell'art. 39 Cost. (Corte cost. n.141/1980) quindi, anche la materia della contrattazione collettiva può essere limitata per taluni aspetti e istituti. Anzi, per questa vengono in rilievo anche esigenze di finanza pubblica (art. 81 Cost.) che, per esempio, possono motivare circa la riserva alla legge di taluni aspetti di carattere retributivo ovvero di alcune caratteristiche riguardanti la struttura della contrattazione (per es. art. 3, c. 2, lett. h, n. 4, legge n.15/2009).

Il confine tra competenza della legge e del contratto è, dunque, destinato a rimanere mobile.

La quarta "obiezione" (rilegificazione come misura della compressione delle prerogative dirigenziali) deve essere "riletta" alla luce dell'evoluzione della legge delega. Questa, nel testo deliberato il 18 luglio 2008 dal Consiglio dei Ministri (prima, quindi, della presentazione alle aule parlamentari), conteneva le premesse per una doppia elencazione di materie, riservate rispettivamente alla contrattazione o alla legge, e finiva implicitamente con il ripubblicizzare le materie gestionali di competenza della dirigenza, negando alla stessa, nei fatti, ogni spazio operativo e gestionale autonomo. Ma il testo definitivamente approvato dal Parlamento ha restaurato poteri e spazi di manovra che dovrebbero garantire al dirigente una autonoma agibilità (es. art.6, c.2, lett.a, nn. 1-3 o art.7, c. 2, lett. m), tanto più se tale autonomia sarà salvaguardata da forme cogestive di intervento sindacale. D'altra parte la legge preconizza un mutato regime di conferimento degli incarichi dirigenziali, ordinato sui principi di trasparenza e pubblicità, sorvegliato da collegi di garanzia (che estendono la propria competenza anche alle mancate conferme oltre che alle revoche in corso di contratto), nonché un sistema di valutazione effettivo delle *performance* dirigenziali.

Tutti strumenti che, se ben articolati, potrebbero ricostituire un circuito virtuoso di autonomia e responsabilità, rompendo il legame di sudditanza con la politica e restaurando un corretto conflitto di interessi con il sindacato.

8. Conclusioni: un'impossibile parificazione fra lavoro pubblico e privato?

Può evidenziarsi come l'obiettivo della parificazione dei due regimi - privato e pubblico - soffra, alla luce del nuovo intervento legislativo, una nuova battuta d'arresto e ciò appare forse paradossale visto l'obiettivo dichiarato dalla legge della "convergenza degli assetti regolativi del lavoro pubblico con quello del lavoro privato" (art.2, c. 1, lett. a). Ovviamente, la rilegificazione di ambiti e materie fino ad ora lasciate al codice civile ed all'autonomia collettiva contrasta con l'intento della convergenza, visto

che ogni forma di regolazione eteronoma costituisce un obiettivo allontanamento dal diritto comune. Ma si tratta, per certi versi, di un processo ineludibile. Già Massimo D'Antona, all'atto dei decreti della seconda privatizzazione, aveva chiarito che "è la stessa riduzione della pubblica amministrazione alla posizione formalmente paritaria di parte datoriale a sollecitare la produzione di regole *ad hoc* per garantire che gli istituti fondamentali del diritto del lavoro operino senza distorsioni nelle condizioni specifiche delle pubbliche amministrazioni" (7). Con l'emanazione dei decreti delegati previsti dalla legge n. 15/2009, la regolamentazione "speciale" del lavoro pubblico si incrementerà considerevolmente, sulla scia di un indirizzo interventista che ha via via riconosciuto margini di differenziazione sempre più cospicui (valga per tutti la vicenda dei rapporti flessibili nel pubblico impiego che, a partire dalla l. n. 30/2003, hanno conosciuto divaricazioni ed eccezioni per certi versi insanabili). Ciò denuncia il carattere più esornativo che concreto dell'indicazione legislativa della convergenza. Appariva, in effetti, al riguardo molto più realistica la primitiva formulazione del disegno di legge che, nel testo approvato dal Consiglio dei ministri il 18 luglio 2008, recava non l'obiettivo di un'ardua parificazione dei due regimi sul piano delle fonti regolative, ma quello della "convergenza del mercato del lavoro pubblico con quello del lavoro privato". Tale finalità appariva testimonianza dell'esigenza che il lavoro pubblico tenesse conto sempre più, e in definitiva "aspirasse", alle regole del mercato privatistico.

E' questa, in definitiva, la vera sfida dell'amministrazione pubblica italiana: quella di creare gli equivalenti funzionali dei meccanismi di un mercato che nel lavoro pubblico non c'è o che è troppo debole, siano questi costituiti da un'effettiva valutazione delle *performance* o da sistemi di *exit* per segnalare il gradimento degli utenti delle pubbliche amministrazioni. Si tratta di una sfida per certi versi ineludibile ma densa di ostacoli e che richiederà, al di là delle opzioni avallate, un lungo periodo di disseminazione per favorire la crescita di una cultura della valutazione, della *performance* e della responsabilità, che oggi appare molto sfumata.

⁷ M. D'Antona, *Contratto collettivo, sindacati e processo del lavoro dopo la "seconda privatizzazione" del pubblico impiego*, in *Foro it.*, 1999, I, 621.